

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CEZALANDIRICI TAZMİNATA HÜKMEDİLEN
YABANCI MAHKEME KARARLARININ
TENFİZİ

Emirhan KALLENÇİ

2501190745

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Ayşe Yasemin GISOLDI

İSTANBUL - 2023

ÖZ

CEZALANDIRICI TAZMİNATA HÜKMEDİLEN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ

EMİRHAN KALLENÇİ

Düşünsel kökleri çok daha eskilere dayanmakla birlikte modern uygulaması Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde şekillenen cezalandırıcı tazminat müessesesi, haksız fiil sorumlusunun cezalandırılması, onun ve diğer kimselerin benzer davranışlardan caydırılması amacıyla, belirli hâllerde ve telafi tazminatına ek olarak, zarar görene ödenmesine hükmedilen parasal tutardır. Türkiye'nin de benimsediği Kara Avrupası hukuk sistemi sorumluluk hukukuna hâkim genel ilkelere göre ise tazminat, zarara uğrayanın kaybını gidermeye yöneliktir ve zenginleşmeye yol açmamalıdır. Bir başka deyişle zarar miktarı, hükmedilecek olan tazminata bir üst sınır oluşturmaktadır.

Çalışmamızda, ilk bakışta hukukumuzda yabancı gibi görünen cezalandırıcı tazminat yaptırımına hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır. Bu doğrultuda ilk bölüm cezalandırıcı tazminat kurumunun detaylıca irdelenmesine ayrılmış; bu kurumun tarihsel gelişimi, amaçları ve güncel uygulaması İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri örnekleri üzerinden aktarılmıştır. İkinci bölümde Türk tazminat hukukunun genel özellikleri açıklanmış, bununla birlikte Türk hukukunda istisnai addedilen ancak sayıları azımsanmayacak kadar çok olan, zarar miktarını aşan ya da zarar olmasa dahi hükmedilebilir nitelikteki özel hukuk yaptırımları ve bu yaptırımların amaçları bakımından Anglo-Sakson hukuk sistemindeki cezalandırıcı tazminatla benzerlikleri üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise tezin başlığını oluşturan asıl mesele, hukukumuzdaki tenfiz düzenlemeleri çerçevesinde tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cezalandırıcı tazminat, medeni ceza, özel hukuk cezası, misli tazminat, tanıma, tenfiz, kamu düzeni.

ABSTRACT

ENFORCEMENT OF FOREIGN PUNITIVE DAMAGES

JUDGMENTS IN TURKIYE

EMİRHAN KALLENÇİ

The punitive damages sanction, the modern application of which has been shaped in the Anglo-Saxon legal system -although its ideational roots go back much further- is the monetary amount that is ordered to be paid to the injured person in certain cases and in addition to compensatory damages. It aims to punish the person responsible for the outrageous conduct and to deter him and the others from similar actions. According to the general principles governing the liability law of the Continental European legal system adopted by Türkiye, the damages aim to restore only the loss of the injured person and should not lead to enrichment. In other words, the amount of loss constitutes an upper limit to the damages to be awarded.

In this study, an answer was sought to the question of whether it is possible to enforce foreign punitive damages awards which seem unknown to Turkish law, in Türkiye. In this direction, the first chapter was devoted to the detailed analysis of the punitive damages remedy, the historical development, purposes and current application of this remedy were explained through the examples of England and the United States of America. In the second part, an overview of Turkish damages law was provided. Damages exceeding the loss of the plaintiff that are considered exceptional, but nonetheless make up a significant amount, in Turkish law, were presented and the similarities of these sanctions with punitive damages in the Anglo-Saxon legal system were emphasized. In the last part, the main issue that formed the title of this thesis was discussed within the framework of regulations regarding enforcement of foreign awards in Turkish law.

Keywords: Punitive damages, exemplary damages, multiple damages, recognition, enforcement, public policy, public order.

ÖNSÖZ

Öncelikle yüksek lisans programı ders döneminde öğretmenim, tez döneminde ise danışmanım olarak bana çok şey öğreten, çalışma konusunun belirlenmesinden bugün gelinen noktaya kadar üzerimde büyük emeği olan Doç. Dr. Ayşe Yasemin GISOLDI'ye şükranlarımı sunarım.

Yine bu tez vasıtasıyla tanışma fırsatı bulduğum, taslak metni okuyup fikirleriyle çalışmanın derinleşmesine katkıda bulunan, tüm sorularımı sabırla dinleyip yanıtlayan ve en nihayetinde de jüride yer alma nezaketini gösteren Doç. Dr. Barış DEMİRSATAN'a çok teşekkür ederim.

Yalnızca benim değil etrafındaki tüm öğrencilerin maddi/manevi destekçisi olan anneanneciğim Emine ZEYTİN de en azından bir yüksek lisans tezinin önsözünde anılmalıydı. Bu fırsatı ilk bulan kimse ben olduğum için çok mutluyum. Aynı şekilde desteğini her zaman yanımda hissettiğim abim Egemen KALLENÇİ'ye ve üç yılı aşkın süredir kahrımı çeken sevgilim Deniz BENGİ'ye minnettarım.

Sona sakladığım teşekkürlerin en büyüğü ise canım annem Saadet KALLENÇİ'yedir. O olmasa ben olmazdım; o var olmasa ben, ben olmazdım.

EMİRHAN KALLENÇİ

İSTANBUL, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR ANGLO-AMERİKAN HUKUKU FENOMENİ: CEZALANDIRICI TAZMİNAT

I. Cezalandırıcı Tazminat Kurumunun Tanımı ve Tarihsel Gelişimi	6
A. Tanım	6
B. Tarihsel Gelişim	8
1. Özel Hukuk Alanında Cezalandırma Fikrinin Antik Kökleri	9
2. İngiliz Hukuk Tarihinde Cezalandırıcı Tazminat (İbretlik Tazminat).....	11
a. İlk Uygulamalar	11
b. Cezalandırıcı Tazminat Uygulamalarının Sınırlandırılması: Kategori ve Dava Sebebi Testleri	13
(1). Kategori Testi.....	13
(2). Dava Sebebi Testi (1992-2001)	14
3. Amerikan Hukuk Tarihinde Cezalandırıcı Tazminat.....	15
a. 18. ve 19. Yüzyıl Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları: Mağduru Aşağılayıcı ve Tahkir Edici Haksız Fiillerin Cezalandırılması	16
b. 20. Yüzyılın İlk Yarısındaki Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları: Gücün Kötüye Kullanımının Cezalandırılması.....	18
c. 20. Yüzyılın İkinci Yarısından Günümüze Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları: Caydırıcılık İşlevinin Ön Plana Çıkışı.....	20

II. Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımının Amaçları	23
A. Ödetme	27
B. Caydırma/Önleme	30
C. Telafi	33
III. İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Güncel Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları	35
A. İngiliz Hukukundaki Güncel Uygulamalar	35
1. Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilebilmesi İçin Gereken Şartlar	35
a. Kategori Testi.....	35
(1). Kamu Görevlilerinin Baskıcı, Keyfî veya Anayasaya Aykırı Davrandıkları Durumlar.....	35
(2). Failin Hukuka Aykırı Eylemi Gerçekleştirirken Ödeyeceğini Öngördüğü Tazminattan Daha Fazla Kazanç Elde Edebileceğini Hesaplayarak Hareket Ettiği Durumlar	37
(3). Yasaların Açıkça Cezalandırıcı Tazminat Öngördüğü Durumlar	38
b. Ancak ve Ancak Testi.....	39
c. Davacı Cezalandırılması Gereken Bir Davranışın Mağduru Olmalıdır	40
d. Davalının Aynı Zamanda Bir Ceza Hukuku Yaptırımına Maruz Kaldığı Durumlar	40
e. Çok Sayıda Zarar Görenin Bulunduğu Durumlar	42
f. Davalının İyi Niyeti	42
2. İngiliz Hukukunda Cezalandırıcı Tazminata İlişkin Diğer Bazı Özellikler	43
a. Tazminatın Hesaplanması	43
b. Jürinin Yönlendirilmesi ve Kararların Denetimi	45

c. Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilebilmesi İçin Talep Edilmesi Zorunluluğu ve İspat Kuralları	46
3. İngiliz Hukukunda Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımına Yöneltilen Eleştiriler ve Reform Çalışmaları	47
a. Eleştiriler	48
(1). Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımının Ceza Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Açısından Uygunsuz Olduğuna Dair Eleştiriler	48
(2). Öngörülemezlik ve Fahiş Miktarlardaki Cezalandırıcı Tazminat Kararlarına İlişkin Eleştiriler	49
(3). Cezalandırıcı Tazminatın Davacı İçin Bir Talih Kuşu Oluşuna İlişkin Eleştiriler	50
b. Reform Önerileri	51
B. Amerikan Hukukundaki Güncel Uygulamalar	53
1. Genel Olarak	53
2. Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilebilmesi İçin Gereken Şartlar	54
a. Failin Kusur Derecesi ve Cezalandırıcı Tazminat Sorumluluğu Doğuran Eylemin Nitelikleri	55
b. Gerçek Zararın Varlığı Şartı	56
c. Kabul Edilen Delil Standardı	57
3. Cezalandırıcı Tazminata İlişkin Diğer Bazı Özellikler	58
a. Jüri ve Yargıçların Rolü	58
b. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler	59
c. Davalının Aynı Zamanda Bir Ceza Hukuku Yaptırımına Maruz Kaldığı Durumlar	61
4. Cezalandırıcı Tazminata İlişkin Eleştiriler ve Getirilen Sınırlamalar	62
a. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin "Cezalandırıcı Tazminatın Anayasal Sınırları" Konusunda İncelemeleri	63

b. Alt Derece Federal Mahkemeler ve Eyalet Mahkemelerinin Cezalandırıcı Tazminatın Sınırlandırılmasına Yönelik Adımları.....	69
c. Kongre ve Eyalet Kanun Yapıcılarının Cezalandırıcı Tazminatın Sınırlandırılmasına Yönelik Adımları	70

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ: CEZALANDIRICI TAZMİNAT BENZERİ YAPTIRIMLAR

I. Genel Olarak	72
II. Türk Sorumluluk Hukuku ve Maddi Tazminat Yaptırımı.....	73
A. Sorumluluk Kavramı	73
B. Türk Özel Hukukunda Maddi Tazminat	75
1. Genel olarak	75
2. Hükmedilecek Tazminat Miktarının Tayini.....	76
a. Zararın Belirlenmesi	77
(1). Fiili Zarar-Mahrum Kalınan Kâr.....	79
(2). Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar-Yansıma Zarar	80
(3). Mevcut Zarar-Müstakbel Zarar-Muhtemel Zarar	80
(4). Şahsa İlişkin Zarar-Eşyaya İlişkin Zarar-Diğer Zarar.....	81
(5). Olumlu Zarar-Olumsuz Zarar	82
b. Tam Tazmin İlkesi ve Zenginleşme Yasağı Çerçevesinde Hâkim Tarafından Yapılacak İndirim.....	83
3. Türk Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Amaçları	88
III. Türk Özel Hukukunda Cezalandırıcı Tazminat Esintileri.....	90
A. Genel Olarak	90
B. Zarar Miktarını Aşan ya da Zarar Olmasa Dahi Hükmedilebilir Olan Tazminatları İzahta Başvurulan Hukuki Kurumlar.....	93

1. Medeni Ceza (Özel Hukuk Cezası).....	93
2. Ceza Koşulu (Cezai Şart).....	98
3. Götürü Tazminat	102
C. Türk Hukukundaki Cezalandırıcı Tazminat Benzeri Yaptırımlar	105
1. Manevi Tazminat	105
2. İcra Hukuku Tazminatları	110
a. Genel Olarak	110
b. İcra İnkâr ve Haksız Takip Tazminatları	111
3. FSEK m. 68’de Öngörülen Üç Kat Tazminat.....	116
4. RKHK m. 58’de Öngörülen Üç Kat Tazminat	121
5. Çek Tazminatı.....	124
6. İş Hukuku Tazminatları	129
a. İhbar Tazminatı	129
b. Kötü Niyetli Fesih Tazminatı	131
c. İş Güvencesi Tazminatı.....	133
d. Ayrımcılık Tazminatı.....	135
e. Sendikal Tazminat.....	138
7. Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Tazminatı	139
8. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmeye Kazanç Devri Yaptırımı	143

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZALANDIRICI TAZMİNATA HÜKMEDİLEN İNGİLİZ VE AMERİKAN MAHKEME KARARLARININ TÜRKİYE’DE TENFİZİ

I. Genel Olarak	150
II. Yabancı Mahkeme Kararlarının MÖHUK’a Göre Tenfizi	150

A. Tenfizin Ön şartları	150
1. Yabancı Mahkeme Tarafından Verilmiş Bir Kararın Bulunması	150
2. Yabancı Mahkeme Kararının Özel Hukuka İlişkin Olması	152
3. Yabancı Mahkeme Kararının Kesinleşmiş Olması	152
B. Tenfizde Aranılan Asli Şartlar	153
1. Karşılıklılık	153
2. Tenfizi İstenen Kararı Veren Mahkemenin Yetkisi	156
3. Kamu Düzenine Uygunluk	161
4. Yabancı Mahkemece Davalının Savunma Haklarının İhlal Edilmemesi	163
C. Tenfiz Usulü	164
1. Görevli ve Yetkili Mahkeme	164
2. İstem ve Dilekçe	165
3. Tebligat	166
4. Harç	168
5. Teminat	169
6. Yargılama Usulü	170
7. İtirazlar	171
8. Karar	172
9. Kanun Yolları	172
III. İngiliz ve Amerikan Mahkemelerince Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilen Kararların Tenfizi Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar	173
A. Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımının Vasıflandırılması	173
1. Genel Olarak	173
2. Öğretideki Görüşler	174
3. Değerlendirmemiz	176

B. Cezalandırıcı Tazminata Hükmeden Yabancı Mahkemenin Yetkisi Bakımından Yapılacak Değerlendirme	180
1. Münhasır Yetki Denetimi	180
2. Aşırı Yetki Denetimi	181
a. Denetimde Uygulanacak Hukuk ve Esas Alınacak Ölçütler	181
b. Kararı Veren Yabancı Mahkemede Yapılacak İtiraz.....	182
c. İngiliz ve Amerikan Hukuklarındaki Aşırı Yetki Kuralları	184
(1). İngiltere	186
(2). Amerika Birleşik Devletleri	190
C. Karşılıklılık Şartı Bakımından Yapılacak Değerlendirme	209
1. Genel Olarak	209
2. İngiltere	209
3. Amerika Birleşik Devletleri	216
D. Kamu Düzenine Aykırılık Bakımından Yapılacak Değerlendirme	223
1. Genel olarak	223
2. Öğretideki Görüşler	224
3. Kara Avrupası Hukuk Sistemini Benimseyen Bazı Ülkelerdeki Yüksek Mahkemelerin Konuya Yaklaşımları	226
4. Değerlendirmemiz.....	232
a. Genel Olarak	232
b. Tam Tazmin İlkesi ve Zenginleşme Yasağı	234
c. Kanunilik İlkesi.....	235
d. Ölçülülük İlkesi.....	239
E. Kısmi Tenfiz Konusunda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar	242
SONUÇ	247
KAYNAKÇA	255

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.:	Adı geçen eser
a.g.m.:	Adı geçen makale
ABD:	Amerika Birleşik Devletleri
AYM:	Anayasa Mahkemesi
BK:	Borçlar Kanunu
Bkz.:	Bakınız
bs.:	Bası
c.:	Cilt
co.:	Company
Corp.:	Corporation
çev.	Çeviren
dn.:	Dipnot
E.:	Esas
Ed.:	Edited
FSEK:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD:	Hukuk Dairesi
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK:	İcra ve İflas Kanunu
İK:	İş Kanunu
K.:	Karar
Ltd.:	Limited
m.:	Madde
MÖHUK:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG.:	Resmi Gazete

RKHK:	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.:	Sayfa
T.:	Tarih
T.C.:	Türkiye Cumhuriyeti
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TDK:	Türk Dil Kurumu
TMK:	Türk Medeni Kanunu
TTK:	Türk Ticaret Kanunu
U.S.:	United States
U.S.A.:	United States of America
UFCMJRA:	Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act
UFMJRA:	Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act
v.:	Versus
v.d.:	Ve diğerleri
vb.:	Ve benzeri
vd.:	Ve devamı
vol.:	Volume
vs.	Ve saire
YHGK:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBHGK:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sistemi arasındaki önemli farklardan biri de sorumluluk ve tazminat konularına yaklaşımlarıdır.¹ Bu farklılık haksız fiil sorumluluğunda daha da belirgindir. Türkiye'nin de benimsediği Kara Avrupası hukuk sisteminde haksız fiillere yönelik temel yaptırım olan “maddi tazminat”, uğranılan zararın telafisini amaçlamaktadır.² Mağdurunun zararı neyse fail bunu gidermekle yükümlüdür. Bir başka ifadeyle zarar miktarı, hükmedilecek tazminata bir üst sınır oluşturmaktadır.³ Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise zararı aşan, telafinin ötesinde çeşitli amaçlara da yönelen bir tazminat anlayışı hakimdir.⁴ Bu anlayışın ürünlerinden biri de haksız fiil sorumlusunu cezalandırıp ona yaptığıнын bedelini ödeterek, onu ve diğer kimseleri benzer davranışlardan caydırmayı hedef tutan “*punitive damages*”, yani cezalandırıcı tazminattır.

Doktrinde önceleri tarihsel bir anekdot olarak ele alınan bu farklılık, küreselleşmeye paralel olarak gelişen uluslararası ticaret ve dolayısıyla yoğunlaşan milletlerarası hukuk pratiği neticesinde farklı açılardan ve daha sık bir şekilde tartışılır olmuştur. Anglo-Sakson hukuku kaynaklı cezalandırıcı tazminat kurumunun Kara Avrupası hukuk sistemine entegrasyonu, hakemlerin bu nevi bir yaptırıma hükmedebilme yetkilerinin bulunup bulunmadığı, cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme yahut hakem kararının Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde tenfizinin mümkün olup olmadığı gibi çeşitli

¹ Gerfried Fischer, “Recognition and Enforcement of American Tort Judgements in Germany”, **St. John's Law Review**, vol. 68, no. 1, 1994, s. 201.

² Rolf A. Schutze, “The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany”, **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, vol. 11, no. 3, 1990, s. 600; H. Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996, s. 33, (buradan itibaren Nomer, **Tazminat** olarak anılacaktır.); Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 589; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 420; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 113, (buradan itibaren Oğuzman, Öz, **Cilt 2** olarak anılacaktır.); Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 533.

³ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 261; Gümüş, **a.g.e.**, s. 1044; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 113; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 533; Nomer, **Tazminat**, s. 33.

⁴ Madeleine Tolani, “U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public”, **Annual Survey of International & Comparative Law**, vol. 17, no. 1, 2011, s. 187-188.

meseler üzerine sayısız eser kaleme alınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki bu çalışmalar ekseriyetle cezalandırıcı tazminatın Amerikan uygulamasını baz almaktadırlar. Bunun nedeni hem pratikte karşılaşılan örneklerin çoğunluğunun tenfizi istenen Amerikan mahkeme kararlarından oluşması, hem de tüm Anglo-Sakson hukuk sistemine mal edilen bu hukuki yaptırımın en yaygın ve tartışmalı uygulamalarının Amerikan mahkeme kararlarında görülmesidir. Bahse konu yaptırımın uygulanma biçimi bakımından öncü İngiliz ve meşhur Amerikan pratiğinin iki ayrı uç olduğu dahi söylenebilir. Biz de bu durumu göz önünde bulundurarak çalışmamızda cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir İngiliz ya da Amerikan mahkeme kararının Türkiye’de icra ettirilip ettirilemeyeceği sorusuna cevap arayacağız.⁵

Bir devletin yetkili organlarınca verilmiş kararların etkisi, kural olarak o ülke ile sınırlıdır.⁶ Dolayısıyla bu tür kararların doğrudan başka bir devletin ülkesinde sonuç doğurması, bu başka devletin icra organlarınca yerine getirilmesi mümkün değildir.⁷ Bunun yapılabilmesi için ilgili ilamın, işleme konacağı devletin mahkemelerince, niteliğine göre, tanınması ve/veya tenfizi gereklidir.⁸ Tazminat kararları, bir tarafın diğer tarafa bir miktar para ödemesine ilişkin olan, yani eda hükmü niteliğinde kararlar olduklarından biz de anlatımımızı daha ziyade Türk

⁵ Türkçe eserlerde “punitive damages” kavramının karşılığı olarak çoğunlukla, bizim de tercih edeceğimiz “cezalandırıcı tazminat” deyişi kullanılmaktadır. Bkz.: Selin Özden Merhacı, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013; Başak Başoğlu, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı**, Cilt:15, Sayı: 1, 2016, s. 617-637, (buradan itibaren Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat** olarak anılacaktır.); M. Tarık Güleriyüz, Ayça Zorluoğlu Yılmaz, “Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 141, 2019, s. 325-362; Işıl Yelkenci, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 2, 2022, s. 1176-1212; A. Hekim, M. B. Kaplan, “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, **Sorumluluk Hukuku, Seminerler-Makaleler**, Editör: B. Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 165-188; Mehmet İstemi, “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, c. 3, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 2684-2722. Gül ise “medeni ceza” deyişini tercih etmiştir. Bkz.: İbrahim Gül, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015. “Cezai Tazminat” kavramını kullanan yazarlar da mevcuttur. Bkz.: Özden Özer Taşkın, **Cezai Tazminat**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2. baskı, 2020, s. 1.

⁷ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, 620.

⁸ Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. bs., İstanbul, Beta, 2021, s. 711.

hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için öngörülen kurallar etrafında şekillendireceğiz.

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfiz edilebilirliğine dair incelemenin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁹’un (MÖHUK) “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması” başlıklı ikinci bölümündeki hükümler çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu düzenlemeyle getirilen tenfiz şartlarından tümü değil fakat bir kısmı bizim konumuz açısından özellik arz etmektedir.¹⁰

MÖHUK m. 50/1’de yabancı mahkemelerin hukuk davalarına ilişkin kararlarının Türkiye’de tenfizinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Öncelikle ceza ve tazminat gibi esasen iki farklı disipline ait terimlerden oluşan bu melez kurumun ceza hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ilişkin olduğunun belirlenmesi zorunludur.

MÖHUK m. 54/1(a) uyarınca tenfizi istenen mahkeme kararının verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o ülke kanunlarında Türk mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmü ya da fiilî uygulamanın bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu şartın, cezalandırıcı tazminat yaptırımını içeren mahkeme kararının verildiğini varsayacağımız İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri açısından değerlendirilmesi gerekecektir.

MÖHUK m. 54/1(b)’de tenfizi istenen kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olması yahut yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki niteliğinde olması tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda İngiliz ve özellikle de Amerikan hukukundaki bazı yetki kurallarının incelenmesi faydalı olacaktır.

Yine MÖHUK m. 54/1(c)’de tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi tenfiz engeli sayılmıştır. Hâliyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir kararın tenfizinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesinin üzerinde durulması gerekmektedir. Bu incelemelerin

⁹ Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG. 12.12.2007/26728.

¹⁰ Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Public and Private International Law Bulletin**, vol. 40, no. 1, 2020, s. 194-195.

yapılabilmesi için de cezalandırıcı tazminat müessesesinin tüm hatlarıyla bilinmesi ve Türk özel hukukunda cezalandırma düşüncesinin var olup olmadığının belirlenmesi çok önemlidir.

Bu çerçevede çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde, özel hukuk alanında tazminatlar yoluyla cezalandırma fikrinin Hammurabi ve Hitit Kanunları'na kadar uzanan primitif örneklerinden başlanarak, öncelikle İngiliz hukukundaki ismiyle *ibretlik tazminat*, ardından İngiliz etkisiyle gelişen Amerikan hukukundaki adıyla *cezalandırıcı tazminat* uygulamalarına değinilecektir. Yine bu bölümde, bahse konu tazminat türünün amaçları ve özellikleri açıklanacak, devamında ise İngiltere ve Amerika'da dahi tartışmalı olan yönlerine dikkat çekilecektir.

İkinci bölüm Türk hukukunda mevcut, cezalandırıcı tazminatı andıran muhtelif özel hukuk yaptırımların incelenmesine ayrılmıştır. Bu bölümde Türk sorumluluk hukukunun genel özellikleri ve alana hâkim temel ilkeler açıklanacak, konumuz açısından önem arz eden “maddi tazminat” kavramı üzerinde durulacaktır. Devamında ise anılan ilkelerle çelişen bazı yaptırım türleri incelenecektir. Gerçekten de Türk hukukunda, manevi tazminat, İş hukuku alanındaki ayrımcılık, ihbar, kötü niyetli fesih, iş güvencesi tazminatları ve sendikal tazminat, icra hukukundaki icra inkâr ve haksız takip tazminatları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹¹ (FSEK) m. 68 ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹² (RKHK) m. 58'de yer alan üç kat tazminatlar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹³ (TTK) m. 783'te düzenlenen çek tazminatı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁴ (TBK) m. 355'te ifade bulan yeniden kiralama yasağına aykırılık tazminatı ve aynı kanunun 530. maddesinde ele alınan gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede kazanç devri yaptırımı gibi bazıları açıkça zararı aşan, bazıları ise zarar bulunmasa dahi hükmedilebilir olan yaptırım örnekleri bulunmaktadır. Bu örneklerin özellikle amaç ve işlevleri bakımından cezalandırıcı tazminat kurumuyla benzerliklerinin

¹¹ Kabul Tarihi: 5.12.1951, RG. 13.12.1951/7981.

¹² Kabul Tarihi: 7.12.1994, RG. 13.12.1994/22140.

¹³ Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG. 14.2.2011/27846.

¹⁴ Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG. 4.2.2011/27836.

araştırılması, çalışmamız sonunda varacağımız netice açısından yol gösterici olacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ise yukarıda değindiğimiz tenfiz düzenlemeleri çerçevesinde temel sorumuza yanıt aranacaktır. İlk olarak MÖHUK m. 50 ila m. 59 arasında düzenlenen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları ile usulü hakkında genel bilgiler verilecek, ardından bu şartlar arasında İngiliz ve Amerikan mahkemelerinden sadır olmuş bir cezalandırıcı tazminat kararının tenfizini engellemek noktasında özellik arz edenler tek tek ele alınacaktır. Türk mahkemeleri henüz böyle bir taleple karşılaşmadığı için bizlere fikir vermesi bakımından Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş diğer ülkelerden İsviçre, Almanya, Japonya, İspanya, Fransa ve İtalya'daki yüksek mahkemelerin konuya yaklaşımlarına da kısaca değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR ANGLO-AMERİKAN HUKUKU FENOMENİ: CEZALANDIRICI TAZMİNAT

I. Cezalandırıcı Tazminat Kurumunun Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

A. Tanım

Hem Kara Avrupası hukuk sisteminde hem de Anglo-Sakson hukuk sisteminde haksız fiil hukukunun temel amacı, sorumluya ödettirilecek tazminat sayesinde mağdurun zararının telafi edilmesi ve böylelikle hukuka aykırı fiil gerçekleşmeden önceki durumuna döndürülmesidir.¹⁵ Kara Avrupası tazminat hukuku bu gayeyle sınırlı monist bir yapıdayken, Anglo-Sakson hukukunda telafinin yanında cezalandırma amacını da içeren düalist bir anlayış hakimdir.¹⁶ Bu anlayışın pratikteki yansıması, İngiliz doktrininde “ibretlik tazminat”, Amerikan doktrininde ise genellikle “cezalandırıcı tazminat” olarak adlandırılan hukuki yaptırımdır.¹⁷

¹⁵ P. S. Atiyah, **The Damages Lottery**, Hart Publishing, 1997, s. 3; Allan Beever, **A Theory of Tort Liability**, Hart Publishing, 2016, s. 13; Nils Jansen, **The Structure of Tort Law**, Bilingual ed., çev. Sandy Steel, Oxford University Press, 2022, s. 28; Glanville Williams, “The Aims of the Law of Tort”, **Current Legal Problems**, vol. 4, no. 1, 1951, s. 137. Haksız fiil hukukunu ekonomi bilimi perspektifinden inceleyen kimi yazarlara göre ise tazminatların öncelikli gayesi caydırma/önlemedir. Bkz.: Guido Calabresi, **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**, Yale University Press, 1970, s. 24 vd.; Louis T. Visscher, “Economic Analysis of Punitive Damages”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 219.

¹⁶ Volker Behr, “Punitive Damages in America and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, **Chicago-Kent Law Review**, vol. 178, no.1, 2003, s. 105-106; Anglo Sakson hukuk sistemindeki telafi tazminatı ile Kara Avrupası hukuk sistemindeki telafi tazminatının karşılaştırmalı incelemesi için Bkz.: Clare Connellan, Elizabeth Oger-Gross, Angélica André, “Compensatory Damages Principles in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements, Underlying Principles and Limits”, **The Guide to Damages in International Arbitration**, 2nd ed., Encompass Print Solutions, 2017, s. 7 vd.; Anglo Sakson hukuk sistemindeki telafi edici olmayan tazminatlar ile Kara Avrupası hukuk sistemindeki telafi edici olmayan tazminatların karşılaştırmalı incelemesi için Bkz.: Reza Mohtashami QC, Romilly Holland, Farouk El-Hosseny, “Non-Compensatory Damages Principles in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements, Underlying Principles and Limits”, **The Guide to Damages in International Arbitration**, 2nd ed., Encompass Print Solutions, 2017, s. 23 vd.

¹⁷ Marco Cappelletti, “Comparative Reflections on Punishment in Tort Law”, **French Civil Liability in Comparative Perspective**, Jean-Sébastien Borghetti & Simon Whittaker (eds), Hart Publishing, 2019, s. 329; Amerikan hukuk kaynaklarında ekseriyetle “punitive damages” terimi tercih edilmekle

Restatement (Second) of Torts ve Black's Law Dictionary cezalandırıcı tazminatı, benzer ifadelerle şöyle tanımlamışlardır:

*“Cezalandırıcı tazminat, telafi tazminatı ve nominal tazminattan farklı olarak hukuka aykırı eylem failini şoke edici davranışı sebebiyle cezalandırmak, onu ve diğer kimseleri benzer davranışlardan caydırmak için hükmedilen tazminattır.”*¹⁸

*“Cezalandırıcı tazminat, davalının pervasızca, kötü niyetle veya hileyle hareket ettiği durumlarda onu cezalandırmak veya başkaları için ibret haline getirmek amacıyla ve gerçek tazminata ek olarak hükmedilen tazminattır.”*¹⁹

Oxford Dictionary of Law'da verilen tanım ise şu şekildedir: *“İbretlik tazminat davacının zararlarını telafi etmekten ziyade (ya da bununla birlikte) davalının cezalandırılması için hükmedilen tazminattır.”*²⁰

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (U. S. Supreme Court) kuruma ilişkin tanımlamaları da yukarıdakilere paraleldir:

*“Mağdura telafi olarak değil, faile ceza ve başkalarına ihtar olarak hükmedilen ibretlik ya da cezalandırıcı tazminat...”*²¹

*“Cezalandırıcı tazminatlar zararın telafisi için değil, kınanabilir eylemin cezalandırılması ve gelecekte tekrarının önlenmesi için jüriler tarafından hükmedilen edilen özel para cezalarıdır.”*²²

Tanımlarda ilgili yaptırımla ulaşılmak istenen amaçlara ve failin ağır kusurlu, kötü niyetli davranışına, özellikle vurgu yapılmaktadır. Zira kurumun alametifarikası da buradadır. Cezalandırıcı tazminat yaptırımının amacı geleneksel tazminat anlayışındaki gibi davacının zararını telafi etmek değil, davalıyı cezalandırmak ve

beraber kimi kanunlarda “exemplary damages” ifadesine de rastlanmaktadır. Bkz.: CO Rev Stat § 13-21-102 (2020)

¹⁸ Restatement (Second) of Torts § 908 (1979). Restatements of the Law, yargıç ve avukatları *common law* genel prensipleri konusunda bilgilendirmek amacıyla Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan, bağlayıcı olmamasına rağmen en etkili ikincil kaynaklardan biri olarak kabul edilen ilmi eserler dizisidir.

¹⁹ Bryan A. Garner, Henry Campbell Black, **Black's Law Dictionary**, 9. Bası, St. Paul, MN: West, 2009. s. 448.

²⁰ Elizabeth A. Martin, **A Dictionary of Law**. Oxford University Press, 5. Bası, 2003, s. 191.

²¹ Lake Shore & Michigan Southern Ry. Co. v. Prentice, 147 U.S. 101 (1893), s. 107.

²² Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974), s. 350.

eylemin tekrarını önlemektir.²³ Dolayısıyla bu yaptırıma hükmedilirken davacıdan ve uğradığı zarardan çok, davalıya ve eyleminin niteliklerine odaklanılmaktadır.²⁴ Yaptırımın ceza hukuku anlamında para cezalarından farkı ise medeni yargılama usulüne göre yürütülen bir süreç neticesinde hükmedilmesi ve davalının ödemeyi devlete değil davacı tarafa yapmasıdır.

Cezalandırma ve caydırma geleneksel olarak ceza hukuku yaptırımlarıyla ilişkilendirilen terimlerdir. Ceza hukuku alanında görmeye alıştığımız bu kavramlarla tanımlanan bir “özel hukuk yaptırımı”, pek tabii, geçmişten günümüze tartışmalara konu olmuş, ancak buna rağmen varlığını da muhafaza edebilmiştir. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere İngiltere, Kanada, Avustralya, Güney Afrika, İrlanda, Galler gibi Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin hukuklarında, yeknesak bir şekilde olmasa da bu hibrit yaptırımın uygulanmasına devam edilmektedir.²⁵

B. Tarihsel Gelişim

Cezalandırıcı tazminat doktrini Anglo-Sakson hukukuyla özdeşleşmiş olmakla beraber, bu hukuk sisteminin meydana gelişinden çok daha eski tarihlerde de özel hukuk alanı içerisinde tazminatlar yoluyla cezalandırma fikrine rastlanmaktadır.²⁶ Modern anlamda cezalandırıcı tazminat uygulamasının ise 18.

²³ Williams, **a.g.m.**, dn. 27.

²⁴ Kenneth G. Cole, “Nature and Origin of Punitive Damages”, **Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook**, ed. Thomas J. Collin, American Bar Association, 1998, s. 2.

²⁵ Vanessa Wilcox, “Punitive Damages in England”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 8; İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda, Amerika ve Kanada’daki cezalandırıcı tazminat uygulamalarının karşılaştırmalı analizi için Bkz.: John Y. Gotanda, “Punitive Damages: A Comparative Analysis”, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 42, no. 2, 2004, s. 394 (Buradan itibaren Gotanda, **Comparative** olarak anılacaktır)

²⁶ Ronald A. Brand, “Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far”, **Journal of Law and Commerce**, vol. 24, no. 2, 2004-2005, s. 182; Renée Charlotte Meurkens, **Punitive damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe**, [Doctoral Thesis, Maastricht University], Wolters Kluwer Business, 2014, s. 41; Burada dikkat edilmesi gereken husus ise bu primitif uygulamaların tezimizin konusunu oluşturan cezalandırıcı tazminat müessesesine değil, günümüzde de varlığını sürdüren misli tazminatlara (*multiple damages*) örnek oluşturmalarıdır. Zira kimi misli tazminatlar cezalandırma amacına sahip olmakla birlikte bazı yönleriyle cezalandırıcı tazminattan ayrılmaktadırlar. Bazı misli tazminatlar ise sorumluyu cezalandırmak amacıyla değil, zarar miktarının hesaplanmasındaki zorlukların önüne geçmek için dizayn edilmiştir. Bununla birlikte cezalandırıcı tazminat esasen içtihatlarla gelişirken, misli tazminatların dayanağı kanunlardır. Aşağıda detaylı inceleyeceğimiz üzere kural olarak cezalandırıcı tazminat için belirlenmiş bir üst sınır yokken, misli tazminatların

yüzyılda İngiltere’de başladığı kabul edilmektedir.²⁷ İngiliz uygulaması, bahse konu yaptırımın tazminat hukukundaki bir anomali olduğu kabulüyle daha ziyade kısıtlamacı, bir başka anlatımla bu yaptırımın uygulama alanını oldukça daraltan kurallarla bezeli bir gelişim göstermiştir.²⁸ Başlangıçta İngiliz hukukundan beslenen Amerikan cezalandırıcı tazminat uygulaması ise sosyo-politik ve ekonomik gelişmelerin de etkisiyle farklı bir istikamette yol almış; hem uygulama alanı hem de tazminat miktarları tartışılır seviyelere ulaşmıştır.²⁹

1. Özel Hukuk Alanında Cezalandırma Fikrinin Antik Kökleri

M. Ö. 1800’lü yıllarda Hammurabi Kanunları’nda, M. Ö. 1400’lü yıllarda Hitit Kanunları’nda, daha sonra ise kutsal metinlerde gerçek zararın çeşitli katları şeklinde tazminat hükümleri bulunmaktadır.³⁰ Hammurabi Kanunları’nda sığır,

gerçek zararın katları şeklinde sabit bir limiti vardır ve hükmedilecek miktar davalının ekonomik durumuna göre değişiklik göstermez. Konu hakkında ayrıca Bkz.: Stephen J. Shapiro, “Overcoming Under-Compensation and Under-Deterrence in Intentional Tort Cases: Are Statutory Multiple Damages the Best Remedy?”, **Mercer Law Review**, vol. 62, no. 2, 2011, s. 475 vd.; Dan B. Dobbs, **Law of Remedies**, 2nd ed., West Publishing, 1993, s. 359; **Black’s Law Dictionary**, s. 447; Nuray Ekşi, **a.g.e.**, s. 623; Joachim Zekoll, “Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany”, **The American Journal of Comparative Law**, vol. 37, no. 2, 1989, s. 330, dn. 159 (buradan itibaren Zekoll, **Product Liability** olarak anılacaktır.); Klaus J. Beucher; John Byron Sandage, “United States Punitive Damage Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 23, no. 5, 1991, s. 972, dn. 21; Jeffery W. Grass, “The Penal Dimensions of Punitive Damages”, **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 12, no. 2, 1985, s. 259-266; Bununla birlikte misli tazminatları cezalandırıcı tazminatın bir türü olarak nitelendiren ve cezalandırıcı tazminat kurumunun tarihsel gelişimini bu uygulamalardan başlayarak ele alan yazarlar da bulunmaktadır: David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, **Villanova Law Review**, vol. 39, no. 2, 1994, s. 368, (buradan itibaren Owen, **Functions**, olarak anılacaktır.); Thomas B. Colby, “Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs”, **Minnesota Law Review**, vol. 87, 2003, s. 614; Gotanda, **Comparative**, s. 395; Misli tazminat uygulamalarının tarihi için ayrıca Bkz.: G. Robert Blakey, “Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages”, **Law and Contemporary Problems**, vol. 60, no. 3, 1997, s. 99 vd.; Yine Anglo-Sakson hukuku orijinli, özellikle fikri mülkiyet hukuku alanında karşılaşılan, zarar miktarının hesaplanmasındaki zorlukların önüne geçmek ve caydırıcılık sağlamak için dizayn edilmiş bir başka tazminat türü ise “*statutory damages*” olarak adlandırılan hukuki yaptırımdır. Bu yaptırım hakkında yapılmış bir inceleme için Bkz.: Zeynep Ülkü Kahveci, ““Sabit Aralıklı Tazminat” (Statutory Damages): Fikri Haklar Üzerinden Anlatım”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, s. 2101-2125.

²⁷ Wilcox, **a.g.e.**, s. 7; Dobbs, **a.g.e.**, s. 313; Ellis, **a.g.m.**, s. 12.

²⁸ James Goudkamp, Eleni Katsampouka, “Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law.” **The Modern Law Review**, vol. 84, no. 6, 2021, s. 5, (Buradan itibaren Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages** olarak anılacaktır.); Gotanda, **Comparative**, s. 398.

²⁹ Anthony J. Sebok, “Punitive Damages in United States”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 156.

³⁰ Michael Rustad, Thomas Koenig, “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, **American University Law Review**, vol. 42, no. 4, 1993, s. 1285 vd.;

koyun, eşek, domuz çalan kimsenin, bu hayvan tanrılardan birine ya da mahkemeye aitse otuz misli, özgür bir kimseye aitse on misli tazminata mahkûm edileceği, ödeme gücü yoksa ölümle cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır.³¹ Yine Hitit Kanunları'nda çalınan hayvanın kıymetine göre on beş misline varan miktarda bir tazminattan bahsedilmektedir.³² Benzer şekilde Tevrat'ın ikinci kitabı olan “Çıkış (Exodos)”ta da bir öküz yahut bir koyun çalan kimsenin bunları satar ya da öldürürse sahiplerine tazminat olarak beş öküz yahut dört koyun vermekle mükellef olduğunu, komşusuna para emanet eden bir kimsenin parası çalınırse hırsıza çaldığının iki katının ödettirileceğini ifade eden pasajlar vardır.³³

Roma tazminat hukuku da cezalandırma düşüncesine yabancı değildir.³⁴ Özellikle ceza hukuku-haksız fiil hukuku ayrımının belirginleşmediği XII Levha Kanunu döneminde, telafiden ziyade cezalandırma amacı ön planda olan bazı tazminat uygulamaları göze çarpmaktadır.³⁵ Bu dönemde kimi haksız fiil tiplerinde yaptırımlar bir miktar paranın ödenmesi şeklinde düzenlenmiş, ilgili meblağ mağdura ödenerek hem mağdurun zararının telafisi hem de failin cezalandırılması amaçlanmıştır.³⁶ Örneğin hırsızın suçüstü yakalanmadığı hırsızlık (*furtum nec manifestum*) davasında mağdur, hırsızdan zararının iki katını talep edebilmektedir.³⁷

Davalı faili cezalandırma amacı taşıyan misli tazminatların Anglo-Sakson hukukunda baş göstermeye başladığı dönem ise 13. yüzyılın sonlarıdır.³⁸ Kral

James B. Sales, Kenneth B. Cole Jr., “Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins”, **Vanderbilt Law Review**, vol. 37, no. 5, 1984, s. 1119 vd.; Owen, **Functions**, s. 368.

³¹ Kanunun İngilizce çevirisi için Bkz.: L. W. King, **The Code of Hammurabi**, (Çevrimiçi), <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, 12 Mayıs 2023.

³² Ali M. Dinçkol, “Hitit Yasalarının Ana Çizgileri ve Eski Önasya Hukuku ile Etkileşimi”, **Anadolu Araştırmaları**, Sayı: 12, İstanbul, Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1990, s. 92.

³³ Exodos, 22:1, 22:7.

³⁴ Paul J. Du Plessis, Clifford Ando, Kaius Tuori, **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**, Oxford University Press, 2016, s. 599; Talya Şans Uçaryılmaz, Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt. 69, sayı. 2, 2020, s. 837.

³⁵ Norman T. Braslow, “The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damages in a Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience”, **Arizona Journal of International and Comparative Law**, vol. 16, no. 2, 1999, s. 317.

³⁶ Türkan Rado, “Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, cilt 18, sayı 1-2, 1952, s. 482; Rafael Domingo, “The Roman Law of Delicts: An Overview”, **SSRN Electronic Journal**, 2017, s. 3.

³⁷ Rado, **a.g.m.**, s. 497; Plessis, Ando, Tuori, **a.g.e.**, s. 599.

³⁸ Owen, **Functions**, s. 368; Bu dönemdeki misli tazminat uygulamalarının Roma hukukundaki misli tazminatlar ve modern cezalandırıcı tazminat müessesesi ile ilişkisi hakkında Bkz.: Jason Taliadoros,

Edward'ın hüküm sürdüğü 1275 yılında İngiliz parlamentosunun çıkardığı Westminster Kanunu'nda çeşitli haksız fiillerin yaptırımını olarak zararın iki misli tazminatlar öngörülmüştür.³⁹ Yine 1278 tarihli Gloucester Kanunu'nda gerçek zararın üç misli oranında tazminat örnekleri göze çarpmaktadır.⁴⁰

2. İngiliz Hukuk Tarihinde Cezalandırıcı Tazminat (İbretlik Tazminat)

a. İlk Uygulamalar

İngiliz hukuk tarihinde cezalandırıcı tazminat yaptırımına ilk kez, 1763 yılında görülen, birbiriyle bağlantılı iki farklı davada hükmedilmiştir.⁴¹ *Wilkes v. Wood*⁴² davasına konu olay şöyle cereyan etmiştir: Aynı zamanda parlamento üyesi de olan gazeteci John Wilkes'in evi, North Briton isimli bir gazetenin eki olarak yayımlanan broşürde krala iftira ettiği gerekçesiyle aranmış; şahsın eşyalarına el konulmuştur. Alelade bir genel arama kararıyla yapılan bu uygulamanın üzerine John Wilkes, kralın ulaklarına yardımcı olan ve kilitlerin kırılarak kapının açılması emrini veren Robert Wood'a karşı taşınmaza tecavüz haksız fiiline dayanan bir dava açmıştır. Wilkes'in avukatı, dava konusu olayın sadece davacının kişiliği ile ilgili olmadığını, dahası ülkedeki tüm bireylerin özgürlüklerini ilgilendirdiğini ifade ederek, hükmedilecek cüzi tazminatların medeni haklara tecavüzü engellemeyeceğini belirtmiş; mahkeme de tazminatların sadece telafi amacına hizmet etmeleri için değil, aynı zamanda sorumluyu cezalandırmak ve gelecekteki benzer davranışlardan caydırmak amacıyla tasarlandığını, dolayısıyla jürinin gerçek zarardan fazlasına hükmetme yetkisi olduğunu ifade ederek kararlaştırılan bin sterlin tutarındaki tazminatı desteklemiştir.

"The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History", **Cleveland State Law Review**, vol 64, no. 2, 2016, s. 251-302.

³⁹ Danby Pickering, **The Statutes at Large: From the Magna Charta, to the End of the Eleventh Parliament of Great Britain**, vol. 24., Cambridge Printed by J. Archdeacon, 1769. s. 138.

⁴⁰ Pickering, **a.g.e.**, s. 139.

⁴¹ Luis Ernesto Aguirre Villarrea, **Integration Of Punitive Damages Into Countries With A Civil Law System: Mexico's Case**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Tulane University, 2008, s. 5.

⁴² *Wilkes v. Wood* [1763] EWHC CP J95, 98 ER 489.

Aynı olay farklı şahıslar açısından ise *Huckle v. Money*⁴³ davasına konu olmuştur. Kralın ulaklarından biri olan davalı Money, söz konusu yayın sebebiyle yayınevi çalışanı Huckle'ı gözaltına almış, baskı makinelerine el koymuş; ardından Huckle, taşınmaza tecavüz, bedensel müdahale tehdidi ve hürriyeti tahdit haksız fiillerine dayanan bir dava açmıştır. Jüri, 300 sterlin cezalandırıcı tazminata hükmetmiş; davalı, gerçek zararının en çok 20 sterlin olmasına rağmen 300 sterlin gibi fahiş bir tazminata hükmedildiğini belirterek yeniden yargılama talep ettiyse de Lord PRATT şu gerekçeyle talebi geri çevirmiştir:

*“İbretlik tazminata hükmetmekle jürinin yerinde bir karar verdiği kanaatindeyim. Genel arama kararıyla delil elde etmek için bir kimsenin evine girilmesi, hiçbir İngiliz vatandaşının tek bir saat bile yaşamak istemeyeceği İspanyol Engizisyonundan bile daha kötü bir hukuki durum ve söz konusu özgürlüklere yapılan pervasız bir kamusal saldırıdır.”*⁴⁴

Cezalandırıcı tazminat, bu yıllardan itibaren İngiliz hukukunun bir parçası olarak kabul edilmeye başlanmıştır.⁴⁵ Bu tazminat türüne ilişkin doktrinin oluşmaya başladığı yıllarda ilgili yaptırıma hükmedilen davalara göz atıldığında dava konusu olayların iftira, bedensel müdahale tehdidi, bedensel müdahale gibi haksız fiillerin mağduru aşağılayıcı bir biçimde gerçekleştirildiği durumlar olduğu göze çarpmaktadır.⁴⁶ Yine taşınır ve taşınmaza tecavüz, kötü niyetli soruşturma, özel evrakların sızdırılması, hürriyeti tahdit gibi haksız fiillerin ofansif bir tavırla gerçekleştirildiği vakalarda cezalandırıcı tazminat sıklıkla gündeme gelmiştir.⁴⁷ Tüm bu davaların ortak noktası ise davacının itibarını, onurunu zedeleyen fiilleri konu ediniyor oluşlarıdır.⁴⁸ Özellikle failin davranışındaki aşağılayıcı ve tahkir edici tutuma odaklanılmıştır.⁴⁹ Mahkeme kararlarında bu tür vakaların sosyal düzene karşı

⁴³ *Huckle v. Money*, 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (C. P. 1763)

⁴⁴ *Huckle v. Money*, 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (C. P. 1763), s. 769.

⁴⁵ Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1290.

⁴⁶ Ellis, **a.g.m.**, s. 15.

⁴⁷ Ellis, **a.g.m.**, s. 15.

⁴⁸ 19. yüzyıl batı toplumunda onur mefhumunun, bir bireyin hem kendi gözündeki hem de toplumun gözündeki itibari değerini yansıttığı anlayışı hâkimdi. Dönemin statü merkezli toplumsal yapısı, onur zedeleyici davranışların cezalandırıcı tazminata dayanak oluşturmasının en önemli nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir. Bkz.: Ellis, **a.g.m.**, s. 15.

⁴⁹ McCormick, “Some Phases of the Doctrine of Exemplary Damages”, **The North Carolina Law Review**, vol. 8, no. 2, 1930, s. 137; Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1287; Anılan dönemde cezalandırıcı tazminata hükmedilen bazı davalar şunlardır: Middlesex milis kuvvetlerinde albay olarak görev yapan

oluşturduğu tehditten de sıklıkla bahsedilmiştir.⁵⁰ Yine bu erken dönemde cezalandırıcı tazminat kurumuna bir dayanak arama çabalarına girişilmiş; manevi zararların tazminini sağlama, caydırıcılık sağlama, yetersiz ceza hukuku yaptırımlarının tamamlayıcısı olma, intikam duygusunu tatmin etme gibi görüşler öne sürülmüştür.⁵¹

b. Cezalandırıcı Tazminat Uygulamalarının Sınırlandırılması: Kategori ve Dava Sebebi Testleri

(1). Kategori Testi

Konudaki karışıklıklar, anılan yaptırımın lehinde ve aleyhinde eleştiriler eşliğinde 20. yüzyıla kadar süregelen uygulamalardan sonra 1964 yılında görülen *Rookes v. Bernard*⁵² davasıyla, Lordlar Kamarası tarafından giderilmeye çalışılmış; cezalandırıcı tazminat müessesesi, uygulamayı önemli derecede sınırlandıran bir çerçevede yeniden tanımlanmıştır.⁵³ Aynı bir bölümde inceleyeceğimiz güncel İngiliz uygulamasının da temeli olan bu kararda yargıç Lord DEVLIN, ağırlaştırılmış tazminat (*aggravated damages*)⁵⁴ ile cezalandırıcı tazminat arasındaki ayrımı

davalı Thomas Frederick'in sıradan bir asker olan Benson'ı, bu konuda izni olmasına rağmen, sivil kıyafetlerle dolaşması sebebiyle kırbaçlatması neticesinde 150 sterlin cezalandırıcı tazminata hükmedilen *Benson v. Frederick* kararı, 97 Eng. Rep. 1130 (K.B. 1766); Sussex'te bir yoksullar yurdunda çalışan davalının, yurt sakinlerinden olan genç bir kızın rızası hilafına saçlarını kesmesi sebebiyle 60 sterlin cezalandırıcı tazminata hükmedilen *Forde v. Skinner* davası, 172 Eng. Rep. 687 (Horsham Assizes 1830); Han işletmecisi davacının, aynı zamanda çalışanı da olan kızını, evlenme vaadiyle kandırarak hamile bırakan davalıya karşı açtığı ve 50 sterlin cezalandırıcı tazminata hükmedilen *Tullidge v. Wade* davası, 95 Eng. Rep. 909 (K.B. 1769)

⁵⁰ Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1289-1290.

⁵¹ Kenneth R. Redden: **Punitive Damages**, Michie Company, 1980, s. 26 vd.

⁵² *Rookes v. Barnard* (No 1), [1964] UKHL 1.

⁵³ Bu yıllara gelindiğinde İngiliz hukukunda soyut zararların telafisi konusunda pozitif gelişmeler olmasına rağmen, cezalandırıcı tazminatın bu nevi zararların tazminine hizmet ettiği görüşü varlığını sürdürmüş, bir başka ifadeyle bu tazminat türünün amacı konusunda karmaşıklıklar devam etmiştir. Wilcox, **a.g.e.**, s. 8. Lordlar Kamarası üyelerinden Devlin şu ifadelerle karmaşıklığa son vermeye çalışmıştır: “İbretlik tazminat özü itibarıyla olağan tazminatlardan farklıdır. Tazminatların amacı genellikle telafiye, cezalandırıcı tazminatın amacı cezalandırmak ve caydırma.” *Rookes v. Barnard* (No 1), [1964] UKHL 1, s. 34.

⁵⁴ Ağırlaştırılmış tazminat, Anglo-Sakson hukukunda dava konusu eylemin nitelikleri sebebiyle davacının zararının daha da ağırlaştığı durumlarda, davacının incinen hislerinin, zedelenen onurunun ve gururunun telafisi olarak hükmedilen bir tazminat türüdür. Acı ve elem (*pain and suffering*) tazminatını andırmakla beraber ondan farklıdır. Ağırlaştırılmış tazminata hükmedilmesi için gereken eylemin nitelikleri ve kusurun ağırlığı, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için arananlarla paralel olduğu için erken dönem mahkeme kararlarında bu ikisi karıştırılmış, “aggravated” ve “exemplary” terimleri birbiri yerine kullanılmıştır. Ağırlaştırılmış tazminat ayrı bir tazminat türü olarak günümüz İngiliz hukukunda varlığını sürdürürken, bu terim Amerikan hukukunda nadir olarak ve cezalandırıcı

netleştirmiş; cezalandırıcı tazminat sorumluluğu doğurabilecek haksız fiilleri kategorize etmiş ve bahse konu yaptırıma hükmedilirken göz önünde bulundurulması gereken bir dizi prensibe dikkat çekmiştir.⁵⁵ Bu kararla birlikte cezalandırıcı tazminat yaptırımının sadece:

(a) Kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı davrandıkları durumlar,

(b) Failin hukuka aykırı eylemi gerçekleştirirken ödeyeceğini öngördüğü tazminattan daha fazla kazanç elde edeceğini hesaplayarak hareket ettiği durumlar,

(c) Yasaların açıkça cezalandırıcı tazminat öngördüğü durumlar, olmak üzere üç kategoride gündeme gelebileceği ifade edilmiştir.⁵⁶

İlk iki kategori *common law* içerisinde şekillenirken, üçüncü kategori ise yasa koyucu tarafından oluşturulacaktır. 1972 yılında görülen *Broome v Cassell & Co Ltd*⁵⁷ davasıyla tekrar onaylanan bu kategorizasyon, “kategori testi” ismiyle günümüzde de cezalandırıcı tazminat uygulamaları açısından referans kabul edilmektedir.⁵⁸

(2). Dava Sebebi Testi (1992-2001)

1992 yılında verilen *A.B. v. South Water Servs. Ltd.*⁵⁹ kararıyla, cezalandırıcı tazminat uygulama alanını daha da daraltan yeni bir ölçüt getirilmişti.⁶⁰ Dava sebebi (*cause of action*) testi denilen bu ölçüte göre cezalandırıcı tazminat yaptırımı, ancak 1964 yılındaki *Rookes v. Barnard* kararından önce cezalandırıcı tazminata hükmedilen haksız fiiller açısından söz konusu olabilecekti.⁶¹ Bir başka ifadeyle dava konusu haksız fiilin kategori testini geçmesi yeterli olmayacak, ayrıca 1964 yılından

tazminat müessesesini kastedecek şekilde kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Anthony J. Sebok, Vanessa Wilcox, “Aggravated Damages”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 258 vd.

⁵⁵ Lord Devlin’in uygulamayı şekillendiren açıklamalarını aşağıda güncel İngiliz uygulamasını incelerken ele alacağımız için bu bölümde sadece cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebileceği kategorileri saymakla yetiniyoruz.

⁵⁶ *Rookes v Barnard* (No 1), [1964] UKHL 1, s. 37 vd.

⁵⁷ *Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] A.C. 1027.

⁵⁸ Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 1.

⁵⁹ *AB v South West Water Services Ltd.* [1993] QB 507.

⁶⁰ Wilcox, **a.g.e.**, s. 19.

⁶¹ Wilcox, **a.g.e.**, s. 19.

önce cezalandırıcı tazminatın gündeme geldiği haksız fiil tiplerinden biri olması gerekecekti. Bu hâlde 1964 öncesi cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna neden olan kötü niyetli soruşturma, hürriyeti tahdit, itibara leke sürme, taşınır veya taşınmaz mala tecavüz, hukuka aykırı olarak başkalarının ticari işlerine karışma gibi haksız fiiller bu testi geçebilecekken, 1964 sonrası cezalandırıcı tazminat sorumluluğunun gündeme geldiği aldatma, telif hakkının ihlali gibi haksız fiillerde cezalandırıcı tazminat söz konusu olmayacaktı.⁶² Fakat Lordlar Kamarası 2002 yılında verdiği *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*⁶³ kararıyla bu ölçütü terk etmiş, tekrardan sadece kategori testi uygulanmaya başlanmıştır.⁶⁴

3. Amerikan Hukuk Tarihinde Cezalandırıcı Tazminat

Cezalandırıcı tazminat müessesesi Amerikan hukukuna İngiliz hukukunun etkisiyle girmiş, fakat farklı bir gelişim göstermiştir.⁶⁵ Tarihsel süreçte yaptırımın uygulama alanı oldukça genişlemiş, hemen hemen tüm haksız fiiller açısından gündeme gelebilecek bir noktaya ulaşmıştır.⁶⁶ SEBOK, kurumun Amerikan hukukundaki serüvenini, sınırlarının tam olarak tespitinin zor olduğunu altını çizerek üç dönemde ele almıştır.⁶⁷

18. ve 19. yüzyıllarda Amerikan mahkemelerinin cezalandırıcı tazminata hükmettiği olaylar, yukarıda incelediğimiz erken İngiliz uygulamasına oldukça paraleldir. Yani sosyal statünün ve kamu yetkisinin kötüye kullanımından kaynaklanan uyuşmazlıklar cezalandırıcı tazminat yaptırımına konu edilmiş; bilhassa dava konusu eylemin davacıyı aşağılayıcı ve tahkir edici niteliğine odaklanılmıştır. 20. yüzyılın ilk yarısında yaşanan sosyo-politik ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda, ilk dönemdekine benzer uygulamalar muhafaza edilmekle birlikte, daha ziyade ticari ilişkilerin ve ekonomik gücün kötüye kullanımından kaynaklanan uyuşmazlıklar ilgili yaptırım için uygulama alanı oluşturmuştur. Bu genişlemeci yaklaşımdaki son evre ise 20. yüzyılın ikinci yarısından başlayarak günümüzde de

⁶² Wilcox, **a.g.e.**, s. 19.

⁶³ *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122.

⁶⁴ Wilcox, **a.g.e.**, s. 20.

⁶⁵ Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1290 vd.; Sebok, **a.g.e.**, s. 156.

⁶⁶ McCormick, **a.g.m.**, s. 136.

⁶⁷ Sebok, **a.g.e.**, s. 159 vd.

devam eden süreçtir. Bu son dönemde kurumun “caydırıcılık” işlevi öne çıkarılmış; cezalandırıcı tazminat yaptırımı, ürün sorumluluğu ve ticari haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da sıklıkla talep edilir hâle gelmiştir.

a. 18. ve 19. Yüzyıl Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları: Mağduru Aşağılayıcı ve Tahkir Edici Haksız Fiillerin Cezalandırılması

Amerikan hukuk tarihindeki ilk cezalandırıcı tazminat uygulamasının 1784 tarihli *Genay v. Norris*⁶⁸ davasında gerçekleştiği bilinmektedir.⁶⁹ Hâlihazırda husumetli olan davacı ve davalı düello öncesi birlikte içki içerlerken, davalı, davacının içkisine bir ilaç koymuş, bunun neticesinde mağdur, acı ve ağrılarla dolu günler geçirmiş ve aylarca ilacın etkisinden kurtulamamıştır. Davalı, savunmasında ilacı şaka maksatlı kullandığını ve bu kadar etkili olacağını bilmediğini ifade etse de hâkim, fiilin şok edici nitelikte olduğunu ve failin cezalandırıcı tazminatı hak ettiğini belirtmiş; bunun üzerine jüri, davalının davacıya 400 sterlin cezalandırıcı tazminat ödemesine hükmetmiştir. Yine aynı yıllarda cereyan eden *Coryell v. Callbaugh*⁷⁰ davasında bir baba, kızını ayartan ve verdiği evlilik sözünü tutmayan şahsı dava etmiş; hâkim, söz konusu eylemin vahşi ve alçakça olduğunu dolayısıyla cezalandırıcı tazminat gerektirdiğini söyleyerek jüriden bu yönde bir karar vermelerini istemiş; nitekim jüri de davalıyı 75 sterlin cezalandırıcı tazminata mahkûm etmiştir.

Anılan yıllarda eyalet mahkemelerinde sıklıkla uygulama bulmakla beraber, kurumun, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nde tartışıldığı ilk dava ise 1851 yılında taşınmaza tecavüz haksız fiilinden kaynaklanan *Day v. Woodworth*⁷¹ yargılaması olmuştur.⁷² Bir anlamda ilgili yaptırımın Amerikan Yüksek Mahkemesi’nce ilk kez onaylandığı bu davada, mağdurun talep edebileceği tazminatları detaylandırırken

⁶⁸ *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. 6, 1 Bay 6 (1784).

⁶⁹ Owen, **Functions**, s. 369; Sebok, **a.g.e.**, s. 160; Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1290.

⁷⁰ *Coryell v. Colbaugh*, 1 N.J.L. 90 (1791).

⁷¹ *Day v. Woodworth* 54 U.S. 363 (1851).

⁷² Sanjit S. Shah, “Can Punitive Damages Withstand a Due Process Challenge After *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw and Browning-Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal?*”, **Fordham Urban Law Journey**, vol. 18, no. 1, 1990, s. 121.

mahkemenin kullandığı ifadeler şunlardır: “Jüri, müşterek hukukun köklü bir prensibi olarak, taşınmaza tecavüz ve diğer tüm haksız fiillerde davacının telafisi için kullanılacak ölçütler yerine, davalının davranışındaki kötülüğü göz önünde bulundurmak kaidesiyle, telafi tazminatından ayrıca ibretlik, cezalandırıcı ya da intikam tazminatı olarak adlandırılan tazminata da hükmedebilir.”⁷³

Amerikan cezalandırıcı tazminat uygulamasının ilk örneklerinde de, tıpkı İngiltere’de olduğu gibi, davalının küçük düşürücü ve aşağılayıcı fiiline odaklanması, üzerine manevi zararların tazminine ilişkin doktrinin ve yargısal birikimin yeterli seviyelerde olmayışı da eklenince, kurumun o dönemler “gerçek zarar” kapsamında düşünülmeyen acı ve elem gibi manevi zararların telafisine yönelik oluşturulduğu görüşlerinin öne sürülmesine neden olmuştur.⁷⁴ Hem mahkeme kararlarında hem de doktrinde cezalandırıcı tazminatın bu türden zararların telafisi ve cezalandırma fonksiyonlarından hangisine sahip olduğu konusunda tartışmalar/karmaşıklıklar yaşanmıştır.⁷⁵ Örneğin Michigan Yüksek Mahkemesi’nin 1868 yılında verdiği bir kararda cezalandırıcı tazminata ilişkin şu ifadeler yer almıştır:

“... kimi otoritelerin failin yanlış kastını cezalandırmak için, kimi otoritelerin ise mağdurun yaşadığı yaralanma hissine karşılık telafi olarak dizayn edildiğini söylediği ibretlik ya da intikam tazminatı, her halükârda failin eyleminin kötülüğü oranında artmakta ya da azalmaktadır. İbretlik tazminat ya da intikam tazminatı terimleri hukukun bir parçası haline geldiği için kesip atması çok zordur. Ancak bu terimlerin yanıltıcı bir şekilde kullanımının önüne geçilmelidir. Düşüncemize göre bu tazminat uygulamasının tek uygun yolu mağdurun yaralanan duygularının onarımı amacıyla hükmedilmesidir.”⁷⁶

⁷³ Day v. Woodworth 54 U.S. 363 (1851), s. 371.

⁷⁴ Redden, **a.g.e.**, s. 32.

⁷⁵ Sebok, **a.g.e.**, s. 161.

⁷⁶ Detroit Daily Post Co. v. McArthur, 16 Mich. 451 (1868), s. 454; Bu dönemde İllionis Yüksek Mahkemesi’nce verilen bir dizi kararda da benzer bir ikilem göze çarpmaktadır: “...jüri sadece davacının zararını telafi etmek için değil, davalıyı cezalandırmak için de ibretlik tazminata hükmedebilir.”, McNamara v. King, 7 Ill. 432, 2 Gilm. 432 (1845), s. 436. Bu mahkeme 1860 yılındaki bir başka kararında aynı görüşü sürdürmüştü (Ously v. Hardin, 23 Ill. 403 (1860)), 1864 yılında verdiği bir kararda ise günümüzdeki cezalandırıcı tazminat anlayışına daha yakın bir görüşü benimsemiştir: “...eylem kasti ya da kötü niyetliyse jüri, toplumsal huzurun korunması için bir ceza olarak gerçek zararın ötesinde tazminata hükmedebilir.”, Hawk v. Ridgway, 33 Ill. 473 (1864), s. 476.

19. yüzyılın sonlarına doğru acı ve elem gibi manevi zararlar “gerçek zarar” kapsamında, dolayısıyla telafi tazminatı başlığı altında, değerlendirilmeye başlanınca cezalandırıcı tazminat açısından da ibre cezalandırma ve caydırma işlevlerine dönmeye başlamıştır.⁷⁷

b. 20. Yüzyılın İlk Yarısındaki Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları: Gücün Kötüye Kullanımının Cezalandırılması

19. yüzyılın sonlarından itibaren Amerikan sorumluluk hukukunda bir takım anlayış değişikliklerine gidilmiştir.⁷⁸ Tahmin edileceği üzere bunun cezalandırıcı tazminat uygulamalarındaki yansımaları da kaçınılmaz olmuştur. Üstün olan sorumluluğu alır (*respondeat superior*) doktrininin gelişmesiyle birlikte, cezalandırıcı tazminat yaptırımının güçlü bireylerden sonra güçlü şirketlere de yönlendirildiği görülmektedir.⁷⁹ Politik dengelerin değişmesi, işçi hareketinin yükselişi ve sözleşme özgürlüğünün kutsallığı düşüncesinin zayıflaması ile mahkemeler, önlerine gelen işçi ve tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda zayıf taraflar lehine daha hassas davranmaya başlamışlardır.⁸⁰ Bu yıllarda şirketlerin çalışanlarının davranışlarından dolayı sorumlu olmayacağına dair köklü anlayış da terk edilince, özellikle şirketlerin tarafı olduğu davalarda ve bir takım ticari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda cezalandırıcı tazminat talep edilmeye başlanmıştır.⁸¹

Anılan dönemde cezalandırıcı tazminat yaptırımına konu olan olayların çekirdeğini ekonomik gücün ya da pozisyonun kötüye kullanımı oluşturmaktadır. Özellikle şirketlerin hacimlerine ve güçlü pozisyonlarına güvenerek, cezadan muaf oldukları düşüncesiyle, müşterilerinin haklarını hiçe sayarak hareket ettiği durumlar cezalandırıcı tazminat yaptırımlarının hedefi hâline gelmiştir.⁸² Yaygın karşılaşılan

⁷⁷ “Exemplary Damages in the Law of Torts”, **Harvard Law Review**, vol. 70, no. 3, 1957, s. 520; Redden, **a.g.e.**, s. 32-33; “...ister kasten ister ihmal sonucu gerçekleşmiş olsun bu yaralanma fiziksel olduğu gibi mental olarak da bir acı meydana getiriyorsa, bu mental acı telafi tazminatını oluşturan kişisel zararların kapsamından ayrı düşünülemez.”, Kennon v. Gilmer, 131 U.S. 22 (1889), s. 26.

⁷⁸ Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1294-1295; Sebok, **a.g.e.**, s. 163.

⁷⁹ S. D. Thompson, “Liability of Corporations for Exemplary Damages”, **Central Law Journal**, vol. 41, 1895, s. 309; Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1295; McCormick, **a.g.e.**, s. 145.

⁸⁰ Sebok, **a.g.e.**, s. 163.

⁸¹ Sebok, **a.g.e.**, s. 163.

⁸² Sebok, **a.g.e.**, s. 163.

davalar ise bilhassa kamu şirketi niteliğindeki demiryolu işletmelerinin çalışanlarının faili olduğu yolcuların haksız yere trenden atılması, kör yolcuların trene binmesine müsaade edilmemesi vb. vakalardan kaynaklanmıştır.⁸³

Bahse konu yıllarda, gücün kötüye kullanımı bağlamında sık karşılaşılan bir başka grup haksız fiil ise davalının açgözlülükle davranarak davacının zayıf pozisyonunu, bilgisizliğini suiistimal ettiği dolandırıcılık/aldatma hâlleridir.⁸⁴ Bu tür haksız fiillerin tipik örnekleri ise satıcının bu minvalde davrandığı tüketici sözleşmelerinden ve işverenin benzer davranışlar sergilediği iş sözleşmelerinden kaynaklanmıştır. Örneğin *Hobbs v. Smith*⁸⁵ davasında davalı, davacıya sağlıklı olduklarından bahisle bir grup domuz satmıştır. Satın aldığı domuzların kısa bir süre sonra birer birer ölmesiyle birlikte koleralı olduklarını anlayan davacı, konuyu mahkemeye taşımış; jüri, 800 dolar telafi tazminatıyla birlikte bir o kadar da cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Dönemin anlayışını yansıtan bir başka dava ise işverenin kaza sigortası yaptıracığını belirterek işçisinden para alması, fakat parayı

⁸³ A.G. Nichols Jr., “Comment, Punitive Damages in Mississippi—A Brief Survey”, **Mississippi Law Journal**, vol. 37, 1965, s. 138; Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1297; Bu yeni dönemin başlangıcı niteliğinde görülebilecek kararlardan biri *Lake Shore & Michigan Southern Ry. Co. v. Prentice* davasında verilmiştir. Davaya konu olay şöyle gerçekleşmiştir: Davacı Prentice eşiyile birlikte yolculuk yaptığı trende, bir başkasına transfer edilemez gibi herhangi bir kayıt içermeyen dönüş biletini bir başka yolcudan satın almış ve tren görevlisi bunu öğrendikten sonra Prentice’e bir suçluymuş gibi davranarak olayı yine bu kamu şirketinin bir çalışanı olan güvenlik görevlisine bildirmiştir. Sonrasında tren durdurulmuş, güvenlik görevlisi, kondüktörün direktifiyle Prentice’i tutuklamış ve bir süre tren istasyonunda gözetim altında tutmuştur. Alıkonduğu süre zarfında davacının eşiyile görüşmesine de müsaade edilmemiştir. Prentice bunun üzerine demiryolu şirketini dava etmiş ilk derece mahkemesinde jüri 10 bin dolar tutarında bir tazminata hükmetmiş, tutar hâkim tarafından 6 bin dolara indirilmiştir. Davalı şirket sonrasında, yeniden yargılama talebiyle yüksek mahkemeye başvurmuştur. Bu mahkeme, demiryolu şirketinin çalışanın kasti eyleminden dolayı cezalandırıcı tazminat sorumluluğunun olup olmadığını emsal kararlar üzerinden tartışmış, davacı tarafın, şirketin iş için uygun olmayan bir adam çalıştırdığını veya dava konusu kasti eyleme katkıda bulunduğunu, onayladığını veya görmezden geldiğini gösteren deliller sunmadığını belirtmiştir. Ayrıca temyiz edilen mahkeme kararında hükmedilen tazminatın ne kadarının telafi ne kadarının ceza için olduğunun belirtilmediğini gerekçe göstererek kararı yeniden yargılama yapmak üzere geri göndermiştir. Nihai karardan ziyade ilk derece hakiminin jüriye verdiği direktifte yer alan cezalandırıcı tazminata ilişkin ifadeleri önemlidir: “Eğer bir kamu şirketi, tıpkı bireyler gibi, baskıcı ve ahlaksızca davranır, sahip olduğu gücü kötüye kullanır ve bir vatandaş bundan zarar görürse, hukuken bu kimse sıkı kurala bağlı telafi tazminatına ek olarak, cezalandırıcı tazminat (smart money) şeklinde belirtilen, gücün kötüye kullanımını cezalandıran şeye de sahip olabilir.”, *Lake Shore & Michigan Southern Ry. Co. v. Prentice*, 147 U.S. 101 (1893), s. 104; ayrıca Bkz.: Thompson, **a.g.m.**, s. 311-312.

⁸⁴ Sebok, **a.g.e.**, s. 164.

⁸⁵ *Hobbs v. Smith* 27 Okla. 830 (Okla. 1911).

kendi ukdesinde tutması olayının vücut verdiği *C.C. Williams v. Detroit Oil & Cotton Company* davasıdır.⁸⁶

c. 20. Yüzyılın İkinci Yarısından Günümüze Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları: Caydırıcılık İşlevinin Ön Plana Çıkışı

20. yüzyılın ikinci yarısından sonra Amerikan cezalandırıcı tazminat yaptırımlarının uygulanabilirliği ürün sorumluluğu ve ticari haksız fiilleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁸⁷

1960'lı yıllardan itibaren Amerikan ürün sorumluluğu hukukuna kusursuz sorumluluk ilkesi hakimdir.⁸⁸ Başlarda, bu esasa dayanan bir alanda, ağır kusur unsurunun temel gereklilik olduğu cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygulanamayacağı öngörüldüyse de bu bağdaşmazlık mahkemeleri cezalandırıcı tazminat yaptırımına hükmetmekten alıkoymamıştır.⁸⁹ Mahkemeler, 1970'lerin sonundan itibaren, üreticinin, tüketicilerin haklarını kasten ya da pervasızca ihlal ettiği uyuşmazlıklarda cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygulanabileceğine dair içtihatlar geliştirmeye başlamışlardır.⁹⁰ “Kasti ya da pervasızca ihlal” standardının bu grup altında iddia edilecek vakaları oldukça sınırlandıracağı düşünüldüyse de vaziyet öyle olmamıştır.⁹¹ Üreticinin, fayda-maliyet analiziyle ve kârını maksimize etmek üzere üretim yapacağı, ürünün dizaynını da bu doğrultuda oluşturacağı, dolayısıyla tüm zararlı/tehlikeli ürünlerin, üreticinin bilinçli tercihlerinin ya da topluma karşı umursamazlığının neticesi olduğu önyargısı, mağdur tüketicileri harekete geçmek konusunda cesaretlendirmiştir.⁹² Ürün sorumluluğu konusunda, büyük çoğunluğu başarısız sonuçlansa da yüzlerce dava açılmıştır.⁹³ Bu alanda en meşhur davalardan

⁸⁶ *C.C. Williams v. Detroit Oil & Cotton Company* 103 Tex. 75 (Tex. 1909).

⁸⁷ Sebok, **a.g.e.**, s. 165.

⁸⁸ Robert F. Harchut, “Products Liability-Restatement (Second) of Torts-Section 402A-Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases-After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania”, **Villanova. Law Review**, vol. 24, no. 5, 1979, s. 1037 vd.

⁸⁹ David G. Owen, “Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Michigan Law Review**, vol. 74, no. 7, 1976, s. 1268, (Buradan itibaren Owen, **Products Liability** olarak anılacaktır.); Sebok, **a.g.e.**, s. 165.

⁹⁰ Owen, **Products Liability**, s. 121.

⁹¹ Sebok, **a.g.e.**, s. 165.

⁹² Sebok, **a.g.e.**, s. 166.

⁹³ Richard C. Ausness, “Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Kentucky Law Journal**, vol. 74, no. 1, 1985, s. 9, dn. 43; Sebok, **a.g.e.**, s. 164.

biri, tüm dünya basınında büyük yankı uyandıran *Liebeck v. McDonald's Restaurants* davasıdır.⁹⁴ Davacı Stella Liebeck, meşhur fastfood zincirinden satın aldığı kahveyi kupağına dökmüş; pelvis bölgesinde oluşan 3. ve 4. derece yanıklar sebebiyle sekiz gün boyunca hastanede yatan mağdura deri nakli yapılmış; tedavi, sonraki iki yıllık süreçte de devam etmiştir. Liebeck, Mc Donald's firmasının daha önce de benzer kazalar yaşanmasına rağmen satış stratejisini değiştirmediğini ve kahveleri aynı sıcaklıkta satmaya devam ettiğini öne sürerek tazminat davası açmış; jürinin 160 bin dolar telafi tazminatının yanında hükmettiği, firmanın iki günlük kahve satış cirosuna denk, 2,7 milyon dolarlık cezalandırıcı tazminat, yargıç tarafından 480 bin dolara indirilmiş; taraflar, dava temyiz aşamasındayken kamuoyuna açıklanmayan bir bedel üzerinde anlaşmışlardır.⁹⁵

Güncel uygulamanın belki de en tartışmalı kısmını oluşturan bu grup haksız fiillerin cezalandırıcı tazminat yaptırımına uygunluğuna ilişkin iki destekleyici argüman öne çıkmıştır:⁹⁶

Öncelikle ürün sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, bir önceki dönemin anlayışına, yani ekonomik gücün kötüye kullanımının cezalandırılması düşüncesine uygundur.⁹⁷ Zira davanın tarafı güçlü şirket, bu gücünü doğru bir ürün tasarlayabilmek için kullanabilecek iken ekonomik kaygılarla aksi yönde davranmaktadır. Bir önceki dönem örneklerinden farklı olarak ise ürün sorumluluğu davalarında cezalandırılan, güçlü tarafın mağdur bireye karşı aşağılayıcı, küçük düşürücü tavrı değil, ürünü sunduğu topluma karşı umursamazlığıdır.⁹⁸

⁹⁴ *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, 1994 Extra LEXIS 23 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. 1994).

⁹⁵ Kevin G. Cain, "And Now the Rest of the Story; McDonald's Coffee Lawsuit", **Journal of Consumer & Commercial Law**, vol. 11, no. 1, 2007, s. 17.

⁹⁶ Sebok, **a.g.e.**, s. 166.

⁹⁷ Sebok, **a.g.e.**, s. 166.

⁹⁸ O yıllarda otomobil üreticisi Ford'un taraf olduğu bir dizi dava dönemin anlayışını yansıtır niteliktedir. Davaların konusu ise üreticinin kötü şöhretli Pinto modelinin tasarım hatasından kaynaklı olarak karıştığı kazalarda kolayca patlamasıdır. 1971-1978 yılları arasında firmaya karşı yaklaşık 50 farklı dava açılmıştır. Bunlardan en meşhuru ise *Grimshaw v Ford Motor Co.* davasıdır. Lily Gray ve oğlu Richard Grimshaw Ford'un Pinto modeli araçlarında yolculuk yaptıkları sırada arkadan aldıkları darbe neticesinde araba tutuşmuş, sürücü anne hayatını kaybederken Grimshaw ağır yaralı olarak kurtulmuştur. Lily'nin ailesi ve Grimshaw konuyu mahkemeye taşımışlardır. Yapılan yargılamada Ford yetkililerinin modeldeki kusurun farkında oldukları ancak firmanın dava edileceğini

Cezalandırıcı tazminat yaptırımının ürün sorumluluğu alanında uygulanmasını yaygınlaştıran ikinci argüman ise kurumun caydırıcılık işlevini, özellikle ekonomi bilimi perspektifinden ele alan çalışmalar olmuştur. Cezalandırıcı tazminatlar, hukukun ekonomik analiziyle iştigal eden akademisyenlerin öncülüğünde, yine bu alanın terminolojisiyle sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesinde, bu uğurda verimli olmayan eylemlere karşı caydırıcılığın sağlanmasında kullanılmaya müsait araçlar olarak kabul görmeye başlamıştır.⁹⁹

Caydırıcılık işlevine ilişkin “hukuk ve ekonomi” temelli teorilerin, liberal tüketici hakları savunucuları, muhafazakâr akademik çevreler gibi farklı gruplardan destek görmeye başlamasıyla birlikte cezalandırıcı tazminat uygulamaları ürün sorumluluğu alanından sonra ticari haksız fiiller alanına da tesir etmeye başlamıştır.¹⁰⁰ Ekonomik haksız fiiller olarak da anılan bu tür haksız fiiller, ekonomik çıkarları ya da iş ilişkilerini hedef alan, fiziksel zararlardan çok ekonomik kayıplara yol açan hukuka aykırı fiiller olarak tanımlanmaktadır.¹⁰¹ Hukuka aykırı

düşünmedikleri, dava edilseler dahi sorumlu tutulamayacakları inancında oldukları gibi iddialar ortaya atılmıştır. Bu iddialar firmanın yaptığı fayda-maliyet analizine göre araçları geri çağırıp onarma maliyetinin, meydana gelecek yaralanma ve ölümler karşılığında ödemesi muhtemel tazminatlardan daha yüksek olduğu için gerekli önlemleri almadığı boyutlarına kadar varmıştır. Yargılama sonucunda aile lehine 559 bin dolar telafi tazminatına, Grimshaw lehine ise 2.516.000 dolar telafi tazminatı ile 125 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Cezalandırıcı tazminat mahkeme tarafından 3,5 milyon dolara indirilmiştir. Grimshaw v Ford Motor Co., 174 California Reporter (Cal. Rptr.) 348 (Cal. 1981); Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: G. Schwartz, “The Myth of the Ford Pinto Case”, **Rutgers Law Review**, vol. 43, 1991, s. 1013 vd.

⁹⁹ Anlayışı basitçe özetleyecek olursak: ticari aktörlerin faaliyetleri aşağılama, küçük düşürme, gücünü kötüye kullanma gibi insana özgü kavramlarla karakterize edilemezler. İşletmeler sadece kâr amacı güderler. Ancak bir ticari faaliyet ilgili işletme için ne kadar kârlı olursa olsun toplumsal net refahı maksimize etmiyorsa kötüdür, verimsizdir. Ekonomik aktörler piyasada faaliyette bulunurlarken bir başkasına zarar verebilirler. İlgili öğretinin “olumsuz dışsallık” olarak isimlendirdiği bu zararın tazminat kuralları sayesinde zarar veren tarafından içselleştirilmesi sağlanmaktadır. Yani ticari aktör ödeyeceği olası tazminatı da fayda-maliyet hesabına dahil edecek ve daha özenli davranacaktır. Ancak telafi tazminatının bu mekanizmanın işleminde yetersiz kaldığı durumlar söz konusudur. Bu anlayışın destekçilerine göre cezalandırıcı tazminat, üreticinin dava edilme, dava edilse dahi sorumlu tutulma ihtimalinin çeşitli sebeplerle düşük olduğunu düşünerek zararlı/sorunlu bir ürün piyasaya sürmesinin önüne geçilebilmesi için, bir diğer ifadeyle kâr maksimizasyonu yerine toplumsal refahın maksimize edilmesini tercih etmesinin sağlanabilmesi için biçilmiş kaftandır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Ronen Perry, Elena Kantorowicz-Reznichenko, “Income-Dependent Punitive Damages”, **Washington University Law Review**, vol. 95, no. 4, 2018, s. 846 vd.; Benjamin J. McMichael, W. Kip Viscusi, “Bringing Predictability to the Chaos of Punitive Damages”, **Arizona State Law Journal**, 2022 Forthcoming, U of Alabama Legal Studies Research Paper No. 3991214, s. 1 vd.; Visscher, **a.g.e.**, s. 219 vd.; Meurkens, **a.g.e.**, s. 49 vd.; Ausness, **a.g.m.**, s. 70 vd.

¹⁰⁰ Sebok, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁰¹ **Black’s Law Dictionary**, s. 1626.

olarak başkalarının sözleşmesel ilişkilerine karışma,¹⁰² bir başkasının müstakbel ekonomik menfaatine kasten engel olma,¹⁰³ ticari sırların suistimal edilmesi,¹⁰⁴ ürün karalama¹⁰⁵ gibi rekabet ihlalleri bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁰⁶

II. Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımının Amaçları

Amaç konusunda, cezalandırıcı tazminat doktrininin oluşmaya başladığı ilk yıllardan itibaren ödetme (*retribution*) ve caydırma/önleme kavramlarının öne

¹⁰² Penzzoil petrol şirketi bir başka petrol şirketi olan Getty Oil ve hâkim ortaklarıyla bu şirketin 3/7 hissesini, hisse başına 100 dolardan almak üzere prensip anlaşmasına varır. Bir süre sonra diğer bir dev petrol şirketi Texaco devreye girer ve anlaşmaya konu hisseleri hisse başına 128 dolardan satın alır. Bunun üzerine girişilen dava sürecinin sonunda Texaco'nun Penzzoil'e 7,53 milyar dolar telafi tazminatı ve 1 milyar dolar cezalandırıcı tazminat ödemesine hükmedilir. Pennzoil Company v. Texaco, Inc., 481 U.S. 1 (1987). Kararın ayrıntılı bir incelemesi için Bkz.: D. C. Turack, "Precontractual Liability in the United States of America: A National Report", **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, 1990, s. 115 vd.

¹⁰³ Moulton, "Barnacle Bill's" isimli tavernanın sahibidir. Taverna, komşuların şikâyeti üzerine asayiş ihlal edici şekilde işletildiği gerekçesiyle Alkollü İçecek Kontrol Masası tarafından inceleme altına alınır. Moulton, işletmesini 13.400 dolar karşılığında Drouet'e satar. Paranın bir kısmının peşin, kalan kısmının ise belirlenen bir vadede ödenmesi üzerine anlaşılır. Moulton kontrata, işletmenin mahkeme kararıyla satılmasına yol açacak bir duruma düşmesi vs. gibi hallerde borcun vadeden önce muaccel olacağına dair bir hüküm koyar. Devamında ilgili kurum tarafından işletmenin alkol lisansı dondurulur. Bunun üzerine Moulton kontrattaki maddeye dayanarak Drouet'den kalan borcunu ödemesini ister. Olumsuz yanıt alınca da her gün tavernaya giderek müşterileri rahatsız eder, kavgaya çıkarır, kısacası Drouet'in ticaretini sekteye uğratma çabasına girişir. Sonrasında Drouet bir başkasının müstakbel ekonomik menfaatine kasten engel olma haksız fiiline dayanarak Moulton'ı dava eder. Mahkeme 2.500 dolar telafi tazminatıyla birlikte 5 bin dolar cezalandırıcı tazminata hükmeder. Drouet v. Moulton, 245 Cal. App. 2d 667 (Cal. Ct. App. 1966).

¹⁰⁴ Silah aksesuarları üreten Pachmayr Gun Works Inc. ile silah üreticisi Olin Mathieson Chemical Corp. Ağustos 1959'da bir iş anlaşması imzalamıştır. Anlaşmaya göre aksesuar şirketinin ürettiği dipçik pedi ile silah şirketinin ürettiği bir silah modeli birlikte satılacaktır. Anlaşma kapsamında silah şirketi aksesuar şirketinden 1960 yılından 1964 yılına kadar 70 bin ünite ped satın almıştır. 1962 yılına gelindiğinde silah şirketinin satın alma müdürü, aksesuar şirketinden ticarete konu ürünün tasarımına ve içeriğine dair verileri içeren dokümanları talep etmiş; şirketler arasındaki güven ilişkisinden olsa gerek bu talep hemen karşılık bulmuştur. Bu verileri ele geçiren silah şirketi vakit kaybetmeden başka bir kauçuk şirketiyle pedlerin üretimi için anlaşmıştır. Bunun üzerine görülen davada patent hakkının ihlali ve ticari sırların suistimal edilmesi haksız fiillerinden dolayı davalı aleyhine 50 bin dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Pachmayr Gun Works Inc. v. Olin Mathieson Chemical Corp., C09.40290; 502 F.2d 802 (1974).

¹⁰⁵ Valley Builders Supply, Inc 1940 yılından beri güney Texas'ta faaliyet gösteren bir yapı malzemeleri üretim şirketidir. Müşterilerine özellikle beton bloklar ve kaldırım taşları satışı yapmaktadır. Şirketin bölgedeki hakimiyeti 2006 yılında Innovative Block of South Texas Ltd. şirketinin sektöre dahil olmasıyla zayıflar. Valley şirketi 2010'da faaliyetlerini sonlandırmak zorunda kalır. Şirket, sonrasında, Innovative şirketi satış temsilcilerinin Valley'in ürünlerinin kalitesini kötüleyen sunumlar yaparak müşterilerinin aklını çeldiğini ve bugünkü finansal durumunun sebebinin bu faaliyetler olduğu iddiasıyla bir tazminat davası açar. İddialar, müşteri beyanlarıyla doğrulanınca jüri davalı aleyhine 1,8 milyon dolar telafi tazminatı ve 10 milyon dolar cezalandırıcı tazminata karar verir. Cezalandırıcı tazminat mahkemece 973 bin dolar olarak düzeltilir. Innovative Block of S. Tex., Ltd. v. Valley Builders Supply, Inc., 603 S.W.3d 409 (Tex. 2020).

¹⁰⁶ **Black's Law Dictionary**, s. 1626.

çıkarıldığı görülmektedir.¹⁰⁷ Kurumun ikiz amaçları olarak değerlendirilen ödetme ve caydırma/önleme, kamu hukuku alanındaki anlamıyla cezanın amaçlarıyla ilişkilendirilerek açıklanmaktadır.¹⁰⁸ Kavram kargaşasının önüne geçebilmek adına öncelikle cezanın amaçlarına dair köklü iki teoriden bahsetmek yerinde olacaktır:

Ödetmeci (*retributivist*)¹⁰⁹ teoriye göre cezanın amacı ödetmedir. Hukuka aykırı davranan bir kimse sırf bu kusurlu davranışı sebebiyle cezalandırılmayı hak

¹⁰⁷ Kurumu amaçları (işlevleri) bakımından ele alan öncü yazarlardan Ellis, konuyu, faili cezalandırma, faili gelecekteki benzer davranışlardan caydırma, diğer kimseleri benzer davranışlardan caydırma, barışı koruma, hukuk takipçiliğini teşvik etme, mağdurun diğer tazminatlarla telafi edilemeyen kayıplarını telafi etme ve mağdurun ödediği avukatlık ücretini karşılama olmak üzere yedi başlıkta incelemiştir. Ellis, **a.g.m.**, s. 3; Owen ise meseleyi eğitime, ödetme, caydırma, telafi ve hukuk takipçiliğini teşvik olmak üzere beş başlıkta değerlendirmiştir. Owen, **Functions**, s. 374.

¹⁰⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin de bu farklı disiplinlere ait yaptırımları ilişkilendirdiği kararlar mevcuttur. Bkz.: Cezalandırıcı tazminata hükmedilen kararlardan bahsederken mahkeme “*Bu hükümler ceza hukuku yaptırımlarıyla aynı amaçlara hizmet etmelerine rağmen aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedilen davalı, ceza yargılamasının sağladığı usuli güvencelerden mahrum bırakılmaktadır.*” State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 417 (2003), s. 417; “*Cezalandırıcı tazminatlar zararın telafisi için değil kınanabilir eylemin cezalandırılması ve gelecekte tekrarının önlenmesi için, jüriler tarafından hükmedilen edilen özel para cezalarıdır.*” Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974), s. 350.

¹⁰⁹ Türk öğretisinde cezanın amaçları mutlak ve nispi teoriler olmak üzere iki ana başlıkta değerlendirilmekte, “retribution” kavramının karşılığı olarak ise ekseriyetle “kefare” kelimesi tercih edilmektedir. Bkz.: Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 337 vd.; Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1-2, 2009, s. 15; Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde de bir şeyin kefareti ödemek, bir şeyin cezasını çekmek olarak tanımlanmıştır. Bkz.: (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 12 Mayıs 2023; Biz daha doğru tercüme olduğunu düşündüğümüz “ödetme” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Zira ilgili kelime etimolojik kökenine göre Latince -re (tekrar, geri) ve -tribuere (ödemek, atamak) kelimelerinin birleşiminden oluşmakta, “geri ödeme” gibi bir kavrama denk düşmektedir. Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/retribution>, 12 Mayıs 2023; Ayrıca Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/retribution>, 12 Mayıs 2023; Ele aldığımız konu bağlamında geri ödeme devlet eliyle yaptırıldığından “geri ödetme” ya da “ödetme” şeklinde bir kullanımın daha isabetli olacağı kanısındayız. Benzer doğrultuda Bkz.: “*Hemen belirtmemiz gerekir ki; kefare kavramı, Türk ceza hukukçuları tarafından bizim işaret ettiğimizden farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Kefaret kavramına suç teşkil eden fiil karşısında faile ıztırap verilmesi, acı çektilmesi şeklinde bir anlam yüklenmiştir. Bu anlamıyla "kefare" kavramı, özellikle Kant'ın cezaya ilişkin felsefi görüşlerinde yer alan "Vergeltung" (misilleme, mukabele, misilleme), "retribution" (geri ödeme) kavramı karşılığında kullanılmaktadır.*”, İzzet Özgenç, **Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)**, s. 11, dn. 63, (Çevrimiçi), <https://izzetozgenc.com/data/contents/2020-07-22-davranis-normlari-teorisi.pdf>, 12 Mayıs 2023; Kavramın karşılığı olarak “ödetme” kelimesini tercih eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, c. 2, 12. bs., İstanbul, Beta, 1997, s. 560; Begüm Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 431-467; Derya Tekin, “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 147, 2018, s. 48-60; Mustafa Özbek, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı: 1, 2010, s. 116-183.

etmektedir.¹¹⁰ Yani “hak etmiş olmak” cezanın uygulanması için zorunlu ve yeterlidir. Böylesi bir hak ediş, uygulanacak ceza ile varılacak sonuçlardan bağımsız olarak suçlunun cezalandırılmasını gerektirir. Hiçbir pozitif çıktısı olmasa dahi ceza uygulanmalıdır.¹¹¹ Zira hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimsenin, yanlışının karşılığı olarak acı çekmesi, bir bedel ödemesi ahlaki açıdan doğru ve adildir. Hukuku çiğneyen kişiye tam olarak bu kusurlu davranışının bedeli/kefareti ödetilir. Dolayısıyla verilecek ceza, eylemin kötülüğü ve failin kusuruyla orantılı olmalıdır. Daha kötü bir eyleme karşılık daha ağır bir ceza, daha az kötü bir eyleme karşılık ise daha hafif bir ceza uygulanmalıdır. Bir bakıma göze göz, dişe diş anlayışını da yansıtan bu teori, aynı zamanda öç alma isteğinin tatmini, sekteye uğrayan adaletin yeniden tesisi, failin hak ettiği karşılığı bulması, suçluya karşı toplumsal kınamanın dışa vurulması gibi dayanaklarla cezayı meşrulaştırmaktadır.¹¹²

Faydacı (*utilitarian*) teori ise meseleye ödetme teorisi gibi geçmişe dönük değil, aksine geleceğe yönelik bir bakışla yaklaşır.¹¹³ Bu anlayışa göre ceza, geleceğe yönelik amaçların gerçekleştirilebilmesi için kullanılacak bir araçtır. Zira suç işlenmiş ve geçmişte kalmıştır. Cezalandırma, ancak toplumsal bir fayda

¹¹⁰ Christopher Berry Gray, **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, vol. 2, Garland Publishing, 1999, s. 749; Ödetmeci adalet anlayışının farklı yorumlarına ve anahtar kavramlarına ilişkin açıklamalar için Bkz.: Alec Walen, “Retributive Justice”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2021 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.), (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/justice-retributive>, 12 Mayıs 2023.

¹¹¹ Bu anlayışın en önemli temsilcilerinden olan Kant’a göre; sivil toplum ortak bir anlaşmaya vararak dağılmaya karar verse dahi öncelikle hapisanedeki son katil asılmalıdır. Bkz.: Immanuel Kant, **The Metaphysical Elements of Justice**, translated by John Ladd, 8. bs., The Bobbs-Merrill Company Inc., 1981, s. 102.

¹¹² Hemen belirtmek gerekir ki ödetmeci anlayışın hukuk felsefesi alanında birçok farklı yorumu bulunmaktadır. Keza kavrama cezalandırıcı tazminat bağlamında temas eden yazarların yazılarında da bu farklı yorumlardan izler görülmektedir. Bizim buradaki tanımlamamız ise anlayışın genel hatlarını aktarabilme çabasından ibarettir. Konu hakkında ayrıca Bkz.: John Cottingham, “Varieties of Retribution”, **The Philosophical Quarterly**, vol. 29, no. 116, 1979, s. 238 vd.

¹¹³ En basit tabirle ifade edecek olursak faydacı görüşe göre ahlaki olarak doğru eylem, sonuçları en iyi olan eylemdir. Faydacı felsefenin kurucusu kabul edilen Jeremy Bentham, iyiyi haz, kötüyü ise acı kavramlarıyla tanımlamıştır. Bentham’a göre her canlı hazzın peşinde koşar ve acıdan kaçır. Hedeflenen en fazla sayıda insan için en fazla mutluluktur. Yazara göre ceza kötüdür, çünkü acıya sebep olur. Bir kimseye acı veren cezalandırma pratiği ancak daha büyük bir sosyal haz, fayda sağlayacaksa meşrudur. Bkz.: Hugo Adam Bedau, “Bentham’s Utilitarian Critique of the Death Penalty”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 74, no. 3, 1983, s. 1038 vd.; Paul Edwards, **The Encyclopedia of Philosophy**, vol. 7, The Macmillan Company & The Free Press, U. S. A, 1967, s. 31; Russell Christopher, “Deterring Retributivism: The Injustice of ‘Just’ Punishment”, **Northwestern University Law Review**, vol. 96, no. 3, 2002, s. 856 vd.; Faydacılığın tarihsel gelişimi için ayrıca Bkz.: Julia Driver, “The History of Utilitarianism”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2022 Edition)**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds), (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history>, 12 Mayıs 2023.

sağlayacaksa meşrudur. Bundandır ki ceza gelecekte suç işlenmesini önlemek için verilmelidir. Uygulanacak ceza sayesinde hem cezanın muhatabı hem de diğer kimseler benzer davranışların tekrarından caydırılacaktır. Dolayısıyla verilecek cezanın miktarı failin kusuruna ve eylemin ağırlığına göre değil, suçun tekrarını önleyecek, caydırıcılığı sağlayacak şekilde belirlenmelidir.

Bu bağlamda anılan iki amaç birbiriyle yakından ilgilidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki kimi mahkeme kararlarında ve akademik eserlerde “cezalandırma” ve “ödetme” terimleri birbirleri yerine kullanılmakla beraber, görece daha yakın tarihli kararlarda özellikle “ödetme” ifadesinin tercih edildiği görülmektedir.¹¹⁴

Cezalandırma kavramı, ödetme ve caydırmaya nazaran bir üst kavramdır; daha açık bir ifadeyle ödetme ve caydırma, cezalandırmayla ulaşılmak istenen amaçlardır. Yargıç POSNER da *Kemezy v. Peters* davasında ilgili kavramlar arasındaki örtüşmeye şu ifadelerle dikkat çekmiştir:

*“Cezalandırıcı tazminatın amacına dair standart yargısal formülasyon şudur: kınanabilir davranışı sebebiyle davalıyı **cezalandırmak**, onu ve diğer kimseleri benzer davranışlardan **caydırmak**. Ancak bu formülasyon kriptiktir. Çünkü caydırma, formülasyonda ima edildiği gibi cezalandırma amacına paralel başka bir amaçtan ziyade cezalandırmanın bir amacıdır.”*¹¹⁵

Kaldı ki birçok Amerikan mahkeme kararında ödetme ve caydırma amaçları birlikte vurgulansa da böyle bir zorunluluk yoktur. Ancak caydırma amacının ön

¹¹⁴ Ronen Perry, “The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory”, **Tennessee Law Review**, vol. 73, 2006, s. 227; “...birçok eyaletin hukukunda cezalandırıcı tazminata ödetme ve caydırma için hükmedilmektedir” *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991), s. 19; “Telaflı tazminatı davalının, davacının eylemi sebebiyle uğradığı somut zararları onarmak içindir...Cezalandırıcı tazminat ise tam aksine daha geniş bir işlev sunar; caydırma ve ödetmeyi amaçlar.” *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003), s. 416; “Cezalandırma yerine ödetme terimini kullanmak cezalandırıcı tazminatın intikamcı (vindictive) işlevini ve caydırma işlevini ayırt edebilmek açısından daha doğrudur.” Bkz.: Ausness, **a.g.m.**, s. 39; Cezalandırıcı tazminat kurumunun içerdiği “ödetme” ve “caydırma” temelli bileşenlerin örtüşen etkilerinin bulunduğu ve birbirlerinden tamamen ayrılamayacağı, ancak buna rağmen iki amacın kavramsal olarak ayrı ayrı incelenmesinin önemli getirileri olacağına dair Bkz.: Catherine M. Sharkey, “Punitive Damages as Societal Damages”, **The Yale Law Journal**, vol. 113, no. 2, 2003, s. 363; Caydırma amacının ön plana alınmasının, yaptırımın Kara Avrupası hukuk sistemine uygunluğu konusundaki olumsuz yaklaşımları değiştirebilmek adına iyi bir çıkış noktası olabileceği hakkında Bkz.: Meurkens, **a.g.e.**, s. 238.

¹¹⁵ *Kemezy v. Peters*, 79 F.3d 33, 34 (7th Cir. 1996), s. 34.

planda tutulması kurumun cezai karakterine halel getirmeyecektir.¹¹⁶ Zira cezalandırıcı tazminat, tıpkı ceza hukuku anlamında bir ceza gibi, bu amacın elde edilmesinde kullanılan bir araç, bir mekanizmadır. Fail her hâlükârda cezalandırılmış hissedecektir.¹¹⁷

A. Ödetme

Cezalandırma düşüncesi esasında, başka bir kişinin haklarının yasa dışı ihlallerini kınayan, daha geniş bir toplumsal ahlak nosyonuna dayanmaktadır.¹¹⁸ OWEN, cezalandırıcı tazminat müessesesinin altında yatan en büyük felsefi dayanağın, davalıya ağır bir şekilde hukuka aykırı olan fiilin bedelini ödetmek ve böylelikle davacıya bir tatmin sağlamak olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁹ Yazar, içerisinde bir tür kişisel intikam fikrini de barındıran bu anlayışın, ilk bakışta modern hukuk sistemi içerisinde garip karşılanabileceğini, ancak hukuk sisteminin, haksız fiile maruz kalan bir kimsenin duyduğu öfkeyi, faile bir tür para cezası ödettirmek yoluyla dindirmesine izin vermesinin uygun olduğunu belirtmektedir. Böyle bir

¹¹⁶ “Gerçek zararı aşan her tazminat hükmü cezalandırıcı karakterdedir.”, Oconto County v. Union Mfg. Co., 190 Wis. 44, 208 N.W. 989 (1926), s. 47.

¹¹⁷ Meurkens, **a.g.e.**, s. 238; Idaho Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında cezalandırıcı tazminatın caydırıcılık amacını vurgulayan örnek kararlar sıralandıktan sonra şu ifadeler yer verilmiştir: “Biz ibretlik tazminatın amacını davalıyı ve diğerlerini gelecekte benzer davranışlardan caydırma olarak değerlendiren kararları vurgulamayı tercih ediyoruz. Hükmedilecek herhangi bir ibretlik tazminat davalı tarafından cezalandırma olarak görülecektir. Bize göre mahkemeler bu tür özel hukuk davalarında öncelikle cezalandırma amacına değil caydırma amacına odaklanmalıdırlar. Başka bir deyişle, mahkeme ya da jürinin ibretlik tazminata ilişkin değerlendirilmeleri mümkün olduğu ölçüde gelecekte benzer bir davranışın meydana gelmeyeceğine dair güvence verme arzusuyla yönlendirilmelidir. Cezalandırma konusu ise ceza hukukuna bırakılmalıdır.” Jolley v. Puregro Co., 94 Idaho 702, 496 P.2d 939 (1972), s. 709; Diğer taraftan cezalandırıcı tazminat açısından düşünüldüğünde bu iki amacın dolayısıyla bu iki teorinin birbiriyle uyumlu yönleri kadar birbirlerini dışlayan tarafları da vardır. Örneğin ödetmecî teori şirketler aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira teorinin temel prensibi doğrudan ve sadece hukuka aykırı davranan ve dolayısıyla cezayı hak eden kimsenin cezalandırılmasıdır. Oysa bir şirket aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedildiğinde tüzel kişi şirketin değil, şirket pay değerlerinin düşmesiyle yatırımcıların, şirketin küçülmeye gitmek zorunda kalmasıyla çalışanların ve hatta şirketin tazminat yükünü absorbe edebilmek adına satış fiyatlarını artırmasıyla müşterilerin dolaylı olarak cezalandırılmış olması muhtemeldir. Bkz.: Ausness, **a.g.m.**, s. 43 vd.; Keza cezalandırıcı tazminatın biricik amacının caydırıcılık olduğunun kabulü de tazminat miktarın hesaplanmasında failin kusurunun, eylemin niteliklerinin vs. dikkate alınması pratiğini anlamsızlaştırmaktadır. Bkz.: Kit Barker, “Punishment in Private Law: No Such Thing (Any More)”, **Punishment and Private Law**, Oxford, Hart Publishing, 2021, s. 54.

¹¹⁸ Cedric Vanleenhove, **Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union**, Intersentia, 2016, s. 24.

¹¹⁹ Owen, **Functions**, s. 375; Aynı doğrultuda Bkz.: Sharkey, **a.g.m.**, s. 357; David L. Walther, Thomas A. Plein, “Punitive Damages- A Critical Analysis: Kink v. Combs”, **Marquette Law Review**, vol. 49, no. 2, 1965, s. 371.

anlayış, sistemin temelindeki iki ana değer olan özgürlük ve eşitliğin korunmasını ve desteklenmesini sağlayacaktır.¹²⁰

ELLIS'e göre de "cezalandırma" terimi, bir kimseye bir yaptırımın uygulanması anlamında kullanıldığında ödetmeci anlayış kastedilmektedir.¹²¹ Yazar, cezalandırıcı tazminatın bu amacını failin hak ettiği karşılığı bulması (*just desert*) nosyonu çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu anlayışa göre böylesi bir fiile maruz kalan mağdurun intikam alma hakkı vardır; fail ise cezalandırılmayı hak etmiştir.¹²² Ancak verilecek ceza yani hükmedilecek cezalandırıcı tazminat eylemin ağırlığıyla orantılı olmalı; fail tam olarak hak ettiği karşılığı bulmalıdır.¹²³

Bunun yanı sıra cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna sebep olan fiiller sadece bireysel haklara değil, toplumun geneline de bir saldırı mahiyetindedir.¹²⁴ Jüri

¹²⁰ Yazar yaptırma hedef olan eylemlerin suç benzeri niteliklerine dikkat çekerek teorisini bir hırsızlık metaforuyla açıklamaktadır: Hırsız, bir kimseden bir malı çalarak, mağdurun haksız fakirleşmesine yol açmakta, kendisine ise haksız bir zenginleşme yaratmaktadır. Ancak hırsızın mağdurdan çaldığı yalnızca malı değildir. Hırsız, mağdurun otonomisini de çalmaktadır. Şöyle ki; hukuk her bir bireyin etrafını saran haklar kümesi olarak değerlendirebilir. Bu haklar kümesi, hem bireyin içinde özgürce hareket edebileceği alanını belirlemekte hem de diğer bireylerin müdahalesi açısından bir sınır oluşturmaktadır. Bir kimse, diğer bir kimsenin haklar kümesini kasten ihlal ederse, o kimse, bu bireyin özgürlüğünü çalmış olur. Hırsız sadece mağdurdan da değil, tüm toplumdan çalmaktadır. Çünkü toplumdaki herkes, bu eşit hak kümelerine ilişkin sınırları tayin eden kurallar konusunda uzlaşmaya varabilmek için kendi özgürlük alanlarından, karşılıklı olarak fedakârlık etmiştir. Hırsız, eşit haklar kümesi bakımından karşılıklı güvene dayanan bu anlaşmayı bozarak toplumdaki her bir bireyin özgürlüklerinden çalmış olur. En nihayetinde kurallara uyan toplum üyeleri, hırsıza nazaran onun elde ettiği menfaat oranında fakirleşirler. Hırsızın bu ihlali, kendisini mağdurdan daha değerli ve üstün gördüğünün manifestosudur. Hukuk, hırsız sadece çaldığı malın iadesine zorlar (aynen ya da nakden tazmin), mağdurdan ve toplumdan çaldığı özgürlüğün bedelini ödetmezse (ceza) taraflar arasındaki ilişkide ihlal öncesi eşitlik tekrar sağlanamayacaktır. Owen, **Functions**, s. 375-377.

¹²¹ Ellis, **a.g.m.**, s. 4.

¹²² Ellis, **a.g.m.**, s. 5.

¹²³ Ellis, **a.g.m.**, s. 6.

¹²⁴ "Bir bireyin kasten ya da sebepsiz bir yere bir başkasına zarar vermesi sadece bir haksız fiil hukuku ya da ceza hukuku kuralının ihlali değil, en temel sosyal davranış normlarının da ihlalidir. Bu sosyal kural ihlallerinin cezalandırılmaması toplumun ahlaki ve hukuki dokusunu zayıflatır.", Owen, **Products Liability**, s. 1280; Angela P. Harris, "Rereading Punitive Damages: Beyond the Public/Private Distinction", **Alabama Law Review**, vol 40, no. 3, 1989, s. 1102; Dan Markel, "Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction", **Cornell Law Review**, vol. 94, no. 2, 2009, s. 263, (Buradan itibaren Markel, **Retributive Damages** olarak anılacaktır.); Toplumun, tekil olarak bir bireyin haklarına yapılan saldırının failini cezalandırma hakkı konusunda ayrıca Bkz.: H. L. A. Hart, "The Presidential Address: I-Prolegomenon to the Principles of Punishment", **Proceedings of the Aristotelian Society**, vol. 60, no. 1, 1960, s. 21-22; İngiliz hukukundaki telafi edici olmayan tüm tazminatların, kamu yararına hizmet ettiği hakkında Bkz.: Václav Janeček, "Public Interest Damages", **Legal Studies**, vol. 40, no.4, s. 589-608; Cezalandırıcı tazminat yaptırımın sadece davacının menfaatine, dolayısıyla doğrudan özel hukuka ilişkin olan ve mağdur bireyin failini cezalandırma hakkından doğan bir yaptırım; ortaya çıkan toplumsal menfaatin ise amaçlanan değil, tesadüfi bir etki olduğu hakkında görüşler için ayrıca Bkz.: Thomas Colby,

de bu noktada toplumu temsilen cezalandırıcı tazminata hükmederek toplumsal intikamın alınmasına hizmet edecektir.¹²⁵ Nitekim bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için aranan şartlardan biri, dava konusu eylemin sadece davacı için değil toplum için de doğrudan bir zarar ya da zarar tehlikesi doğurmasıdır.¹²⁶

Bu özel hukuk yaptırımını amaç bakımından ceza hukuku yaptırımlarıyla özdeşleştiren ana akım görüşte, kurumun baskın amacının ödetme olduğu kabul edilmektedir.¹²⁷ Keza bahsi geldiğinde değineceğimiz yerleşik içtihatlarla göre hem yaptırımın somut olaya uygunluğunun tespitinde hem de miktarının belirlenmesinde kullanılan davalının eyleminin nitelikleri, kusur derecesi, kınanabilirliği ve benzeri

“Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages”, **Yale Law Journal**, vol. 118, no. 3, 2008, s. 414 vd., (buradan itibaren Colby, **Due Process** olarak anılacaktır.)

¹²⁵ “Exemplary Damages in the Law of Torts”, **Harvard Law Review**, vol. 70, no. 3, 1957, s. 522; Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade, “Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)”, **Yale Law Journal**, vol. 107, no. 7, 1998, s. 2075.

¹²⁶ “Cezalandırıcı tazminatlar ekstrem yanlışı sebebiyle davalıyı cezalandırmak, diğerlerini ise benzer davranışlardan caydırmak için uygulanır. Onlar davacının ekstra tazminat kazanmasına yönelik araçlar değildir. Bu yüzden cezalandırıcı tazminata sadece davalının kötü eyleminin, hatta belki ceza hukuku kapsamında olmamasına rağmen, topluma yönelik de bir yanlışı arz ettiği zamanlarda hükmedilir.” Chrysler Corp. v. Wolmer, 499 So.2d 823 (Fla. 1986), s. 825; “Sıradan dolandırıcılık ve aldatma hallerinde reddedilse de bize göre bu haksız fiillerin topluma yöneldiği, yüksek ahlaki suçluluk içerdiği durumlarda ibretlik tazminat söz konusu olabilir.” Walker v. Sheldon, 10 N. Y. 2d. 401, s. 405; “Cezalandırıcı tazminat talep eden taraf, sadece maruz kaldığı haksız fiili değil, bu haksız fiilin toplumun genelini hedef alan bir haksız fiil paterninin parçası olduğunu göstermelidir.” Rocanova v. Equitable Life Assurance Soc’y of the U.S., 634 N.E.2d 940, 944 (N.Y. 1994), s. 613.

¹²⁷ “Cezalandırıcı” terimi tazminatın ödetme amacıyla, “ibretlik” terimi ise caydırma amacıyla daha uyumlu görünmektedir. Yaptırımın dominant amacını ödetme olduğunu tespit eden Kanada Hukuk Komisyonu, terminolojik açıdan da “cezalandırıcı” kelimesinin kullanılmasının daha isabetli olacağına dikkat çekmiştir. Bkz.: Ontario Law Reform Commission, **Report on Exemplary Damages**, 1991, s. 38. İngiltere Hukuk Komisyonu da konuya ilişkin raporunda aynı bakış açısıyla, cezalandırıcı tazminat teriminin daha isabetli olduğunu, ceza hukuku alanında “cezalandırma” teriminin caydırma amacını pasifize etmediğini, dolayısıyla tazminat hukuku açısından da böyle bir kaygının gereksiz olduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Law Commission for England and Wales, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, Law Com. No. 247 (1997), s. 104, (Buradan itibaren **Komisyon Raporu 1997** olarak anılacaktır.) Bu rapor, aşağıda tekrar değineceğimiz üzere cezalandırıcı tazminat uygulamasına dair tartışmaların değerlendirilmesi amacıyla, Hukuk Komisyonu’nun 1993’te başlattığı danışma sürecinin sonuçlarının yer aldığı belgedir. 1993’te yayımlanan danışma metni için Bkz.: Law Commission, Consultation Paper No. 132, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, 1993, (Buradan itibaren **Danışma Metni 1993** olarak anılacaktır.); İrlanda Hukuk Komisyonu ise tam aksine caydırma amacının ön planda olduğu vurgusuyla ibretlik tazminat teriminin muhafaza edilmesinin gerekliliğine dikkat çekmiştir. Bkz.: Irish Law Reform Commission, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, LRC 60–2000, s. 105.

değişkenler bu anlayışı yansıtır niteliktedir.¹²⁸ Ancak aşağıda detaylıca inceleyeceğimiz üzere cezalandırıcı tazminata yöneltlen en büyük eleştiriler de özünde bu anlayıştan kaynaklanmaktadır. Çünkü bu özel hukuk yaptırımı, temelinde yatan ödetmecî anlayış sebebiyle ceza hukuku hudutlarına yaklaşmaktadır.¹²⁹

B. Caydırma/Önleme

Cezalandırıcı tazminatın hem öğretide hem de yargı kararlarında yaygın olarak değinilen bir diğer amacı ise caydırma/önlemedir. Cezalandırıcı tazminat yaptırımı, söz konusu fiilin ya da bir benzerinin gelecekte tekrarlanmasının önüne geçilmesine hizmet eder.¹³⁰ Mahkemeler, cezalandırıcı tazminat kararları aracılığıyla topluma bu tür haksız fiillerin karşılıksız kalmayacağı, yakalanınca ödenecek bedelin hukuka aykırı eylemden elde edilecek menfaatten çok daha ağır olacağı mesajını verir.¹³¹

Toplumsal barışın tesisi iki seviyede caydırıcılık sağlanmasıyla gerçekleştirilir.¹³² Kınanması gereken eylemin faili cezalandırıcı tazminat sayesinde eylemin tekrarından sakınır hâle getirilecek, böylece özel caydırıcılık sağlanacaktır.¹³³ Diğer taraftansa hükmedilen tazminat, tüm topluma ibret olacak ve toplum içinde benzer davranışlara eğilimli kimseler bu niyetlerinden vazgeçirilecek, böylelikle genel caydırıcılık sağlanmış olacaktır.¹³⁴

Başka bir bakışla cezalandırıcı tazminat yaptırımı sayesinde mağdurun intikam duygusu yeni bir hukuka aykırılık yaşanmadan tatmin edilebilecektir.¹³⁵ Zira böyle bir tazminatla yatıştırılmayan mağdurun misilleme yapma ihtimali göz ardı edilemez boyutlardadır.¹³⁶ Keza yine cezalandırıcı tazminat kazanma ihtimali, mağdurları dava açma ve hukukun uygulanmasına (*law enforcement*) katkıda

¹²⁸ Marc Galanter, David Luban, "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism", **American University Law Review**, vol. 42, no. 4, 1993, s. 1436-1438; Ausness, **a.g.m.**, s. 78 vd.; Perry, **a.g.m.**, s. 92 vd.

¹²⁹ Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 24; Ellis, **a.g.m.**, s. 2.

¹³⁰ Owen, **Products Liability**, s. 1283.

¹³¹ Meurkens, **a.g.e.**, s. 48.

¹³² Ellis, **a.g.m.**, s. 8.

¹³³ Sebok, **a.g.e.**, s. 178.

¹³⁴ Sebok, **a.g.e.**, s. 179.

¹³⁵ Clarence Morris, "Punitive Damages in Tort Cases", **Harvard Law Review**, vol. 44, no. 8, 1931, s. 1198.

¹³⁶ Morris, **a.g.m.**, s. 1198.

bulunmaları konusunda teşvik edecek, böylece potansiyel faillerde sorumluluktan kurtulunamayacağı düşüncesi yer edecektir.¹³⁷

Aslında bu etkilerin birçoğu amacından bağımsız olarak cezalandırma pratiğinin olumlu bir yan ürünü olarak da ortaya çıkmaktadır. Keza cezalandırıcı tazminat açısından bahsedilenin de bu manada bir caydırma olduğu ifade edilmektedir.¹³⁸ Bununla birlikte caydırma/önleme kavramı, ödetmenin aksine haksız fiil hukuku doktrininin çok da yabancı olduğu bir terim değildir.¹³⁹ Sadece telafi tazminatı ödeme ihtimalinin dahi caydırıcı bir etki yaratacağı, bir diğer ifadeyle telafi tazminatının bir yan ürün olarak potansiyel failler üzerinde caydırıcı/önleyici bir etki doğuracağından bahisle cezalandırıcı tazminatın bu amacı, ilgili alanda daha kolay kabul görmüştür. Hatta öyle ki “hukuk ve ekonomi” öğretisince caydırıcılık amacı etrafında, ödetme anlayışını dışlayan cezalandırıcı tazminat teorileri geliştirilmiştir.¹⁴⁰ Güncel uygulamayla örtüştüğü söylenemez olmakla beraber, hatırı

¹³⁷ Owen, **Functions**, s. 380-381.

¹³⁸ Thomas C. Galligan Jr., “Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages”, **Louisiana Law Review**, vol. 51, no. 1, 1990, s. 36-37; Ontario Law Reform Commission, **Report on Exemplary Damages**, 1991, s. 31-32; Mark Geistfeld, “Punitive Damages, Retribution, and Due Process”, **Southern California Law Review**, vol. 81, no. 2, 2007, s. 271.

¹³⁹ Stephen D. Sugarman, “Doing Away with Tort Law.”, **California Law Review**, vol. 73, no. 3, 1985, s. 869 vd.; Ontario Law Reform Commission, **Report on Exemplary Damages**, 1991, s. 34.

¹⁴⁰ Kurumun, hukukun ekonomik analizi penceresinden de değerlendirilebileceğine işaret eden öncü yazarlardan Ellis, cezalandırıcı tazminatın bu bağlamda caydırıcılık sağlamada etkili olabileceği üç farklı durumu öne çıkarmıştır: (1) failin haksız fiilinden dolayı sorumlu tutulma ihtimalinin zararın ortaya çıkması ihtimalinden daha düşük olduğu vakalar; (2) hükmedilecek telafi tazminatının gerçek zararı karşılamadığı vakalar; (3) failin haksız fiilden kaçınma maliyetinin, ödeyeceği telafi tazminatından daha fazla olduğu vakalar. Ellis, **a.g.m.**, s. 25; İlgili yaptırımla ulaşılmak istenen temel amacının caydırma olması gerektiğini öne süren kimi yazarlar, bu yaptırımın “cezalandırıcı tazminat” yerine artırılmış hüküm (*augmented award*), ekstra telafi edici tazminat (*extracompensatory damages*) gibi isimlerle anılmasını önermektedirler. Örneğin; Dobbs’a göre ekstra telafi edici tazminata failin cezalandırmayı hak ettiği durumlarda değil, caydırıcılığın gerekli olduğu durumlarda hükmedilmelidir. Hükmedilecek tazminat da failin hak ettiği cezalandırmayı sağlayacak miktarda değil, etkin caydırıcılığı sağlamak için zorunlu olan tutarda olmalıdır. Örneğin failin haksız fiili kâr motivasyonu ile işlediği durumlar hedef alındığında miktar hukuka aykırı aktiviteden elde edilen/edilmesi umulan kâr ya da davacının dava masrafları kadar olmalıdır. Yazara göre bu anlayış, kuruma ilişkin birçok tartışmayı da sonlandıracaktır. Bkz.: Dan B. Dobbs, “Ending Punishment in Punitive Damages Deterrence-Measured Remedies”, **Alabama Law Review**, vol. 40, no. 3, 1989, s. 831 vd.; Dobbs’unkine oldukça yakın bir başka görüş için Bkz.: Galligan Jr., **a.g.m.**, s. 6 vd.; Dan Markel de cezalandırıcı tazminatın, “ekstra telafi edici tazminat” isminde bir üst başlık olarak değerlendirilmesini önermektedir. Ancak yazara göre bu tazminatın amacı ve miktarının tayininde kullanılacak kriterler, uygulanacağı somut olaya göre değişiklik gösterecektir. Jüri de yargıçlar tarafından belirlenen amaç doğrultusunda yönlendirilmelidir. Ekstra telafi edici tazminata faile eyleminin karşılıksız kalmayacağı mesajının verilmesi, yaptırımın bedelinin ödetilmesi gibi amaçlarla hükmedildiğinde ödetmecî tazminat (*retributive damages*) söz konusu olacak; tazminatın miktarı da dava konusu eylemin ağırlığı, failin kusur derecesi gibi kriterlere göre belirlenecektir. Mahkemenin

sayılır sayıda destekçisi olan ve kurumun tarihsel gelişimi bölümünde değindiğimiz gibi bazıları uygulamanın yaygınlaşmasında doğrudan etkili olmuş bu teorilerden birine kısaca değinmek faydalı olacaktır:¹⁴¹

Cezalandırıcı tazminata ilişkin en sık atıf yapılan hukuk ve ekonomi teorisi Mitchell Polinsky ve Steven Shavell tarafından geliştirilmiştir.¹⁴² Teorinin merkezinde failin çeşitli sebeplerle sorumluluktan kaçabilme ihtimali yer almaktadır.¹⁴³ Bu ihtimalinin bulunmadığı durumlarda tek başına telafi tazminatının optimum caydırıcılığı sağlayacağı ön kabulünden yola çıkan bu teoriye göre, sorumluluk ihtimalinin azaldığı durumlarda arzu edilen seviyede caydırıcılığın sağlanabilmesi için hükmedilecek tazminatın da aynı nispette artırılması gereklidir.¹⁴⁴ Örneğin X'in, faili olduğu bir haksız fiil neticesinde yakalanma ihtimali

amacı gelecekte eylemin tekrarının önlenmesi olduğunda ise caydırma tazminatı (*deterrence damages*) söz konusu olacaktır. Keza miktarın belirlenmesinde kullanılacak ölçütler de bu amaç doğrultusunda değerlendirilecektir. Dan Markel, "How Should Punitive Damages Work", **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 157, 2009, s. 1383 vd.; Ayrıca Bkz.: Markel, **Retributive Damages**, s. 239 vd.

¹⁴¹ "Hukuk ve Ekonomi" alanına katkılarıyla bilinen yargıç Guido Calabresi, öğretide bu denli kabul gören ve kimi mahkemelerce de fark edilmiş olan bu teorilerin pratikte ise yeterince karşılık bulmamasını şöyle değerlendirmiştir: "...Bunun bir sebebi cezalandırıcı tazminat yaptırımının ikiz amaçları olan ödetme ve caydırmanın, analitik bakımdan farklı amaçlar olarak kabul edilmek yerine birleştirilmesidir. "Cezalandırıcı tazminat" teriminin bizatihi kendisi de bir karmaşıklığa yol açmaktadır. Telafi tazminatını aşan tazminatlar için cezalandırıcı tazminat teriminin kullanılması kurumun ödetme işlevini, caydırma işlevi aleyhine olacak şekilde öne çıkarmaktadır.", *Ciraolo v. City of New York* 216 F.3d 236 (2d Cir. 2000), s. 245, Kamu tüzel kişilerinin cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna ilişkin önemli analizler de ihtiva eden bu kararın ayrıntılı bir incelemesi için ayrıca Bkz.: Anthony J. Sebok, "Deterrence or Disgorgement? Reading *Ciraolo* After *Campbell*", **Maryland Law Review**, vol. 64, no. 1, 2005, s. 541 vd.

¹⁴² A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", **Harvard Law Review**, vol. 111, No. 4, 1998, s. 870 vd.; Polinsky ve Shavell'le özdeşleşen bu teorinin daha eski tarihli ve çok benzer bir versiyonu için Bkz.: Robert D. Cooter, "Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis", **Law and Contemporary Problems**, vol. 60, no. 3, 1997, s. 73 vd.; Konu hakkında ayrıca Bkz.: Richard Craswell, "Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and Its Alternatives", **Michigan Law Review**, vol. 97, no. 7, 1999, s. 2185 vd.

¹⁴³ Failin sorumluluktan kaçabileceği çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Örneğin mağdur, uğradığı zararın bir üçüncü kişinin fiilinden kaynaklandığını bilmiyor olabilir. Mesela kanserojen içerikli bir üründen etkilenip akciğer kanseri olan bir kimse, bunun radon gazı vb. gibi doğal salınımı olan kanserojen bir maddeden kaynaklandığını düşünebilir. Keza mağdur, zararının bir üçüncü kişiden kaynaklandığını bilse dahi bu üçüncü kişiyi bilmiyor olabilir. Örneğin araç sahibi, park halindeki aracına bir başka aracın çarptığını anlayabilir fakat fail tespit edilemeyebilir. Mağdur, hem zararının üçüncü bir kişiden kaynaklandığını hem de bu üçüncü kişiyi bilse dahi dava giderleri, zaman sıkıntısı, zararının yargılama sürecinde harcayacağı efora nazaran çok az oluşu gibi sebeplerle dava açmak istemeyebilir. Bkz.: Polinsky, Shavell, **a.g.m.**, s. 888.

¹⁴⁴ Failin haksız fiilinden sorumlu tutulmasının kesin olduğunu varsayarak diyelim ki; ortaya çıkacak zarar 100 bin dolar, failin zararın doğmasını önlemek için yapması gereken masraf ise 50 bin dolar olsun. Bu varsayımda fail için fiilinin beklenen maliyeti 100 bin dolar, önlem alma maliyeti ise 50 bin dolar olacak, fail de zararı önleme yolunu seçecektir. Ancak failin yakalanma ihtimalinin %25 olduğu

%100 ve Y'nin zararı 100 bin dolar ise 100 bin dolar tutarındaki telafi tazminatı hedeflenen caydırıcılığı sağlamaya yetecektir. Ancak söz konusu haksız fiil neticesinde X'in sorumlu tutulma ihtimalinin %25 olduğunu varsayarsak, yeter seviyede caydırıcılığın sağlanabilmesi için hükmedilecek toplam tazminatın da telafi tazminatının 4 katı olması yani 100 bin dolar telafi tazminatının yanında 300 bin dolar da cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi gerekecektir.

C. Telafi

Cezalandırıcı tazminat yaptırımıyla ulaşılmak istenen amaçların ödetme ve caydırma olduğu tartışmasız kabul edilmekte, bununla birlikte nadiren de olsa telafi işlevinin bulunduğu dikkat çekilmektedir.¹⁴⁵ İlgili yaptırımla davacının zararlarının telafisinin amaçlandığı üç istisnai durumdan bahsedilebilir:

Yukarıda, kurumun tarihsel gelişimi bölümünde açıkladığımız üzere, modern uygulamanın ilk yıllarında cezalandırıcı tazminat kararlarına bir geçerlilik kazandırmaya çalışan kimi mahkemeler, bu yaptırımı, manevi zararların telafisini sağlamakta kullanılan bir araç olarak tanımlıyorlardı.¹⁴⁶ Özel hukuk alanı için alışılmadık bir yaptırım olan bu kurumu, mümkün olduğunca “davacının muhtelif zararlarının telafisi” zeminine oturtma çabasının ürünü olan bu anlayış, Amerika'daki bazı eyaletlerde hâlâ varlığını sürdürmektedir.¹⁴⁷ Örneğin Michigan eyaletinde cezalandırıcı tazminata, davacının uğradığı aşağılanma hissinin, içinde kaldığı onur kırıcı durumun telafisi olarak hükmedilmektedir.¹⁴⁸

İkinci olarak, cezalandırıcı tazminat yaptırımı bazen yargılama giderlerinin telafisini sağlamak amacıyla kullanılmaktadır.¹⁴⁹ Zira Amerikan hukukunda kural

senaryoda beklenen maliyet 100 bin dolar x %25= 25 bin dolar olacak ve fail 50 bin dolar önleme maliyeti yerine 25 bin dolarlık maliyeti tercih edecektir. Bkz.: Polinsky, Shavell, **a.g.m.**, s. 878.

¹⁴⁵ Owen, **Functions**, s. 378; Dobbs, **a.g.e.**, s. 312; **Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law as Developed By Reported Cases**, vol. 25, ed. by William Meck, Donald J. Kiser, The American Law Co., 1941, s. 705 vd. (buradan itibaren **25 C.J.S. Damages** olarak anılacaktır); **American Jurisprudence; A Modern Comprehensive Text Statement of American Law**, vol. 22, 2nd ed. by David P. Van Knapp et. al., The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1988, s. 787. (buradan itibaren **22 Am. Jur. Damages** olarak anılacaktır)

¹⁴⁶ Sebok, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁴⁷ Sebok, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁴⁸ McCormick, **a.g.m.**, s. 133; McPeak v. McPeak, 593 N.W.2d 180, (Mich. Ct. App. 1999)

¹⁴⁹ Owen, **Functions**, s. 379.

olarak taraflar, mahkeme masraflarını ve avukatlık ücretlerini kendileri karşılamaktadırlar.¹⁵⁰ Bu masrafların İngiltere’de yahut Kara Avrupası sisteminde olduğu gibi dava sonunda kaybeden tarafa yükletilmesi de söz konusu değildir.¹⁵¹ Sadece gerçek zarar miktarına göre hesaplanan telafi tazminatına hükmedildiği durumda davacı, süreçte yaptığı masraflardan dolayı tam telafiye kavuşamayacak, bir başka ifadeyle ekonomik olarak haksız fiilden önceki durumuna döndürülemeyecek, dolayısıyla tazminat hukukunun en temel gayesi dahi gerçekleştirilemeyecektir.¹⁵² Bazı eyaletlerdeki mahkemeler, jüriyi, cezalandırıcı tazminat miktarını belirlerlerken avukatlık ücretini de göz önünde bulundurmaları noktasında yetkilendirmekte, bazı eyaletlerde ise cezalandırıcı tazminata sadece bu nevi masrafların telafisinin sağlanması amacıyla sınırlı olarak hükmedilebilmektedir.¹⁵³

Üçüncü ve son olarak ise küçük zararların konu olduğu tazminat davalarının cezalandırıcı tazminat kazanabilme ihtimaliyle cazip hâle gelmesi hususuna da değinmek gerekir. Böyle küçük tutarlı tazminat davaları, üstüne yargılama giderleri de ilave edildiğinde, deyim yerindeyse “astarı yüzünü geçeceği için” açılmayacak iken, cezalandırıcı tazminat uygulaması, teşvik edici bir rol oynayarak, dolaylı da olsa, bu küçük zararların telafisine hizmet etmektedir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller, “The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts”, **Cornell Law Review**, vol. 98, no. 2, 2013, s. 327.

¹⁵¹ Eisenberg, Miller, **a.g.m.**, s. 327.

¹⁵² Behr, **a.g.m.**, s. 123.

¹⁵³ Sebok, **a.g.e.**, s. 171-173; Örneğin Connecticut eyaletinde hükmedilecek cezalandırıcı tazminat miktarı, kural olarak, yargılama giderleriyle sınırlandırılmıştır. Bkz.: Bodner v. United Servs. Auto. Ass’n., 222 Conn. 480, (1992)

¹⁵⁴ Francesco Parisi, Marta Cenini, “Punitive Damages and Class Actions”, **Minnesota Legal Studies Research Paper**, no. 08-38, 2008, s. 3; Redden, **a.g.e.**, s. 629; Örneğin 2. Dünya Savaşı döneminin ünlü savaş muhabirlerinden Quentin Reynolds, bir başka gazeteci Westbrook Pegler’in kendisi hakkında hakaretler içeren yazısı üzerine Pegler ve yayıncısını dava etmiştir. Yazıyla itibara leke sürme haksız fiiline dayanan bu dava neticesinde jüri, 1 dolar telafi tazminatı ve 175 bin dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Reynolds v. Pegler, 123 F. Supp. 36 (S.D.N.Y. 1954)

III. İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Güncel Cezalandırıcı Tazminat Uygulamaları

A. İngiliz Hukukundaki Güncel Uygulamalar

1. Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilebilmesi İçin Gereken Şartlar

Günümüz İngiliz uygulamasında cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için dava konusu fiilin, *Rookes v. Bernard* kararıyla oluşturulan üç kategoriden birinde yer alması zorunludur.¹⁵⁵ Bununla birlikte bu yaptırıma hükmedilmesi mahkemenin takdirine bırakılmıştır.¹⁵⁶ Yani bir haksız fiilin kategori testini geçmesi, cezalandırıcı tazminat yaptırımına karar verileceğinin garantisi değildir. Keza tarihsel süreçte mahkemeler, kategori testinin yanı sıra, bazıları tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınan, bazıları ise doğrudan tazminat talebinin reddine gerekçe olarak kullanılan bir dizi ek kural geliştirmiştir.¹⁵⁷

a. Kategori Testi

(1). Kamu Görevlilerinin Baskıcı, Keyfi veya Anayasaya Aykırı Davrandıkları Durumlar

İlk kategori, 18. yüzyıldaki öncü cezalandırıcı tazminat örneklerinden oluşan içtihatlarla dayanmaktadır.¹⁵⁸ Lord DEVLIN bu kategoriye şöyle açıklamıştır:

“Bir kimsenin diğerinden daha güçlü olduğu durumlarda bu gücünü kendi gayesi doğrultusunda kullanması kaçınılmazdır. Eğer gücü çok daha fazlaysa bunu baskıcı bir şekilde kullanacağı da söylenebilir. Eğer gücünü yasa dışı yollardan kullanırsa bu yasadışılığın bedelini olağan yollardan ödeyecektir. Sırf daha güçlü olduğu için

¹⁵⁵ Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 5.

¹⁵⁶ Wilcox, **a.g.e.**, s. 25; Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 6.

¹⁵⁷ **Komisyon Raporu 1997**, s. 63.

¹⁵⁸ Wilcox, **a.g.e.**, s. 9.

cezalandırılması gerekmez. Fakat konu kamu gücü olunca durum farklıdır. Kamu görevlileri aynı zamanda halkın görevlileridir...’’¹⁵⁹

Cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebilmesi için dava konusu fiilin baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı olması gerekmektedir. *Holden v. Chief Constable of Lancashire*¹⁶⁰ davasında bu unsur, lafzi açıdan değerlendirilmiş; fiil, baskıcı ve keyfi olmasa dahi anayasaya aykırılığın cezalandırıcı tazminat için yeterli olup olmayacağı üzerinde durulmuştur.¹⁶¹ Hukuka aykırı tutuklamadan kaynaklanan davada polis memurunun davranışlarının baskıcı yahut keyfi bir tarafı olmamasına rağmen, anayasaya aykırılık gerekçesiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Daha yakın tarihli bir hukuka aykırı tutuklama davası olan *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police*¹⁶² davasında yine aynı mesele gündeme gelmiş; ilk derece hâkimi, polis memurunun davranışlarında bir olağanüstülük olmadığı gerekçesiyle davanın cezalandırıcı tazminat konusunda jüriden çekilmesi gerektiğine hükmetmiş; temyiz hakimi ise *Holden v. Chief Constable of Lancashire* davasını örnek göstererek, baskıcı yahut keyfi olmasa dahi kamu görevlilerinin bu nevi davranışlarının ilk kategoriye dahil edilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.¹⁶³

Hukuka aykırı bir fiilin bu kategoride yer alması için failin bir kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu kategoriye dahil davaların birçoğunun tarafı polis güçleri olmakla birlikte kamu görevlisi kavramı geniş yorumlanmakta, devletin icra gücünü kullanan, yerel ya da merkezi tüm kamu kurumlarının personelleri bu kategoriye dahil edilmekte, ancak böylesi bir icra gücüne sahip olmayan kamu kurumlarının

¹⁵⁹ *Rookes v Barnard* (No 1) [1964] UKHL 1, s. 37.

¹⁶⁰ *Holden v Chief Constable of Lancashire*, [1986] QB 380.

¹⁶¹ *Wilcox, a.g.e.*, s. 9.

¹⁶² *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* [2006] England and Wales Court of Appeal (Civil Division) (EWCA Civ) 1773.

¹⁶³ Bu kategoriyle alakalı bir diğer nokta ise baskıcılık ve keyfiyetten uzak olmasına rağmen anayasal bir hakkın ne derecede ihlalinin cezalandırıcı tazminatı gündeme getirebileceği, mağdurun anayasal haklarından birinin ihlale uğradığı her durumun cezalandırıcı tazminatı gerektirip gerektirmediği meselesidir. Mahkûm *Watkins*’in avukatıyla arasındaki mektuplarının hapisane görevlileri tarafından okunmasının sebep olduğu *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others* davasında temyiz mahkemesince bu husus değerlendirilmiştir. Mahkeme, mağdurun bir zararı bulunmamasına rağmen cezalandırıcı tazminat olasılığının değerlendirilmesi gerektiğini belirterek ilk derece hükmünü bozmuş, Lordlar Kamarası ise görevi kötüye kullanma haksız fiil tipinin en temel unsurunun mağdurun zarara uğraması olduğunu, anayasal haklara her türlü saldırının cezalandırıcı tazminat yaptırımının yolunu açmakla birlikte uyumsuzluğa konu haksız fiil tipinin tüm unsurlarının olayda mevcut olması gerektiğini ifade ederek temyiz mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Bkz.: *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others* [2006] UKHL 17.

çalışanları ise bu kategorinin dışında tutulmaktadır.¹⁶⁴ Örneğin *AB v South West Water Services Ltd.* davasında mahkeme, kamu özel iştiraki olan su sağlayıcısı şirketin bu kategoriye dahil olmadığına hükmetmiştir.¹⁶⁵

(2). Failin Hukuka Aykırı Eylemi Gerçekleştirirken Ödeyeceğini Öngördüğü Tazminattan Daha Fazla Kazanç Elde Edebileceğini Hesaplayarak Hareket Ettiği Durumlar

Lord DEVLIN, ikinci kategoriye ise şu sözlerle tanımlamıştır:¹⁶⁶ “*Davalının, davacının haklarını alayvari bir tutumla ihlal ederek ve eyleminden elde edeceği paranın, ödemesi muhtemel tazminattan daha fazla olduğunu hesaplayarak hareket ettiği durumlarda hukuk, bunun cezasız kalmayacağını göstermelidir.*” Bu kategori, kimsenin haksız fiil neticesinde kazanç sağlayamayacağının ifadesidir.¹⁶⁷

Kategori kapsamında değerlendirilen haksız fiillerde önemli olan nokta, failin, yaptığı eylemin hukuka aykırı olduğunu bilerek ya da hukuka uygun ya da aykırı olup olmadığını umursamayarak davranması ve bu yaptığından kâr elde edeceği düşüncesiyle hareket etmesi gerekliliğidir.¹⁶⁸ Dikkat çekilmesi gereken bir başka husus ise failin gütmesi gereken kâr amacının parayla sınırlı olmadığı, herhangi bir menfaatin bu kapsamda değerlendirileceğidir.¹⁶⁹

İtibara leke sürme,¹⁷⁰ taşınmaza tecavüz,¹⁷¹ kiracının haksız tahliyesi,¹⁷² hile,¹⁷³ haksız rekabet,¹⁷⁴ gibi haksız fiil tiplerinin bu kategori kapsamında ele alındığı kararlar mevcuttur.¹⁷⁵

¹⁶⁴ Wilcox, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁶⁵ *AB v. South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

¹⁶⁶ *Rookes v Barnard (No 1)* [1964] UKHL 1, s. 38.

¹⁶⁷ *Rookes v Barnard (No 1)* [1964] UKHL 1, s. 38, Lord Devlin: “*Faile, haksız fiilinden kazanç sağlanamayacağının öğretilmesi zorunluysa ibretlik tazminata hükmedilebilir*”

¹⁶⁸ Wilcox, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁶⁹ **Komisyon Raporu 1997**, s. 56.

¹⁷⁰ İngiliz rock yıldızı Elton John, uyguladığı diyet yüzünden blumia hastalığına yakalandığı hakkında Sunday Mirror gazetesinde yer alan haber dolayısıyla, Mirror Group Newspaper şirketine cezalandırıcı tazminat talebini de içeren bir dava açmış, ilk derece mahkemesinin hükmettiği 275 bin pound tutarındaki cezalandırıcı tazminat, temyiz mahkemesince 50 bin pounda düşürülmüştür. *John v Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586.

¹⁷¹ Davacı Ramzan, “the Jewel in the Crown” isimli Hint restoranının sahibidir. Restoranının üst katında 60 kişilik bir parti alanı bulunmaktadır. Bu parti alanını ticari amaçla kullanabilmesi için ise yan binayla ortak kullanılan depodaki yangın çıkışı çok kritiktir. Zira ilgili düzenlemeler, böylesi bir

(3). Yasaların Açıkça Cezalandırıcı Tazminat Öngördüğü Durumlar

İngiltere’de cezalandırıcı tazminata izin veren yasal düzenlemelerin sayısı ise oldukça azdır.¹⁷⁶ Cezalandırıcı tazminat teriminin açık olarak zikredildiği ilk düzenleme 1951 yılına ait Yedek ve Yardımcı Kuvvetler (Sivil Menfaatlerin Korunması) Kanunu’nun¹⁷⁷ 13. maddesidir. Yine 1988 Telif, Tasarım ve Patent Kanunu¹⁷⁸ m. 97(2) ile 1977 Patent Kanunu¹⁷⁹ A1 ekinin 12. maddesinin 4. bendinde cezalandırıcı tazminata izin verildiği ifade edilmekte ancak bu hükümlerde doğrudan cezalandırıcı tazminat terimi zikredilmeyip “ek tazminat” ifadesi kullanıldığı için,

çıkış olmadığında bu alanın ticari amaçla kullanılmasına mâni olmaktadır. Diğer binanın sahibi olan gayrimenkul yönetim şirketi Brookwide Ltd tarafından, kendi kullanım alanını artırmak için yapılan tadilat ile ortak kullanılan alana Ramzan’ın erişimi engellenmiştir. Bunun üzerine görülen davada mahkemenin Ramzan lehine hükmettiği 60 bin pound cezalandırıcı tazminat, temyizde 20 bin pounda indirilmiştir. Ramzan v Brookwide Ltd [2010] EWHC 2453 (Ch), [2011] 2 All ER 38.

¹⁷² Ağustos 1974’te Evangelao’nun evini haftalık 25 pound karşılığında kiralayan Drane, bu tarihten on bir ay sonra fiyatın revize edilmesi için kiralama ofisine başvurmuştur. Kira bedelinin haftalık 16 pound olarak güncellenmesi üzerine sınırlanan ev sahibi, kiracı Drane’in eve girmesine müsaade etmemiş, eşyalarını dışarı atmıştır. Bunun üzerine Drane, cezalandırıcı tazminat talebiyle başvurduğu mahkemece haklı bulunmuş; ev sahibi bin sterlin cezalandırıcı tazminata mahkûm edilmiştir. Drane v. Evangelou [1978] 2 All ER 437.

¹⁷³ Sayyara Hassan ve Sandra Cooper bir trafik kazasına karışmışlardır. Cooper’ın dikkatsizliğinden kaynaklanan kazadan sonra Hassan, bedensel zararlar, araç tamir ücreti ve tamir süresince kiraladığı ikame araç ücretini kapsayan 50 bin pound tutarında bir tazminat davası açmıştır. Ancak yargılama sürecinde ortaya çıkan deliller, davanın seyrini tersine çevirmiştir. Hassan ve hasar danışmanlık şirketi ACC Ltd.’nin sahte faturalar düzenleyerek hasar miktarını olduğundan çok daha yüksek gösterdikleri tespit edilmiş, davalı Cooper’ın ıslah ederek “hile” haksız fiiline maruz kaldığını öne sürdüğü davada, yüksek mahkeme, Hassan’ı 7.250 pound, hasar danışmanlık şirketini ise 60 bin pound cezalandırıcı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Hassan v Cooper [2015] EWHC 540 (QB), [2015] RTR 26.

¹⁷⁴ Cardiff City Transport Services şirketi Cardiff’te şehir içi toplu taşıma hizmeti veren bir kamu kuruluşudur. Aynı şehirde öğrenci servisleri bulunan 2 Travel şirketinin otobüsleri, okul saatlerinde ise şehir içi ulaşım hizmeti vermeye başlayınca Cardiff City Transport Services, üzerinde logo bulunmayan beyaz araçlarla “beyaz servis” adı verilen bir hizmet sunmaya başlamıştır. Şirket, taşıma ücretlerini, rakibi 2 Travel’den daha ucuz belirlemiş, duraklara varış saatlerini de rakibinden birkaç dakika erken olacak şekilde dizayn etmiştir. Süreç, 2 Travel şirketinin tasfiyesi ile sonuçlanmıştır. Bunun üzerine görülen davada piyasadaki hâkim konumun kötüye kullanılması suretiyle rekabet ihlali gerçekleştirdiği gerekçesiyle Cardiff City Transport Services aleyhine 60 bin pound cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. 2 Travel Group plc v Cardiff City Transport Services Ltd [2012] CAT19.

¹⁷⁵ James Goudkamp, Eleni Katsampouka, “An Empirical Study of Punitive Damages”, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 38, no. 1, 2018, s. 94. (Buradan itibaren Goudkamp, Katsampouka, **Empirical Study**, olarak anılacaktır)

¹⁷⁶ Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 6.

¹⁷⁷ Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951, (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14-15/65/section/13>, 12 Mayıs 2023.

¹⁷⁸ Copyright, Designs and Patents Act 1988, (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/97>, 12 Mayıs 2023.

¹⁷⁹ Patents Act 1977, (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37/schedule/A1/paragraph/12>, 12 Mayıs 2023.

kastedilenin ağırlaştırılmış tazminat da olabileceği söylenmektedir.¹⁸⁰ Parlamento, uzun bir aradan sonra 2013 yılında, medya mensuplarına özgü bazı haksız fillerde cezalandırıcı tazminat yaptırımına izin veren bazı hükümler de ihtiva eden Crime and Court Act’i ihdas etmiştir.¹⁸¹ Yine çevresel zararlara sebebiyet veren bazı haksız fiillere cezalandırıcı tazminat yaptırımını öngören High Speed Rail (London–West Midlands) Act 2017,¹⁸² High Speed Rail (West Midlands-Crewe) Act 2021¹⁸³ ve Environment Act 2021¹⁸⁴ yürürlüğe sokulmuştur. Ancak bu düzenlemelere dayandırılan dava sayısının yok denecek kadar az olduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁵

b. Ancak ve Ancak Testi

İlk kez Lord DEVLIN tarafından dile getirilen bu kurala göre cezalandırıcı tazminat yaptırımına, ancak ve ancak hükmedilen telafi tazminatının faili cezalandırmaya ve caydırmaya yetmeyeceği durumlarda başvurulmalıdır.¹⁸⁶ Bahse konu prensibin önemi *Broome v Cassell & Co Ltd.* davasında tekrar vurgulanmıştır.¹⁸⁷ Kural, cezalandırıcı tazminatın son çare olarak kullanılması anlayışını da destekler niteliktedir.¹⁸⁸ Bu anlayışın, kategori testini reddeden kimi İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelere dahi benimsendiği ifade edilmektedir.¹⁸⁹

¹⁸⁰ Wilcox, **a.g.e.**, s. 17; 2007 yılında İngiltere Adalet Bakanlığı, içerisinde Yedek ve Yardımcı Kuvvetler (Sivil Menfaatlerin Korunması) Kanunu’nun 13. maddesindeki ibretlik tazminat ibaresinin ve 1988 Telif, Tasarım ve Patent Kanunu m. 97(2) ile 1977 Patent Kanunu A1 ekinin 12. maddesinin 4. bendinde ifade bulan “ek tazminat” teriminin, ağırlaştırılmış tazminatla değiştirilmesi önerisini de barındıran bir danışma metni yayınlamıştır. Danışma metnine yanıt veren katılımcıların çoğunluğu bu değişikliklerin yapılmasından, dolayısıyla cezalandırıcı tazminat yaptırımının *common law* alanıyla sınırlandırılmasından yana görüş belirtmiştir. Bkz.: Department for Constitutional Affairs (DCA), **The Law on Damages CP 9/07**, May 2007, s. 92, ayrıca Bkz.: Ministry of Justice, **The Law on Damages: Summary of Responses**, July 2009, s. 9.

¹⁸¹ Crime and Courts Act 2013, section 34, (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/section/34>, 12 Mayıs 2023.

¹⁸² High Speed Rail (London – West Midlands) Act 2017, section 51(10), (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/7/section/51>, 12 Mayıs 2023.

¹⁸³ High Speed Rail (West Midlands-Crewe) Act 2021, section 48(10), (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/2/section/48>, 12 Mayıs 2023.

¹⁸⁴ Environment Act 2021, section 125(4), (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/30/section/125>, 12 Mayıs 2023.

¹⁸⁵ Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 6.

¹⁸⁶ **Komisyon Raporu 1997**, s. 64; Bu kural, *the if, but only if test* olarak anılmaktadır. Bkz.: Wilcox, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁸⁷ *Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] A.C. 1027, s. 1060.

¹⁸⁸ **Komisyon Raporu 1997**, s. 64.

¹⁸⁹ **Komisyon Raporu 1997**, s. 65.

c. Davacı Cezalandırılması Gereken Bir Davranışın Mağduru Olmalıdır

Davacının cezalandırıcı tazminata hak kazanabilmesi cezalandırılabilir bir fiilin mağduru olmasını gerektirir.¹⁹⁰ Prensip, DEVLIN tarafından şöyle ifade edilmiştir:¹⁹¹

“Eğer davacı, gerçekten jüri tarafından cezalandırılmak istenen, zalimane bir fiilin mağduru değilse cezalandırıcı tazminat onun için bir talih kuşu olacaktır. Bu durum da cezalandırıcı tazminatın özünde var olan anomaliyi daha da absürt hale getirir.”

Ancak fiilin cezalandırılabilir olması, ceza hukuku bakımından da bir suç teşkil etmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır.¹⁹² İlgili prensiple vurgulanmak istenen, alelade bir haksız fiilin, cezalandırıcı tazminat yaptırımı için yeterli olmayacağı, bir başka ifadeyle cezalandırıcı tazminata hükmedilirken dava konusu fiilin haksızlık derecesinin, kınanabilirliğinin, failin kusurunun ağırlığının da göz önünde bulundurulması gerektiğidir. Mahkeme kararları bu hususta net bir ölçüt getirmemekle birlikte, ilgili kararlarda cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren haksız fiiller zorbaca, şoke edici, muazzam derecede kötü, istisnai, rencide edici, alayvari, alçakça, dehşet verici, hakaretamiz gibi sıfatlarla nitelendirilmektedir.¹⁹³

d. Davalının Aynı Zamanda Bir Ceza Hukuku Yaptırımına Maruz Kaldığı Durumlar

Bir haksız fiil, aynı zamanda ceza davasına da konu olabilir. Dava sonucunda verilecek hükmün cezalandırıcı tazminat talebine etkisinin nasıl olacağı sorusu akıllara gelecektir. Zira ceza yargılaması sonunda hapis ya da para cezasına çarptırılan davalı, hukuk yargılamasının neticesinde bir de cezalandırıcı tazminat yaptırımına mahkûm edilirse aynı fiil için iki kez cezalandırılmış olacaktır. Bu hâllerde cezalandırıcı tazminat ihtimalinin tamamen mi ortadan kalkacağı, yoksa ceza mahkemesi kararının hukuk yargılamasında cezalandırıcı tazminatın reddi ya da

¹⁹⁰ Wilcox, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁹¹ Rookes v Barnard (No 1), [1964] UKHL 1, s. 38.

¹⁹² Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁹³ Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 6.

miktarı açısından bir faktör olarak mı değerlendirileceği tartışmalıdır.¹⁹⁴ İngiliz içtihatları bu konuyu tam manasıyla aydınlatamamakla birlikte, mahkemelerin özellikle çifte cezalandırma yasağını ret sebebi olarak öne sürdükleri kararlar bulunmaktadır.¹⁹⁵

Archer v. Brown davasında mahkeme, hâlihazırda ceza yargılamasında hüküm giyen davalının aleyhine bir de cezalandırıcı tazminata hükmetmenin çifte cezalandırmaya neden olacağını belirterek tazminat talebini reddetmiştir.¹⁹⁶ Ancak bu karar, failin ceza aldığı her durumda mı cezalandırıcı tazminat talebinin reddedileceği yoksa mahkemenin takdirinin mi önemli olduğu konusunda belirsizliği gidermemiştir. Zira failin uzun süredir hapiste olması ve temyiz süreci olumlu neticelense dahi o zamana kadar uzunca bir süre daha hapiste kalacağı gerçeği, hapis cezasının en ağır cezai yaptırım olduğu da göz önüne alınınca yargıcın takdir hakkını bu yönde kullanmış olma ihtimalini kuvvetlendirmektedir.¹⁹⁷

Bu konuda benzer bir karar da *AB v South West Water Services Ltd.* davasında verilmiştir.¹⁹⁸ Mahkeme, cezalandırıcı tazminat talebini reddederken gerekçelerden biri olarak failin ceza mahkemesi tarafından para cezasına çarptırılmasına dayanmış, ancak cezanın miktarı ya da yeterliliği ile ilgili yorumda bulunmamıştır.¹⁹⁹ İlgili kararda çifte cezalandırma konusunun gerekçelerden sadece biri oluşu, kategorik bir ret sebebinden çok mahkemenin takdir hakkına işaret etmektedir.

¹⁹⁴ **Komisyon Raporu 1997**, s. 65; Yukarıda da bahsettiğimiz cezalandırıcı tazminata ilişkin hükümler içeren sayılı kanunlardan biri olan Crime and Courts Act'te de bahse konu duruma ilişkin bir madde yer almaktadır. Ancak failin ayrıca ceza mahkemesi tarafından cezalandırıldığı durumda mahkemenin nasıl davranması gerektiğine dair bir öneri niteliğindeki şu ifade de konudaki muğlaklığı gidermemektedir: "*Mahkeme, kararın verilmesinden önce herhangi bir zamanda, davalının şikâyet edilen davranışı içeren bir suçtan mahkûm edilmesi durumunda, ibretlik tazminata genellikle hükmedilmemesi gerektiği ilkesini dikkate almalıdır.*", Crime and Court Act 2013, section 35(2).

¹⁹⁵ **Komisyon Raporu 1997**, s. 66.

¹⁹⁶ *Archer v Brown* [1985] QB 401, s. 423.

¹⁹⁷ **Komisyon Raporu 1997**, s. 66.

¹⁹⁸ *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507; Wilcox, **a.g.e.**, s. 28.

¹⁹⁹ **Komisyon Raporu 1997**, s. 66.

e. Çok Sayıda Zarar Görenin Bulunduğu Durumlar

Çok sayıda zarar görenin olduğu durumlar da cezalandırıcı tazminat talebinin reddine dayanak olarak kullanılmaktadır.²⁰⁰ Özellikle bilinmeyen sayıda zarar görenin bulunduğu hâllerde mevcut davacılar haricinde potansiyel davacıların da varlığı, tazminat miktarının hesap edilmesi, davacılar arasında dağıtılması gibi zorluklara sebebiyet vermekte ve redde gerekçe olarak gösterilmektedir.²⁰¹ Daha evvel de değindiğimiz, içme suyu sistemine alüminyum sülfat maddesinin karışmasına sebep olan su sağlayıcısı şirkete karşı açılan *AB v South West Water Services Ltd.* davasında, müşterilerden oluşan 180 davacının yanı sıra davaya henüz katılmayan fakat zarar gören çok fazla kişinin bulunması ihtimali, talebin reddi kararına gösterilen gerekçelerden bir diğeri olmuştur.²⁰²

f. Davalının İyi Niyeti

Davalının iyi niyeti de mahkemelerce cezalandırıcı tazminat talebinin reddine bir gerekçe ya da miktarının belirlenmesinde bir faktör olarak kullanılmaktadır.²⁰³

Bir haksız fiilin 2. kategori altında değerlendirilebilmesi için ön şart olarak failin yaptığı eylemin hukuka aykırı olduğunu bilerek ya da hukuka uygun ya da aykırı olup olmadığını umursamayarak davranması gerektiğine değinmiştik. Dolayısıyla bu kategoride değerlendirilen bir haksız fiilde davalının iyi niyeti zaten söz konusu olmayacaktır. 1. kategoride ise durum farklıdır. Yukarıda bahsettiğimiz cezalandırıcı tazminata dair öncül örneklerden *Huckle v. Money* davasına konu süreçte failin mağdura iyi davranmış oluşu cezalandırıcı tazminat talebinin reddine sebep olmamış, haksız tutuklama başlı başına cezalandırıcı tazminat yaptırımını için

²⁰⁰ Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**, s. 7.

²⁰¹ Wilcox, **a.g.e.**, s. 30.

²⁰² *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507; **Komisyon Raporu**, s. 69; Mahkemeler bu denli karmaşık olmayan durumlar, bir başka deyişle belirlenebilir sayıda zarar görenin bulunduğu ve tüm zarar görenlerin katıldığı davalar için ise başka bir hesaplama yöntemi geliştirmiştir. *Riches v. News Group Newspapers* davasıyla kullanılmaya başlayan metoda göre tüm davacıların gerçek zararı belirlenmekte, gerçek zararların yekünü davalıyı cezalandırmaya yetmeyecek miktarda ise ilaveten bir cezalandırıcı tazminata hükmedilip bu cezalandırıcı tazminat davacılar arasında paylaştırılmaktadır. Bkz.: *Riches v News Group Newspapers* [1986] QB 256, s. 288.

²⁰³ **Komisyon Raporu 1997**, s. 69.

yeterli görülmüştür.²⁰⁴ Bununla birlikte bu kategoride yer alan haksız fiillere dair daha sonraki mahkeme kararlarında ise davalının fiilindeki hafifletici etmenlerin cezalandırıcı tazminatlara hükmedilip hükmedilmeyeceğine, hükmedilecekse de miktarının tayininde dikkate alınacağı ifade edilmeye başlanmıştır.²⁰⁵ *Holden v Chief Constable of Lancashire* davasında yargıç Sir ARNOLD bu hususu şöyle ifade etmiştir:

*“Vakanın bir kategoriye girmesi ve cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, gündüz ve gece gibi birbirini takip etmek zorunda değildir. Bu durum sadece jürinin cezalandırıcı tazminata hükmedebilmesi için kapıyı aralar.”*²⁰⁶

Dolayısıyla failin iyi niyeti, hata ile hareket etmesi, eyleminde ağırlaştırıcı etmenlerin bulunmaması gibi durumlar, cezalandırıcı tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği, hükmedilecekse de miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.²⁰⁷

2. İngiliz Hukukunda Cezalandırıcı Tazminata İlişkin Diğer Bazı Özellikler

a. Tazminatın Hesaplanması

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın nasıl hesaplanacağına dair somut ölçütler bulunmamaktadır. Teorik olarak kurumun amaçlarının cezalandırma, caydırma, ya da davalıyı kınama olmasından mütevellit bir düşünceyle, hükmedilecek miktarın da cezalandırılacak eylemin ağırlığına göre belirlenmesi gerektiği, caydırıcılık sağlayacak miktarda ya da eylemin kınandığını sembolik olarak temsil edebilecek bir seviyede olması lazım geldiği söylenebilir. Ancak bunlar gerçek zarar hesabının aksine parasal karşılık atanması kolay kriterler değildir.²⁰⁸ Dolayısıyla karar vericinin geniş takdir hakkına sahip olması kaçınılmazdır. Jüri ve

²⁰⁴ *Huckle v. Money*, 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (C. P. 1763). Davaya konu süreçte 6 saat boyunca gözaltında tutulan davacıya bira ve biftek ikram edilmiştir. **Komisyon Raporu 1997**, s. 69.

²⁰⁵ Wilcox, **a.g.e.**, s. 31.

²⁰⁶ *Holden v Chief Constable of Lancashire*, [1987] QB 380, s. 389.

²⁰⁷ **Komisyon Raporu 1997**, s. 70.

²⁰⁸ **Danışma Metni 1993**, s. 83.

yargıçların bu geniş takdir yetkisine bazı prensiplerle sınırlar çizilmeye çalışılmaktadır.

DEVLIN, jüri ve yargıçların cezalandırıcı tazminat miktarını belirlerken ölçülülük prensibine sıkı sıkıya bağlı kalmaları gerektiğini vurgulamıştır.²⁰⁹ Cezalandırıcı tazminat, davalıyı cezalandırmaya yetecek minimum miktarda olmalıdır; aksi hâlde özgürlüğü savunmak için bir silah olarak tasarlanan bu kurum özgürlük aleyhine kullanılmış olacaktır.²¹⁰ Bu noktada davalının fiilini ağırlaştıran ya da hafifleten her unsurun dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.²¹¹ Ayrıca hükmedilen telafi tazminatı miktarı da belirleyici bir rol oynayacaktır. Yukarıda değindiğimiz ancak ve ancak testi uyarınca telafi tazminatının da cezalandırıcı bir etkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Telafi tazminatı ve cezalandırıcı tazminatın ayrı ayrı belirlenip toplanması önerilmemekte; failin ceza olarak ödemeyi hak ettiği miktar ile mağdurun telafisi için gereken miktar belirlenip, ilki fazlaysa aradaki farka cezalandırıcı tazminat olarak hükmedilmesi tavsiye edilmektedir.²¹²

Davalının servetinin de tazminatın hesabında göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir.²¹³ Zira sokaktaki sıradan bir insanı cezalandırmaya yetecek miktardaki bir tazminat, büyük bir şirket için ise komik bir rakam olacaktır.²¹⁴ Cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde davalının servetinin de göz önünde bulundurulması gerekliliği DEVLIN tarafından şöyle ifade edilmiştir: *“Tarafların serveti telafi tazminatı miktarının tayininde alakasız, fakat cezalandırıcı tazminat miktarının tayininde belirleyicidir.”*²¹⁵

²⁰⁹ Rookes v Barnard (No 1), [1964] UKHL 1, s. 38.

²¹⁰ Rookes v Barnard (No 1), [1964] UKHL 1, s. 38.

²¹¹ Rookes v Barnard (No 1), [1964] UKHL 1, s. 38.

²¹² Broome v Cassell & Co Ltd [1972] A.C. 1027, s. 1126.

²¹³ Wilcox, **a.g.e.**, s. 26. Benson v. Frederick, John v. Mirror Group Newspapers Ltd. gibi davalarda tarafların ekonomik gücünün hükmedilecek tazminat miktarına etkisi olduğu belirtilmiş fakat teknik olarak bu etkinin nasıl gerçekleşeceği konusu aydınlatılmamıştır. McCartney v. Sunday Newspapers Ltd. davasında mahkeme davalı şirketin mali yapısına ilişkin verileri delil olarak kabul etmemiş, bu verilerin jüriye cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında yardımcı olmayacağı, tam tersi işlerini zorlaştıracığı, dolayısıyla jürinin tazminat miktarını belirlerken gazetenin büyüklüğü, tirajı ve kaynakları gibi genel verilerden yararlanması gerektiğini ifade etmiştir. Benson v. Frederick, 97 Eng. Rep. 1130 (K.B. 1766); John v Mirror Group Newspapers Ltd. [1997] QB 586; McCartney v Sunday Newspapers Ltd. [1988] Northern Ireland Law Reports (NI) 565.

²¹⁴ John v Mirror Group Newspapers Ltd. [1997] QB 586, s. 625.

²¹⁵ Rookes v Barnard (No 1), [1964] UKHL 1, s. 38.

Davalıların sayısı da tazminatın hesabında dikkate alınmaktadır. Lordlar Kamarası, *Broome v Cassell & Co Ltd* kararında iki yahut daha fazla davalının olduğu yargılamalarda yalnızca bir cezalandırıcı tazminatın belirleneceği ve tüm davalılar aleyhine bu miktarda tazminata hükmedileceğine karar vermiştir.²¹⁶ Cezalandırıcı tazminat, sorumluluğu en az olan davalını fiiline göre hesap edilecek, böylece bir başkasının ağır kusurlu fiilinden dolayı daha az kusurlu olanın cezalandırılmasının önüne geçilecektir. Bu durumda müşterek davalılardan biri aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedilmemesi durumunda diğerleri aleyhine de bu yaptırım uygulanamayacaktır.

b. Jürinin Yönlendirilmesi ve Kararların Denetimi

Jürinin dahil olduğu yargılamalarda cezalandırıcı tazminat jüri tarafından hesap edilmektedir. Jürinin verdiği cezalandırıcı tazminat kararları, miktar bakımından eleştirilmeye başlanınca temyiz mahkemesi de jüri tarafından hükmedilen tazminatı değiştirebilme yetkisini daha sık kullanır olmuş ve yargıçların böylesi yargılamalarda jüriye rehber olacak tavsiyelerde bulunmalarına izin vermeye başlamıştır.²¹⁷ Örneğin *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis*²¹⁸ davasıyla, özellikle ilk kategoride yer alan ve polis güçlerinin davalı konumda olduğu durumlarda karar verirken jüriye yol gösterecek birtakım ilkeler

²¹⁶ **Komisyon Raporu 1997**, s. 80.

²¹⁷ Jürinin yer alacağı özel hukuk yargılamaları Supreme Court Act 1981'in 69. Bölüm, 1. maddesinde sayılmış; dolandırıcılık, hürriyeti tahdit, itibara leke sürme ve kötü niyetli soruşturma haksız fiilleriyle sınırlandırılmıştır. Bkz.: Supreme Court Act 1981, section 69(1), (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/69/enacted>, 12 Mayıs 2023; 1990 öncesinde temyiz mahkemesi ilk derece yargılamasında jürinin hükmettiği tazminat miktarını değiştirememekte, sadece yeni bir jüri oluşturup tekrar yargılama yapabilmekteydi. Yeni jüri de fahiş bir tazminata hükmederse mahkemenin yapabileceği başka bir şey kalmamaktaydı. 1990 yılında ihdas edilen Courts And Legal Services Act ile temyiz merciine kararı bozup yeni bir duruşma açmadan tazminatı revize etme yetkisi verilmiştir. Bkz.: Court and Legal Services Act 1990, section 8(2), (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/41/section/8>, 12 Mayıs 2023; Temyiz merciinin yeni bir jüri oluşturup duruşma açma yetkisi de muhafaza edilmiş olmakla beraber, usul ekonomisi gereği mahkemeler genellikle yeni bir duruşma açmadan karar vermektedirler. Konu hakkında Bkz.: Wilcox, **a.g.e.**, s. 38.

²¹⁸ *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] QB 498.

belirlenmiştir.²¹⁹ Ancak anılan ilkeleri öne süren Lord WOOLF M. R., tüm davalarda uygulanabilecek bir matematiksel formülasyonun var olmadığını ifade etmiştir.²²⁰

c. Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilebilmesi İçin Talep Edilmesi Zorunluluğu ve İspat Kuralları

Medeni Usul Kuralları Komitesi'nin (The Civil Procedure Rule Committee), Civil Procedure Act 1997²²¹ uyarınca hazırladığı Medeni Usul Kuralları 1998 (Civil Procedure Rules) 16(4)(1)(c)'ye göre mahkemenin, önüne gelen bir uyuşmazlıkta cezalandırıcı tazminat yaptırımına hükmedebilmesi için davacının bu yönde açık bir talebinin bulunması gerekmektedir.²²² Anılan hükme göre davacı, talebin yanında talebin dayanaklarını da belirtmek zorundadır. Hâliyle böyle bir talebin yokluğunda mahkeme ve jüri resen cezalandırıcı tazminata dair bir değerlendirme yapamayacaktır.

Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 ise haksız fiil failinin yahut zarar gören tarafın ölümleri hâlinde cezalandırıcı tazminat talep hakkının akıbetinin ne olacağına dair hükümler ihtiva etmektedir.²²³ Kanunun 1. maddesiyle haksız fiil failinin ölümü hâlinde aleyhindeki tüm tazminat taleplerinin terekesine ya da mirasçılarına karşı öne sürülebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu madde cezanın şahsiliği prensibiyle çeliştiği noktasında eleştirilere maruz kalmaktadır. Kanunun 2.

²¹⁹ Wilcox, **a.g.e.**, s. 39.

²²⁰ Cezalandırıcı tazminatlar gündeme geldiğinde yargıç jüriye şunları hatırlatmalıdır: a) davacının her türlü zararı telafi tazminatı ve ağırlaştırılmış tazminatla giderilmiştir. Cezalandırıcı tazminat davalıya göre belirlenmelidir, b) jüri kararlaştırılan tazminatların davalıyı cezalandırmaya yetmeyeceğini düşünüyorsa cezalandırıcı tazminata hükmetmelidir, c) cezalandırıcı tazminat davacı için bir talih kuşu gibidir ve kararlaştırılan tazminat o miktarda paranın polis tarafından kamu hizmeti için harcanamayacağı anlamına gelebilir, d) kararlaştırılacak cezalandırıcı tazminat jürinin, davalının eyleminden duyduğu rahatsızlığı ifade etmesine yetecek minimum düzeyde olmalıdır. Sınırlar şunlardır: a) fiil gerçekten cezalandırmayı gerektiriyorsa cezalandırıcı tazminat miktarı yüksek ihtimalle £ 5,000 den fazla olmalıdır. Aksi halde muhtemelen dava cezalandırıcı tazminat gerektiren davalardan biri değildir, b) bu tür davalarda cezalandırıcı tazminat gerektiren fiil en az 25 bin poundluk bir kınamayı hak etmeli, ancak 50 bin poundu geçmemelidir, c) telafi tazminatının çok cüzi olduğu haller bir tarafa bırakılırsa, cezalandırıcı tazminat ile diğer tazminatlar toplamının telafi tazminatının üç katını aşması alışılmadık bir durum olur. Bkz.: Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis [1998] QB 498, s. 514 vd.

²²¹ Civil Procedure Act 1997, section 1, (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/section/1>, 12 Mayıs 2023.

²²² The Civil Procedure Rules 1998, part 16, rule 16.4, (Çevrimiçi), <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part16>, 12 Mayıs 2023.

²²³ Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934, (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/24-25/41/contents>, 12 Mayıs 2023.

maddesinde ise zarar görenin ölümü halinde mirasçılarının cezalandırıcı tazminat talebinde bulunamayacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm de hukuken cezalandırılması icap eden bir kimsenin sırf mağdur öldü diye cezadan kurtulmasına sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.²²⁴

Cezalandırıcı tazminatın gündeme geldiği davalarda da tüm İngiliz medeni yargılamalarında olduğu gibi “ihtimaller dengesi” ya da “delillerin üstün gelmesi” isimleriyle anılan ispat ölçütü kullanılmaktadır.²²⁵ Bu ölçüte göre iddia sahibinin talebine kavuşabilmesi için iddia ettiği vakaların %50’yi geçecek bir olasılıkta gerçek olduğu konusunda jüri ve hâkimi ikna etmesi gerekir.²²⁶

3. İngiliz Hukukunda Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımına Yöneltilen Eleştiriler ve Reform Çalışmaları

Cezalandırıcı tazminat kurumu, İngiliz sorumluluk hukukunun tartışmalı konularından biridir.²²⁷ İngiltere Hukuk Komisyonu, hem yargı kararlarındaki hem de doktrindeki görüş ayrılıkları sebebiyle 1993 yılında, hukuk camiası paydaşlarınca yanıtlanmak üzere uygulamanın mevcut durumunu, lehte-aleyhte eleştirileri içeren ve bir takım reform önerileri sunan bir danışma metni yayımlamıştır.²²⁸ Katılımcılar tarafından verilen yanıtlar ve getirilen öneriler ile komisyonun nihai tavsiyeleri ise 1997 yılında bir rapor hâlinde paylaşılmıştır.²²⁹ Ancak o zamandan günümüze parlamento bu önerileri hayata geçirecek bir çalışma yapmamıştır.

²²⁴ Danışma Metni 1993, s. 92.

²²⁵ Danışma Metni 1993, s. 93.

²²⁶ Jesus Ezurmendia, Maria de los Angeles Gonzalez, “A Comparison between the Standard of Proof Applicable in Arbitration and Formal Adjudication.” **The International Journal of Evidence & Proof**, vol. 25, no. 1, 2021, s. 6.

²²⁷ Wilcox, **a.g.e.**, s. 7.

²²⁸ Law Commission, Consultation Paper No. 132, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, 1993. (**Danışma Metni 1993**).

²²⁹ Law Commission for England and Wales, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com. No. 247 (1997), (**Komisyon Raporu 1997**).

a. Eleştiriler

(1). Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımının Ceza Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Açısından Uygunsuz Olduğuna Dair Eleştiriler

Cezalandırıcı tazminatın ceza benzeri (*quasi-criminal*) bir müessese oluşu aslında diğer birçok eleştirinin de temel dayanağını oluşturmaktadır.²³⁰ Birçoklarına göre özel hukuk alanındaki tazminatların amacı sadece zararın telafisidir; ödetme, caydırma, kınama gibi amaçların hedeflenmesi haksız fiil hukuku açısından uygunsuzdur.²³¹ Hâliyle bu prensipten ayrılan cezalandırıcı tazminat anlayışı bu alanın insicamını bozmaktadır.²³² Bununla birlikte cezalandırıcı tazminat yaptırımı, özünde, sanığın lehine olan ceza yargılaması teminatlarından yoksun bırakılarak çarptırıldığı para cezalarından başka bir şey değildir.²³³ Ceza yargılamalarında sunulabilecek deliller daha sıkı kurallara bağlıdır, “makul şüphenin ötesinde olma” gibi katı bir ispat ölçütü kullanılmaktadır. Bundan başka, sanık, masumiyet karinesinden ve susma hakkından faydalanır. Jürinin yetkisi, sanığın suçlu olup olmadığının belirlenmesiyle sınırlıdır ve ceza miktarının belirlenmesi noktasında hiçbir dahli yoktur. Keza yargıçlar açısından da hükmedecekleri cezalar için üst sınırlar belirlidir.²³⁴ Cezalandırıcı tazminata hükmedilen özel hukuk yargılamalarında ise delillerin üstün gelmesi ispat ölçütü geçerlidir ve cezalandırıcı tazminat konusu gündeme geldiğinde jüri, failin sorumlu olup olmadığını belirlemenin ötesinde, verilecek cezayı yani hükmedilecek cezalandırıcı tazminatı da serbestçe takdir etmektedir.²³⁵

Bu argümanlara karşı çıkanlar ise ceza yargılamasında davalının hapis cezasına çarptırılması riski bulunduğunu, verilecek hükmün adli sicile etkisinden dolayı iş bulmada zorluklar yaşamak gibi artçı tehlikeler de barındırdığını, dolayısıyla bu tür usuli teminatların varlığının normal olduğunu ifade

²³⁰ A. Beever, “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 23, no. 1, 2003, s. 105.

²³¹ Department for Constitutional Affairs (DCA), **The Law on Damages CP 9/07**, May 2007, s. 78; Beever, **a.g.m.**, s. 106.

²³² Beever, **a.g.m.**, s. 106.

²³³ *Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] A.C. 1027, s. 1110.

²³⁴ **Danışma Metni 1993**, s. 110; Wilcox, **a.g.e.**, s. 33.

²³⁵ Wilcox, **a.g.e.**, s. 33.

etmektedirler.²³⁶ Bu görüştekilere göre özel hukukun fonksiyonları konusunda bir sınırlandırmaya gitmek mantıksızdır ve bu alana herhangi bir fonksiyon atanabilir.²³⁷ Cezalandırıcı tazminata ancak ve ancak telafi tazminatının faili cezalandırmaya yetmeyeceği zamanlarda hükmedilmesi gerektiği (*if, but only if*) kuralı da göstermektedir ki bu tazminatların da yer yer cezalandırma fonksiyonları bulunmaktadır.²³⁸ Yine İngiliz hukukundaki “kazanç temelli tazminat”, “nominal tazminat” gibi zarardan bağımsız olarak hesaplanan başka özel hukuk yaptırımları da vardır.²³⁹ Bu alanın böylesi bir yaptırıma müracaat etmesi, telafi tazminatının yetersiz kaldığı durumların varlığına işaret eder ve bu yaklaşımı sakıncalı olarak nitelendirmek gibi bir zorunluluk yoktur.²⁴⁰

(2). Öngörülemezlik ve Fahiş Miktarlardaki Cezalandırıcı Tazminat Kararlarına İlişkin Eleştiriler

Yukarıda da açıkladığımız gibi hükmedilecek cezalandırıcı tazminat miktarı davalıyı cezalandırmaya yetecek düzeyde olmalıdır. Bu prensip bir yana bırakılırsa tazminatın nasıl hesaplanacağı konusunda net bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu noktada davalının fiilini ağırlaştıran ya da hafifleten her unsurun dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu belirsizlik sebebiyledir ki cezalandırıcı tazminat kararları, öngörülemez ve fahiş miktarlarda oldukları eleştirilerine maruz kalmaktadır.²⁴¹ Hükmedilen tazminat miktarlarının öngörülemez ve aşırı düzeyde olduğunu iddia eden görüşler, bunun önemli bir sebebinin de jürinin bu noktadaki belirleyici rolü olduğunu ifade etmektedirler.²⁴² Bahse konu belirsizliğin ulusal ekonomiye olumsuz etkileri olabileceği de iddia edilmektedir.²⁴³ Şöyle ki; cezalandırıcı tazminata mahkûm edilme ve tazminat miktarının fahiş seviyelerde olması ihtimali, işletmelerin ekonomik planlamaları açısından da bir risk

²³⁶ Komisyon Raporu 1997, s. 99.

²³⁷ Broome v Cassell & Co Ltd [1972] A.C. 1027, s. 1114.

²³⁸ Wilcox, *a.g.e.*, s. 33.

²³⁹ James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002, s. 7.

²⁴⁰ E.J. Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, no.1, 2003, s. 55.

²⁴¹ Komisyon Raporu 1997, s. 72.

²⁴² Komisyon Raporu 1997, s. 72.

²⁴³ Danışma Metni 1993, s. 113.

doğuracaktır.²⁴⁴ Bu belirsizliğin de üreticilerin yeni bir ürün piyasaya sürme noktasında cesaretli olmalarına engel teşkil edebileceği ifade edilmektedir.

2015 yılında yapılan bir ampirik çalışmada hem jürinin karar verdiği dava sayısı hem de bu davalarda hükmedilen cezalandırıcı tazminatların büyüklüğü açısından doktrindeki eleştirileri azaltabilecek sonuçlar elde edilmiştir.²⁴⁵ Toplam 146 cezalandırıcı tazminat talebi içeren 100 ayrı davanın incelendiği bu çalışmada ilgili taleplerin %39,7'sinin olumlu sonuçlandığı, hükmedilen en küçük cezalandırıcı tazminatın 588 pound, en büyük cezalandırıcı tazminatın 70.600 pound, ortalamanın 12.625 pound, medyanın ise 7.630 pound olduğu tespit edilmiştir.²⁴⁶ Örneklemin içerisindeki 134 talep yargıç tarafından, 12 talep ise jüri tarafından karara bağlanmıştır. Başarıya ulaşan taleplerin oranı ise yargıçların karar verdiği davalarda %39,6 jürinin karar verdiği davalarda %41,7 olarak belirlenmiştir.²⁴⁷ Yargıçların hükmettiği en büyük cezalandırıcı tazminat 70.600 pound, en küçük cezalandırıcı tazminat 588 pound tutarındayken, jürinin hükmettiği en büyük cezalandırıcı tazminat 24.715 pound, en küçük cezalandırıcı tazminat ise 7.589 pound olmuştur.²⁴⁸

(3). Cezalandırıcı Tazminatın Davacı İçin Bir Talih Kuşu Oluşuna İlişkin Eleştiriler

Cezalandırıcı tazminat kurumuna getirilen eleştirilerden biri de bu yaptırım adı altında ödenen tutarın davacı için adeta bir talih kuşu olduğudur.²⁴⁹ Tazminatların, telafi gayesiyle sınırlı olduğu anlayışından yola çıkan bu eleştirilere göre, hükmedilen cezalandırıcı tazminat sayesinde davacı, ekonomik olarak haksız fiil vuku bulmadan önceki durumundan da iyi bir konuma getirilmektedir.²⁵⁰ Özellikle ilk kategori altında kamu görevlileri aleyhine hükmedilecek tazminatların, dolaylı sorumluluk kuralları gereğince bağlı bulundukları kamu kurumlarının

²⁴⁴ Danışma Metni 1993, s. 113.

²⁴⁵ James Goudkamp, Eleni Katsampouka, "An Empirical Study of Punitive Damages", **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 38, no. 1, 2018. (Goudkamp, Katsampouka, **Empirical Study**)

²⁴⁶ Goudkamp, Katsampouka, **Empirical Study**, s. 103.

²⁴⁷ Goudkamp, Katsampouka, **Empirical Study**, s. 107.

²⁴⁸ Goudkamp, Katsampouka, **Empirical Study**, s. 107-108.

²⁴⁹ Helmut Koziol, "Punitive Damages-A European Perspective", **Louisiana Law Review**, vol. 68, no. 3, 2008, s. 762; Broome v Cassell & Co Ltd [1972] A.C. 1027, s. 1086.

²⁵⁰ Beever, **a.g.m.**, s. 107.

bütçelerinden karşılanacak olmasının, bu bütçelerin asli olarak kullanılması gereken noktalarda yetersiz kalmasına sebebiyet verebileceği ve bunun kamu hizmetlerinde aksamalara neden olabileceği ifade edilmektedir.²⁵¹

Bu eleştiriye karşı çıkanlara göre ise bu tazminat, davacıya konan bir talih kuşu değil, verilen bir ödüldür.²⁵² Zira davacının maruz kaldığı cezalandırıcı tazminata sebep olacak kadar kötü bir haksız fiil neticesinde, masraflarına katlanarak ve kaybetme riskini de göze alarak faili dava etmesi toplumun da menfaatinedir.²⁵³ Bir nevi sivil savcı gibi davranan davacı böyle bir ödülü de hak etmektedir.²⁵⁴

b. Reform Önerileri

Hukuk komisyonu, 1993 yılında yayınladığı danışma metnine cevap veren katılımcılara, cezalandırıcı tazminat müessesesinin geleceğine dair üç farklı model önerisi içeren ek bir danışma metni göndermiş ve hangisinin daha makul olduğuna dair seçim yapmalarını istemiştir.²⁵⁵

Önerilen ilk model genişlemeci modeldir. Bu modele göre kategori testi reddedilmelidir. Sözleşme ihlalleri hariç olmak üzere, davacının haklarının kasıtlı olarak ve çirkin bir şekilde ihlal edildiği tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında cezalandırıcı tazminat yaptırımını uygulanabilir olmalıdır. Aşağıda inceleyeceğimiz Amerikan uygulamasını andıran bu model, katılımcılar tarafından da en çok oylanan model olmuştur.²⁵⁶

İkinci öneri ise kaldırmacı modeldir. Bu modelde cezalandırıcı tazminat kurumunun tümüyle kaldırılması teklif edilmektedir. Bununla birlikte davacının tüm zararlarının giderildiğinden emin olunması gerekliliği de ön şart olarak vurgulanmaktadır. Bu görüşün taraftarları, manevi zararların tazmininde geline bu noktada cezalandırıcı tazminatlara artık gerek kalmadığını düşünenlerdir.

²⁵¹ Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis [1998] QB 498, s. 517.

²⁵² Irish Law Reform Commission, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, LRC 60–2000, s. 8.

²⁵³ Irish Law Reform Commission, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, LRC 60–2000, s. 8.

²⁵⁴ Owen, **Products Liability**, 1287-1288; Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1322 vd.

²⁵⁵ **Komisyon Raporu 1997**, s. 96 vd.

²⁵⁶ Katılımcıların %49'u genişlemeci modelden yana görüş bildirmiştir. Bkz.: **Komisyon Raporu 1997**, s. 96.

Üçüncü ve son öneri ise karma modeldir. Bu öneri ikinci modele yakın olmakla birlikte ondan farklı olarak cezalandırıcı tazminat yaptırımının sadece 1. kategori olarak ifade edilen kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı davrandıkları durumlar açısından muhafaza edilmesini önermektedir.

Komisyon, parlamentoya sunduğu nihai önerisini de genişlemeci model etrafında oluşturmuştur. Parlamento tarafından hayata geçirilmediğini tekrar hatırlatarak komisyonun önerilerini özetleyecek olursak:²⁵⁷

- Kategori testi kaldırılmalı ve genişlemeci model uygulanmalıdır. Bu model, diğer İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerin uygulamalarıyla da uyumlu olacaktır. Ancak bu genişlemeci yaklaşım takip edilirken sağlam bir hukuki temele oturtulduğundan emin olunmalıdır. Cezalandırıcı tazminatın son çare olduğu unutulmamalı, tazminata hükmedilirken ölçülülük ve orantılılık ilkelerine sadık kalınmalıdır.
- Cezalandırıcı tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceğine, hükmedilecekse de miktarına jüri değil yargıçlar karar vermelidir.
- Mahkeme diğer tazminatlara ilave olarak cezalandırıcı tazminata hükmedebilir. Ancak bu tazminatların davalıyı cezalandırmaya yetmeyeceğinden emin olunmalıdır.
- Hükmedilecek cezalandırıcı tazminat, davalıyı cezalandırmaya yetecek minimum miktarda olmalı ve davalının eylemindeki ağırlık bu hesaplamada göz önünde bulundurulmalıdır.
- Tazminatın hesaplanmasında davalının kusurunun ağırlığı, davacının ihlal edilen haklarının mahiyeti, davacının zararının mahiyeti ve kapsamı, davalının hukuka aykırı eylemle elde ettiği ya da elde etmeyi umduğu menfaatin kapsamı dikkate alınmalıdır.

²⁵⁷ Komisyon Raporu 1997, s. 106 vd.

B. Amerikan Hukukundaki Güncel Uygulamalar

1. Genel Olarak

Tarihsel süreçte Amerikan cezalandırıcı tazminat uygulaması İngiltere'deki gibi kategori bazlı bir çerçeveye sınırlandırılmamıştır. Bu ülkede muhtelif uyuşmazlıklarda cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygunluğu belirli haksız fiil tipleri üzerinden değil, failin eylem niyetine ve kusurunun ağırlığına göre belirlenmektedir.²⁵⁸ Bununla birlikte 50 eyaletten oluşan bu federal yapıda yeknesak bir uygulamadan söz etmek de imkânsızdır.²⁵⁹ Zira eyaletlerin cezalandırıcı tazminat yaptırımını uygulama konusunda geniş takdir yetkileri bulunmaktadır.²⁶⁰ Aşağıda aktaracağımız gibi birçok eyalette, aslen *common law* ürünü olan bu kuruma dair kanuni düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur.

45 eyalette cezalandırıcı tazminat yaptırımına doğrudan izin verilmekte, diğer 5 eyalette ise yokluktan şartlı kabule uzanan bir uygulama görülmektedir.²⁶¹ New Hampshire eyaletinde bu kurum bir kanunla reddedilmiş,²⁶² Nebraska'da ise bu yasak eyalet yüksek mahkemesi tarafından anayasaya aykırılık gerekçesiyle getirilmiştir.²⁶³ Louisiana, Massachusetts ve Washington eyaletlerinde ise davacı ancak kanunlarda özel bir hüküm bulunması hâlinde cezalandırıcı tazminat talep edebilmektedir.²⁶⁴

İngiltere'de olduğu gibi Amerika'da da cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygulama sahası prensip olarak haksız fiillerle sınırlandırılmıştır.²⁶⁵ Ancak Amerikan mahkemelerinin cezalandırıcı tazminata hükmettiği davalara sebebiyet veren

²⁵⁸ McCormick, **a.g.m.**, s. 136; Redden, **a.g.e.**, s. 76.

²⁵⁹ Sebok, **a.g.e.**, s. 156; 50 eyaletteki cezalandırıcı tazminat uygulamalarına ilişkin 2018 yapılan bir derleme için Bkz.: (Çevrimiçi), https://www.wilsonelser.com/writable/files/Legal_Analysis/Downloads/wilson-elser-punitive-damages-review-2018.pdf?hsCtaTracking=25919bf5-5435-4eea-af65-97ee3e4ef2ef%7C070b6c96-9192-4146-8a17-21cf4abbd8c2, 20 Mayıs 2023.

²⁶⁰ Michael L. Rustad, "The Closing of Punitive Damages' Iron Cage", **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 38, no. 3, 2005, s. 1304.

²⁶¹ Rustad, **a.g.m.**, s. 1304; Sebok, **a.g.e.**, s. 155; Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 18.

²⁶² NH Rev Stat § 507:16 (2021)

²⁶³ Miller v. Kingsley, 230 N.W.2d 472 (Neb. 1975)

²⁶⁴ Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 19.

²⁶⁵ William S. Dodge, "The Case for Punitive Damages in Contracts", **Duke Law Journal**, vol. 48, no. 4, 1999, s. 630; Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 19.

uyuşmazlıklar geniş bir yelpazeye yayılmıştır.²⁶⁶ Yaptırımının en sık gündeme geldiği yargılamalar bedensel müdahale, bedensel müdahale tehdidi, taşınmaza tecavüz, hürriyeti tahdit, hakaret gibi kasti haksız fiiller olarak anılan hukuka aykırı eylemlerden kaynaklanmaktadır.²⁶⁷ Bazı sözleşme ihlallerinde de cezalandırıcı tazminatın gündeme gelebileceği genel olarak kabul edilmektedir.²⁶⁸ Restatement (Second) of Contracts'ta bu husus şöyle izah edilmiştir:

*“Sözleşme ihlallerinde cezalandırıcı tazminat yaptırımına hükmedilemez, meğer ki ihlal aynı zamanda cezalandırıcı tazminat yaptırımını gerektiren bir haksız fiile vücut versin.”*²⁶⁹

Dolayısıyla sözleşmesel bir ilişkiden doğan fakat haksız fiilvari bir hukuka aykırılık da teşkil eden aldatma hâllerinden, bu minvaldeki tüketici işlemlerinden, kira ilişkilerinden, iş hukukuna ilişkin ayrımcılık hâllerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda cezalandırıcı tazminat talep edilebilmektedir.²⁷⁰ Yaptırımın belki de uluslararası şöhretini borçlu olduğu ürün sorumluluğu ve tıbbi kötü uygulama davaları ise yukarıda saydığımız dava sebeplerine nazaran daha nadir olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilen alanlardır.²⁷¹

2. Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilebilmesi İçin Gereken Şartlar

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat yaptırımının gündeme gelebilmesi için en temel gereklilik davacının hukuken korunan bir hakkının

²⁶⁶ Dobbs, **a.g.e.**, s. 316.

²⁶⁷ T. H. Cohen, Kyle Harbacek, **Punitive Damages Awards in State Courts**, U. S. Dep't of Justice, Doc. No. NCJ-233094, 2011, s. 2; T. H. Cohen, **Punitive Damages Awards in Large Counties**, U.S. Dep't of Justice, Doc. No. NCJ-208445, 2005, s. 3.

²⁶⁸ **25 C.J.S. Damages**, s. 716; **22 Am. Jur. 2d Damages**, s. 808; Dobbs, **a.g.e.**, s. 315.

²⁶⁹ Restatement (Second) of Contracts § 355, 1981.

²⁷⁰ Cohen, Harbacek, **a.g.m.**, s. 2; Cohen, **a.g.m.**, s. 3.

²⁷¹ Cohen, Harbacek, **a.g.m.**, s. 2; Cohen, **a.g.m.**, s. 3; 1999 yılında yapılan bir çalışmada 1984-1993 yılları arasında 27 eyalet mahkemesindeki haksız fiil davaları incelenmiş bunların %60'ının otomobil kazalarından, %4'ünün ürün sorumluluğundan, %7'sinin ise tıbbi kötü uygulamadan kaynaklandığı tespit edilmiştir. Araştırmacılar 1980-1990 arasında, yüksek tirajlı 5 gazetenin haksız fiil davalarına ilişkin verdiği haberlerin ise %49'unun ürün sorumluluğuna, %25'inin tıbbi kötü uygulamaya, sadece %2'sinin araba kazalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olduğunu belirlemiştir. Araştırmaya ilişkin olarak ayrıca Bkz.: Daniel S. Bailis, Robert J. MacCoun, “Estimating Liability Risks with the Media as Your Guide: A Content Analysis of Media Coverage of Tort Litigation”, **Law and Human Behavior**, vol. 2, no. 4, 1996, s. 419 vd.

ihlalidir.²⁷² Cezalandırıcı tazminata hak kazanabilmek için davacının böyle bir ihlale maruz kalması, bunun sonucunda bir zararının doğması ve bunu yeterli delillerle ispat etmesi gerekmektedir.²⁷³ Amerikan cezalandırıcı tazminat uygulamasını, farklı eyaletlerin yaklaşımlarına da değinebileceğimiz şekilde, gerekli kusur derecesi, gerçek zararın varlığı şartı ve kabul edilecek delil standardı olmak üzere üç açıdan analiz edebiliriz.²⁷⁴

a. Failin Kusur Derecesi ve Cezalandırıcı Tazminat Sorumluluğu Doğuran Eylemin Nitelikleri

Davalının safi hukuka aykırı fiili cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için yeterli değildir.²⁷⁵ Bahse konu haksız fiili ağırlaştırıcı etmenler, yani eylemin haksızlık içeriği ve failin kusurunun ağırlığı da önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle yukarıda saydığımız haksız fiil tiplerinden birinin gerçekleşmesi ve bir dava sebebi teşkil etmesi, cezalandırıcı tazminat talebinin karşılık bulması için yeterli olmayacak, bu haksız fiili nitelikli hâle getiren birtakım unsurların varlığı da göz önünde bulundurulacaktır.²⁷⁶ Restatement (Second) of Torts'ta bu husus şöyle vurgulanmıştır: *“Cezalandırıcı tazminata davalının şeytani saik gütmesi veya diğerlerinin haklarına pervasız aldırışsızlığı nedeniyle şoke edici olan fiiller için hükmedilir.”*²⁷⁷

Farklı eyaletlerde gereken kusurun ağırlığı kötü niyet, kast, garaz, şeytani saik, pervasızlık, sorumsuzluk, aldatma kastı, gibi terimlerle ifade edilmektedir.²⁷⁸

²⁷² 22 Am. Jur. 2d Damages, s. 794.

²⁷³ Vanleenhove, a.g.e., s. 20.

²⁷⁴ Vanleenhove, a.g.e., s. 20; Sebok, a.g.e., s. 180.

²⁷⁵ 22 Am. Jur. 2d Damages, s. 802; Dobbs, a.g.e., s. 319.

²⁷⁶ *“Cezalandırıcı tazminat açısından her zaman için safi haksız fiilin oluşumundan daha fazlası gereklidir. Kin, garaz gibi ağırlaştırıcı durumların var olması veya davalının aldatma kastıyla, şeytani saikle hareket etmesi ya da söz konusu eylemin diğerlerinin menfaatlerine karşı neredeyse kasti ya da sebepsiz olarak nitelendirilebilecek derecede bilinçli ve istemli bir ihlal oluşturması zorunludur. Bu elementleri içermediğinden dolayı safi ihmal halleri cezalandırıcı tazminat için yetersizdir...”* Bkz.: W. Page Keeton v.d., **Prosser and Keeton on Torts**, 5th ed., St. Paul (MN): West Group, 1984, s. 9-10.

²⁷⁷ Restatement (Second) of Torts § 908 (1979)

²⁷⁸ 22 Am. Jur. 2d Damages, s. 817-818; 25 C.J.S. Damages, s. 720; Dobbs, a.g.e., s. 319-320; Sebok, a.g.e., s. 181; Cezalandırıcı tazminat yaptırımının somut olaya uygunluğunun belirlenmesinde kötü niyet (malice) kavramının öne çıkarıldığı görülmektedir. Bu kavram, Amerikan hukukunda kastı hem yukarı hem de aşağı yönlü kapsayacak biçimde kullanılmaktadır. Failin zarar verici fiili ve sonuçlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi ya da bu noktadaki umursamazlığı/aldırışsızlığı bu

Yine bahse konu yaptırıma hedef olabilecek eylemi nitelemek için de muazzam derecede kötülük içeren, şoke edici, feci, kınanabilir gibi sıfatlar kullanılmaktadır.²⁷⁹ Hafif ihmallerde cezalandırıcı tazminat sorumluluğu asla gündeme gelmezken, neredeyse bilinçli bir aldırışsızlık içeren ağır ihmali fiillerde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmektedir.²⁸⁰ Failin kusurunun ağırlığı ve eylemin olumsuz nitelikleri bazen sunulan delillerden, bazen dava konusuz haksız fiil tipinin doğasından, bazen de davalının eylemi gerçekleştirirken takındığı baskıcı ve aşağılayıcı tutumundan anlaşılır.²⁸¹

b. Gerçek Zararın Varlığı Şartı

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için kural olarak mağdurun gerçek zararının, dolayısıyla öncelikle hükmedilecek bir telafi

kapsamdadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: P. J. Fitzgerald, **Salmond on Jurisprudence**, 12th ed., Sweet & Maxwell, London, 1966, s. 374; **Black's Law Dictionary**, s. 1042-1044; Cezalandırıcı tazminat yaptırımına izin verilen tüm eyaletlerde kast (intent) yeterli görülmektedir. Bkz.: Sebok, **a.g.e.**, s. 181. Restatement (Second) of Torts'ta kast, failin eylemin sonuçlarını isteyerek ya da sonucun öyle olacağını kesinlik derecesinde bilerek hareket etmesi olarak tanımlanmıştır. Bkz.: Restatement (second) of Torts. § 8A. Yine gereken kusur derecesini ifade etmek için sıkça kullanılan pervasızlık (*recklessness*), failin davaya sebep neticeyi istememesine rağmen göze alarak hareket etmesi anlamına gelmektedir. Bkz.: **Black's Law Dictionary**, s. 1385; Bu nitelendirmeler Türk hukukundaki kastı, ihmali kastı ve ağır ihmali kapsayan ağır kusur hallerine denk düşmektedir. Bkz.: Gül, **a.g.e.**, 243.

²⁷⁹ Sebok, **a.g.e.**, s. 181.

²⁸⁰ McCormick, **a.g.m.**, s. 134; **25 C.J.S. Damages**, s. 712-713; Dobbs, **a.g.e.**, s. 319-320; Cezalandırıcı tazminat sorumluluğu açısından gerekli kusura ilişkin şu derecelendirme kullanılabilir: (1) kötü niyetli (*malicious*) davranış (2) ağır ihmali aşan ancak kötü niyete varmayan davranış (3) ağır ihmali davranış. Eyaletlerin yarısından fazlasında 2. derece davranış yeterli görülmekte, diğerlerinden ise bazısında özellikle kötü niyet aranmakta bazısında ağır ihmali davranış kâfi kabul edilmektedir. Bkz.: Richard L. Blatt, Robert W. Hammesfahr, Lori S. Nugent, **Punitive Damages: A State-by-State Guide to Law and Practice**, Thomson West, 2008, s. 93 (Meurkens, **a.g.e.**, s. 63'ten naklen); Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi bakımından sınır ölçüt kabul edilen "ağır ihmali" eyaletlerin yaklaşımlarındaki farklılıkları gösterebilmek açısından da güzel bir referans noktasıdır. Örneğin Arkansas eyaletinde ne kadar ağır olursa olsun ihmalin cezalandırıcı tazminat için yeterli olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz.: "*Cezalandırıcı tazminat hükmünü desteklemesi için deliller, davalının sebepsiz yere zarara yol açacak şekilde davranmış olduğunu ya da davranışlarının sonuçlarına ilişkin, altında kötü niyet yatıyor denilebilecek kadar, bilinçli bir aldırışsızlık içinde davrandığını göstermelidir. Ne kadar ağır olursa olsun, ihmali cezalandırıcı tazminata sebep olmaz.*", Freeman v. Anderson, 279 Ark. 282, 651 S.W.2d 450 (Ark. 1983), s. 282. Aynı ölçüt, Massachusetts eyaletinde ise 18 milyon dolar tutarında bir cezalandırıcı tazminat için dahi yeterli kabul edilmektedir. Bkz.: Aleo v. SLB Toys USA, Inc., 466 Mass. 398, 2013 WL 4849097 (Mass. 2013): Dava, 29 yaşındaki bir kadının, davalı oyuncak şirketinin ürünlerinden olan bir şişme havuz kaydıracağından düşerek hayatını kaybetmesine ilişkindir. Ürüne dair ilgili mevzuatta belirtilen testlerin yaptırılmadığı ve kaydırığın gerekli asgari standartlara uygun olmadığından bahisle şirketin ağır ihmalinin bulunduğu tespit edilmiş; jüri, 2.640.000 dolar telafi tazminatının yanında 18 milyon dolar da cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.

²⁸¹ McCormick, **a.g.m.**, s. 134.

tazminatının bulunması gereklidir.²⁸² Bunun sebebi cezalandırıcı tazminat talep edilebilmesi için başlı başına bir dava sebebinin gerekliliği, davacının bir zarara uğramasının da bu türden dava sebepleri açısından bir nevi kurucu unsur oluşudur.²⁸³ Bununla birlikte kimi eyaletlerde hükmedilecek bir nominal tazminatın da bu ön şartı karşılayacağı ve cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için yeterli olacağı ifade edilmektedir.²⁸⁴ Nominal tazminatlara davacının herhangi bir zararı olmasa dahi haklılığının gösterilmesi için sembolik bir rakam olarak hükmedilebileceği gibi gerçek bir zararı bulunmasına rağmen davacı bunu ispatlayamadığı için de hükmedilebilir.²⁸⁵ Cezalandırıcı tazminata kapı aralaması açısından yeterli görülenin ise bu ikinci durum kapsamında hükmedilen nominal tazminatlar olduğu ifade edilmektedir.²⁸⁶

c. Kabul Edilen Delil Standardı

Amerikan hukukunda genel olarak kullanılan üç çeşit ispat standardı bulunmaktadır.²⁸⁷ Bunlardan ilki alelâde medeni yargılamalarda kullanılan “delillerin üstün gelmesi” ölçütü, ikincisi ceza yargılamalarında kullanılan “makul şüphenin ötesinde olma” ölçütü, üçüncüsü ise bu ikisinin arasında kalan “açık ve inandırıcı delil” ölçütüdür.²⁸⁸

“Delillerin üstün gelmesi” ölçütünde iddia sahibinin dava konusu vakanın yüzde elliye geçen bir ihtimalle gerçekleşmiş olabileceğini ispat etmesi yeterli görülmektedir.²⁸⁹

Masum birinin hüküm giymesinin, suçlu birinin serbest bırakılmasından çok daha vahim bir durum olduğu anlayışını temel alan “makul şüphenin ötesinde olma”

²⁸² 22 Am. Jur. 2d Damages, s. 795-798; 25 C.J.S. Damages, s. 713; Dobbs, a.g.e., s. 341.

²⁸³ 22 Am. Jur. 2d Damages, s. 796.

²⁸⁴ 22 Am. Jur. 2d Damages, s. 799; 25 C.J.S. Damages, s. 715.

²⁸⁵ Dobbs, a.g.e., s. 221-222.

²⁸⁶ Cinsel taciz haksız fiilinden kaynaklanan ve 1 dolarlık nominal tazminat ile birlikte 125 bin dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilen dava için Bkz.: Arizona v. Asarco Llc, 733 F.3d 882 (C.A.9 (Ariz.) 2013); Bazı eyaletlerde ise hükmedilen nominal tazminat, cezalandırıcı tazminat için yeterli görülmemektedir. Bkz.: Hopewell Enterprises, Inc. v. Trustmark Nat. Bank, 680 So.2d 812 (Miss. 1996)

²⁸⁷ Sebok, a.g.e., s. 184.

²⁸⁸ Black’s Law Dictionary, s. 636.

²⁸⁹ Paul C. Giannelli, Understanding Evidence, 3rd ed., LexisNexis, 2009, s. 47.

ispat ölçütüne göre mevcut deliller iddia edilen vakayı kesin ya da kesinliğe yakın bir derecede ispat etmelidir.²⁹⁰

“Açık ve inandırıcı delil” ispat ölçütüne göre ise mevcut deliller iddia edilen vakanın doğruluğunu yüksek ihtimalde göstermeli, maddi gerçekliğin o olduğuna dair jürinin ya da yargıcın zihninde güçlü bir inanç oluşturmalıdır.²⁹¹

Tarihsel olarak bakıldığında, cezalandırıcı tazminatın gündeme geldiği yargılamalar diğer medeni yargılamalardan ayrı tutulmamış ve bu yaptırıma hükmedilebilmesi, delillerin üstün gelmesi ispat ölçütüne tabi kılınmıştır.²⁹² Ancak sonraları, “açık ve inandırıcı delil” ölçütünün kabulüne doğru bir hareket başlamıştır.²⁹³ Bugün birçok eyalette cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi konuya ilişkin açık ve inandırıcı delillerin varlığına bağlıdır.²⁹⁴ Ceza yargılamalarında kullanılan “makul şüphenin ötesinde olma” ölçütü ise cezalandırıcı tazminat açısından sadece Colorado eyaletince benimsenmiştir.²⁹⁵

3. Cezalandırıcı Tazminata İlişkin Diğer Bazı Özellikler

a. Jüri ve Yargıçların Rolü

Amerikan hukukunda davacının cezalandırıcı tazminat talebinin kabul edilip edilmeyeceği, edilecekse de hükmedilecek miktarın hesaplanması jürinin, jürinin olmadığı yargılamalarda ise yargıçların takdirine bağlıdır.²⁹⁶ Yargıç, öncelikle uyuşmazlığın cezalandırıcı tazminat yaptırımına uygun olup olmadığına ve mevcut delillerin yeterliliğine dair bir değerlendirme yapar.²⁹⁷ Uygun görürse meseleyi cezalandırıcı tazminatın değerlendirilmesi açısından jüriye sunar.²⁹⁸ Jüri, yine de cezalandırıcı tazminata hükmedip hükmetmeme noktasında takdir hakkına

²⁹⁰ Giannelli, **a.g.e.**, s. 48.

²⁹¹ Masaki v. General Motors Corp., 71 Hawaii Reports (Haw.), 14 (1989); Sebok, **a.g.e.**, s. 184; Giannelli, **a.g.e.**, s. 47.

²⁹² Sebok, **a.g.e.**, s. 184.

²⁹³ Jane Mallor, Barry S. Roberts, “Punitive Damages: On the Path to A Principled Approach”, **Hastings Law Journal**, vol. 50, no. 4, 1999, s. 1006; Sebok, **a.g.e.**, s. 184.

²⁹⁴ Meurkens, **a.g.e.**, s. 63.

²⁹⁵ CO Rev Stat § 13-25-127 (2020)

²⁹⁶ **25 C.J.S. Damages**, s. 710-711; Sebok, **a.g.e.**, s. 180.

²⁹⁷ Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 20.

²⁹⁸ Meurkens, **a.g.e.**, s. 65.

sahiptir.²⁹⁹ Jürinin hükmettiği miktar, tazminatı azaltma ve dahası nihai karardan tamamen kaldırma yetkisi bulunan yargıç tarafından tekrar gözden geçirilir.³⁰⁰

b. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

Cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılan ölçütler bakımından da eyaletler arasında farklılıklar görülmektedir. Bu konuda sekiz farklı eyalette jüri ya da yargıçlara tam takdir yetkisi verilmiştir.³⁰¹ Örneğin Rhode Island, South Carolina ve Vermont eyaletlerinde bu yetki sınırsızdır.³⁰² Diğer bazı eyaletlerde ise çeşitli yaklaşımlarla jürinin takdir hakkı daraltılmaktadır. Mesela Maine eyaletinde jüriye takdir yetkisi tanınmakla beraber minimal de olsa rehber niteliğinde kurallar hatırlatılmaktadır.³⁰³

Kentucky, Louisiana, Minnesota, Mississippi, South Dakota ve Tennessee mahkemeleri de jürinin takdir yetkisini kısıtlamaktan kaçınmakta fakat, hükmedilecek miktarı hesaplarken göz önünde bulundurulması gereken faktörlerin detaylı bir listesini jüriye sunmaktadırlar.³⁰⁴ Bu eyaletlerden Kentucky, Minnesota ve Mississippi’de bu ölçütleri belirleyen kanuni düzenlemeler hayata geçirilmiş, diğerlerinde ise bu uygulama içtihatlarla geliştirilmiştir.³⁰⁵ Örneğin South Dakota eyaletinde jürinin geniş takdir yetkisi muhafaza edilmiş, ancak hükmün tekrardan gözden geçirilmesi gerekip gerekmediğine karar verebilmek için beş faktörlü bir test oluşturulmuştur: *Grynberg v. Citation Oil & Gas Corp.* davasında mahkeme, jürinin sınırsız takdir yetkisinin bulunduğunu vurgulamış, yargıçların ise hükmü tekrar

²⁹⁹ George L. Priest, “The Problem and Efforts to Understand It”, **Punitive Damages: How Juries Decide**, The University of Chicago Press, 2002, s. 11; Dobbs, **a.g.e.**, s. 314.

³⁰⁰ Frank August Schubert, **Introduction to Law and the Legal System**, 11th ed., Cengage Learning, 2014, s. 177.

³⁰¹ Sebok, **a.g.e.**, s. 185.

³⁰² Sebok, **a.g.e.**, s. 185.

³⁰³ „Maine’de cezalandırıcı tazminat hükmü, ağırlaştırıcı ve hafifletici tüm faktörleri dikkate aldıktan sonra karar vericinin takdirindedir...Dava konusu eylemin kasti, sorumsuzca, pervasızca ya da ağır ihmalle gerçekleştirilmesi ağırlaştırıcı faktörler olarak, davalının iyi niyeti, hükmedilecek cezalandırıcı tazminatı ödeyebilme kapasitesinin olmayışı, ya da hükmedilecek cezalandırıcı tazminatın toplumsal caydırıcılık sağlamayacağı izlenimi uyandıran herhangi bir faktör hafifletici etmenler olarak değerlendirilebilir.”, *Hanover Insurance Co. v. Hayward*, 464 A.2d 156, s. 159 (Me. 1983), s. 158.

³⁰⁴ Sebok, **a.g.e.**, s. 184.

³⁰⁵ Sebok, **a.g.e.**, s. 184.

gözden geçirirlerken dikkate almaları gereken şu ölçütleri sıralamıştır:³⁰⁶ (1) hükmedilen telafi tazminatı ile cezalandırıcı tazminat arasındaki oran; (2) haksız fiilin niteliği ve barındırdığı kötülük; (3) failin kastının derecesi; (4) davalının ekonomik durumu; (5) diğer ilgili faktörler.

Minnesota eyalet kanununun ilgili bölümünde ise cezalandırıcı tazminat hesaplanırken “...*haksız fiilin toplumun geneline zarar verme riski; davalının bu risk konusunda farkındalık seviyesi; davalının haksız fiil neticesinde elde ettiği menfaat; haksız eylemin devam ettiği ve gün yüzüne çıkışına kadar geçen süre; davalının haksız eyleminin gün yüzüne çıkarılması sürecindeki tavrı ve sürece katkıları; davalının ekonomik durumu; davalı aleyhine hükmedilecek telafi tazminatı ve diğer ceza hukuku yaptırımlarının miktarları...*” gibi faktörlerin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁷

Mississippi eyalet kanununda da ilgili faktörler: “...*davalının ekonomik durumu ve malvarlığı; haksız fiilin içeriği ve kınanabilirlik derecesi; davalının karşı tarafa verdiği zarar konusundaki farkındalık seviyesi ve bu doğrultudaki motivasyonu; haksız eylemin devam ettiği süre ve delillerden anlaşılan diğer hususlar...*” olarak sıralanmıştır.³⁰⁸ Keza Oregon eyaletinde de hükmedilecek cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler kanunlaştırılmıştır.³⁰⁹

Çeşitli eyaletlerin davalının ekonomik durumuna ilişkin delillere karşı yaklaşımına da değinmek gerekir. Davalının ekonomik durumu eyaletlerin genelinde cezalandırıcı tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak faktörlerden biri olarak değerlendirilirken, kimi eyaletler bu konuda bazı yasaklamalar getirmekte, kimilerinde ise bu faktör tazminat miktarının belirlenmesinde uygulanacak formülasyonun en kritik bileşeni olarak görülmektedir.³¹⁰ Colorado ve North Dakota’da cezalandırıcı tazminat hesaplanırken bu nevi delillerin göz önünde

³⁰⁶ Grynberg v. Citation Oil & Gas Corp. 573 N.W.2d 493, (S.D. 1997), s. 504-507.

³⁰⁷ MN Stat § 549.20 (2021)

³⁰⁸ MS Code § 11-1-65 (2020)

³⁰⁹ OR Rev Stat § 30.925 (2021)

³¹⁰ Sebok, **a.g.e.**, s. 186.

bulundurulması kanunen yasaktır.³¹¹ Iowa eyaletinde de davacı, cezalandırıcı tazminat talebini destekleyecek yeterli delil göstermedikçe davalının ekonomik durumuna dair bir araştırma talep edememektedir.³¹² California eyaletinde ise davalının servetinin tespit edilebilmesi cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için ön şart niteliğinde görülmekte ve davacıdan buna ilişkin delilleri mahkemeye sunması beklenmektedir.³¹³

c. Davalının Aynı Zamanda Bir Ceza Hukuku Yaptırımına Maruz Kaldığı Durumlar

Yukarıda cezalandırıcı tazminat sorumluluğu açısından değindiğimiz bedensel müdahale, bedensel müdahale tehdidi, hürriyeti tahdit gibi kasti haksız fiiller aynı zamanda bir ceza yargılamasına da konu olabilmektedirler.³¹⁴ Amerikan Anayasası V. değişikliğe ifade bulan çifte cezalandırma (*double jeopardy*) yasağına göre hiç kimse aynı eylemi dolayısıyla iki kez cezalandırılmaz.³¹⁵ Cezalandırıcı tazminatın ödetme ve caydırma gibi ceza hukuku yaptırımlarıyla özdeşleşen amaçlara yöneliyor oluşu, kurumun çifte cezalandırma yasağını ihlal ettiğine ilişkin eleştirilere sebebiyet vermektedir.³¹⁶ Ancak bu yaptırıma izin veren eyaletlerin büyük bir çoğunluğunda failin böylesi bir ceza yargılamasına ve hatta bunun sonucunda bir ceza hukuku yaptırımına maruz kalmış olması, cezalandırıcı tazminata

³¹¹ CO Rev Stat § 13-21-102 (2020); N.D. Cent. Code § 32-03.2-11(3) (2021)

³¹² IA Code § 668A.1 (2021)

³¹³ Adams v Murakami, 813 P.2d 1348 (Cal. 1991); İlgili kararın detaylı bir incelemesi için Bkz.: Barbara Eckert Buchanan, “Comment, New Limits, New Licenses: The Impact of Adams v. Murakami on the California Punitive Damages System”, **Santa Clara Law Review**, vol. 33, no. 3, 1993, s. 735-763.

³¹⁴ Meurkens, **a.g.e.**, s. 71.

³¹⁵ “Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılmayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmayacaktır.”, Bkz.: (Çevrimiçi), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, 12 Mayıs 2023.

³¹⁶ Konu hakkında Bkz.: Morris, **a.g.m.**, s. 1195-1198; Barbara J. Shander, “Punitive Damages- Addressing the Constitutionality of Punitive Damages in the Third Circuit”, **Villanova Law Review**, vol. 39, no. 4, 1994, s. 1111-1113; Sebok, **a.g.e.**, s. 175.

hükmedilebilmesi bakımından bir engel olarak görülmemekte, sadece tazminat miktarının belirlenmesinde hafifletici bir sebep olarak değerlendirilmektedir.³¹⁷

4. Cezalandırıcı Tazminata İlişkin Eleştiriler ve Getirilen Sınırlamalar

Cezalandırıcı tazminat kurumu Amerika’da da eleştirilerden münezzeh olmamıştır. Doktrinde kurumu hedef alan eleştiriler bu tazminat türünün kamu hukuku-özel hukuk ayrımını bulanıklaştırdığı, davalının ceza yargılamasına hâkim olan usuli teminatlardan yoksun kaldığı, yaptırımın davacı için bir talih kuşu oluşu, tazminat miktarlarının aşırılığı ve öngörülemezliği gibi noktalarda toplanmıştır.³¹⁸ İngiliz doktrinindekilerle paralel olan bu eleştirileri tekrara mahal vermemek adına incelemiyoruz. Ancak İngiliz uygulamasının aksine bu eleştirilerin Amerikan hukukunda kısmen de olsa karşılık bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Daha önce de değindiğimiz gibi bugün birçok eyalette cezalandırıcı tazminat açısından daha ağır bir ispat ölçütü olan açık ve inandırıcı delil aranmaktadır. Keza yine kimi eyaletlerde “belki cezalandırıcı tazminata hak kazanırım” düşüncesiyle açılan ciddiyetsiz davaların önüne geçmek, tazminatın davacı için bir talih kuşu olmasını engellemek, devlete ek gelir sağlamak gibi çeşitli amaçlarla, hükmedilen cezalandırıcı tazminatların bir kısmının devlete ödeneceği kurala bağlanmıştır.³¹⁹ Örneğin Oregon’da hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının %70’inin belirli eyalet fonlarına ödeneceği kanunla sabittir.³²⁰ Georgia, Indiana ve Iowa’da ise bu oran %75’tir.³²¹

³¹⁷ Bkz.: N.D. Cent. Code § 32-03.2-11(5) (2021); OR Rev Stat § 30.925 (2021); Az sayıda da olsa çifte cezalandırma yasağının cezalandırıcı tazminat yaptırımına engel olacağının kabul edildiği eyaletler de vardır. Bkz.: Eddy v McGinnis, 523 N.E.2d 737, 740 (Ind. 1988).

³¹⁸ Howard A. Hartman, “Exemplary Damages a Deformity in our Law”, **Marquette Law Review**, vol. 2, no. 2, 1918, s. 60 vd.; Doug Rendleman, “Common Law Punitive Damages: Something for Everyone”, **University of St. Thomas Law Journal**, vol. 7, no. 1, 2009, s. 2 vd.; James A. Henderson Jr., “The Impropriety of Punitive Damages In Mass Torts”, **Georgia Law Review**, vol. 52, no. 3, 2018, s. 745 vd.; Koziol, **a.g.m.**, s. 751 vd.

³¹⁹ Sebok, **a.g.e.**, s. 177.

³²⁰ OR Rev Stat § 31.735 (2021)

³²¹ Ind. Code Ann. IN Code § 34-51-3-6 (2021); GA Code § 51-12-5.1 (2020); IA Code § 668A.1 (2021)

Hükmedilen cezalandırıcı tazminatlara ilişkin aşırılık ve öngörülemezlik noktasındaki tartışmalar ve bunun Amerikan pozitif hukukuna etkileri hususunda ise ayrı bir başlık açmak isabetli olacaktır. Zira 90'lı yıllardan itibaren, hükmedilen fahiş tazminatlar sebebiyle cezalandırıcı tazminatların Amerikan Anayasası'na uygunluğu konusunda tartışmalar başlamış; Amerikan Yüksek Mahkemesi, alt derece federal mahkemeler, eyalet mahkemeleri ve kanun yapıcılar hem bu yaptırımın uygulanma sıklığını hem de miktarları sınırlandırabilmek adına önemli adımlar atmışlardır.³²²

a. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin “Cezalandırıcı Tazminatın Anayasal Sınırları” Konusunda İncelemeleri

1980'lerin sonlarına doğru Amerikan Yüksek Mahkemesi, federal anayasanın cezalandırıcı tazminatı sınırlandırıp sınırlandırmadığı hususunda kararlar vermeye, bazı alt derece mahkeme kararlarını anayasaya uygunluk açısından değerlendirmeye

³²² Jessica J. Berch, “The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union”, **Minnesota Journal of International Law**, vol. 19, no. 1, 2010, s. 62; Bununla birlikte fahiş cezalandırıcı tazminat kararlarının çok sık rastlanır bir durum olmadığını, dünya medyasında yer alan belli başlı davaların böyle bir algıya sebebiyet verdiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: Sebok, **a.g.e.**, s. 156 vd; Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 27; Jennifer K. Robbennolt, “Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform”, **Buffalo Law Review**, vol. 50, no. 1, 2002, s. 159 vd.; David Luban, “A Flawed Case against Punitive Damages”, **Georgetown Law Journal**, vol. 87, no. 2, 1998, s. 360 vd.; Amerika'nın en kalabalık 75 ilçesindeki (*county*) mahkemelerin 2001 yılı içerisinde verdikleri kararlarının incelendiği bir çalışmada şu sonuçlar elde edilmiştir: İncelenen 11.908 medeni yargılamanın 6.504 tanesini davacı taraf kazanmıştır. Davacı tarafın kazandığı 6.504 davanın 356'sında (%6) cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Cezalandırıcı tazminata hükmedilen 356 kararın %39'unda cezalandırıcı tazminat miktarı, telafi tazminat miktarından fazladır. Bu kararların 34 tanesinde cezalandırıcı tazminat miktarı telafi tazminat miktarının 4 katından da fazladır. Bu 34 cezalandırıcı tazminat hükmünün medyanı ise 40 bin dolar olarak belirlenmiştir. Cezalandırıcı tazminata hükmedilen tüm kararlar arasında jürinin hükmettiklerinde medyan 50 bin dolar, yargıçların hükmettiklerinde ise medyan 40 bin dolar olarak tespit edilmiştir. Araştırma sonuçları için Bkz.: T. H. Cohen, **Punitive Damages Awards in Large Counties**, U.S. Dep't of Justice, Doc. No. NCJ-208445, 2005; Aynı araştırmacının derlediği 2005 yılı eyalet mahkemeleri verilerine göre ise: İncelenen 24.929 sivil yargılamadan 14.550 tanesini davacı taraf kazanmıştır. Bu 14.550 davanın 700'ünde (%5) cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Telafi tazminatı ve cezalandırıcı tazminata birlikte hükmedilen 632 karardan 351 tanesinde (%55) cezalandırıcı tazminat miktarı telafi tazminat miktarından fazladır. Bu kararlardan 151'inde ise cezalandırıcı tazminat miktarı telafi tazminat miktarının 3 katından da fazladır. Bu 151 cezalandırıcı tazminat hükmünün medyanı ise 352 bin dolar olarak belirlenmiştir. Araştırma sonuçları için Bkz.: T. H. Cohen, Kyle Harbacek, **Punitive Damages Awards in State Courts**, U. S. Dep't of Justice, Doc. No. NCJ-233094, 2011; 1991, 1992 ve 1996 takvim yıllarında tutulmuş istatistiksel verileri derleyen bir başka ampirik çalışmada ise şu sonuçlara varılmıştır: İncelenen 8724 mahkeme kararının 176'sında cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Bu cezalandırıcı tazminat kararlarının 121'i yargıçlar, 55'i ise jüri tarafından verilmiştir. Jürinin verdiği kararlarda ortalama telafi tazminatı: cezalandırıcı tazminat oranı 0, 945 iken, yargıçların verdiği kararlarda bu oran 0, 931 olarak tespit edilmiştir. Araştırma sonuçları için Bkz.: Theodore Eisenberg et. al., “Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study”, **Cornell Law Faculty Publications**, no. 372, 2002.

başlamıştır.³²³ Bu denetimlerin temel dayanağı ise Amerikan Anayasası V. Değişiklik'te federal devlet için, XIV. Değişiklik'te³²⁴ ise eyaletler açısından öngörülen “*due process*” ilkesidir.³²⁵ *Due process*, vatandaşların muhatap olacakları tüm yasal süreçlerin temel hukuk kurallarına uygun ve adil olacağının, devletin keyfi olarak bir kimseyi yaşama hakkından, mülkiyet hakkından ve sair özgürlüklerinden yoksun bırakamayacağının ifadesi olan bir hukuk prensibidir.³²⁶ İlke, cezalandırıcı tazminat bakımından davalıya hem usul hukukuna hem de maddi hukuka ilişkin güvenceler oluşturmaktadır.³²⁷ *Maddi due process* hükmedilebilecek cezalandırıcı tazminat miktarını limitleyerek davalıyı fahiş tazminatlardan korurken; *usuli due process*, cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılacak yöntemleri sınırlandırır ve yapılacak hesaplamada makul faktörlerin göz önünde bulundurulmasını sağlar.³²⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında daha ziyade *usuli due process*'e öncelik tanımış, tazminat miktarlarına keskin limitler getirmekten mümkün olduğunca kaçınmış, daha ziyade hesaplanmasında dikkate alınması icap eden faktörler üzerinde durmuştur.³²⁹

Bu bağlamda ele alınacak ilk dava *BFI, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*³³⁰ davasıdır. Bir atık yönetim şirketi olan Kelco Disposal, Inc., 1984 yılında bir diğer atık yönetim şirketi Browning-Ferris Industries, Inc.'i kartelleşme faaliyetlerinde bulunduğu ve hukuka aykırı olarak başkalarının sözleşmesel ilişkilerine karışma

³²³ Benjamin J. McMichael, “Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications”, **Vanderbilt Law Review**, vol. 66, no. 3, 2013, s. 963.

³²⁴ “Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler’in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak ve hiçbir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır.”, Bkz.: (Çevrimiçi), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, 12 Mayıs 2023.

³²⁵ Ekşi, **a.g.e.**, s. 628; Berch, **a.g.m.**, s. 63.

³²⁶ **Black’s Law Dictionary**, s. 575.

³²⁷ Robert E. Riggs, “Constitutionalizing Punitive Damages: The Limits of Due Process”, **Ohio State Law Journal**, vol. 52, no. 3, 1991, s. 868 vd.; Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 30.

³²⁸ Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 30.

³²⁹ William Schubert, **Simplifying Punitive Damages in the U.S.: Due Process and the Pursuit of Manageable Awards and Procedures**, Loyola University Chicago School of Law, 2010, s. 2-3, (Çevrimiçi), <https://silo.tips/download/simplifying-punitive-damages-in-the-us-due-process-and-the-pursuit-of-manageable>, 17 Mayıs 2023; Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin konuya ilişkin incelemelerini *maddi due process*’e dayandırmaktan mümkün olduğunca imtina ettiği ve bu çekincenin sebepleri hakkında ayrıca Bkz.: Colby, **Due Process**, s. 400 vd.

³³⁰ *BFI, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989)

haksız fiilini işlediği iddiasıyla dava etmiş; dava sonucunda jüri, Browning firmasını 51 bin dolar telafi tazminatı ile 6 milyon dolar cezalandırıcı tazminata mahkûm etmiştir. Browning şirketi, 1989 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda hükmün Amerikan Anayasası VIII. Değişiklik'te getirilen aşırı ceza öngörülememesi kuralına uygunluk açısından değerlendirilmesini istemiştir.³³¹ Mahkeme, ilgili kuralın ceza hukukuna ilişkin olduğu ve sadece devlete ödenecek cezaları kapsadığı, cezalandırıcı tazminatın ise özel hukuktan kaynaklanan bir yaptırım olduğu ve davacı tarafa ödendiği gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bununla birlikte mahkeme, cezalandırıcı tazminatların sınırlandırılması noktasında XIV. Değişiklik'te öngörülen *due process* ilkesinin kullanılabileceğine dair açık kapı bırakmış, fakat taraflar alt derece mahkemelerinde bu yönde talepte bulunmadığı için bu incelemeyi resen yapmamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi cezalandırıcı tazminatın *due process* ilkesine uygunluğu açısından ilk incelemeyi ise 1991 yılında *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip*³³² davasında yapmıştır. Cleopatra Haslip, sigortalısı olduğu Pacific Mutual Life şirketine sağlık giderlerini karşılamadığı gerekçesiyle dolandırıcılık haksız fiiline dayanan bir dava açmış; davada 200 bin dolar telafi tazminatının yanı sıra 840 bin dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Alabama Temyiz Mahkemesi'nce de onanan bu hüküm, davalı tarafından *due process* ilkesini ihlal ettiği iddiasıyla Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne götürülmüştür. Yüksek Mahkeme yaptığı incelemede, tamamen jürinin takdirinde ve üst sınırı olmayan bu tazminatların anayasal açıdan sorun yaratma ihtimali bulunduğunu kabul etmekle birlikte, somut olaydaki miktarın bu nitelikte olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, ilgili miktarın hesap edilmesinde objektif kriterler kullanıldığını tespit etmiş, fakat anayasaya uygun olan-olmayan miktarlar arasında her olaya uygulanabilecek matematiksel bir ayırım yapılamayacağını belirtmiştir.

³³¹ “Çok yüksek kefalet istenmeyecek, aşırı para cezaları konmayacak, insafsız ve olağandışı cezalar verilmeyecektir.”, Bkz.: (Çevrimiçi), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, 12 Mayıs 2023.

³³² Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991)

Konuya ilişkin bir diğerk önemli karar ise *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*³³³ davasında verilmiştir. TXO şirketi, bazı yeraltı kaynaklarının kullanım hakkına dair anlaşma yaptığı Alliance şirketiyle arasında vuku bulan uyuşmazlık sonrası kötü niyet davası açmış, Alliance şirketi ise bu davaya iftira haksız fiiline dayanan bir karşı dava ile cevap vermiştir. Süreç sonunda TXO aleyhine hükmedilen 19 bin dolar telafi tazminatı ve 10 milyon dolar cezalandırıcı tazminat eyalet yüksek mahkemesince onanmıştır. TXO şirketinin avukatları, hükmün *due process* ilkesini ihlal ettiği iddiasıyla Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Tazminat miktarının fahiş olduğunu belirten TXO yetkilileri, mahkemeye incelemesinde yardımcı olacak bir dizi kriter önerisi sunmuşlardır. Mahkemenin incelemeyi yaparken, “(1) aynı yetki alanında verilen diğerk cezalandırıcı tazminat miktarlarını; (2) farklı yetki alanlarında aynı neviden uyuşmazlıklarda verilen cezalandırıcı tazminat miktarlarını; (3) benzer vakalar açısından yasalarla belirlenen ceza miktarlarını; (4) daha önceki kararlarda hükmedilen telafi tazminatı miktarı:cezalandırıcı tazminat miktarı oranını” göz önünde bulundurmasını öneren teklif reddedilmiştir. Mahkeme, Haslip kararındakine benzer bir yaklaşımla eyalet mahkemesince miktarın hesaplanmasında kullanılan ölçütlerin objektif olduğunu belirtmiş; *due process* ilkesinin ihlalinden söz edebilmek için tazminat miktarının aşırı derecede fazla olması gerektiğini ifade etmiş; fakat “aşırı derecede fazla” ifadesini detaylandırarak matematiksel bir açıklamadan kaçınmıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1994'te verdiği kararda bir başka kararda ise Oregon eyaletinde jüri kararının yargıçlarca gözden geçirilmesini yasaklayan eyalet anayasası hükmünün *due process* ilkesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.³³⁴ Olayda Oberg, Honda marka üç tekerlekli bir motosikletle kaza yapmış, sonrasında aracın dizaynının hatalı olduğu gerekçesiyle üreticiyi dava etmiş, 700 bin dolar telafi tazminatı ve 5 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Eyalet yüksek mahkemelerince onanan karar, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından

³³³ TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993)

³³⁴ Honda Motor Co. v. Oberg, 512 U.S. 415 (1994)

değindiğimiz gerekçeyle bozularak tekrar eyalet yüksek mahkemesine gönderilmiş, bu mahkeme ise kararda bir değişiklik yapmamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu hususta verdiği en önemli karar ise 1996 yılına ait *BMW of North America, Inc. v. Gore*³³⁵ kararıdır. Dr. Gore, 1990 yılında Alabama'daki yetkili satıcıdan sıfır kilometre bir BMW araç satın almış, devamında ise aracının boyalı olduğunu anlamıştır. Sonrasında BMW'nin şirket politikası gereği satış öncesi araç bedelinin %3'ü tutarını aşmayan tamir işlemlerini müşterilerine bildirmediği; Almanya'daki fabrikadan gelirken asit yağmuruna maruz kalan 938 aracın, boyanarak satışa sunulduğu ortaya çıkmıştır. Yapılan yargılama sonucunda jüri, 4 bin dolar telafi tazminatı ve 4 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Eyalet yüksek mahkemesince 2 milyon dolara indirilen cezalandırıcı tazminat, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce yapılan incelemede yine de aşırı derecede yüksek bulunmuş ve ilgili kararın *due process* ilkesini ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Mahkeme, kararında cezalandırıcı tazminatların aşırı derecede yüksek olup olmadığının belirlenmesinde rehber olacak üç ölçüte işaret etmiştir:

(1) Cezalandırılacak fiilin kınanabilirlik derecesi,³³⁶

(2) Hükmedilen telafi tazminatı miktarı ile cezalandırıcı tazminat miktarı arasındaki orantı,³³⁷

(3) İlgili eyalette benzer eylemler için öngörölmüş diğer özel hukuk yahut ceza hukuku yaptırımlarının miktarları.³³⁸

³³⁵ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

³³⁶ Mahkeme, bu ölçütü hükmedilen tazminatın makul olup olmadığının tespitinde en önemli kriter olarak nitelendirmiş ve bir eylemin kınanabilirlik derecesinin belirlenmesinde şu hususların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir: “meydana gelen zararın fiziksel mi yoksa safi ekonomik mi olduğu; haksız eylemin diğer kimselerin sağlığına ve güvenliğine karşı da bir ihlal niteliğinde olup olmadığı; mağdurun finansal kırılganlığı; haksız eylemin tekrar eden bir eylem mi yoksa tekil bir olay mı olduğu; failin kusurunun derecesi (kötü niyet kastıyla (*intentional malice*) gerçekleştirilen eylemlerin kınanabilirlik derecesi daha yüksekken, hafif ihmale doğru gidildikçe bu derece de azalır.)” Mahkeme bu kriterlere göre yaptığı değerlendirme sonrasında davalının eyleminin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilecek derecede kınanabilir olduğunu, hatta belki cüzi bir cezalandırıcı tazminatı da gerektirdiğini fakat bu rakamın 2 milyon dolar olmadığını ifade etmiştir. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), s. 575-580.

³³⁷ Jüri, telafi tazminatı miktarı olan 4 bin doları, firmanın boyalı olarak sattığı araç sayısı (938) çarparak 4 milyon dolarlık tazminata hükmetmiştir. Mahkeme tarafından 2 milyon dolara indirilen cezalandırıcı tazminat sonrası 1:500 olan oran Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce makul bulunmamıştır. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), s. 582.

Devamında ise Alabama Yüksek Mahkemesi cezalandırıcı tazminat miktarını 50 bin dolar olarak revize etmiştir.³³⁹

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin fahiş cezalandırıcı tazminat hükmünün anayasallık denetimini yaptığı bir başka önemli dava da *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*³⁴⁰ davasıdır. Campbell, karşı taraftan bir kişinin öldüğü, diğer bir kişinin ise yaralandığı bir trafik kazasına karışmıştır. Kazadan doğan 50 bin dolarlık sorumluluğunu yerine getirmesi için sigortalısı olduğu State Farm şirketine başvuran Campbell, şirket tarafından kazanın karşı tarafını dava etmek üzere ikna edilmiştir. Dava sürecinin sonunda mahkeme, sorumluluk bedelini 150 bin dolara çıkarmıştır. Bunun üzerine Campbell kötü niyet, dolandırıcılık ve kasten duygusal strese sebebiyet verme gerekçeleriyle sigorta şirketini dava etmiştir. Bu dava sonucunda ise jüri, 2,6 milyon dolar telafi tazminatı ile 145 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiş, mahkeme tarafından sırasıyla 1 milyon dolar ve 25 milyon dolara indirilen tazminatlar eyalet yüksek mahkemesince tekrar gözden geçirilmiş ve cezalandırıcı tazminat eski miktarına geri yükseltilmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, hükmü Gore kriterlerine göre incelemiş ve anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin özellikle ikinci kriter olan telafi tazminatı:cezalandırıcı tazminat oranı hakkında açıklamaları önemlidir. Zira hâlâ net bir ölçüt getirmemekle birlikte, ilk kez matematiksel olarak makul olan oran hakkında görüş bildirilmiştir.³⁴¹

“Kesin olarak makul bir orandan bahsetmeyi bir kez daha reddediyoruz. Ancak pratikte karşılaştığımız ve due process’i ihlal etmediğini düşündüğümüz kararların pek azı tek haneli bir oranı aşıyor (1:9) ... 700 yılı aşan hukuk tarihimizde iki, üç, dört misli tazminatlar faili cezalandırmak ve caydırmak için kullanıldı. Bu oranlar bağlayıcı olmamakla birlikte yol göstericidirler. Bu tazminatlardan şunu çıkarabiliriz ki tek haneli bir

³³⁸ Mahkeme, Alabama eyalet kanunlarında BMW'nin haksız fiilinin benzerlerine karşılık verilen para cezasının 2 bin dolar; diğer eyaletlerde ise maksimum 10 bin dolar olarak belirlendiğini tespit etmiş; 10 bin dolarlık ceza referans alınsa bile bunun 200 katı olan cezalandırıcı tazminat miktarının fahiş olduğunu yinelemiştir. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), s. 584.

³³⁹ Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 35.

³⁴⁰ *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003)

³⁴¹ *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003), s. 425.

oranın ödetme ve caydırma fonksiyonlarını yerine getirirken due process ilkesini ihlal etmemesi daha yüksek ihtimaldir.”

Mahkemenin işaret ettiği bu oranlar bağlayıcı olmamakla birlikte bu karardan sonra hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarlarını etkilediği ifade edilmektedir.³⁴² Bu hususta mahkemenin dikkat çektiği bir başka nokta da telafi tazminatının çok düşük miktarda olduğu durumlarda tek hane orantısının esnetilebileceğidir.³⁴³ Yani telafi tazminatı miktarı arttıkça oranın tek hanelerde kalması, bu miktarın düşük olduğu durumlarda ise tersinin yapılması daha uygun olacaktır.

b. Alt Derece Federal Mahkemeler ve Eyalet Mahkemelerinin Cezalandırıcı Tazminatın Sınırlandırılmasına Yönelik Adımları

Fahiş cezalandırıcı tazminatların Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmeye başlanmasından da önce eyalet mahkemelerinin bu tazminatları sınırlandırmak adına girişimleri bulunmaktaydı.³⁴⁴ Özellikle cezalandırıcı tazminat miktarının telafi tazminatına oranının makul bir seviyede olması gerektiğine dair ifadelerin yer aldığı kararlar verilmekteydi.³⁴⁵ Bu mahkemeler uyguladıkları kısıtlayıcı yaklaşımı ise eyalet anayasalarına dayandırmaktaydılar.³⁴⁶ BERCH, eyalet mahkemelerinin cezalandırıcı tazminat hükümlerinin sıklığını ve miktarlarını azaltmak için üç yöntem uyguladıklarını tespit etmiştir:³⁴⁷

Bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminata ancak kanunda özel olarak öngörülümüşse müsaade edilmektedir. Bu eyaletlerdeki mahkemeler içtihatlarla böyle bir yöntem geliştirmiştir. Bir başka yöntem ise daha önce de değindiğimiz ağır delil standardı uygulamasıdır. Bugün birçok eyalette alelade hukuk yargılamalarında olduğu gibi “delillerin üstün gelmesi” ispat ölçütü değil, “açık ve inandırıcı delil” ispat ölçütü kullanılmaktadır. Eyalet mahkemelerinin içtihatları ile geliştirilen bir

³⁴² David E. Rapoport, Paul D. Richter, **Punitive Damages After State Farm v. Campbell: The First Year**, 2004, (Çevrimiçi), <https://studylib.net/doc/8364552/punitive-damages-after-state-farm-v.-campbell--the>, 12 Mayıs 2023.

³⁴³ State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, s. 425.

³⁴⁴ Berch, **a.g.m.**, s. 70.

³⁴⁵ Dobbs, **a.g.e.**, s. 343; Berch, **a.g.m.**, s. 70.

³⁴⁶ Berch, **a.g.m.**, s. 70.

³⁴⁷ Berch, **a.g.m.**, s. 71 vd.

başka yöntem ise yine daha önce değindiğimiz, davalının maddi durumunun tazminatı belirlemede ölçüt olarak kullanılmasıdır. Bazı eyaletlerde davacının, davalının ekonomik durumuna dair belgeler sunmasına müsaade edilmekte, hatta bazen zorunlu tutulmakta, böylece jürinin ya da yargıçların davalıyı cezalandıracak minimum miktarı kararlaştırabilmesine olanak sağlanmaktadır.

c. Kongre ve Eyalet Kanun Yapıcılarının Cezalandırıcı Tazminatın Sınırlandırılmasına Yönelik Adımları

Bu süreçte fahiş cezalandırıcı tazminatların önlenmesi ve jürilerin konudaki geniş takdir hakkının daraltılması adına kanun yapıcıların da somut adımlar attığı görülmektedir.³⁴⁸ *Common law* kökenli bu yaptırıma dair türlü hükümler ihtiva eden birçok yasa yürürlüğe konulmuştur. Bunların bazılarında, öngörüldükleri konuda hükmedilecek cezalandırıcı tazminata özel bir sınırlama getirilmezken,³⁴⁹ bazılarında belirli haksız fiil tiplerinde cezalandırıcı tazminat yaptırımına karar verilemeyeceği hüküm altına alınmış,³⁵⁰ bazılarında ise çerçeve bir tanımla anılan yaptırıma konu olacak fiillerin özelliklerinden bahsedilmiştir.³⁵¹

Cezalandırıcı tazminat yaptırımına izin veren bazı eyaletlerde genel kurala istisna olarak tazminat miktarlarına sınırlamalar getiren yasal hükümler yürürlüğe sokulmuştur. Yasa koyucuların bu doğrultuda iki yöntem izledikleri göze çarpmaktadır.³⁵² Kimi eyalet yasalarında izin verilen cezalandırıcı tazminat miktarı telafi tazminatının belirli bir katıyla sınırlandırılmışken, bazı eyaletlerde bu sınır doğrudan bir parasal tutar olarak belirlenmiştir.³⁵³ Çoğunlukla bu iki yöntem karma olarak kullanılmıştır. Bugün 20 eyalette hükmedilecek cezalandırıcı tazminat

³⁴⁸ Berch, **a.g.m.**, s. 73.

³⁴⁹ 25 U.S.C. § 305e(b) (2019): “*Mahkeme, a bendinde öngörülenlere ek olarak, cezalandırıcı tazminata, dava masraflarına ve makul bir avukatlık ücretine de hükmedebilir.*” Ancak kanunun böyle bir serbesti tanınması, mahkemenin ilgili hükümlerin yorumundan, içtihatlardan ve anayasal dayanaklardan faydalanarak jürinin hükmedeceği cezalandırıcı tazminata sınırlandırmalar getiremeyeceği anlamına gelmemektedir. Bkz.: Berch, **a.g.m.**, s. 73, dn. 90.

³⁵⁰ Örneğin Illionis eyaletinde tıbbi kötü uygulamadan kaynaklanan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilememektedir. 735 ILCS 5/2-1115 (2021)

³⁵¹ “...eğer ihlal kasten, isteyerek, iyi niyet olmadan gerçekleştirilirse mahkeme masrafları ve uygun avukatlık ücretiyle birlikte cezalandırıcı tazminata da hükmedilebilir.”, 15 U.S.C. § 78u(h)(7)(a)(iii) (2019)

³⁵² Berch, **a.g.m.**, s. 74.

³⁵³ Berch, **a.g.m.**, s. 74.

miktarlarına sınırlar çizen çeşitli kanunlar yürürlüktedir.³⁵⁴ Örneğin Virginia'da cezalandırıcı tazminat miktarı 350 bin doları aşamazken,³⁵⁵ Colorado'da üst sınır hükmedilen telafi tazminatı miktarına eşit olacak şekilde düzenlenmiştir.³⁵⁶ Idaho'da ise hükmedilecek cezalandırıcı tazminatın, telafi tazminatının 3 katı ya da 250 bin dolardan hangisi daha yüksekse o miktarı aşamayacağı kanunla sabittir.³⁵⁷

Yine Kongre tarafından yürürlüğe konulan kimi federal kanunlarda da cezalandırıcı tazminat miktarlarını sınırlandıran hükümler dikkat çekmektedir.³⁵⁸ Mesela, işe alımda kasti ayrımcılıktan doğan uyuşmazlıklarda hükmedilecek cezalandırıcı tazminat miktarı, her biri en az 20 haftadır çalışan 14'ten fazla 101'den az işçi istihdam eden işverenler için 50 bin dolar, 100'den fazla 201'den az işçi istihdam edenler için 100 bin dolar, 200'den çok 501'den az işçi istihdam edenler için 200 bin dolar ve nihayet 500'den fazla işçi istihdam eden işverenler için 300 bin dolarla sınırlandırılmıştır.³⁵⁹

³⁵⁴ Alabama (AL Code § 6-11-21 (2021)), Alaska (AK Stat § 09.17.020 (2020)), Colorado (CO Rev Stat § 13-21-203 (2020)), Florida (FL Stat § 768.73 (2021)), Georgia (GA Code § 51-12-5.1 (2020)), Idaho (ID Code § 6-1604 (2021)), Indiana (IN Code § 34-51-3-4 (2021)), Kansas (KS Stat § 60-3701 (2021)), Mississippi (MS Code § 11-1-65 (2020)), Montana (MT Code § 27-1-220 (2021)), Nevada (NV Rev Stat § 42.005 (2021)), New Jersey (NJ Rev Stat § 2A:15-5.14 (2021)), North Carolina (NC Gen Stat § 1D-25 (2021)), Ohio (Ohio Rev Code § 2315.21 (2021)), South Carolina (SC Code § 15-32-530 (2020)), Tennessee (TN Code § 29-39-104 (2020)), Texas (TX Civ Prac & Rem Code § 41.008 (2021)), Virginia (VA Code § 8.01-38.1 (2021)), West Virginia (WV Code § 55-7-29 (2021)), Wisconsin (WI Stat § 895.043 (2021))

³⁵⁵ VA Code § 8.01-38.1 (2021)

³⁵⁶ CO Rev Stat § 13-21-203 (2020)

³⁵⁷ ID Code § 6-1604 (2021)

³⁵⁸ Berch, **a.g.m.**, s. 77.

³⁵⁹ 42 U.S.C. § 1981a (2019)

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA CEZALANDIRMA DÜŞÜNCESİ: CEZALANDIRICI TAZMİNAT BENZERİ YAPTIRIMLAR

I. Genel Olarak

Tezimizin asıl konusuna eğilmeden, bir başka ifadeyle çalışmamızın çıkış sorusuna yanıt vermeden önce son olarak tazminat kurumunun Türk mevzuatında düzenleniş biçimi ve kavramın Türk öğretisinde geleneksel olarak ele alınış yöntemi üzerinde de durulması gerekmektedir. Zira yabancı mahkemelerin verdiği kararların tenfizi noktasında en önemli hususlardan birisi de ilgili mahkeme hükmünün Türkiye’de sonuç doğurmasına izin verilmesi hâlinde kamu düzenine yapacağı etkidir. Kamu düzeninin önemli bileşenlerinden birini ise hukuk sistemine hâkim temel anlayış ve genel prensipler oluşturmaktadır.³⁶⁰ Yukarıda detaylıca ele aldığımız cezalandırıcı tazminat yaptırımının altında yatan anlayışın da Türk tazminat hukuku temel prensipleriyle ne derecede uyumlu olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Birinci bölümünde ele aldığımız ülkelerde olduğunun aksine, Türk sorumluluk hukukunda “tazminat” kavramı, özünde tek bir anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Kaldı ki bu kullanım, kavramın sözlük anlamıyla da uyumludur.³⁶¹ Bundan dolayı da öğretide bu terimin önüne cezalandırıcı, telafi edici vs. işlevlerine ilişkin bir sıfat eklenmesi ihtiyacı doğmamış; konudaki en meşhur ayrım, yaptırımla giderilen zararların niteliği bakımından yapılan maddi-manevi tazminat ayrımı olmuştur. Önemle belirtmek lazım gelir ki biz yalnızca “tazminat” ifadesini kullandığımızda maddi tazminatı, yalnızca “zarar” ifadesini kullandığımızda maddi zararı kastedecek, manevi zarar ve manevi tazminatı ise aşağıda ayrı bir başlıkta ele alacağız.

Tazminat kurumuna ilişkin genel hükümlerden başlanarak, esasen hangi uyuşmazlıklarda tazminat yaptırımının söz konusu olduğunun ve tazminat miktarının

³⁶⁰ Ekşi, **a.g.e.**, s. 530.

³⁶¹ Türk Dil Kurumu, tazminat kelimesini “*Zarar karşılığı ödenen para, ödence.*” şeklinde tanımlamıştır. Bkz.: (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 12 Mayıs 2023.

nasıl belirlendiğinin kısaca aktarılması, ardından bu genel hükümler dairesinde klasik öğretinin yaptırıma özgülediği amaçların açıklanması, çalışmamızda bütünlüğün sağlanmasına da katkı sunacaktır. Bu sayede, bölümün devamında ele alacağımız cezalandırıcı tazminat benzeri yaptırımların, bu genel hükümlere ve Türk öğretisince sahiplenilen tazminat anlayışına ne ölçüde uygun oldukları, dahası bunların basit birer istisna olarak değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri tartışılabilir.

Saydığımız sebeplerden ötürü çalışmamızın bu bölümünde öncelikle Türk sorumluluk hukuku ve maddi tazminat yaptırımı, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümler dairesinde kısaca incelenecek; devamında borçlar hukukundaki anlamıyla bu yaptırımın amaçlarına dair görüşlere yer verilecek; en nihayetinde de Türk mevzuatında, çeşitli kanunlarda dağınık olarak yer alan cezalandırıcı tazminat benzeri yaptırımlar tek tek sıralanarak, bunlara ilişkin detaylı açıklamalarda bulunulacaktır. Bunun hemen öncesinde ise öğretilerde bu "istisnai" yaptırımların hukuki niteliklerine dair verilen izahatlarda sıkça başvurulan üç hukuki müessese; "medeni ceza (özel hukuk cezası)", "ceza koşulu (cezai şart)" ve "götürü tazminat" ayrı birer başlık altında ele alınacaktır.

II. Türk Sorumluluk Hukuku ve Maddi Tazminat Yaptırımı

A. Sorumluluk Kavramı

Türk Dil Kurumu, sorumluluk kavramını "*kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, sorum, mesuliyet...*" olarak tanımlamıştır.³⁶² Hukuk öğretisinde ise bu kavram iki farklı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır:³⁶³

Bir anlamıyla sorumluluk, borçlu kimsenin malvarlığının borcuna güvence teşkil etmesi, dolayısıyla borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının, cebri icra vasıtasıyla bu mamelek içerisinde tahsilat gerçekleştirerek alacağına kavuşması

³⁶² (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 12 Mayıs 2023.

³⁶³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 18. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 17, (buradan itibaren Oğuzman, Öz, **Cilt 1** olarak anılacaktır.); Çağlar Özel, "Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış", **Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2000, s. 416; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, c. 1, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 26; Eren, **a.g.e.**, s. 552.

imkânıdır.³⁶⁴ Bu anlamda sorumluluk “... ile sorumluluk” olarak ifade edilir ve kural olarak borçlu tüm malvarlığı ile sorumludur.³⁶⁵

Sorumluluk, diğer anlamıyla ise bir kimsenin genel davranış kurallarına aykırı davranması yahut üstlendiği bir borcu yerine getirmemesi sonucunda verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade eder.³⁶⁶ Bu kullanımda sorumluluk, “...den sorumluluk” olarak ifade edilmektedir.³⁶⁷ İlk durumda haksız fiilden, ikinci durumda ise borca aykırılıktan (genellikle sözleşmeye aykırılıktan) sorumluluk gündeme gelecektir.³⁶⁸ İlgili kavram bu anlamıyla, tazminat borcunun kaynağıdır.³⁶⁹

En geniş anlamıyla “sorumluluk hukuku” deyişi, sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluğu kapsayacak bir şekilde kullanılmakta; dar anlamıyla kullanımında sözleşme dışı sorumluluk hâlleri, yani haksız fiil sorumluluğu kastedilmekte; en dar anlamında kullanıldığında ise özel kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hâllerine işaret edilmektedir.³⁷⁰

Çalışmanın konusu gereği esasen haksız fiillerin yaptırımını olarak maddi tazminatı önceliyor olsak da bu bölümde yeri geldikçe borca aykırılık hâlinde maddi tazminat yaptırımına da değineceğiz. Kaldı ki aşağıda göreceğimiz üzere tüm sorumluluk hukuku bakımından tazminat yaptırımını temelinde aynı ilkeler üzerine inşa edilmiş vaziyettedir. Nitekim tazminatın, alandaki en temel yaptırım oluşundan sebep, özellikle haksız fiil sorumluluğu bakımından, “sorumluluk hukuku” ve “tazminat hukuku” deyişleri birbirleri yerine de kullanılmaktadır.³⁷¹

³⁶⁴ Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 17; Eren, **a.g.e.**, s. 552; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 26-27.

³⁶⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 552; Özel, **a.g.m.**, s. 416; Çeşitli sebeplerle sorumluluğun malvarlığının belli bir bölümüyle sınırlı olduğu hâller de vardır. Örneğin TMK m. 631/2 uyarınca, kendisine miras yoluyla intikal eden bir terekenin borçlarından dolayı devletin sorumluluğu bu yolla edindiği değerlerle sınırlıdır. Yine TMK m. 903/2 uyarınca irat senedi borçlusunun sorumluluğu senede konu mal ile sınırlıdır. Konu hakkında Bkz.: Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 17.

³⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 26; Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 18; Eren, **a.g.e.**, s. 552.

³⁶⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 47; Eren, **a.g.e.**, s. 552; Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 18.

³⁶⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 3; Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 18; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 26.

³⁶⁹ Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 18.

³⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 553.

³⁷¹ Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c. 2, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 47; Sami Narter, **Kusursuz Sorumluluk-Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 5; Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 37; YİBHKG, E. 2016/5, K. 2018/6, T. 22/06/2018: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) genel hükümler kısmının birinci bölümünün ikinci ayrımı “Haksız fiilden doğan borç ilişkileri” başlığını taşımakta olup haksız fiili

B. Türk Özel Hukukunda Maddi Tazminat

1. Genel olarak

TDK tazmin kelimesini “*Zararı ödeme.*”, tazminat kelimesini “*Zarar karşılığı ödenen para, ödence.*” şeklinde tanımlamıştır.³⁷² Hukuk öğretisinde ise tazminat, bir kimsenin haksız fiili yahut borca aykırı davranışı neticesinde meydana gelen zararın aynen ya da nakden giderilmesi için zarar görene karşı yerine getirmesi gereken edim olarak açıklanmaktadır.³⁷³

Türk Borçlar Kanunu, “Genel Hükümler” kısmının “Borç İlişkisinin Kaynakları” başlıklı birinci bölümünün “Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı ikinci ayrımı, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin çeşitli hükümler ihtiva etmektedir. TBK m. 49’da “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” ifadesiyle haksız fiil sorumluluğunun tazminat borcunun kaynağı olduğu belirtilmiştir.

Kanunun “Borç İlişkisinin Hükümleri” başlıklı ikinci bölümünün “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları” başlıklı ikinci kısmı m. 112’de ise “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” ifadesiyle genel olarak borca aykırılık hâllerinde talep edilebilecek tazminatın şartları düzenlenmiştir.

Özetle sorumluluğun doğması, bir başka ifadeyle tazminat yaptırımının gündeme gelmesi için gereken unsurlar: hukuka (genel davranış kurallarına ya da üstlenilen bir borca) aykırı davranış; kusur; zarar; zarar ve ilgili davranış arasında bir nedensellik bağı şeklinde sıralanabilir.³⁷⁴ Kusura dayalı haksız fiilden ve borca kusurlu aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğunu düzenleyen bu genel hükümlerin yanı sıra, hem bu kanunda hem de çeşitli özel kanunlarda, kusura dayalı ya da

düzenleyen kurallar bütünü ise “sorumluluk hukuku” olarak nitelendirilmektedir. Sorumluluk hukukunun en önemli amacı, kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelmiş eksilmeyi aynı veya nakdi olarak gidermektir. Sorumluluk hukuku zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermeyi amaçladığından “tazminat hukuku” olarak da adlandırılmaktadır.”

³⁷² (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 12 Mayıs 2023.

³⁷³ Nomer, **Tazminat**, s. 33.

³⁷⁴ İbrahim Kaplan, **Türk Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 2-3.

kusursuz sorumluluk ilkesinin esas alındığı sorumluluk hâllerini belirleyen çeşitli hükümler bulunmaktadır.³⁷⁵

Biz, çalışmamızın boyutlarını aşmamak adına, tazminat yaptırımının gündeme gelmesinden önceki süreci bir kenara bırakacağız. Bir diğer ifadeyle sorumluluğun doğduğunu varsayarak, hükmedilecek tazminat miktarının nasıl belirlendiğine ve bu yaptırımın amaçlarına ilişkin açıklamalarda bulunacağız. Dolayısıyla çalışmamızda sorumluluğun doğumu için gerekli unsurlardan genel davranış kurallarına ya da üstlenilen bir borca aykırı davranış ve nedensellik bağı meselesine yer vermeyeceğiz. Kusur ve zarar unsurlarına ise tazminatın belirlenmesi sürecindeki etkileri vesilesiyle ilgili başlık altında değineceğiz.

2. Hükmedilecek Tazminat Miktarının Tayini

İster bir haksız fiil isterse de borca aykırılık söz konusu olsun tazminat yükümlülüğünün doğması için kural olarak bir zarar mevcut olmalıdır. Bu temel ilke, haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde TBK m. 50 uyarınca doğrudan, borca aykırılıktan doğan tazminat taleplerinde ise TBK m. 114/2'nin atfıyla kıyasen uygulama alanı bulur.³⁷⁶ TBK m. 50/1'e göre zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat külfeti altındadır.³⁷⁷ Önemli olan zararın miktarından ziyade, varlığının ispatıdır.³⁷⁸ Zira maddenin devamında 2. fıkrayla zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hâllerde uygulanacak kural ayrıca düzenlenmiş; *“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete*

³⁷⁵ TBK m. 116'da ifade bulan “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” ve TBK m. 119'da öngörülen temerrüde düşen borçlunun beklenmedik bir olay neticesinde oluşan zararlardan sorumluluğu, borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluk hallerine örnek gösterilebilir. Bkz.: Eren, **a.g.e.**, s. 1188-1189; TBK m. 66'da ifade bulan “adam çalıştırmanın sorumluluğu” ile TBK m. 67'de düzenlenen “hayvan bulunduranın sorumluluğu” ise kusur aranmayan haksız fiil sorumluluğuna örnektir. Bkz.: Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 140 vd.

³⁷⁶ Mehmet Oğuz Vuraloğlu, **Borçlar Hukukunda Zararın Varlığı Şartından Bağımsız Ödeme Yaptırımları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 1.

³⁷⁷ Borca aykırılık açısından ise TBK m. 112'de kusuru ispat yükü ters çevrilmiştir.

³⁷⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 86: *“Dikkat edilmelidir ki, her tazminat davasında zararın miktarını hâkim tayin edecek değildir. İspatı mümkün olan zararları davacı ispatla yükümlüdür.”*;

uygun olarak belirler.” hükmolunmuştur. Bu hükümle uyumlu olarak HMK m. 107/1’de alacaklıya belirsiz alacak davası açma imkânı verilmiştir.³⁷⁹

Türk hukukunda tazminatın belirlenmesi süreci iki aşamaya ayrılmıştır. Somut olayda öncelikle brüt, ardından net zarar hesaplanmakta, en nihayetinde de tespit edilen bu miktar üzerinden hükmedilecek tazminata ilişkin bir belirleme yapılmaktadır.³⁸⁰ Hem tazminat talebinin karşılık bulması noktasında hem de hükmedilecek tazminat miktarının tayininde bu denli kritik öneme sahip zarar kavramının ayrı bir başlıkta ele alınması faydalı olacaktır.

a. Zararın Belirlenmesi

Sorumluluk hukukuna ilişkin en temel iki hüküm olarak nitelendirebileceğimiz TBK m. 49 ve TBK m. 112’de “zarar” kavramına değinen kanun koyucu, bu kavramı tanımlamaktan ise imtina etmiştir. Kavramın tanımı ve içeriğinin tespiti öğreti ve yargıya bırakılmıştır.³⁸¹

Öğretide “zarar” geniş anlamıyla kullanıldığında maddi ve manevi zararları kapsamakta iken, yaygın kullanım olan dar anlamıyla ise sadece maddi zararı karşılamaktadır.³⁸² Türk öğretisinde sıklıkla verilen tanıma göre maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası olmaksızın meydana gelen eksilmedir.³⁸³ Tanımda “malvarlığı”, “eksilme” ve “eksilmenin istem dışı oluşu” şeklinde üzere üç unsurun altı çizilmektedir.³⁸⁴

Malvarlığı, bir kimsenin para ile ölçülebilen tüm hak ve borçlarının toplamıdır.³⁸⁵ Aynı haklar, alacak hakları, ekonomik değeri haiz yenilik doğuran haklar ve iktisadi yönleriyle fikrî haklar bu kapsamda ele alınır.³⁸⁶ Hemen belirtmek gerekir ki bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, bilimsel

³⁷⁹ HMK m. 107/1: “Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.”

³⁸⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 533;

³⁸¹ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008, s. 8; Nomer, **Tazminat**, s. 5.

³⁸² Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 547-548.

³⁸³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 63; Eren, **a.g.e.**, 590; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 39; Nomer, **Tazminat**, s. 8.

³⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 590.

³⁸⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 590.

³⁸⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64; Eren, **a.g.e.**, s. 590.

ve mesleki kimliği, sırları, özgürlüğü gibi daha ziyade manevi dünyasına ilişkin olan şahıs varlığı haklarının ihlaliyle ortaya çıkan zararlar da malvarlığına etkileri oranında maddi zarar kapsamına girerler.³⁸⁷ Örneğin vücut bütünlüğünün ihlaliyle meydana çıkan iş göremezlik, zarar görenin malvarlığının artmasına engel olacak kazanç kaybı olarak değerlendirilecektir.³⁸⁸

Eksilme ise genellikle fark teorisi çerçevesinden açıklanmaktadır.³⁸⁹ Buna göre zarar, görenin malvarlığının zarara sebep olan olay gerçekleşmeseydi bulunacağı durum ile mevcut durumu arasındaki farktır.³⁹⁰ Bu eksilme, malvarlığının aktifinin azalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi pasifinin artması yahut müstakbel kârdan mahrum kalınması şeklinde de oluşabilir.³⁹¹

Tazminatın söz konusu olabilmesi için bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilmenin istem dışında gerçekleşmesi gerekir.³⁹² Zira şahsın bir borç üstlenmesi, maddi değeri olan bir yenilik doğuran hakkından feragat etmesi, mülkiyetindeki bir eşyayı yok etmesi, terk etmesi veya bu eşyanın mülkiyetini devretmesi neticesinde de malvarlığında azalma gerçekleşecektir.³⁹³ Ancak bu azalma kişinin kendi iradesiyle olduğu için bir zarardan söz etmek mümkün olmayacaktır.³⁹⁴

Maddi zarar, belli kıstaslarla çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Malvarlığı üzerindeki etkiye göre fiilî zarar-mahrum kalınan kâr; zarara yol açan olgu ve zarar arasındaki ilgiye göre doğrudan zarar-dolaylı zarar; zarara maruz kalan kişiye göre doğrudan zarar-yansıma zarar; zararın hesaplandığı ana göre mevcut zarar-müstakbel zarar-muhtemel zarar; zararın konu olduğu varlığa ilişkin olarak eşyaya ilişkin zarar-

³⁸⁷ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 40-41; Eren, **a.g.e.**, s. 591.

³⁸⁸ Gül, **a.g.e.**, s. 71; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 97 vd.

³⁸⁹ Antalya, **a.g.e.**, s. 136; Eren, **a.g.e.**, s. 592; Nomer, **Tazminat**, s. 8-9; Fark teorisine karşılık öne sürülen ancak onun kadar taraftar bulamamış bir diğer teori ise somut (tabii) zarar teorisidir. Fark teorisinden farklı olarak bu teoriye göre zararın tespitinde tüm malvarlığındaki değişim şeklinde geniş bir ölçütün kullanılması yerine, sadece ihlale uğrayan hak konusu varlığın kendisinde meydana gelen eksilmelerin/değişikliklerin göz önünde bulundurulması gerekli ve yeterlidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 13 vd.

³⁹⁰ Nomer, **Tazminat**, s. 6; Eren, **a.g.e.**, s. 591; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64.

³⁹¹ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 40; Antalya, **a.g.e.**, s. 140.

³⁹² Eren, **a.g.e.**, s. 594.

³⁹³ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 40; Nomer, **Tazminat**, s. 5.

³⁹⁴ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 40; Nomer, **Tazminat**, s. 5.

şahsa ilişkin zarar ayrımlarından ve sözleşmeye aykırılık halinde gündeme gelen olumlu zarar-olumsuz zarar ayırımından söz edilebilir.³⁹⁵

(1). Fiilî Zarar-Mahrum Kalınan Kâr

Haksız fiil yahut borca aykırı davranış neticesinde oluşan zarar, şahsın malvarlığına dahil somut değerlerinde bir eksilme biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, elde etmesi muhtemel bir kazançtan mahrum kalması şeklinde de gerçekleşebilir.³⁹⁶ İlk durumdaki eksilme fiilî zarar, ikinci durumdaki eksilme ise mahrum kalınan kâr olarak adlandırılmaktadır.³⁹⁷ Fiilî zarar, malvarlığı aktifinde bir azalış şeklinde görülebileceği gibi, pasifinde artış şeklinde de karşımıza çıkabilir.³⁹⁸ Bir kimsenin maliki bulunduğu eşyanın, hasara maruz kalması neticesinde değerinin düşmesi, aktiflerin azalmasına, üçüncü bir kimsenin aldatması sebebiyle borç altına girilmesi pasiflerin artmasına örnektir.

Mahrum kalınan kâr ise çoğunlukla aktiflerin artmasına engel olunması şeklinde karşımıza çıkar.³⁹⁹ Ancak pasiflerin azalmasına engel olunması biçiminde de gerçekleşebilir.⁴⁰⁰ Tedavi sebebiyle çalışılmayan günlerden kaynaklanan kazanç kaybı ilk duruma, aynı sebeple bir indirim fırsatının kaçırılması üzerine daha yüksek bir tutarın satış bedeli olarak belirlenmesinden kaynaklanan kayıp ise ikinci duruma örnek gösterilebilir.⁴⁰¹ Mahrum kalınan kâr miktarının tayininde, zarar görenin mevcut kazancıyla birlikte, gelecekteki kazanç imkânları da göz önünde bulundurulur.⁴⁰² Mesela, ölen bir kimsenin gelir düzeyinin hayatın olağan akışı içerisinde göstereceği seyir destekten yoksun kalma tazminatının tayininde belirleyicidir.

³⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 595 vd.; Gül, **a.g.e.**, s. 71-72.

³⁹⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64-65; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 559.

³⁹⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64-65; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 559.

³⁹⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 41; Eren, **a.g.e.**, s. 595; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 561; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64; Gümüş, **a.g.e.**, s. 457.

³⁹⁹ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 41; Eren, **a.g.e.**, s. 597; Antalya, **a.g.e.**, s. 147.

⁴⁰⁰ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 41; Eren, **a.g.e.**, s. 597; Antalya, **a.g.e.**, s. 147.

⁴⁰¹ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 41.

⁴⁰² Eren, **a.g.e.**, s. 597; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 65-66.

(2). Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar-Yansıma Zarar

Bir kimsenin zarara yol açan olgu ile zarar arasına başka bir neden girmeksizin maruz kaldığı zarar doğrudan zarardır.⁴⁰³ Dolaylı zarar ise zarara yol açan olgulara bağlı ancak bu olguların doğrudan sonucu olmayan, araya başka etkenlerin girmesi ile ortaya çıkan zarar olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰⁴ Örneğin X'in Y'ye ait kamyoneti yakması hâlinde kamyonetin değerindeki eksilme Y'nin maruz kaldığı doğrudan zarara, Y'nin yüklendiği başka bir borç gereği kamyonetiyle taşıyacağı yükleri taşıyamaması yüzünden yük sahibine ödemek zorunda kalacağı tazminat Y'nin maruz kaldığı dolaylı zarara örnek oluşturur.⁴⁰⁵ Doğrudan zararda hukuka aykırı davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağı apaçık görünürken, hangi dolaylı zararların tazmin konusu olacağının tespiti uygun nedensellik bağının varlığına ilişkin yapılacak bir incelemeyi gerektirir.⁴⁰⁶

Yansıma zarar, bir ya da daha fazla kişinin, doğrudan zarar gören kimseyle olan özel bir münasebeti nedeniyle, aynı zarar verici davranıştan dolayı uğradığı, ancak dolaylı bir biçimde meydana gelen zarar olarak tanımlanabilir.⁴⁰⁷ Sıkça kullanılan örnekle özetleyecek olursak; bir ses sanatçısının hukuka aykırı bir fiil sebebiyle ölmesi sonucu eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalmaları sebebiyle uğradıkları zarar ile sanatçının sahne aldığı işletmenin sahibinin uğradığı zarar yansıma zararlardır.⁴⁰⁸

(3). Mevcut Zarar-Müstakbel Zarar-Muhtemel Zarar

Mevcut zarar, zararın miktarına ilişkin belirlemenin yapıldığı anda mevcut bulunan zarardır.⁴⁰⁹ Müstakbel zarardan kasıt ise belirlemenin yapıldığı tarihte henüz gerçekleşmemiş olmakla beraber gelecekte, araya başkaca etmenler girmeksizin kesinlikle gerçekleşeceği öngörülen zarardır.⁴¹⁰ Sözgelimi yaşadığı bir kaza sonucunda ayak parmaklarını kaybeden bir balerinin tedavi giderleri mevcut zarar,

⁴⁰³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 70; Gümüş, **a.g.e.**, s. 458; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 43.

⁴⁰⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 70; Gümüş, **a.g.e.**, s. 458; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 43.

⁴⁰⁵ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 43.

⁴⁰⁶ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 43.

⁴⁰⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s. 458-459.

⁴⁰⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 43.

⁴⁰⁹ Antalya, **a.g.e.**, s. 159; Gümüş, **a.g.e.**, s. 459; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 44.

⁴¹⁰ Antalya, **a.g.e.**, s. 159; Gümüş, **a.g.e.**, s. 459; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 44.

artık dans edemeyecek oluşu sebebiyle çalışma gücü kaybı ve ekonomik geleceğinin sarsılması müstakbel zarar örnekleridir.

Muhtemel zarar da tıpkı müstakbel zarar gibi belirlenme anında mevcut olmamakla birlikte bu zararın ortaya çıkması, müstakbel zarardan farklı olarak başkaca bir ihtimalin (riskin) gerçekleşmesine bağlıdır.⁴¹¹ Örneğin bir haksız fiil neticesinde yaralanan kişinin geçireceği ameliyat neticesinde ölmesi ihtimali gerçekleşirse doğacak olan zarar muhtemel zarardır.⁴¹² Bahse konu ihtimal gerçekleşmedikçe muhtemel zarar tazmine konu olamaz.⁴¹³ Bu zarar, ortaya çıktıktan sonra, yani mevcut zarar halini aldıktan sonra ayrı bir tazminat davasıyla talep edilebilecektir.⁴¹⁴

(4). Şahsa İlişkin Zarar-Eşyaya İlişkin Zarar-Diğer Zarar

Şahsa ilişkin zarar, adam öldürme ya da bedensel bütünlüğün ihlali neticesinde malvarlığında oluşan eksilmelerdir.⁴¹⁵ Kişiyeye ilişkin bu tür zararlar bedensel zarar olarak da adlandırılmaktadır.⁴¹⁶

Eşyaya ilişkin zarar ise haksız fiil yahut borca aykırı davranışın sonucunda bir malın telef olması, hasara uğraması, yok olması şeklinde gerçekleşen zararlardır.⁴¹⁷ Bu tür zararlarda objektif zarar-subjektif zarar ayrımı da gündeme gelecektir. Objektif zarar, bahse konu malın maliki için taşıdığı önem dikkate alınmaksızın yapılan değer tespiti sonucu belirlenen zarardır.⁴¹⁸ Subjektif zarar ise söz konusu malın zarar gören için taşıdığı değere göre belirlenen zarardır.⁴¹⁹

Bir kimsenin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğü dışındaki kişilik haklarının, örneğin şeref ve haysiyeti, bilimsel ve mesleki kimliği, sırları, özgürlüğü gibi şahıs

⁴¹¹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 459; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 44.

⁴¹² Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 44.

⁴¹³ Antalya, **a.g.e.**, s. 160; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 44.

⁴¹⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 459.

⁴¹⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **a.g.e.**, s. 597.

⁴¹⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 597.

⁴¹⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **a.g.e.**, s. 597.

⁴¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 600.

⁴¹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 600.

varlığı haklarının ihlaliyle ortaya çıkan malvarlığı zararlar ise diğer zararlar başlığında toplanmaktadır.⁴²⁰

(5). Olumlu Zarar-Olumsuz Zarar

Olumlu zarar alacaklının, ifadaki çıkarının gerçekleşmemesiyle meydana gelen zarardır.⁴²¹ Bir başka ifadeyle ifa etmeme yahut kötü ifa nedeniyle alacaklının malvarlığının sürüklendiği durum ile borç layığıyla ifa edilmiş olsaydı bulunacağı farazi durum arasındaki fark olumlu zararı ifade eder.⁴²²

Olumsuz zarar ise yapılacağına güvenilen sözleşmenin hiç yapılmaması veya hüküm doğuracağına inanılan sözleşmenin bir sebepten geçersiz olması dolayısıyla oluşan zarardır.⁴²³ Yani alacaklının malvarlığının fiili durumu ile söz konusu sözleşmeye hiç güvenmeseydi, örneğin hükümsüzlüğü baştan öngörseydi, içinde bulunacağı durum arasındaki fark olumsuz zararı oluşturur.⁴²⁴ Borçlar Kanunu'nda düzenlenen, kusuru ile yanılanın sözleşmeyi iptal etmesi (TBK m. 35), yetkisiz temsil (TBK m. 47/1) gibi çeşitli kurumlarda olumsuz zararın tazmini söz konusudur.⁴²⁵ Yine TBK 125/3 uyarınca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme hâlinde açılacak tazminat davasında olumsuz zararın tazmini talep edilecektir.⁴²⁶

Verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımı mahiyeti gereği akdi sorumluluk hallerinde ilişkin olup, haksız fiil sorumluluğunda kullanılmamaktadır.⁴²⁷

⁴²⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **a.g.e.**, s. 597; Gümüş, **a.g.e.**, s. 458.

⁴²¹ Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 412.

⁴²² Ergüne, **a.g.e.**, s. 56.

⁴²³ Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 855; Ergüne, **a.g.e.**, s. 36 vd.

⁴²⁴ M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 284-285.

⁴²⁵ Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 413; Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü doğuran çeşitli hallerin görünüm biçimleri için bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 151 vd.

⁴²⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 239 vd.

⁴²⁷ Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 417; Eren, **a.g.e.**, s. 600.

b. Tam Tazmin İlkesi ve Zenginleşme Yasağı Çerçevesinde Hâkim Tarafından Yapılacak İndirim

Zararın tespitinden sonra tazminatın belirlenmesi ve indirilmesi aşamasına geçilmektedir. Mesele, TBK m. 51 ve m. 52 ile düzenlenmiştir. Bu aşamaya ilişkin açıklamalarla birlikte, Kara Avrupası sorumluluk hukukuna hâkim iki temel ilkedен de bahsetmek gerekecektir.

TBK'nın "Belirlenmesi" başlıklı 51. maddesinin ilk fıkrasına göre: "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*" Hükmün devamında ise tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilmesi hâlinde borçlunun güvence göstermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

"İndirilmesi" başlıklı 52. madde, "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*" hükmünü amirdir.

Bu noktada değinmemiz gereken ilk ilke, tam tazmin ilkesidir. Bu prensip, eğer ki sorumluluk doğmuşsa, sorumlunun, söz konusu zararın tümünü gidermesini gerektirir.⁴²⁸ Sorumlunun kusuru, sorumluluğun doğumunda etkili olmakla beraber kapsamının belirlenmesinde önemsizdir.⁴²⁹ İlgili kural, konuda katı bir uygulamayı benimseyen Alman hukukunda "ya hep ya hiç" ilkesi olarak da anılmaktadır.⁴³⁰ İsviçre ve Türk hukuklarında ise bu ilkeye, incelemekte olduğumuz kanun

⁴²⁸ Nomer, **Tazminat**, s. 63-64; Eren, **a.g.e.**, s. 863; YHGK, E. 2017/14-2008, K. 2019/172, T. 19/02/2019: "...Yukarıda da ifade edildiği üzere haksız fiil işleyerek bir başkasına zarar veren kişi, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmemiş olsaydı zarar gören hangi durumda bulunacak idiye o durumu sağlamak suretiyle zararı telafi etmektir. Tazminat hukukunun ilkelerinden biri olan **tam tazmin ilkesi gereği, zarar veren sebep olduğu zararı tümüyle tazmin etmelidir.** Bu ilkeye göre, zarar veren, "tüm zararı", ancak "sadece sebep olduğu zararı" tazmin edecektir, bir başka ifade ile zarar gören sadece gerçek zararını (mevcut zararını) talep edebilecektir..."

⁴²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 865.

⁴³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 863; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 119, dn. 383.

maddeleriyle istisna getirilmiş; tazminatın belirlenmesinde hâkime bir takdir hakkı bahşedilmiştir.⁴³¹

Hükümlerin lafzından, hâkimin tespit edilen zarar miktarının üstünde ya da altında bir tazminat belirleyebileceği, ardındansa gerekli olduğu takdirde bu ilk belirlenmenin üzerinden bir indirimle gidilebileceğine dair bir yorum yapılabilir gibi görünse de konuya ilişkin bir diğer ilke bu yorumu imkânsız kılmaktadır. Zira yerleşik Yargıtay içtihatlarında ve öğretide sıkça vurgulandığı üzere, tazminat zenginleşme aracı olamaz.⁴³² Zenginleşme yasağı olarak anılan bu ilke, tazminat talebine esas teşkil eden olguların sebep olduğu zararın, hükmedilecek tazminat miktarına bir üst sınır çizmesini gerektirir.⁴³³ Bu anlayışla uyumlu olarak tazminata ilişkin kanun hükümlerinde sıklıkla “giderim” kelimesi kullanılmıştır. Bu doğrultuda Türk tazminat hukukunda genel kuralın “tazminat miktarı $\leq$ zarar miktarı” olduğu söylenebilir.⁴³⁴

Öğreti ve uygulamada, zenginleşme yasağının da göz önünde bulundurulmasıyla, TBK m. 51 ve m. 52 birlikte değerlendirilmekte; her iki maddede yer alan kriterler de indirim sebepleri olarak anılmaktadır.⁴³⁵ Hâkim, bu hükümler dairesinde ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴³⁶ (TMK) m. 4 uyarınca, hakkaniyete göre bir belirleme yapacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sıkça alıntılanan bir kararında tazminatın belirlenmesi sürecini şöyle izah etmiştir:⁴³⁷

⁴³¹ Eren, **a.g.e.**, s. 864.

⁴³² Ergüne, **a.g.e.**, s. 331-332: “Tazminatın zararı gidermeye yönelik amacı, sorumluluk hukukunda zenginleşme yasağını da beraberinde getirmektedir. Amaç, zararın telafisi olduğuna göre, zarar gören, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi, içinde bulunacağı farazî durumdan daha iyi bir hâle sokulmamalıdır. Dolayısıyla tazminat, meydana gelen zarar miktarını hiçbir zaman aşamaz; yani, zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek haddini teşkil eder, zararın hiç oluşmadığı hâllerde, tazminat talebi de söz konusu olmaz.”; Eren, **a.g.e.**, s. 863-864; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 315; Yargıtay 11. HD, E. 2019/4875, K. 2021/4698, T. 02/06/2021: “...Ayrıca, tazminat hukukunda geçerli olan **zenginleşme yasağı uyarınca, ancak zararı giderecek ölçüde tazminat talep edilebilecek olup,...**”

⁴³³ Eren, **a.g.e.**, s. 863; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 315; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 160-161: “Nitekim denkleştirme ile zenginleşme yasağı ilkeleri birbirleriyle tamamen bağdaşan iki ilkedir. Buna göre zarar görenin zararı tamamen telafi edilmeli ancak zarar gören tazminat ile olması gerektiğinden daha iyi bir duruma getirilmemelidir.”

⁴³⁴ Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 55.

⁴³⁵ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 118.

⁴³⁶ Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 8.12.2001/24607.

⁴³⁷ YHGK, E. 2010/4-130, K. 2010/161, T. 17/03/2010.

“...818 sayılı Borçlar Kanunu’nun, “Tazminat Miktarının Tayini” üst başlıklı 43. maddesinin 1. fıkrası ile; hâkimin, olayların özelliklerine ve durumun gereğine göre zararın miktarını tespit edeceği hükme bağlanmıştır. Hal ve mevkiin icabından amaç, somut olayın niteliğidir. Bunun başında **“haksız fiilin işleniş biçimi”**, yani **fiilin ağırlığı**; ardından ise **kusurun ağırlığı gelmektedir.... Burada sözü geçen, “olayın özellikleri, durumun gereği (hal ve mevkiin icabı)”, tarafların sıfatı, konumu, sosyal ve ekonomik durumları içinde değerlendirilebilecek geniş yoruma açık kavramlardır....Buradaki amaç, olayın özelliklerine göre hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaktır....Tazminattan indirim veya red sebepleri ise Borçlar Kanunu’nun 44. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde daha çok zarar görenle ilgilidir. “Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı” yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, maddede sayılan belirli hal ve durumlarda tazminattan indirim yapılması mümkün bulunmaktadır. BK’nun 44. maddesiyle 43. maddesi, birbirini tamamlayan hükümlerdir. Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir....818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 44. maddesi kapsamında yer alan indirim veya ret sebepleri şu şekilde sıralanabilir;**

a) **Zarar görenin zarara razı olması...**

b) **Zarar görenin kusuru (ortak kusur) ...Haksız fiil failinin zararın doğumuna ya da artmasına yol açan fiili kusurlu olduğu için sorumluluğa yol açmaktadır. Ancak, bu durum zarar görenin davranışlarından kaynaklanmışsa, ortak kusurdan söz edilir. ...**

c) **Ağır kusurun bulunmadığı hallerde zarar verenin zor duruma düşecek olması** nedeniyle tazminatın indirilmesi; bu hal BK. md. 44. f. II’de düzenlenmiş olup, zarar görenden hareket ederek özel bir indirim sebebi öngörmüştür...”

Son tahlilde indirim sebepleri şöyle sıralanabilir:

- TBK m. 51/1 uyarınca “kusurun ağırlığı” ve “durumun gereği”;

Bunlardan en önemlisi failin kusurudur. TBK m. 51/1’de hâkimin, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlerken failin kusurunu “özellikle” göz önünde bulundurulacağı vurgulanmıştır. Kusur, hukuka aykırı davranan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır.⁴³⁸ Failin, haksız fiilinin sonucunu istemesi (kast) ya da istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince zorlamaması, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi (ihmal) hâlinde kınanması

⁴³⁸ Nomer, **Tazminat**, s. 70.

gerekir.⁴³⁹ Failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket ettiği durumlarda doğrudan kast, bu sonucu istememesine rağmen göze alarak hareket ettiği durumlarda ise dolaylı kast söz konusudur.⁴⁴⁰ Keza failin ortalama bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği hâllerde ağır ihmalinden, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği hâllerde ise hafif ihmalinden bahsedilecektir.⁴⁴¹

Hâkimin, failin kusuruna göre belirleme yaparken, her hâlükârda somut olayın tüm şartlarını birlikte değerlendireceği ifade edilmektedir.⁴⁴² Bu durumda, esas olarak ağır kusurun söz konusu olmadığı hâllerde kusur derecesine göre bir indirim yapılacağı, ancak somut olaydaki diğer durum ve şartların gerektirmesi hâlinde hafif kusur söz konusu olsa dahi zararın tamamı tutarında bir tazminata hükmedilebileceği söylenebilecektir.⁴⁴³

Durumun gereği ifadesiyle kastedilen diğer sebeplerin ise beklenmedik hâl, mağdurun bünyesinden kaynaklanan fakat sorumlu olmadığı hâller, failin mağdura yardım ederken zarar vermiş olması gibi sebepler olduğu ifade edilmektedir.⁴⁴⁴

Bir olayın vuku bulmasında etkili olan irade dışı olgular beklenmedik hâli oluşturur.⁴⁴⁵ Bu hâl, somut olayda nedensellik bağıını keserse zaten sorumluluk doğmayacaktır.⁴⁴⁶ Ancak beklenmedik hâlin etkisi bu derecede olmayıp, yine de zararın meydana gelmesinde ya da artmasında tesiri olmuşsa, indirim söz konusu olabilecektir.⁴⁴⁷ Aynı şekilde söz gelimi kalp hastalığı, şeker hastalığı, alerji vb. mağdurun bünyesinden kaynaklanan etkenler zararı artırmışsa, tazminatta indirim yapılabilir.⁴⁴⁸ Keza somut olay, esasında failin mağdura yardım niyetinden kaynaklanıyorsa bu hâl de indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilecektir.⁴⁴⁹

⁴³⁹ Nomer, **Tazminat**, s. 70.

⁴⁴⁰ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 56.

⁴⁴¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 54-55; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 58.

⁴⁴² Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 120; Gümüş, **a.g.e.**, s. 567; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 591.

⁴⁴³ Gümüş, **a.g.e.**, s. 567.

⁴⁴⁴ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 128-129; Gümüş, **a.g.e.**, s. 572 vd.

⁴⁴⁵ Nomer, **Tazminat**, s. 138-139.

⁴⁴⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 572-573; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 128.

⁴⁴⁷ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 128; Nomer, **Tazminat**, s. 139-140; Gümüş, **a.g.e.**, s. 572.

⁴⁴⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 129; Nomer, **Tazminat**, s. 143 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 575.

⁴⁴⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 575-576; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 129.

- TBK m. 52’de işaret edilen indirim sebepleri

Bu maddede sayılan ve hâkime tazminat miktarında indirim yapma, dahası tazminatı tamamen kaldırma yetkisi tanıyan sebeplerden ilki mağdurun rızasıdır. Mağdurun hukuken geçerli bir şekilde zarara önceden razı olması hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı için zaten sorumluluk doğmayacaktır.⁴⁵⁰ Hükümde kastedilen hukuka uygunluk sebebi olarak geçerli sayılmayan rızalar ile söz konusu rızanın çerçevesini aşan eylemlerden oluşan zararlar.⁴⁵¹ Bu durumlarda hâkim, mağdurun rızasını bir indirim sebebi olarak değerlendirebilecektir.

Hükümde düzenlenen ikinci hâl ise ortak kusurdur. Ortak kusur, mağdurun, somut olayda makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde yahut artmasında etkili olması hâlinde söz konusu olacaktır.⁴⁵² Mağdurun kusurunun, failin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek derecede ağır olması hâlinde esasen tazminat borcu doğmayacak; ancak kusur, bu derecede olmasa dahi zararın doğumuna yahut artmasına katkı sağladıysa ortak kusur söz konusu olacak ve bu durum tazminatın tenkisinde göz önünde bulundurulacaktır.⁴⁵³ Kusursuz sorumluluk hâllerinde dahi mağdurun kusurunun tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmektedir.⁴⁵⁴

TBK m.52/2’de ise tazminat sorumlusuna yönelik bir başka indirim sebebi düzenlenmiştir. Hükümde, sorumlunun hafif kusurlu olması şartıyla, ekonomik durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret edilmiştir. Kural olarak uyumsuzluk taraflarının zengin yahut fakir oluşları, tazminat bakımından bir önem teşkil etmemektedir.⁴⁵⁵ Ancak bahse konu hüküm fıkrasına göre hafif kusurlu sorumlu, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de öyle gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilecektir. İndirimin söz konusu olabilmesi için hükümde öngörülen iki şartın, hafif kusur ve yoksulluğa düşecek olma durumlarının,

⁴⁵⁰ Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 593; Eren, **a.g.e.**, s. 866; Nomer, **Tazminat**, s. 103.

⁴⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s. 866; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 122.

⁴⁵² Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 594; Gümüş, **a.g.e.**, s. 570; Eren, **a.g.e.**, s. 868.

⁴⁵³ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 123-124; Gümüş, **a.g.e.**, s. 570.

⁴⁵⁴ Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 596; Nomer, **Tazminat**, s. 97 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 571.

⁴⁵⁵ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 127.

bir arada bulunması gerekmektedir.⁴⁵⁶ Kusursuz sorumluluk hâllerinde de bu hükmün uygulanabileceği savunulmaktadır.⁴⁵⁷ TBK m. 55'te ise hakkaniyet düşüncesiyle yapılacak indirimle ilişkin bir yasak öngörülmüştür.⁴⁵⁸ Anılan hükme göre bedensel zararı yahut destekten yoksun kalma durumu için tazminat talebinde bulunan mağdura karşı sorumlu olan kimse, hafif kusurlu ve aynı zamanda tüm zararı tazmin etmesi hâlinde yoksulluğa düşecek durumda olsa dahi tazminatta hakkaniyet gerekçesiyle indirim yapılamayacaktır.⁴⁵⁹

3. Türk Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Amaçları

Amaç konusu öğretide, “sorumluluk hukukunun amaçları”,⁴⁶⁰ “haksız fiil hukukunun amaçları”,⁴⁶¹ “tazminatın amaçları”⁴⁶² gibi farklı başlıklar altında değerlendirilmekle beraber, bu kavramların iç içe geçmişliğinden sebep, aynı içerik ele alınmaktadır. Biz de anlatımımızda tazminatın amaçları deyişini kullanacağız. Zira tazminat yaptırımını, sorumluluk hukukunun amaçlarına ulaşmada kullanılan en

⁴⁵⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 326; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 592-593.

⁴⁵⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 871.

⁴⁵⁸ İlgili madde metni eleştiriye oldukça açıktır. Zira son cümledeki ifade “*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*” şeklindedir. Halbuki TBK’nın ilgili hükümlerinde hâkime tazminatı artırma yetkisi veren bir ibare zaten yer almamaktadır. Bu ifadenin hakimın zararı aşan miktarda bir tazminata hükmedebileceği şeklinde yersiz bir algıya sebep olabileceği, dolayısıyla cümleden “*ile artırılmaz veya*” ibaresinin çıkarılmasının daha isabetli olacağı hakkında Bkz.: Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 54-55.

⁴⁵⁹ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 129-130.

⁴⁶⁰ Başak Baysal, **Haksız Fiil Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 11 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 582 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 157 vd.; YİBBGK, E. 2017/5, K. 2018/7, T. 06/07/2018: “*Sorumluluk Hukukunun Amaçları:*

A-Zararı denkleştirme (giderme karşılama) amacı; Bu amaç zararın zarar gören üzerinde kalmayıp ondan alınarak başkasına ve özellikle zarar verene yükletilmesi, aktarılmasıdır. Bu suretle zarar görenin zararının giderilmesi, mal yarlığı veya şahıs varlığında uğradığı eksilmenin karşılanması amacı güdülmektedir.

B-Zararı önleme amacı; zararı önleme amacı, aynı zamanda bir yaptırım görevi de görür. Öncelikle kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın sonuçlarına tazminat sorumluluğunu bağlamak, herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli iradi çabayı harcamaya sevk eder. Kişinin zarar verici bir davranışta bulunma girişimini de önler.

C-Tazminat talebinde ihlal edilen hakkın devamı (takibi) amacı; hukukça korunan bir hakkın ihlali sonucunda, ihlal edilen bu hakkın yerine, zarar görenin, zarar verene karşı talip olduğu tazminat talebi geçmektedir. Böylece, hakkın takibi veya devamı fikriyle ihlal edilen hak, taşıdığı değere karşılık bir tazminat talebine dönüşmekte ya da onun yerine geçmektedir.”

⁴⁶¹ Günhan Gönül Koşar, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 69, Sayı: 3, 2020; Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007, s. 152 vd.

⁴⁶² Gül, **a.g.e.**, s. 86 vd.; Nomer, **Tazminat**, s. 33 vd.; Baysal, **a.g.e.**, s. 17 vd.

temel enstrüman olarak değerlendirdiğimizden, bu tercihin netice bakımından bir sakınca doğurmayacağı kanısındayız.

Öğretideki baskın görüşe göre tazminat yaptırımının öncelikli amacı zararın telafisidir.⁴⁶³ Denkleştirici adalet fikrine dayanan bu anlayışa göre haksız fiil failine sebep olduğu zararın karşılığı olan bir tazminat ödettirilerek, fail ile mağdur arasındaki haksız fiil öncesi denklik tekrar sağlanır ve böylelikle adalet gerçekleştirilir.⁴⁶⁴ Telafi edici işleviyle tazminat, mağdurun haksız fiil öncesindeki durumuna kavuşturulmasını amaçlar.⁴⁶⁵ Bu anlayış sadece fail ile mağdur arasındaki haksız fiil öncesi durumu dene alır; haksız fiil neticesinde bozulan bu ilişkinin failden bir miktar paranın alınıp mağdura verilmesiyle onarılmasını öngörür.⁴⁶⁶

Telafi görüşünün savunucularınca, tazminatın önleme/caydırma işlevinin ise telafi amacının bir yan ürünü olarak belirttiği ifade edilmektedir.⁴⁶⁷ Tazminat yaptırımıyla karşılaşma ihtimali, kişileri daha özenli ve dikkatli davranmaya itmekte, iradelerini haksız fiili işlememekten yana zorlamalarını sağlamaktadır.⁴⁶⁸ Bu işlev kabul edilmekle beraber, asla telafi amacından bağımsız düşünülemeyeceği ve onun önüne geçemeyeceği vurgulanmaktadır.⁴⁶⁹

Hukukun ekonomik analizi üzerine eserler veren SANLI ise Türk sorumluluk hukukundaki düzenlemeler ve uygulamalar ışığında kavramsal olarak telafinin bir amaç olarak savunulmasının imkânsız olduğu, bu görüşteki argümanların ancak denkleştirici adaletin bir amaç olarak kabul edilmesi halinde tutarlı olabileceği görüşündedir.⁴⁷⁰ Yazar, “adalet” ve “hakkaniyet” kavramlarının ise bu uğurda telafi görüşü savunucularınca “içeriği boş” bir meşruiyet ölçütü olarak kullanıldığı ve bunun sonucunda düşünce sıkılığının kaybolduğu, adaletin bir amaç olarak yol

⁴⁶³ Eren, **a.g.e.**, s. 581-582, 821, 863-864; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 113; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 315; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 583; Nomer, **Tazminat**, s. 33; Gül, **a.g.e.**, s. 87; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 158-159.

⁴⁶⁴ Gül, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁶⁵ Antalya, **a.g.e.**, s. 50.

⁴⁶⁶ Gül, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁶⁷ Nomer, **Tazminat**, s. 35-36; Antalya, **a.g.e.**, s. 50.

⁴⁶⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 582.

⁴⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 582; Antalya, **a.g.e.**, s. 51.

⁴⁷⁰ Sanlı, **a.g.e.**, s. 161 vd.

gösterici özelliğini yitirdiği iddiasındadır.⁴⁷¹ Yazara göre haksız fiil hukukunun temel amacı, sosyal refahın maksimize edilmesi, bir diğer bakışla sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi, bu doğrultuda da zararların önlenmesi olmalı; sorumluluk hukuku kuralları bu amaç doğrultusunda oluşturulmalı ve yorumlanmalıdır.⁴⁷²

Tazminat yaptırımına atfedilen bir diğer amaç ise hakkın devam ettirilmesidir. Bu görüşe göre tazminat talebi, bir kimsenin ihlal edilen hakkının ya da alacağının gereği gibi ifa edilmesindeki menfaatinin yerini almaktadır.⁴⁷³ Tazminat yaptırımı sayesinde anılan hakların, yeni bir alacak (tazminat alacağı) görünümünde bir ekonomik değer olarak varlıklarını sürdürmeleri sağlanmaktadır.⁴⁷⁴

Tazminatın cezalandırma amacı, öğretide katıyetle ve neredeyse ittifakla reddedilmektedir.⁴⁷⁵ Tazminatın doğumunda ve hesaplanmasında failin kusurunun da belirleyici rol oynamasının, cezalandırma düşüncesini akıllara getirdiğini kabul eden NOMER, bu durumu şöyle açıklamıştır:⁴⁷⁶

“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.”

III. Türk Özel Hukukunda Cezalandırıcı Tazminat Esintileri

A. Genel Olarak

İlk bölümde detaylıca incelediğimiz üzere, cezalandırıcı tazminat kurumuna cezai karakteri veren en önemli özellikleri, bu yaptırımla kınanması gereken, kötü niyetli ve ağır kusurlu davranışların hedef alınması; yaptırıma, telafi tazminatına ek olarak hükmedilmesi; hükmedilecek miktarın, mağdurun zararına göre değil failin kusurunun ağırlığına, eyleminin niteliklerine göre belirlenmesidir. Anılan müessesenin, ceza hukuku yaptırımlarından temel farkı ise hukuk mahkemelerince

⁴⁷¹ Sanlı, **a.g.e.**, s. 167.

⁴⁷² Sanlı, **a.g.e.**, s. 169 vd.

⁴⁷³ Eren, **a.g.e.**, s. 583.

⁴⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 583.

⁴⁷⁵ Nomer, **Tazminat**, s. 35; Eren, **a.g.e.**, s. 863-864; Baysal, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁷⁶ Nomer, **Tazminat**, s. 35.

ve medeni yargılama kuralları çerçevesinde belirlenmesi ile hükmedilen tutarın devlete değil doğrudan mağdura ödenmesidir. Bahse konu yaptırımla fail cezalandırılarak, yaptığıının bedelinin ödetilmesi, benzer eylemler bakımından caydırıcılık sağlanması amaçlanmaktadır.

Bu özellikleri çerçevesinde cezalandırıcı tazminat yaptırımı, yukarıda kısaca açıkladığımız borçlar hukuku anlamında tazminat yaptırımından oldukça farklı görünmektedir. Her ne kadar borçlar hukuku anlamında tazminatın belirlenmesinde de somut olaydaki fiilin işleniş biçimi, ağırlığı, aynı şekilde failin kusurunun ağırlığı, ekonomik durumu gibi ölçütler dikkate alınıyor olsa da zenginleşme yasağı uyarınca bu kriterlerin yaptırıma etkisi, tespit edilen net zarar miktarı üzerinden yapılacak indirim şeklinde gerçekleşmektedir. Etkinin sadece aşağı yönlü olabilmesi ise burada ilk akla gelen ödetmeci anlayışın değil, başka bir düşüncenin var olduğunun göstergesidir. Nitekim tazminat miktarının sadece aşağı yönlü olmak kaydıyla bu kriterlere göre derecelendirilmesi, adalet ve hakkaniyet kavramıyla açıklanmaktadır.⁴⁷⁷ Zira kabul edildiği üzere bazen hakkaniyet gereği tam tazmin ilkesi esnetilmekte ve zarar miktarından daha az bir tazminata hükmedilebilmektedir. Aksi hâlde zarara ağır kusuruyla sebep olan bir kimseyle, hafif kusuruyla sebep olan bir kimseye aynı miktarda tazminat ödetilmiş olacak ve adalet duygusu zedelenebilecektir.⁴⁷⁸

Bununla birlikte hukukumuzdaki kimi yaptırımlar açısından bu farklılık oldukça azalmakta, hatta bazı yönleriyle özdeşlik seviyesine yakınsamaktadır. Şöyle ki; bazı tazminat örneklerinde, zenginleşme yasağı da bir kenara bırakılarak, tam tazmin ilkesine genel hükümlerde müsaade buyurulanın aksine, yukarı yönlü bir istisna getirilmekte, mağdurun zararının üzerinde bir miktarda tazminata hükmedilebilmektedir. Genel hükümlerdeki alışılmış tazminattan farklı olan bu örneklerin, mağdurun zararının telafisinden başka amaçlarla oluşturulduğu aşikârdır.

⁴⁷⁷ YHGK, E. 2010/4-130, K. 2010/161, T. 17/3/2010: “Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedendir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir.”

⁴⁷⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 120.

Ne tür hukuki uyumsuzluklar bakımından öngörüldükleri, hükmedilecek miktarların nasıl hesaplandığı gibi sorularla bu yaptırımların amaçlarına ilişkin çıkarımlarda bulunulabilecektir. Amacımız, ilgili örneklerin cezalandırıcı tazminatla benzerliklerini araştırmak olduğundan bunların, davalıyı cezalandırma düşüncesini içerip içermedikleri, bununla bağlantılı olarak da kanun koyucu tarafından ödetme ve caydırma amaçlarının güdülüp güdülmediğinin tespiti çok önemlidir.

İnceleyeceğimiz yaptırımların en belirgin ortak özelliği zarardan bağımsız oluşlarıdır. Daha doğru bir ifadeyle bu yaptırımlardan bazıları mağdurun zararını aşan tutarlardayken, bazılarında ise ortada bir zarar olmasa dahi hükmedilebilmektedir. Bu özellikleri dolayısıyla da cezalandırma düşüncesi içerdiklerine ilişkin ilk ipucuna erişildiği varsayılabilir. Elbette kanun koyucunun amacı bundan farklı da olabilir. Söz gelimi zararın ispatının imkânsız ya da çok zor olduğu bir hâl için bir tür zarar varsayımında da bulunulmuş olabilir. Ancak, yaptırımla hedef alınan fiillerin ağır kusur ihtiva eden, kötü niyetli, kınanması gereken fiiller olması durumunda bu varsayım daha da güçlü savunulabilecektir. Kanımızca bu tür fiillerin karşılığı olarak zarardan fazla tutarda bir yaptırım öngörülmesi, miktarın hesaplanmasında göz önünde bulundurulmuş kriterler her ne olursa olsun, caydırma amacının varlığını kesin kılacaktır. Belirlemede kullanılan ölçütlerin failin kusur derecesi, dava konusu eylemin kötülüğü, ağırlığı gibi değişkenler olması hâlinde ise ilgili yaptırımın özünde ödetmeci bir anlayışı da barındırdığına, dolayısıyla tıpkı cezalandırıcı tazminatta olduğu gibi caydırmayla birlikte ödetme amacının da güdüldüğüne kanaat getirilebilecektir.

Manevi tazminat kurumu, iş hukuku alanındaki ayrımcılık, ihbar, kötü niyetli fesih, iş güvencesi tazminatları ve sendikal tazminat, icra hukukundaki icra inkâr ve kötü niyet tazminatları, FSEK m. 68 ve RKHK m. 58’de yer alan üç kat tazminatlar, TTK m. 783’te düzenlenen çek tazminatı, TBK m. 355’te ifade bulan yeniden kiralama yasağına aykırılık tazminatı ve TBK m. 530’da öngörülen gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kazanç devri yaptırımı, bu bağlamda incelemeye değer görünmektedir.

Anılan örnekleri incelemeye başlamadan önce ise öğretinin bu nevi yaptırımların hukuki niteliklerini açıklamakta sıkça kullandığı üç kurumu; medeni ceza (özel hukuk cezası), ceza koşulu (cezai şart) ve götürü tazminatı kısaca ele almamız faydalı olacaktır. Bunlardan bilhassa medeni ceza önemlidir. Zira öğretilerdeki yaygın kanı, cezalandırıcı tazminatın hukukumuzdaki işlevsel denginin medeni ceza olduğu yönündedir.

B. Zarar Miktarını Aşan ya da Zarar Olmasa Dahi Hükmedilebilir Olan Tazminatları İzahta Başvurulan Hukuki Kurumlar

1. Medeni Ceza (Özel Hukuk Cezası)

Cezalandırıcı tazminatın tarihsel gelişimi başlığında değindiğimiz üzere Roma hukukunda da tazminat yaptırımıyla telafi ve cezalandırmanın bir arada amaçlandığı bir dönem bulunmaktadır.⁴⁷⁹ Sonralarda ise haksız fiiller karşılığı açılan ceza davaları (*actio poenalis*) ve tazminat davaları (*actio rei persecutoria*) birbirlerinden ayrılarak, konudaki modern ayırımın ilk temelleri atılmıştır.⁴⁸⁰ Cezalandırıcı tazminat kurumuyla Anglo-Sakson hukukunda varlığını sürdürebilen özel hukuk alanında tazminatlar yoluyla cezalandırma düşüncesi, Kara Avrupası hukukunda ise daha katı bir biçimde reddedilmiştir.⁴⁸¹ Hatta özel hukuk-ceza hukuku ayrımı bu gelenekte, modern hukuk kültürünün bir kazanımı olarak görülmüştür.⁴⁸² Ancak bu katı reddediş dahi, temel düşüncenin tüm izlerini silmek noktasında yetersiz kalmıştır.⁴⁸³

Kara Avrupası sorumluluk hukukunun tarihsel süreçteki evriminin pozitif hukuktaki tortusu olarak nitelendirebileceğimiz medeni ceza kavramı, Türk

⁴⁷⁹ Meurkens, **a.g.e.**, s. 151.

⁴⁸⁰ Jansen, **a.g.e.**, s. 179; F. İlçin Gönenç, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 21.

⁴⁸¹ Allan Beever, “Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis”, **Justifying Private Law Remedies**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2008, s. 249-250.

⁴⁸² Koziol, **a.g.m.**, s. 755-756.

⁴⁸³ Meurkens, **a.g.e.**, s. 152-153.

öğretisinde henüz ne teorik ne de normatif bir çerçeveye oturtulmuş durumdadır.⁴⁸⁴ Bu kurum, günümüzde daha ziyade, aşağıda ele alacağımız çizgi dışı özel hukuk yaptırımlarını kategorize edebilmek adına kullanılan bir torba kavram görünümündedir.

Konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunan öncü yazarlardan TUNÇOMAĞ, medeni ceza kavramını şöyle tanımlamıştır:⁴⁸⁵

“Ceza ve medeni hukuk alanlarının henüz sınırlanmadığı ve ceza kanunu hükümlerinin tamamen özel ilişkileri de çevresine aldığı eski devirlerde rastlanan hususi ceza, tazminat ile cezanın birleşmesinden meydana gelmiş muhtelit bir müessesedir. Modern hukuklardan kaybolmaya yüz tutan hususi cezanın kalıntılarına hala birçok kanunlarda tesadüf etmek mümkündür. Hatta son zamanlarda ona bu günlerin hukuklarında daha fazla yer verilmesi gerektiğini iddia eden bazı müellifler de ortaya çıkmıştır. Genel olarak kabul edildiğine göre, hususi cezanın özelliklerinden başlıcaları şu noktalar etrafında toplanabilir. Önce hususi ceza uğranılan zarar miktarından yüksektir. Sonra hususi cezada kusurun oynadığı rol daha önemlidir. Nihayet hususi ceza zarar failini göz önünde bulundurur ve onu cezalandırmak ister...hususi ceza, kanun tarafından tesis edilmesi; ancak kanunda gösterildiği hallerde ve belli borçlar için söz konusu olması ve faili cezalandırmak gayesini gütmesi gibi sebeplerle cezai şarttan ayrılır.”

Benzer şekilde OĞUZMAN/ÖZ de Türk sorumluluk hukukunda, zarar miktarının hükmedilecek tazminata bir üst sınır teşkil ettiğini açıklarken bu kurumdan şöyle bahsetmiştir:⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Bu uğurda görüş bildiren Gül, Türk hukukunda telafi tazminatına ek olarak hükmedilen her yaptırımın medeni ceza olarak değerlendirilmemesi gerektiğini; ancak caydırma işlevi gören ve üçüncü kişilere örnek olması için hükmedilen tazminatların bu nitelendirmeye uygun olduğunu belirttikten sonra konuya ilişkin genel bir düzenleme yapılması hâlinde şu noktaların üzerinde durulması gerektiğini belirtmiştir: Medeni cezalar failerin önemseyecekleri miktarlarda olmalıdır; failin haksız eyleminden elde ettiği kazançlar da medeni ceza olarak hükmedilen tutara eklenmelidir; belirlemede failin malvarlığı ve en az bir yıllık geliri göz önünde bulundurulmalıdır; medeni ceza sorumluluğu doğuracak fiiller bakımından ağır kusur şart koşulmalıdır; özellikle sosyal olarak kabul edilemez eylemler hedefe alınmalıdır; hakaret, tehdit ve suçluyu övme gibi haksız fiiller söz konusu olduğunda bu yaptırımın basın özgürlüğünün ve ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açacak şekilde kötüye kullanımına mahal verilmemelidir; mükerrer medeni ceza yaptırımına izin verilmemeli, ancak yaptırım indirimine de tabi tutulmamalıdır. Bkz.: İbrahim Gül, “Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı: 18, 2019, s. 343-372.

⁴⁸⁵ Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul, Baha Matbaası, 1963, s. 43. Yazar “hususi ceza” deyişini tercih etmiştir.

⁴⁸⁶ Oğuzman, Öz, *Cilt 2*, s. 113-114.

“Bununla birlikte, çok ender rastlanacak bazı özel sorumluluk hükümleri mağdurun failden zararını aşan miktarda tazminat istemesine imkân vermiş olabilir. Bu hükümlerin amaçları da mağdurun zararını gidermekten çok muhtemel failleri hukuka aykırı davranmaktan caydırmaktır. Örneğin kişilik hakkına tecavüz sayesinde failin elde ettiği kazancın vekaletsiz işgörme hükümlerine göre mağdura verilmesi (MK m. 25/3); kötü niyetli haksız zilyedin elde ettiği, hatta elde etmeyi ihmal ettiği kazançları iade talep edene tazmin etmesi (MK m. 995/1); izni ve rızası olmaksızın başkasının işine müdahale ederek çıkar sağlayanın bu elde ettiği çıkarları iş sahibine vermesi (TBK m. 530); başkasına ait eserde sahibinin fikri haklarına tecavüz ederek kazanç sağlayanın bu kazancı fikri hak sahibine vermesi (5846 sayılı FSEK m. 70/3), hükümleri böyledir. “Medeni Hukuk cezası” olarak da adlandırılan bu istisnai durumlar asla kıyasen veya boşluk doldurma bahanesiyle genişletilemez.”

Türk doktrininde cezalandırıcı tazminat konusunu çalışan yazarlar, neredeyse istisnasız olarak, bu yaptırım türü ile cezalandırıcı tazminat arasında paralellikler kurmuş; kimi yazarlar Anglo-Sakson hukukunda uygulama bulan cezalandırıcı tazminatın, Türk hukukunda kabul edilen medeni ceza yaptırımının bir alt türü olarak değerlendirilebileceğini ifade etmişlerdir.⁴⁸⁷ Ancak medeni ceza yaptırımının bir miktar paranın ödenmesi şekliyle sınırlı düşünülmemesi gerektiği, bu yaptırımın failin bir haktan mahrum bırakılması şeklinde de uygulanabileceği belirtilmektedir.⁴⁸⁸ Nitekim TMK m. 510/1’de düzenlenen miras bırakana karşı işlenen suç sebebiyle mirasçılıktan çıkarma ve aynı hususta TMK m. 578’de düzenlenen mirastan yoksunluk yaptırımları, yine TMK m. 610 uyarınca tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçının mirası ret hakkının etkisizleşmesi bu tür medeni ceza örnekleridir.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ E. Baş Süzel, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme-Menfaat Devri Yaptırımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 170; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 172; Gümüş, **a.g.e.**, s. 1044; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 205; “Common law kökenli “punitive damages” (cezalandırıcı tazminat) kurumu, Anglo-Amerikan hukukunda sıklıkla yer bulmakta olup, Kıt’a Avrupası hukukunca kabul edilen ve cezalandırıcı tazminat kurumuna işlevsel olarak denk olan “özel hukuk cezası” kavramı ise, gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır.” Uçaryılmaz, Emiroğlu, **a.g.m.**, s. 838; Antalya ise Türk hukuku bakımından cezalandırma amacı güden tazminatlar ile medeni hukuk cezasının birbirinden ayrılması gerektiği kanısındadır. Yazar, cezalandırma amacı güden tazminatların asli amaçlarının, cezai nitelik taşıması dahi zararın giderimi olduğunu ifade etmiş; İş Kanunu m. 17’de düzenlenen kötü niyetli fesih tazminatını bu tür yaptırımlara örnek göstermiştir. Bkz.: Antalya, **a.g.e.**, s. 555.

⁴⁸⁸ Hekim, Kaplan, **a.g.m.**, s. 181.

⁴⁸⁹ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 170; Hekim, Kaplan, **a.g.m.**, s. 182.

Medeni cezaya ilişkin son olarak da kusur unsuruna ayrı bir parantez açmamız faydalı olacaktır. Aşağıda inceleyeceğimiz ve öğretilerdeki birçok görüş gibi bizim de medeni ceza olarak nitelendireceğimiz kimi yaptırımlar, TMK m. 2/2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın özel görünümüne karşılık olarak öngörülmüşlerdir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁴⁹⁰ m. 25/3’te öngörülen sendikal tazminat, 4857 sayılı İş Kanunu⁴⁹¹ (İK) m. 17/6’da öngörülen kötü niyetli fesih tazminatı, TBK m. 355’te ifade bulan yeniden kiralama yasağına aykırılık tazminatı bu bağlamda değerlendirilebilir.

Türk öğretisindeki baskın görüş bir hakkın kötüye kullanıldığından söz edilebilmesi için karşı tarafın bir zarara yahut zarar tehlikesine maruz kalması gerektiğini kabul etmektedir.⁴⁹² Bununla birlikte zarar verme kastı zorunlu bir unsur olarak aranmamaktadır.⁴⁹³ Hakkın kötüye kullanıldığı birçok örnekte böyle bir kasttan bahsedilebilirse de bunun zorunlu unsur olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır.⁴⁹⁴ Yalnızca kast değil neticeye ilişkin herhangi derecede bir kusur şart koşulmamaktadır. Nitekim hakkın kötüye kullanıldığının tespitinin zarar verme kastı yahut hukuka aykırı neticeye ilişkin herhangi bir düzeyde kusur gibi subjektif kıstaslar yerine, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması, hak sahibinin elde edeceği menfaat ile karşı tarafa verilen zarar arasında açık oransızlık bulunması, kullanılan hakkın sosyal ve ekonomik gayesinden saptırılması gibi objektif kıstaslarla yapılması savunulmuştur.⁴⁹⁵ Bugün baskın görüş dürüstlük kuralına (objektif iyi niyet) aykırılığın, yani hakkı kullananın aynı durum ve şartlar

⁴⁹⁰ Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG. 7.11.2012/28460.

⁴⁹¹ Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG. 10.6.2003/25134.

⁴⁹² Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 117, (buradan itibaren Kılıçoğlu, **Medeni** olarak anılacaktır.); Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Kişiler Hukuku**, Cilt 1, 15. bs., İstanbul, Beta, 2019, s. 190; Hüseyin Altaş, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 296; Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, **Medeni Hukuk Bilgisi**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 130; Aydın Zevkliler v.d., **Medeni Hukuk**, 8. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 61; Sarper Süzek, **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1976, s. 72, (buradan itibaren Süzek, **Fesih** olarak anılacaktır.); Aksi yönde Bkz.: M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 26. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 275-276; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 22; Yalçın Kavak, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019, s. 100.

⁴⁹³ Kılıçoğlu, **Medeni**, s. 117; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 187; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 275.

⁴⁹⁴ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 275.

⁴⁹⁵ Hakkın kötüye kullanıldığının tespitinde kullanılacak ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Süzek, **Fesih**, s. 74 vd.; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 276 vd.; Kavak, **a.g.e.**, s. 72 vd.

içerisinde bulunan ortalama, dürüst, namuslu ve makul bir kimse gibi davranmaması hâlinin hakkın kötüye kullanımı sayılacağını kabul etmektedir.⁴⁹⁶ Bu genel kıstas saydığımız sübjektif ve objektif tüm kıstasları kapsamaktadır.⁴⁹⁷

TMK m. 2/2’de bir hakkın açıkça kötüye kullanımını hukuk düzeninin korumayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda akla ilk gelen yaptırımlar, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek şekilde öne sürülen talep ve savunmaların mahkemece dikkate alınmaması olacaktır.⁴⁹⁸ Örneğin bir sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğinin tespitine ilişkin dava, eğer bu hak kötüye kullanılmışsa reddedilecektir ya da benzer şekilde zamanaşımı definin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek bir biçimde öne sürülmesi hâlinde hâkim, bu savunmayı nazara almadan hüküm kuracaktır.⁴⁹⁹ Ancak medeni ceza bu olağan sonuçlardan biri değildir.

Yukarıda açıkladığımız üzere Türk sorumluluk hukukuna kusur prensibi hâkimdir. Tazminat yaptırımının gündeme gelebilmesi için sorumlu kimse kural olarak en azından ihmal derecesinde kusurlu addedilebilmelidir. Kavramsal olarak medeni ceza ise hem nitelik hem nicelik bakımından zararın giderilmesi sorumluluğunu aşmaktadır ve bu itibarla tazminattan daha ağır bir yaptırım görünümündedir. İsmiyle müsemma özel hukuk alanında verilen bu cezalarda asgari de olsa ceza hukuku prensiplerine özen gösterilmeli ve kusur zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Aşağıda göreceğimiz üzere bahsettiğimiz medeni ceza örnekleri belirli hukuki ilişkilerde ve oldukça spesifik hâllere ilişkin olarak öngörülmüş vaziyettedirler. Bu hâllerde de mağdurun bir zarar ya da zarar tehlikesine maruz kalması, failin de bu neticeye ilişkin bir kastının ya da en azından bir ihmalinin bulunması neredeyse kaçınılmazdır. Ancak teoride de olsa kusursuz bir kimsenin cezalandırılması ihtimali, kusur sorumluluğunu esas alan hukuk sistemimiz bakımından da uygunsuz olacaktır.

⁴⁹⁶ Altaş, **a.g.e.**, s. 293; Kavak, **a.g.e.**, s. 75; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 187-188.

⁴⁹⁷ Kavak, **a.g.e.**, s. 76-77; Süzek, **Fesih**, s. 86.

⁴⁹⁸ Akyol, **a.g.e.**, s. 107; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 289

⁴⁹⁹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 289

2. Ceza Koşulu (Cezai Şart)

Türk özel hukukunda cezalandırma denilince akla ilk gelen kurumlardan biri TBK m. 179-182 arasında düzenlenen ve Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş diğer ülke mevzuatlarında da yer bulan ceza koşuludur.⁵⁰⁰ Kanunda ceza koşulunun tanımı yapılmamıştır.⁵⁰¹ Bu müessese öğretide, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline karşılık olarak önceden taahhüt ettiği ayrı bir edim olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰² Çoğunlukla sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulama alanı bulsa da diğer borç kaynaklarına ilişkin de ceza koşulu öngörülebileceği ifade edilmektedir.⁵⁰³

TBK m. 179/1'e göre *"Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir."* Bu tür bir ceza koşulu kararlaştırılması durumunda seçimlik ceza koşulundan söz edilecektir.⁵⁰⁴ Alacaklı, tek taraflı bir irade beyanıyla asıl borcun ifasını yahut kararlaştırılan cezanın ifasını talep edebilir.⁵⁰⁵

TBK m. 179/2'de ise ifaya eklenen ceza koşulu düzenlenmiştir.⁵⁰⁶ Hükme göre *"Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir."*

TBK m. 179/3'e göre *"Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır."* Bahse konu fıkra ifa bulan "dönme cezası", esasında ceza koşulundan farklı bir kurum olmasına rağmen, kanun koyucu tarafından ceza

⁵⁰⁰ Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 167.

⁵⁰¹ İrem Yayvak Namlı, **İş Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 11; Ebubekir Uslu, **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 26; Köksal Kocaağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 25; Hilal Gülseven, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 22; Burcu Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 21; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 5.

⁵⁰² Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 341; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 6; Eren, **a.g.e.**, s. 1311.

⁵⁰³ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 538-539; Ceza koşuluna yer verilebilen-verilemeyen hukuki işlemler hakkında bkz.: Kocaağa, **a.g.e.**, s. 47 vd.

⁵⁰⁴ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 133 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1314.

⁵⁰⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1315.

⁵⁰⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 137 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1315.

koşuluna ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir.⁵⁰⁷ Hukuki ilişkinin taraflarınca dönme cezası kararlaştırılmışsa borçlu dilediği zaman kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilecektir.⁵⁰⁸

“Ceza ile zarar arasındaki ilişki” başlıklı 180. maddenin ilk fıkrasında alacaklının, hiçbir zarara uğramadığı durumlarda dahi kararlaştırılan cezanın ifasını talep edebileceği ifade edilmiş; 2. fıkra ise zararın, ceza miktarını aştığı durumlarda uygulanacak kural belirlenmiştir: *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”* Madde 182’nin ilk fıkrasında tarafların ceza miktarını serbestçe tayin edebilecekleri, son fıkrasında ise hâkimin aşırı bulduğu ceza koşulunu indirme yetkisinin varlığı hüküm altına alınmıştır. Asıl borç herhangi bir nedenle geçersiz ise yahut sonradan borçludan kaynaklanmayan bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemezken, taraflar ikinci durumun aksini kararlaştırabileceklerdir.⁵⁰⁹

İlgili hükümlerin lafzından da anlaşılacağı üzere esasen sözleşmeler hukuku alanında uygulama bulan ceza koşulunun çeşitli amaçlarından söz etmek mümkündür.⁵¹⁰ Bu amaçlar bazen bir arada görünür hâldeyken, bazen de somut olayın özelliklerine göre içlerinden birisi daha baskın hâle gelebilmektedir.⁵¹¹

⁵⁰⁷ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 549; Yayvak Namlı, **a.g.e.**, s. 34; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 144-145.

⁵⁰⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1316-1317.

⁵⁰⁹ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 542 vd.

⁵¹⁰ Ceza koşulunun amaçlarını (işlevlerini) farklı yazarlar, farklı başlıklara ayırmışlardır. Örneğin Ozanoğlu, meseleyi “ifaya zorlama”, “tazminat talebinin kolaylaştırılması ve teminat altına alma”, “ceza” olarak üçlü bir ayrım ile almıştır. Bkz.: Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, 1999; Bilge, “teminat gayesi”, “tazminatın tesbiti gayesi” ve “akitten rücu gayesi” olarak üçlü bir ayrım yer vermiştir. Bkz.: Necip Bilge, “Cezai Şart”, **Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtırasına Armağan**, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 83 vd.; Tunçomağ ise “cezai şartın mahiyetine uygun gayeleri” ve “cezai şartın mahiyetine yabancı gayeleri” olarak ikili bir ayrımı tercih etmiştir. Bkz.: Tunçoğmağ, **a.g.e.**, 48 vd.; Yayvak Namlı, “güvence amacı”, “ceza amacı”, “telafi amacı” olarak üç başlıkta değerlendirmelerde bulunmuştur. Bkz.: Yayvak Namlı, **a.g.e.**, s. 12 vd.; Kocaağa ise “borçluyu ifaya zorlama”, “tazminatı belirleme”, “sözleşmeyi sona erdirmeyi kolaylaştırma” ayrımını tercih etmiştir. Bkz.: Kocaağa, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Önemle belirtmek lazım gelir ki ceza koşuluna atfedilen ve TBK m. 179/3’ün dayanak gösterildiği “sözleşmeyi sona erdirmeyi kolaylaştırma” amacı esasen dönme cezasına ilişkindir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere öğretideki baskın görüşe göre bu iki kurum birbirinden farklıdır. Bununla birlikte kimi yargı kararlarında da dönme cezasından, ceza koşulunun bir türü olarak, anılan amaçtan ise ceza koşulunun tali amacı olarak bahsedilmektedir. Bkz.: YİBHKGK, E. 2017/10, K. 2019/1, T. 08/03/2019:

Ceza koşulunun en temel amacının borçluyu baskı altına alarak ifaya zorlamak ve bu yönüyle alacaklıya bir teminat/güvence sağlamak olduğu ifade edilmektedir.⁵¹² Özellikle cezanın yüksek seviyede belirlendiği seçimlik ceza koşulunda yahut alacaklının kümülatif olarak hem ifayı hem de ceza olarak kararlaştırılan tutarı talep edebileceği ifaya eklenen ceza koşulunda görünür hâle gelen bu amaç, borca aykırılık durumunda ceza olarak kararlaştırılan miktarın ödeneceği düşüncesinin borçlu üzerinde bir korku, bir tür psikolojik baskı yaratması ve böylece borçlunun borcun ihlalinin kaçınmasının sağlanması şeklinde gerçekleştirilir.⁵¹³ Bu sayede borçlu, asıl borcunu ifaya güdülenecek, ayrıca ceza koşulu alacaklı açısından asıl alacağa ilişkin bir teminat teşkil etmiş olacaktır. Bu etki başka bir perspektiften ise borçlunun borcuna aykırı davranmaktan caydırılması, borcun ihlalinin önlenmesi şeklinde de açıklanabilir.⁵¹⁴ TBK m. 180/1 uyarınca ceza koşulunun zarardan bağımsız bir edim oluşu bu grup işlevlerin dayanağı olarak gösterilmektedir.⁵¹⁵

Ceza koşulunun bir diğer amacının ise alacaklıyı zararını ispat etmek zorunda kalmaktan kurtarmak ve tazminatın belirlenmesini kolaylaştırmak olduğu öne sürülmektedir.⁵¹⁶ Kurumu, hemen aşağıda ele alacağımız götürü tazminat müessesesine yaklaştıran ve “tazmin amacı”, “telafi amacı” gibi başlıklar altında da değerlendirilen bu amaç, tarafların muhtemel bir uyuşmazlıkta meydana gelebilecek zararı önceden, götürü bir biçimde kararlaştırdıkları ve bunu bir ceza koşulu olarak

“Cezai şartın esas itibarıyla iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almaktır. Diğeri ise, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir. Bu iki temel amaç dışında, ifayı engelleyen cezai şartta (dönme cezasında), borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamak amacı bulunduğu da ifade edilebilir”

⁵¹¹ Yayvak Namlı, **a.g.e.**, s. 13.

⁵¹² Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 26; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 536; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 989; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 33.

⁵¹³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 34; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 49; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 342.

⁵¹⁴ Bilge, **a.g.m.**, s. 83: *“Mukavele cezası bidayette mevcut olan asıl borcun şümülünü genişletmek veya ona eklenmek suretiyle borçlu üzerinde ruhî bir tazyik yapmakta ve böylece medenî bir ceza vasfını almaktadır. Filhakika borçlu, asıl borcun ödenmemesi halinde daha şidetli veya daha geniş bir mükellefiyet ile karşılaşacağını düşünerek asıl borcu ifa etmeğe ve böylece fer'i bir mahiyet taşıyan cezadan kurtulmaya gayret eder”*

⁵¹⁵ Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 35.

⁵¹⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 48-49; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 455-456; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 989; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 36; Uslu, **a.g.e.**, s. 30; Günay, **a.g.e.**, s. 75; Yağcıoğlu, **a.g.e.**, s. 41-42; Dirican, **a.g.e.**, s. 27.

sözleşmeye ekledikleri varsayımında görünür hâle gelmektedir.⁵¹⁷ Zira borca aykırılık hâlinde ortaya çıkan zararı ispat yükü, kural olarak alacaklının üzerindedir.⁵¹⁸ Bu ispatın zor olduğu bazı durumlar alacaklı için tam telafiye kavuşamaması riski doğuracaktır. Bu riskin önlenmesi ve tam telafinin sağlanabilmesi için de taraflar uygun bir ceza koşulu kararlaştırabileceklerdir.

Ceza koşulunun borçlunun kusuruyla ilişkisi tartışmalı olmakla beraber baskın görüşe göre alacaklının bu edimi talep edebilmesi için borçlunun borca aykırılıktan kusuruyla sorumlu olması gereklidir.⁵¹⁹ Zira kusur sorumluluğunun esas olduğu hukukumuzda, sözleşmeye aykırılık hâlinde ödenecek olan tazminattan daha ağır bir yaptırım olan sözleşme cezası açısından da kuralın kusur sorumluluğu olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.⁵²⁰ Kanun koyucu da ceza koşulu alacağının doğması için borçlunun kusurlu olması gerektiğini TBK m. 182/2’de yer alan “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.*” şeklindeki olumsuz ifadeyle belirtmiştir.⁵²¹ Pek tabii sözleşme serbestisi gereği taraflar bunun aksini kararlaştırabilecekleri gibi, kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği kimi borca aykırılık hâlleri için kararlaştırılan ceza bakımından muacceliyetin de borçlunun kusurundan bağımsızlaşacağı ifade edilmektedir.⁵²² Bundan başka, cezanın muaccel olması bakımından kusur derecesinin bir öneminin bulunmadığı, ancak TBK m. 182/3 uyarınca indirim yetkisini kullanacak olan

⁵¹⁷ Türk öğretisindeki bir görüşe göre ceza koşulu bir tür götürü tazminattır. Bkz.: Tunçomağ **a.g.e.**, s. 29-30. Benzer bir başka görüşe göre de götürü tazminat, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılabilecek olan farklı içerikteki ceza koşulu düzenlemelerinden biridir. Ceza koşuluna ilişkin bu özel düzenleme hâlinin, ceza koşuluna benzer, ancak ondan farklı bir kavram olarak ele alınmasına ihtiyaç yoktur. Bkz.: Suat Sarı, “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri: Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 303-304.

⁵¹⁸ TBK m. 50/1: “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*” Haksız fiilden kaynaklanan zararlara ilişkin olan bu hüküm, TBK m. 114/2 uyarınca sözleşmeye aykırılık hallerinde de kıyasen uygulanacaktır.

⁵¹⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 231 vd.; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 551; Bilge, **a.g.m.**, s. 108.

⁵²⁰ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 551.

⁵²¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 232; Ceza ödeme yükümlülüğü bakımından borçlunun kusurunun bir önemi olmadığını savunan Eren’e göre ise kusursuz imkansızlıkta bu yükümlülüğün ortadan kalkması, borçlunun kusursuzluğunun değil, ceza koşulunun fer’i niteliğinin sonucudur. Bkz.: Eren, **a.g.e.**, s. 1317.

⁵²² Kocaağa, **a.g.e.**, s. 239; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 552.

hâkimin, konuya ilişkin olarak bu hususu da göz önünde bulundurabileceği kabul edilmektedir.⁵²³

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi özel hukuk alanında cezalandırma düşüncesinin bir örneği sayılabilecek olan ceza koşulu kurumunun ancak bir borç ilişkisinin taraflarınca kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bununla beraber bazı yazarlarca, aşağıda cezalandırma düşüncesinin varlığı bakımından inceleyeceğimiz kimi özel hukuk yaptırımlarıyla ceza koşulu arasında benzerlik kurulmuş, bu yaptırımların bir tür “kanuni cezai şart” oldukları ifade edilmiştir. Bundan başka, hem isminden hem de yöneldiği temel amaçlardan, özellikle de borçluyu borcunu ifaya zorlama ve aksi davranıştan caydırma amacından, dolayı ceza koşulu kurumunu bizatihi bir medeni ceza olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır.⁵²⁴

3. Götürü Tazminat

Bir sözleşmenin tarafları, borçlunun borca aykırı davranması durumunda alacaklının uğradığı zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek miktarı, yapacakları ayrı bir anlaşma ile önceden belirleyebilirler.⁵²⁵ Bu uğurda yapılan anlaşma, götürü tazminat anlaşması; önceden kararlaştırılan miktar ise götürü tazminat olarak isimlendirilmektedir.⁵²⁶ TBK’da düzenlenmeyen götürü tazminat anlaşmasının, asıl sözleşmeye bağlı, *sui generis* bir yan anlaşma niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.⁵²⁷

Sözleşme özgürlüğü uyarınca taraflar, kararlaştırılan götürü tazminatın aksinin ispatının mümkün olup olmadığı noktasında da anlaşabilirler.⁵²⁸ Bir başka anlatımla taraflar, sözleşme ihlalinden doğan zararın götürü tazminattan az ya da çok olduğu durumlarda nasıl bir yol izleneceğini de önceden kararlaştırabilirler. Her iki

⁵²³ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 552.

⁵²⁴ Ali Naim İnan, Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 565-566; Gümüş, **a.g.e.**, s. 1009.

⁵²⁵ Mehmet Erdem, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s. 103.

⁵²⁶ Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 68; Berk Kapancı, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013, s. 655.

⁵²⁷ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 87 vd.; Kapancı, **a.g.m.**, s. 656-657.

⁵²⁸ Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 129, 2017, s. 210; Kapancı, **a.g.m.**, s. 667.

tarafın da zararın belirlenen götürü tazminattan az ya da çok olduğunu ispat ederek tazminatın bu miktara çekilmesini sağlayabildiği götürü tazminat türü “nispi götürü tazminat”; bu imkânın taraflardan sadece birine tanındığı götürü tazminat türü ise “kısmen nispi götürü tazminat” olarak adlandırılmaktadır.⁵²⁹

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasında alacaklı, zararının götürü olarak belirlenen miktarı aştığını ispat ederek bu miktarı talep edebiliyor ancak borçlu, zararın belirlenen götürü miktardan az olduğunu ispat ederek tazminatı bu miktara çekemiyorsa “asgari götürü tazminat”; bunun tam tersi şartlarla bir tutar kararlaştırıldığında ise “azami götürü tazminat” söz konusu olacaktır.⁵³⁰ Pek tabii taraflar kararlaştırdıkları götürü tazminatın kesinliğine dair bir anlaşma da yapabilirler. Böyle bir durumda ise “mutlak götürü tazminat” mevcut demektir.⁵³¹

Götürü tazminat anlaşması ile taraflar, sözleşmenin ihlali sebebiyle alacaklının uğradığı zararın telafisini, alacaklıyı bu zararın miktarını ispat etme yükünden kurtarmayı, asıl sözleşme açısından şeffaflık ve hukuki güvenliğin teminini amaçlarlar.⁵³² Borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle oluşan zarar bakımından borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması da bu anlaşma ile gerçekleştirilmek istenen bir başka amaç olabilir.⁵³³

Götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarın talep edilebilmesi için, borçlunun, borca aykırılıkta kusurlu olması ve bunun sonucunda bir zararın meydana gelmesi gereklidir.⁵³⁴ Götürü tazminat anlaşması, zararın varlığına ilişkin değil, miktarına ilişkin ispat zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.⁵³⁵

⁵²⁹ Kapancı, **a.g.m.**, s. 669-670; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 112 vd.

⁵³⁰ Parlak Börü, **a.g.m.**, s. 213; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 114-117.

⁵³¹ Kapancı, **a.g.m.**, s. 667; Azami ve mutlak götürü tazminat anlaşmalarının aynı zamanda birer sorumsuzluk anlaşması niteliğinde oldukları kabul edilmektedir. Zira bu hâllerde borçlunun sorumluluğu belirli bir miktar ile sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla bu tür götürü tazminat anlaşmaları söz konusu olduğunda sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin TBK m. 115-116 hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 266 vd.

⁵³² Erdem, **a.g.m.**, s. 102; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 101 vd.

⁵³³ Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 109.

⁵³⁴ Bununla birlikte kanunda sorumluluğun doğması için kusur şartı aranmıyorsa, götürü tazminatın talep edilebilmesi için de kusur aranmayacaktır. Örneğin bir sözleşmenin tarafları temerrüt halinde ödenecek tazminatı götürü olarak belirlemişlerse, kanunda temerrüt faizi bakımından kusur şartına yer verilmediği için götürü tazminat talebi için de borçlunun kusuru bir önem arz etmeyecektir. Bkz.: Erdem, **a.g.m.**, s. 106.

⁵³⁵ Erdem, **a.g.m.**, s. 107.

Götürü tazminata dair en önemli meselelerden birisi de kararlaştırılan miktarın makul bir zarar tahmininden ibaret olması gerekliliğidir.⁵³⁶ Bu noktada borca aykırılık hâlinde ortaya çıkması muhtemel, tipik zararların dikkate alınacağı belirtilmektedir.⁵³⁷ Yani taraflar bir araya gelip olası bir borca aykırılık hâlinde doğacak zararı tahmin ederek, ödenecek tazminatı zarar ortaya çıkmadan evvel kararlaştırırlar. Böylesi bir soyut belirlemede bir miktar sapmaların mevcudiyeti kaçınılmaz olsa da belirlenen tutarın makul bir tahminin çok üzerinde olması, taraflarının gerçek iradelerinin araştırılmasını gerektirir.⁵³⁸ Zira taraflar götürü tazminat değil, bir ceza koşulu kararlaştırmak niyetinde olabilirler.⁵³⁹ Bu hâlde ceza koşuluna ilişkin yukarıda değindiğimiz hükümler uygulama bulacaktır.⁵⁴⁰ Ceza koşuluna cevaz vermeyen Amerikan hukukunda da benzer bir ayırım yapılmakta, kararlaştırılan miktarın makul bir zarar tahmini olarak kabul edilip edilemeyeceğine göre geçerli bir götürü tazminat anlaşmasından yahut geçersiz bir ceza koşulundan bahsedileceği ifade edilmektedir.⁵⁴¹ Kanımızca götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarın, makul bir zarar tahmininin çok altında ya da üstünde bir seviyede olması durumunda TBK m. 30 vd. düzenlenen yanılma hükümlerince sözleşmenin iptali de gündeme gelebilmelidir. Pek tabii götürü tazminat anlaşmasına ilişkin olan bu iptal, esas sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyecektir.

Türk öğretisinde, ceza koşulunun aksine, götürü tazminatın sözleşmeyle kararlaştırılabileceği gibi bir kanun hükmünden de kaynaklanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁴² Bu husustaki en klasik örnek, para borçlarında temerrüt hâline ilişkin TBK m. 120'de öngörülen temerrüt faizidir.⁵⁴³ Bu hâlde kanun koyucunun bir zarar varsayımında bulunduğu ve alacaklıyı bu zararın kapsamını ispatlamak yükünden kurtardığı ifade edilmektedir.⁵⁴⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki kanuni bir düzenlemeden doğan bu tür götürü tazminat örneklerinde, sözleşmesel götürü

⁵³⁶ Erdem, **a.g.m.**, s. 122-123.

⁵³⁷ Kapancı, **a.g.m.**, s. 665; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 76.

⁵³⁸ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 186; Kapancı, **a.g.m.**, s. 679.

⁵³⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 186; Kapancı, **a.g.m.**, s. 679.

⁵⁴⁰ Yayvak Namlı, **a.g.e.**, s. 28; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 178; Kapancı, **a.g.m.**, s. 671.

⁵⁴¹ Dobbs, **a.g.e.**, s. 812 vd.

⁵⁴² Erdem, **a.g.m.**, s. 99; Birinci Uzun, **a.g.e.**, s. 204; Kapancı, **a.g.m.**, s. 657, dn. 4; Gümüş, **a.g.e.**, s. 1040.

⁵⁴³ Kapancı, **a.g.m.**, s. 657, dn. 4; Erdem, **a.g.m.**, s. 99-100.

⁵⁴⁴ Oğuzman, Öz, **Cilt 1**, s. 526; Gümüş, **a.g.e.**, s. 1040.

tazminattan farklı olarak, ortada bir zarar bulunmasa dahi tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmekte; bir başka ifadeyle bu nevi götürü tazminatlarda alacaklı sadece zarar miktarını değil zararın varlığını da ispat yükünden kurtulurken, borçlunun aksi yöndeki ispatı da sorumluluğunu engellememektedir.⁵⁴⁵

Kanundan doğan götürü tazminatlara ilişkin saydığımız bu özellikler, aşağıda cezalandırma düşüncesi içerip içermedikleri bakımından inceleyeceğimiz bazı özel hukuk yaptırımlarının, kanundan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.

C. Türk Hukukundaki Cezalandırıcı Tazminat Benzeri Yaptırımlar

1. Manevi Tazminat

Bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, bilimsel ve mesleki kimliği, adı, sırları, özgürlüğü gibi, daha ziyade manevi dünyasına ilişkin olan değerler üzerindeki hakları, kişilik haklarıdır.⁵⁴⁶ Bu değerlere yapılan saldırılara karşı öngörülen yaptırımlardan biri de manevi tazminattır.⁵⁴⁷

Kişilik hakları, TMK m. 23 ve 24 ile koruma altına alınmış; aynı kanunun 25. maddesiyle de mağdura manevi tazminat talep hakkı tanınmıştır.⁵⁴⁸ Benzer şekilde TBK m. 58’ de kişilik hakkının zedelenmesi durumunda manevi tazminat talebine ilişkin genel kural belirlenmiştir.⁵⁴⁹ Bu genel hükümlerin yanı sıra kişilik haklarının çeşitli görünümüne ilişkin saldırılarda manevi tazminat yaptırımı öngören hükümler bulunmaktadır.⁵⁵⁰ Örneğin beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm hâlinde manevi tazminat talebi TBK m. 56’da, nişanın bozulmasında manevi tazminat talebi

⁵⁴⁵ Temerrüt faizinin işlevleri ve hukuki niteliği hakkında ayrıca Bkz.: Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992, s. 124 vd.

⁵⁴⁶ Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 14, 1977, s. 93; Eren, **a.g.e.**, s. 601.

⁵⁴⁷ Serozan, **a.g.m.**, s. 97.

⁵⁴⁸ Hülya Atlan, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 39 vd.

⁵⁴⁹ Atlan, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁵⁰ Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatin Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 225, (buradan itibaren Antalya, **Manevi** olarak anılacaktır.)

TMK m. 121’de, adın korunmasında manevi tazminat talebi TMK m. 26’da, boşanmada manevi tazminat talebi TMK m. 174’te düzenlenmiştir. Sadece haksız fiilde değil, borca aykırılıkta da manevi tazminat sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmektedir.⁵⁵¹

Türk hukukunda benimsenen geleneksel yönetime göre manevi tazminat miktarının belirlenmesinde yukarıda ele aldığımız maddi tazminattaki gibi önce zararın tespiti sonrasında tazminatın tayini şeklinde iki aşamalı bir süreç yoktur.⁵⁵² Oldukça soyut kavramlarla tanımlanan, maddi zararda olduğu gibi somut hareket noktaları bulunmayan manevi zararın tespitinde hâkime geniş takdir yetkisi tanınması kaçınılmazdır.⁵⁵³ Dolayısıyla manevi tazminatın belirlenmesi bir hesaplama işleminden ziyade başlı başına bir takdir işidir.⁵⁵⁴ Hâkim, TMK m. 4 uyarınca hakkaniyete uygun bir miktar belirleyecektir.⁵⁵⁵ Yargıtay’ın 22.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu hususta göz önünde bulundurulacak birtakım kriterlere işaret edilmiş; olayın oluş şeklinin, tarafların ekonomik durumlarının ve kusur derecelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁵⁶ Maddi tazminat açısından kabul edilen zenginleşme yasağı manevi tazminat açısından da geçerlidir.⁵⁵⁷

Manevi tazminat yaptırımının amacı konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Ancak bu görüşlerden evvel manevi zararın niteliği konusundaki görüşlerden bahsetmekte fayda vardır. Zira manevi zararın niteliğine ilişkin olarak kabul edilecek görüş, manevi tazminatın amacına ilişkin görüşlerde de belirleyici rol oynamaktadır.⁵⁵⁸

⁵⁵¹ Antalya, **Manevi**, s. 226.

⁵⁵² Kübra Demir, “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2020, s. 84; Atlan, **a.g.e.**, s. 124.

⁵⁵³ Manevi tazminatın belirlenmesinde hâkime tanınan takdir yetkisi, bu yetkinin sınırları ve kullanılmasında başvurulacak yöntem hakkında Bkz.: Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 3. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 437 vd.; Atlan, **a.g.e.**, s. 91 vd.

⁵⁵⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 538; Demir **a.g.m.**, s. 86.

⁵⁵⁵ Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008, s. 70.

⁵⁵⁶ YİBGK, E. 1966/7, K. 1966/7, T. 22/06/1966, RG. 28.7.1966/12360.

⁵⁵⁷ YHGK, E. 2017/2-2207, K. 2020/435, T. 17/06/2020: “... manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir.”

⁵⁵⁸ Antalya, **Manevi**, s. 226; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 259, dn. 8.

Objektif teoriye göre manevi zarar, hukuka aykırı bir saldırı sonucu kişilerin sırf kişi olmalarından dolayı sahip oldukları ve hukuk düzenince korunan yaşam, beden bütünlüğü, sağlık, hürriyet, ad, resim, şeref, onur, mesleki ve ticari itibar gibi değerlerin bütününden meydana gelen kişilik haklarında oluşan objektif eksilmelerdir.⁵⁵⁹ Bu eksilmeler, kişinin olay sonrası duygulanımından bağımsız olarak değerlendirilmelidir.⁵⁶⁰ Kişilik haklarına saldırı sebebiyle hissedilen acının, ızdırabın, sıkıntının kesin olarak belirlenmesi mümkün olmadığından, bu kıstaslara bakılmaksızın manevi zararın tespiti gereklidir.⁵⁶¹ Yani hukuka aykırı eylemin kişide yol açtığı üzüntü ve acı tazminat açısından önemsizdir.⁵⁶²

Öğretideki baskın görüş olan subjektif teoriye göre ise manevi zarar, kişilik hakları saldırıya uğrayan bir kimsenin acı, ızdırıp, üzüntü duymasıyla oluşur.⁵⁶³ Yani saldırı sırasında yahut sonrasında kişinin fiziksel, duygusal bir acı hissetmesi, ruhsal dengesinin sarsılması, yaşam sevincinin azalması vs. manevi zararı oluşturur.⁵⁶⁴ Kişilik hakları saldırıya uğramış olsa bile, bu saldırı, mağdurun böylesi bir duygulanımına sebebiyet vermemiş ise manevi zarardan, dolayısıyla manevi tazminattan söz edilemeyecektir.⁵⁶⁵

Manevi tazminat yaptırımının amacı açısından ise beş farklı görüş ileri sürülmüştür:

Manevi zarar kavramına ilişkin objektif teoriyi kabul eden ve “telafi görüşü” olarak adlandırılan görüşe göre manevi zararlar için maddi bir karşılık belirlenerek

⁵⁵⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 601; Erlüle, **a.g.e.**, s. 81 vd.

⁵⁶⁰ Ayşe Dilşad Keskin, **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 103.

⁵⁶¹ Çiğdem Kırca, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, 1999, s. 256.

⁵⁶² Kırca, **a.g.m.**, s. 256;

⁵⁶³ Ferit Hakkı Saymen, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940, s. 16; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK.49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 145 vd.; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 655-656; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 330; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 182 vd.

⁵⁶⁴ Şeref Ertaş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu’na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 65, (buradan itibaren Ertaş, **Manevi** olarak anılacaktır.)

⁵⁶⁵ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 271-272.

mağdurun şahıs varlığındaki objektif eksilme telafi edilir.⁵⁶⁶ Bu kimse, manevi anlamda haksız fiilden önceki konumuna döndürülmeye çalışılır.⁵⁶⁷ Bu görüş, teknik anlamda ne kadar farklı olsalar da manevi zarar ve maddi zarar arasında paralellik kurarak, her ikisindeki eksilmenin de objektif olarak tespit edilip giderileceğini savunur.⁵⁶⁸

Sübjektif teoriyi baz alan bir görüşe göre ise manevi tazminatın amacı denkleştirmedir.⁵⁶⁹ Denkleştirme görüşüne göre manevi tazminat adı altında ödenecek bir miktar para sayesinde mağdura mutluluk, memnuniyet ve huzur duygusu yaratılarak, öncesinde yaşadığı fiziksel ve ruhsal acıların, mutsuzluk hissiyatının bu duygularla denkleştirilmesi sağlanacaktır.⁵⁷⁰

Tatmin görüşü de manevi zarara ilişkin sübjektif teoriyi kabul eder. Bu görüşe göre mağdurun duyduğu acılar ne telafi edilebilir ne de denkleştirilebilir; ancak içinde bulunduğu durumun bir haksızlık olduğunun tescili, ona bir tatmin sağlayacak, acıları ortadan kaldırmasa da haksızlık duygusunu giderecek ve yaşadığı sıkıntıları hafifletecektir.⁵⁷¹

Cezalandırma görüşüne göre ise manevi tazminat bir özel hukuk cezası niteliğindedir ve amacı failin cezalandırılması yoluyla mağdurun öç alma güdüsünün

⁵⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 889 vd.; Kırca, **a.g.m.**, 256; Erlüle, **a.g.e.**, s. 84; Atlan, **a.g.e.**, s. 72; Baysal, **a.g.e.**, s. 546.

⁵⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 889.

⁵⁶⁸ Kırca, **a.g.m.**, s. 256: “Nasıl malvarlığında meydana gelen eksilme, kişinin bunu hissetmesine bağlı olmadan gerçekleşiyorsa, kişilik varlığında meydana gelen eksilme de tüm bu duygular olmaksızın gerçekleşir. İşte manevi tazminat bu eksilmelerin karşılanmasına hizmet eder. Dolayısıyla maddi tazminat ile manevi tazminat arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır.”

⁵⁶⁹ Genç Arıdemir, denkleştirme görüşünün Türk doktrinindeki baskın görüş olduğunu, ancak bu amacın bazı yazarlarca tatmin amacı olarak da anıldığını, bu yazarlarca kastedilenin bizim de hemen aşağıda değineceğimiz tatmin amacı olmadığını ifade etmektedir. Bkz.: Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 11, dn. 27.; Baysal ise denkleştirme ve tatmin görüşlerinin arasında önemli bir fark bulunmadığı görüşündedir. Bkz.: Baysal, **a.g.e.**, s. 545, dn. 9. Denkleştirme görüşüne paralel açıklamalarda bulunan yazarlar: Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1, 1973, s. 10; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 160-161; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 330-331; Tekinay v.d., **a.g.e.**, s. 655; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 13; Saymen, **a.g.e.**, s. 92 vd.

⁵⁷⁰ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 13; Saymen, **a.g.e.**, s. 92 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 160-161; Gürsoy, **a.g.e.**, s. 10.

⁵⁷¹ Karl Oftinger, Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erter Band: Allgemeiner Teil 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1995, s. 423 vd. (Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 9’dan naklen)

bastırılmasıdır.⁵⁷² Bu görüşte manevi tazminat belirlenirken manevi zararın miktarıyla ilgilenilmez, failin kusurunun ağırlığı dikkate alınır.⁵⁷³ Cezalandırıcı tazminat mantığıyla açık benzerlikler içeren bu görüş, Türk hukukunda fazla destek bulmamış olsa da manevi tazminatın içerisindeki cezai tonların tamamen de inkâr edilemez olduğunu vurgulayan yazarlar vardır.⁵⁷⁴

Son olarak caydırma/önleme görüşünden de bahsetmek gereklidir. Kimi yazarlar manevi tazminatın denkleştirme/tatmin amacının yanında⁵⁷⁵, kimi yazarlarsa telafi amacının yanında⁵⁷⁶ ikincil olarak caydırma amacının da bulunduğundan söz etmektedirler. Bu yazarlara göre özellikle yüklü miktarlardaki manevi tazminatlar potansiyel failleri caydıracak, kişisel değerlere karşı daha duyarlı ve saygılı davranılmasını sağlayacaktır.⁵⁷⁷

Yargıtay bir kararında:⁵⁷⁸

*“Genel kabul gören görüşe göre manevi tazminat; ne bir ceza ne de gerçek anlamda bir tazminattır. Mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. Bu tazminatın sınırı, onun amacına göre belirlenmelidir. **Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.**”* ifadeleriyle kurumun maddi tazminattan oldukça farklı olduğunu kabul etmiş, ancak cezalandırma amacı taşımadığını da net bir şekilde vurgulamıştır.

Yine bir başka kararda:⁵⁷⁹ *“Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak **caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir.** Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda **tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat***

⁵⁷² Cezalandırma görüşü hakkında ayrıntılı bilgi ve görüşün eleştirisi için Bkz.: Saymen, **a.g.e.**, s. 83 vd.

⁵⁷³ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 8-9.

⁵⁷⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 331; Gürsoy, **a.g.m.**, s. 11; Ertaş, **Manevi**, s. 82.

⁵⁷⁵ Ertaş, **Manevi**, s. 82; Antalya, **Manevi**, s. 239: *“...manevi tazminatın tatmin ve denkleştirme olmak üzere iki temel fonksiyonu bulunduğu kabul etmekteyiz. Manevi tazminatın ceza, tatmin veya önleme (caydırma) şeklinde temel amacı yoktur. Genel olarak, haksız fiil hukukunun önleme (caydırma) amacının bulunduğu kabul edilebilir. Bu sebeple ikincil bir önleyici fonksiyondan bahsedilebilir.”*

⁵⁷⁶ Kırca, **a.g.m.**, 265; Atlan, **a.g.e.**, s. 70; Erlüle, **a.g.e.**, s. 86; Baysal, **a.g.e.**, 546-547.

⁵⁷⁷ Erlüle, **a.g.e.**, s. 86; Atlan, **a.g.e.**, s. 70-71; Ertaş, **Manevi**, s. 82.

⁵⁷⁸ Yargıtay 11. HD, E. 2021/3969, K. 2022/9280, T. 21/12/2022.

⁵⁷⁹ YHGK, E. 2004/13-291, K. 2004/370, T. 23/06/2004.

takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır...” denilerek açıkça caydırma amacına işaret edilmiştir.

Manevi tazminatın belirlenmesinde kullanılan ölçütlerin çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız cezalandırıcı tazminattaki faktörleri çağrıştırdığı aşikârdır. Keza cezalandırıcı tazminat kurumunun tarihsel gelişimi bölümünde bahsettiğimiz üzere Amerikan hukuk tarihi de cezalandırıcı tazminat-manevi tazminat benzerliği üzerine tartışmalara sahne olmuştur. Ancak yukarıda verdiğimiz örneklerde görüldüğü üzere manevi tazminatın caydırma amacı Yargıtay tarafından onaylansa da cezalandırma amacı katıyetle reddedilmektedir. Öğretide ise cezalandırma, sınırlı sayıda yazarca ve tali bir amaç olarak gösterilmektedir. Türk hukukunda daha yoğun savunulan görüşlerin denkleştirme/tatmin ve telafi oluşu, kusursuz sorumluluk hâllerinde de manevi tazminat talebinin mümkün olması, yine açıkça tazminat hukukunda cezalandırma fikrine sıcak bakan Anglo-Sakson hukukunda dahi “acı ve elem tazminatı” ismi altında hukukumuzdaki manevi tazminata karşılık düşen başka bir tazminatın bulunması ve bu tazminatın telafi edici tazminatlar başlığı altında değerlendiriliyor olması, manevi tazminat kurumunun medeni ceza olarak nitelendirmemizi zorlaştırmaktadır.

2. İcra Hukuku Tazminatları

a. Genel Olarak

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁵⁸⁰’nda yer verilen bazı tazminat hükümleri de cezalandırma düşüncesiyle ilişkilendirilmektedir. Anılan kanunun kabulü sırasında mehzaz İsviçre hukukunda bulunmayan bu tazminatların, Türk hukukunun buluşu yaptırımlar olduğu ifade edilmektedir.⁵⁸¹ İcra ve İflas Kanunu’nun 67/2⁵⁸², 68/7⁵⁸³, 68a/8⁵⁸⁴, 69/5⁵⁸⁵, 72/4-5⁵⁸⁶, 89/3⁵⁸⁷, 97/13-15⁵⁸⁸ ve 170/3⁵⁸⁹ maddelerinde

⁵⁸⁰ Kabul Tarihi: 9.6.1932, RG. 19.6.1932/2128.

⁵⁸¹ Talih Uyar, “İcra İnkâr Tazminatı”, **Bursa Barosu Dergisi**, Sayı: 25-26, 1986, s. 2; Ali Karaca, “İcra İnkâr Tazminatı”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 4, 1953, s. 374.

⁵⁸² İİK m. 67/2, itirazın iptali davasında talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁸³ İİK m. 68/7, itirazın kesin olarak kaldırılmasında talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁸⁴ İİK m. 68a/8, itirazın geçici olarak kaldırılmasında talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁸⁵ İİK m. 69/5, borçtan kurtulma davasında talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁸⁶ İİK m. 72/4-5 menfi tespit ve istirdat davalarında talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

düzenlenen ve şartları birbirinden kısmen farklı olan bu tazminatlar, inkâr tazminatı, haksız çıkma tazminatı, haksız takip tazminatı gibi çeşitli isimlerle anılmakla beraber bazı yazarlarca “icra tazminatı” üst başlığında toplanmaktadır.⁵⁹⁰ Çalışmamızın boyutunu aşmamak adına biz, bu tazminatlardan uygulamada en sık karşılaşılan ve öğretide üzerinde en fazla durulan itirazın iptali davasında icra inkâr ve haksız takip tazminatlarını inceleyecek, bu yaptırımların cezalandırma düşüncesi içerip içermediği sorusuna yanıt arayacağız.

b. İcra İnkâr ve Haksız Takip Tazminatları

Genel haciz yoluyla ilamsız takipte itirazın iptalini düzenleyen İİK m. 67/1’ e 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.”* Takip talebine itiraz edilen alacaklıya kanun yoluna başvurma imkânı veren bu hükmün hemen ardından m. 67/2’de ise *“Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.”* denilerek, bu kanun yolu neticesinde alacaklı ya da borçlu lehine hükmedilecek bir tazminattan bahsedilmiştir. Alacaklı lehine hükmedilecek tazminat “icra inkâr tazminatı” olarak adlandırılırken, borçlu lehine hükmedilecek tazminat “kötü niyet tazminatı”, “haksız takip tazminatı” gibi isimlerle anılmaktadır.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ İİK m. 89/3, üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar ve alacaklar hakkında, üçüncü şahsın açtığı menfi tespit davasında haksız çıkması halinde talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁸⁸ İİK m. 97/13-15, istihkak davasında talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁸⁹ İİK m. 170/3, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda borca itirazda talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedir.

⁵⁹⁰ Ejder Yılmaz, “İcra Tazminatı”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt 2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 681, (buradan itibaren Yılmaz, **İcra** olarak anılacaktır.); Gülcan Sunar, **İcra Hukukunda İcra Tazminatı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995, s. 4; Gül, **a.g.e.**, s. 277.

⁵⁹¹ Adnan Deynekli, Sedat Kısa, **İtirazın İptali Davaları**, 2. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 171; Mahmut Coşkun, **İtirazın İptali – Menfi Tespit ve İstirdat – Tasarrufun İptali – İflas ve İflasın Ertelenmesi – Sıra Cetveline İtiraz Davaları**, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 355 (buradan itibaren Coşkun, **İcra** olarak anılacaktır.)

İcra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklı bir ilamsız takibe girişmiş, borçlu ödeme emrine itirazını bildirmiş, bunun üzerine alacaklı süresi içerisinde itirazın iptali davası açmış, icra inkâr tazminatı talep etmiş ve bu dava neticesinde borçlunun haksızlığına karar verilmiş olmalıdır.⁵⁹² Bu yaptırımın uygulanabilmesi için borçlunun itirazında kötü niyet aranmamakla beraber itirazı gerçekleştiren kimse borçlunun velisi, vasisi ya da mirasçısı ise bu kişiler açısından itirazın kötü niyetle yapılması şart koşulmuştur.⁵⁹³

Dikkat edilmesi gereken nokta borçlunun haksızlığının nasıl tespit edileceği, itirazın iptali davasının kabulü sonucunun doğrudan borçlunun haksızlığı anlamına gelip gelmeyeceğidir. Öğreti ve yargısal içtihatlar göre sırf davayı kaybetmesi borçlunun haksız olduğu anlamına gelmemektedir.⁵⁹⁴ Zira bazen borçlu itirazında haklı olup yine de davayı kaybedebilir.⁵⁹⁵ Uygulamada haksızlık olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, alacağın likit olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmeye gerçekleştirilmektedir.⁵⁹⁶ Alacağın ve miktarının tüm unsurlarıyla birlikte borçlu tarafından biliniyor ya da bilinebilecek durumda olması, bu uğurda bir yargılamaya, tarafların anlaşmasına, bilirkişi raporuna vs. ihtiyaç bulunmaması durumunda alacağın likit kabul edileceği ifade edilmektedir.⁵⁹⁷ Hâkim görüşe göre borçlunun likit bir alacağa karşı yaptığı itiraz haksız kabul edilmelidir.⁵⁹⁸

Haksız takip tazminatına hükmedilebilmesi için de tıpkı icra inkâr tazminatında olduğu gibi alacaklı bir ilamsız takibe girişmiş, borçlu ödeme emrine itirazını bildirmiş, bunun üzerine alacaklı süresi içerisinde itirazın iptali davası açmış

⁵⁹² Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, 28. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 168 vd.; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku Esasları**, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 307 vd.; İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, **İcra Hukuku Esasları**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 234 vd. Yılmaz, **İcra**, s. 688. vd.; Deynekli, Kısa, **a.g.e.**, s 175 vd.

⁵⁹³ Yılmaz, **İcra**, s. 707; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 237.

⁵⁹⁴ Yılmaz, **İcra**, s. 696; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 235.

⁵⁹⁵ Borçlunun bu doğrultuda bilinçli davrandığından söz edebilmek için alacağın likit olması gereklidir. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında şöyle ifade edilmiştir: "...*takip konusu alacağın belirli, sabit olması, borçlu tarafından bilinmesi veya tayin ve tahkik edilmesi mümkün nitelikte bulunması, hâkimin takdirine bağlı olmaması lazımdır. Belgeye bağlı bulunsun veya bulunmasın borçlunun böyle bir alacağa karşı itirazı haksız sayılır...*" YHGK, E. 1967/ 4-1344, K. 1967/615, T. 15/12/1967.

⁵⁹⁶ Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 235-236; Yılmaz, **İcra**, s. 700 vd.

⁵⁹⁷ Muşul, **a.g.e.**, s. 308-309; Yılmaz, **İcra**, s. 700-701.

⁵⁹⁸ Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 237; Yılmaz, **İcra**, s. 700.

olmalıdır. Önceki senaryodan farklı olarak burada alacaklının takibi mahkemece kötü niyetli ve haksız bulunmalı; ayrıca borçlu, açıkça haksız takip tazminatı talep etmelidir.⁵⁹⁹ Alacaklının takibinde haksızlığı, itirazın iptali davasında borçlunun haklılığına karar verilmesiyle ortaya çıkacaktır.⁶⁰⁰ Alacaklının takibinde haksız olduğunu bildiği veya bilebilecek durumda olduğu hâllerde takibin kötü niyetli olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰¹ Örneğin alacaklı, borç ödenmiş olmasına rağmen icra takibi yapmışsa; banka, kefalet sözleşmesi kurma yetkisi içermeyen bir vekâletnameye dayanarak imzalanan bir kredi sözleşmesi uyarınca kefile karşı takip yapmışsa, yahut geçerli bir kefalet ilişkisi bulunmasına rağmen kefil olunan tutarın üzerinde bir miktar için takip yapılırsa, kötü niyetin var olduğu kabul edilecek ve haksız takip tazminatı gündeme gelecektir.⁶⁰²

İcra tazminatları zarardan bağımsızdır; yani ne alacaklı ne de borçlu ilgili tazminatı talep ederlerken zarara uğradıklarını ispat etmek zorundadır.⁶⁰³ Karşı tarafın aksi yöndeki ispatı da sorumluluğu engellememektedir.⁶⁰⁴ Haksız takip tazminatında “kötü niyet” vurgusuyla ağır kusur şartına yer verilmiş olmakla beraber, icra inkâr tazminatı açısından bu şart aranmamıştır.⁶⁰⁵ İki tazminat için de miktar olarak öngörülen asıl alacağın %20’si tutarındaki alt sınır ise uygulamada adeta bir üst sınır hâline getirilmiştir.⁶⁰⁶ Bu oranı aşan bir tazminat talebi için talep eden tarafın bu oranda zararını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁰⁷

Konumuzla ilişkilendirebilmek adına bu tazminatların hukuki niteliklerine ilişkin görüşlere yer vermek isabetli olacaktır:

⁵⁹⁹ Yılmaz, **İcra**, s. 718-719; Muşul, **a.g.e.**, s. 310.

⁶⁰⁰ Yılmaz, **İcra**, s. 719.

⁶⁰¹ Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. bs., İstanbul, 2004, s. 110; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 239.

⁶⁰² Yılmaz, **İcra**, s. 720.

⁶⁰³ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172; Baki Kuru, “İcra İnkâr Tazminatı”, **Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı**, İstanbul 1968, s. 760-764, (buradan itibaren Kuru, **İcra** olarak anılacaktır.)

⁶⁰⁴ Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 237.

⁶⁰⁵ İcra inkâr tazminatı bakımından likit-likit olmayan alacak ayırımının yanı sıra dürüstlük kuralına aykırılığın da aranması gerektiği hakkında Bkz.: Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 136-137.

⁶⁰⁶ Gül, **a.g.e.**, s. 333.

⁶⁰⁷ Muşul, **a.g.e.**, s. 310; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 237.

BELGESAY'a göre icra inkâr tazminatı, tıpkı borçlar hukuku anlamında maddi tazminat gibi zararın telafisini amaçlar.⁶⁰⁸ “*Borçlu ancak itirazının sebep olduğu zararı ödemekle mükellef olabileceğinden, alacaklının, itiraz yüzünden bir zarara uğramadığını ispat edebilirse bir tazminata mahkûm edilemeyeceği gibi zararın %10’dan az olduğunu ispat edebilirse, yalnız bu miktardan mesul tutulabilir.*” Yazar bir başka eserinde ise bu tazminatın davacının masraflarını, alacağına geç kavuşması sebebiyle kaybettiği faizi ve avukat ücretini karşılamak üzere verildiğini, bu zararların ise kanun koyucu tarafından asgari iddianın %10’u (bugün %20) olarak önceden belirlendiğini ifade etmiştir.⁶⁰⁹ Keza YILMAZ da, icra inkâr tazminatıyla itirazın iptali davası sebebiyle alacağına geç kavuşan alacaklının maruz kaldığı zararın, yasada götürü olarak belirlendiği görüşündedir.⁶¹⁰

Bir başka görüşe göre ise icra inkâr tazminatı, TBK m. 122’de ifade bulan aşkın zarar niteliğindedir.⁶¹¹ OLGAC itiraz tazminatı olarak isimlendirdiği bu yaptırımın, alacaklının önceden sözleşme ile kararlaştırılan zamanda ifa edilmesi gereken hakkının icra talebine rağmen yerine getirilmemesinden doğan ve TBK m. 122/2’de anılan ek zarar niteliğinde olan, ancak icra kovuşturmasının durmasıyla gerçekleşen zararın giderilmesine hizmet eden bir tazminat olduğunu belirtmiştir.⁶¹²

İcra inkâr tazminatına ilişkin öğretideki baskın görüşe göre ise; bu yaptırım, borçlar hukukundan alışkın olduğumuz türden bir tazminat değildir.⁶¹³ Bu müessese, şartları icra hukuku mevzuatında şekillenmiş farklı bir yaptırım türüdür.⁶¹⁴ Bahse konu yaptırım ile, girişilen icra takibinin daha efektif sürdürülmesi, nihayete ermeden evvel meydana gelebilecek haksız müdahalelerin önlenmesi ve ilgili işlemlerinin çabucak bitirilmesine engel olunması ihtimalinin önüne geçilmesi

⁶⁰⁸ Mustafa Reşit Belgesay, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, c. 1, 2. Baskı, İstanbul, 1949, s. 71 (Gül, **a.g.e.**, s. 329’dan naklen)

⁶⁰⁹ Mustafa Reşit Belgesay, **İcra ve İflas Hukuku**, c. 1, İstanbul, Marifet Basım Evi, 1945, s. 176.

⁶¹⁰ Yılmaz, **İcra**, s. 707. Yazar, aynı çalışmasında icra tazminatlarının amacının bir yandan borçluyu bir dayanağı olmaksızın takiplere itirazdan men etmek, bir yandan da alacağına geç kavuşan alacaklının telafi için ayrı bir dava açmasına gerek bırakmamak olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Yılmaz, **İcra**, s. 684.

⁶¹¹ Senai Olgaç, **İcra İflas**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1978, s. 501.

⁶¹² Olgaç, **a.g.e.**, s. 501-502.

⁶¹³ Deynekli, Kısa, **a.g.e.**, s. 173; Kuru, **İcra**, s. 762; Sunar, **a.g.e.**, s. 14; Coşkun, **İcra**, s. 355.

⁶¹⁴ Sunar, **a.g.e.**, s. 14.

amaçlanmaktadır.⁶¹⁵ İcra inkar tazminatı, bu amacı engellemek üzere hareket eden borçluya karşı bir yaptırım olarak düşünülmüştür. Nitekim KURU, bu tazminatı cebri icrayı daha işlevsel kılmak için tasarlanmış bir müeyyide, bir ceza olarak nitelendirmektedir.⁶¹⁶ GÜL de alacaklının bir zararı olmasa dahi icra tazminatına hükmedileceği genel olarak kabul edildiğini, kanuni bir zarar varsayımına dayanan görüşün asıl alacağa bu nitelikteki temerrüt faizi işletilmesi sebebiyle, aşkın zarar görüşünün ise faizle karşılanamayan zararın tazmininin TBK m. 122’de ayrıyeten düzenlenmiş oluşu sebebiyle kabul edilemeyeceğini belirtmiş; icra inkâr tazminatının haksız eylemi önleme amacı ön planda olan bir tazminat olduğunu ifade etmiştir.⁶¹⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında:

*“...Bilindiği üzere uygulamada icra inkâr tazminatı olarak nitelendirilen bu tazminat türü, I.I.K.nun sadece dava konusu olan 68. maddesinde değil, aynı Yasanın 67, 68/a, 69, 72, 169/a ve 170. maddelerinde de yer almış bulunmaktadır. **Bu tür tazminatın amacı bir yönden, borçluları dayanaksız bir şekilde icra takibine itiraz etmekten men etmek, diğer yandan ise itiraz veyahut ihtiyati tedbir alınmak suretiyle durdurulan icra takibi nedeniyle alacağına zamanında kavuşmayan alacaklının bu sebepten kaynaklanan zararın ayrı bir davaya gerek olmaksızın giderilmesini sağlamaktır...**”⁶¹⁸* ifadeleriyle caydırma/önleme amacına değinmekle beraber telafi amacına da yakın bir duruş göstermiştir.

Borçlu lehine hükmedilen haksız takip tazminatı için ise son görüş daha yoğun olarak savunulmaktadır. Nitekim ÖZDEN MERHACI, icra inkâr ve haksız takip tazminatlarının temelinde cezalandırma ve caydırma düşüncesinin yatmakta olduğunu ifade etmiş; özellikle kötü niyet unsurunun, yani ağır kusurun gerekli olduğu haksız takip tazminatını Türk özel hukukunda cezalandırma düşüncesinin bir örneği olarak nitelendirmiştir.⁶¹⁹ Yazara göre icra inkâr tazminatı açısından alacaklının arada geçen sürede bir zararından bahsedilebilirse de haksız takip tazminatı bakımından borçlunun böyle bir zararının bulunması söz konusu

⁶¹⁵ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 109; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172; Sunar, **a.g.e.**, s. 10,

⁶¹⁶ Kuru, **İcra**, s. 762.

⁶¹⁷ Gül, **a.g.e.**, s. 332-333.

⁶¹⁸ YHGK, E. 1995/12-96, K. 1995/404, T. 19/04/1995.

⁶¹⁹ Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 216-217.

değildir.⁶²⁰ Keza TÜRK de zarara dair ispat zaruretinin olmadığını, dolayısıyla teknik olarak bir giderimden bahsedilemeyeceğini, haksız takip tazminatının %20’lik kısmının bir “özel hukuk cezası”, bunu aşan miktarın ise klasik manada tazminat olduğu görüşündedir.⁶²¹

İcra inkâr ve haksız takip tazminatlarının klasik tazminat kurumundan farklı nitelikleri bulunduğu açıktır. Gerçekten bu tazminatların mağdur odaklı değil fail odaklı bir yaklaşımla belirlendiği, bir başka ifadeyle mağdurun zararın değil haksız eylemin niteliklerinin belirleyici kabul edildiği açıkça görülmektedir. Öte yandan bu tazminatların haksız eylemi caydırma/önleme amacına hizmet ettiği hem yargı kararlarında hem de doktrinde öncelikle vurgulanmakta, bu ifade tarzı da bu işlevin klasik tazminatlardaki gibi bir yan ürün olarak belirmediği kanun koyucu tarafından doğrudan hedeflendiği izlenimi yaratmaktadır. Özellikle haksız takip tazminatında alacaklının kötü niyetinin aranması bu kurumu “medeni ceza” olarak nitelendirmeyi kolaylaştırmaktadır. Yargıtayın bu tazminatlara dair incelemelerinde caydırma/önleme işlevini vurgulamakla beraber ceza kelimesini kullanmaktan imtina etmesi ve hemen arkasından bu yaptırımın klasik tazminat kalıplarına sığdırabilmek adına telafî zeminine oturtulmasını ceza ve tazminat gibi iki farklı disipline ait görünen terimleri bağdaştıramayan geleneksel görüşten kaynaklandığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte daha yeni tarihli bir Yargıtay kararında muhalefet şerhi düşen bir üye bu tazminatlar hakkında şu yorumda bulunmuştur:⁶²²

“Her ne kadar kanunda “tazminat” ifadesi kullanılmışsa da icra tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminat değildir. Zira icra tazminatında zararın doğmuş olması önemli olmadığı gibi zarar miktarının alacağın yüzde yirmisinden az olması halinde de daha aşağı bir miktara hükmedilemez. Bu nedenle icra inkâr tazminatının, icra hukukuna özgü bir yaptırım ve medeni ceza olduğu kabul edilmektedir.”

3. FSEK m. 68’de Öngörülen Üç Kat Tazminat

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “Hukuk ve Ceza Davaları” başlıklı beşinci bölümünde yer alan 66. maddeyle “tecavüzün ref’i” davası

⁶²⁰ Özden Merhacı, a.g.e., s. 215.

⁶²¹ Ahmet Türk, **Menfi Tespit Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 314.

⁶²² Yargıtay 6. HD, E. 2021/3234, K. 2022/401, T. 31/01/2022.

düzenlenmiştir. Bu davayla hak sahibine, fikrî haklarına ilişkin mevcut bir saldırının durdurulmasını sağlama imkânı tanınmıştır. Davanın açılabilmesi için davacının fikrî mülkiyet hakkına karşı bir saldırının başlamış ve devam ediyor yahut etkilerini sürdürüyor olması gereklidir.⁶²³ Bir edebî eserin, sahibinin izni alınmadan basılıp satışa sunulması, yine gerekli izinler alınmadan bir dizinin yayınlanması, tablonun sergilenmesi gibi eylemler bu davaya konu olabilecektir.⁶²⁴ Davaya sebep fiil açısından objektif hukuka aykırılık yeterli görülürken, davanın açılabilmesi bakımından davalının kusuru yahut davacının bir zarara uğramış olup olmaması bir önem arz etmeyecektir.⁶²⁵

Kanunun 68. maddesinin ilk fıkrası “*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.*” hükmünü amirdir. Benzer şekilde 2. fıkrada da “*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.*” ifadeleriyle mali yönleriyle fikrî hakları ihlale uğrayan eser sahibine tecavüzün ref’i davası içerisinde, ilgili bedelin üç kat fazlasını talep edebilme hakkı verilmiştir.

Fikrî haklara ilişkin mevcut bir saldırının durdurulmasını amaçlayan tecavüzün ref’i davasında kusur şartı aranmamasından mütevellit bir anlayışla, bu

⁶²³ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Arıkan, 2005 s. 295; Canan Küçükali, **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 38; Ali Demirbaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 76; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 399-400 (buradan itibaren Kılıçoğlu, **Fikrî** olarak anılacaktır.); Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, s. 331-332.

⁶²⁴ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 76.

⁶²⁵ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 78-79; Kılıçoğlu, **Fikrî**, s. 400; Erel, **a.g.e.**, s. 331.

davanın içerisinde talep edilecek olan üç kata kadar bedele hükmedilmesi için de kusur şartının aranmayacağı kabul edilmektedir.⁶²⁶ Kanunda tazminat ifadesine yer verilmemekle beraber üç kat bedel yaptırımı, öğretide ve yargı kararlarında “telif tazminatı” olarak anılmaktadır.⁶²⁷

Aynı konuda haksız fiil esasına dayanan tazminat davası ise 70. maddede, ayrıca düzenlenmiş; maddenin ikinci fıkrasında mali yönüyle fikrî hakları haleldar edilen kimselerin, mütecavizin kusurlu olması şartıyla, tazminat talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Devamında mağdurun tazminattan başka, temin edilen kârın da kendisine devredilmesini isteyebileceği, ancak bu halde 68. madde uyarınca talep edilecek bedelin indirileceği ifade edilmiştir.

Madde 68’de öngörülen üç kat bedel ve 70. maddede öngörülen maddi tazminatın birlikte talep edilebilirliği tartışmalıdır:

Bir görüşe göre üç kat bedel talebinde bulunulmuşsa, kural olarak, 70. madde uyarınca tazminat talebinde bulunulamamalıdır.⁶²⁸ Ancak zarar miktarı açıkça üç kat bedeli aşıyorsa mağdur, zararını ve failin kusurunu ispat etmek şartıyla aşan miktarı da talep edebilmelidir.⁶²⁹

Diğer bir görüşe göre mağdur her ikisini de talep edebilmelidir; zira kanunda da ayrı ayrı düzenlenmiş olan tecavüzün ref’i ve tazminat davaları farklı nitelikte davalardır.⁶³⁰

Bir başka görüşe göre ise üç kat bedel yaptırımı hak sahibinin mahrum kaldığı kâra karşılık gelmektedir ve dolayısıyla fiilî zarar miktarıyla sınırlı olarak

⁶²⁶ Savaş Bozbel, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 556; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 303; Kılıçoğlu, **Fikrî**, s. 411; Küçükali, **a.g.e.**, s. 76.

⁶²⁷ Kılıçoğlu, **Fikrî**, s. 408 vd.

⁶²⁸ Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 649-650, (buradan itibaren Öztan, **Fikrî** olarak anılacaktır.); Murat Sarıkaya, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2019, s. 78-79; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 303; Bozbel, **a.g.e.**, s. 557; Gül, **a.g.e.**, s. 343.

⁶²⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 303-304; Bozbel, **a.g.e.**, s. 557; Öztan, **Fikrî**, s. 650; Sarıkaya, **a.g.m.**, s. 78-79.

⁶³⁰ Hamdi Yasaman, “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 817-819.

hükmedilecek bir maddi tazminatla birlikte m. 68’de öngörülen üç kat bedel de talep edilebilecektir.⁶³¹

Madde 68’de ifade bulan üç kat bedel yaptırımına ilişkin tartışmalı noktalardan bir diğeri ise hükmedilecek miktarın nasıl belirleneceği konusudur. Belirlemede esas alınacak bedelin tespitine ilişkin çokça tartışma bulunmamakla beraber, hâkimin tespit edilen bedel ile bu bedelin 3 katına kadar olan aralıkta bir takdir yetkisinin var olup olmadığı noktasında öğreti ve uygulama birbirinden ayrılmaktadır: Birçok yazar, yaptırımın uygulanması için kusur şartı aranmasa dahi hükmedilecek bedel belirlenirken failin kusuruna, ihlalin ağırlığına göre bir derecelendirme yapılması gerektiğini,⁶³² aksi takdirde ihlali kasten gerçekleştiren biriyle ihmalkâr davranışıyla gerçekleştiren kimselere aynı yaptırımın uygulanmış olacağını, bunun da hakkaniyete uygun düşmeyeceğini savunmaktadır.⁶³³ Uygulamada ise davacının ortak kusuru hariç olmak üzere herhangi bir ayırım yapılmamakta, üç kat bedel talep edildiği takdirde diğer şartlar da uygunsa doğrudan bu miktarda yaptırıma hükmedilmektedir.⁶³⁴

Yaptırımın hukuki niteliği açısından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

TEKİNALP’e göre bu bedel bir tazminat değil, kanuni cezadır.⁶³⁵ Yazar cezadan kastının ise bir para cezası değil, BK m. 158’de (TBK m. 179) düzenlenen türden bir ceza koşulu olduğunu belirtmiştir.⁶³⁶ Kanun, bahse konu saldırının varlığı durumunda faile rayiç telif ücretinin 3 katını ödettirerek tecavüzün izlerini silmektedir.⁶³⁷

Diğer bir görüş ise bu yaptırımın faili cezalandırma düşüncesi içerdiğini kabul etmekle birlikte, bunun TBK m. 179 anlamında bir ceza koşulu değil; kanunla

⁶³¹ Levent Yavuz, Türkay Alıca, Fethi Merdivan, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, c. 2, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 2214.

⁶³² K. Emre Gökyayla, “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 288, dn. 23; Küçükali, **a.g.e.**, s. 114-116; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 121.

⁶³³ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 118.

⁶³⁴ Bu doğrultuda karar örnekleri için Bkz.: İlhami Güneş, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. bs, 2022, s. 208-209.

⁶³⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 303.

⁶³⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 303.

⁶³⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 303.

belirlenmiş bir medeni ceza (özel hukuk cezası) olduğunu belirterek ilk görüşten ayrılmıştır.⁶³⁸ Bu ceza ile failin haksız fiilinin sonuçlarına katlanması sağlanmakta, diğer taraftan benzer ihlallerin önlenmesi amaçlanmaktadır.⁶³⁹ BOZBEL, üç kat bedel yaptırımının bu amacının yanına, davacı açısından zararın ispatını kolaylaştırmak işlevini de eklemektedir.⁶⁴⁰ Bu görüşün savunucularından olan GÖKYAYLA⁶⁴¹ ve DEMİRBAŞ⁶⁴² ise tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için kusur şartı aranmamasına rağmen, bu davanın alışılmış sonuçlarından biri olmayan ve cezai nitelik taşıyan üç kat bedel yaptırımına hükmedilebilmesi için safi hukuka aykırılığın yeterli görülmemesi gerektiğini, kusur şartının da hükümde açıkça belirtilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmektedir. Yargıtay da kararlarında bu görüşe ağırlık vermekte, anılan yazarlardan alıntılarla üç katı bedeli, failleri caydırma amacına yönelmiş bir özel hukuk cezası olarak tanımlamaktadır.⁶⁴³

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre hükmün mevcut hâlinde failin kusurlu olması şartı aranmadığı için bu yaptırımı medeni ceza olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁶⁴⁴ Ödenecek üç katı bedelin hemen her zaman mağdurun zararını, dolayısıyla telafi için gerekli miktarı aşacağı, bunun da potansiyel failler açısından caydırıcılık sağlayacağı aşikârdır. Ancak bize göre bu hükmün asıl amacı, kimi Yargıtay kararlarında da değinildiği üzere, eser sahibini zararını ispat yükünden kurtarmak, ispat edilemeyen zararın mağdurun sırtında kalmasına engel olmaktır.⁶⁴⁵ Hüküm bu yönleriyle Amerikan hukukunda da karşılaşılan misli tazminat

⁶³⁸ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 84, Öztan, **Fikrî**, s. 649; Küçükali, **a.g.e.**, s. 76; Bozbel, **a.g.e.**, s. 555; Gökyayla, **a.g.m.**, s. 289, dn. 26.

⁶³⁹ Öztan, **Fikrî**, s. 649.

⁶⁴⁰ Bozbel, **a.g.e.**, s. 556.

⁶⁴¹ Gökyayla, **a.g.m.**, s. 289-290.

⁶⁴² Demirbaş, **a.g.e.**, s. 120-122.

⁶⁴³ YHGK, E. 2017/11-6, K. 2019/85, T. 07/02/2019: "...FSEK'in 68. Maddesinde düzenlenen "varsayımsal bedelin" mütecavizi caydırmaya yönelik medeni ceza niteliğinde olduğu..."

⁶⁴⁴ Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 200.

⁶⁴⁵ "Hükmün amacı rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettilererek, hak sahibini zararını ispat yükünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmaktır. Maddenin 2. Fıkrasında 'Sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir' diyerek tazminat hesabına açıklık getirmiştir." YHGK, E. 2003/4-260, K. 2003/271, T. 02/04/2003; YHGK, E. 2002/11-176, K. 2002/214, T. 20/03/2002; Yargıtay 11. HD, E. 2014/18483, K. 2015/8539, T. 19/06/2015; Erel, **a.g.e.**, s. 340.

kurumunun zarar ispatını kolaylaştırmak için tasarlanmış versiyonuna benzemektedir.⁶⁴⁶

4. RKHK m. 58’de Öngörülen Üç Kat Tazminat

Serbest piyasa ekonomisinin çekirdeği olan “rekabet” kavramı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış.*” olarak tanımlanmıştır. Piyasa aktörlerinin bu yarışını engelleyici, bozucu, kısıtlayıcı faaliyetlerinin önlenmesi amacıyla ihdas edilen kanunda, bu türden yasaklı faaliyetlere karşılık olarak birtakım özel hukuk ve kamu hukuku karakterli yaptırımlar öngörülmüştür.⁶⁴⁷ Yasak faaliyetler, 4., 6. ve 7. maddelerde sırasıyla, “rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar”,⁶⁴⁸ “hâkim durumun kötüye kullanılması”⁶⁴⁹ ve etkin rekabeti engelleyici nitelikteki “birleşme ve devralmalar”⁶⁵⁰ olarak sayılmıştır.

Kanunda öngörülen özel hukuk yaptırımlarından birisi de tazminattır. “Tazminat Hakkı” başlıklı 57. maddeyle rekabetin engellenmesi, bozulması yahut kısıtlanması nedeniyle zarara uğrayan kimselerin, sorumlulardan tazminat talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Madde 58/2’ de ise “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan*

⁶⁴⁶ Cezalandırıcı düşünceden münezzeh misli tazminatlar hakkında Bkz.: Dobbs, **a.g.e.**, s. 359-360.

⁶⁴⁷ Murat Şahin, **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 2; İlhan Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s 1.

⁶⁴⁸ RKHK m. 4: “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*”

⁶⁴⁹ RKHK m. 6: “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*”

⁶⁵⁰ RKHK m. 7: “*Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.*”

karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.” denilerek Türk tazminat hukukuna hâkim temel ilkelerden açıkça ayrılmış ve mağdura zararının üzerinde bir tazminat talep edebilme hakkı tanınmıştır.⁶⁵¹ Genel sistemiği Avrupa hukuku kaynaklı olan bu kanunun anılan hükmünün ise Amerikan rekabet hukukunun önemli düzenlemelerinde olan Clayton Act.’ten esinlendiği ifade edilmektedir.⁶⁵²

Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere üç kat tazminat talep edilebilmesi için bahse konu zararın tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalden kaynaklanması gerekmektedir. Kanun koyucunun, “ağır ihmal” ifadesiyle kusurun derecesine vurgu yaptığı açıkken, “tarafların anlaşması ya da kararı” ifadesi bu yönde bir netlik taşımamaktadır. Bahse konu maddenin kötü kaleme alındığına ilişkin eleştirilere sebep olan bu ifade, kanunun amacı doğrultusunda “kast” olarak yorumlanmaktadır.⁶⁵³ Son tahlilde, kanunun 4., 6. ve 7. maddelerinde yasaklanan faaliyetlerin, ağır kusur olarak değerlendirilen kast ve ağır ihmalle gerçekleştirilmesi durumunda zararın üç katı oranında tazminat sorumluluğunun doğabileceği, hafif ihmalle gerçekleştirilmesi hâlinde ise tazminat miktarının zararı aşamayacağı kabul edilmektedir.⁶⁵⁴ Yine madde metninden açıkça anlaşılabileceği üzere üç katı tazminata hükmedilebilmesi için zarar görenin bu yönde bir talebinin bulunması zorunludur.

Yukarıda incelediğimiz fikrî hak ihlallerinde üç kat bedel yaptırımında olduğu gibi, rekabet ihlallerinde üç kat tazminat yaptırımında da hâkimin takdir yetkisinin varlığı tartışmalıdır. Bir grup yazar, dava konusu ihlalin ağırlığı, fail ya da faillerin kusur dereceleri, somut olayın özellikleri, davalının ekonomik durumu vb. faktörleri göz önünde bulunduracak olan hâkimin, zararın bir katıyla üç katı arasında bir belirleme yapacağını savunmaktadır.⁶⁵⁵ Diğer bir grup ise hâkimin, diğer şartların

⁶⁵¹ Kerem Cem Sanlı, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, Kayseri**, s. 255, (buradan itibaren Sanlı, **Rekabet** olarak anılacaktır)

⁶⁵² Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Başak Matbaacılık, 2001, s. 306; Orhan Sekmen, **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 83; Şahin, **a.g.e.**, s. 203.

⁶⁵³ Metin İkizler, **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler: Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 371; Sanlı, **Rekabet**, s. 256; Şahin, **a.g.e.**, s. 205; Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 306; Yiğit, **a.g.e.**, s. 273.

⁶⁵⁴ Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 311-312; Şahin, **a.g.e.**, s. 205; Yiğit, **a.g.e.**, s. 273.

⁶⁵⁵ İkizler, **a.g.e.**, s. 373; Sanlı, **Rekabet**, s. 257.

mevcudiyeti kaydıyla, hükmün kaynağı olan Amerika’da olduğu gibi üç kat tazminata hükmetmek zorunda olduğu görüşündedir.⁶⁵⁶

Öğretide üç kat tazminat hükmünün, rekabet ihlallerini önlemek/caydırmak, bu ihlalleri gerçekleştirenleri cezalandırmak, zarar görenleri dava açmaya teşvik etmek ve zararın telafisi amaçlarıyla ihdas edildiği belirtilmektedir.⁶⁵⁷

Nitekim AKSOY, kanunda her ne kadar “tazminat” ifadesi kullanılmış olsa da bunun tazminat değil, “cezai yaptırım” olduğunu ifade etmiştir.⁶⁵⁸ Zira kanun koyucunun buradaki asıl amacı zararı tazmin etmek değil, zarar vereni cezalandırmaktır.⁶⁵⁹

İKİZLER bu tazminatı, “zararı aşan tazminat” olarak isimlendirmeyi tercih etmiş; hükmün amacının rekabet kurallarını ihlal edenleri cezalandırmak olduğunu belirtmiş; bahse konu yaptırımı, bir medeni ceza örneği olarak nitelendirilmiştir.⁶⁶⁰

TOPÇUOĞLU, yaptırıma dair saydığımız amaçları tekrar ederek bu kurumu kanundan doğan bir tür “cezai şart” olarak nitelendirmiştir.⁶⁶¹

Keza YİĞİT de bu tazminatın cezalandırma işlevinin diğer işlevlerinden daha önde gittiği, dolayısıyla bunun “medeni ceza özelliği ağır basan bir tazminat” olduğu kanısındadır.⁶⁶² Aynı şekilde SANLI, söz konusu yaptırımın özellikle önleme/caydırma ve dava açmaya teşvik etme amaçları üzerinde durmuş, bu tazminatın bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.⁶⁶³

⁶⁵⁶ İsmail Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku: Teori-Uygulama-Mevzuat**, 5. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın, 2017, s. 1148; Şahin, **a.g.e.**, s. 208.

⁶⁵⁷ Zekeriyâ Arı, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma Karar Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 227; İkizler, **a.g.e.**, s. 368; Sanlı, **Rekabet**, s. 256; Şahin, **a.g.e.**, s. 204; Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 306.

⁶⁵⁸ M. Nazlı Aksoy, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2004, s. 53

⁶⁵⁹ Aksoy, **a.g.e.**, s. 54.

⁶⁶⁰ İkizler, **a.g.e.**, s. 367 vd.

⁶⁶¹ Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 306.

⁶⁶² Yiğit, **a.g.e.**, s. 266.

⁶⁶³ Sanlı, **Rekabet**, s. 256.

Bu tazminatın cezalandırma amacını kabul etmeyen görüşler de yok değildir. Örneğin AKINCI, ilgili hükmün kaynağı olan Clayton Act.'in 4. maddesini yöneldiği amaçlar açısından şöyle değerlendirmiştir:⁶⁶⁴

“Kanımızca, rekabeti kısıtlayarak üçüncü kişilerin zarar görmelerine neden olanların, gerçekleşen zararın üç katına kadar tazminat ödemek zorunda tutulabileceğini belirten Clayton Kanunu 4. Maddesindeki kural, cezalandırmaktan çok üçüncü kişilerin zararlarının giderimi, hukuka aykırı faaliyetlerden kaçınmayı temin ve en önemlisi zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının tazmini için davacı olmağa teşvik amaçlarına yöneliktir. Her ne kadar, ortaya çıkan zararın üç katını ödemek zorunda kalan kişiler, cezalandırılmış gibi görünmekte iseler de kanunun amacı cezalandırma değildir.”

SEKMEN de AKINCI'nın görüşünü alıntılararak aynı gerekçelerle RKHK m. 58/2'deki tazminatın faili cezalandırma amacı taşımadığını belirtmiştir.⁶⁶⁵

Hukukumuzdaki tazminatlar arasında faili cezalandırma düşüncesiyle oluşturulduğu en net şekilde görünen ve öğretide de bu doğrultuda fikir birliğine en yakın olunan yaptırımın RKHK m. 58/2'de düzenlenen üç kat tazminat olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hükmün, özel hukuk alanında cezalandırma düşüncesinin kabul gördüğü Amerikan hukukundan iktibas edilmiş oluşu da bu ihtimali artırır niteliktedir. Hatta Amerikan misli tazminat uygulamasından farklı olarak, hâkimin yukarıda saydığımız kriterlere göre mağdurun zararının ya da failin elde ettiği/etmesi muhtemel olan kârın bir katı ile üç katı arasında bir belirleme yapacağının kabulü, ödetmeci anlayışa işaret edecek, yaptırımı Amerikan ve İngiliz hukuklarında bulunan cezalandırıcı tazminata daha da yaklaştıracaktır. Kanımızca da öğretideki baskın görüş doğrultusunda bu yaptırımın medeni ceza olarak nitelendirilmesi isabetlidir.

5. Çek Tazminatı

Bir ödeme aracı olarak çekin ekonomik hayattaki ehemmiyeti, hem bu kambiyo senedine olan güvenin tesisi hem de hamillerin korunması için çeşitli

⁶⁶⁴ Ateş Akıncı, **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hakkında Rekabetin Yatay Kısıtlaması**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2001, s. 388.

⁶⁶⁵ Sekmen, **a.g.e.**, s. 85.

hukuki düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır.⁶⁶⁶ Bu doğrultuda karşılıksız çek olgusunun önüne geçilebilmesi için hukuki, idari ve cezai yaptırımlar öngören çeşitli kanun hükümleri ihdas edilmiştir.⁶⁶⁷

Karşılıksız çek düzenleme fiiline karşılık öngörülen hukuki yaptırımlardan biri de TTK'nın 783. maddesinin 3. fıkrasında kaleme alınmıştır. Anılan hükme 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.”* Karşılıksız çek düzenleyen kimsenin sorumluluğu açısından hamilin uğradığı zararın gideriminden ayrıca öngörülen, karşılıksız kısmın %10'u tutarındaki bu bedelden, kimi eserler ve yargı kararlarında “çek tazminatı”⁶⁶⁸ ifadesiyle, kimilerinde ise “çek cezası”⁶⁶⁹ ismiyle bahsedilmektedir. Bu bedel ancak düzenleyenden talep edilebilir.⁶⁷⁰

Çek tazminatının talep edilebilmesi için, geçerli bir çekin süresi içerisinde muhatap bankaya yahut takas odasına ibraz edilmesi, bedelin kısmen ya da tamamen ödenmemesi ve ödenmeme durumunun usulüne uygun olarak tespit ettirilmesi yeterli görülmüş; düzenleyenin kusuru yahut hamilin bir zarara uğraması şart koşulmamıştır.⁶⁷¹

İlk akla gelen ihtimal olan düzenleyenin hesabında yeterli nakdin bulunmaması hâlinde başka, karşılık bulunmasına rağmen hesap üzerinde bir rehin, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir olması, çek hakkında ödemeden men kararı verilmesi,

⁶⁶⁶ Caner Hacıoğlu, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 3-4, 2003, s. 130; Zeki Yıldırım, Ekrem Çetintürk, “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerekliği Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 103, 2012, s. 29-30.

⁶⁶⁷ Ali Haydar Yıldırım, “Çek Cezası (TTK 783/3)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 3449; Safa Erşan, “Türk Hukukunda Karşılıksız Çek Keşide Etmek Fiiline Öngörülen Yaptırımların Tarihî Gelişimi ve Sorunları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 49, 2022, s. 456.; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. bs., Bursa, Dora Yayıncılık, 2019, s. 197.

⁶⁶⁸ Abuzer Kendigelen, **Çek Hukuku**, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 377 vd.; Seza Reisoğlu, **Çek Hukuku**, Ankara, 2011, s. 286-287; Merve Kandıralı Karadayı, **Çekte Düzenleyenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 151; Ahmet Büyüksişli, **Karşılıksız Çeke Bağlı Sonuçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 91 vd.

⁶⁶⁹ Yıldırım, **a.g.m.**, s. 3449 vd.

⁶⁷⁰ Kendigelen, **a.g.e.**, s. 378; Avalistlerin sorumluluğuna ilişkin olarak Bkz.: Kandıralı Karadayı, **a.g.e.**, s. 153-154.

⁶⁷¹ Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 25. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 302.

muhatap bankanın sehven yahut bilinçli bir şekilde ödeme yapmaktan imtina etmesi gibi durumlarda da çekin karşılıksız kaldığı ve düzenleyen bakımından çek tazminatını da kapsayan hukuki sorumluluğun gündeme geleceği kabul edilmektedir.⁶⁷²

Baskın görüş, çek tazminatının TTK m. 810'da ifade bulan başvurma hakkının kapsamını genişleten bir talep olduğunu, hükümde sayılan çekin ödenmemiş olan bedeli, ibraz gününden itibaren bu tutarın faizi, protesto, ihbarname vb. giderler, çek bedelinin binde üçünü aşmamak üzere komisyon ücreti gibi diğer taleplerle birlikte kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine konu olacağını ifade etmektedir.⁶⁷³ Hamilin uğradığı zarara ilişkin talep ise ancak açılacak bir dava ile öne sürülebilecektir.⁶⁷⁴

Öğretideki bir görüşe göre TTK m. 783/3 hükmüyle öngörülen çek tazminatı götürü tazminat niteliğindedir.⁶⁷⁵

Diğer bir görüşe göre bu bedel kanuni bir cezai şart niteliğindedir.⁶⁷⁶

Baskın görüş ise hükümde geçen, çekin karşılıksız kalan kısmının %10'u oranındaki tutarı bir medeni ceza olarak nitelendirmektedir.⁶⁷⁷ Kanun koyucu bu hükümle düzenleyeni çekin karşılığını bulundurmaya zorlamayı, aksi davranıştan caydırmayı amaçlamaktadır.⁶⁷⁸ Bu görüşteki yazarlar, gerekçe olarak da hükümde

⁶⁷² Karşılıksız hallerine ilişkin bazı örnekler için Bkz.: Murat Yusuf Akın, "Türk Hukukunda Karşılıksız Çek", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1995, s. 418 vd.

⁶⁷³ Nurkut İnan, **Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1981, s. 58; Muzaffer Coşkun, **Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 56-57, (buradan itibaren Coşkun, **Çek** olarak anılacaktır.); Kandıralı Karadayı, **a.g.e.**, s. 154; Yıldırım, **a.g.m.**, s. 3463; Çek tazminatının başvuru hakkının dışında kalan bir husus olduğu ancak hamilin düzenleyen aleyhine icra takibi yaptığında başvurma hakkının kapsamındaki taleplere çek tazminatının da ilave edilmesini isteyebileceği hakkında Bkz.: Öztan, **a.g.e.**, s. 302-303; Büyüksişli, **a.g.e.**, s. 91-93.

⁶⁷⁴ Büyüksişli, **a.g.e.**, s. 93; Kendigelen, **a.g.e.**, s. 381.

⁶⁷⁵ Hayri Domaniç, **Kıymetli Evrak Hukuku**, c. IV, İstanbul, 1990, s. 724-725. (Yazar "maktu tazminat" deyişini kullanmaktadır.)

⁶⁷⁶ Yaşar Karayalçın, **Ticari Senetler**, 4. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 282; Seda Öktem, "Çekte Müracaat Hakkı", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, c. I, İstanbul, 2007, s. 752; Büyüksişli, **a.g.e.**, s. 92-93;

⁶⁷⁷ İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, c. 2, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 2118; İnan, **a.g.e.**, s. 55; Reisoğlu **a.g.e.**, s. 286; Öztan, **a.g.e.**, s. 302; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 206; Yıldırım, **a.g.m.**, 3459; Kendigelen, **a.g.e.**, s. 379; Kandıralı Karadayı, **a.g.e.**, s. 151.

⁶⁷⁸ Yıldırım, **a.g.m.**, s. 3459; Kandıralı Karadayı, **a.g.e.**, s. 152.

hamilin zararının ve düzenleyenin kusurunun şart koşulmamış oluşunu öne sürmektedirler.⁶⁷⁹

Biz de son görüşe katılmakla birlikte gerekçeler konusunda farklı düşünmekteyiz. Şöyle ki; hükmün lafzından yüzde onluk tutara zarardan ayrıca hükmedileceği çok net anlaşılmaktadır. Bu da kanun koyucunun amacının hamilin zararını telafi etmek değil, karşılıksız çek düzenleyen kimseyi cezalandırmak olabileceğine işaret etmektedir. Ancak uygulanabilmesi için düzenleyenin kusurunun aranmaması, bu yaptırımın cezai nitelikte oluşuna bir gerekçe değil, aksine bu nitelendirmede bulunmayı güçleştiren bir durumdur. Bu noktada karşılıksız çek keşide etme fiilinin ceza hukuku alanındaki sonuçlarına ilişkin tartışmaların yol gösterici olabileceği düşüncesindeyiz:

Mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'la başlayan ve günümüzde yürürlükte olan 5941 sayılı Çek Kanunu⁶⁸⁰ ile devam etmekte olan süreçte, karşılıksız çek düzenleme fiiline karşılık öngörülen ceza hukuku yaptırımları bakımından da suçun manevi unsuruna dair tartışmalar yaşanmaktadır. 1985 yılında başlayan⁶⁸¹ ve karşılıksız çek keşide etme fiiline karşılık hürriyeti bağlayıcı cezalara varan yaptırımlar öngörülen bu süreçte, ilgili suç bakımından objektif sorumluluk esası kabul edilmiş ve bu durum, anayasaya aykırı, modern ceza hukuku anlayışına ters ve çağdışı bulunarak eleştirilmiştir.⁶⁸² Bugün 5941 sayılı kanun m. 5'te düzenlenen ve madde metninden

⁶⁷⁹ İnan, **a.g.e.**, s. 55; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 286; Doğanay, **a.g.e.**, s. 2118-2119.

⁶⁸⁰ Kabul Tarihi: 14.12.2009, RG. 20.12.2009/27438.

⁶⁸¹ Hacıoğlu, **a.g.m.**, s. 131: "Türk hukuku'nda tarihsel gelişim sürecinde karşılıksız çek keşide etme suçu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 17.1.1929 tarih ve 471 sayılı kararıyla dolandırıcılık suçu olarak kabul edilmişti. Ancak, uygulamada dolandırıcılık suçunun unsurlarının karşılıksız çıkan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, çek keşide edenlerin bir kısmı cezaya çarptırılmamakta, bu da çekte olan güveni sarsmaktaydı. İşte bu nedenlerle kanun koyucu karşılıksız çek keşide etme suçunu 19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'la bağımsız bir suç haline getirmişti."

⁶⁸² Yıldırım, Çetintürk, **a.g.m.**, s. 57-59; 3167 sayılı kanun döneminde karşılıksız çek keşide etme suçuna karşılık hapis cezası öngören 16. Maddenin Anayasa m. 38/8'e aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ve oyçokluğuyla reddedilen başvurudaki karşı oy yazısında başkanvekili Haşim Kılıç, suçun manevi unsuruna ilişkin olarak da değerlendirmelerde bulunmuştur: "3167 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin birinci fıkrası suçlarda objektif sorumluluk esası benimsenerek düzenlenmiştir. Yargıtay'da bugüne kadar objektif sorumluluk kapsamında uygulamasını sürdürmüştür. Düzenlenen çekin karşılığı yoksa suç oluşmuştur. Bunun dışında yargıcın subjektif değerlendirme ve araştırmaları kuralı objektif sorumluluk kapsamında çıkarmaz. Objektif sorumluluk nedeniyle 16. maddenin birinci fıkrasına göre oluşacak suç da "ödememe" ya da

alıntıyla “çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme” suçu olarak anılan bu fiilin, hükmün gerekçesinden hareketle,⁶⁸³ en azından taksirle işlenebileceği kabul edilmekte, ancak konudaki tartışmalar varlığını sürdürmektedir.⁶⁸⁴

Öğretide TTK m. 783/3’te öngörülen zararın giderilmesi talebi için kusur şartının varlığına dair tartışmalar bulunmasına rağmen, %10’luk medeni ceza talebi açısından kusursuz sorumluluğun tartışmasız kabulü, hukuk mantığı bakımından da bir tezat oluşturmaktadır.⁶⁸⁵ Çekin bir ödeme aracı olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, düzenleyenin, muhatap nezdinde karşılığın bulunup bulunmadığını bildiği, en azından bilebilecek durumda olduğu peşinen kabul edilebilir.⁶⁸⁶ Bu hâlde hukuk düzeninin yasakladığı karşılıksız çek düzenleme fiili açısından hukuka aykırılık ve kusur şartları iç içe geçmiş görünmektedir. Ancak ticari hayatın malum hızı ve teknolojik gelişmelerin takip hukukuna katkısı düşünüldüğünde, düzenleyenin elinde olmayan bir sebepten çekin ödenmediği bir senaryonun tahayyülü çok da zor değildir. Görüşümüze göre, öğretilde kabul edildiği şekliyle, bankanın sehven ödeme yapmadığı durumlarda dahi düzenleyenin medeni cezaya mahkûm edilmesi, hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Dolayısıyla kanunda örtülü boşluk olduğunun kabulü ve amaca uygun daraltıcı yorumlama neticesinde en azından borca itiraz eden düzenleyenin itirazın iptali davasında kusursuzluğunu ispat edebilmesi hâlinde medeni ceza sorumluluğundan kurtulacağı sonucuna varılması daha isabetli olacaktır.

“ödeyememe” durumlarının araştırılması söz konusu değildir. Bilerek ve kasden ödemeyenle, iyiniyetle hareket edilerek ödeyememe durumlarını ayırmaya imkan tanımayan bir düzenleme Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık oluşturur. Karşılıksız çek suçu, kasıtlı işlenen bir suç haline getirilmediği sürece Anayasa’ya aykırılıktan kurtulamaz.” AYM, E. 2002/165, K. 2002/195, T. 11/12/2002.

⁶⁸³ “Söz konusu suçun oluşabilmesi için, çekin karşılığının, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani en azından taksirle, ilgili çek hesabında bulundurulmaması gerekir. Anayasanın 38 inci maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç, objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır.”

⁶⁸⁴ Murat Kayaççek, “5941 Sayılı Çek Kanunu’na İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama ve Doktrin)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 8, 2012, s. 276-277.

⁶⁸⁵ Karşılanacak zarar bakımından düzenleyenin kusurunun aranacağına ilişkin Bkz.: Sevilay Uzunallı, Ali Haydar Yıldırım, **Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 107-108; Kandıralı Karadayı, **a.g.e.**, s. 155; Zarar bakımından da kusurun aranmayacağına ilişkin Bkz.: Kendigelen, **a.g.e.**, s. 380; Büyükkışılı, **a.g.e.**, s. 93; Öztan, **a.g.e.**, s. 302; İnan, **a.g.e.**, s. 55; Coşkun, **Çek**, s. 63.

⁶⁸⁶ Gül, **a.g.e.**, s. 362.

6. İş Hukuku Tazminatları

a. İhbar Tazminatı

4857 sayılı İş Kanunu m. 17/1’de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun karşı tarafa bildirilmesi gerektiği, devamında ise bu bildirim için öngörülen süreler düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre, altı aydan az çalışmış işçiler için bildirimden iki hafta, altı aydan bir buçuk yıla kadar çalışmış işçiler için bildirimden dört hafta, bir buçuk yıldan üç yıla kadar çalışmış işçiler için bildirimden altı hafta, üç yıldan fazla çalışmış işçiler için ise bildirimden sekiz hafta sonra sözleşme feshedilmiş sayılır. Kanunda asgari olarak belirlenen bu sürelerin sözleşme ile artırılabilmesi de hüküm altına alınmıştır.⁶⁸⁷ Maddenin 4. fıkrasında ise bildirim sürelerine uymayan tarafın, diğer tarafa bildirim süresine ilişkin ücret kadar tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Tazminatın hesabında esas alınacak ücret, asıl ücretle birlikte kanun yahut sözleşme uyarınca işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülebilen sair menfaatleri de içerir.⁶⁸⁸

Tarafların, ihbar tazminatı olarak adlandırılan bu tazminatı talep edebilmeleri için bildirim sürelerine uyulmamış olması yeterlidir.⁶⁸⁹ Ayrıca feshi gerçekleştiren tarafın kusurunun yahut diğer tarafın zararının mevcudiyeti aranmaz.⁶⁹⁰ Bununla birlikte sözleşmenin, haklı fesih, tarafların anlaşması, ölüm, emeklilik gibi sebeplerle sona erdiği hâllerde bu tazminat talep edilemez.⁶⁹¹

İhbar tazminatının hukuki niteliği açısından çeşitli görüşler ortaya atılmıştır:

Bir görüşe göre ihbar tazminatı işçi bakımından bildirim sürelerinin sonuna kadarki ücret, işveren bakımından ise bu ücret tutarındaki bir tazminattır.⁶⁹²

⁶⁸⁷ İş Kanunu m. 17/3: “Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir.”

⁶⁸⁸ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s. 557.

⁶⁸⁹ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 7. bs., Ankara, Lykeion, 2022, s. 958; Süzek, **a.g.e.**, s. 556.

⁶⁹⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 958.

⁶⁹¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 959.

⁶⁹² Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2018, s. 206.

Yaptırımı çift karakterli özel bir tazminat olarak nitelendiren görüşe göre ise kanun koyucu, bu hükümle bir yandan tarafları öngörülen sürelerle uymaya zorlarken diğer yandan da doğabilecek zararların telafisini amaçlamaktadır.⁶⁹³

ÇENBERCİ ise kanun koyucunun tek amacının tarafları bildirim sürelerine uymaya zorlamak olduğunu, hükmün zararın telafisi yahut yoksun kalınan ücretin karşılanması gibi bir amaçla düzenlenmediğini ifade etmiş; ilgili yaptırımın tazminat ya da ücret olarak değil bir medeni ceza olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹⁴

Yargıtay'ın⁶⁹⁵ da benimsediği öğretideki baskın görüşe göre ise ihbar tazminatı, kanunla belirlenmiş bir götürü tazminat niteliğindedir.⁶⁹⁶ Bu görüşteki yazarlara göre süreli fesih hakkının kullanılması neticesinde karşı tarafın maruz kalacağı zararları azaltmak ve menfaat dengesini sağlamak için belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden evvel bildirim sürelerine riayet edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.⁶⁹⁷ Bu sayede fesihden belli bir süre önce karşı tarafa haber verilmekte ve bildirim süresi içinde işverenin yeni işçi, işçinin ise yeni bir iş bulmalarına imkân sağlanmaktadır.⁶⁹⁸ Bahse konu hükümle kanun koyucu, usulsüz fesih hâlinde ödenecek asgari tazminat miktarını önceden ve götürü olarak tespit etmiştir.⁶⁹⁹ Zararın ihbar tazminatında fazla olması durumunda davacı, zararını ispat ederek aşan miktarı da talep edebilecektir.⁷⁰⁰

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ilgili bildirim sürelerine riayet edilmeden yapılacak bir feshin diğer taraf için bir zarar tehlikesi doğurduğu açıktır. İşverenin

⁶⁹³ Münir Ekonomi, **İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku**, 3. bs., İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı, 1987, s. 183-184.

⁶⁹⁴ Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, 6. Baskı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986, s. 336-337.

⁶⁹⁵ Yargıtay 22. HD, E. 2016/17110, K. 2019/13901, T. 24/06/2019: “İhbar tazminatının miktarı “ bildirim süresine ait ücret ” olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.”

⁶⁹⁶ M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 276, (buradan itibaren Oğuzman, **Fesih** olarak anılacaktır); Ercan Akyiğit, **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 240; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I**, 5. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 389; Süzek, **a.g.e.**, s. 556, Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 958-959.

⁶⁹⁷ Süzek, **a.g.e.**, s. 544.

⁶⁹⁸ Süzek, **a.g.e.**, s. 544.; Oğuzman, **Fesih**, s. 159; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 932.

⁶⁹⁹ Oğuzman, **Fesih**, s. 276.

⁷⁰⁰ Oğuzman, **Fesih**, s. 276; Süzek, **a.g.e.**, s. 558.

yeni bir işçi, işçinin ise yeni bir iş bulması için bir süre beklemek zorunda kalması, dolayısıyla bir zarara uğramaları çok da uzak bir ihtimal değildir. Kanun koyucunun da tıpkı para borçlarında temerrüt hâlinde olduğu gibi, çok muhtemel bu zarar riskinin gerçekleşeceğini varsaydığı ve bu zarara ilişkin bir götürü tazminat yaptırımını öngördüğü görüşüne katılıyor, ihbar tazminatının medeni ceza olarak nitelendirilemeyeceğini düşünüyoruz.

b. Kötü Niyetli Fesih Tazminatı

Kural olarak, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin, ihbar sürelerine uymak ya da bu sürelerle ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle sözleşmeyi feshetmesi mümkündür.⁷⁰¹ Ancak işverene tanınan bu imkân, bahse konu feshin altında hukuk düzeninin pek de tasvip etmediği sebeplerin yatmasına da meydan verebilecektir.⁷⁰² Misal, işçinin işvereni şikâyeti yahut mahkemede işveren aleyhine tanıklık yapması gibi olaylar, işçinin işini kaybetmesine neden olabilir. İşte bu nevi durumlarda, kötü niyetli fesih yahut fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.⁷⁰³

İş Kanunu m. 17/6 ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere, tarafı oldukları belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işverence kötü niyetle feshi hâlinde, bildirim süresinin üç katı tutarında bir tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. İhbar tazminatının üç misli tutarındaki bu tazminat, öğreti ve uygulamada “kötü niyet tazminatı” olarak anılmaktadır.⁷⁰⁴

Kanunun gerekçesinde işçinin işvereni şikâyeti, aleyhine tanıklık yapması yahut dava açması gibi sebeplerle gerçekleştirilen fesihlerin kötü niyetli kabul edileceği ifade edilmiştir.⁷⁰⁵ Bundan başka, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde

⁷⁰¹ Mehmet Nusret Bedük, “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, c. 1, İstanbul, 2011, s. 922.

⁷⁰² Sami Narter, **İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 667, (Buradan itibaren Narter, **Tazminatlar** olarak anılacaktır.)

⁷⁰³ Süzek, **a.g.e.**, s. 560.

⁷⁰⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 979; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 400.

⁷⁰⁵ “İşveren bu durumdaki işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözgelimi işçi kendisi hakkında bir şikayette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir.”

gerçekleştirilen birçok fesihte, işverenin kötü niyetinden söz edilebilecektir.⁷⁰⁶ Nitekim öğreti ve yargının benimsediği görüşe göre de kötü niyetin tespitindeki temel kriter, objektif iyi niyet, yani dürüstlük kuralına aykırılıktır.⁷⁰⁷ İşçinin, sigortasının yapılmadığından bahisle Sosyal Sigortalar Kurumu'na şikâyetle bulunması,⁷⁰⁸ izinlerinin kullandırılmaması hasebiyle işvereni Çalışma ve İş Kurumu'na şikâyet etmesi⁷⁰⁹ gibi sebeplerle sözleşmesinin feshedilmesi, keza işçinin iş güvencesinden faydalanabilmek için zorunlu altı aylık kıdemini tamamlamasının engellenmesi için feshin gerçekleştirilmesi⁷¹⁰ kötü niyetli kabul edilmektedir.

Kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için davacı işçi, davalı işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat etmelidir.⁷¹¹ Ancak bu fesih sebebiyle işçinin bir zarara uğramış olması gerekli değildir.⁷¹² Zarardan bağımsız oluşu sebebiyle öğreti, kötü niyet tazminatının klasik tazminat ilkelerinden ayrıldığı ve telafiye amaçlamadığı hususunda fikir birliğindedir; bu tazminatın fesih hakkının kötüye kullanılmasına karşılık öngörülmüş bir müeyyide olduğu ittifakla kabul edilmektedir.⁷¹³ Ancak bahse konu yaptırımın hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır: Bazı yazarlar kötü niyet tazminatını götürü tazminat olarak nitelendirirken,⁷¹⁴ bazı yazarlar ise kurumu bir tazminat değil, işvereni bu nevi fesihlerden caydırma amacı taşıyan bir medeni ceza olarak nitelendirmektedir.⁷¹⁵

Biz de bu tazminatın zarardan bağımsız olarak hükmedilmesi ve örneklediğimiz kötü niyetli fesih hâllerinin hemen hepsinin de esasında ağır kusur ihtiva eden davranışlar oluşu sebebiyle kötü niyet tazminatının, bu tür fesihlerin önlenmesi amacıyla öngörülmüş bir medeni ceza olarak nitelendirilebileceği görüşündeyiz.

⁷⁰⁶ Narter, **Tazminatlar**, s. 673.

⁷⁰⁷ Süzek, **a.g.e.**, s. 561; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 401.

⁷⁰⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2011/11965, K. 2013/14285, T. 13/05/2013.

⁷⁰⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2007/13525, K. 2008/5584, T. 21/03/2008.

⁷¹⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2008/24861, K. 2010/11656, T. 21/04/2010.

⁷¹¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 980; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 395; Süzek, **a.g.e.**, s. 567-568.

⁷¹² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 980; Süzek, **a.g.e.**, s. 565.

⁷¹³ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 188; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 978; Oğuzman, **Fesih**, s. 282; Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 400; Bedük, **a.g.m.**, s. 939; Süzek, **a.g.e.**, s. 564-565.

⁷¹⁴ Süzek, **a.g.e.**, s. 565; Bedük, **a.g.m.**, s. 938-939.

⁷¹⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 980; Oğuzman, **Fesih**, s. 283; Çenberci, **a.g.e.**, s. 351.

c. İş Güvencesi Tazminatı

İş sözleşmesinin doğasında var olan taraflar arasındaki güç dengesizliği, zayıf taraf lehine sözleşme hukuku genel prensiplerinden ayrılan bazı kurallar sevk edilmesini gerektirmiştir.⁷¹⁶ Bu anlayış doğrultusunda oluşturulan “iş güvencesi” kavramıyla, işverenin ilgili sözleşmeyi feshedebilmesi daha uzun bir prosedüre ve daha zorlu şartlara tabi kılınmıştır.⁷¹⁷ İş Kanunu m. 18/1’e göre otuz ve üzeri işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışan altı ay ve daha fazla kıdeme sahip işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Hükmün devamında, geçerli sebep sayılmayacak bazı hâller özellikle vurgulanmıştır. 18. maddenin 3. fıkrasına göre:

“Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

- a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.*
- b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.*
- c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.*
- d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.*
- e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.*
- f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.”*

Yine İş Kanunu m. 19/1 uyarınca işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin olarak bildirmek zorundadır. Fesih bildiriminde sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasındaki işçi, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade

⁷¹⁶ Recep Makas, “İş Güvencesinin Muhtemel Ekonomik ve Sosyal Etkileri”, **Öneri Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 19, 2003, s. 102.

⁷¹⁷ Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2003, s. 1-2.

talebiyle arabulucuya başvurmak zorundayken, arabuluculuk sürecinde de anlaşılabilmesi hâlinde, son tutanaktan itibaren iki hafta içerisinde iş mahkemesinde dava açabilecektir.⁷¹⁸

Taraflar, anlaşarak uyuşmazlığı iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürebilirler.⁷¹⁹ Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene ait olmakla beraber işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.⁷²⁰ Mahkeme ya da hakem feshin geçersizliğine karar verirse işveren, işçiyi bir ay içinde tekrar işe başlatmak zorundadır.⁷²¹ İşçinin başvurusuna rağmen işe iadeyi gerçekleştirmeyen işveren, işçinin en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.⁷²² Bu tazminat doktrinde “iş güvencesi tazminatı” olarak anılmaktadır.⁷²³

Hâkim, iş güvencesi tazminatının miktarı açısından kanunun öngördüğü en az 4 en çok 8 aylık ücret aralığında bir belirleme yapacaktır.⁷²⁴ Belirlenmenin fesih sebebinin ağırlığı ve işçinin kıdemi göz önünde bulundurularak yapılacağı kabul edilmektedir.⁷²⁵ SÜZEK,⁷²⁶ bu yaptırımın miktarının öncelikle işverenin hukuka aykırı eyleminin, yani fesih sebebinin ağırlığına göre tayin edilmesi gerektiğini, kıdemin ek bir faktör olarak değerlendirilebileceğini ifade ederken, EKMEKÇİ⁷²⁷ ise belirlenmenin kıdeme göre değil, doğrudan işverenin hukuka aykırı eyleminin niteliklerine ve fesih sebebine göre yapılması gerektiğini belirtmektedir.

⁷¹⁸ İş Kanunu m. 19/1.

⁷¹⁹ İş Kanunu m. 19/1.

⁷²⁰ İş Kanunu m. 19/2.

⁷²¹ İş Kanunu m. 21/1.

⁷²² İş Kanunu m. 21/1.

⁷²³ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 1124; Süzek, **a.g.e.**, s. 664.

⁷²⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 1124-1125.

⁷²⁵ “Kanunun amacı ve gerekçesi dikkate alınarak işçinin kıdemi yanında feshe ilişkin somut koşullar, işverenin geçersiz fesihle somutlaşan hukuka aykırı davranışının ve kusurunun ağırlığı, işçinin kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği, uğradığı maddi ve manevi zararın ağırlığı, yaşı, iş bulma olasılığı, fesih sebebi gibi nedenler bir bütün olarak değerlendirilerek işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesi gerekir.” YİBGK, 13.4.2018, E. 2017/3, K. 2018/3.

⁷²⁶ Süzek, **a.g.e.**, s. 661-662.

⁷²⁷ Ömer Ekmekçi, “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, 2004, s. 175.

Öğretide iş güvencesi tazminatının hukuki niteliğine çok fazla değinilmemekle beraber konuya ilişkin görüş bildiren yazarlar bu yaptırımını medeni ceza olarak nitelendirmektedirler.⁷²⁸

Geçersiz sebeple fesih ve fesih hakkının kötüye kullanılması esasında farklı kavramlardır. Ancak kanun koyucunun İK m. 18/3'te örnek kabilinden saydığı geçersiz sebeplerin hemen hepsi de fesih hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek sebeplerdir. Bu bağlamda fesih hakkının kötüye kullanıldığı örneklerin hiçbirinde geçerli bir sebebin bulunmadığı söylenebilir. Kötü niyet tazminatında fesih hakkının kötüye kullanıldığını işçi ispat etmek durumundayken, iş güvencesi tazminatında feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispatı işverenden beklenmektedir. Her ne kadar dürüstlük kuralına aykırı davranmayan, yani objektif iyi niyetli bir kimsenin fesih sebebinin geçersizliği sonucunda iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kalması teorik olarak mümkünse de kanımızca bu çok ender rastlanacak bir durumdur. Dolayısıyla birçok somut olayda iş güvencesi tazminatının uygulanma biçimi adeta ispat yükünün tersine çevrildiği bir kötü niyet tazminatı şeklini alacaktır. Bundan dolayı da usullerinin ve şartlarının farklı olduğunu tekrar hatırlatarak, hemen yukarıda ele aldığımız kötü niyetli fesih tazminatının iş güvencesi kapsamındaki işçiler için öngörülmüş, daha kapsamlı bir versiyonu olarak ifade edebileceğimiz bu tazminat açısından da aynı gerekçelerle medeni ceza nitelendirmesinin isabetli olduğu görüşünderiz.

d. Ayrımcılık Tazminatı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinde ifade bulan eşitlik ilkesine göre:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz”

Kanun koyucu, İş Kanunu 5. maddesinde bu ilkeyi iş ilişkileri açısından ve daha kapsamlı bir biçimde ele almış, iş ilişkisi boyunca veya bu ilişkinin sona

⁷²⁸ Kazım Yücel Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 309; Alp, **a.g.m.**, s. 25.

ermesinde eşitlik ilkesine aykırı davranılması durumunda, işvereni bir tazminat ödemekle yükümlü tutmuştur. Anılan hükme göre:

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.”

Hükümde sayılan ayrımcılık hâllerinin tahdidi olmadığı, işçinin özürlü oluşu, boşanması, özel yaşamı gibi sebeplerle de ayırma tabi tutulamayacağı ifade edilmektedir.⁷²⁹ İş Kanunu m. 5/6’ya göre iş ilişkisi devam ederken yahut bu ilişkinin sonlandırılmasında böylesi bir ayrımcılığa maruz kalan işçi, dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminat talep edebilecektir. Aynı maddenin 7. fıkrasına göre ayrımcılık tazminatı olarak anılan bu tazminata hükmedilebilmesi için işçinin ayrımcılığa maruz kaldığını ispat etmesi gereklidir. Ancak işçi, böyle bir ihlalin varlığını muhtemel gösteren bir durum ortaya koyduğu takdirde ispat yükü yer değiştirecek, aksini ispat işverenden beklenecektir.⁷³⁰

Ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için işçinin, maruz kaldığı ayrımcılık nedeniyle bir zarara uğraması şart değildir.⁷³¹ Bu cihetle bahse konu yaptırımın teknik manada bir tazminat değil, eşitlik ilkesine aykırı davranmanın hukuki yaptırımı olduğu söylenmektedir.⁷³² Kanun koyucunun işçinin 4 aylık ücreti tutarını bir üst sınır olarak öngördüğü ayrımcılık tazminatının miktarının

⁷²⁹ Ayrımcılık halleri hakkında detaylı bilgi için Bkz.: Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 88 vd.

⁷³⁰ İş Kanunu m. 5/7.

⁷³¹ Süzek, **a.g.e.**, s. 486; Yıldız, **a.g.e.**, s. 329.

⁷³² Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 4, Sayı: 11, 2006, s. 77; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 748.

belirlenmesinde kullanılacak kriterler ise dava konusu olayın özellikleri, bahse konu ayrımcılığın ağırlığı, işçinin işyerindeki konumu, kıdemi olarak sayılmaktadır.⁷³³

Bu tazminatın da hukuki niteliği konusunda fazlaca görüş belirtilmemiş, ancak caydırıcılık amacı taşıdığına sıklıkla vurgu yapılmıştır. DOĞAN YENİSEY, bahse konu tazminatın iş hukukunda sıkça karşılaşılan türde bir götürü tazminat örneği olduğunu belirtmiş, ayrıca dört aylık üst sınırı işveren üzerinde caydırıcılık sağlanmasını zorlaştıracığı gerekçesiyle eleştirmiştir.⁷³⁴ NARMANLIOĞLU, ayrımcılık tazminatını, “eşit davranma borcuna aykırılığın müeyyidesi” başlığı altında ele almış ve bir medeni ceza olarak nitelendirmiştir.⁷³⁵ YILDIZ, anılan yaptırımın Avrupa Birliği direktiflerinde öngörülen caydırıcılık ve etkililik unsurlarını karşılamadığını, dört aylık üst sınırın kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.⁷³⁶ ÖZDEN MERHACI da ayrımcılık tazminatının “cezalandırıcı tazminat” ile benzerliklerini ele alırken, iki kurumun özellikle işlevleri ve amaçları bakımından paralel olduğunu, bu sebeple ayrımcılık tazminatının, cezalandırıcı tazminat kurumunun Kara Avrupası hukuklarına özgü bir yansıması olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.⁷³⁷

Öğretide ayrımcılık tazminatı konusunda kusur şartına ilişkin bir değerlendirme bulunmamakla beraber gerek kanunda sayılan ayrımcılık hâllerinin gerekse de öğretide verilen diğer örneklerin, işverenin kötü niyetli eylemlerinden ibaret olduğu ve ağır kusurlu davranışlar olarak nitelendirilebileceği aşikârdır. Yine bu yaptırımın zarar şartından bağımsız olduğu ve işvereni işçilere eşit davranma borcuna aykırı davranmaktan caydırma amacı taşıdığı tartışmasız kabul edilmektedir. İşçinin kıdemi, işyerindeki konumu gibi, hükmün amacıyla alakalı olmayan kriterlerin de göz önünde bulundurulacağı ifade edilmekle beraber, dava konusu olayın özellikleri, bahse konu ayrımcılığın ağırlığı gibi faktörlerin tazminat miktarını tayinde belirleyici kabul edilmesi, bu yaptırımın caydırma amacının yanında ödetme amacını da içerdiğinin kabulünü gerektirir. Biz de ayrımcılık tazminatını bu

⁷³³ Doğan Yenisey, **a.g.m.**, s. 77; Süzek, **a.g.e.**, s. 486.

⁷³⁴ Doğan Yenisey, **a.g.m.**, s. 76-77.

⁷³⁵ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 330.

⁷³⁶ Yıldız, **a.g.e.**, s. 330.

⁷³⁷ Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 212.

özelliklerinden sebep, ilk bölümde incelediğimiz cezalandırıcı tazminat yaptırımına oldukça benzeyen bir medeni ceza olarak değerlendirilen görüşe iştirak ediyoruz.

e. Sendikal Tazminat

Sendika özgürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 51 ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Anılan hükme göre:

“Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “sendika özgürlüğünün güvencesi” başlıklı 25. maddesinde ise bu özgürlük daha kapsamlı bir şekilde tanımlanmış; bu konudaki ihlallere karşılık olarak tazminat yaptırımı öngörülmüştür. Bu tazminat öğretide “sendikal tazminat”, “sendikacılık tazminatı” gibi isimlerle anılmaktadır.

Anılan maddenin ilk fıkrasında işverenin, işçinin işe alınmasını belirli bir sendikaya üye olma yahut olmama, mevcut üyeliğini sonlandırma yahut sonlandırmama gibi bir şarta bağlı tutamayacağı; 2. fıkrasında hâlihazırda çalışan işçilerin çalışma şartlarında sendikal tercihleri sebebiyle ayırım yapılamayacağı; 3. fıkrasında ise bir işçinin sendikal tercih ya da faaliyetleri sebebiyle işten çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Bu fıkralara aykırılığın yaptırımı olan sendikal tazminata hükmedilebilmesi için işçinin bir zarara uğramış olması gerekmez.⁷³⁸ İşçinin bir yıllık ücretinin alt sınır olarak öngörüldüğü bu tazminatın miktarının belirlenmesinde ise tazminata sebep olan fesih ya da ayrımcılığın ağırlığı, işçinin kıdemi, nitelikleri, sendikal örgütlenmedeki görevi gibi ölçütlerin göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir.⁷³⁹

⁷³⁸ Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2022, s. 70.

⁷³⁹ Ahmet Terzioğlu, “İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar” **Kamu-İş**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 53; Doğan Küçük, **Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Bağlamında Sendikal Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 193; Sur, **a.g.e.**, s. 70.

Sendikal tazminata hak kazanabilmek için zarar şartının bulunmaması, bir başka ifadeyle işçi herhangi bir zarara maruz kalmasa dahi sendikal tazminata hükmedilebilmesi, iş hukukundaki diğer tazminatlar gibi bunun da hukuki niteliğine dair farklı görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Yine bu alandaki diğer yaptırımlarda olduğu gibi götürü tazminat⁷⁴⁰ ve medeni ceza⁷⁴¹ görüşleri öne sürülmüştür. Sendikal tazminatın fesih hakkının sendikal sebeplerle kötüye kullanmasını, yine aynı sebeplerle işe alım sürecinde yahut çalışanlar arasında ayrımcılık yapılmasını engellemek amacıyla öngörülmüş bir yaptırım olduğu vurgulanmaktadır.⁷⁴²

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/1 ve m. 25/2'deki hâller için hükmedilecek sendikal tazminatın, hemen yukarıda ele aldığımız ayrımcılık tazminatının özel bir görünümü, m. 25/3'te ifade bulan hâlde hükmedilecek sendikal tazminatın ise yine yukarıda incelediğimiz kötü niyetli fesih tazminatının özel bir görünümü olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴³ Biz de ilgili tazminatlar bakımından belirttiğimiz gerekçelerle, sendikal tazminatın da bir medeni ceza olduğu kanısındayız.

7. Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Tazminatı

TBK m. 350'de konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmesinin, kiraya veren tarafından dava yoluyla sona erdirilebilmesine imkân tanıyan iki özel durum düzenlenmiştir. Anılan hükme göre:

“Kiraya veren, kira sözleşmesini; 1. Kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, 2. Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli

⁷⁴⁰ Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, c. 1, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s. 367.

⁷⁴¹ Süzek, **Fesih**, s. 179. Terzioğlu, **a.g.m.**, s. 51; Sur, **a.g.e.**, s. 70.

⁷⁴² Terzioğlu, **a.g.m.**, s. 51-52.

⁷⁴³ Sendikal tazminatın, kötü niyetli fesih tazminatının özel bir görünümü olduğu hakkında Bkz.: Haluk Hadi Sümer, **Türk Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması**, Konya, Mimoza Yayınları, 1997, s. 116; Süzek, **a.g.e.**, s. 566; Sendikal ayrımcılık hakkında ayrıca Bkz.: Gül, **a.g.e.**, s. 350; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 751.

sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir.”

TBK. m. 351’de ise aynı hak, kiralananı sonradan edinen yeni malike tanınmış; bu kimsenin kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebileceği hüküm altına alınmıştır. Yeni malik, sözleşmeyi gereksinim sebebiyle sona erdirme hakkını tercihen sözleşme süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilecektir.⁷⁴⁴

TBK’nın “Yeniden kiralama yasağı” başlıklı 355. maddesinin birinci fıkrasına göre kiraya veren yahut yeni malik, gereksinim sebebiyle ve dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirip kiralananı boşalttırdığı takdirde, ilgili taşınmazı üç yıl boyunca tahliye edilen kiracıdan bir başkasına kiralayamaz. Madde 355/2’ye göre yeniden inşa ve imar amacıyla ve dava yoluyla boşaltılan taşınmazlar haklı bir sebep olmadığı takdirde üç yıl boyunca eski hâliyle kiralanamazlar. Yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazların yeni hâliyle ve yeni kira bedeliyle kiralınması noktasında eski kiracının öncelik hakkı vardır.⁷⁴⁵ Eski kiracının, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirimi izleyen bir ay içinde öncelik hakkını kullanması gerekir.⁷⁴⁶ Bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz, üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz.⁷⁴⁷

Maddenin son fıkrasında ise kiralama yasağına aykırılığın yaptırımı olarak kiraya verenin eski kiracısına, alt sınırı son kira döneminde ödenen bir yıllık kira bedeli olan bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.⁷⁴⁸ Bahse konu kanun hükmünün ihdasıyla mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında

⁷⁴⁴ TBK m. 351/2.

⁷⁴⁵ TBK m. 355/2.

⁷⁴⁶ TBK m. 355/2.

⁷⁴⁷ TBK m. 355/2.

⁷⁴⁸ TBK m. 355/3: “Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.”

Kanun'un⁷⁴⁹ 16. maddesinde⁷⁵⁰ aynı konu için öngörülen ceza hukuku müeyyidelerinin uygulanması sistemi terk edilmiş, yerine kiracıya bahse konu tazminatı talep hakkı verilmiştir.⁷⁵¹

Alt sınırı bir yıllık kira bedeli olan bu tazminata hak kazanılabilmesi için; taşınmazın kiraya verenin yahut yeni malikin gereksinimi ya da yeniden inşa ve imar sebebiyle boşaltılması; feshin dava yoluyla gerçekleştirilmesi; malikin yasak süresi olan üç yıl dolmadan ve haklı bir sebep bulunmaksızın taşınmazı bir başkasına kiraya vermesi gerekmektedir.⁷⁵²

Bu tazminatın amacının, aslında kiralanan gereksinim duyulmamasına yahut taşınmazın herhangi bir onarıma ihtiyacı bulunmamasına rağmen, kiraya verenin göstermelik olarak bu sebepleri öne sürerek kiracıyı tahliye etmesini önlemek olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵³ SARUHAN, yeniden kiralama yasağının, malikin kiralananı daha yüksek bir kira bedeliyle bir başkasına kiralamasının engellenmesi ve bu hususta kanunun tanıdığı fesih hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi gayelerini güttüğünü belirtmiştir.⁷⁵⁴

Öğretideki baskın görüşe göre; davacı, bir yıllık kira bedelinin yanı sıra uğradığı zararların tazminini de talep edebilmelidir ve bu zararların karşılığı olarak hükmedilecek miktar, bir yıllık kira bedelinden mahsup edilmemelidir.⁷⁵⁵ Bu

⁷⁴⁹ Kabul Tarihi: 18.5.1955, RG. 27.5.1955/9013.

⁷⁵⁰ “...15 inci madde hükmüne aykırı hareket edenler hakkında altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur. Mükerrirler hakkında bu cezalar bir misli artırılır.”

⁷⁵¹ Mustafa Özdoğan, Tuba Oymak, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Kira**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 578; M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, c. 2, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 421; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 631-632; 6570 sayılı kanunun, dolayısıyla ceza hukuku müeyyidelerinin yürürlükte olduğu dönemde, bu doğrultuda açık bir kanun hükmü bulunmasa da kiracının tahliye neticesinde maruz kaldığı zararların, genel hükümler dairesinde tazminat talebine konu olabileceği öğretisi ve yargı tarafından kabul edilmekteydi. Konu hakkında Bkz.: Utku Saruhan, “Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 37, 2019, s. 371-372.

⁷⁵² İbrahim Gül, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2021, s. 933, (buradan itibaren Gül, **Kira** olarak anılacaktır.)

⁷⁵³ Özdoğan, Oymak, **a.g.e.**, s. 579; Gül, **Kira**, s. 944.

⁷⁵⁴ Saruhan, **a.g.m.**, s. 356.

⁷⁵⁵ Mustafa Alper Gümüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 325, (buradan itibaren Gümüş, **Kira** olarak anılacaktır.); Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 189; Gül, **Kira**, s. 947; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 634-635; Saruhan, **a.g.m.**, s. 374.

görüştteki yazarlardan bazıları hâkimin somut olayın özelliklerine göre yasağa aykırılığın yaptırımını olarak bir yıllık kira bedelinden fazlasına da hükmedebileceğini savunurlarken,⁷⁵⁶ bazıları bu miktarı bir sabit gibi değerlendirmektedirler.⁷⁵⁷

Diğer bir görüşe göre ise kiracı ancak zararı bir yıllık kira bedelini aştığı durumlarda ve bu miktarda zararını ispatlayarak fazlaya ilişkin talepte bulunabilecektir.⁷⁵⁸

Yaptırımın hukuki niteliği konusunda da farklı görüşler öne sürülmüştür:

AKYİĞİT'e göre yeniden kiralama yasağına aykırılığın yaptırımını olan bu tazminat, alt sınırı kanunla belirlenmiş bir asgari götürü tazminattır ve kiracının maruz kaldığı zarar bir yıllık kira bedelinden az da olsa, hatta kiracı hiçbir zarara uğramamış da olsa bir yıllık kira bedeli tutarında tazminata hükmedilecektir.⁷⁵⁹ Kiracı, zararının bu miktardan fazla olduğu iddiasındaysa, iddiasını ispatlamak şartıyla fazlaya ilişkin talepte de bulunabilecektir.⁷⁶⁰

ÖZDOĞAN/OYMAK,⁷⁶¹ İNCEOĞLU⁷⁶² ve AYDEMİR⁷⁶³ ise bahse konu yaptırımını kanundan doğan bir cezai şart olarak nitelendirmişlerdir. Bu görüşe göre de davacı, zararının bir yıllık kira bedelinden fazla olduğu iddiasındaysa, bu fazlayı ancak iddiasını ispat ederek talep edebilecektir.⁷⁶⁴

GÜMÜŞ,⁷⁶⁵ GÜL⁷⁶⁶ ve VURALOĞLU⁷⁶⁷ bu tazminatı medeni hukuk cezası olarak nitelendirirlerken, AYDOĞDU/KAHVECİ⁷⁶⁸ ise yaptırımdan “ceza

⁷⁵⁶ Gül, **Kira**, s. 947; Saruhan, **a.g.m.**, s. 374.

⁷⁵⁷ Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 192; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 634.

⁷⁵⁸ Merve Akgün Akay, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 93; Efrail Aydemir, **Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 213; Ercan Akyiğit, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, s. 217, (buradan itibaren Akyiğit, **Kira** olarak anılacaktır.); İnCEOğlu, **a.g.e.**, s. 422.

⁷⁵⁹ Akyiğit, **Kira**, s. 217.

⁷⁶⁰ Akyiğit, **Kira**, s. 217.

⁷⁶¹ Özdoğan, Oymak, **a.g.e.**, s. 581.

⁷⁶² İnCEOğlu, **a.g.e.**, s. 422. yazar aynı eserinde yaptırımdan “medeni hukuk cezası” olarak da bahsetmektedir. Bkz.: İnCEOğlu, **a.g.e.**, s. 421.

⁷⁶³ Aydemir, **a.g.e.**, s. 213.

⁷⁶⁴ Özdoğan, Oymak, **a.g.e.**, s. 581; İnCEOğlu, **a.g.e.**, s. 422; Aydemir, **a.g.e.**, s. 213.

⁷⁶⁵ GümüŞ, **Kira**, s. 325.

⁷⁶⁶ Gül, **Kira**, s. 947.

⁷⁶⁷ Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 190-191.

⁷⁶⁸ Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 632 vd.

tazminatı” ve “cezai tazminat” olarak bahsetmektedir. Anılan yazarlar, kiracının haksız tahliye sebebiyle maruz kaldığı kira farkı, taşınma giderleri gibi zararları ayrıca talep edilebileceğini, bunların medeni ceza olarak hükmedilen bir yıllık kira bedelinden mahsup edilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁷⁶⁹ AKGÜN AKAY da ilgili yaptırımı medeni hukuk cezası olarak nitelendirmekle beraber, kiracının ayrıca tazminat talebinde bulunabilmesi için zararının bir yıllık kira bedeli tutarındaki yaptırımı aşması gerektiği, bunun ispat edilmesi hâlinde aşan kısmın da talep edilebileceği görüşündedir.⁷⁷⁰

Biz de bahse konu yaptırımı bir medeni ceza örneği olarak gören baskın görüşe katılıyoruz. Şöyle ki; bu yaptırımın mülga 6570 sayılı kanunda öngörülen ceza hukuku müeyyidelerinin yerini alması, kanun koyucunun hükmün ihdasındaki amacını da ortaya koymaktadır. Mülga kanunda öngörülen hapis cezası kaldırılmış, üç yıllık kira bedeli tutarındaki para cezası ise devlete değil, mağdur kiracıya ödenecek olan bir yıllık kira bedeli tutarında bir medeni ceza olarak TBK m. 355’te ifade bulmuştur. Öğretide de işaret edildiği üzere medeni ceza miktarının da üç yıllık kira bedeli tutarında belirlenmesi caydırıcılık amacına ulaşmada daha isabetli bir tercih olabilirdi.⁷⁷¹ Ancak hükmün mevcut hâliyle kanun koyucunun bir yıllık medeni cezayı bir sabit olarak belirlediği, bunun bir alt sınır olduğuna ilişkin ibarenin ise medeni cezaya ek olarak telafi tazminatına da hükmedilebileceğine işaret etmek niyetiyle hükümde yer aldığı kanısındayız.

8. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmeye Kazanç Devri Yaptırımı

En genel tanımıyla vekâletsiz işgörme, bir kimsenin (işgörenin) böyle bir yetkisi yahut yükümlülüğü bulunmaksızın, yani vekâleti olmaksızın bir başkasının (iş sahibinin) işini görmesidir.⁷⁷² TBK m. 526 ile m. 531 arasında düzenlenen

⁷⁶⁹ Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 634-635; Gül, **Kira**, s. 947; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 191.

⁷⁷⁰ Akgün Akay, **a.g.e.**, s. 93.

⁷⁷¹ Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 632.

⁷⁷² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 897, (buradan itibaren Eren, **Özel Hükümler** olarak anılacaktır.); Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, c. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 435, (buradan itibaren Gümüş, **Özel Hükümler** olarak anılacaktır.); Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 12.

vekâletsiz işgörme, hukuka uygun ve hukuka aykırı görünümüleri bakımından, gerçek ve gerçek olmayan şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.⁷⁷³

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörme, yetkisiz bir kimsenin, bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek bu kimsenin işini, kendisi ya da üçüncü bir kişi yararına görmesi şeklinde tanımlanabilir.⁷⁷⁴ Bu durumda işgören, gerçek vekâletsiz iş görmeden farklı olarak, başkasının işini onun menfaatine görme iradesiyle değil, bu işi kendi işi gibi görerek, bir nevi başkasının işini gasp etme iradesiyle hareket etmektedir.⁷⁷⁵ Söz gelimi bir kimsenin rızası olmaksızın günlüğünün basılıp yayınlanması,⁷⁷⁶ müteşebbisin bir ürünü patent sahibinin iznini olmaksızın ürettirip satması,⁷⁷⁷ bir çiftçinin komşusunun haberi olmaksızın onun ineklerini sağarak sütleri satması,⁷⁷⁸ gerçek olmayan vekâletsiz işgörme örnekleridir. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörme kurumunun ayrı bir borç kaynağı olarak Borçlar Kanunu genel hükümler arasında düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷⁷⁹

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin söz konusu olabilmesi için gerekli unsurlar şöyle sıralanabilir:⁷⁸⁰ Bir işin görülmesi; bu konuda yetkinin bulunmaması; işin, iş sahibinin menfaatine görülmemesi. İşgörenin kusurlu olması gerekip gerekmediği konusu ise tartışmalıdır.

İşgörme, bir hukuki işlemin yapılmasıyla sınırlı değildir.⁷⁸¹ Komşu evdeki yangını söndürme, komşunun evini basan suyu tahliye etme gibi maddi fiiller de bu kapsamda değerlendirilir.⁷⁸² Yani bir başkasının hukuk alanına müdahale teşkil

⁷⁷³ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 7; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 164.

⁷⁷⁴ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 7-8.

⁷⁷⁵ Eren, **Özel Hükümler**, s. 909.

⁷⁷⁶ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 8.

⁷⁷⁷ Eren, **Özel Hükümler**, s. 914.

⁷⁷⁸ Hülya Atlan Kazan, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, 2014, s. 157-158.

⁷⁷⁹ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 16; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 19; Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 464; Eren, **Özel Hükümler**, s. 911-912.

⁷⁸⁰ Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s. 74 vd., (buradan itibaren Tandoğan, **Vekâletsiz İşgörme** olarak anılacaktır.); Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, **Haksız Kazancın İadesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 54 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 465 vd.; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 26 vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s. 912-913.

⁷⁸¹ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 26.

⁷⁸² Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 438.

etmesi şartıyla herhangi bir olumlu insan davranışı, vekâletsiz işgörme olarak nitelendirilebilecektir.⁷⁸³

İşgörenin, işin görülmesi için kendisini yetkili kılan, bir sözleşmeden ya da kanundan doğan bir hukuki durumda bulunmaması gereklidir.⁷⁸⁴ Aksi hâlde zaten ilgili kimsenin hukuk alanına yapılan müdahale hukuka uygun olacak ve gerçek olmayan vekaletsiz işgörme mevzu bahis olmayacaktır.⁷⁸⁵

İşin, iş sahibinin menfaatine görülmemesi unsuru, işgörenin menfaatine görülmesi ve üçüncü bir kişinin menfaatine görülmesi şeklinde iki ihtimali de içerisinde barındırmaktadır.⁷⁸⁶ Bu unsurdan, bir kimsenin hukuk düzeni tarafından korunan menfaatlerinin bir başkası tarafından ve kendi yararına olacak şekilde kullanılması ya da ihlal edilmesi anlaşılmaktadır.⁷⁸⁷

Madde metninde kusur unsuruna yer verilmemekle beraber doktrindeki baskın görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin söz konusu olabilmesi için işgörenin kusurlu olması gerekmektedir.⁷⁸⁸ Her ne kadar farklı kavramlar olsalar da bu unsur öğretide kötü niyet olarak anılmaktadır.⁷⁸⁹ Kötü niyetle işaret edilenin kast ve ağır ihmali içine alan ağır kusur hâlleri olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹⁰ Bir başkasının menfaat alanına el atarak kendisine yahut bir üçüncü kişiye fayda sağlayan kimse hukuka aykırılık bilincine sahipse kötü niyetlidir.⁷⁹¹ Yani bu kimse, bir başkasının hukuk alanına müdahale ettiğini ve bu kişiye ait bir işi görerek kendisine ya da bir üçüncü kişiye yönelik menfaat elde ettiğini biliyor ya da

⁷⁸³ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 21 vd.

⁷⁸⁴ Arkan Akbıyık 33-34; Eren, **Özel Hükümler**, s. 912.

⁷⁸⁵ Eren, **Özel Hükümler**, s. 912-913; Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 468.

⁷⁸⁶ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 32.

⁷⁸⁷ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 32.

⁷⁸⁸ Eren, **Özel Hükümler**, s. 910; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 42; Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 468-469; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 44-45; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 168, dn. 702; Aksi yönde Bkz.: Gülşah Sinem Aydın, **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İşgörme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 130; Gamze Turan Başara, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 339; Kılıçoğlu Yılmaz, **a.g.e.**, s. 67;

⁷⁸⁹ Bu kavramların birbirleri yerine kullanılmasına ilişkin yapılan bir eleştiri için Bkz.: Aydın, **a.g.e.**, s. 133 vd.

⁷⁹⁰ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 46.

⁷⁹¹ Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 469; Eren, **Özel Hükümler**, s. 911.

bilebilecek durumda olmalıdır.⁷⁹² Hafif ihmal ve kusursuzluk durumunda ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulama bulacağı ifade edilmektedir.⁷⁹³

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin kendine özgü hukuki sonucunu düzenleyen TBK m. 530'da "*İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmenden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir...*" denilerek, iş sahibine bir talep hakkı tanınmıştır. Bu talep hakkı öğretide "menfaat devri"⁷⁹⁴, "haksız kazancın iadesi"⁷⁹⁵, "kazanç devri"⁷⁹⁶ gibi isimlerle anılmaktadır. Bahse konu yaptırıma ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 530'un yanı sıra, kişiliğin saldırıya karşı korunmasında TMK m. 25/3, haksız zilyedin iade borcu konusunda TMK m. 993, fikrî hak ihlalleri bakımından FSEK m. 70/3, haksız rekabet hâlleri açısından ise TTK m. 56/1 ile gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin özel görünümünde kazanç devri yaptırımı öngörülmüştür.⁷⁹⁷

Kazanç devri yaptırımının uygulanabilmesi için işgörenin muhakkak bir kazanç elde etmiş olması gerekmektedir.⁷⁹⁸ Aksi hâlde gerçek olmayan vekâletsiz işgörme var olsa da kazanç devri yaptırımından söz edilemeyecektir.⁷⁹⁹ Tazminat yaptırımında mağdurun zararı ne kadar önemliyse, bu yaptırım açısından da işgörenin elde ettiği kazanç o denli mühimdir. İş sahibinin bir zarara uğrayıp uğramamasının ise kazanç devri açısından hiçbir önemi yoktur.⁸⁰⁰ Ayrıca işgörenin elde ettiği kazanç ile işgörme olgusunun arasında da nedensellik bağı bulunmalıdır.⁸⁰¹

İş sahibi, işgörenin elde ettiği kazancı ispatlamak zorundadır.⁸⁰² Devredilecek kazanç, işgörenin elde ettiği net kazançtır.⁸⁰³ Bu miktara, işgörenin kendi

⁷⁹² Eren, **Özel Hükümler**, s. 911; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 45.

⁷⁹³ Tandoğan, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 203; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 49 vd.

⁷⁹⁴ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 78.

⁷⁹⁵ Kılıçoğlu Yılmaz, **a.g.e.**, s. 10-11.

⁷⁹⁶ Burak Özen, Ozan Ali Yıldız, "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Dayalı Kazanç Devri Yaptırımının Kapsamının Belirlenmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, s. 1827 vd.; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 47 vd.; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 164 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 470.

⁷⁹⁷ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 271 vd.; Atlan Kazan, **a.g.e.**, s. 180 vd.; Kılıçoğlu Yılmaz, **a.g.e.**, s. 83 vd.

⁷⁹⁸ Özen, Yıldız, **a.g.m.**, s. 1829-1830.

⁷⁹⁹ Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 166; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 31.

⁸⁰⁰ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 85.

⁸⁰¹ Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 470; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 63 vd.

⁸⁰² Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48.

meziyetlerinden kaynaklanan, yani iş sahibinin kendisinin elde edemeyeceği kazançlar da dahildir.⁸⁰⁴ Miktarla ilişkin ispatın mümkün olmadığı durumlarda ise TBK m. 50/2'nin kıyasen uygulama bulacağı ve devredilecek kazancı, somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdir edeceği kabul edilmektedir.⁸⁰⁵ Devredilecek kazancın bir miktar para olması durumunda yaptırımın, menfaatin elde edilmesinden itibaren işletilecek olan temerrüt faizini de içereceği belirtilmektedir.⁸⁰⁶

Şartlarının bir arada bulunması durumunda gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden kaynaklanan kazanç devri talebinin, fiilî zararlar bakımından haksız fiil ve borca aykırılık sorumluluklarından doğan maddi tazminat talepleriyle yığılacağı; sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerle ve mahrum kalınan kâr bakımından haksız fiil ve borca aykırılık sorumluluklarından doğan maddi tazminat talepleriyle ise yarışacağı ifade edilmektedir.⁸⁰⁷

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmede kazanç devri yaptırımıyla amaçlananın, bir kimsenin bir başkasının hukuk alanına haksız müdahalede bulunmak suretiyle elde ettiği kazancı kendi malvarlığında tutabilmesine engel olmak, dolayısıyla bu tür eylemleri ekonomik olarak cazibesiz kılarak önlemek/caydırmak olduğu ifade edilmektedir.⁸⁰⁸ Öğretide, zarardan bağımsız oluşu ve caydırıcılık amacına yönelmesi

⁸⁰³ Eren, **Özel Hükümler**, s. 915; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁰⁴ Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 48; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 81.

⁸⁰⁵ Turan Başara, **a.g.e.**, s. 344; Aydın, **a.g.e.**, s. 227; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 49; Bazı yazarlar ise kıyasen uygulanacak hükümler olarak TBK m. 50-52 arasına işaret etmekte, dolayısıyla hâkimin belirlediği kazanç miktarı üzerinden TBK m. 51-52'de öngörülen sebeplerle indirim uygulayabileceğini savunmaktadırlar. Bkz.: Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 91. Aynı doğrultuda Bkz.: Özen, Yıldız, **a.g.m.**, s. 1846 vd.

⁸⁰⁶ Madde metninde faize değinilmemekle beraber niteliği gereği bu tür borçlarda da genel hükümler uyarınca temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü doğacağı kabul edilmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörme bir haksız fiil benzeri olduğundan TBK m. 117/2 kıyasen uygulanacak ve ihtar aranmayacaktır. Uygulanacak faiz oranı ise TBK m. 120/1 uyarınca faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata göre belirlenecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Aydın, **a.g.e.**, s. 172 vd.; Gümüş'e göre ise burada söz konusu olan teknik olarak bir faiz değil, işgörenin hukuka aykırı olarak yararlandığı değer tutarı için ödediği bir karşılıktır. İşgörenin temerrüde düşürülmesine bu sebeple gerek yoktur. Bkz.: Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 470.

⁸⁰⁷ Aydın, **a.g.e.**, s. 237 vd.; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 170 vd; Arkan Akbıyık, **a.g.e.**, s. 62 vd.; Gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden doğan taleplerin sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerle ilişkisi hakkında ayrıca Bkz.: M. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 73-74.

⁸⁰⁸ Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 173; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 79.

sebebiyle bu yaptırımın bir medeni ceza (özel hukuk cezası) örneği olduğu görüşü ağırlıktadır.⁸⁰⁹

Biz de gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin ayrı bir borç kaynağı olarak ve genel hükümler arasında düzenlenmesi, ağır kusurun bu yaptırımın şartları arasında kabul edilmesi, hafif kusur ya da kusursuzluk hâllerinde ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği fikirlerine iştirak ediyoruz. Ancak kazanç devri yaptırımını medeni ceza olarak nitelendiren baskın görüşe katılmıyoruz. Zira kanımızca caydırma/önleme buradaki asli amaç değildir. Kanun koyucu hukuka aykırı olarak ortaya çıkan bir zenginleşmenin, tabiri caizse bu zenginleşmenin mayasını hukuka uygun olarak elinde bulunduran gerçek hak sahibine devrini öngörmekte, böylelikle hakkaniyetin sağlanmasını ve adaletin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Zira bazı durumlarda haksız fiil hükümleri ve hatta bu hükümleri tamamlayıcı işlevi de olan sebepsiz zenginleşme kurumu bu uğurda yetersiz kalmaktadır.

Kaldı ki işgören cezalandırılarak işin görülmesinden önceki hâlden daha kötü bir vaziyete konmamaktadır. Devredilecek kazanç hesaplanırken yaptığı masraflar elde ettiği kazançtan düşülmekte, hatta uygun bir ücret takdirine dahi yer olduğu savunulmaktadır.⁸¹⁰ Bu şartlarda, iş bulmakta güçlük çeken bir işgörenin lehine bir sonuç dahi tahayyül edilebilir. Ayrıca bu yaptırımı, özel hukukun en ağır yaptırımı ve medeni ceza olarak nitelendiren görüşte işgörenin daima iş sahibinden daha meziyetli olduğu ve ondan çok daha fazla kazanç elde edeceği varsayımında bulunmaktadır. Oysaki bu sadece bir ihtimaldir. Birçok olayda bunun aksi gerçekleşebilir. Bu durumlarda fakirleşme şartından dolayı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamasa dahi maddi tazminat olarak yoksun kalınan kârın talep edilmesi davacının çok daha lehine olacaktır.

Kazanç devri yaptırımının menfaat elde etmek amacıyla gerçekleştirilecek hukuka aykırı fiilleri önleyici bir etki göstereceği aşikâr olsa da biz, asli amacın hukuka aykırı eylemin değil bu eylem sonucunda elde edilen kazancın, yani haksız

⁸⁰⁹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 441; Vuraloğlu, **a.g.e.**, s. 177-178; Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 170, 179; Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 114.

⁸¹⁰ Baş Süzel, **a.g.e.**, s. 116-117; Tandoğan, **Vekâletsiz İşgörme**, s. 300

zenginleşmenin failde kalmasının önlenmesi, bunun gerçek hak sahibine devredilerek hakkaniyetin sağlanması ve adaletin gerçekleştirilmesi olduğunu düşünüyor, bahse konu devir borcunu kendine özgü bir özel hukuk yaptırımı olarak nitelendiriyoruz.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZALANDIRICI TAZMİNATA HÜKMEDİLEN İNGİLİZ VE AMERİKAN MAHKEME KARARLARININ TÜRKİYE’DE TENFİZİ

I. Genel Olarak

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de nasıl tenfiz edilebileceğini izah etmeye uğraşacağız. Açıklamalarımızı, ilk bölümdeki incelemelerimiz doğrultusunda, tenfizi istenen ilamın İngiliz veyahut Amerikan mahkemelerinden verildiği varsayımıyla şekillendireceğiz. Bu ülkeler ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizine dair iki ya da çok taraflı bir anlaşma bulunmadığından, bu tür bir kararın tenfiz edilebilirliğini MÖHUK’un ilgili hükümleri çerçevesinde sınayacağız. İlk olarak MÖHUK m. 50 ve m. 59 arasında düzenlenen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları ile usulü hakkında genel bilgiler verecek, ardından bu şartlar arasında İngiliz ve Amerikan mahkemelerinden sadır olmuş bir cezalandırıcı tazminat kararının tenfizini engellemek noktasında özellik arz edenleri tek tek ele alacağız. Türk mahkemeleri henüz böyle bir taleple karşılaşmadığı için, bizlere fikir vermesi bakımından, Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş diğer ülkelere İsviçre, Almanya, Japonya, İspanya, Fransa ve İtalya’nın yüksek mahkemelerinin konuya yaklaşımlarına kısaca değineceğiz.

II. Yabancı Mahkeme Kararlarının MÖHUK’a Göre Tenfizi

A. Tenfizin Ön şartları

1. Yabancı Mahkeme Tarafından Verilmiş Bir Kararın Bulunması

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde ilk ön şart olarak, tenfizi talep edilen kararın “yabancı” bir “mahkeme” tarafından verilmiş olması gerekmektedir. MÖHUK m. 50/1’deki yabancı mahkeme kavramı, Türk mahkemeleri dışındaki tüm

mahkemeleri kapsamaktadır.⁸¹¹ Yabancı bir devletin egemenlik hakkı kullanılmak suretiyle, yine o ülke mahkemelerince verilmiş olan bir karar, yabancı mahkeme kararı olarak kabul edilecektir.⁸¹² Tenfize konu ilamı veren mahkemenin, bulunduğu devletin egemenlik yetkisini kullanarak ve o devlet adına karar vermiş olması yeterlidir; ilgili devletin uluslararası hukuka göre Türkiye tarafından tanınmamış olması, kararın tenfizine engel olmayacaktır.⁸¹³

⁸¹¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 119.

⁸¹² Işıl Özbakan, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1987, s. 145-146; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2022, s. 119; Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 35; MÖHUK m. 50/1’de yabancı mahkemeler tarafından verilen “ilamların” tenfize konu olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla yabancı mahkemelerin verdiği ara kararlar, ihtiyati tedbir vb. geçici koruma önlemlerine yönelik kararlar, ilam niteliğinde olmadıkları için tenfiz edilemeyecektir. Bkz.: Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 638. Davanın taraflarınca akdedilen sulh sözleşmelerinin ise ancak mahkeme önünde yapılması ve ilgili mahkemece onanarak karara eklenmeleri durumunda tenfize konu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 124; Doğan, **a.g.e.**, s. 120. Türkiye’nin tarafı olduğu bazı İki taraflı uluslararası adli yardımlaşma anlaşmalarında da bu doğrultuda hükümler bulunmaktadır. Örneğin Türkiye İle Romanya arasında 28/09/2005 tarihinde Ankara’da imzalanan, 25/10/2007 tarihli ve 5704 sayılı Kanun ile onaylanan ve 06/09/2008 tarihli ve 26989 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 20/06/2008 tarihinde yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Arasında Hukukî Konularda Adli Yardım Anlaşması”nın tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerinin yer olduğu bölüm, 16. maddede şu ifade yer almaktadır: “*Bu Kısım hükümleri, hukukî konularda bir mahkeme önünde yapılmış veya mahkemece onaylanmış sulh anlaşmalarına da uygulanacaktır.*”

⁸¹³ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta, 2006, s. 77; Özbakan, **a.g.e.**, s. 146; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 35, Doğan, **a.g.e.**, s. 119; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 637; Tenfize konu karara hükmetmiş olan makamın, hangi ölçütlere göre bir mahkeme olarak kabul edileceği konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tenfizi istenen kararın bir mahkeme kararı olup olmadığının tespiti, bu makamın tabi olduğu hukuka göre yapılmalıdır. Bkz.: Aysel Çelikel, **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul, 1963, s. 59-60; Ekşi, **a.g.e.**, s. 120; Doğan, **a.g.e.**, s. 119. Diğer bir görüşe göre ise bununla yetinilmemeli, çifte vasıflandırma metodu uyarınca ilgili makamın Türk hukukuna göre de bir mahkeme olarak kabul edilebilirliği araştırılmalıdır. Bkz.: Emre Esen, “Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 27, Sayı: 1-2, 2007, s. 49; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, 634-635. Pek tabii, istisnai olsa da, iki ya da çok taraflı uluslararası anlaşmalar yahut iç hukuk düzenlemeleriyle, yabancı idari makamlarca verilen kararların tenfizine de olanak tanınabilmektedir. Örneğin 04/04/2000 tarih ve 4559 sayılı Kanunla onaylanan ve 24/05/2000 gün ve 24058 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 19/01/2003 tarihinde yürürlüğe giren 1999 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması m. 17/1(a) uyarınca akit taraflardan herhangi biri, diğer taraf ülkesinde verilmiş olan “*Hukukî ve ticari konulara ilişkin adli kararlar ile hukukî konularla ilgili diğer yetkili makamların kararları*” anlaşmada öngörülen şartlar altında tanıyıp tenfiz edebilecektir. Keza 15 Nisan 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi (RG. 11.01.1973/14418) kapsamında Lihtenştayn ve Surinam ülkelerindeki yetkili idari makamlarca verilen nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür. Bkz.: Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 707. Yine 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30/2 uyarınca, yabancı idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgeler de tenfiz veya tanıma davasına konu edilebilmektedir. Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG. 29.4.2006/26153. Konu hakkında ayrıca Bkz.: Vildan Sezişli, **Yabancı Boşanma**

2. Yabancı Mahkeme Kararının Özel Hukuka İlişkin Olması

MÖHUK m. 50/1 uyarınca, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararı hukuk davalarına ilişkin olmalıdır. Kanun koyucunun kullandığı “hukuk davaları” ifadesi öğretide eleştirilmiş; bu ifadenin “medeni ve ticari davalar” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiş; hatta uluslararası anlaşmalarda da tercih edilen “medeni ya da ticari konularda” ifadesinin kullanılmasının çok daha isabetli olacağı savunulmuştur.⁸¹⁴

Tenfizi istenen kararın “medeni ya da ticari konularda”, bir diğer ifadeyle özel hukuka ilişkin olup olmadığının tespiti, Türk hukukuna göre yapılacaktır.⁸¹⁵ Vasıflandırmada, tenfizi istenen kararı veren mahkemenin sıfatı yahut karara verilen isim değil, karar içeriğinin taşıdığı nitelik dikkate alınacaktır.⁸¹⁶ Nitekim kanun koyucu da MÖHUK m. 50/2’de, ceza ilamlarında yer alsa dahi şahsi haklara ilişkin olan hükümlerin tenfize konu olabileceğini vurgulamıştır. Çalışmamızın konusu bakımından ayrıca özellik arz eden bu şartı, aşağıda detaylıca ele alacağımız için açıklamalarımızı şimdilik bu kadarla sınırlandırıyoruz.

3. Yabancı Mahkeme Kararının Kesinleşmiş Olması

Tenfiz talebinin kabul edilebilmesi için yabancı mahkeme kararının sahip olması gereken bir diğer nitelik ise kesinliktir. MÖHUK m. 50/1’de ifade edildiği üzere, ilgili kararın kesinleşip kesinleşmediği, kararın verildiği devletin hukukuna göre tespit edilecektir.

Bir hükmün kesinliği, usul hukukundaki etkisine göre ya da maddi hukuk alanındaki etkisine göre farklı değerlendirilmektedir. Şeklî anlamda kesin hüküm, ilgili kararın artık iptal edilebilir olmadığı, karara ilişkin bir itiraz ya da olağan kanun

Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 130.

⁸¹⁴ Ekşi, **a.g.e.**, s. 130-131.

⁸¹⁵ Esen, **a.g.m.**, s. 52; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 639; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 34-35.

⁸¹⁶ Ebru Şensöz Malkoç, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 308; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 717; Esen, **a.g.m.**, s. 52-53; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 639; Doğan, **a.g.e.**, s. 122.

yoluna başvuru imkânı kalmadığı anlamına gelir.⁸¹⁷ Maddi anlamda kesin hüküm ise bahse konu karar içeriğinin bağlayıcı olduğunu, tarafların aynı sebeplere dayanarak, aynı konu üzerinde tekrar davalaşamayacaklarını gösterir.⁸¹⁸ MÖHUK m. 50/1’de ifade bulan kesinleşme şartında, maddi anlamda kesinleşmenin mi yoksa şekli anlamda kesinleşmenin mi kastedildiği açık değildir. Yargıtay’ın da benimsediği öğretideki baskın görüşe göre, yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi için aranan şart, şekli anlamda kesinleşmedir.⁸¹⁹ Diğer görüşteki yazarlar, hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşme aranmasının hukuk güvenliği açısından daha isabetli olacağını savunmaktadırlar.⁸²⁰ Bir başka görüş ise, bu tür bir ayrıma gidilmesinin hiçbir pratik faydası olmadığı doğrultusundadır.⁸²¹

B. Tenfizde Aranan Asli Şartlar

1. Karşılıklılık

Yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi için öngörülen asli şartlardan ilki karşılıklılıktır. MÖHUK m. 54/1(a)’da, “*Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması*”, mahkemenin tenfiz kararı verebilmesi için şart koşulmuştur. İlgili fıkra da akdi, kanuni ve fiilî karşılıklılık olmak üzere üç farklı karşılıklılık türünden bahsedilmektedir.⁸²²

⁸¹⁷ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 448-449.

⁸¹⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 449.

⁸¹⁹ Uğur Tütüncübaşı, “Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 1545; Banu Şit, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2011, s. 63; Şeref Ertaş, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1-4, 1987, s. 391, (buradan itibaren Ertaş, **Tenfiz** olarak anılacaktır.); Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 38; Doğan, **a.g.e.**, s. 123; YİBHKGK, E. 2010/01, K. 2012/1, T. 10/02/2012: “...Diğer yönüyle; yabancı ilâmın, verildiği ülke hukukuna göre şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekir...”

⁸²⁰ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 644; Özbakan, **a.g.e.**, s. 150; Çelikel, **a.g.m.**, s. 62; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 720-721.

⁸²¹ Esen, **a.g.m.**, s. 56.

⁸²² Ayşe Yasemin Aydoğmuş Gisoldi, **Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 152.

Akdi karşılıklılık, tenfizi istenen kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında, müstakilen mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin olan ya da bu konuda da hükümler ihtiva eden iki taraflı bir anlaşmanın yahut her iki devletin de tarafı olduğu, bu neviden çok taraflı bir anlaşmanın varlığı hâlinde söz konusu olacaktır.⁸²³ Türkiye bu anlamda birçok iki taraflı, birkaç tane de çok taraflı uluslararası sözleşmeye taraftır. Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması⁸²⁴, Türkiye ile İtalya Arasında Adli Himaye Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzaheret ve Adli Kararların Tenfizi Mukavelenamesi⁸²⁵ bu konudaki ikili anlaşmalara, Çocukların Velayetine ilişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁸²⁶ ise çok taraflı anlaşmalara örnek gösterebilir. Akdi karşılıklılık, tespiti en kolay olan karşılıklılık çeşididir.⁸²⁷

Kanuni karşılıklılığın varlığı, tenfizi istenen kararın verildiği devletin hukukunda Türk mahkeme kararlarının tenfizi için öngörülen şartlara göre tespit edilir.⁸²⁸ Bu karşılıklılık türüne ilişkin araştırma öğretide, “eşdeğerliğin tespiti” olarak da anılmaktadır.⁸²⁹ İki ülke kanunlarının eşdeğerliği, tenfiz için aranan şartların bire bir aynı olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır.⁸³⁰ Önemli olan ilgili devletin hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için öngörülen şartların, Türk hukukundakilere denk ya da benzer olmasıdır.⁸³¹ Bu doğrultuda en önemli husus, yabancı devletin tenfiz sisteminde Türk hukukundakilerden daha ağır şartların aranmaması gerekliliğidir.⁸³²

⁸²³ Ayhan Dolunay, **Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 73-74; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 73.

⁸²⁴ RG: 12.11.1994/22109.

⁸²⁵ RG: 3.3.1929/1133.

⁸²⁶ RG: 2.11.1999/23864.

⁸²⁷ Özüm Demirkol, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 68.

⁸²⁸ Ekşi, **a.g.e.**, s. 174; Esen, **a.g.m.**, s. 59; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 75;

⁸²⁹ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. bs., İstanbul, Beta, 2021, s. 524

⁸³⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 75;

⁸³¹ Ertaş, **Tenfiz**, s. 392-393; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 649-650.

⁸³² Demirkol, **a.g.e.**, s. 88; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 741; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 524-525.

Fiilî karşılıklılık ise, ismiyle müsemma, konunun tarafı iki devletin birbirlerinin mahkemelerinde verilmiş olan aynı nitelikteki kararların tenfizi noktasında fiilî uygulamanın bulunması durumudur.⁸³³ Bu fiilî durum, akdi ya da kanuni karşılıklılık sayesinde gerçekleştirilen uygulamalarla oluşabileceği gibi, bunların yokluğuna rağmen de ortaya çıkabilir.⁸³⁴ Devletler arasındaki iyi ilişkilere dayanan ve karşılıklılık şartının politik yönünün en fazla hissedildiği fiilî karşılıklılık türü, bağlayıcı bir gerekçeye dayanmadığı için çok çabuk ve kolay değişebilme ihtimali barındırmakta, bu yüzden de tespiti zor bir karşılıklılık türü olarak gösterilmektedir.⁸³⁵

Dikkat çekilmesi gereken bir başka mesele de karşılıklılık şartının, özellikle tenfizi talep edilen kararın türü ve niteliği bakımından değerlendirilmesi gerekliliğidir.⁸³⁶ Örneğin bir yabancı ülkede malvarlığı haklarına ilişkin Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince verilen kararlar tenfiz ediliyorken, kişi hâllerine ilişkin olan kararların tenfizi kabul edilmiyor olabilir.⁸³⁷ Dolayısıyla her özel durumu kendi içerisinde değerlendirmek icap edecektir.

Öğretideki bir görüşe göre, MÖHUK m. 54/1(a)'da bu üç karşılıklılık türü birbirlerine alternatif olarak sayılmıştır ve içlerinden herhangi birinin varlığı hâlinde karşılıklılık şartının sağlandığı kabul edilmelidir.⁸³⁸ Diğer bir görüşe göre ise akdi yahut kanuni karşılıklılık sağlansa dahi, bu karşılıklılığın fiiliyata dökülmemesi, daha doğru bir ifadeyle olumsuz bir fiilî uygulamanın mevcudiyeti, tenfiz talebinin reddini gerektirecektir.⁸³⁹ Pek tabii fiilî karşılıklılığın, henüz bu yönde bir talebin bulunmaması nedeniyle gerçekleşmemiş olması, redde doğrudan sebep

⁸³³ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 76; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 648

⁸³⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 744.

⁸³⁵ Demirkol, **a.g.e.**, 102-103.

⁸³⁶ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 76; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 649; Dolunay, **a.g.e.**, s. 77; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 742.

⁸³⁷ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 76.

⁸³⁸ İlyas Arslan, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 143, 2019, s. 342; Ekşi, **a.g.e.**, s. 171; Sezişli, **a.g.e.**, s. 147.

⁸³⁹ Cemal Şanlı, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 16, Sayı: 1-2, 1996, s. 75; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 523; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 658; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 745; Doğan, **a.g.e.**, s. 126; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 79; Aydoğmuş Gisoldi, **a.g.e.**, s. 153.

oluşturmayacaktır.⁸⁴⁰ Zira bu hâlde, karşılıklılığın oluşması yolunda ilk adımı Türkiye atabilecektir.

Mahkemelerce, hem tespitin diğerlerine nazaran daha kolay olması hem de MÖHUK m. 1/2 ile Anayasa m. 90/5'in yönlendirmeleri sebebiyle, öncelikle akdi karşılıklılığın varlığı araştırılmakta,⁸⁴¹ böylesi bir karşılıklılığın bulunmaması durumunda ise kanuni ya da fiilî karşılıklılığın tespiti için Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün yardımına başvurulmaktadır.⁸⁴² Bu kurumun vereceği yanıt bağlayıcı nitelikte değildir.⁸⁴³

Türkiye'nin ne İngiltere'yle ne de Amerika Birleşik Devletleri'yle arasında adli mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin düzenlemeler içeren bir iki taraflı anlaşma mevcuttur. Keza henüz Türkiye, bu ülkelerden birinin tarafı olduğu bu türden çok taraflı bir uluslararası anlaşmanın tarafı konumunda da değildir. Dolayısıyla karşılıklılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için bu ülkelerin yabancı mahkeme kararlarının tenfizine dair iç hukuk mevzuatlarıyla, İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin Türk mahkeme ilamlarının tenfizi noktasındaki fiilî tutumlarının araştırılması gerekmektedir. Oldukça kapsamlı bu konuyu da bir sonraki bölümde ve ayrı bir başlık altında incelememiz daha uygun olacaktır.

2. Tenfizi İstenen Kararı Veren Mahkemenin Yetkisi

MÖHUK m. 54/1(b)'de tenfizi istenen yabancı mahkeme ilamının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuya ilişkin olması ya da ilgili ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmayan bir devlet mahkemesince verilmiş olması hâlinde tenfizin reddedileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu tek fıkayla, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunmaması ve kararı veren mahkemenin aşırı/aşkın yetkisinin olmaması gerektiği şeklinde iki şart öngörmüştür. Münhasır yetki meselesi mahkemece re'sen

⁸⁴⁰ Şanlı, **a.g.m.**, s. 75; Esen, **a.g.m.**, s. 59; Doğan, **a.g.e.**, s. 126

⁸⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/5'te usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu ifade edilmiş; ilk fıkrasında, kanunun uygulama alanını bildiren MÖHUK m. 1'in ikinci fıkrasında ise Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur.

⁸⁴² Demirkol, **a.g.e.**, s. 68.

⁸⁴³ Ekşi, **a.g.e.**, s. 180.

incelenecekken, aşırı yetki konusundaki inceleme davalının itirazı şartına bağlanmıştır.

Yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklar birden fazla ülke ile bağlantılı olduklarından, taraflar, ilgili ülke mahkemelerinde ve tercih edilen ülkenin yetki kuralları çerçevesinde dava açılacaktır.⁸⁴⁴ Ancak devletler, kimi meseleler bakımından, sadece kendi mahkemelerine başvurulabileceğini öngörmektedirler.⁸⁴⁵ Böyle bir durumda, devlet mahkemelerinin münhasır yetkisinden söz edilmektedir.⁸⁴⁶ Bir devlet, belli bir konuda kendi mahkemelerine münhasır yetki tanımışsa, ilgili hususta yabancı bir devlet mahkemesinden verilen kararlar, o devlette etki doğurmayacaktır.⁸⁴⁷

Türk hukukunda yer alan, iç hukuka ilişkin kesin yetki kurallarından bazıları, uluslararası hukuk bakımından da münhasır yetki kuralı olmakla beraber, bu türden her kesin yetki kuralının milletlerarası münhasır yetki kuralı niteliğinde olduğu söylenemez.⁸⁴⁸ İlgili yetki kuralının, Türk mahkemelerini münhasır yetkili kılıp kılmadığı, kanun hükmünün ifadesinden ve konuluş amacından yola çıkılarak belirlenecektir.⁸⁴⁹ Zira, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸⁵⁰'ndaki (HMK) anlamıyla kesin yetki kuralının konuluş gayesi ülke içindeki mahkemelerin yetki dağılımını düzenlemek iken, milletlerarası özel hukuk alanında münhasır yetkinin amacı ise bahse konu uyuşmazlıkların mutlaka Türk mahkemelerinin önüne gelmesini temin etmektir.⁸⁵¹ Dolayısıyla bir yetki kuralı, etki ettiği yabancı unsurlu

⁸⁴⁴ Begüm Süzen, **Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 5.

⁸⁴⁵ YHGK, 04.03.2015, 2013/1628 E., 2015/894 K.: “Münhasır yetki kuralları; dava konusunun sadece Türk Mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır.”

⁸⁴⁶ Süzen, **a.g.e.**, s. 5.

⁸⁴⁷ Süzen, **a.g.e.**, s. 6; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 460.

⁸⁴⁸ Emre Esen, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 187 (buradan itibaren Esen, **Yetki** olarak anılacaktır.); Ergin Nomer, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 566 (buradan itibaren Nomer, **Yetki** olarak anılacaktır.); Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁴⁹ Nomer, **Yetki**, s. 566; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 750; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 660; Doğan, **a.g.e.**, s. 128; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 81.

⁸⁵⁰ Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG. 4.2.2011/27836.

⁸⁵¹ Burak Huysal, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **Milletlerarası**

uyuşmazlığın mutlaka Türk mahkemelerinde çözölmesini gerektiriyorsa ve kanun koyucunun amacı da bu yöndeysse milletlerarası münhasır yetkiden bahsedilebilecektir.⁸⁵²

Türk mahkemelerinin tam olarak hangi konularda münhasıran yetkili olduğu belirsizdir.⁸⁵³ Bu nitelikte olduğu tartışmasız kabul edilen yegâne kural ise, HMK m. 12’de düzenlenen, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren kuraldır.⁸⁵⁴ Yine Türkiye’deki gayrimenkullere ilişkin miras davalarının,⁸⁵⁵ fıkri ve sınai mülkiyet hukukuna ilişkin kimi davaların,⁸⁵⁶ İcra ve İflas Kanunu’ndan doğan bazı uyuşmazlıkların,⁸⁵⁷ Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği ittifakla olmasa da çoğunlukla savunulmaktadır.⁸⁵⁸

Hukukumuzdaki bazı milletlerarası yetki kuralları ise bir hukuki ilişkinin zayıf tarafını korumak amacıyla ihdas edilmiştir.⁸⁵⁹ İş sözleşmelerinden ve iş ilişkilerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen MÖHUK m. 44, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan davalar için öngörölmüş olan MÖHUK m. 45, sigorta sözleşmelerine ilişkin davalarda yetki hususunu ele alan MÖHUK m. 46 bu tür kurallardır.⁸⁶⁰ Bunlar öğretide, zayıf tarafı koruma amacıyla sınırlı münhasır yetki kuralı olarak anılmaktadır.⁸⁶¹ Bir tenfiz talebinin bu kurallar gerekçesiyle reddi,

Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 32, Sayı: 1, 2012, s. 85, (buradan itibaren Huysal, **HMK** olarak anılacaktır.); Esen, **Yetki**, s. 186-187; Nomer, **Yetki**, s. 566.

⁸⁵² Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 40; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 750.

⁸⁵³ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 749.

⁸⁵⁴ Bahadır Erdem, “22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 166; Mustafa Erkan, Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2012, s. 16.

⁸⁵⁵ Ekşi, **a.g.e.**, s. 205-206; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 525, dn. 266.

⁸⁵⁶ Emre Cumalıoğlu, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, s. 436; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 662-663; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 750-751; Esen, **Yetki**, s. 202.

⁸⁵⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 750; Esen, **Yetki**, s. 199; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 662; Cumalıoğlu, **a.g.m.**, s. 436-437.

⁸⁵⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Cumalıoğlu, **a.g.m.**, s. 431 vd.; Esen, **Yetki**, s. 188 vd.; Ekşi, **a.g.e.**, s. 198 vd.

⁸⁵⁹ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 661 Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 752.

⁸⁶⁰ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 661.

⁸⁶¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 752.

ancak ilgili yabancı mahkeme kararının, sınırlı münhasır yetki kuralının konuluş amacına aykırı düştüğü durumda mümkün olacaktır.⁸⁶² Daha açık bir ifadeyle, tenfizi istenen yabancı mahkeme kararı, zayıf taraf lehine sonuç doğuruyorsa sınırlı münhasır yetki kuralı tenfize engel olmayacak, tam aksi durumda ise mahkeme ilgili kararın tenfizi talebini reddedecektir.

Davalının itirazı hâlinde incelenecek olan aşırı yetki ise kanun gerekçesinde, *“dava konusuyla veya taraflarla hukuki ve fiili anlamda gerçek bir ilişki olmaksızın yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili sayması”* olarak tanımlanmıştır.⁸⁶³ Mahkemelerin milletlerarası yetkileri konusunda olması gereken, davaya konu uyuşmazlık veya davanın tarafları ile davanın görüleceği mahkeme arasında gerçek bir bağlantının bulunmasıdır.⁸⁶⁴ Ancak devletlerin, izledikleri hukuk politikası doğrultusunda milletlerarası yetki kurallarını diledikleri gibi düzenlemekte özgür oluşları, zaman zaman siyasi saiklerle bu serbestinin aşırı kullanımına sebep olabilmektedir.⁸⁶⁵ Dava konusu ya da davanın tarafları ile mahkeme arasındaki irtibat zayıf, geçici, tesadüfi olmasına rağmen, mahkemeye yetki sağlayan, bu nitelikteki bir ilişkiyi yetki tesisi için yeterli gören kurallar, aşırı yetki kuralları olarak adlandırılmaktadır.⁸⁶⁶ Yetki kuralının taraflardan biri bakımından adil olmaması da aşırı yetkiye işaret eden bir başka kriter olarak sayılmakta; gerçek bağlantının bulunmaması ve ilgili kuralın bir taraf için adil olmaması durumlarının ekseriyetle örtüştüğü ifade edilmektedir.⁸⁶⁷ Bugün neredeyse her ülke hukukunda mahkemelerine aşırı yetki sağlayan kurallar bulunmaktadır.⁸⁶⁸ Örneğin, Alman hukukuna göre Almanya’da ikametgâhı olmayan kimselere karşı açılacak mal davalarında, miktarına bakılmaksızın malların bulunduğu yer mahkemeleri yetkili

⁸⁶² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 753.

⁸⁶³ MÖHUK m. 54’ün gerekçesi için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/56f56e83-5377-4dbe-a878-5f734839c05e>, 12 Mayıs 2023.

⁸⁶⁴ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 667.

⁸⁶⁵ Ata Sakmar, Nuray Ekşi, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında Ab Konsey Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 737.

⁸⁶⁶ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 667.

⁸⁶⁷ Süzen, **a.g.e.**, s. 124.

⁸⁶⁸ Çeşitli ülke hukuklarında yer alan aşırı yetki kuralları için Bkz.: Nuray Ekşi, “Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2010, s. 25-70, (buradan itibaren, Ekşi, **Aşırı Yetki** olarak anılacaktır.)

kabul edilmekte,⁸⁶⁹ Fransız hukukuna göre ise yabancı bir kimse, sırf karşı taraf bir Fransız vatandaşı olduğu için başka bir ülkede yaptığı sözleşmeye ilişkin uyuşmazlığın davalısı olarak Fransız mahkemelerinde yargılanabilmektedir.⁸⁷⁰

Milletlerarası özel hukukun genel amacı olan hukuki ilişkilerin objektif ölçütlerle tespit edilecek bir ülkeye bağlanması hususunda milletlerarası yetki kuralları da büyük önem arz etmektedir.⁸⁷¹ Yabancı mahkemenin dayandığı yetki kuralının, tenfiz mahkemesi denetiminin tamamen dışında bırakılması, tenfiz hukuku ilkeleri açısından sakıncalı sonuçlara yol açabilecektir.⁸⁷² Bir aşırı yetki kuralına dayanarak kendini yetkili addeden mahkemenin, tarafların menfaatlerini eşit bir ölçüde gözetmeyeceği, adil bir yargılama yapamayacağı, özellikle davacı lehine hizmet edeceği şüphesi kaçınılmaz olacaktır.⁸⁷³ Kuralın, milletlerarası hukukta kabul edilmiş, olağan bağlanma noktalarıyla belirlenip belirlenmediğinin denetimi, doğal hâkim ilkesinin korunmasına da katkı sağlayacaktır.⁸⁷⁴ Zira aksi hâlde davacı, davalıya zarar vermek için onu bulunduğu yerden uzak bir yere gelerek savunma yapmaya zorlayabilecektir.⁸⁷⁵ Bu düşüncelerle sevk edilen MÖHUK m. 54/1(b) uyarınca, eğer ki yabancı mahkemenin yetkisi, bir aşırı yetki kuralından ileri geliyorsa, davalı taraf bu yöndeki itirazıyla tenfizi engelleyebilecektir.

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir İngiliz ya da Amerikan mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde MÖHUK m. 54/1(b) anlamında yetki meselesi önem arz edecektir. Özellikle aşırı yetki konusunun üzerinde durulması önemlidir. Zira Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki kimi yetki kuralları Avrupalı hukukçular tarafından aşırılıkla eleştirilmektedir. İngiliz ve Amerikan hukukundaki aşırı yetki kurallarına ilişkin değerlendirmelerimizi de aşağıda, ayrı bir başlıkta aktaracağız.

⁸⁶⁹ Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 46 vd.

⁸⁷⁰ Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 36 vd.

⁸⁷¹ Ata Sakmar, **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 97-98.

⁸⁷² Nomer, **Yetki**, s. 568.

⁸⁷³ Nomer, **Yetki**, s. 568.

⁸⁷⁴ Burak Huysal, “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı, 1, 2011, s. 470, (buradan itibaren Huysal, **Aşırı Yetki** olarak anılacaktır.); Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 29.

⁸⁷⁵ Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 29.

3. Kamu Düzenine Uygunluk

MÖHUK m. 5'te yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici bir nitelik taşıyan kamu düzenine aykırılık, MÖHUK m. 54/1(c)'de ise yabancı mahkeme ilamlarının Türkiye'de tenfizini engelleyici bir husus olarak ifade bulmuştur.⁸⁷⁶ Bu maddede, MÖHUK m. 5'ten farklı olarak dava konusu olaya yabancı hukukun uygulanmasının doğuracağı neticelerin değil, bir uyuşmazlığı çözen yabancı mahkeme kararının hüküm fıkrasının Türkiye'de icrası hâlinde doğacak sonuçların kamu düzenine etkisi ele alınmaktadır.⁸⁷⁷ MÖHUK m. 54/1(c)'de ifade edildiği üzere, tenfizi istenen yabancı mahkeme ilamının, Türk kamu düzenine aykırı bir hüküm içermemesi gerekmektedir. Sınırlarının tam olarak tespiti imkânsız olan kamu düzeni kavramının bu niteliğinden yararlanılarak otomatik bir tenfiz engeli şeklinde kötüye kullanımının önüne geçilebilmesi adına kanun koyucu, aykırılığın açıkça görünür olması gerektiğine işaret etmiştir.⁸⁷⁸

Ülkeden ülkeye ve zamandan zamana değişiklik gösterebilen bu dinamik kavramın tanımı ve çerçevesi, öğretide, Yargıtay kararlarında ve Anayasa Mahkemesi kararlarında verilen tariflerle belirlenmeye çalışılmaktadır.⁸⁷⁹ Zira net bir tanım ve kapsamdan bahsetmek oldukça zordur.⁸⁸⁰ Her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi icap edecektir.⁸⁸¹ Öğretide, bir yabancı mahkeme hükmünün Türk kamu düzenine aykırı olmaması için maddi hukuk ya da usul hukuku bakımından Türk hukukunun temel ilkelerini ve bu hukuk sisteminin genel prensiplerini ihlal etmemesi, evrensel hukuk ilkeleriyle uyumlu olması, Türk toplumunun genel ahlak ve edep anlayışına ters düşmemesi gibi soyut ve genel kriterlere işaret

⁸⁷⁶ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 757-758.

⁸⁷⁷ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 677-678; Doğan, **a.g.e.**, s. 132; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 47.

⁸⁷⁸ YHGK, E. 2013/11-1135, K. 2014/973, T. 26/11/2014: *"Kamunda kamu düzeni kavramının zamana ve yere göre değişebilen niteliği gereği bir tanımlama yapılmaktan kaçınılmış ve konunun hakimnin takdirine bırakılması tercih edilmiş, ancak kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olmasının aranmasıyla bu konuda takdir hakkı bulunan hakime bir sınırlama getirilmek istenmiştir"*

⁸⁷⁹ Ayhan Dolunay, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni", **Prof. Dr. Yıldırım Uluer'e Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s. 46.

⁸⁸⁰ Dolunay, **a.g.m.**, s. 47.

⁸⁸¹ Doğan, **a.g.e.**, s. 137-138; Ekşi, **a.g.e.**, s. 295.

edilmektedir.⁸⁸² Yargıtay da bir kararında kamu düzenine aykırılığı “*Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması hâlinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir.*” ifadeleriyle tarif etmiştir.⁸⁸³ Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararda kavrama ilişkin kullanılan ifadeler ise şu şekildedir: “*Kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasının, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki, düzeninin temelini, teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.*”⁸⁸⁴

Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde revizyon yasağı benimsenmiştir.⁸⁸⁵ Bu yasak, tenfiz davasına bakan mahkemenin, ilgili yabancı ilamı esas yönünden denetlemesini, kararın doğruluğunu incelemesini engellemektedir.⁸⁸⁶ Aksi davranış adeta davanın yeniden görülmesi anlamına gelecek ve tenfiz kurumunu var eden hukuk mantığıyla da çelişecektir.⁸⁸⁷ Ancak kamu düzenine aykırılık bakımından yapılacak incelemede revizyon yasağının sınırları oldukça zorlanabilmekte, hatta bazı durumlarda kısmen de olsa işin esasına girilmesi icap

⁸⁸² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 763-764; Kamu düzenine ilişkin çeşitli tanımlamalar için Bkz.: Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 24 vd.; Ayrıca Bkz.: Dolunay, **a.g.m.**, s. 47-48.

⁸⁸³ Yargıtay 2. HD, E. 2006/2773, K. 2006/9267, T. 12.6.2006; Gereksiz bir yabancı mahkeme kararının tenfizi meselesinin kamu düzenine aykırılık bakımından değerlendirilmesinin yapıldığı 2012 tarihli içtihadı birleştirme kararında da kamu düzeninin kapsamına ilişkin şu ifadeler yer verilmiştir: “*O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adab ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.*”, YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

⁸⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/128, K. 1964/8, RG. 17.04.1964/11685, T. 28.01.1964.

⁸⁸⁵ Musa Aygül, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 31, Sayı: 2, 2011, s. 103; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 520; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 683; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 761; Ekşi, **a.g.e.**, s. 296.

⁸⁸⁶ Aygül, **a.g.m.**, s. 103; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 520; Ekşi, **a.g.e.**, s. 296.

⁸⁸⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 520.

edebilmektedir.⁸⁸⁸ Mahkemelerin bu tür davalarda kamu düzeni ve revizyon yasağı arasındaki ince çizgiyi hassas bir biçimde belirlemeleri gerekecektir.⁸⁸⁹

Cezalandırıcı tazminat kurumu birçok açıdan kamu düzeni kavramına temas edebilir niteliktedir. Türk mahkemelerinden, cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir yabancı mahkeme ilamının tenfizi istendiğinde, kamu düzenine aykırılığın tartışılması kaçınılmaz olacaktır. Zira aşağıda değineceğimiz üzere Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş diğer bazı ülke mahkemelerinin cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin tecrübelerinde, istem kabul edilsin ya da edilmesin, tartışmalar, kamu düzeni müdahalesi gerekip gerekmediği noktasında yoğunlaşmıştır. Kamu düzenine ilişkin öne sürülen ölçütlerden hangilerinin yabancı ilamda yer alan bir cezalandırıcı tazminat hükmüyle çelişebileceği meselesini aşağıda ayrı bir başlıkta ele alacağımız için konuya dair açıklamalarımızı burada sonlandırıyoruz.

4. Yabancı Mahkemece Davalının Savunma Haklarının İhlal Edilmemesi

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin son asli şart, aleyhine tenfiz talep edilen kişinin savunma hakkının, ilgili kararın verildiği ülkedeki yargılama sürecinde bir ihlale uğramamış olmasıdır. İlgili şart MÖHÜK m. 54/1(ç)’de “*O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Kararın verildiği ülke hukukunda savunma hakkıyla bağlantılı olarak öngörülen usuli işlemlerin layıkıyla yapılmamış olması, örneğin duruşma tarihinin davalıya tebliğ edilmemesi, kararın Türkiye’de tenfizine engel olabilecektir. Bu tür usulsüzlüklerin tenfizin reddine gerekçe olabilmesi davalı tarafın itirazına bağlıyken, yapılan usulsüzlük Türk hukukuna göre de açıkça savunma hakkının ihlali olarak

⁸⁸⁸ Aygöl, **a.g.m.**, s. 104-105; Doğan, **a.g.e.**, s. 134-135.

⁸⁸⁹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 296.

nitelendirilebiliyorsa hâkimin, kamu düzenine aykırılık bağlamında re'sen yapacağı değerlendirmeye tenfizi reddedebileceği ifade edilmektedir.⁸⁹⁰

C. Tenfiz Usulü

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi taleplerinin değerlendirilmesinde görevli ve yetkili mahkemeler MÖHUK m. 51'de düzenlenmiş; anılan maddenin ilk fıkrasında tenfiz taleplerini karara bağlamakla görevli olan mahkemenin asliye mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁸⁹¹ m. 4/2 uyarınca aile hukukuna ilişkin meselelerde ise görevli mahkeme aile mahkemeleridir.⁸⁹²

Kanundaki “asliye mahkemesi” ifadesi sebebiyle, ticari bir uyuşmazlığı neticelendiren bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi istendiğinde asliye hukuk mahkemeleri yerine asliye ticaret mahkemelerine de başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüş, ticari dava kapsamında değerlendirilen konulara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi isteminin de asliye ticaret mahkemesince karara bağlanması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁹³ Bu görüşe göre ihtisas mahkemeleri özellikle kendi görev alanlarında kamu düzeni müdahalesine ilişkin meseleleri daha isabetli bir şekilde inceleyebileceklerdir.⁸⁹⁴ Karşıt görüşteki yazarlar ise revizyon yasağına işaret ederek, tenfiz sürecinde Türk mahkemesinin uyuşmazlığın esasıyla ilgilenmeyeceğini, sadece kanunda sayılan belli başlı şekli şartların varlığını tespitle görevli olduğunu, dolayısıyla ilgili karar ticari bir davanın neticesi olsa dahi tenfiz talebinin asliye hukuk mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.⁸⁹⁵ Aynı tartışmalar tüketici mahkemesi, iş mahkemesi, fikri ve sinai haklar mahkemesi gibi

⁸⁹⁰ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 689-690; Doğan, **a.g.e.**, s. 141

⁸⁹¹ Kabul Tarihi: 9.1.2003, RG. 18.1.2003/24997.

⁸⁹² Ekşi, **a.g.e.**, s. 44.

⁸⁹³ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 517; Doğan, **a.g.e.**, s. 146; Ekşi, **a.g.e.**, s. 50.

⁸⁹⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 146; Ekşi, **a.g.e.**, s. 50.

⁸⁹⁵ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 735; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 728.

ihtisas mahkemeleri bakımından da yapılmaktadır.⁸⁹⁶ Konuya ilişkin yüksek mahkeme kararlarında da bir istikrardan söz etmek güçtür.⁸⁹⁷

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde yetkili olan mahkemeler ise bahse konu maddenin ikinci fıkrasıyla düzenleme altına alınmıştır. MÖHUK m. 51/2'ye göre: *“Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir.”*. Bahse konu yetki kuralı, tenfiz davasının mahiyetiyle de uyumlu olarak belirlenmiştir.⁸⁹⁸ Zira davacının amacı yabancı ülkede aldırıldığı bir kararı Türkiye'de icra ettirebilmek, böylelikle alacağını davalının Türkiye'deki malvarlığından tahsil edebilmektir.⁸⁹⁹ İlgili fıkra da son ihtimal olarak Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemeleri yetkili kılınarak davalı tarafın sırf Türkiye'de ikametgâhı ya da sâkin olduğu yer bulunmadığı için icra takibinden kurtulmasının önü alınmıştır.⁹⁰⁰

2. İstem ve Dilekçe

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi talebine ilişkin şekil şartları ve talebe eklenecek belgeler, MÖHUK m. 52 ve m. 53'te hüküm altına alınmıştır. Kanunun 52. maddesinin ilk fıkrasında, istemin bir dilekçe ile yapılacağı, dilekçeye karşı taraf sayısı kadar örnek ekleneceği ifade edilmiştir. Devamında ise dilekçede yer alması gereken hususlar sıralanmıştır:

- Tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri.
- Tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti.
- Tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu.

⁸⁹⁶ Ekşi, **a.g.e.**, s. 50 vd; Huysal, **HMK**, s. 75.

⁸⁹⁷ Huysal, **HMK**, s. 75.

⁸⁹⁸ Hasret Budak Uzunkaya, **Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 126.

⁸⁹⁹ Budak Uzunkaya, **a.g.e.**, s. 126.

⁹⁰⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, m. 85-86; Köle, **a.g.m.**, s. 67; Budak Uzunkaya, **a.g.e.**, s. 126-127.

5718 sayılı Kanun'un 53. maddesinde ise içermesi zorunlu unsurların yanında dilekçeye eklenecek belgeler sayılmıştır:

- Yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi.
- İlamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.

Kanun, sayılan belgelerde eksiklik olması durumunda mahkemenin izleyeceği yol konusunda sessiz kalmıştır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre böyle bir durumda hâkim, HMK m. 119'u kıyasen uygulayacak ve eksikliğin giderilmesi için davacıya bir haftalık kesin süre verecek; bu süre içerisinde eksiklik giderilmezse dava açılmamış sayılacaktır.⁹⁰¹

3. Tebligat

Bir devletin egemenlik gücünü kullanan ilgili birimlerinin, bireyleri hukuken ilgilendiren işlemleri bu kimselere bildirmesi ve bu faaliyetin gerçekleştiğini resmi olarak belgelendirmesi, tebligat olarak isimlendirilmektedir.⁹⁰² Tebligat, adli faaliyetlerin gerçekleşmesinde öncelikle yapılması icap eden, adli işlemlerin hukuken sonuç doğurabilmesi bakımından elzem bir uygulamadır.⁹⁰³ Nitekim MÖHUK m. 55/1 fıkrasıyla, yabancı mahkemeler tarafından verilen çekişmeli yargıya ilişkin ilamların tenfizi davasında, dava dilekçesinin duruşma günüyle birlikte davalı tarafa tebliğ edilmesi zorunlu tutulmuştur.

Tebliğat meselesi, usul hukukuna dair bir mesele olduğundan ve kural olarak milletlerarası usule ilişkin hususlarda *lex fori*'nin uygulanacağı kabul edildiğinden, bu konuda da Türk hukukundaki düzenlemeler ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uygulama bulacaktır.⁹⁰⁴ Türk hukukunda tebligata ilişkin

⁹⁰¹ Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s. 693; Ekşi **a.g.e.**, s. 96;

⁹⁰² Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 1, Ankara, 2016, s. 440; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku**, İstanbul, 2016, s. 847.

⁹⁰³ Ahmet Cemal Ruhi, **Adlî Yardım, Tebligat ve İstinabe**, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 173.

⁹⁰⁴ Mehmet Köle, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, 40 Sayı: 34, 2016, s. 72.

temel düzenlemeler 7201 sayılı Tebligat Kanunu⁹⁰⁵, Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁹⁰⁶ ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği⁹⁰⁷ olarak sayılabilir. Türkiye'nin de imzacısı olduğu, 1954 yılında Lahey'de yapılan Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi⁹⁰⁸, 1965 yılında Lahey'de imzalanan Hukuki veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme,⁹⁰⁹ uluslararası tebligata ilişkin hükümler ihtiva eden çok taraflı uluslararası sözleşmelerdir. Bundan başka, yine Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı uluslararası adli yardımlaşma sözleşmelerinden bazıları tebligat meselesine dair de hükümler içermektedir.⁹¹⁰

Tenfiz davasının davalısı kimsenin Türkiye'de bulunması hâlinde tebligat, Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in ilgili maddeleri uyarınca posta yoluyla yapılacaktır.⁹¹¹ Bu kimsenin yabancı bir devlet vatandaşı olması, iç hukuka ilişkin bu hükümlerin uygulanmasını engellemeyecektir.⁹¹² Gerektiği hâlde ilan tebligat da gündeme gelebilecektir.⁹¹³

Yurtdışına yapılacak tebligatlarda ise duruma göre, Tebligat Kanunu'nun 25 ila 28. maddeleri arasındaki hükümler, Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 38 ila 43. maddeleri arasındaki hükümler yahut iki ya da çok taraflı uluslararası anlaşmalarda yer alan bu konudaki hükümler uygulanabilecektir.

Türkiye'nin tarafı olduğu 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi'ne İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri de taraftır.⁹¹⁴ Ancak 1. maddesinde ifade

⁹⁰⁵ Kabul Tarihi: 11.2.1959, RG. 19.2.1959/10139.

⁹⁰⁶ RG: 15.1.2012/28184.

⁹⁰⁷ RG: 19.1.2013/28533.

⁹⁰⁸ Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunması Hakkında Kanun, Kanun No: 1574, Kabul Tarihi: 14.3.1972, RG. 23.3.1972/14137.

⁹⁰⁹ Hukukî veya Ticari Mevzularda Adli ve Mahkeme Dışı Evrakın Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No: 1483, Kabul Tarihi: 9.9.1971, RG. 17.9.1971/13959

⁹¹⁰ Ekşi, **a.g.e.**, s. 109;

⁹¹¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 106;

⁹¹² Ekşi, **a.g.e.**, s. 106;

⁹¹³ Ekşi, **a.g.e.**, s. 106;

⁹¹⁴ Bu ülkelere sözleşmede temel tebligat yöntemi olarak öngörülen, merkezi makamlar aracılığıyla yapılan tebligattan başka, posta yoluyla da tebligat yapılabilecektir. Zira her iki ülke de sözleşmenin ilgili maddesine çekince koymamıştır. Konu hakkında Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 111-112.

edildiği üzere, bu sözleşmenin uygulanabilmesi için tebligat yapılacak kişinin adresinin biliniyor olması gerekmektedir.⁹¹⁵ İngiltere'ye yapılacak tebligatlarda Türkiye ile İngiltere arasında 28.11.1931 tarihinde imzalanmış ve 28.6.1932 tarih ve 2045 sayılı Kanunla onaylanmış 13.7.1933 tarihinde yürürlüğe giren Müzaheret-i Adliye Mukavelenamesi'nin⁹¹⁶ tebligata ilişkin hükümleri de uygulanabilecektir.⁹¹⁷ Amerika Birleşik Devletleri'ne yapılacak tebligatlarda, tebligatın yapılacağı kimsenin adresinin bilinmemesi hâlinde ise bu devlet ile Türkiye arasında başkaca bir anlaşma olmadığı için Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in ilgili maddeleri uyarınca diplomatik yollardan tebliğ gerçekleştirilecektir.

4. Harç

492 sayılı Harçlar Kanunu⁹¹⁸ m. 4 uyarınca yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi davaları da harca tabidir. Başvurma harcı, karar-ilam harcı ve celse harcı olmak üzere üç tür harç bulunmaktadır.⁹¹⁹ Dava açılırken talep edilen başvurma harcı maktu olarak belirlenirken, karar ve ilam harcı davanın niteliğine göre maktu ya da nispi şekilde tayin edilebilecektir.⁹²⁰

Harçlar Kanunu'nun 4. maddesinde yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre (1) sayılı tarife gereğince harç alınacağı belirtilmiştir. İlgili tarifenin III/1(a) hükmüne göre, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi hâlinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden nispi harç alınacaktır. Bu kanun hükmü öğretide, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davasının eda davası niteliğinde olmadığı, mahkemenin esas

⁹¹⁵ 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi, m. 1/2: "*Kendisine tebliğ edilen şahsın adresinin bilinmediği hallerde bu sözleşme kabili tatbik değildir.*" Bununla birlikte uygulamada muhatabın adresinin bilinmediği durumlarda böyle bir yükümlülükleri olmasa da taraf devletlerin çözüm odaklı yardımlarda bulundukları ifade edilmektedir. Bkz.: Murat Atalı, Ersin Erdoğan, "İngiltere'den Türkiye'ye Yapılacak Adli Tebligatın Hukuki Rejimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 74, Sayı: 2, 2016, s. 593, dn. 6.

⁹¹⁶ RG. 5.7.1932/2142.

⁹¹⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Atalı, Erdoğan, **a.g.m.**, s. 591-610.

⁹¹⁸ Kabul Tarihi: 2.7.1964, RG. 17.7.1964/11756.

⁹¹⁹ Köle, **a.g.m.**, s. 77.

⁹²⁰ Aygül, **a.g.m.**, s. 86; Köle, **a.g.m.**, s. 77.

hakkında bir karar vermediği, davacının yabancı mahkemede dava açarken hâlihazırda dava konusu değer üzerinden bir harç ödemiş olduğu, tenfiz mahkemesinde tekrar nispi harç ödenmesinin davacı bakımından önemli güçlükler yaratacağı gibi sebeplerle ve dolayısıyla maktu harç alınması gerektiğinden bahisle, bizce de haklı olarak, eleştirilmektedir.⁹²¹ Yargıtay pek çok kararında⁹²² ödenmesi gereken harcın nispi harç olduğuna hükmetmekle beraber, açık kanun hükmüne rağmen, tenfiz davasını bir tespit davası niteliğinde kabul ederek maktu harç alınması gerektiği sonucuna varılan kararlar⁹²³ da bulunmaktadır.⁹²⁴

5. Teminat

Hem HMK hem de MÖHUK, yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi talebiyle açılacak olan davalarda uygulanacak, teminata ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Davacının Türkiye’de mutad meskeni olmayan bir Türk vatandaşı olması hâlinde HMK’nın, yabancı gerçek ya da tüzel kişi olması hâlinde ise MÖHUK’un ilgili hükümleri uygulama bulacaktır.⁹²⁵

HMK’nın 84. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması hâlinde davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstereceği hüküm altına alınmıştır. HMK m. 85’te ise teminat gerektirmeyen hâller sıralanmıştır: (a) Davacının adli yardımdan yararlanması, (b) Davacının, yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması, (c) Davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması, (ç) İlama bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması. Hâkim, HMK m. 87 uyarınca teminatın miktarını ve şeklini serbestçe takdir edecek, teminatı

⁹²¹ Zeynep Derya Tarman, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, **Public and Private International Law Bulletin**, vol. 37, no. 2, 2017, s. 806; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 729; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 742.

⁹²² Y. 3. HD, E. 2008/12906, K. 2008/15378, T. 22.9.2008.

⁹²³ Y. 11. HD, E. 2009/3799, K. 2010/11271, T. 4.11.2010.

⁹²⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 729; Tenfiz davasının niteliğine ilişkin görüşler için Bkz.: Aygül, **a.g.m.**, s. 87-88; Konudaki eleştiriler haklı olsa dahi Harçlar Kanunu’nun ilgili hükmünde bir değişiklik yapılmadığı sürece nispi harç alınmaya devam edilmesi gerektiği hakkında Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 60; Tarman, **a.g.m.**, s. 806; Aygül, **a.g.m.**, s. 88-89.

⁹²⁵ Ekşi, **a.g.e.**, 98 vd.; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 674.

gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde ise belirlenen teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilecektir.

MÖHUK m. 48/1'e göre *“Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır.”*. Maddenin ikinci fıkrasında ise mahkemenin davacıyı, katılanı, icra takibi yapanı, karşılıklılık esasına göre, teminattan muaf tutabileceği ifade edilmiştir.

Teminat bir dava şartıdır.⁹²⁶ Hâkim, ilgilinin teminat yatırıp yatırmadığını davanın her aşamasında re'sen ya da itiraz üzerine araştırabilir.⁹²⁷ Teminat yatırılmadığı anlaşılırsa hâkim, eksikliğin giderilmesi için kesin süre verecek, sürenin sonunda da teminat yatırılmadığı takdirde dava usulden reddedilecektir.⁹²⁸ Eksikliğin temyiz incelemesinde ortaya çıkması halinde ise bozma kararı verilecektir.⁹²⁹

6. Yargılama Usulü

Tenfiz davası, MÖHUK m. 55 ile basit yargılama usulüne tabi kılınmıştır. Tenfiz davalarının nitelikleri gereği süratle sonuçlandırılmaları ihtiyacına cevap verebilecek olan bu yargılama usulü HMK m. 316 vd. maddeleriyle düzenlenmiştir. Dilekçeler teatisi aşamasının, taraflara tanınan birer dilekçe hakkıyla sınırlandırıldığı basit yargılama usulü, yazılı yargılama usulüne nazaran çok daha hızlı neticelenmektedir.⁹³⁰ Nitekim HMK m. 320/3 ile mahkemelere tahkikat aşamasını, ön inceleme duruşması hariç iki duruşmada tamamlamaları, bu iki duruşma arasının ise bir aydan uzun tutulmaması görevi yüklenmiştir. Fıkranın devamında bu kuralın istisnası yer alsa da basit yargılama usulüyle, tenfize konu yabancı mahkeme kararın alındığı yargılama sürecinde yeterince zaman harcamış olan tarafların, bir o kadar

⁹²⁶ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 556; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 677, 683.

⁹²⁷ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 556; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 683; Ekşi, **a.g.e.**, s. 101.

⁹²⁸ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 556; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 684; Ekşi, **a.g.e.**, s. 99.

⁹²⁹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 101.

⁹³⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 785.

daha beklmelerinin önüne geçilebilmesi, hakkın elde edilmesinin gecikmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır.⁹³¹

7. İtirazlar

Tenfiz talebine karşı yapılacak itirazlar MÖHUK m. 55/2’de hüküm altına alınmıştır. İlgili fıkra göre davalı, tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilecektir.

Yukarıda, yabancı bir mahkeme kararının bulunması, ilgili kararın özel hukuka ilişkin olması ve verildiği devlet hukukuna göre kesinleşmiş olması şeklinde sıraladığımız ön şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim re’sen araştıracaktır.⁹³² Tenfizi istenen karar bu nitelikleri haiz değilse talep reddedilecektir. Asli şartların ise bir kısmı mahkemece re’sen incelenecekken bir kısmına ilişkin inceleme davalının itirazı şartına bağlanmıştır.⁹³³ Mahkeme, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık bulunması, ilgili ilamın Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi, karara ilişkin konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemesi şartlarına ilişkin değerlendirmeyi re’sen yapacaktır.⁹³⁴ İlgili hükümlerin lafızlarından da açıkça anlaşılacağı üzere tenfizi talep edilen kararı veren mahkemenin aşırı yetki kullandığı yahut ilgili yargılamada davalının savunma haklarının ihlal edildiği meselelerinin incelenmesi ise ancak davalının bu yöndeki itirazı ile mümkündür. Davalı, itirazıyla birlikte konuya ilişkin iddialarını ispat yükü altındadır.⁹³⁵ Aynı şekilde ilgili ilamın hâlihazırda kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olduğuna ya da yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıktığına yönelik itirazlarda bulunan davalı, bu konudaki iddialarını ispat ederek tenfizi engelleyebilecektir.⁹³⁶

⁹³¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 785.

⁹³² Ekşi, **a.g.e.**, s. 117; Aygül, **a.g.m.**, s. 95-96.

⁹³³ Aygül, **a.g.m.**, s. 90-91.

⁹³⁴ Aygül, **a.g.m.**, s. 95-96.

⁹³⁵ Aygül, **a.g.m.**, s. 96.

⁹³⁶ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 92-93; Aygül, **a.g.m.**, s. 97.

8. Karar

Mahkemenin, tenfiz talebi üzerine verebileceği kararlar MÖHUK'un 56. maddesinde düzenlenmiştir. Re'sen incelenecek ön ve asli şartlar ile varsa davalının itirazları değerlendirecek olan mahkeme, MÖHUK m. 56 uyarınca davaya konu yabancı ilamın kısmen ya da tamamen tenfizine yahut istemin reddine karar verecektir. Bu karar yabancı mahkeme ilamının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır.⁹³⁷ Hükmün hemen devamında, m. 57'de ifade edildiği üzere, tenfizine karar verilen yabancı ilam, Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra olunacaktır. Dolayısıyla davacı İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca ilamlı icra takibine başvurabilecektir.⁹³⁸ Tenfizine karar verilen karar aynı zamanda tanınmış da olacaktır.⁹³⁹

9. Kanun Yolları

Yabancı mahkeme ilamlarının tenfizine ilişkin açılan davanın sonucunda verilen karara karşı başvurulabilecek kanun yolları meselesi MÖHUK m. 57/2'de ele alınmıştır. Anılan fıkra, verilen kararların temyizinin genel hükümlere tabi olduğu ifade edilmiştir. Hükümde sadece temyizden bahsediliyor oluşu, kanunun ihdası döneminde istinaf kanun yolunun henüz düzenlenmemiş oluşundan ileri gelmektedir.⁹⁴⁰

Türk ilk derece mahkemelerinin, yabancı mahkeme ilamlarının tenfizine ilişkin olarak vermiş olduğu kararlara karşı öncelikle HMK m. 341 uyarınca istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir. HMK m. 345'te belirtildiği üzere bu kanun yoluna başvurunun süresi, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğinden itibaren iki haftadır. Başvuru neticesinde Bölge Adliye Mahkemesinin yapacağı inceleme sonrası vereceği kararlara karşı da HMK m. 361 vd. hükümlerinde düzenlenen temyiz kanun yoluna başvuru gerçekleştirilebilecektir. HMK m. 361 uyarınca bu başvurunun süresi de Bölge Adliye Mahkemesi kararının tebliğinden itibaren iki haftadır. Kural olarak her iki kanun yoluna başvuru da ilgili kararın icrasını durdurmazken, MÖHUK m.

⁹³⁷ MÖHUK m. 56/1.

⁹³⁸ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 100.

⁹³⁹ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 99.

⁹⁴⁰ Ekşi, **a.g.e.**, s. 373.

57/2 düzenlemesi uyarınca, tenfiz istemiyle açılan davada verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması kararın icrasını durduracaktır.

Kanunda tenfiz davasında verilen kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, HMK m. 375'te sayılan sebeplerin varlığı hâlinde yargılamanın iadesinin istenebileceği savunulmaktadır.⁹⁴¹

III. İngiliz ve Amerikan Mahkemelerince Cezalandırıcı Tazminata Hükmedilen Kararların Tenfizi Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

A. Cezalandırıcı Tazminat Yaptırımının Vasıflandırılması

1. Genel Olarak

Türk tenfiz hukuku bağlamında değerlendirildiğinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının karşılaşıcağı ilk engel MÖHUK m. 50/1 uyarınca “*hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş*” olma koşuludur. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir yabancı mahkeme kararının tenfizi talebiyle karşılaştıran hâkim, öncelikle vasıflandırma sorununu çözmek zorundadır. İlk bakışta cezalandırıcı tazminat yaptırımına haksız fiil davalarında hükmedildiği, bunun da bir özel hukuk davası olduğu, dolayısıyla ilgili ön şartın bir sorun yaratmayacağı düşünülebilir. Ancak mesele bu kadar kolay çözülebilecek türden değildir. Zira, cezalandırıcı tazminat yaptırımının çalışmamızın en başından beri vurgulamaya çalıştığımız melez karakteri, bu kurumu özel hukuk ve kamu hukuku arasında konumlandırmayı oldukça zorlaştırmaktadır.

Gerçekten de bu müessesenin özel hukukla doğrudan ilişkilendirilebilecek birçok özelliği bulunmakla beraber, kamu hukukuna yakınsayan tarafları da bir hayli fazladır. Nitekim bahse konu tazminat türünün anavatanındaki tartışmalar Avrupa öğretisine de yansımıştır. Cezalandırıcı tazminatın özel hukuka ilişkin bir mesele mi,

⁹⁴¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 375.

yoksa kamu hukuku karakterli bir yaptırım mı olduğu Türk doktrininde de aynı şekilde tartışılmış, her iki görüş de taraftar bulmuştur.

2. Öğretideki Görüşler

Cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilirliğini inceleyen yazarlardan NOMER, böyle bir yabancı mahkeme kararının, evvela, MÖHUK m. 50/1 açısından hukuk davalarına ilişkin olma şartını sağlamayacağını ifade etmiştir.⁹⁴² “Amerikan hukukundaki; telafi edici tazminata ilave olarak, davacıyı cezalandırmak ve caydırıcılık maksadıyla ek tazminata hükmeden “Punitive Damages” (cezalandırıcı tazminat/medeni ceza) kararlarının cezai nitelikleri sebebiyle tenfiz kabiliyetleri yoktur (m. 50 I).” ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE de Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat kararlarının, maddi hukuktan kaynaklanan haklardan çok, kamu adına caydırma, korkutma, iyileştirme gibi amaçlar taşıdıklarını ve bu ölçüde de cezai nitelikte kararlar olduklarının kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla bu tür hükümlerin Türkiye’de tenfiz edilemeyeceklerini savunmaktadır.⁹⁴³

DOĞAN ise ceza hukuku alanında benimsenen ülkesellik esasından hareketle, cezalandırıcı tazminat kararlarının da verildiği ülkeden başka ülkelerde hüküm ve sonuç doğuramayacağı, bu yüzden de bahse konu kararların MÖHUK’ta öngörülen tenfiz prosedürüne tabi olamayacağı kanaatindedir.⁹⁴⁴ Benzer bir yaklaşımı benimseyen GÖKÇENAY da her ne kadar kamu hukukuna ilişkin milletlerarası işbirliği anlaşmalarının sayıları artmakta ise de alandaki hâkim kuralın hâlen daha kamu hukukuna ilişkin kararların ülke dışı etki göstermemesi olduğunu ifade etmiş; cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin kamu düzeni müdahalesiyle engelleneceğini savunan yazarlara atıf yaptıktan sonra, bu kararların ülkemizde sonuç doğurmasını önlemek için asli şartlara kadar gitmeye gerek olmadığını, bu tür bir kararın cezai niteliği sebebiyle kamu hukuku karakterli kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla MÖHUK m. 50/1’de

⁹⁴² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 514.

⁹⁴³ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 640.

⁹⁴⁴ Doğan, **a.g.e.**, s. 122.

öngörülen özel hukuka aidiet ön şartının, bu tür kararların tenfizine engel olacağını belirtmiştir.⁹⁴⁵

Cezalandırıcı tazminata hükmedilen kararların özel hukuka ilişkin olduklarını ve MÖHUK m. 50/1'deki ilgili ön şart açısından bir sorun teşkil etmediklerini savunan yazarlardan GÜL, Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilen davaların özel hukuk mahkemelerinde ve medeni yargılama kurallarına göre gerçekleştirildiğini; davalının cezalandırıcı tazminat ödemesini davacıya yaptığını; telafi tazminatı talebinin reddi halinde cezalandırıcı tazminata da hükmedilemediğini; Türk hukukunda da sözleşme veya haksız fiile dayalı bir taraftan alıp diğerine vermeyi öngören bir sorumluluk veya tazminat davasının hukuk mahkemelerinde görüldüğünü; dolayısıyla bu kararların özel hukuka ilişkin olduklarının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁴⁶ Keza EKŞİ de meseleye aşağıda, kamu düzenine ilişkin açıklamalarımızda ayrıca ele alacağımız Alman Federal Mahkemesi'nin 1992 yılındaki değerlendirmesindeki gibi yaklaşılmasının doğru olacağını ifade ederek, cezalandırıcı tazminatı özel hukuka ilişkin kabul etmek gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴⁷ Anılan kararında Alman Yüksek Mahkemesi, konu üzerinde pek fazla durmamakla beraber vasıflandırma Amerikan hukukuna göre de yapılsa Alman hukukuna göre de yapılsa sonucun değişmeyeceğini; cezalandırıcı tazminatın özel hukukun konusu olduğunu ifade etmiştir.⁹⁴⁸ Mahkeme, Amerikan hukuku açısından, kurumun özel hukuka ilişkin olduğuna yönelik ilgili öğretideki genel kanıyı ve özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin tutumunu bu doğrultudaki nitelendirme için yeterli görmüştür. Alman hukuku açısından yaptığı değerlendirmede ise Alman hukukunda, eşit derecedeki tarafların arasındaki özel hukuka ilişkin hakların ya da hukuki ilişkilerin varlığı ya da yokluğuna dair

⁹⁴⁵ Berivan Gökçenay, **Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 277.

⁹⁴⁶ İbrahim Gül, "ABD Mahkemelerin Verdiği Medeni Ceza (Punitive Damages) Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2016, s. 54-55 (buradan itibaren Gül, **Tenfiz** olarak anılacaktır.)

⁹⁴⁷ Ekşi, **a.g.e.**, s. 715

⁹⁴⁸ Bundesgerichtshof, 4 June 1992 - IX ZR 149/91. Kararın ilişkin yapılan bir inceleme ve kararın İngilizce çevirisi için Bkz.: Gerhard Wegen, James Sherer, "Germany: Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Awarding Punitive Damages", **International Legal Materials**, vol. 32, no. 5, 1993, s. 1320-1346; Karara ilişkin bir başka inceleme için Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 688-697.

mahkeme kararlarının özel hukuka ilişkin kabul edildiğini; bu mantıkla cezalandırıcı tazminatın da, arkasında yatan hukuk politikası her ne olursa olsun, tazminatın özel bir türü olduğunun kabul edilmesinin daha doğru olacağını; zira bu yaptırıma özel hukuk kişileri arasındaki davalarda, davacının talebi üzerine hükmedildiğini ve hükmedilen tutarın davacıya ödendiğini ifade etmiştir.⁹⁴⁹

3. Değerlendirmemiz

Öğretide kabul edildiği üzere vasıflandırma yapılırken, kararı veren mahkemenin sıfatı ya da karara verilen isim değil, kararın içerdiği hükümlerin niteliği dikkate alınacaktır.⁹⁵⁰ Nitekim MÖHUK m. 50/2 uyarınca ceza ilamlarında yer alan hükümlerden kişisel haklara ilişkin olanların tenfizine karar verilebilecektir. Yani yabancı bir ceza mahkemesi kararının Türkiye’de tenfizi istendiğinde, istem doğrudan reddedilmeyecek, kararın içeriğine, hükümlerinin niteliğine bakılacak, özel hukuka ilişkin olan hükümlerin tenfizine karar verilebilecekken, ceza hukukuna ilişkin olanların tenfizi reddedilecektir. Öğretide, ceza yargılamalarında verilen tazminat hükümleri bu fıkra örneği gösterilmektedir. Şüphesiz burada bahsedilen, aynı zamanda suç da teşkil eden bir haksız fiil neticesinde meydana gelmiş bir zararın telafisini amaçlayan telafi tazminatıdır. Türkiye’de mümkün olmamakla birlikte, bazı ülkelerin hukuklarında bu tür tazminatlara ceza yargılamasının içerisinde hükmedilebilmektedir.⁹⁵¹ Pek tabii bu tür ilamlarda yer alan adli para cezalarına ilişkin hükümler, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler doğrudan kamu hukukuyla ilişkili olduklarından tenfiz edilemeyeceklerdir.

Kimi yazarlarca, MÖHUK m. 50/1 bakımından vasıflandırma yapılırken uyuşmazlığın bir özel hukuk ilişkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, yani tenfizi istenen kararın bir özel hukuk uyuşmazlığını çözüme kavuşturan bir karar olup olmadığının tespitine de dikkat çekilmektedir.⁹⁵² Bir diğer anlatımla bu yazarlara göre, vasıflandırmada kararın konusunu teşkil eden hukuki ilişki esas alınmalıdır. Aynı örnekten devam edecek olursak; bir ceza mahkemesi ilamında yer alan adli

⁹⁴⁹ Wegen, Sherer, **a.g.m.**, s. 1339.

⁹⁵⁰ Esen, **a.g.m.**, s. 52.

⁹⁵¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 134-135.

⁹⁵² Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 718; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 78; Doğan, **a.g.e.**, s. 122.

para cezası hükmü, suç teşkil eden eyleme karşılık olarak verilen, kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlığını çözen bir hükümdür. Bu ceza ilamında yer alan tazminat hükmü ise özel hukuk bağlamında haksız fiil olarak anılan aynı eyleme karşılık olarak verilen, zarar gören ve zarar veren arasında yarattığı uyuşmazlığı çözen bir hükümdür. İlki MÖHUK'ta öngörülen tenfiz prosedürüne uygun olmayacakken, ikinci sıradaki hükmün tenfizi mümkün olabilecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde verdiğimiz bilgileri kısaca tekrar etmek gerekirse:

Cezalandırıcı tazminat, hem İngiliz hem de Amerikan hukukunda haksız fiillere karşılık olarak öngörülmüş bir yaptırımdır. Her iki ülkede de özel hukuk davalarında gündeme gelmekle beraber, iki ülke uygulamasının usuli açıdan farklı yönleri bulunmaktadır. İngiliz uygulaması bakımından değerlendirdiğimizde hukuk mahkemelerinde görülen yargılama sonucunda hem telafi tazminatına hem de cezalandırıcı tazminata hükmedilmekte ve her iki tazminat türüne ilişkin talepler için de aynı usul kuralları uygulanmaktadır. Yine mahkeme ilamında yer alan her iki tazminat hükmü de davacıya bir alacak hakkı sağlamış olmaktadır. Cezalandırıcı tazminat taleplerinin, cezai niteliklerinden dolayı daha ağır ispat şartlarına tabi tutulmaları gerektiği; bu yaptırımların ödetme, caydırma gibi kamu menfaatine yönelen amaçlar barındırdıkları için davacıya değil, adli para cezaları gibi devlete ödenmeleri gerektiği savunulsa da bu yönde bir uygulamaya gidilmemiştir. Amerikan uygulamasında ise bu eleştiriler karşılık bulmuş, birçok eyalette cezalandırıcı tazminat talepleri açısından telafi tazminatına ilişkin taleplerde aranana nazaran daha ağır bir ispat ölçütü öngörülmüş, kimi eyaletlerde hükmedilen cezalandırıcı tazminatların belli bir oranının devlete ödenmesine ilişkin kanunlar çıkarılmıştır.⁹⁵³ Ancak önemle belirtmek gerekir ki cezalandırıcı tazminatın tıpkı adli para cezalarında olduğu gibi tamamının devlete ödeneceğini ön gören bir eyalet bulunmamaktadır. Delil standardı bakımından ise cezalandırıcı tazminat yaptırımını ceza hukuku yaptırımlarıyla eş tutarak, makul şüphenin ötesinde olma standardını benimseyen eyalet sayısı yalnızca birdir.⁹⁵⁴ Bu konuda hukuki düzenlemeler yapan

⁹⁵³ Bkz.: Birinci Bölüm/III/B/2/c ve Birinci Bölüm/III/B/4'teki açıklamalar.

⁹⁵⁴ CO Code § 13-25-127 (2021)

eyaletler çoğunlukla açık ve inandırıcı delil olarak adlandırılan orta derecedeki standardı benimsemişlerdir.

Cezalandırıcı tazminat yaptırımına haksız fiilden kaynaklanan bir uyuşmazlık sonucunda açılan davada, hukuk mahkemelerince ve medeni yargılama prosedürüne göre hükmediliyor oluşu, şüphesiz bu kurumu özel hukuk alanına yaklaştırmaktadır. Keza ceza hukukundaki anlayışın aksine davacı tarafın devlet değil, bir özel hukuk kişisi oluşu, cezalandırıcı tazminat yaptırımının davacının talebine bağlı oluşu gibi özellikler de bu görüşü desteklemektedir. Kaldı ki her iki ülke uygulamasında da failin ceza yargılamasından hüküm giymiş olmasının cezalandırıcı tazminat sorumluluğunu doğrudan engellemeyeceği kabul edilmektedir.⁹⁵⁵ Özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu yaptırımın aşırı ceza öngörülememesi ilkesine uygunluğuna dair incelemesinde yaptığı tercih, kurumun bir özel hukuk yaptırımı olarak nitelendirilmesini kolaylaştırmaktadır.⁹⁵⁶ Ancak yukarıda bahsettiğimiz Amerikan eyaletlerindeki kanuni yenilikler, bu müesseseyi tekrardan gri alana çekmektedir. Zira bugün birçok eyalette cezalandırıcı tazminat talepleri bakımından daha ağır bir ispat standardı benimsenmekte, kimi eyaletlerde de hükmedilen cezalandırıcı tazminatın bir miktarı devlete ödenmektedir.

Amaçsal yorumla yaklaşıldığında ise ilgili bölümde detaylıca ifade ettiğimiz üzere bu tazminat türü, ceza hukuku yaptırımlarıyla benzerden de öte özdeş görünmektedir. Zira öğretilerdeki münferit birkaç teori dışında tüm görüşlerde, cezalandırıcı tazminat yaptırımıyla amaçlananın faile yaptığıнын bedelinin ödetilmesi, toplumsal kınamanın dışa vurulması, özel ve genel caydırıcılığın sağlanması gibi kamu menfaatine yönelik sonlar olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵⁷ Hatta öğretilerde zaman zaman cezalandırıcı tazminat talep eden taraflar ile savcılar arasında benzerlik

⁹⁵⁵ Az sayıda da olsa çifte cezalandırma yasağının cezalandırıcı tazminat yaptırımına engel olacağının kabul edildiği eyaletler vardır. Bkz.: Eddy v McGinnis, 523 N.E.2d 737, 740 (Ind. 1988).

⁹⁵⁶ Mahkeme, ilgili kuralın ceza hukukuna ilişkin olduğu ve sadece devlete ödenecek cezaları kapsadığı, cezalandırıcı tazminatın ise özel hukuktan kaynaklanan bir yaptırım olduğu ve davacı tarafa ödendiği gerekçesiyle bu kuralın kapsamına girmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz.: BFI, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989), s. 262 vd., 274 vd.

⁹⁵⁷ Cezalandırıcı tazminatın vasıflandırılması noktasında Amerikan öğretisinde geliştirilen teorilere ilişkin yapılmış bir inceleme için Bkz.: Marco Cappelletti, "Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 32, no. 3, 2015, s. 799-848.

kurularak, cezalandırıcı tazminat talep eden davacı kimse, bir tür sivil savcı olarak nitelendirilmektedir.⁹⁵⁸

Öncelikle, ilk bölümde değindiğimiz, cezalandırıcı tazminat yaptırımını manevi tazminatın karşılığı olarak kullanan eyaletlerde verilen hükümlerin diğerlerinden ayrı tutulması gerekmektedir. Bu eyaletlerde hükmedilen cezalandırıcı tazminatların, yalnızca adı cezalandırıcıdır; yoksa özünde telafiden başka bir amaç gütmemektedirler. Keza bu yaptırıma avukatlık ücreti ve dava masraflarının karşılığı olarak hükmedilen eyaletler bakımından da durum aynıdır. Bu eyaletlerde hükmedilen cezalandırıcı tazminat kararlarının özel hukuka ilişkin olduğu kabul edilmelidir.

Oregon, Georgia, Indiana ve Iowa gibi eyaletlerde uygulandığı şekliyle, yani tazminatın belli bir oranının devlete ödendiği tip uygulamalar bakımından ise yaptırımın kamu hukuku karakterli olduğunun kabulü gerekmektedir. Kanımızca bu eyaletlerden gelen cezalandırıcı tazminat kararları Türkiye’de tenfiz edilememelidir.

Tipik cezalandırıcı tazminat kararları bakımından düşünüldüğünde her iki görüş de savunulabilecektir. İkinci bölümde incelediğimiz medeni ceza örneklerinden pay biçecek olursak; karşılıksız çek düzenleme fiiline ilişkin olarak hem TTK m. 783/3 ile medeni ceza hem de Çek Kanunu m. 5 ile adli para cezası öngörülmüştür. Aynı şekilde rekabet engelleyici, bozucu, kısıtlayıcı fiillere karşılık olarak RKHK uyarınca hem idari para cezası hem de medeni ceza yaptırımı uygulanabilmektedir.⁹⁵⁹ Buradan hareketle kanun koyucunun aynı fiil için hem adli/idari para cezası hem de medeni ceza uygulanmasında bir beis görmediği söylenebilir. Çifte cezalandırma yasağına aykırılık teşkil etmemeleri sebebiyle de medeni ceza yaptırımının özel hukuk karakterinin daha ağır bastığı düşünülebilir.

Aşağıda değineceğimiz çeşitli yabancı mahkeme kararları da göstermektedir ki karşılaştırmalı hukukta genel kabul cezalandırıcı tazminatın özel hukuka ilişkin

⁹⁵⁸ Owen, **Products Liability**, 1287-1288; Rustad, Koenig, **a.g.m.**, s. 1322 vd.

⁹⁵⁹ RKHK m. 16/3: “Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.”

olduğu yönündedir. Lahey hukuk komisyonlarının medeni ve ticari konulardaki mahkeme kararlarının uluslararası tenfizine ilişkin yaptığı çalışmalar ve akdedilen uluslararası sözleşmelerde de “cezalandırıcı tazminat” kurumuna yer verilmesi bu trendi desteklemektedir. Medeni ceza müessesesine iç hukukta yer verme bakımından incelendiğinde emsallerine göre oldukça liberal görünen Türkiye’de bu nitelikteki yabancı mahkeme kararlarının tenfizine de çok katı yaklaşılması beklenebilir. Kaldı ki cezalandırıcı tazminatın kamu hukuku karakterli olduğunun peşinen ve istisnasız kabulü, kamu düzeni bağlamında yapılabilecek tartışmaların ve bu tartışmaların Türk milli hukukundaki müstakbel medeni ceza hükümlerine muhtemel katkılarına da kapıyı kapatacaktır. Kanımızca yabancı mahkemelerce hükmedilen tipik cezalandırıcı tazminat kararları da özel hukuka ilişkin kabul edilmeli, tenfiz meselesi vasıflandırma üzerinden değil kamu düzenine etkileri bakımından tartışılmalıdır.

B. Cezalandırıcı Tazminata Hükmeden Yabancı Mahkemenin Yetkisi Bakımından Yapılacak Değerlendirme

1. Münhasır Yetki Denetimi

Cezalandırıcı tazminat, esasen haksız fiillere karşılık öngörülen bir yaptırım türü olduğundan Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir uyuşmazlık neticesinde gündeme gelmesi çok da mümkün değildir. Ancak özellikle Amerikan hukukunda, aynı zamanda bir haksız fiil sorumluluğuna da yol açan sözleşmeye aykırılık hâllerinde cezalandırıcı tazminat yaptırımının uygulanabilir oluşu, yukarıda da belirttiğimiz fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelerde, sigorta sözleşmelerinde, tüketici sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin münhasır yetki kuralını tetikleyebilecektir. Çok düşük bir ihtimal de olsa, bu türden bir dava sebebiyle yapılan muhakeme neticesinde hükmedilmiş bir cezalandırıcı tazminatın tenfizi talep edildiğinde Türk mahkemesi münhasır yetki konusundaki incelemesinde titiz davranmalıdır.

2. Aşırı Yetki Denetimi

a. Denetimde Uygulanacak Hukuk ve Esas Alınacak Ölçütler

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde, asıl kararı veren mahkemenin yetkisinin aşırılığına ilişkin olarak yapılacak bir itirazın tenfize engel olması, münhasır yetki hususuna nazaran daha olasıdır. Zira İngiliz ve özellikle Amerikan hukukundaki kimi yetki kuralları, aşırı yetki kuralı olarak nitelendirilmeye müsaittir.

Öncelikle ilgili yetki kuralının aşırılığının hangi ülke hukukuna göre değerlendirileceği konusuna açıklık getirmek lazımdır. MÖHUK m. 54/1(b) bu konuda bir netlik taşımamaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, asıl kararı veren mahkemenin esas aldığı yetki kuralı, bu mahkemenin bulunduğu ülke hukukuna ilişkin bir meseledir ve ilgili mahkemenin yetkisinin, tenfiz mahkemesinin bulunduğu ülkenin hukuk kurallarına göre değerlendirilmesi mümkün değildir.⁹⁶⁰ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise değerlendirmenin Türk hukukuna göre yapılması gerekmektedir.⁹⁶¹ Çünkü kararı veren ülkenin hukukuna göre yapılacak bir yetki denetimi, yüksek ihtimalle asıl kararı veren mahkemenin değerlendirmesinden farklı olmayacak ve söz konusu mahkemeye aynı sonuca varılacaktır.⁹⁶² Tenfiz mahkemesinin araştıracağı, denetime konu yetki kuralının yerindeliği değil, kuralın oluşumunda faydalanan ölçütler ve somut olayda meydana çıkan subjektif sonuçlardır.⁹⁶³

Yetki denetimine ilişkin bir başka mesele ise aşırılığın tespitinde hangi ölçütlerin esas alınacağıdır. Madde gerekçesinde, “*hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık*” ve “*dava konusu ve taraflarla hukuki ve fiili anlamda gerçek bir ilişki olmama*” şeklinde iki hususa işaret edilmiştir. Bunlardan hareketle bir değerlendirme yapılabilecektir.⁹⁶⁴ Hâkimin, öncelikle Türk hukukundaki yetki

⁹⁶⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 748.

⁹⁶¹ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 483-484; Süzen, **a.g.e.**, s. 139.

⁹⁶² Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 484; Süzen, **a.g.e.**, s. 140.

⁹⁶³ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 484.

⁹⁶⁴ Süzen, **a.g.e.**, s. 138.

kurallarından faydalanması gayet doğaldır.⁹⁶⁵ Ancak asıl kararı veren mahkemenin uyguladığı kuralın Türk hukukunda bulunmaması onu doğrudan aşırı yetki kuralı hâline getirmeyecektir.⁹⁶⁶ Yine Türk hukukunda objektif ölçütlerle belirlenmiş, hukuk devletlerinde kabul edilen genel ilkelere uygun yetki kurallarıyla beraber, bu ilkelerle uyuşmayan, aşırı yetki kuralı olarak nitelendirilebilecek kurallar da bulunduğu unutulmamalıdır.⁹⁶⁷ Bu tür kuralların denetime esas alınması uygun olmayacaktır.⁹⁶⁸ Bu gibi hâllerde, asıl kararı veren mahkeme ile dava tarafları veya uyuşmazlık konusu arasındaki bağlantının niteliğine ilişkin değerlendirmenin evrensel ölçütlere göre yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁶⁹ Mahkemece gerçek bir bağlantının bulunup bulunmadığı tespit edilirken, ilgili kuralın uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu, adil ve makul kabul edilip edilemeyeceği, somut olayın şartları da göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.⁹⁷⁰ Zira somut olayın özellikleri yahut uyuşmazlığın niteliği yapılacak değerlendirmeyi de değiştirebilecektir.⁹⁷¹ Mesela, çoğunlukla aşırı olarak kabul nitelendirilen davacının yerleşim yeri mahkemelerinin yetkisi, velayet ve nafaka davaları bakımından makul kabul edilebilecektir.⁹⁷²

b. Kararı Veren Yabancı Mahkemede Yapılacak İtiraz

Yabancı mahkemenin yetkisi bakımından üzerinde durulması gereken son husus ise davalının tenfiz mahkemesinde aşırı yetki itirazında bulunabilmesi için asıl kararı veren mahkemede de yetki itirazını öne sürmüş olması gerekip gerekmediğidir. MÖHUK m. 54/1(b), tenfiz mahkemesinin aşırı yetki denetimini itiraz şartına bağlamış, fakat davalının asıl mahkemede itiraz etmiş olması gerekliliği konusunda sessiz kalmıştır. EKŞİ'ye göre bu sessizlik bilinçli bir tercihtir.⁹⁷³ Kanun koyucu, ilgili hükümle yabancı mahkemenin yetkisinin doğal hâkim ilkesine uygun olarak tesisini amaçlamış, aksi hâl için ise davalıya, tenfiz mahkemesi önünde

⁹⁶⁵ Sakmar, **a.g.e.**, s. 109.

⁹⁶⁶ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 485.

⁹⁶⁷ Sakmar, **a.g.e.**, s. 110; Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 485-486.

⁹⁶⁸ Sakmar, **a.g.e.**, s. 110; Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 485

⁹⁶⁹ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 487.

⁹⁷⁰ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 487-489.

⁹⁷¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 251.

⁹⁷² Ekşi, **a.g.e.**, s. 251.

⁹⁷³ Ekşi, **a.g.e.**, s. 293.

mücadele olanağı sağlamıştır.⁹⁷⁴ Yazar, kanun koyucunun böyle bir ön şart getirme niyetinde olması hâlinde, diğer birçok ülke mevzuatındaki örneklerde görüldüğü gibi, madde metninde açıkça asıl mahkemede de itirazın gerekli olduğunu ifade edeceği görüşündedir.⁹⁷⁵

Bizim de taraftarı olduğumuz diğer görüşe göre ise yabancı mahkeme önünde yetki itirazı yapılmaksızın davanın esasına ilişkin savunmanın sunulması, yetkiye ilişkin itirazın ise tenfiz mahkemesinde öne sürülmesi durumunda bu itiraz reddedilmelidir.⁹⁷⁶ HUYSAL’a göre asıl kararı veren mahkemede itirazını bildirmeyen davalıya, davanın lehte sonuçlanması üzerine kararın tanınması ve tenfizi yolunu seçebilme, aleyhte sonuçlanması durumunda ise karşı tarafın bu yöndeki talebini engelleyebilme imkânı tanınmamalıdır.⁹⁷⁷ Aksinin kabulü hâlinde, davalının davranışı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir.⁹⁷⁸ Zira HMK’da yargılamaya hâkim ilkelerin sıralandığı ikinci bölümde 29. madde ile taraflara yargılamada da dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluğu getirilmiştir. Yazar ayrıca Türk hukukunda kabul gören, kesin yetki söz konusu olmadığı durumlarda, davalının itirazda bulunmamasının yetkisiz bir mahkemenin yetkili hâle gelmesini sağlayabilmesi kuralının, MÖHUK m.54/1(b) bakımından da kabul edilmesi gerektiğini; asıl davada itiraz etmeyen davalının tenfiz davasında itiraz etmesinin usul hukukunda kabul edilen çelişkili davranma yasağına da aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir.⁹⁷⁹

Bizim gerekçemiz ise bundan biraz farklıdır. Şöyle ki, Türkiye de dahil birçok ülke hukukuna ve uluslararası düzenlemelere göre, davalının, yetki itirazında bulunmaksızın yargılamaya katılması, ilgili mahkemeyi yetkili hale getirmektedir.⁹⁸⁰ Dolayısıyla bu kuralın, müstakil bir yetki kuralı olarak değerlendirilmesi; kurala karşılaştırmalı hukuktaki olumlu bakış da göz önünde bulundurularak, MÖHUK m. 54/1(b) gerekçesinde işaret edilen “*hukuk devletlerinde kabul edilen genel yetki*

⁹⁷⁴ Ekşi, **a.g.e.**, s. 293.

⁹⁷⁵ Ekşi, **a.g.e.**, s. 293.

⁹⁷⁶ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 497.

⁹⁷⁷ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 498.

⁹⁷⁸ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 498-499.

⁹⁷⁹ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 498-499.

⁹⁸⁰ Süzen, **a.g.e.**, s. 146 vd.

ilkelerine” uygun olduğunun kabul edilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Davalının sessiz kalmasıyla yahut tarafların yaptıkları bir yetki anlaşmasıyla tesis edilen yetki, tarafların ya da dava konusunun forumla hukuki ve fiilî anlamda gerçek bağlantısı dolayısıyla tesis edilen yetkiden bağımsız, ona alternatif bir olgu kabul edildiği için gerekçedeki ikinci husus bakımından bir incelemeye ise gerek kalmayacaktır. Bu hâlde tenfiz mahkemesinde yapılacak itiraz, dürüstlük kuralına yahut çelişkili davranma yasağına aykırılık sebebiyle değil, yetkiyi tesis eden kuralın aşırı nitelikte bir yetki kuralı olmamasından dolayı reddedilecektir. Pek tabii bu kuralı HMK m. 19 bağlamında değerlendiren yazarların da ifade ettikleri üzere, ilgili yabancı hukuka göre davalının asıl kararın verildiği yargılamaya katılmadığı, kendini savunmadığı hâllerde tesis edilen yetkinin aşırı olduğunun kabulü gerekecek; böyle bir durumda tenfiz yargılamasında yapılacak itiraz, tenfize engel olabilecektir.⁹⁸¹

c. İngiliz ve Amerikan Hukuklarındaki Aşırı Yetki Kuralları

Çalışmamızın boyutu gereği İngiliz ve Amerikan hukuklarında yer alan tüm yetki kurallarını incelememiz mümkün değildir. Dolayısıyla bu bölümde, çeşitli uluslararası anlaşmalarda “aşırı” olarak nitelendirilmiş, bu yönüyle, dolaylı olarak da olsa, MÖHUK m. 54 gerekçesinde işaret edilen “*hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık*” durumuna örnek olabileceğini düşündüğümüz bazı kurallara değineceğiz. Yine gerekçede ve madde metninde bahsedilen, “*dava konusu ve taraflarla hukuki ve fiili anlamda gerçek bir ilişki olmama*” durumuna örnek oluşturabilecek bazı Amerikan yetki kurallarına işaret edeceğiz. Zira MÖHUK m. 54/b’de de değinilen yeterli bağlantı ölçütü, Anglo-Sakson hukukunda da mahkemelerin yetkisinin denetiminde kullanılan yöntemdir.⁹⁸² Dolayısıyla Amerikan öğretisinde bu çerçevede tartışılan muhtelif yetki kuralları, Türk hukuku bakımından da aşırı yetki kapsamında değerlendirilmeye müsaittir.

Bir mahkemenin milletlerarası yetkisini, davalı taraf ile davanın görüleceği yer arasındaki bağlantıyı esas alarak tayin eden kurallar, genel yetki kuralı olarak

⁹⁸¹ Süzen, **a.g.e.**, s. 149; Ekşi, **a.g.e.**, s. 284.

⁹⁸² Süzen, **a.g.e.**, s. 119 vd.

nitelendirilmektedir.⁹⁸³ Genel yetkili mahkeme, davalı hakkındaki, forum dışında gerçekleşmiş olanlar dahil, herhangi bir uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkilidir.⁹⁸⁴ Mahkemenin yetkisini, davalıya yöneltile davanın konusu uyuşmazlık ile davanın görüleceği yer arasındaki bağlantıyı esas alarak tayin eden kurallar ise özel yetki kuralları olarak adlandırılmaktadır.⁹⁸⁵ Özel yetkili mahkeme, sadece yetkiye temel oluşturan uyuşmazlık bakımından yetkilidir.⁹⁸⁶ Avrupa hukukunda genel yetki ve özel yetki kuralı birbirine tamamen alternatif kabul edilmekteyken, Amerikan hukukunda özel yetki şartı karşılanırsa dahi davalı ile forum arasında zayıf da olsa bir bağlantının bulunması gerekmektedir.⁹⁸⁷

Bizim işaret edeceğimiz İngiliz hukukundaki aşırı yetki kuralı, genel yetki kuralı niteliğinde olduğu için bu ülkedeki özel yetki kuralları ayrıca incelenmeyecektir. Ancak Amerikan eyaletlerindeki kimi özel yetki kurallarının da aşırı yetki bağlamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Yine bu ülkelerin tarafı olduğu uluslararası çok taraflı anlaşmalarda yer alan yetki kuralları da incelememizin dışında bırakılacak, İngiliz hukuku bağlamında esas olarak *common law* yetki kuralları, Amerikan hukuku bağlamında ise *common law* yetki kurallarıyla birlikte milletlerarası yetkiye ilişkin eyalet düzenlemelerine değinilecektir.

Anglo-Sakson hukukunda mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin geleneksel kurallar kişilere karşı açılan davalar (*actions in personam*) ve şeylere karşı açılan davalar (*actions in rem*) ayrımına göre değişiklik göstermektedir.⁹⁸⁸ Kişilere karşı açılan davalarda davacı, davalının bir miktar para ödemeye, bir şeyi teslim etmeye, bir fiili yapmaya ya da yapmaktan kaçınmaya mahkûm edilmesini

⁹⁸³ Trevor C. Hartley, “Basic Principles of Jurisdiction in Private International Law: The European Union, The United States And England”, **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 71, no. 1, 2022, s. 213; Brian P. Watt, W. Alex Smith, ““At Home” In Georgia: The Hidden Danger of Registering to do Business in Georgia”, **Georgia State University Law Review**, vol. 36, no. 6, 2019, s. 4; Lea Brilmayer, **Conflict of Laws**, 2nd ed., Boston, Little Brown and Company, 1995, s. 281-282.

⁹⁸⁴ Watt, Smith, **a.g.m.**, s. 4; Brilmayer, **a.g.e.**, s. 282.

⁹⁸⁵ Watt, Smith, **a.g.m.**, s. 3.

⁹⁸⁶ Brilmayer, **a.g.e.**, s. 285.

⁹⁸⁷ Hartley, **a.g.m.**, s. 213.

⁹⁸⁸ J. G. Collier, **Conflict of Laws**, 3rd ed., Cambridge University Press, 2001, s. 71; John O’Brien, **Conflict of Laws**, 2nd ed., London, Cavendish Publishing Limited, 1999, s. 178; Martin Wolff, **Private International Law**, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1950, s. 64; R. H. Graveson, **Conflict of Laws**, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 1974, s. 98.

talep eder.⁹⁸⁹ Sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiilden kaynaklanan tazminat taleplerinin öne sürülmesi bu nitelikte davalardır.⁹⁹⁰ Şeylere karşı açılan davalar ise genellikle deniz ticaret hukuku alanında karşılaşılan ve davanın gemiye yöneltildiği davalardır.⁹⁹¹ Konumuzla ilişkisi bakımından *in personam* davalardaki geleneksel yetki kurallarını incelememiz gerekmektedir.

(1). İngiltere

İngiliz *common law* yetki kurallarının özünde ülkesellik prensibine bağlı olarak ve davacının başlattığı bir takım usuli işlemler etrafında oluşturulduğu göze çarpmaktadır.⁹⁹² *In personam* davalarda İngiliz mahkemelerinin yetkisi üç farklı esasa göre belirlenebilmektedir:⁹⁹³ (1) Tebligatın davalıya İngiltere’de bulunduğu esnada yapılması; (2) Davalının ilgili mahkemenin yetkisine rıza göstermesi; (3) Tebligatın davalıya İngiltere dışında yapılması.

Tebliğ vasıtasıyla yetki tesisinin kökleri, geçici bir süreliğine de olsa Birleşik Krallık sınırları içerisinde bulunan bir kimsenin, Krala karşı bağlılık borçlu olduğu anlayışına dayandırılmaktadır.⁹⁹⁴ 19. yüzyılda ulaşım teknolojileri, milletlerarası ticaret gibi alanlarda yaşanan gelişmeler neticesinde ülkesellik prensibi, dolayısıyla fiziksel bulunma anlayışı yetersiz kalmaya başlamış; ülke dışındaki kimselerin de yargılanması, dolayısıyla bu kimselere dava tebliğinin yapılması gereken hâller ortaya çıkmıştır.⁹⁹⁵ Ancak İngiltere içindeki davalıya tebligat yapılan hâllerden ve rızaen yetki tesisinden farklı olarak, İngiltere dışındaki davalıya davanın tebliği için, kural olarak, mahkemenin izni gerekmektedir.⁹⁹⁶ Bizim işaret edeceğimiz aşırı yetki kuralı, İngiltere içindeki davalıya yapılan tebligatla tesis edilen yetkiye ilişkin

⁹⁸⁹ A. V. Dicey, J. H. C. Morris, Lawrence Collins, **Conflict of Laws**, 15th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, s. 371.

⁹⁹⁰ G. C. Cheshire, P. M. North, J. J. Fawcett, **Private International Law**, 13th ed., UK, Butterworths, 1999, s. 285; Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 371.

⁹⁹¹ Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 646-647.

⁹⁹² J. A. Wade, “Actions in personam—Assumed Jurisdiction of the English Court”, **Netherlands International Law Review**, vol. 21, no. 1, 1974, s. 1; O’Brien, **a.g.e.**, s. 182.

⁹⁹³ Abba Mayss, **Principles of Conflict of Laws**, 3. ed., London, Cavendish Publishing Limited, 1999, s. 13; Collier, **a.g.e.**, s. 72 vd; O’Brien, **a.g.e.**, s. 181 vd.; Graveson, **a.g.e.**, s. 111.

⁹⁹⁴ Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 414.

⁹⁹⁵ O’Brien, **a.g.e.**, s. 188; Graveson, **a.g.e.**, s. 117.

⁹⁹⁶ Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 428; Cheshire North, Fawcett, **a.g.e.**, s. 297; Mayss, **a.g.e.**, s. 16-17.

olduğundan, davalının rızasıyla tesis edilen yetki ve İngiltere dışındaki davalıya yapılan tebliğ vasıtasıyla tesis edilen yetki meselesi incelenmeyecektir.

Dava dilekçesinin davalıya İngiltere içinde tebliğinin, mahkemenin yetki tesisi için kâfi görülmesi; dava konusu ya da davalı taraf ile mahkemenin bulunduğu yer arasında başkaca bir bağlantının aranmaması, özellikle yabancı unsurlu uyuşmazlıklar açısından sorunlu görünmektedir. Örneğin başka bir ülkenin vatandaşı, ilgili tebligata bir İngiltere seyahatinde, hatta bu ülkeye kendi rızasıyla değil, bir ceza davasında yargılanmak ya da tanıklık etmek üzere zorla getirildiği bir zamanda dahi muhatap olsa, kural olarak, İngiliz mahkemesinin yetkisi meşru kabul edilebilecektir.⁹⁹⁷

Tebligat yoluyla yetki tesisi, davalı şirketler bakımından da geçerli kabul edilmektedir.⁹⁹⁸ İlgili şirketin İngiltere’de kurulmuş olmasından başka, İngiltere dışında kurulmuş olmasına rağmen şirket merkezinin, hatta sıradan bir işyerinin (şube vb.) bu ülkede bulunması ve buradaki temsilciye davanın tebliğ edilmesi, İngiliz mahkemelerini yetkili hâle getirecektir.⁹⁹⁹ Örneğin bir Alman firması, İngiltere’deki bir bisiklet fuarında sadece dokuz gün için bir stant kiralamış; stantta görevli firma çalışanlarına tebliğ edilen dava, İngiliz mahkemesinin yetkisinin doğması için yeterli görülmüştür.¹⁰⁰⁰

Tebligat yoluyla yetki tesisinin kabul edildiği ülkelerde meseleye dair uç örneklerle karşılaşmak mümkündür. İngiliz hukuku bakımından sıkça verilen örnek ise Fransız bir sanat simsarı ile Hintli bir sanatseverin arasındaki, Paris’te yaptıkları bir tablo alışverişine ilişkin bir uyuşmazlığın çözümünde, Fransıza meşhur Ascot yarışlarını izlemek üzere İngiltere’de bulunduğu sırada yapılan tebligatla İngiliz mahkemelerinin yetkili hâle geldiği davadır.¹⁰⁰¹

Pek tabii konudaki uç örneklerin *forum non conveniens* doktrininin İngiltere’de kabulünden önceye tarihlendirildiğini ifade etmek gerekir. İskoç hukuku

⁹⁹⁷ Cheshire North, Fawcett, **a.g.e.**, s. 287.

⁹⁹⁸ Cheshire North, Fawcett, **a.g.e.**, s. 288; Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 416 vd.; Collier, **a.g.e.**, s. 82-83; O’Brien, **a.g.e.**, s. 184-185.

⁹⁹⁹ Hartley, **a.g.m.**, 214-215; O’Brien, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁰⁰⁰ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v AG Cudell & Co [1902] 1 KB 342

¹⁰⁰¹ Maharanee of Baroda v Wildenstein [1972] 2 QB 283.

orijinli bu doktrin, özetle bir hâkimin, uyuşmazlıkla daha sıkı bağlantılı başka bir ülkenin varlığı sebebiyle yetkisinden feragat ederek, davadan el çekmesi anlayışına dayanmaktadır.¹⁰⁰² Bugün başta İngiltere ve Amerika olmak üzere, İskoçya, Kanada, İrlanda, Avustralya, Yeni Zelanda, İsrail, Hong Kong ve Singapur gibi Anglo-Sakson hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde bu öğretinin uygulandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁰³ *Forum non conveniens* öğretisinin İngiliz hukuk pratiğine olan etkisine örnek olarak *Muduroglu Ltd v T.C. Ziraat Bankasi* davasından bahsedilebilir.¹⁰⁰⁴ Kuzey Kıbrıs'ta kurulu olan ancak hissedarlarınca İngiltere'den yönetilen davacı konstrüksiyon şirketi, Libya devletiyle bir sözleşme imzalamış; Libya hükümetinin talep ettiği teminat mektubunun ise Ziraat Bankası'ndan verilmesi kararlaştırılmıştır. Sonrasında, Müdüroğlu ile Ziraat Bankası arasında vuku bulan anlaşmazlık, davacı tarafından Ziraat Bankası'nın Londra şubesine yapılan dava tebliğiyle Londra mahkemelerine taşınmıştır. İlk derece mahkemesi, uyuşmazlığın Türkiye ile daha sıkı bağlantılı bulunduğu ve doğal forumun Türk mahkemeleri olduğundan bahisle davadan el çekmiş; karar, temyiz mahkemesince de onanmıştır.

Bahse konu yetki kuralının sadece adalet bağlamında değil, işlevsellik bakımından da olumsuz sonuçlarından bahsedilebilir.¹⁰⁰⁵ Örneğin İngiltere'yle hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen birkaç saatlik bir Londra ziyaretinde kendisine dava dilekçesi tebliğ edilen ve Londra'daki ilgili mahkeme bakımından davalı olarak konumlandırılan bir Japon vatandaşı, karar aleyhine dahi olsa bundan pek etkilenmeyecek; davacının aldığı ilamın tenfizi için Japon mahkemelerine başvurması gerekecek ve çok büyük olasılıkla böylesi zayıf bir bağlantıyla yetki tanınan mahkemenin verdiği karara ilişkin bu talep reddedilecektir.¹⁰⁰⁶ İngiliz mahkemelerinin ise aynı yetki kuralıyla yetki tesis edilen yabancı mahkeme

¹⁰⁰² Edward L. Barrett Jr., "The Doctrine of Forum Non Conveniens", **California Law Review**, vol. 35, no. 3, 1947, s. 386-387.

¹⁰⁰³ Ekin Sökmen Güler, "Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 2633; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 28, (buradan itibaren Akıncı, **Yetki** olarak anılacaktır.)

¹⁰⁰⁴ *Muduroglu Ltd v T.C. Ziraat Bankasi* [1986] 3 All ER 682. Kararın incelemesi için Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 266-272.

¹⁰⁰⁵ *Cheshire North, Fawcett*, **a.g.e.**, s. 287.

¹⁰⁰⁶ *Cheshire North, Fawcett*, **a.g.e.**, s. 287.

kararlarını tanıyıp, tenfiz ettiği örnekler bulunmaktadır.¹⁰⁰⁷ İlgili kurala getirilen eleştiriler bunlarla da sınırlı değildir. Bir ülke mahkemesinin sadece kişiye yapılacak bir tebligat vasıtasıyla yetkili kılınmasının kişilerin seyahat özgürlüğüne zarar verdiği, diğer taraftan *forum shopping*'i teşvik ettiği ifade edilmektedir.¹⁰⁰⁸

Sonuç olarak Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde tebligat, mahkemeye yetki tesis eden değil, dava sürecini başlatan bir usuli işlem olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁹ Ancak Türk hukukunda aynı ya da benzer bir yetki kuralının bulunmayışı, ilgili kuralı doğrudan aşırı yetki kuralı yapmayacaktır. Keza öğretide de bu yetki kuralının, kişinin ülkede sadece bir süreliğine bulunması durumu ile çakıştığı hâllerde aşırı nitelikte kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁰¹⁰ Nitekim Lugano Konvansiyonu'nda da bir kimseye bir ülkede geçici olarak bulunduğu esnada tebligat yapılması suretiyle yetki tesisi, aşırı görülerek yasaklanmıştır.¹⁰¹¹ Yine 1 Şubat 1971 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi'ne Ek Protokol m. 4'ün e bendinde bu tür bir yetkiye dayanarak verilen kararın tenfizinin reddedileceği ifade edilmiştir.¹⁰¹² Dolayısıyla bu kuralın, "*hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık*" teşkil ettiği rahatlıkla söylenebilecektir.

¹⁰⁰⁷ Wade, **a.g.m.**, s. 4, dn. 20: Carrick v. Hancock (1895) 12. T.L.R. 59.

¹⁰⁰⁸ Bernard Audit, "Le Droit International Privé en Quete d'Universalité", **Recueil des Cours**, Tome: 305, 2003, paragraf no: 421, (Süzen, **a.g.e.**, s. 190'dan naklen)

¹⁰⁰⁹ Esra Dardağan, **Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı**, Ankara, 2005, s. 152, (Süzen, **a.g.e.**, s. 185, dn. 254'ten naklen)

¹⁰¹⁰ Süzen, **a.g.e.**, s. 190; Nomer, **Yetki**, s. 571.

¹⁰¹¹ Bahse konu yetki kuralı, Lugano Konvansiyonu m. 3/2'nin atfıyla yasaklanan yetki kurallarının sayıldığı 1. Ek'te yer almaktadır. Lugano Konvansiyonu ve ekleri için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22007A1221%2803%29>, 12 Mayıs 2023; Aynı şekilde Brüksel I Tüzüğü 2001 versiyonu m. 3/2 ve m. 4/2 uyarınca da benzer bir liste hazırlanmış ve bu kurala listede yer verilmiştir. Bkz.: (Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0156>, 12 Mayıs 2023.

¹⁰¹² Mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kurallarının yeknesaklaştırılması, Lahey Konferansı'nın da önem verdiği konulardandır. Yalnızca 5 ülkenin taraf olduğu ve konudaki başarısız bir deneme olarak kabul edilen 1971 tarihli bu sözleşme, taraf sayısı günden güne artan 2 Temmuz 2019 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin selefi kabul edilmektedir. 1971 tarihli sözleşmenin tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/bacf7323-9337-48df-9b9a-ef33e62b43be.pdf>, 12 Mayıs 2023; Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve 2019 tarihli sözleşmenin Türkçe metni için Bkz.: Abdullah Harun Korkmaz, **Tanıma-Tenfiz Hukukunda Yeni Eğilimler: 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021; 2019 tarihli sözleşmenin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>, 12 Mayıs 2023; 2019 tarihli anlaşmaya taraf olan ülkelerin listesi için ayrıca Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>, 12 Mayıs 2023.

Forum non conveniens doktriniyle, ilgili kuralın kötüye kullanımının önüne geçilmeye çalışılsa da en nihayetinde daha uygun bir mahkemenin bulunması sebebiyle davadan el çekmek, hâkimin takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla davalıya İngiltere içerisinde dava tebliğiyle yetkili hâle gelen mahkemenin vereceği bir cezalandırıcı tazminat kararı, davalının hem asıl kararı veren mahkemede hem de tenfiz mahkemesinde bu yönde bir itirazının bulunması durumunda, MÖHUK m. 54/1(b) uyarınca aşırı yetki bakımından incelenecektir. Kanımızca, Türk mahkemesi, uyuşmazlık konusu olay veya taraflar ile kararı veren mahkeme arasında, davanın İngiltere’de tebliği dışında yeterli fiilî ya da hukuki ilişkinin olmadığına kanaat getirirse talebi reddetmelidir.¹⁰¹³

(2). Amerika Birleşik Devletleri

Tebliğat yoluyla yetki tesisine cevaz veren, fiziksel bulunma kıstasına dayalı *common law* kuralı, İngiliz etkisiyle gelişen Amerikan hukukunda da kabul edilmiştir.¹⁰¹⁴ Bu yetki türü Amerika’da “*transient jurisdiction*” ve “*tag jurisdiction*” isimleriyle anılmaktadır.¹⁰¹⁵ Güncel anlayışın da bu kuralın geliştirilmesi, çeşitlendirilmesiyle oluşturulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁰¹⁶ Ancak Amerikan hukukundaki aşırı yetki kuralları bununla sınırlı değildir. Ayrıca federal yapısından ötürü Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bazı farklılıklara da dikkat çekmek gerekecektir. Kısa da olsa yapılacak bir tarihsel anlatım, güncel uygulamanın anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Amerikan hukuk tarihine göz atıldığında, yargı yetkisi bakımından ülkesellik prensibinin 20. yüzyıla dek katı biçimde uygulandığı görülmektedir.¹⁰¹⁷ Bu döneme kadar, davalıya eyalet sınırları içerisinde dava tebliği, yani fiziksel bulunma, rızaen yetki tesisi ile beraber o eyalet mahkemesinin yetkisi için en temel kural olarak kabul

¹⁰¹³ Aynı doğrultuda Bkz.: Süzen, **a.g.e.**, s. 190-191.

¹⁰¹⁴ Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides, **Conflict of Laws**, 5th ed., West, 2010, s. 392; Hartley, **a.g.m.**, s. 214.

¹⁰¹⁵ Hartley, **a.g.m.**, s. 214.

¹⁰¹⁶ Nomer, **Yetki**, s. 573.

¹⁰¹⁷ Mary Twitchell, “The Myth of General Jurisdiction”, **Harvard Law Review**, vol. 101, no. 3, 1988, s. 614; Bu anlayış Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1878 yılında verdiği *Pennoyer v. Neff* kararında net bir şekilde ifade edilmiştir: *Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714 (1878)

edilmiştir.¹⁰¹⁸ Sonraları ise dönemin ihtiyaçları, eyalet ve hatta ülke dışındaki kişilerin de yargılanmalarını gerektirmiş; eyalet dışına yapılacak dava tebliğleri bakımından “davalının yerleşim yeri”,¹⁰¹⁹ ülke dışına yapılacak olanlar bakımından ise “vatandaşlık”¹⁰²⁰ kriteri, bağlantı noktası olarak kabul görmeye başlamıştır.¹⁰²¹ Yine aynı dönemde, davalının ilgili mahkemenin yetkisine ilişkin örtülü rızasının da geçerli olduğu sıkça içtihat edilmiş; kimi eyalet mahkemelerince ima yollu rıza ile yetki tesisinin teorik sınırları zorlanmış; bir şirketin bir eyalette yasal tebligatları almak üzere temsilci görevlendirmesinin, hatta karayollarında seyreden bir motorlu araç sürücüsünün sırf bu eyaletin kara yollarından faydalanmasının ilgili mahkemenin yargı yetkisine rıza gösterdiği anlamına geldiği kabul edilmiştir.¹⁰²²

Geleneksel yetki kurallarının zorlama yorumlarına karşı eleştirilerin artmasıyla yeni bir teorik anlayış ihtiyacı doğmuştur. Yetkiye ilişkin güncel uygulamanın omurgası, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1945 yılında verdiği *Int’l Shoe Co. v. Washington*¹⁰²³ kararıyla oluşturulmuştur.¹⁰²⁴ Bu kararda “fiziksel bulunma” kıstasına destekleyici olarak, bir eyaletin sınırları içinde bulunmayan davalılar açısından uygulanabilecek “minimum bağlantı” kıstası öne sürülmüş; davalının ve davanın eyalet ile olan bağlantısının derecesine göre tesis edilecek genel yetki ve özel yetki kavramları rasyonalize edilmiştir.¹⁰²⁵ Bu doğrultuda özetle,

¹⁰¹⁸ Patrick J. Borchers, “The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From Pennoyer to Burnham and Back Again”, **University of California Davis Law Review**, vol. 24, no. 19, 1990, s. 35; Cody Jacobs, “If Corporations Are People, Why Can’t They Play Tag?”, **New Mexico Law Review**, vol. 46, no. 1, 2016, s. 4.

¹⁰¹⁹ *Milliken v. Meyer*, 311 U.S. 457 (1940)

¹⁰²⁰ *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421 (1932)

¹⁰²¹ Paul R. Dubinsky, “The Reach of Doing Business Jurisdiction and Transacting Business Jurisdiction Over Non-U.S. Individuals and Entities”, **64 Hague Conference On Private International Law, Working Document Series (1998)**: (Çevrimiçi), https://1997-2001.state.gov/global/legal_affairs/dubinsky.html, 12 Mayıs 2023.

¹⁰²² Charles W. “Rocky” Rhodes, “The Predictability Principle in Personal Jurisdiction Doctrine: A Case Study on the Effects of a Generally Too Broad, but Specifically Too Narrow Approach to Minimum Contacts”, **Baylor Law Review**, vol. 57, no. 1, 2005, s. 144-145, (buradan itibaren Rhodes, **Predictability** olarak anılacaktır.); Borchers, **a.g.m.**, s. 52-53; Jacobs, **a.g.m.**, s. 5; Hay, Borchers, Symeonides, **a.g.e.**, s. 345-346.

¹⁰²³ *Int’l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945)

¹⁰²⁴ Benjamin Spencer, “Jurisdiction to Adjudicate: A Revised Analysis”, **The University of Chicago Law Review**, vol. 73, no. 2, 2006, s. 620; Charles W. “Rocky” Rhodes, “Clarifying General Jurisdiction”, **Seton Hall Law Review**, vol. 34, no. 3, s. 812-813.

¹⁰²⁵ Spencer, **a.g.m.**, s. 622; Bahse konu kararda “özel yetki” ve “genel yetki” ayırımına işaret edilmekle beraber, bu isimlendirmeyi ilk kullananlar konudaki meşhur makaleleriyle Arthur T. von

davalının bir eyaletle bağlantıları sınırlı dahi olsa dava konusu uyumsuzluk o bağlantılardan kaynaklanmışsa ya da o bağlantılarla ilişkiliyse eyalet mahkemesinin özel yetkili olabileceği, bağlantıların yoğunluğu, sayısı, devamlılığı gibi kriterlere göre eyalet mahkemesinin ilgili kişi bakımından açılacak tüm davalarda genel yetkili dahi kabul edilebileceği ifade edilmiştir.¹⁰²⁶ Mahkeme, eyaletlerin uygulayacakları yetki kurallarına ilişkin sınırın ise özellikle Amerikan Anayasası XIV. Değişiklik'te öngörülen *due process* ilkesi olduğunu; yetki tesisinin, geleneksel adil yargılanma ve temel hakkaniyet nosyonlarına aykırı düşmeyecek şekilde, makul ölçüde olması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰²⁷

Int'l Shoe Co. v. Washington kararı sonrasındaki süreçte tüm eyaletler, yabancı unsurlu (diğer eyaletler ve yabancı ülkeler) uyumsuzluklarda yetki meselesini ele alan yeni kanuni düzenlemeler hayata geçirmişlerdir.¹⁰²⁸ Uzun kollu kanun (*long-arm statutes*) olarak isimlendirilen bu düzenlemelerde, kimi eyaletler yargılama yetkisinin sınırlarını doğrudan anayasal sınırlara atıf yaparak maksimum şekilde belirleme yöntemini tercih etmişler, kimileri ise belli uyumsuzluk tiplerini sayarak mahkemelerinin yetkili olduğu hâlleri düzenlemişlerdir.¹⁰²⁹

Özellikle kuruldukları ve asıl işyerinin (*principal place of business*) bulunduğu ülkeler/eyaletler dışında bir eyalette ticari faaliyetler yürüten şirketler açısından geliştirilen iş yapmaya bağlı yetki tesisi (*doing business jurisdiction*), aşırı yetki olarak nitelendirilebilecek uygulamalara mahal verebilmektedir. Bu konuda bilhassa, '*bir şirketin eyalette bağlantısının sürekli ve sistematik oluşu hâlinde o eyalet mahkemesinin şirkete karşı açılacak tüm davalarda yetkili olabileceği kabulüne dayanan genel yetki kuralı*' ile '*doğrudan davalının eyalet içindeki yahut*

Mehren ve Donald T. Trautman'dır. Bkz.: Arthur T. von Mehren, Donald T. Trautman, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", **Harvard Law Review**, vol. 79, no. 6, 1966, s. 1121-1179.

¹⁰²⁶ Megan Crowe, "Can You Relate? Bristol-Myers Narrowed the Relatedness Requirement but Changed Little in the Specific Jurisdiction Analysis", **Saint Louis University Law Journal**, vol. 63, no. 3, 2019, s. 507; Hay, Borchers, Symeonides, **a.g.e.**, s. 371; Rhodes, **Clarifying General Jurisdiction**, s. 813; Genel yetki kavramı uyumsuzluk körü yetki (*dispute-blind jurisdiction*) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz.: Twitchell, **The Myth of General Jurisdiction**, s. 610.

¹⁰²⁷ *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945), s. 316.

¹⁰²⁸ Hay, Borchers, Symeonides, **a.g.e.**, s. 375.

¹⁰²⁹ Hay, Borchers, Symeonides, **a.g.e.**, s. 376; Tüm eyaletlerin uzun kollu kanunlarına dair 2003 yılında yapılmış bir derleme için Bkz.: (Çevrimiçi), <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Jurisdiction/LongArmSurvey.pdf>, 12 Mayıs 2023.

eyaletle yönelik faaliyetlerinden kaynaklanmasa da bu faaliyetlerle ilişkili olan uyumsuzluklarda minimum bağlantı kistasının sağlandığı ve ilgili eyalet mahkemesinin özel yetkisinin doğduğu kabulüne dayanan özel yetki kuralı' aşırı yetki açısından incelemeye değerdir.

Yine Amerikan hukukunda, aşırı yetki örneği olabilecek, kısmen iş yapma olgusuyla ve kısmen de rızayla yetki tesisi anlayışının ürünü olan bir başka uygulamaya işaret etmemiz gerekmektedir. Tüm eyaletlerin mevzuatlarında, eyalet içerisinde faaliyet gösterecek yabancı şirketler için bir sicile kaydolunması zorunluluğu getiren düzenlemeler yer almaktadır.¹⁰³⁰ *Int'l Shoe Co. v. Washington* kararı öncesinde sicile kaydolma olgusu, o şirketin, ilgili eyaletin yargılama yetkisine rıza gösterdiği anlamında kabul edilip yetkiye dayanak gösterilebilmekteydi.¹⁰³¹ Özellikle yukarıda değindiğimiz devamlı ve sistematik faaliyetler sebebiyle genel yetki tesisini sakıncalı gören ve oldukça kısıtlayan yüksek mahkeme kararları sonrasında, eyalet mevzuatlarında yer alan bu tür eski kanunlar tekrardan tartışmaya açılmıştır.¹⁰³²

Son tahlilde Amerikan mahkemelerinde verilmiş bir cezalandırıcı tazminat kararının, Türk hukuku bakımından aşırı yetkili bir mahkemenin ürünü olarak değerlendirilmesine yol açabilecek dört farklı durumdan söz edilebilecektir:

- *Davalıya eyalet sınırları içerisinde tebligat yoluyla genel yetki tesisi:*

¹⁰³⁰ Tanya J. Monestier, "Registration Statutes, General Jurisdiction, and the Fallacy of Consent", **Cardozo Law Review**, vol. 36, no. 4, 2015, s. 1345.

¹⁰³¹ Bir teori bu uygulamanın rıza ile yetki tesisi kaynaklı olduğunu öne sürerken, bir diğeri ise bahse konu uygulamayla fiziksel bulunma kistasının sağlandığı ve böylelikle yetki tesisinin mümkün hale getirildiği yönündeydi. Konu hakkında Bkz.: Gerard Carl Henderson, **The Position of Foreign Corporations in American Constitutional Law: A Contribution to the History and Theory of Juristic Persons in Anglo-American Law**, vol. 2, Harvard University Press, 1918, s. 77 vd; Sicile kayıt zorunluluğuna ilişkin eyalet kanunlarının ve bu düzenlemelerin yetkiye dayanak edilmelerinin tarihçesi için Bkz.: Charles W. "Rocky" Rhodes, Cassandra Burke Robertson, "A New State Registration Act: Legislating a Longer Arm for Personal Jurisdiction", **Harvard Journal on Legislation**, vol. 57, no. 2, 2020, s. 401 vd.

¹⁰³² Oscar G. Chase, "Consent to Judicial Jurisdiction: The Foundation of "Registration" Statutes", **New York University Annual Survey of American Law**, vol. 73, no. 2, 2018, s. 160; Nate Arrington, "Consent By Registration: The "Back-Door Thief"", **Arkansas Law Review**, vol. 73, no. 4, 2021, s. 776; Rhodes, Robertson, **a.g.m.**, s. 410.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1990 yılında verdiği *Burnham v. Superior Court of California*¹⁰³³ kararında, davalıya eyalet sınırları içerisinde tebligat yoluyla yetki tesisinin gerçek kişiler bakımından geçerliliğini koruduğu teyit edilmiştir.¹⁰³⁴ Davalı tüzel kişiler bakımından ise bu kuralın neredeyse tamamen terk edildiği görülmektedir.¹⁰³⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi 1923 yılında verdiği *Rosenberg Brothers & Company v. Curtis Brown Company*¹⁰³⁶ ve 1933 yılında verdiği *Consolidated Textile Corporation v. Gregory*¹⁰³⁷ kararlarında, şirketlerin başkanlarına, üstelik şirket adına girişimlerde bulunmak üzere gittikleri eyaletlerde yapılan dava tebliğlerinin, tebligatın yapıldığı yer mahkemesinin yetkili kılınması için yeterli olmadığına hükmetmiştir.

Amerikan hukuk tarihinde de uç örneklerine rastlanılan bu yetki kuralı ile yetkili hâle gelen bir eyalet mahkemesinin hükmedeceği cezalandırıcı tazminat kararının Türkiye'de tenfizi açısından İngiltere başlığında yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.¹⁰³⁸

- *Eyalet içerisinde iş yapma olgusuna dayalı, devamlı ve sistematik faaliyetlerden kaynaklanan genel yetki tesisi:*

Int'l Shoe Co. v. Washington kararında şirketlerin bir eyalette sürekli ve sistematik faaliyetlerde bulunmasının genel yetki tesisine imkân sağlayabileceğine değinilmiş ancak, davalının aktivitelerinin bu denli yoğun ve genel yetkiye kapı açabilecek türden faaliyetler olup olmadığının tespitinde hangi kriterlerin kullanılacağı net olarak ifade edilmemiştir.¹⁰³⁹ İş yapma olgusuyla genel yetki tesisinin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde tartışıldığı ilk dava *Perkins v. Benguet*

¹⁰³³ *Burnham v Superior Court of California*, 495 US 604 (1990)

¹⁰³⁴ Jacobs, **a.g.m.**, s. 8; Brilmayer, **a.g.e.**, s. 284.

¹⁰³⁵ Jacobs, **a.g.m.**, s. 26 vd.

¹⁰³⁶ *Rosenberg Bros. & Co., Inc. v. Curtis Brown Co.*, 260 U.S. 516 (1923)

¹⁰³⁷ *Consolidated Textile Corp. v. Gregory*, 289 U.S. 85 (1933)

¹⁰³⁸ *Grace v. MacArthur* davası, kuralın Amerikan hukukundaki uygulamasına uç örnek olarak gösterilebilir. Davalıya, yolcusu olduğu uçağın Arkansas eyaletinin hava sahasında bulunduğu sırada tebligat yapılarak, Arkansas mahkemelerinin yetki tesisi gerçekleştirilmiştir. *Grace v. MacArthur*, 170 F. Supp. 442 (E.D. Ark. 1959)

¹⁰³⁹ Mary Twitchell, "Why We Keep Doing Business with Doing-Business Jurisdiction", **University of Chicago Legal Forum**, vol. 2001, no. 1, 2000, s. 184, (buradan itibaren Twitchell, **Doing-Business** olarak anılacaktır.)

*Consolidated Mining Co*¹⁰⁴⁰ olmuştur.¹⁰⁴¹ Mahkeme, Ohio Eyalet Mahkemesi'nin, Ohiolu dahi olmayan bir yatırımcının, Filipinler'de kurulu bir maden şirketine karşı, temettü ödemelerine ilişkin olarak açtığı davada kendini yetkili kabul etmesini Amerikan Anayasası'na uygun bulmuştur. Yüksek mahkeme, şirketin, Filipinler'deki Japon işgali nedeniyle, yönetici toplantıları, maaş ödemeleri, pay transferleri gibi işlerinin bir bölümünü, geçici bir süreliğine de olsa, Ohio'daki ofisten yürütülmesinin genel yetki tesisi için yeterli olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu kararda da tespitte kullanılacak ölçütlere ilişkin net bir açıklamada bulunulmamıştır.¹⁰⁴²

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarından sonra eyalet mahkemelerince, bir eyalette ticari faaliyetlerde bulunan yabancı şirketlere karşı açılan davalarda genel yetkilinin varlığı, davalı tüzel kişinin bu eyaletteki ticari faaliyetlerinin niteliğine, niceliğine, faaliyette bulunmak üzere izin alınıp alınmadığına, eyalet içerisindeki ofisi, şubesi, acentesi, banka hesabı, çalışan sayısı gibi kriterlere göre değerlendirmeye başlanmış; pek tabii birçok meselede olduğu gibi bu uğurda yeterli bağlantının standardı da farklı eyaletlerde farklı yorumlanmışır.¹⁰⁴³ Örneğin New York Yüksek Mahkemesi, 1964 yılında verdiği bir kararda, New York'ta az sayıda çalışanı bulunan ve görevi rezervasyon kabulü ile şirketin diğer emsal şirketlerle ilişkilerinin yürütülmesi ile sınırlı olan küçük bir ofisin varlığını, Finlandiyalı bir hava yolu şirketinin davalısı olduğu davada genel yetki tesisi için yeterli bulmuştur.¹⁰⁴⁴ Dava konusu olay ise bir başka havayolu şirketinde hostes olarak çalışan New Yorklu bir şahsın, Paris Orly Havalimanı'nda bulunduğu sırada, Finli havayolu şirketine ait bir uçağın yarattığı hava akımıyla savrulan bir bavul sebebiyle yaralanmasından ibarettir.

Anılan kuralın kapsamı, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sonraki içtihatlarıyla oldukça daraltılmış ve işlevsel olarak neredeyse şirketin kurulduğu

¹⁰⁴⁰ Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co., 342 U.S. 437 (1952)

¹⁰⁴¹ Rhodes, **Clarifying General Jurisdiction**, s. 814.

¹⁰⁴² Twitchell, **Doing-Business**, s. 184.

¹⁰⁴³ Rhodes, eyalet ve federal mahkemelerinin meseleye yaklaşımlarını altı farklı grupta değerlendirmiş; ancak bu paternlerin de tatmin edici bir çözüm sunmadığını vurgulamıştır. Bkz.: Rhodes, **Clarifying General Jurisdiction**, s. 829 vd.

¹⁰⁴⁴ Bryant v. Finnish Nat. Airline, 15 N.Y.2d 426 (N.Y. 1965)

yahut asıl işyerinin bulunduğu eyalet mahkemelerinin genel yetkisi ile özdeş hale getirilmiştir.¹⁰⁴⁵ Yüksek mahkeme yakın tarihli kararlarında, bağlantının devamlı ve sistematik oluşunun genel yetki tesisine imkân verebilmesi için davalının bu eyalette “evinde” gibi değerlendirilebilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁴⁶ *Daimler AG v. Bauman* kararında, şirketler bakımından genel yetkili mahkeme konusunda paradigmanın şirketlerin kurulduğu yer mahkemesinin ve asıl işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi olduğu özellikle vurgulanmıştır.¹⁰⁴⁷ Ancak bu eğilim, teorik olarak, eyalet mahkemelerinin böylesi bir genel yetki kuralını uygulamalarını tamamen yasaklamamaktadır. Zira ilgili kararlarında yüksek mahkeme, çok istisnai hâllerde de olsa, şirketlerin kuruldukları yer ya da asıl işyerinin bulunduğu yer dışında bir yerde de evinde gibi değerlendirilebileceğine işaret etmiştir.¹⁰⁴⁸

İş yapma olgusuna bağlı yetki tesisi, kural olarak, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler açısından geçerli olsa da mahiyeti gereği daha çok davalı şirketlerin yargılanabilmesi için kullanılmaktadır. Bu kuralın aşırı nitelikte olup olmadığının Türk hukukuna göre değerlendirilebilmesi için öncelikle Türk hukukunda tüzel kişilere karşı yöneltilecek davalardaki yetki kurallarına bakmak faydalı olacaktır. Bu bağlamda ilgili tüzel kişinin şubelerinin ve bağımsız tacir yardımcıları olan acentelerin kurallara etkisi de önem arz etmektedir. MÖHUK’ta tüzel kişilere yöneltilecek davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin bir özel hüküm bulunmamaktadır. Acente ve şube konusuna ise sadece m. 46’da sigorta sözleşmeleri bağlamında değinilmiş; sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sigortacının esas işyerinden başka, sözleşmeyi yapan şubenin ya da acentenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla ilgili konularda yetki, MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukuktaki yetki kurallarına göre belirlenecektir.

Türk hukukunda genel yetki kuralı HMK m. 6’ da düzenlenmiş; bu hükümde hem gerçek kişilere hem de tüzel kişilere karşı açılacak davalarda, davalının yerleşim

¹⁰⁴⁵ Rhodes, Robertson, **a.g.m.**, s. 390-391.

¹⁰⁴⁶ Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown, 131 S. Ct. 2846 (2011), s. 2851; *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014), s. 754.

¹⁰⁴⁷ *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014), s. 760.

¹⁰⁴⁸ *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014), s. 761, dn. 19: İstisnai örnek olarak *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co.* davasına atıf yapılmıştır.

yeri mahkemesinin genel yetkili olduğu ifade edilmiştir. Tüzel kişiler açısından yerleşim yerinin ne ifade ettiği ise TMK m. 51’de, kuruluş belgesinde başkaca bir yer belirtilmediyse işlerinin yürütüldüğü yer olarak açıklanmıştır.

HMK m. 14’te ifade edildiğı üzere bir tüzel kişiye karşı şubesinin bulunduğu yerde de dava açılabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın, o şubenin iş ve işlemlerinden kaynaklanması gerekmektedir.

Acentelere ilişkin düzenleme ise TTK m. 105’te yer almaktadır. İlgili maddenin ilk fıkrasına göre acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihbar, ihtar ve protesto gibi beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Ayrıca aracı olduğı ya da bizzat yaptığı bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceğı gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir.¹⁰⁴⁹ Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda acente bakımından yetkili Türk mahkemelerinde onun müvekkiline karşı dava açılabilir.¹⁰⁵⁰ Anılan kanun hükmüyle, yabancı tacirler adına aracılık yapan yahut sözleşme imzalayan acentelerle işlem yapan Türk vatandaşlarının korunmasının ve muhtemel uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinde dava açma olanağı sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁵¹

Türk hukukunda da kabul edilen, tüzel kişilerin kuruldukları yahut asıl işyerinin bulunduğu yer mahkemelerinin genel yetkisi, hem diğer ulusal hukuklarda hem de uluslararası düzenlemelerde adil ve makul bulunmaktadır.¹⁰⁵² Dolayısıyla

¹⁰⁴⁹ TTK m. 105/2.

¹⁰⁵⁰ TTK m.105’in doğrudan bir yetki kuralı olmayışı ve acentenin bulunduğu yer mahkemesinin dolaylı olarak (HMK m. 6 uyarınca) yetkili kılınmasının milletlerarası usul hukuku bakımından barındırdığı belirsizlikler ve taşıdığı riskler hakkında Bkz.: Emre Esen, “Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu’nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Public and Private International Law Bulletin**, vol. 41, no. 2, s. 598, (buradan itibaren Esen, **Acente** olarak anılacaktır.) Konu hakkında ayrıca Bkz.: Emre Külüşlü, **Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 53 vd.

¹⁰⁵¹ Esen, **Acente**, s. 586.

¹⁰⁵² Hartley, **a.g.m.**, s. 213-214; Brüksel I Tüzüğü 2012’de güncellenen versiyonu m. 4/1’de yerleşim yeri mahkemesinin genel yetkili olduğı belirtilmiş, m. 63’te ise tüzel kişilerde yerleşim yerinin kanuni merkez, yönetim merkezi ya da asıl işyerinin bulunduğu yer olduğı ifade edilmiştir. Bükrsel I Tüzüğü 2012 versiyonunun 2015 değişiklikleriyle beraber tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>, 12 Mayıs 2023; 1 Şubat 1971 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi m. 10’da da meşru kabul edilen yetki halleri sayılmış; ilk fıkrada tüzel

dava konusu uyuşmazlık başka bir yerde vuku bulmuş olsa bile, bir şirketin kurulduğu ya da asıl işyerinin bulunduğu eyalet mahkemesi tarafından verilecek bir cezalandırıcı tazminat kararının Türkiye’de tenfizinde, aşırı yetki bağlamında bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak doktrinin, uluslararası anlaşmaların ve ilgili çalışma komisyonlarının radarına giren, bu manada kötü şöhretli, iş yapma olgusuna bağlı genel yetki tesisi, bu iki tür bağlantının da olmadığı durumlarda verilen kararlara ilişkindir. Yani söz konusu durumda yabancı şirket, bir eyalette şubeleri, acenteleri ve sair birimleri aracılığıyla, devamlı ve sistematik faaliyetler yürütmekte, ancak tenfizi istenen karara konu uyuşmazlık, ilgili eyaletteki bu faaliyetlerden kaynaklanmamaktadır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda olduğu gibi birçok ulusal hukukta ve milletlerarası düzenlemelerde, iş yapma olgusuna bağlı yetki tesisine, ekseriyetle şubeler ile acenteler bağlamında ve bu birimlerin faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklarla sınırlı olarak müsaade edilmektedir.¹⁰⁵³ Nitekim 1 Şubat 1971 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi’ne Ek Protokol m. 4’ün d bendinde de sadece iş yapma olgusu bağlantı olarak kullanılıp tesis edilmiş genel yetkiye dayanarak verilen kararın tenfizinin reddedileceği açıkça ifade edilmiştir.¹⁰⁵⁴ Dolayısıyla yalnızca iş yapma olgusuna dayalı genel yetkinin, “hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine” pek de uygun olduğu söylenemeyecektir. Özellikle yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, sadece olağan işlerin yürütüldüğü bir ofisin

kişilerin kuruldukları yer, kanuni merkezinin bulunduğu yer, asıl işyerinin bulunduğu yer mahkemelerine işaret edilmiştir.; 2 Temmuz 2019 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi m. 5/1(a)’da da hem gerçek hem de tüzel kişiler için mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi tanıma ve tenfiz bakımından uygun olarak nitelendirilmiş, m. 3/2’de ise tüzel kişilerde mutad meskenin kanuni merkezin bulunduğu yer, şirketin hukukuna göre kurulduğu yer, merkezi idarenin bulunduğu yer ya da asıl işyerinin bulunduğu yer olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰⁵³ 2 Temmuz 2019 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi m. 5/1(d); Brüksel I Tüzüğü m. 7/5; 1 Şubat 1971 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi m. 10/2.

¹⁰⁵⁴ Ek Protokol metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/7e92b6a1-1eff-4567-ae95-9b8e93104c9e.pdf>, 12 Mayıs 2023; Aynı yasak 2 Temmuz 2019 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi hazırlık aşamasında oluşturulan taslak metin m. 18/2(e)’de de yer almıştır. Taslak metin için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>, 12 Mayıs 2023; 2019 tarihli sözleşmede ise dolaylı yetki kuralları üzerinden denetim öngörüldüğü için doğrudan aşırı yetki kurallarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

varlığının genel yetki tesisine dayanak edilmesi, davanın tarafları ile forum arasında gerçek bir bağlantının bulunmaması anlamına gelecek ve ikinci kriterimiz bakımından da sorun teşkil edecektir. Böyle bir hâlde hükmedilen yabancı mahkeme kararının tenfizi de MÖHUK m. 54/1(b) uyarınca yapılacak yetki itirazıyla engellenebilecektir.¹⁰⁵⁵

- *Eyalet içerisinde iş yapma olgusuna dayalı, doğrudan davalının faaliyetlerinden kaynaklanmasa dahi bu faaliyetlerle ilişkili olan uyumsuzluklarda özel yetki tesisi:*

Amerikan hukukunda, dava ile bağlantılı yetki de denilen özel yetkinin tesisi bakımından minimum bağlantı kıstasının sağlanıp sağlanmadığının tespiti için kasıtlı faydalanma (*purposeful availment*) anlayışı geliştirilmiştir.¹⁰⁵⁶ Bu doğrultuda mahkemenin bir uyumsuzluğun çözümünde yetkili olabilmesi için;¹⁰⁵⁷ (1) Fiziksel olarak orada bulunmasa dahi davalının, eyalete yönelen kasti faaliyetleriyle bu eyalet kanunlarının nimetlerinden ve korumasından faydalanması; (2) Dava konusu uyumsuzluğun, doğrudan eyalet içerisinde iş yapan şirketin faaliyetlerinden kaynaklanması ya da bu faaliyetlerle ilişkili olması; (3) Tüm bağlantılar değerlendirildiğinde, davalının bu eyalette yargılanmasının adil ve makul olması gerekmektedir.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁵ Süzen, **a.g.e.**, s. 194.

¹⁰⁵⁶ *International Shoe v. Washington* kararında da izlerine rastlanmakla beraber, bu anlayış yüksek mahkemenin takip eden *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235 (1958), *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980), *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985), *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987), kararlarıyla geliştirilmiştir. Konu hakkında Bkz.: Mark C. Weber, "Purposeful Availment", **South Carolina Law Review**, vol. 39, no. 4, 1988, s. 818 vd.

¹⁰⁵⁷ Russell D. Shurtz, "www.international_shoe.com: Analyzing Weber v. Jolly Hotel's Paradigm for Personal Jurisdiction in Cyberspace", **Brigham Young University Law Review**, vol. 1998, no. 4, 1998, s. 1699-1670; Flavio Rose, "Related Contacts and Personal Jurisdiction: The "But for" Test", **California Law Review**, vol. 82, no. 6, 1994, s. 1549.

¹⁰⁵⁸ Yetkinin adil ve makul olması noktasında 5 faktöre işret edilmektedir. *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980), s. 292-296. İlk faktör yargılamanın davalı için yaratacağı külfettir. Burada davalının ekonomik durumu belirleyici olacaktır. İkinci faktör ise forum eyaletinin çıkarlarıdır. Zira her ülkenin kendi vatandaşına yahut sakinine hazırda bir mahkeme bulundurmakta çıkarı vardır. Davacı o eyalette yaşamayan biriye böyle bir çıkardan da söz edilemeyecektir. Üçüncü faktör davacının çıkarıdır. Bu faktör için de davacının ekonomik durumu belirleyici olacaktır. Dördüncü sırada ise eyalet yargı sisteminin çıkarları bulunmaktadır. Delillerin yahut tanıkların o yargı çevresinde bulunması yahut bunlara erişimin görece kolay olması gibi kriterler göz önünde bulundurulacaktır. Beşinci ve son olarak ise yetki tesisinin Amerika Birleşik Devletleri hukuk politikasına etkisi değerlendirilecektir. Konu hakkında Bkz.: Timothy D. Brewer, "Jurisdiction in

Dava konusu uyuşmazlığın doğrudan eyalet içerisinde faaliyet gösteren şirketin faaliyetlerinden kaynaklanması ya da bu faaliyetlerle ilişkili olması şartı, konumuz bakımından özellik arz etmektedir. İlk sıradaki durum daha net iken, ikinci sıradaki “uyuşmazlığın şirketin ticari faaliyetiyle ilişkili olması” kriteri yoruma oldukça açıktır.¹⁰⁵⁹ Nitekim, kimi eyalet ve bölge mahkemelerinde kuralın aşırı yetki olarak nitelendirilebilecek uygulamalarına rastlanabilmektedir. Özellikle, iş yapma olgusuna bağlı genel yetki tesisinin uygulama alanının daraltılmasıyla, eyalet mahkemelerinin bu olguyla özel yetki tesisine ilişkin değerlendirmelerinde daha çok davacı lehine tutum sergileyebilecekleri ifade edilmektedir.¹⁰⁶⁰

Bu konuda örnek vermek gerekirse; kurala ilişkin aşırı uygulamaların görüldüğü eyaletlerden biri olan Massachusetts’te mahkeme, Hong Kong’taki iş seyahatinde kaldığı otelin havuzunda boğulan ve yerleşim yeri Massachusetts olan Sally Ann Nowak’ın eşi ve ailesinin, otel sahibi şirkete karşı açtığı davada kendini yetkili addetmiştir.¹⁰⁶¹ Mahkeme, eyalet uzun kollu kanununda yer alan, dava sebebinin ticari faaliyetle ilişkili olması şartını oldukça geniş yorumlamış, şirketin eyalet içindeki davacıya yönelik reklamlarını, promosyonlarını vs. ölümle sonuçlanan olaylar zincirinin ilk halkası olarak değerlendirmiştir. Benzer bir başka meşhur karar da *Shute v. Carnival Cruise Lines* davasında, Amerikan Dokuzuncu

Single Contract Cases”, **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, vol. 6, no. 1, 1983, s. 15 vd.

¹⁰⁵⁹ Meseleye dair tartışmalar illiyet bağına ilişkin teoriler üzerinden şekillenmekte; eyalet ve bölge mahkemelerinin konu hakkındaki değerlendirmelerinde iki ana gruba ayrıldıkları ifade edilmektedir. En geniş yorum olan “but for” testinde davalının eyalete yönelen faaliyetleri dava sebebine giden olaylar zincirine herhangi bir katkı yapmışsa, uyuşmazlık başka bir yerde vuku bulmuş olsa dahi o eyalet yetkili olabilmektedir. Yani “davalının foruma yönelen eylemleri olmasaydı böyle bir dava olur muydu?” sorusuna yanıt aranır. Diğer görüş ise “yakın sebep” (*proximate cause*) ya da “maddi ilişki” (*substantive relevance*) olarak adlandırılan testin uygulanması taraftarıdır. Bu görüşe göre yetki tesisi için, eyalete yönelen faaliyetler dava bakımından önemli hatta başlıca faktör olarak değerlendirilebilmelidir. İlk teori mahkemelerin yetki alanını aşırı genişlettiği ve davacı lehine bir dengesizlik oluşturduğu gerekçesiyle, ikinci teori ise tam aksi gerekçelerle eleştirilmektedir. Bu iki uç arasında farklı uygulamalara da rastlanmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Mark M. Maloney, “Specific Personal Jurisdiction And The “Arise From Or Relate To” Requirement ... What Does It Mean?”, **Washington and Lee Law Review**, vol. 50, no. 3, 1993, s. 1276 vd.; Ryan H. Ballou, “Civil Procedure—Be More Specific: Vague Precedents and the Differing Standards by Which to Apply “Arises Out of or Relates to” in the Test for Specific Personal Jurisdiction”, **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, vol. 35, no. 3, 2013, s. 668 vd.

¹⁰⁶⁰ Linda Silberman, “The End of Another Era: Reflections on Daimler and Its Implications for Judicial Jurisdiction in the United States”, **Lewis and Clark Law Review**, vol. 19, no. 3, 2015, s. 684.

¹⁰⁶¹ *Nowak v. Tak How Investment Ltd.*, 899 F. Supp. 25 (1995)

Bölge Temyiz Mahkemesi'nce vermiştir.¹⁰⁶² Davaya konu olayda Washington'da yaşayan Shute çifti, buradaki bir seyahat acentesinden, Panama'da kurulu ve merkezi Florida'da olan davalı şirketin kruvaziyer turunu satın almış; Bayan Shute seyahat esnasında düşerek yaralanmış ve Washington Federal Bölge Mahkemesi'nde ihmali haksız fiile dayanan bir dava açmıştır. İlk derece mahkemesinin yetkisizlik kararı, temyiz mahkemesince geri çevrilmiş; mahkeme, davalı şirketin eyalet içerisindeki reklam vs. faaliyetlerinin zayıf olmasına rağmen bu faaliyetlerin tarafları haksız fiilin gerçekleşmesine imkân verecek kadar yakınlaştırdığını, bu faaliyetler olmaksızın dava konusu haksız fiilin gerçekleşmeyeceğini, bunun da yetki tesisi için gerekli "faaliyetlerle ilişkili olma" şartının sağlandığı anlamına geleceğini ifade ederek davacının yerleşim yeri olan Washington mahkemelerinin yetkili kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁶³

Bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz üzere, bir yabancı şirketin çeşitli birimleri vasıtasıyla bir ülkede ticari faaliyetlerde bulunması hâlinde bu birimlerin faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ilgili birimlerin bulundukları yer mahkemelerinin özel yetkisi, karşılaştırmalı hukukta da makul kabul edilmektedir. Nitekim iş yapma olgusuna bağlı genel yetki tesisini yasaklayan 1 Şubat 1971 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi'ne Ek Protokol m. 4'ün d bendinde de özel yetki meselesi istisna tutulmuştur. Ancak bazı eyalet ve bölge mahkemelerinin, anılan kuraldaki "ilişkili olma" şartını geniş yorumlaması, ilgili kuralı iş yapma olgusuna dayanan genel yetki kuralıyla eşdeğer hâle getirmektedir.¹⁰⁶⁴ Diğer bir deyişle, esasen neredeyse tüm hukuk düzenlerinde adil ve makul kabul edilen bu yetki kuralı, Amerikan hukuk sisteminin elastikiyetinin de katkısıyla aşırı yetki kuralına dönüştürülmektedir.

¹⁰⁶² Shute v. Carnival Cruise Lines, 897 F.2d 377 (9th Cir. 1988)

¹⁰⁶³ Karar daha sonrasında Amerikan Yüksek Mahkemesince bilet üzerinde yer alan yetki klozundan bahisle tarafların arasında geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı gerekçesiyle bozulmuştur: Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 499 U.S. 585 (1991)

¹⁰⁶⁴ "Daimler kararından sonra mahkemeler, bu kararın genel yetki tesisindeki kısıtlayıcı sonuçlarını hafifletmek adına, özel yetki için gerekli "ilişkili bağlantı" kısıtı konusunda daha liberal bir yaklaşım benimseyebilirler. Özel yetki meselesinin, genel yetkinin ismi değiştirilmiş halinden ibaret olmaması için konunun düzgün bir kavramsal çerçeveye oturtulması zorunludur.", Silberman, **a.g.m.**, s. 685; Hay, Borchers, Symeonides, **a.g.e.**, s. 363-364.

Sonuç olarak, iş yapma olgusuna bağlı genel yetki tesisi bir yana, bu olguya dayanan özel yetki kuralının da aşırı nitelikte uygulamalarına rastlanabilmektedir. Dolayısıyla böylesi bir yetki tesisi neticesinde yapılan yargılamada hükmedilen cezalandırıcı tazminat kararı da tenfiz aşamasında aşırı yetki itirazıyla karşılaşabilecektir. Pek tabii evvela davalının asıl kararı veren mahkemede yetki itirazında bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Kanımızca, dava konusu uyuşmazlığın, doğrudan ticari faaliyetlerden kaynaklandığı durumlarda tenfiz talebi kabul edilmeli, ancak “ilişkili olma” kriterinin bağlantı noktası kabul edildiği durumlarda oldukça dikkatli davranılmalıdır. Yetki, örneklerde gösterdiğimiz türde zayıf bağlantılardan ileri geliyor ve ilgili kural, davacıya, kendi yerleşim yerinde hazır bir mahkeme bulundurmak uğruna esnetiliyorsa tenfiz talebi reddedilmelidir. Yine hatırlatmak gerekir ki dava konusu somut olayın hukuki niteliği de yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır. Şöyle ki; “ilişkili olma” kıstasının geniş yorumlanması, sigorta sözleşmesi, iş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi gibi bir tarafında daha güçlü bir süjenin yer aldığı uyuşmazlıklar bakımından yine de makul kabul edilebilecekken, eşitler arasındaki uyuşmazlıklarda aşırı olarak nitelendirilebilecektir.

- *Ticari faaliyetlerin yürütüleceği eyalet siciline kayıt ile rıza gösterilen genel yetki tesisi:*

Eyalet siciline kaydolma olgusuna bağlı genel yetki tesisinin, küllerinden doğan bir fenomen olduğu söylenebilir.¹⁰⁶⁵ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Int'l Shoe Co. v. Washington* kararı öncesinde eyaletler, eyalette iş yapan şirketlerin bir sicile kaydolmalarını, yasal tebligatları almak üzere bir temsilci/acente görevlendirmelerini zorunlu tutuyorlardı ve tüm eyaletlerde bu konuya ilişkin kanuni düzenlemeler hayata geçirilmişti. Bir teoriye göre bu işlemler ilgili şirketin o eyalet mahkemelerinin yetkisine rıza gösterdiği anlamına gelmekte, bir başka teoriye göre ise bu sayede fiziksel bulunma kıstası sağlanmakta ve tebligat yoluyla yetki tesis edilebilmekteydi.¹⁰⁶⁶ Minimum bağlantı öğretisinin geliştirilmesinden sonraki süreçte

¹⁰⁶⁵ Pa. Fire Ins. Co. v. Gold Issue Mining & Milling Co., 243 U.S. 93 (1917); Mitchell Furniture Co. v. Selden Breck Constr. Co., 257 U.S. 213 (1921)

¹⁰⁶⁶ Monestier, **a.g.m.**, s. 1371, dn. 256; Sicile kaydolmayı gerektirecek derecede iş yapma kriterleri ve sicile kaydolmadan iş yapmanın yaptırımları da eyaletten eyalete değişmektedir. Yaptırım olarak

ise eyalet siciline kaydolunmasının ve yasal tebligatların yapılacağı bir acente görevlendirilmesinin genel yetki tesisinin kabulü anlamına geldiğini açıkça ifade eden yegâne uzun kollu kanun Pensilvanya eyaletinde yürürlüğe konulmuştur.¹⁰⁶⁷ Diğer bazı eyaletlerde ise mahkemeler, ilgili kanunların yorumuyla aynı sonucuna varmaktadırlar.¹⁰⁶⁸ Pek tabii bu işlemlerin bir tür rıza anlamına geldiği anlayışı reddeden eyalet ve bölge mahkemeleri de sayıca az değildir.¹⁰⁶⁹ Bununla birlikte, özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown* ve *Daimler AG v. Bauman* kararlarından sonra davacıların, genel yetki konusundaki iddialarını, devamlı ve sistematik iş yapma olgusu yerine sicile kaydolma ile rıza olgusu üzerine kurgulayabilecekleri ifade edilmektedir.¹⁰⁷⁰

İlgili kanunlarında, sicile kaydolma olgusunun genel yetkiye razı olmak sonucunu doğurduğunu açıkça ifade eden tek eyalet olan Pensilvanya ile diğer eyaletlerin uygulamasını birbirinden ayırmak faydalı olacaktır. Ancak öncelikle iki anlayış bakımından da birer örnek vermek gerekirse:

Sicile kayıt ile ilgili yasal düzenlemelerinde genel yetkiye açıkça değinmeyen eyaletlerden olan Georgia'da bu kural içtihatlarla ayakta tutulmaktadır: Georgia Yüksek Mahkemesi, son olarak 2021 yılında verdiği *Cooper Tire v. McCall*¹⁰⁷¹ kararında da otuz yıllık içtihadını bozmamıştır.¹⁰⁷² Floridalı davacı McCall, yine bu eyalette bir trafik kazasına karışmış, diğer iki davalıyla birlikte, Delaware'de kurulu ve asıl işyeri Ohio'da bulunan otomobil lastiği üreticisi Cooper Tire şirketine karşı da Georgia eyaletinde dava açmıştır. İlk derece mahkemesi yetkisizlik kararı verse de

genellikle bir miktar para cezası ve/veya eyalet mahkemelerine erişimden yoksun bırakılma gibi uygulamalara yer verilmektedir. Eyalet eyalet, hangi tür faaliyetlerin ne derecede yapıldıklarında sicile kayıt gerektiren "iş yapma" anlamına geldiği ve kaydın/kaydolmamanın sonuçları hakkında 2020 yılında yapılan bir derleme için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.wolterskluwer.com/-/media/project/wolterskluwer/oneweb/www/grc/files/pdf/ct-corporation/ct-corporation-what-constitutes-doing-business-2020.pdf?rev=cd26f296b05f4a539b45e14fdb4b2aac&hash=678E304DF4EEAE3EB555BCA0CD704C5E>, 12 Mayıs 2023.

¹⁰⁶⁷ Matthew D. Kaminer, "The Cost of Doing Business? Corporate Registration as Valid Consent to General Personal Jurisdiction", **Washington and Lee Law Review Online**, vol. 78, no. 1, 2021, s. 83; Monestier, **a.g.m.**, s. 1366-1368; 42 PA. CONS. STAT. § 5301(a)(2) (2022)

¹⁰⁶⁸ Kaminer, **a.g.m.**, s. 84.

¹⁰⁶⁹ Rhodes, Robertson, **a.g.m.**, 411 dn 212.

¹⁰⁷⁰ Monestier, **a.g.m.**, s. 1358.

¹⁰⁷¹ *Cooper Tire & Rubber Co. v. McCall*, 863 S.E.2d 81 (Ga. 2021)

¹⁰⁷² Kaminer, **a.g.m.**, s. 86.

üst mahkeme bu kararı bozarak, şirketin eyalet siciline kaydolduğunu ve yasal tebligatları alacak bir temsilci görevlendirdiğini, bunun da eyalet mahkemelerinin genel yetkisine rıza gösterdiği anlamına geldiğini belirtmiş; Georgia Yüksek Mahkemesi de istinaf mahkemesinin bu kararını onamıştır.

Pensilvanya mahkemelerinde görülen *Diab v. British Airways*¹⁰⁷³ davası ise bu kuralın aşırı yetki bağlamında değerlendirilebilecek ikinci tür uygulamasına örnek gösterilebilir. Davaya konu olayda davacı Diab, New York-Londra seferini yapan davalı havayolu şirketine ait bir uçakta yolculuk ederken emniyet kemeri uyarı ışığının söndüğü bir esnada yerinden kalkarak tualete gitmiş, bu sırada gerçekleşen türbülans sebebiyle de düşerek dizini yaralamıştır. Diab, yerleşim yeri olan Pensilvanya'ya döndüğünde havayolu şirketini dava etmiştir. British Airways avukatları, davalı şirketin bu eyalette kurulmadığını, asıl işyerinin de burada olmadığını, ayrıca Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce sıkça vurgulandığı şekilde bu eyalette irtibatının, onu “evinde” gibi göstermeye yetecek düzeyde de olmadığını belirterek mahkemenin yetkisine itiraz etmiştir. Mahkeme, ilgili kanunda açıkça ifade edildiği üzere şirketin Pensilvanya eyaleti siciline kaydolarak bu eyalet mahkemelerinin genel yetkisine önceden rıza gösterdiğinden bahisle itirazı reddetmiştir.

Araştırmalarımız dairesinde, bu tür bir rıza ile yetki tesisine imkân veren ilgili kuralın milletlerarası hukukta aşırı yetki bağlamında tartışıldığı bir esere rastlanmamıştır. Konu üzerine tartışmalar Amerikan öğretisinde lokalize olmuş ve Amerikan Anayasası XIV. Değişiklik'te öngörülen *due process* ilkesine uygunluk çerçevesiyle sınırlı kalmıştır. Yine bu kurala uluslararası anlaşmalarda da aşırı yahut makul gibi bir nitelendirme yapılarak yer verilmemiştir. Dolayısıyla henüz bu kuralın hukuk devletlerinde kabul gören yetki ilkelerine uygun ya da aykırı olduğundan söz edebilmek mümkün değildir. Ancak tıpkı Amerikan öğretisinde yapıldığı gibi, örtülü ya da açıkça gösterilen rızaya, yani mahkemede yetki itirazında bulunulmadan esasa ilişkin savunma yapılması hâli ile taraflar arasında yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde yetki tesisine ilişkin ilkelerden yola çıkılarak bir değerlendirmede

¹⁰⁷³ *Diab v. British Airways*, CIVIL ACTION No. 20-3744 (E.D. Pa. Nov. 23, 2020)

bulunulabilir.¹⁰⁷⁴ Amerikan öğretisinde de bu tür yetki tesisinin meşruluğu, “eyalet ile yabancı şirket arasında, tarafların zımni ya da açık irade beyanlarıyla akdedilen bir yetki sözleşmesi” benzetmesi üzerinden tartışılmaktadır.¹⁰⁷⁵

Türk hukukunda yetki sözleşmesi HMK 17. ve 18. maddelerde düzenlenmiştir. HMK m. 19/4’te ele alınan yetkisiz bir mahkemenin yetki itirazında bulunulmaması sonucunda yetkili hâle gelmesi de kimi yazarlar tarafından zımni irade beyanlarıyla oluşturulmuş bir yetki sözleşmesi şeklinde nitelendirilmektedir.¹⁰⁷⁶ MÖHUK m. 40’ın atfıyla bu hükümler milletlerarası yetki sözleşmeleri bakımından da uygulama bulacaktır.

HMK m. 17’ye göre tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. HMK m. 18’de yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları sıralanmış, ilk fıkrada tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde yetki sözleşmesi yapamayacakları ifade edilmiş; ikinci fıkrada ise yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki

¹⁰⁷⁴ Amerikan öğretisinde konuya ilişkin iki aşamalı bir tartışma yapılmaktadır. İlk sırada Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin yetki konusunda verdiği *International Shoe v. Washington* ve takip eden kararlarıyla şirketler bakımından genel yetkiyi şirketin kurulduğu yer ve asıl işyerinin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkisiyle sınırlandırıp sınırlandırmadığı, yani bu kararların, sicile kayıt ile genel yetki tesisini Anayasa’ya uygun bulan 1917 yılındaki *Pa. Fire Ins. Co. v. Gold Issue Mining & Milling Co.* içtihadını devre dışı bırakıp bırakmadığı tartışması yer almaktadır. Baskın görüş 1917’deki içtihadın bu kararlardan etkilenmediği yönündedir. İkinci aşamadaki tartışma, tescil işlemlerinin bir tür rıza olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinedir. Bu noktada öne sürülen görüşler ise tescil olgusuyla rızanın, davalının rızası ile yetki tesisinin meşru örnekleri kabul edilen “mahkemede yetki itirazında bulunmaksızın savunma yapmak” ve “geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı” halleri ile mukayesesi şeklinde tezahür etmektedir. Özellikle açıkça ve gönüllü olarak verilmiş bir rızadan söz edilebilmesi için ilgili kanunların, tescil evraklarının lafızlarının nasıl olması gerektiği ve hangi şartlarda geçerli bir rızadan bahsedilebileceği noktalarına yoğunlaşmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Alan B. Morrison, “Safe at Home: The Supreme Court’s Personal Jurisdiction Gift to Business”, *DePaul Law Review*, vol. 68, no. 3, 2019, s. 556 vd.; Jeffrey L. Rensberger, “Consent to Jurisdiction Based on Registering to Do Business: A Limited Role for General Jurisdiction”, *San Diego Law Review*, vol. 58, no. 2, 2021, s. 309-378; Kevin D. Benish, “Pennoyer’s Ghost: Consent, Registration Statutes, and General Jurisdiction After Daimler AG v. Bauman”, *New York University Law Review*, vol. 90, no. 5, 2015, s. 1625 vd.; Brett E. Broczowski, “Apparently, There Are Places Like Home: A Path to Propriety for Consent-by-Registration Jurisdiction in the Third Circuit”, *Villanova Law Review*, vol. 64, no. 1, 2019, s. 101-136; Craig Sanders, “Of Carrots and Sticks: General Jurisdiction and Genuine Consent”, *Northwestern University Law Review*, vol. 111, no. 5, 2017, s. 1323-1346; Arrington, *a.g.m.*, s. 771-797; Monestier, *a.g.m.*, s. 1377 vd.; Kaminer, *a.g.m.*, s. 93 vd.

¹⁰⁷⁵ Monestier, *a.g.m.*, s. 1380 vd.; Kaminer, *a.g.m.*, s. 93 vd.

¹⁰⁷⁶ Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 226; Akıncı, *Yetki*, s. 55; Doğan, *a.g.e.*, s. 53.

ilişkinin belirli veya belirlenebilir olmasının ve sözleşmede yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesinin şart olduğu vurgulanmıştır. Pek tabii TBK'da öngörülen genel şartlar öncelikle göz önünde bulundurulmalıdır. TBK m. 1'de ifade edildiği üzere karşılıklı ve birbirine uygun açık ya da örtülü irade beyanları söz konusu olmalı; bahse konu sözleşme TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamalı ve bu sözleşmenin konusu imkânsız olmamalı, ayrıca TBK m. 30 ve devamında sayılan yanıltma, aldatma ve korkutma gibi irade sakatlayan bir durum da söz konusu olmamalıdır.

Bahse konu yetki kuralı ile yetki sözleşmesi arasında kurulacak benzetme bakımından TBK m. 1, HMK m. 18/2 ve TBK m. 37 önem arz etmektedir.

Kanımızca, ilk sıradaki örneğimizde olduğu gibi, tescil evraklarında, sürece ve sonuçlarına ilişkin hukuki düzenlemelerde ya da uzun kollu kanunlarda açıkça ifade edilmeksizin, yani davalının daha önceden böyle bir onaydan haberi dahi olmaksızın tesis edilecek genel yetki, iş yapma olgusuna dayanan genel yetki tesisinden farksız olacaktır.¹⁰⁷⁷ Bu durumda davalı tarafın mahkemenin yetkisine açıkça razı olduğundan zaten söz edilemeyecektir. Ayrıca mahkemenin yetkisine itiraz etmeksizin savunma yapılması örneğinde olduğu gibi zımnen rıza gösterildiğinin kabulü de irade beyanına ilişkin zorlama bir yorumdan ibarettir. Zira o durumda davalı, davacıyı ve davanın esasını bilmekte ve mahkemenin özel yetkisine sessiz kalarak, rıza gösterdiği varsayılmaktadır. Sicile kaydolurken eyalet içerisinde dava tebliğlerini almaya yetkili bir temsilci görevlendirme olgusunun ilgili mahkemelerin genel yetkisine örtülü rıza olduğunun kabulü, şirketin sadece eyalet içerisinde ticari faaliyetlerde bulunabilmek uğruna, öngörülemez sayıda ve türde dava bakımından o eyalet mahkemelerine yetki tanıdığı varsayımını içermektedir, ki bu da objektif olarak pek olağan görünmemektedir.¹⁰⁷⁸ Nitekim yetki sözleşmesi analogisi bakımından da bu hâl, hem TBK m. 1'de tüm sözleşmeler için kurucu unsur olarak öngörülen irade beyanının yokluğu hem de HMK m. 18/2'de yetki

¹⁰⁷⁷ Sicile kayıt olgusunun genel yetki tesisine yol açacağı kanuni düzenlemelerde açıkça ifade edilmese de bu yönde istikrarlı içtihatların varlığının davacının yetkiye bilerek rıza gösterdiği anlamına geleceği görüşü için Bkz.: Kaminer, **a.g.m.**, s. 99 vd.

¹⁰⁷⁸ Aynı doğrultuda Monestier, **a.g.m.**, s. 1383 vd.; Arrington, **a.g.m.**, s. 780-781.

sözleşmeleri için öngörülen uyumsuzluğun belirli ya da belirlenebilir olması şartının sağlanmadığı anlamına gelecektir. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz gibi eyaletlerce, yabancı şirketlerin sicile kaydolması zorunlu tutulmakta aksi davranış ise cezalandırılmaktadır. Amerikan öğretisinde de kimi yazarların ifade ettiği üzere burada gönüllü verilmiş bir rızadan bahsetmek mümkün değildir.¹⁰⁷⁹ Yabancı şirket, ceza tehdidiyle rızaya zorlanmaktadır. Yetki sözleşmesi analojisine dönecek olursak bu durumda, TBK m. 37’de düzenlenen korkutma hâlinin mevcudiyeti, dolayısıyla şirketin iradesinin sakatlığı söz konusu olacaktır.

Şimdilik sadece Pensilvanya örneği mevcut ikinci hâli ise daha dikkatli incelemek gerekmektedir. Zira bu hâlde eyalet, orada ticaret yapılabilmesi için mahkemelerinin genel yetkisinin kabulünü zorunlu tutmakta, durumu ilgili düzenlemelerinde açıkça ifade etmekte, şirket de bilerek ve isteyerek bu sicile kaydolup, eyalet içerisinde yasal tebliğleri almak üzere bir temsilci görevlendirmektedir. Öncelikle belirtmek lazım gelir ki Pensilvanya eyaletinin de tescil belgelerinde¹⁰⁸⁰ ve tescile ilişkin kanunlarında¹⁰⁸¹ yetkiye dair bir ibare bulunmamakta; sicile kaydolmanın genel yetki tesisine yol açtığı ibaresi yetkiye ilişkin uzun kollu kanunda yer almaktadır.¹⁰⁸² Kimi yazarlar bu hususu da rızanın geçerliliği noktasında bir itiraz argümanı olarak kullanılabileceği kanısındadır.¹⁰⁸³ Şirketlerin doldurdıkları tescil evraklarında bu konuda bir ibare bulunmasının ve yetki kuralının tescile ilişkin olan hukuki düzenlemenin içinde yer almasının öngörülebilirliğe katkı sağlayacağı tartışmasız olsa da bu eksikliğin, hele tarafın tacir olduğu göz önünde bulundurulduğunda, rızaya ilişkin bir kurucu unsur eksikliğiyle eş tutulması mümkün değildir. Bizim görüşümüze göre bu hâlde açık bir rızanın varlığından rahatlıkla söz edilebilecektir. Yani TBK m. 1 bakımından karşılıklı irade beyanlarının bulunduğu varsayılabilir. Ancak mesele hâlâ HMK m. 18/2 ve de

¹⁰⁷⁹ Monestier, **a.g.m.**, s. 1387; Arrington, **a.g.m.**, s. 786 vd.; Sanders, **a.g.m.**, s. 1334; Aksi yönde Bkz.: Broczowski, **a.g.m.**, s. 128 vd; Chase, **a.g.m.**, s. 180 vd; Kamine, **a.g.m.**, s. 102 vd.

¹⁰⁸⁰ Pensilvanya eyaletinde sicile kaydolacak olan yabancı şirketlerin dolduracakları form için Bkz.: (Çevrimiçi),

<https://www.dos.pa.gov/BusinessCharities/Business/RegistrationForms/Documents/Updated%202017%20Registration%20Forms/Foreign%20Associations/15-412%20Foreign%20Registration%20Statement.pdf>, 12 Mayıs 2023.

¹⁰⁸¹ 15 PA Cons Stat § 411 (2022)

¹⁰⁸² 42 PA. CONS. STAT. § 5301(a)(2) (2022)

¹⁰⁸³ Morrison, **a.g.m.**, s. 557; Monestier, **a.g.m.**, s. 1387, dn. 214; Arrington, **a.g.m.**, s. 787.

TBK m. 37 bakımından sakıncalı görünmektedir.¹⁰⁸⁴ Çünkü Pensilvanya eyaletindeki düzenlemede de yetkiye ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamakta, eyalet mahkemeleri ilgili şirkete karşı herhangi bir kimsenin, herhangi bir konuda açacağı davada yetkili hâle gelmektedir. Sicile kayıt yaptırılmadan iş yapılması durumunda ise yabancı şirket, eyalet mahkemelerine erişimden mahrum bırakılarak cezalandırılmaktadır.¹⁰⁸⁵

Sonuç olarak; Amerikan doktrininde speküle edildiği üzere, sicile kaydın yetkiye ilişkin sonuçlarının eyalet yasalarında çok açık bir şekilde düzenlendiği; genel yetki hususunun, yabancı şirketlere bir seçenek olarak sunulduğu senaryoda, örneğin şirketin sicile kaydolmasından başka, o eyalette yaşayan kimselerin açacakları belirli davalar bakımından eyalet mahkemelerinin yetkisinin de kabul edilmesi durumunda vergi muafiyeti vb. teşviklerden faydalanmasının sağlandığı bir varsayımda, gerçek bir rızanın varlığı daha güçlü bir şekilde savunulabilecektir.¹⁰⁸⁶ Buna rağmen güncel uygulamada ilgili kural bir rızadan ziyade safi iş yapma olgusunun genel yetki tesisine dayanak edildiği izlenimi uyandırmaktadır. Dolayısıyla ilgili başlıkta açıkladığımız üzere sadece iş yapma olgusuna dayanan genel yetki tesisinin hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırı olduğu açıktır. Bu yüzden, verdiğimiz örneklerdeki gibi dava konusu veya tarafları ile forum arasında fiili ya da hukuki gerçek bir ilişkinin bulunmadığı hâllerde, sırf davalı taraf sicile kayıtlı bir yabancı şirket olduğu için tesis edilen yetkiye dayanılarak yapılan bir yargılama sonucunda verilen cezalandırıcı tazminat kararının

¹⁰⁸⁴ Bu noktada Mallory v. Norfolk Southern Railway Company davasında Pensilvanya Eyalet Mahkemesi'nin konuya ilişkin değerlendirmeleri de yol gösterici olabilecektir. Mahkeme, ilgili düzenlemenin mevcut haliyle gönüllü değil, zorunlu bir rıza içerdiğini belirtmiş; davalı şirketin genel yetkiye razı olarak eyalette iş yapmak yahut eyalette iş yapmamak şeklinde iki seçenek arasında bırakıldığını, bu halde gönüllü verilmiş bir rızadan söz edilemeyeceğini ifade etmiş ve dahası ilgili düzenlemenin de anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Pensilvanya Yüksek Mahkemesince de onanan bu karar, çalışmamızı hazırladığımız bugünlerde ise davacının talebiyle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde tartışılmaktadır. Mallory v. Norfolk Southern Railway Co., 266 A.3d 542 (Pa. 2021)

¹⁰⁸⁵ 15 PA Cons Stat § 411(b) (2022)

¹⁰⁸⁶ Sanders, **a.g.m.**, s. 1342 vd.; Bu yetki kuralının forum eyaletinde yaşayan davacılarla sınırlı tutulması gerektiği, zira eyaletlerin kendi vatandaşlarına hazırda bir mahkeme bulundurmakta çıkarları olduğu, aksi durumun ise forum shoppinge kapı aralayacağı için sakıncalı görüldüğü hakkında Bkz.: Rensberger, **a.g.m.**, s. 368 vd.; Bir görüşe göre mevcut düzenlemeler çerçevesinde de gönüllü bir rızadan söz edilebilecektir. Eyaletler uyguladıkları vergi tarifeleri, nüfusları dolayısıyla sundukları pazar büyüklükleri, ticari işlere ilişkin hukuk kurallarıyla hâlihazırda yabancı şirketlere gelip o eyalette iş yapmaları için teşvikler uygulamaktadırlar. Yetki kuralları da bu şemsiyenin altında düşünülmelidir. Bkz.: Kaminer, **a.g.m.**, s. 102-103.

tenfizi, hem asıl kararı veren mahkemede hem de tenfiz mahkemesinde yetki itirazında bulunulması şartıyla, MÖHUK m. 54/1(b) uyarınca reddedilmelidir.

C. Karşılıklılık Şartı Bakımından Yapılacak Değerlendirme

1. Genel Olarak

Cezalandırıcı tazminat kurumunun Türk hukukuna göre vasıflandırılması sonucunda özel hukuka ilişkin olduğu kabul edilse dahi, tenfiz engellerinin tamamı aşılamayacaktır. Vasıflandırmadan sonra karşılaşılabilecek bir başka engel ise MÖHUK m. 54/1(a) ile öngörülen karşılıklılık şartıdır. Çalışmamızda ele aldığımız ülkeler ile Türkiye arasında özel hukuka ilişkin mahkeme kararlarının tenfizini konu edinen bir anlaşma bulunmamaktadır. İncelemenin öncelikle MÖHUK'ta öngörülen tenfiz şartları ile Türk mahkeme kararının anılan ülkelerde tenfiz için tabi tutulacağı şartlar kıyas edilerek yapılması gerekecektir.

Yukarıda incelediğimiz vasıflandırma konusunun karşılıklılığın tespitine etkisi göz ardı edilmemelidir. Örneğin özel hukuka ilişkin olduğu ihtilafsız olan telafi tazminatına hükmedilmiş bir kararın tenfizi bakımından karşılıklılık sağlanmış olabilir. Ancak cezalandırıcı tazminat kararını veren mahkeme, benzer bir yabancı mahkeme kararı tenfiz için önüne geldiğinde bu kurumu kamu hukuku karakterli kabul ediyor ve tenfize müsaade etmiyorsa, Türk hukukuna göre özel hukuka ilişkin olduğu varsayılsa dahi bu tazminat açısından karşılıklılık sağlanmamış olacaktır.

2. İngiltere

Bir yabancı mahkeme kararının İngiltere'de tenfizi gündeme geldiğinde, kararın verildiği ülkeye göre farklı kuralların uygulanması söz konusu olabilecektir.¹⁰⁸⁷ Kanuni karşılıklılığın tespiti bakımından değerlendirmenin, Türk mahkemelerinde verilmiş bir kararın İngiltere'de tenfizi söz konusu olduğunda uygulanacak olan kurallar üzerinden yapılması gerekmekte, bu noktada da *common law* tenfiz rejiminin incelenmesi icap etmektedir. Geleneksel kurallara göre yetkili bir yabancı mahkemenin bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olarak verdiği kararı elinde bulunduran kimse, tıpkı bir para borcunun alacaklıymış gibi,

¹⁰⁸⁷ O'Brien, **a.g.e.**, s. 261; Mayys, **a.g.e.**, s. 87; Collier, **a.g.e.**, s. 109.

yetkili İngiliz mahkemesine başvurarak yargıçtan lehine hüküm kurmasını talep edebilecektir.¹⁰⁸⁸ Neticeten icra edilecek olan karar yabancı mahkemenin kararı değil, İngiliz mahkemesinin verdiği bu yeni karar olacaktır.¹⁰⁸⁹

Özetle bir yabancı mahkeme kararının İngiltere’de tanınması ve tenfiz edilebilmesi için evvela; (1) Talep konusu kararı veren mahkemenin İngiliz milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili bir mahkeme olması; (2) Kararın, verildiği ülke hukukuna göre nihai ve kesin bir karar olması; (3) Kararda belli bir miktar para ödenmesine hükmedilmiş olması, ancak bunun vergi borcu/cezası yahut para cezasına ilişkin bir ödeme olmaması gerekmektedir.¹⁰⁹⁰ İngiliz *common law* tanıma/tenfiz prosedüründe karşılıklılık şartı öngörülmemiştir.¹⁰⁹¹ Dolayısıyla, davalının itirazda bulunmaması hâlinde ve bu üç temel şart sağlandığı takdirde talep kabul edilecektir. Davalının, tenfizi engelleyebilmek adına öne sürebileceği başlıca itirazlar ise şunlardır:¹⁰⁹²

- Tenfizi istenen kararı veren mahkemede adil bir yargılama yapılmadığı ve hükmün doğal adalete aykırı olduğu,
- Tenfizi istenen kararın hileyle elde edildiği,
- Tenfizi istenen kararın İngiliz kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği,
- Tenfizi istenen kararlar çelişen bir başka nihai ve kesin kararın bulunduğu,

¹⁰⁸⁸ Adrian Briggs, **Civil Jurisdiction and Judgments**, 7th ed., Informa Law from Routledge, 2021, s. 764; Ülkelerin birbirlerinin kararlarını tanıması ve tenfizi pratiği farklı teorik temellere dayandırılmıştır. Bunlardan biri de borç görüşüdür. İngiliz hukukunda kabul edilen bu görüşe göre yetkili bir yabancı mahkemenin, belli bir miktar paranın bir şahıs tarafından diğer bir şahsa verilmesine hükmetmesi ile bu para miktarı İngiltere’de icrası dava yoluyla sağlanacak hukuki bir borç hâline gelir ve böyle bir ilamın mevcudiyeti ispat edilince, bu borcun neden ifa edilmemesi gerektiğinin ispatı tenfiz davasında davalı konumundaki şahsa düşer. Bu görüşün İngiltere’deki selefi olan ve Amerikan hukukunda hâlâ daha izleri görülen nezaket/mücamele (*comity*) görüşüne göre ise devletler kendi mahkeme kararlarının yabancı ülkelerde tanınmasını ve tenfizini temin edebilmek için o yabancı ülke mahkemelerinin kararlarını tanırlar ve tenfiz ederler. Bu görüş, karşılıklılık şartıyla da yakından ilişkilidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Tuğrul Arat, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 1, 1964, s. 427 vd.

¹⁰⁸⁹ Wolff, **a.g.e.**, s. 272; Graveson, **a.g.e.**, s. 619; Briggs, **a.g.e.**, s. 763, 825 vd.

¹⁰⁹⁰ O’Brien, **a.g.e.**, s. 264; Graveson, **a.g.e.**, s. 619 vd.

¹⁰⁹¹ Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 706.

¹⁰⁹² O’Brien **a.g.e.**, s. 274 vd.; Cheshire North, Fawcett, **a.g.e.**, s. 441 vd.; Collier, **a.g.e.**, s. 119 vd.; Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 720 vd.; Graveson, **a.g.e.**, s. 630 vd.

- Tenfizi istenen kararı veren mahkemenin geçerli bir yetki ya da tahkim anlaşmasının varlığına rağmen kendini yetkili saydığı,
- Tenfizi istenen kararda misli tazminata hükmedildiği ve 1980 tarihli Protection of Trading Interest Act¹⁰⁹³'in 5. Bölümünde ifade edildiği üzere, misli tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilemeyeceği.

İngiliz hukukunda da kural olarak revizyon yasağı kabul edilmiştir.¹⁰⁹⁴ Mahkeme, uyuşmazlığın esasına girmeden, sayılan şartlar ve davalının itirazları doğrultusunda tenfiz edilebilirlik denetimi yapacak, talebi kabul edecek ya da geri çevirecektir.

Bir takım usuli farklılıklara rağmen, genel hatlarıyla bakıldığında İngiliz *common law* tenfiz şartları Türk hukukundakilerle oldukça benzerdir. Türk hukukunda aranan hükmün özel hukuka ilişkin olması, kesinleşmiş olması, kamu düzenine aykırı olmaması, aşırı yetki tesisi bulunmaması, savunma hakkının ihlal edilmemesi gibi şartlar, farklı alt başlıklarda yer alsalar da İngiliz hukukunda da aynen öngörülmektedirler. Nitekim çeşitli Yargıtay kararlarında da bu iki ülke arasında kanuni eşdeğerliğin mevcut olduğu ve dolayısıyla karşılıklılığın sağlandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁹⁵ Ancak bu değerlendirmeler, alışılmış türde tazminat hükümlerinin yahut sözleşmesel yükümlülöklere ilişkin ödeme kararlarının tenfizini ele almaktadır. Kanımızca cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir kararın tenfizi söz konusu olduğunda, karşılıklılığın tespiti de bu nitelikteki kararlar özelinde incelenmelidir.

¹⁰⁹³ Protection of Trading Interests Act 1980 kanun metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11>, 12 Mayıs 2023.

¹⁰⁹⁴ Mayss, **a.g.e.**, s. 96; O'Brien, **a.g.e.**, s. 274-275; Collier, **a.g.e.**, s. 117-118; Graveson, **a.g.e.**, s. 628-629; Cheshire, North, Fawcett, **a.g.e.**, s. 429 vd.

¹⁰⁹⁵ Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2007/1335 E. ve 2007/3808 K. sayılı kararında, “İngiltere ile Türkiye arasında mahkeme ilamlarının karşılıklı tanınma ve tenfizi konusunda **bir anlaşma veya fiili uygulama bulunmamakla birlikte, İngiltere’de yabancı mahkeme kararına dayanılarak yeniden dava açılabilirdiği, bu davada uyuşmazlığın esasının incelenmeyip Türk mahkemesi hükmünün taraflara tebliğ edildiğinin ve savunma olanağı tanındığının ispatının arandığı, buna karşılık iddianın esasla ilgili olmayıp usuli aykırılıklar hakkında olabileceğinin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün 14.09.2004 gün ve 63457 sayılı cevabi yazısından anlaşılmış olup, böylece İngiltere ve Türkiye arasında hukuki mütakabiliyetin gerçekleştiğinin anlaşılmış bulunmasına...**” diyerek mütakabiliyet koşulunun sağlandığına hükmetmiştir.

Bu noktada İngiliz hukukunda tenfizine izin verilmeyen para cezalarının neler olduğu, tenfizi istenen bir cezalandırıcı tazminat hükmünün diğer *common law* ülke mahkemelerinden sadır olduğunda bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmediği ve cezalandırıcı tazminat kurumunun Türk hukukundaki türdeşi olan medeni cezanın bu grupta değerlendirilme ihtimalinin bulunup bulunmadığı üzerine düşünülmesi gerekmektedir. Yine kimi yazarlarca cezalandırıcı tazminatın bir türü olarak nitelendirilen misli tazminat yaptırımına hükmedilmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfizini yasaklayan Protection of Trading Interest Act'in bu noktada karşılıklılığa etkisinin ne düzeyde olacağı değerlendirilmelidir.

İngiliz hukukunda yabancı para cezalarının tenfizini yasaklayan kural, esasında yukarıda incelediğimiz MÖHUK uyarınca tenfizi talep edilen hükmün özel hukuka ilişkin olması şartının İngiliz hukukundaki karşılığıdır. Bir devletin, bir başka devletin kamu hukuku kurallarını uygulamayacağı anlayışının, tenfiz konusuna teşmili olan bu kural, 1893 yılında hükmedilen *Huntington v Attrill*¹⁰⁹⁶ kararında da ortaya konmuştur.¹⁰⁹⁷ Kararda, aynı uyuşmazlığın tartışıldığı Maryland Yüksek Mahkemesi'nin¹⁰⁹⁸ ve benzer başka bir meselenin ele alındığı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin değerlendirmelerine de¹⁰⁹⁹ atıflar yapılarak, tenfizi mümkün olmayan para cezalarından kastın devlet unsurları tarafından, toplumsal menfaatler uğruna açılan davalarda, devlet lehine hükmedilen para cezaları olduğu; özel kişiler tarafından ve bu kişilerin kendi menfaatleri için açılan davalarda, bu kimseler lehine hükmedilen parasal tutarların ise bu kapsamda olmayacağı görüşü savunulmuştur.¹¹⁰⁰ Yani, İngiltere'de de tıpkı Türkiye'de olduğu gibi devlete ödenecek para cezalarının özel hukuka ilişkin olma şartını sağlamadığı ve tenfiz edilemeyecekleri tartışmasız kabul edilmektedir.¹¹⁰¹ Yine tıpkı Türk hukukunda kabul edildiği gibi bir ceza

¹⁰⁹⁶ *Huntington v Attrill* [1893] AC 150. Karar, bir şirket yöneticisinin, şirketi temsildeki hatasından dolayı ilgili New York kanunları uyarınca şirketin borcundan şahsen sorumlu tutulmasına hükmedilen New York mahkeme kararının tenfizine ilişkindir. Davalı, hükmedilen 100 bin doların New York kanunlarında öngörülmüş bir para cezası olduğunu dolayısıyla tenfiz edilmemesi gerektiğini öne sürmüş, ilk derece mahkemesi itirazı haklı bularak tenfiz talebini reddettiyse de temyiz mahkemesi davacının talebini onaylamıştır.

¹⁰⁹⁷ Briggs, **a.g.e.**, s. 828.

¹⁰⁹⁸ *Attrill v. Huntington*, 70 Md. 191 (1889)

¹⁰⁹⁹ *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888)

¹¹⁰⁰ *Huntington v Attrill* [1893] AC 150, s. 161.

¹¹⁰¹ *USA v Inkley* kararı da konuya ilişkin bilindik bir örnektir. Amerikan yargı sisteminde “appearance bond” olarak bilinen bir şartlı tahliye usulü bulunmaktadır. Sanık, mahkemeye,

yargılamasında hükmedilse dahi telafi amacı taşıyan tazminat hükümleri İngiltere’de tenfiz edilebilecektir.¹¹⁰² Ancak konu kamu yararına cezalandırma amacı taşıyan fakat devlete değil özel kişilere ödenen parasal yaptırımlar olunca belirsizliğin dozu artmaktadır.

Henüz, cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir yabancı mahkeme kararının İngiltere’de tenfizi talep edilmiş olmasa da farklı davalar bağlamında kuruma ilişkin yapılan çeşitli yorumlar, bu tür tazminatların, tenfizi yasaklanan para cezalarından sayılmayacağına işaret etmektedir. İngiliz öğretisindeki genel kanı da bu yöndedir.¹¹⁰³ Konuya değinilen en meşhur dava olan *SA Consortium General Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd.* kararında İngiliz mahkemesi, Fransız mahkemesinin, davalının yargılama sürecinde kötü niyetli ve hileli davranarak savunma hakkını suistimal etmesi (*résistance abusive*)¹¹⁰⁴ sebebiyle davacı lehine hükmettiği tazminatin esasında telafiyi amaçladığını ve bu yüzden para cezası sayılmayacağından bahisle tenfiz edilebilir nitelikte olduğuna hükmetmiştir.¹¹⁰⁵ Yargıç Lord Denning, davalı itirazlarında haklı olsa dahi, yani bu yaptırım bir tür ibretlik tazminat olsa dahi devlete değil davacıya ödendiği için tenfizi engelleyecek anlamda bir ceza niteliğinde olmayacağını, tenfizin mümkün olacağını

duruşmalarda hazır bulunmak, aksi takdirde belli bir miktar parayı ödemek üzerine bir anlaşma yapmaktadır. İngiliz vatandaşı İnkley de bu usulden faydalanmış, mahkemeden izin alarak babasının cenazesine katılmak için gittiği İngiltere’den bir daha geri dönmemiştir. Amerika Birleşik Devletleri de sanığın taahhüt ettiği 48 bin dolarlık kefalet bedelinin faiziyle birlikte ödenmesi talebiyle Florida Mahkemesi’nde bir dava açmış ve talep olumlu karşılanmıştır. Florida Mahkemesi’nden alınan bu kararın tenfizi için İngiliz mahkemesine başvuran Amerika Birleşik Devletleri’nin bu talebi ise cezai nitelikteki yabancı mahkeme kararlarının tenfiz kabiliyetlerinin olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Bkz.: *USA v Inkley* [1988] 3 All ER 144.

¹¹⁰² *Cheshire North, Fawcett, a.g.e.*, s. 447-448: *Raulin v Fischer* [1911] 2 KB 93.

¹¹⁰³ Alex Mills, “Recognition of Punitive Damages in the United Kingdom”, **Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments**, ed. by Stefania Bariatti, Luigi Fumagalli, Zeno Crespi Reghizzi, Wolters Kluwer Italia, 2019, s. 185-186; Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 113, 675; Briggs, **a.g.e.**, s. 828-829 (yazar doğrudan cezalandırıcı tazminata değinmemekle birlikte mevcut içtihatlarla göre hükmedilen tazminatin amacı özellikle failin davranışını kınamak olsa dahi tenfizi yasak olan türden bir ceza olarak kabul edilmeyeceğini ifade etmektedir.)

¹¹⁰⁴ Fransız hukukunda kötü niyetli ve hileli davranışlarla savunma hakkını kötüye kullanan davalı hakkında, davacının talebiyle zarardan bağımsız bir tazminata hükmedilebilmektedir. Bankaların, sigorta şirketlerinin vs. müşterilerin haklı taleplerine kötü niyetli bir şekilde direnip, onları dava açmaya zorlamaları gibi hâller bu tazminatin gündeme geldiği durumlara örnek oluşturmaktadır. Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 656, dn. 1136.

¹¹⁰⁵ *S.A Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd.* [1978] QB 279. Kararın incelemesi için ayrıca Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 658 vd.

belirtmiştir.¹¹⁰⁶ Denning ayrıca Amerika Birleşik Devletleri ve diğer birçok İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkenin kamu düzenine uyumlu kabul edilen ibretlik tazminat yaptırımına hükmedilmiş bir mahkeme kararının tenfizinde de kamu düzeni açısından hiçbir sorun olmadığını belirtilmiştir.¹¹⁰⁷

İngiliz hukukunun misli tazminatlara yaklaşımı ise çok daha katıdır. Esasen Amerikan anti-trust kararlarının sınır ötesi etkilerinin önlenmesi amacıyla Protection of Trading Interest Act'te tenfizi yasaklanmış olan misli tazminat yaptırımı, ilgili kanunda özel bir ülke yahut uyuşmazlık tipine değinilmediği için başka ülke mahkemelerince ve başka tür uyuşmazlıklar neticesinde hükmedilseler dahi bu kararlar tenfiz edilemeyecektir.¹¹⁰⁸ Bu kural kimi yazarlara göre doğrudan cezai nitelikteki yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilemeyeceği kuralının¹¹⁰⁹ kimilerine göre ise kamu düzeni müdahalesinin¹¹¹⁰ özel bir görünümüdür.

Sonuç olarak İngiliz hukukunda misli tazminatların bir tür para cezası olarak kabul edildiği yahut kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği, dolayısıyla tenfizinin mümkün olmadığı, bu düşüncenin yazılı bir düzenlemeyle de hayata geçirildiği söylenebilir. Cezalandırıcı tazminatlarla ilgili görüşler ise çoğunlukla özel hukuka ilişkin olduklarının kabulü yönündedir; fakat çok yüksek miktarlarda cezalandırıcı tazminata hükmedildiği hâllerde kamu düzeni müdahalesinin gerekip gerekmediğinin tartışılabileceği ifade edilmektedir.¹¹¹¹ Bununla birlikte, 1970'li yıllarda başlayan Amerika Birleşik Devletleri ile Birleşik Krallık arasında mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin iki taraflı anlaşma çalışmalarının tıkanmasının bir nedeninin de İngiliz tarafının Amerikan cezalandırıcı tazminat ve misli tazminat kararlarına karşı anksiyöz bakışı olduğu bilinmektedir.¹¹¹²

¹¹⁰⁶ S.A Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd. [1978] QB 279, s. 299-300.

¹¹⁰⁷ S.A Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd. [1978] QB 279, s. 300.

¹¹⁰⁸ Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, 795; Briggs, **a.g.e.**, s. 830.

¹¹⁰⁹ Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, s. 675-676.

¹¹¹⁰ Briggs, **a.g.e.**, s. 830.

¹¹¹¹ Mills, **a.g.e.**, s. 198; Dicey, Morris, Collins, **a.g.e.**, 737-738.

¹¹¹² P. M. North, "The Draft U.K./U.S. Judgments Convention: A British Viewpoint", **Northwestern Journal of International Law & Business**, vol. 1, no. 1, 1979, s. 230-231, 237-238; Matthew H. Adler, "If We Build It, Will They Come - The Need for a Multilateral Convention on the Recognition and Enforcement of Civil Monetary Judgments", **Law and Policy in International Business**, vol. 26, no. 1, 1994, s. 93.

Karşılıklılık şartına ilişkin olarak yaptığımız incelemeye geri dönecek olursak, Türk hukukunda da örnekleri görülen misli tazminatlar bakımından Türkiye ile İngiltere arasında kanuni karşılıklılığın bulunmadığı rahatlıkla söylenebilecektir. Zira ister RKHK m. 58 uyarınca rekabet ihlalleri neticesinde hükmedilmiş olsun, isterse de FSEK m. 68 uyarınca fikrî hak ihlalleri neticesinde hükmedilmiş olsun Türk mahkemesince verilmiş misli tazminat kararları İngiltere’de tenfiz edilemeyecektir. Çünkü Türk hukukundan farklı olarak, İngiliz hukukunda yabancı mahkemelerin hükmettiği misli tazminat kararlarının tenfizini engelleyen açık bir hüküm mevcuttur. Dolayısıyla Türk hukukunda misli tazminat yaptırımını özel hukuka ilişkin kabul edilse bile İngiliz mahkemesince verilecek olan bir misli tazminat kararının Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde istem, MÖHUK m. 54/1(a)’da öngörülen karşılıklılık şartı sağlanmadığı için reddedilmelidir.

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş yabancı mahkeme kararlarının İngiliz mahkemelerince nasıl karşılanacağı hâlen daha belirsiz olmakla beraber aktardığımız içtihatlarda verilen işaretler ve öğretideki görüşler doğrultusunda, bu tazminat hükümlerinin özel hukuka ilişkin ve kamu düzenine uygun kabul edildiği ve *common law* tenfiz şartlarında bahsedilen bir miktar paranın ödenmesine ilişkin herhangi bir mahkeme karar gibi işlem göreceği söylenebilir.¹¹¹³ Kaldı ki bahsettiğimiz *SA Consortium General Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd.* kararından anlaşılabileceği üzere, İngiliz mahkemesinin doğrudan bir cezalandırıcı tazminat örneği olmayan, ancak Türk hukukundaki kimi medeni ceza örnekleriyle de açık benzerlikler içeren bir Fransız tazminat hükmünü dahi tenfiz etmiş oluşu bu yorumu yapabilmeyi daha da kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata hükmedilen kararların tenfizi bakımından Türk hukukuyla İngiliz hukuku arasında kanuni karşılıklılığın mevcut olduğu kabul edilmelidir.

¹¹¹³ Ekşi ise İngiliz mahkemesinin cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde kamu düzeni bakımından bir sorun yaşanmayacağına ilişkin sinyaller veren *SA Consortium General Textiles v Sun and Sand Agencies Ltd* kararının, misli tazminatları yasaklayan kanundan daha eski tarihli olduğu, 1980’de çıkarılan kanunun cezalandırıcı tazminatların tenfizini engelleyeceği kanısındadır. Bkz.: Ekşi, **a.g.e.**, s. 661.

3. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yapısı ve elli eyaletin varlığı, milletlerarası hukuk bağlamındaki diğer birçok konuda olduğu gibi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda da farklı uygulamalar doğurmuştur.¹¹¹⁴ Neyse ki bu konudaki farklılığı üçlü bir kategorizasyonla basite indirgemek mümkündür. Öncelikle ifade etmek gerekir ki federal düzeyde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini ele alan bir yazılı düzenleme bulunmamakta; tenfiz talebi federal mahkemede öne sürülse dahi mesele, ilgili mahkemenin bulunduğu eyaletteki kurallarla sonuçlandırılmaktadır.¹¹¹⁵

Eyaletler düzeyinde bakıldığında tenfiz konusu, kimi eyaletlerde *common law* uyarınca mücamele/nezaket (*comity*) doktriniyle, kimilerinde 1962 yılında bu doktrinin özüne sadık kalınarak hazırlanan Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act¹¹¹⁶ (UFMJRA) ile, kimilerinde ise 1962 yılındaki selefinden sadece birkaç minör farklılık içeren, 2005 tarihli Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act¹¹¹⁷ (UFCMJRA) ile çözüme kavuşturulmaktadır.¹¹¹⁸ Bugün *comity* doktrini 12 eyalette içtihatlar yoluyla işlerliğini sürdürürken, 9 eyalet yeknesak kanunun 1962 versiyonunun, 29 eyalet ve Washington D.C ise 2005 revizyonunun tamamını yahut bir kısmını, iç hukukuna dercetmiş bulunmaktadır.¹¹¹⁹

¹¹¹⁴ Zeynep Çalışkan, "New York Eyalet Mahkemesi Tmsf / Erol Aksoy Tenfiz Kararının Karşılıklılık Şartı Bağlamında Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 663.

¹¹¹⁵ Ronald A. Brand, "Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 74, no. 3, 2013, s. 500, (buradan itibaren Brand, **Federal** olarak anılacaktır.)

¹¹¹⁶ 1962 yılında hazırlanan kanunun tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <http://www.jstor.org/stable/838592>, 12 Mayıs 2023.

¹¹¹⁷ 2005 yılında hazırlanan kanunun tam metni ve maddelerin açıklamaları için Bkz.: (Çevrimiçi), https://higherlogicdownload.s3-external-1.amazonaws.com/UNIFORMLAWS/589ebee7-7abd-5600-cf34-cd354189c6d2_file.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAVRD07IEREB57R7MT&Expires=1683849624&Signature=aufwSubdZr4UBdzUc%2FnYEMMDe0I%3D, 12 Mayıs 2023.

¹¹¹⁸ Ronald A. Brand, "The Continuing Evolution of U.S. Judgments Recognition Law", **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 55, no. 2, 2017, s. 294-295 (buradan itibaren Brand, **Evolution** olarak anılacaktır.); S. I. Strong, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in U.S. Courts: Problems and Possibilities, **The Review of Litigation**, vol. 33, no. 1, 2014, s. 58-59.

¹¹¹⁹ Konuya ilişkin olarak eyaletlerin güncel durumları için Bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?communitykey=ae280c30-094a-4d8f-b722-8dcd614a8f3e>, 12 Mayıs 2023.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1895 tarihli *Hilton v. Guyot*¹¹²⁰ kararında, eyaletlerin, davalının davacıya bir miktar para ödemesine hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizi meselesine uluslararası nezaket doktrini doğrultusunda yaklaşması gerektiğine hükmetmiştir.¹¹²¹ Bahse konu karara göre eyaletler, ilgili kararın hileyle elde edilmiş olmaması şartıyla, bir yasal zorunluluk olmaksızın, yani mahkemelerin inisiyatifinde olacak şekilde, taraflar bakımından yetkili ve dava konusu bakımından görevli olan, adil yargılama yapan bir yabancı mahkemenin verdiği kararları tanıyıp tenfiz edebileceklerdir.¹¹²² Yüksek mahkeme bu kararında nezaket doktrininin uygulanmasını engelleyecek durumlarda eyalet mahkemelerinin tenfizi reddedebileceğini de belirtmiş, nitekim bu bağlamda ele aldığı karşılıklılık şartının yokluğu sebebiyle de Fransız mahkemesi kararının tenfizi talebini reddetmiştir.¹¹²³ Daha sonraki içtihatlarda ise karşılıklılık şartı terk edilmiştir.¹¹²⁴ Yüksek mahkemenin bu ve takip eden diğer kararlarıyla oluşturulan prensipler, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States'te derlenmiştir ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin yazılı düzenlemelerin hayata geçirilmediği eyaletlerde mahkemeler içtihatlarla birlikte bu kaynaklara dayanarak hüküm kurmaktadır.¹¹²⁵

Hilton v. Guyot kararında işaret edilen temel prensipler doğrultusunda hazırlanan yeknesak kanunlar ise, karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmadığının belirlenebilmesi için, bir başka deyişle Türk hukukuyla eşdeğerliğin tespiti bakımından çok daha açık ve yol göstericidirler. Hâlâ 1962 tarihli UFMJRA'yı muhafaza eden eyaletler bulunsa da incelememizi, birkaç farklılık dışında hemen hemen bu kanunun aynısı olan 2005 tarihli UFCMJRA hükümleri üzerinden yapmamız daha isabetli olacaktır. Zira bugün 2005 versiyonunu kabul eden 29 eyaletten 22'si daha öncesinde 1962 versiyonunu kabul etmekteydi. Doğal olarak

¹¹²⁰ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895)

¹¹²¹ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), s. 163-164.

¹¹²² Yuliya Zeynalova, "The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is It Broken and How Do We Fix It?", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, no. 1, 2013, s. 157.

¹¹²³ Richard W. Hulbert, "Some Thoughts on Judgments, Reciprocity, and the Seeming Paradox of International Commercial Arbitration", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 29, no. 3, 2008, s. 642.

¹¹²⁴ Hulbert, *a.g.m.*, s. 643; Strong, *a.g.m.*, s. 64, dn. 56; Brand, *Evolution*, s. 285-286.

¹¹²⁵ Brand, *Evolution*, s. 295; Zeynalova, *a.g.m.*, s. 156; Brand, *Federal*, s. 500.

beklentinin bu eğilimin sürmesi ve kalan 9 eyaletin de 2005 versiyonunu kabul etmesi yönünde olduğunu söyleyebiliriz.

UFCMJRA 3. bölümde, bu kanun hükümleri dahilinde, tenfize konu olabilecek ve olamayacak kararlar sıralanmıştır: a maddesinde bir miktar paranın ödenmesine ya da bu yöndeki talebin reddine hükmedilen mahkeme kararlarının, verildikleri ülke hukukuna göre kesinleşmiş ve infaz edilebilir olmaları şartıyla, tenfize konu olabilecekleri ifade edilmiştir. b maddesinde, a maddesindeki şartları sağlasa dahi vergi ödemelerine, para cezalarına ya da boşanma, nafaka vb. konulara ilişkin olan kararların tenfize konu olamayacağı belirtilmiştir. c maddesinde ise elindeki kararın bu şartları sağladığını ispat yükünün davacı üzerinde olduğu hükmü yer almaktadır.

Yeknesak kanunun 4. bölüm b maddesinde zorunlu, c maddesinde mahkemenin takdirine bırakılan ret sebepleri sıralanmış, d maddesinde ise tenfiz talebinin reddedilebilmesi için davalının bu sebeplerden en az birinin varlığını ispat yükü altında olduğu vurgulanmıştır.

Zorunlu ret sebepleri:

- Tenfizi istenen karara hükmeden mahkemenin hukuka uygun ve adil yargılama yapan bir mahkeme olmaması,
- Tenfizi istenen karara hükmeden mahkemenin davalı taraf bakımından yetkisiz olması,
- Tenfizi istenen karara hükmeden mahkemenin dava konusu bakımından görevsiz olması.

Takdiri ret sebepleri:

- Davalının, davadan, savunmasına hazırlanması için yeterli bir zamanı olacak şekilde önceden haberdar edilmemesi,
- Tenfizi istenen kararın, davalının, davasını sunmak için yeterli şanstı mahrum bırakılmasına yol açan bir hileyle elde edilmiş olması,

- Tenfizi istenen kararın, kararın dayandığı dava sebebinin ya da hükme konu talebin ilgili eyalet ya da Amerika Birleşik Devletleri kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi,
- Tenfizi istenen kararın, bir başka nihai ve kesin karar ile çelişmesi,
- Taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümünü konu edinen geçerli bir anlaşma (tahkim anlaşması, yetki anlaşması vb.) bulunmasına rağmen, kararı veren mahkemenin bu anlaşmayı dikkate almaması,
- Yetkinin sadece davalıya yapılan tebligatla tesis edildiği hâllerde, söz konusu mahkemenin yetkisinin ciddi derecede uygunsuz olması,
- Kararı veren mahkemenin dürüstlüğüne ilişkin somut şüphelerin bulunması,
- Kararı veren mahkemenin yaptığı tüm yargılamanın olmasa da spesifik bir işlemin *due process* ilkesine hâlel getirmesi.

Yeknesak kanunları kabul eden eyaletlerin birçoğu bu kanunları aynen, bazıları ise kısmi değişiklikler yaparak mevzuatlarına dahil etmişlerdir. Bu noktada eyaletlerin karşılıklılık şartına yaklaşımları önem arz etmektedir. Yeknesak kanunlarda ve ilgili Restatement'te karşılıklılık şartına yer verilmemiş olsa da kimi eyaletler karşılıklılığın bulunmamasını zorunlu bir ret sebebi, kimi eyaletler ise takdiri bir ret sebebi olarak kanuni düzenlemelerine eklemişlerdir.¹¹²⁶ Örneğin Florida, Idaho, North Carolina, Ohio ve Texas eyaletlerindeki kanun koyucular karşılıklılığın bulunmayışını takdiri bir ret sebebi, Massachusetts eyaletindekiler ise zorunlu bir ret sebebi olarak kaleme almışlardır.¹¹²⁷ Ancak yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin yazılı düzenlemelerde karşılıklılık şartına yer veren bu eyaletlerin bahse konu şartı çok katı bir biçimde uygulamadıkları; mahkemelerce, tenfizi istenen kararı veren mahkemenin yer aldığı ülkenin genel olarak Amerika Birleşik Devletleri yargı kararlarının tenfizine yaklaşımlarının değerlendirildiği ve

¹¹²⁶ Brand, *Evolution*, s. 295.

¹¹²⁷ Strong, *a.g.m.*, s. 72.

incelenen örnekler üzerinden “eğer ki bu karar bizim eyaletimizde verilseydi yabancı mahkemenin tutumu ne olurdu?” sorusuna yanıt aradıkları ifade edilmektedir.¹¹²⁸

Amerika Birleşik Devletleri’nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda pro-tenfizci bir hukuk politikası izlemekte olduğu göze çarpmaktadır. Hatta 1950’lerde başlayan kodifikasyon çalışmalarının bir sebebinin de eyalet uygulamaları arasında yeknesaklık sağlayarak, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için karşılıklılık şartı öngören Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerin Amerika’da peyda olan yargı kararlarına karşı tutumunu yumuşatmak olduğu ifade edilmektedir.¹¹²⁹ Konuya ilişkin kurallar incelendiğinde Türk hukukundaki tenfiz şartları ile paralellikler de açıkça görülmektedir. Hatta birçok eyalette karşılıklılık şartının aranmayışı, buralardaki kanunların MÖHUK’tan daha da hafif şartlar öngördüğü şeklinde yorumlanabilecektir. Dolayısıyla neredeyse tüm eyaletler ile Türkiye arasında kanuni düzeyde bir karşılıklılığın varlığından söz etmek yanlış olmayacaktır. Fiilî karşılıklılığın tespiti için tüm eyalet içtihatlarını incelemek mümkün olmasa da kimi eyaletlerin Türk mahkeme kararlarını tanıyıp tenfiz ettikleri, aynı şekilde Türk mahkemelerinin de bazı eyalet mahkemelerinin kararlarının Türkiye’de sonuç doğurmasına müsaade ettiği görülmektedir.¹¹³⁰

¹¹²⁸ William S. Dodge, Wenliang Zhang, “Reciprocity in China–US Judgments Recognition”, **Vanderbilt Law Review**, vol. 53, no. 5, 2020, s. 1567-1568.

¹¹²⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Kurt H. Nadelmann, “The United States of America and Agreements on Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments”, **Netherlands International Law Review**, vol. 1, no. 2, 1953, s. 156-172; Kurt H. Nadelmann, “Non-Recognition of American Money Judgments Abroad and What to Do about It”, **Iowa Law Review**, vol. 42, no. 2, 1957, s. 236-264.

¹¹³⁰ New York Yüksek Mahkemesi’nin, 2019 yılında, bir Türk mahkeme kararının tenfizine hükmettiği Savings Deposit Ins. Fund of Turkey (Tasarruf Medvuaati Sigorta Fonu) v Aksoy, no. 601721/2004 kararının incelemesi için bkz: Çalışkan, **a.g.m.**, s. 668 vd.; Aynı mahkeme Byblos Bank Eur., S.A. / Sekerbank Türk Anonim Sirketi, 885 N.E. 2 d 191, (2008) kararında Belçika mahkeme kararının reddine gerekçe olarak, kararla çelişen bir Türk mahkeme kararının varlığını göstermiş, dolaylı olarak da olsa Türk mahkemesi kararını tanımıştır. Bkz.: Çalışkan **a.g.m.**, s. 668; Yargıtay 4. HD, E. 2018/4166, K. 2019/174. kararında, yayınlanan bölümde ismine yer verilmeyen bir eyalet mahkemesinin kararına ilişkin tenfiz talebinin onaylandığı bir ilk derece mahkemesi kararının temyiz incelemesini yapmıştır. Kararda ilk derece mahkemesinin verdiği karar şöyle özetlenmiştir: “Mahkemece, tanıma ve tenfizi istenen kararın açıkça kamu düzenine aykırı olmadığı, mahkeme kararının aslının ve onaylı tercümesinin dosyaya sunulduğu, kararın mahkeme tarafından verildiğinin, mahkeme hükmü taşıdığı ve kesinleştiğinin sabit olduğu, **A.B.D ve Türkiye arasında fiili karşılıklılığın mevcut olduğunun bilindiği**, MÖHUK hükümlerine aykırılık bulunmadığı, davacıların tanıma ve tenfiz taleplerinin yasal şartlarının mevcut olduğu gerekçesiyle kararının tanıma ve tenfizine karar verilmiştir.” Yargıtay karşılıklılığa ilişkin ayrı bir değerlendirmede bulunmamış, ilk derece mahkemesinin kararını, yabancı kararın usule uygun olarak kesinleşip kesinleşmediğinin dosya kapsamından tespit edilemediği gerekçesiyle bozmuştur.; Yargıtay 11. HD,

Ancak tıpkı İngiltere başlığında olduğu gibi burada da karşılıklılığın cezalandırıcı nitelikteki tazminat hükümleri bakımından da bulunup bulunmadığı üzerine ayrıca bir değerlendirme yapmamız gerekmektedir. Yine İngiliz hukukunda olduğu gibi Amerikan hukukunda da tenfizine izin verilmeyen para cezalarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının ne tür kararlar olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira Amerikan mahkemelerinin diğer ülke mahkemelerinde verilen cezalandırıcı nitelikteki tazminat hükümlerini bu tür para cezaları olarak değerlendirip, bir başka ifadeyle özel hukuka ilişkin olmadığını kabul edip tenfizine izin vermediğinin kabulü hâlinde, Amerikan cezalandırıcı tazminat hükümleri de Türk hukuku bakımından özel hukuka ilişkin kabul edilecek olsa dahi karşılıklılık şartı sağlanmamış olacak ve tenfiz talebinin reddedilmesi gerekecektir.

UFCMJRA'nın para cezalarına hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizini yasaklayan 3. bölümünün gerekçesinde konuya ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. İlgili bölümde bir ceza yargılaması sonucunda dahi verilse telafiye amaçlayan tazminat hükümlerinin tenfiz edilebileceği ifade edilerek, Birleşik Devletler Massachusetts Bölge Mahkemesi'nin bu minvalde bir Belçika mahkemesi kararını tenfiz ettiği içtihadı atıfta bulunulmuştur.¹¹³¹ Yine gerçek kişilere verilmek üzere kamu otoritesinin davacı taraf olduğu kazanç müsadereci kararlarının da para cezaları olarak değerlendirilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Hükmedilen yaptırımın, tenfizi mümkün olmayan türden bir ceza olup olmadığının tespitinde ise mahkemelerin amaçsal yorumu tercih ettikleri; hükmü mağdur tarafa tahakkuk eden faydasına göre bir çare (*remedy*) olarak ya da kamusal adaletin uğradığı saldırıya karşılık bir cezalandırma olarak nitelendirdikleri ifade edilmiştir. Bununla birlikte hükmedilenin, kanunun tenfizini yasakladığı türden bir para cezası niteliğinde olmasına rağmen kanunun 11. bölümünde ifade bulunduğu üzere nezaket doktrinince yine de tenfiz edilebileceği belirtilmiştir.

E. 2019/2768, K. 2020/876 kararında, Nevada Bölge Mahkemesi'nce verilen bir kararın tenfizi talebini onaylayan ilk derece mahkemesinin bu kararını bozan Bölge Adliye Mahkemesi kararına ilişkin temyiz incelemesinde bulunmuştur. Bölge Adliye mahkemesi, ilk derecenin kararını, kararın davalıya diplomatik yolla usulüne uygun olarak tebliğ edildiğine ve kararın kesinleştiğine dair bilgi ve belgelerin dosya içerisinde bulunmadığı gerekçesiyle bozmuş, Yargıtay da Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır. İlk derece mahkemesinin karşılıklılık şartının sağlandığına ilişkin tespiti ne istinaf ne de temyiz aşamasında tekrar gündeme getirilmiştir.

¹¹³¹ Chase Manhattan Bank, N.A. v. Hoffman, 665 F.Supp 73 (D. Mass. 1987).

Cezalandırıcı tazminat kararlarının vasıflandırılması konusu, eyaletler arası düzlemde uygulanacak hukukun tespiti¹¹³² ve mahkeme kararlarının tenfizinde¹¹³³ dahi henüz kesin çözüme kavuşturulmuş değildir. Birbirlerinin cezalandırıcı tazminat kararlarını tanıyıp tenfiz eden eyaletler¹¹³⁴ bulunmakla birlikte, özellikle son yıllarda kabul gören cezalandırıcı tazminat teorisinde kamusal tonların ağır basması ve eyaletlerin kanunlarda, cezalandırıcı tazminat istemleri bakımından daha yüksek delil standardı öngörmeleri vb. bu teoriyi destekleyen uygulamaları, konuya ilişkin tartışmaları artırmıştır.¹¹³⁵

Sonuç olarak yabancı bir cezalandırıcı tazminat kararının tenfizi talep edildiğinde, Amerikan mahkemelerinin vasıflandırma konusundaki muhtemel yaklaşımını kestirmek oldukça güçtür. Ancak bu devletin konuya ilişkin uluslararası anlaşma hazırlıklarındaki yaklaşımının ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin eyalet mahkemelerince hükmedilen cezalandırıcı tazminat kararlarını ehlileştirme çabalarının, Amerikan mahkeme kararlarının uluslararası dolaşımına akışkanlık sağlamak amaçlı olduğu söylenebilir.¹¹³⁶ Keza daha önce de değindiğimiz, 2

¹¹³² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz.: Paul A. Hoversten, "Punishment but Not a Penalty? Punitive Damages Are Impermissible Under Foreign Substantive Law", **Michigan Law Review**, vol. 116, no. 5, 2018, s. 759-784.

¹¹³³ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz.: Michael Finch, "Giving Full Faith and Credit to Punitive Damages Awards: Will Florida Rule the Nation", **Minnesota Law Review**, vol. 86, no. 3, 2002, s. 497-564; Doug Rendleman, "A Cap on the Defendant's Appeal Bond?: Punitive Damages Tort Reform", **Akron Law Review**, vol. 39, no. 3, 2006, s. 1155 vd. Hoversten, **a.g.m.**, s. 763, dn. 31.

¹¹³⁴ Rendleman, **a.g.m.**, s. 1156: Cezalandırıcı tazminat kurumunu reddeden eyaletlerden Louisiana ve Nebraska mahkemelerinin dahi bu yaptırıma hükmedilen kardeş eyalet mahkeme kararlarını tenfiz ettiği kararlar mevcuttur. Bkz.: Ault v. Bradley, 564 So. 2d 374 (La. App. 1990); Miller v. Kingsley, 230 N.W.2d 472 (Neb. 1975).

¹¹³⁵ Finch, **a.g.m.**, s. 502; Hoversten, **a.g.m.**, s. 768 vd.

¹¹³⁶ 2 Temmuz 2019 târîhli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına ilişkin yayınlanan notlarda, Amerikan delegasyonunun, o dönem Amerikan Yüksek Mahkemesi ve eyalet kanun yapıcılarının, fahiş miktarlarda cezalandırıcı tazminat kararlarının önüne geçebilmek adına attıkları adımların altını özellikle çizdiği ifade edilmektedir. 1996 yılında 4-7 Haziran tarihleri arasında gerçekleştirilen Komisyon Toplantısı'na ilişkin sonuç raporu için Bkz.: "Conclusions of the second Special Commission meeting on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters" (Prel. Doc. No 6 of August 1996), (Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/a0062ce0-96bb-4132-9cc3-65f0671c370f.pdf>, 12 Mayıs 2023; Komisyon toplantısında tartışılmak üzere aynı yılın mayıs ayında hazırlanan öncü dokümana, Amerikan Delegasyonu tarafından gönderilen makalelerin içeriği de aynı tonları yansıtmaktadır: "Note on the recognition and enforcement of decisions in the perspective of a double convention with special regard to foreign judgments awarding punitive or excessive damages" (Prel. Doc. No 4 of May 1996), (Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/e1eebb4d-d456-4da4-a019-cd5ce9338391.pdf>, 12 Mayıs 2023.

Temmuz 2019 Tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi'ne de bu tür tazminatlar için ayrı bir madde konularak, dolaylı da olsa bir vasıflandırmanın yapıldığı düşünülebilir.¹¹³⁷ ABD'nin de bu sözleşmelerin imzacısı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmeye taraf olmayan bir ülke mahkemesinin, örneğin bir Türk mahkemesinin hükmettiği bu tür bir yaptırımın Amerikan eyaletlerinde özel hukuka ilişkin kabul edilerek, tenfiz prosedürüne tabi tutulmasının, izlenilen hukuk politikasıyla da uyumlu olacağı çıkarımı yapılabilir. Buradan hareketle kanımızca, Amerikan mahkemelerinin meseleye uluslararası hukuk perspektifinden yaklaştıklarında bu yaptırımı özel hukuka ilişkin olduğunu kabul edecekleri varsayılmalıdır. Bu hâlde cezalandırıcı nitelikteki tazminat hükümleri için de karşılıklılığın tespiti meselesi yukarıda saydığımız genel şartlar dahilinde yapılabilecek ve yine yukarıda ifade ettiğimiz örneklerde de görüleceği üzere kanuni eşdeğerliğin varlığından söz edilebilecektir.

D. Kamu Düzenine Aykırılık Bakımından Yapılacak Değerlendirme

1. Genel olarak

Cezalandırıcı tazminat yaptırımının özel hukuka ilişkin bir mesele olduğu ve cezalandırıcı tazminata hükmedilen kararı vermiş olan mahkemenin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılığın sağlandığı kabul edilse dahi bu kararın tenfizine ilişkin talep, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebilecektir. Türk mahkemeleri henüz bu yönde bir istemle karşılaşmamış olsa da bu bakımdan kısmen tecrübeli, Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen diğer bazı ülke mahkemelerinin ret sebepleri kamu düzenine aykırılık gerekçesine dayandırılmıştır. Hatta tenfize müsaade edilen mahkemelerde de tartışmalar kamu düzenine aykırılık noktasında yoğunlaşmıştır. Konuya ilişkin değerlendirmemize geçmeden önce Türk

¹¹³⁷ “**Madde 10 - Tazminat**

1. Bir kararın tanınması veya tenfizi, cezalandırıcı tazminatlar da (punitive damages) dâhil olmak üzere, ilgili kararın taraflardan birinin gerçekten maruz kalmadığı bir zararı veya kaybı gideren bir tazminata hükmetmesi hâlinde gerçek miktar aşıldığı ölçüde reddedilebilir.” Korkmaz, **a.g.e.**, s. 133-134.

öğretisindeki görüşler ve çeşitli ülkelerde verilen kararlardan kısaca bahsetmek yol gösterici olacaktır.

2. Öğretideki Görüşler

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi konusunda görüş belirten yazarlardan EKŞİ, kurumun hukukumuzdaki emsallerine de dikkat çekerek, cezalandırıcı tazminatın sırf adından ötürü kamu düzenine aykırı kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir.¹¹³⁸ Kamu düzenine aykırılığın tespitinde dikkat edilmesi gerekenin, söz konusu kararın dayandığı esasların Türk hukukunda mevcut olup olmadığı değil, tenfizin tahammül edilemez bir sonuç doğurup doğurmayacağı olduğunu vurgulayan yazar, bu bağlamda ancak fahiş miktarlardaki cezalandırıcı tazminat kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 Protokolünün 1. maddesi ile teminat altına alınan mülkiyet hakkına ihlal oluşturması hâlinde kamu düzeni müdahalesi gerektirebileceğini belirtmiştir.¹¹³⁹

BAŞOĞLU da cezalandırıcı tazminatın özellikle vekâletsiz işgörmeye kazanç devri yaptırımıyla benzerlikleri üzerinde durmuş; bu konuda bir Amerikan mahkeme kararına atıfta bulunarak, aynı olay Türkiye’de vuku bulsa, aynı hükmün Türk mahkemesince kazanç devri adı altında da kurulacağını ifade etmiş; Türk sorumluluk hukukunun öne sürüldüğü gibi cezalandırma işlevini dışlamadığını ve bu amaçla da zarardan fazla tazminatlara hükmedilebildiğini belirtmiş; sonuç olarak da cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş yabancı mahkeme kararlarının astronomik seviyelerde olmamaları kaydıyla kamu düzeni engeline takılmamaları gerektiğine kanaat getirmiştir.¹¹⁴⁰

TARMAN, RKHK m. 58 ve FSEK m. 68’de misli tazminat yaptırımına yer verilmesi karşısında Türk hukukunda cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği sonucuna varmak gerektiğini; kamu düzeni müdahalesinin istisnai olarak uygulanması gerektiğinden sebep, cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının sırf bu niteliğinden ötürü kamu düzenine açıkça aykırılık

¹¹³⁸ Ekşi, **a.g.e.**, s. 716.

¹¹³⁹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 715-716.

¹¹⁴⁰ Başoğlu, **a.g.m.**, s. 631 vd.

oluşturacağı gerekçesiyle reddedilmemesi lazım geldiğini ifade etmiştir.¹¹⁴¹ Yazar görüşüne, kamu düzeni müdahalesinin, hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının zararın üç katını aştığı vakit, somut olayın şartları da göz önünde bulundurularak değerlendirilebileceğini ilave ederek bir şerh düşmüştür.¹¹⁴²

YASAN TEPETAŞ ise imalatçının sorumluluğu konusunda uygulanacak hukuku incelediği çalışmasında bu meseleye eğilmiş; konuda uygulanacak hukukta cezalandırıcı tazminat öngörülmesi hâlinde MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesi gerekip gerekmeyeceği sorusu üzerinde durmuş; Türk hukukunda sayıları artan özel hukuk cezalarına işaret ederek, kurumun hukukumuzda sanıldığı kadar da yabancı olmadığına altını çizmiş; somut olayın şartları değerlendirilmeden, adeta mekanik şekilde cereyan edecek bir reddedişin, doğru yaklaşım olmayacağına vurgu yapmıştır.¹¹⁴³ Yazar, cezalandırıcı tazminat konusunda Türk kamu düzenine aykırılık yaratabilecek olanın, uygulanacak hukukta öngörülen fahiş seviyelerdeki cezalandırıcı tazminat miktarları ve bu miktarlardaki yaptırımların mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil etmesi olduğuna dikkat çekmiştir.¹¹⁴⁴

DEMİR GÖKYAYLA, cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfizini engelleyecek hususun kamu düzenine aykırılık olduğu; ancak kamu düzenine aykırılık yaratan sebebin hükmedilen tazminatın miktarı değil, cezalandırma ve ibret verme gibi Türk kanun koyucusunun kabul etmediği amaçlara yönelmesi olduğu görüşündedir.¹¹⁴⁵ Yazara göre makul bir miktarda dahi hükmedilmiş olsa cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizi talebi reddedilmedir.¹¹⁴⁶

GÜL’e göre cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, Türk hukukundaki tam tazmin ilkesini ve zenginleşme yasağını içeren geleneksel anlayışa ters düşecek, bu yüzden de kamu düzenine aykırılık teşkil

¹¹⁴¹ Tarman, **a.g.m.**, s. 814.

¹¹⁴² Tarman, **a.g.m.**, s. 814-815.

¹¹⁴³ Candan Yasan Tepetaş, **İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 344 vd.

¹¹⁴⁴ Yasan Tepetaş, **a.g.e.**, s. 348-349.

¹¹⁴⁵ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 179.

¹¹⁴⁶ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 179.

edecektir.¹¹⁴⁷ Ancak yazar, özellikle Türk mevzuatında, rekabet hukuku ve fikrî mülkiyet hukuku alanlarında öngörülen üç kat tazminat yaptırımlarına dikkat çekerek, yine bu alanlarda verilen yabancı mahkeme kararlarının ise zararın 3 katına kadarının tenfiz edilebileceği yönünde görüş bildirmiştir.¹¹⁴⁸

Öncelikle cezalandırıcı tazminatların cezai nitelikleri sebebiyle tenfiz kabiliyetleri olmadığını söyleyen NOMER, bu yaptırımın Türk hukukunun zararı tazmin kültürüne ve sistemine yabancı, bu yönüyle de kamu düzeni müdahalesine açık olduğunu, bu doğrultuda tenfizlerinin reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁴⁹

3. Kara Avrupası Hukuk Sistemini Benimseyen Bazı Ülkelerdeki Yüksek Mahkemelerin Konuya Yaklaşımları

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizine dair öğretiyeye yansımış olan en eski karar, 1982 yılında bir İsviçre yerel mahkemesince verilmiştir.¹¹⁵⁰ Davacı, Texas mahkemesinin, davalının ev satışı konusunda aldatıcı şekilde davranması sebebiyle hükmettiği cezalandırıcı tazminat kararının tenfizi talebiyle Sargan Mahkemesi'ne başvurmuş; mahkeme, bu yaptırımın davacının zararlarını telafi etmenin ötesinde onu zenginleştirdiğini, yani İsviçre hukukunda kabul edilen genel tazminat prensiplerine, dolayısıyla da kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini, ayrıca kurumun özel hukuk karakterine dair şüphelerin de bulunduğunu ifade ederek talebi reddetmiştir.

1989 yılına gelindiğinde ise Basel Mahkemesi benzer bir taleple karşılaşmıştır.¹¹⁵¹ Davacının tenfizini talep ettiği karara, Kaliforniya mahkemesince ve İngiliz hukukunun uygulandığı bir dava neticesinde hükmedilmiştir. Dava konusu olay davalı nakliye şirketinin, borcunu ödemeyen davacının konteynerlerine hileli bir şekilde el koymasından ibarettir. Mahkeme, davacı lehine 120 bin dolar telafi

¹¹⁴⁷ Gül, **Tenfiz**, s. 70.

¹¹⁴⁸ Gül, **Tenfiz**, s. 71.

¹¹⁴⁹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 514.

¹¹⁵⁰ Martin Bernet Nicolas C. Ulmer, "Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments in Switzerland", **International Lawyer**, vol. 27, no. 2, 1993, s. 327'den naklen.

¹¹⁵¹ SF Inc v TCS AG, Civil Court of Basel, of 1 February 1989, 1991 Basler Juristische Mitteilungen 31. (Ronald A. Brand, "Punitive Damages and the Recognition of Judgments", **Netherlands International Law Review**, vol. 43, no. 2, 1996, s. 169-171'den naklen.)

tazminatıyla birlikte 50 bin dolar da cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Tenfiz talebini kabul eden Basel Mahkemesi, hükmedilen cezalandırıcı tazminatın cezalandırma amacı taşısa bile bunun tali bir amaç olduğunu, dava konusu olaydaki 50 bin doların İsviçre hukukunda da kabul gören haksız kazancın devri yaptırımının kabaca hesaplanmış hâinden başka bir şey olmadığını, dolayısıyla tenfizin kamu düzenine bir aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Basel Temyiz Mahkemesi'nce de görülerek onanan bu karar, İsviçre Federal Mahkemesi'nce ise usuli gerekçelerle incelenmeden onanmıştır.

Uzun yıllar boyunca Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülke mahkemelerinin cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin yaklaşımını belirleyen karar ise 1992 yılında Alman Federal Mahkemesi tarafından verilmiştir.¹¹⁵² Mahkeme, 350.260 dolar telafi tazminatının yanı sıra 400 bin dolar tutarında bir cezalandırıcı tazminata hükmedilen Kaliforniya mahkemesi kararının cezalandırıcı tazminat kısmının tenfizini kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminat niteliğindeki kısmın ise Alman hukukunda verilecek olandan çok daha fazla olmasına rağmen yine de tenfiz edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, modern Alman özel hukukunun haksız fiillere karşılık olarak öngördüğü yaptırımın telafi tazminatı olduğunu ve tazminatın davacıyı zenginleştirecek miktarda olamayacağını ifade etmiş; bu tür tazminatların Alman hukukunun en temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesinin de ihlali anlamına geleceğini ve kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini vurgulamıştır.

Tıpkı Almanya gibi Kara Avrupası hukuk sisteminin temel prensipleri konusunda muhafazakâr bir tutum benimseyen Japonya'da da yüksek mahkeme,

¹¹⁵² Bundesgerichtshof, 4 June 1992 - IX ZR 149/91; Tenfizi istenen kararın hükmedildiği dava, cinsel istismar suçundan hüküm giyen ve hapis cezasından kurtulmak için ülkesi Almanya'ya kaçan bir Alman/Amerikan vatandaşına karşı mağdur tarafından ayrıca açılan haksız fiil davasıdır. Kaliforniya mahkemesi 260 dolar mevcut tedavi masrafı, 100 bin dolar gelecekte yapılması muhtemel tedavi masrafı, 50 bin dolar diğer masraflar, 200 bin dolar acı ve elem tazminatı ve 400 bin dolar cezalandırıcı tazminat olmak üzere toplam 750 bin dolar tazminata hükmetmiştir. Alman ilk derece mahkemesi hükmün tamamının tenfiz edilebileceğine hükmetmişse de istinaf ve temyiz mahkemeleri cezalandırıcı tazminat kısmının tenfiz edilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Bkz.: Wegen, Sherer, **a.g.m.**, s. 1328.

Amerikan cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizine olumsuz yaklaşmıştır.¹¹⁵³ Japon Yüksek Mahkemesi, bir Japon şirketi olan Mansei Kogyo aleyhine Kaliforniya mahkemesince hükmedilen 1.125.000 dolarlık cezalandırıcı tazminatın tenfizini reddeden, aynı kararda hükmedilen 425.251 dolar tutarındaki telafi tazminatı ve 40.104 dolarlık dava masrafinin ise tenfizine izin veren alt derece mahkemelerinin kararını onamıştır. Mahkeme, kararını, cezalandırma ve caydırma amaçlarına yönelen bu yaptırımın kamu hukuku karakterli olduğunu; Japon hukukunda bu amaçların ceza ve idare hukuklarına hasredildiğini; caydırmanın Japon haksız fiil hukukunda ancak fail açısından reflektif ve ikincil bir etki olarak değerlendirildiğini; haksız fiil failine ceza olarak zarardan fazla bir miktarın ödetilmesinin Japon hukukunun temel prensiplerine ve benimsenen temel anlayışa ters düşeceğini, dolayısıyla da kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini söyleyerek gerekçelendirmiştir.

İspanyol Yüksek Mahkemesi ise 2001 yılında verdiği *Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo, S.L.* kararında, Amerikan Teksas Federal Bölge Mahkemesi'nce fikrî ve sinai hak ihlalinin kaynaklanan bir davada hükmedilen misli tazminat kararının tenfizi talebini kabul etmiştir.¹¹⁵⁴ Mahkeme, bu tür tazminatların faili cezalandırma amacı barındırdığını kabul etmiş, ancak bunun İspanyol kamu düzenine tahammül edilemez bir zarar vermeyeceğini belirtmiştir. Kararda İspanyol hukukunda da cezalandırma düşüncesi içeren, cezai şart vb. yaptırımların var olduğu hatırlatılarak telafi ve cezalandırma amaçlarının zaman zaman örtüşebileceğine işaret edilmiş; manevi tazminatlar örnek gösterilerek bu fonksiyonların kimi zaman ayırt etmesi zor bir biçimde bir arada bulunduğu değinilmiştir. Yine ölçülülük prensibinin önemi vurgulanmış; Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat miktarlarının sınırlandırılmasına yönelik adımların bulunduğu dikkat çekilmiş; tenfizi istenen kararda hükmedilen misli tazminatın rekabet düzenini ve fikrî hakları

¹¹⁵³ 1624 HANREI JIHO 90 (Sup. Ct., July 11, 1997); Supreme Court of Japan, no: 1993/1762, 11.07.1997. Kararın, Japon Yüksek Mahkemesi resmî sitesinde yayınlanan İngilizce özeti için Bkz.: (Çevrimiçi), https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=316, 12 Mayıs 2023; Karara ilişkin yapılmış bir inceleme için Bkz.: Braslow, **a.g.m.**, s. 288 vd.

¹¹⁵⁴ *Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo, S.L.*, STS, Nov. 13 2001, no. 2039/1999; Kararın incelemesi ve İngilizce çevirisi için Bkz.: Scott R. Jablonski, "Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts-A Recent Case in the Supreme Court of Spain", **Journal of Law and Commerce**, vol. 24, no. 2, 2004, s. 225-244.

korumayı amaçladığı belirtilerek, bu hususların ortak marketi paylaşan tüm devletlerin amacı olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu tür meselelerde özel hukuk yaptırımlarıyla cezalandırma yönteminin, ceza hukuku yaptırımlarının son çare olarak kullanılması gerektiği anlayışını da destekleyeceği yönünde görüş belirtilmiştir.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2010 yılında hükmettiği *Fontaine Pajot*¹¹⁵⁵ kararında tenfiz talebi reddedilse de bu tür kararların tenfizinin mümkün olabileceğine dair sinyaller verilmiştir.¹¹⁵⁶ Alt derece mahkemesinin, cezalandırma amacı taşıdığı ve tam tazmin ilkesine aykırılık oluşturduğu, dolayısıyla tenfizin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle talebi tümünden reddettiği 1,3 milyon dolar telafi tazminatına, 1,4 milyon dolar cezalandırıcı tazminata ve 400 bin dolar dava masrafına hükmedilmiş Kaliforniya mahkemesi kararı, 2010 yılında ise Fransız Yüksek Mahkemesi'nce ele alınmıştır. Bugün hâlâ Fransız hukukunda konudaki belirleyici içtihat olarak anılan *Fontaine Pajot* kararında mahkeme, cezalandırıcı tazminatın, prensip olarak Fransız kamu düzenine aykırı olmadığını açıkça dile getirmiş; bununla birlikte somut olayda hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının, telafi tazminatına ve ihlalin boyutuna nazaran bariz şekilde orantısız olduğunu; bu orantısızlık sebebiyle de hükmün tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini ifade ederek talebi geri çevirmiştir.

İtalyan Yüksek Mahkemesi ise 2007, 2012, 2017 ve 2020 yıllarında olmak üzere dört kez Amerikan mahkemelerince hükmedilen cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizine ilişkin görüş bildirmiştir. Bunlarda bilhassa 2007 ve 2017 tarihli olanlar önemlidir. Zira 2012 yılındaki karar 2007 tarihli içtihadın, 2020 tarihli karar ise 2017 tarihli içtihadın sürdürülmesine ilişkindir.

Ürün sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle Alabama mahkemesince hükmedilen 1 milyon dolarlık tazminat hükmünün tenfizini konu alan

¹¹⁵⁵ Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, 1.12.2010, no. 1090.

¹¹⁵⁶ Kararın incelemesi ve Türkçe çevirisi için Bkz.: Ebru Ay, "Amerikan Mahkemesi Tarfindan Verilen Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Hükmünün Fransa'da Tenfizine İlişkin Fransız Yargıtayı'nın 1 Aralık 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2012, s. 153-162; Karara ilişkin olarak ayrıca Bkz.: Benjamin West Janke, François-Xavier Licari, "Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fontaine Pajot", **American Journal of Comparative Law**, vol. 60, no. 3, 2012, s. 775-804.

2007 tarihli *Fimez*¹¹⁵⁷ kararında İtalyan Yüksek Mahkemesi, Amerikan mahkeme kararında açıkça belirtilmemesine rağmen hükmedilen yaptırımın bir cezalandırıcı tazminat olduğunu, İtalyan tazminat hukukunun ise telafi gayesiyle sınırlandırıldığını belirterek, tenfiz kamusal düzenine aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiş; talebin reddine karar vermiştir.¹¹⁵⁸ Kararda, davacı tarafın İtalyan tazminat hukukunda da cezalandırma ve caydırma amaçlarının bulunduğu argümanına örnek olarak sunduğu cezai şart ve manevi tazminat kurumları hakkında da açıklamalarda bulunulmuş; cezai şartın borçluyu cezalandırmak için değil, borcuna uygun davranmasını sağlamak için kullanılan bir tür götürü tazminat olduğunu, yüksek cezai şart tutarının hâkim tarafından indirim tabii tutulabilir oluşunun da bu kurumun cezalandırma amacı taşımadığına delalet ettiği belirtilmiş; manevi tazminatların ise haksız fiil mağdurunun zararlarının telafisine hizmet ettiği yönünde görüş bildirilmiştir.

Mahkeme, bir iş kazası davasında, İtalyan bir şirketin Amerika'daki yan kuruluşunda çalışan bir işçi lehine hükmedilen 8 milyon dolarlık Amerikan cezalandırıcı tazminat kararının tenfizi talebini değerlendirdiği 2012 tarihli kararında da aynı gerekçelerle, aynı doğrultuda hüküm kurmuştur.¹¹⁵⁹

2017 tarihli kararında ise İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin görüş değiştirdiği açıkça görülmektedir.¹¹⁶⁰ Öncelikle belirtmeliyiz ki bu karar Amerikan mahkemelerince verilmiş bir cezalandırıcı tazminat kararının doğrudan değil, dolaylı olarak tenfizine ilişkindir. İtalyan motosiklet kaskı üreticisi Axo Sport Spa, Florida merkezli şirket Nosa'ya düzenli olarak kask satışı yapmaktadır. Nosa'nın son kullanıcıya ulaştırdığı kasklardan birisi hatalı çıkmış, zarar gören motosiklet sürücüsü her iki şirketi de Florida'da dava etmiştir. Davacıyla tahmini bir telafi

¹¹⁵⁷ Cass., 19 Jan. 2007, no. 1183.

¹¹⁵⁸ Kararın İngilizce çevirisi için Bkz.: Francesco Quarta, "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, 2008, s. 780 vd; Konuya ilişkin ayrıca Bkz.: Vanleenhove, **a.g.e.**, s. 89 vd.

¹¹⁵⁹ Maria Veronica Saladino, "The Enforcement of Punitive Damages Awards Between United States and Europe: An Introduction for U.S. Practitioners", **The International Lawyer**, vol. 53, no. 3, 2019, s. 483; Cass., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781 (Kararın çevirisine ulamadığımız için yazardan naklen aktarıyoruz.)

¹¹⁶⁰ Cass, 5 July 2017, no. 16601. Kararın İngilizce çevirisi için Bkz.: Francesco Quarta, "Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601", **The Italian Law Journal**, vol. 3, no. 2, 2017, s. 277-289 (buradan itibaren Quarta, **2017** olarak anılacaktır.)

tazminatı ve cezalandırıcı tazminat miktarı üzerinde anlaşarak sulh olan Nosa şirketi, bu kapsamda yaptığı ödeme için Axo şirketine rücu edebilmek adına Florida mahkemesinden bir karar almış, bu kararın tenfizi için de İtalyan mahkemelerinin yolunu tutmuştur. Yüksek mahkeme, talep edilen tutarın teknik olarak bir cezalandırıcı tazminat olmadığına, dolayısıyla tenfize ilişkin bu bağlamda bir sorun bulunmadığına hükmetmiş, ancak cezalandırıcı tazminat yaptırımına ve bunun kamu düzenine etkisine ilişkin ilkesel açıklamalar yapmaktan da geri durmamıştır. Kararda, 2007 yılındaki yüksek mahkeme içtihadına atıfta bulunulmuş; aradan geçen 10 yılda İtalyan sorumluluk hukukunun geçirdiği dönüşüme dikkat çekilmiş; bu dönemde İtalya’da hayata geçirilen ve cezalandırma/caydırma gibi toplumsal gayeleri olan özel hukuk yaptırımlarına ilişkin kanun maddelerinden örnekler verilmiş; cezalandırıcı tazminat müessesesinin artık İtalyan hukukuna eskisi kadar yabancı olmadığı ifade edilmiştir. Ancak mahkemelerin bu tür yaptırımların tenfizi konusunda yine de ihtiyatlı davranması gerektiği, tenfizin kamu düzenine etkisinin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesinin zorunlu olduğu beyan edilmiştir. Bu tür yaptırımların tenfizi konusunda mahkeme, iç hukuktan verdiği örneklerden yola çıkarak cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek uyuşmazlıkların, olaya ilişkin koşulların, hükmedilebilecek miktarların kanunlarda açıkça belirtilmesi gerektiğini vurgulayarak, ilgili anayasal ve evrensel ilkelere göndermede bulunmuştur. Bu bağlamda öncelikle Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin cezalandırıcı tazminat konusundaki genel yöneliminin, ardından da asıl kararın verildiği Florida’da hayata geçirilen kanuni düzenlemelerin olumlu adımlar olduğuna işaret etmiştir.

2020 tarihli İtalyan Yüksek Mahkemesi kararı ise New York Bölge Mahkemesi’nce, terörizmin finansmanı sebebiyle, İran devleti ve İran Merkez Bankası aleyhine, 11 Eylül saldırısında mağdur olanlar ve aileleri lehine hükmedilen tazminat kararının tenfizine ilişkindir.¹¹⁶¹ Toplam 1,36 milyar dolar telafi tazminatına ve 4,68 milyar dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilen bu karar, alacaklılarca Avrupa’nın çeşitli ülkelerinde tenfize konu edilmiştir. Yüksek mahkeme

¹¹⁶¹ Corte Suprema di Cassazione (Sezione i Civile), Angela Stergiopoulos et al. v. Islamic Republic of Iran, Central Bank of Iran and other Iranian Public Agencies, 10 December 2021, No. 3939; Kararın incelemesi ve ilgili pasajlarının İngilizce çevirisi için Bkz.: Donato Greco, “Italy and the Enforcement of Foreign Judgments on Third States’ Tort Liability for Sponsoring Terrorism”, **The Italian Review of International and Comparative Law**, vol. 2, no. 1, 2022, s. 123-139.

incelemesinde birçok farklı meseleyi konu edinmekle beraber, cezalandırıcı tazminata ilişkin bölümde 2017 yılındaki içtihadına işaret ederek aynı görüşü sürdürdüğünü belirtmiştir.

4. Değerlendirmemiz

a. Genel Olarak

Kural olarak, sistem farklılıkları kamu düzeni müdahalesini gerektirmezler.¹¹⁶² Ancak çalışmamız boyunca görüldüğü üzere cezalandırıcı tazminat kurumu, Anglo-Sakson hukuku ile Kara Avrupası hukuku arasındaki basit bir sistemsellikten ibaret değildir. Dolayısıyla konunun etrafıca ele alınması zorunludur. Fakat “kamu düzeni” kavramının iç hukuk açısından anlamı ve kapsamının, milletlerarası hukuk açısından anlamı ve kapsamından ayrılması gerektiği,¹¹⁶³ milletlerarası kamu düzeninin daha dar bir kapsama sahip olduğunun¹¹⁶⁴ unutulmaması lazım geldiği, ayrıca kamu düzeni müdahalesinin de istisnai nitelik taşıdığı¹¹⁶⁵ göz önünde bulundurulmalıdır.

Cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin sistematik bir şekilde incelenebilmesi için öncelikle buna uygun bir kamu düzeni çerçevesine ihtiyaç vardır. Bu uğurda öğretide yapılan bir tanımlama oldukça işlevseldir. Buna göre, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi söz konusu olduğunda kamu düzeninin kapsamına esas olarak üç hususun girdiği ifade edilmektedir:¹¹⁶⁶ Birinci husus, insan haklarına ilişkin uluslararası konvansiyonlar ve Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerdir.¹¹⁶⁷ İkinci sırada hukukun temel ilkeleri yer almaktadır.¹¹⁶⁸ Üçüncü ve son husus ise Türk toplumunun ahlâk anlayışıdır.¹¹⁶⁹ Ancak bu üç hususun önceden kesin bir şekilde çerçeveselendirilebilmesi mümkün

¹¹⁶² Ekşi, **a.g.e.**, s. 301.

¹¹⁶³ Gül, **Tenfiz**, s. 57; Ekşi, **a.g.e.**, s. 294; Arat, **a.g.m.**, s. 508; Köle, **a.g.m.**, s. 53; Dolunay, **a.g.m.**, s. 46.

¹¹⁶⁴ Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 37.

¹¹⁶⁵ Tarman, **a.g.m.**, s. 1006; Dolunay, **a.g.m.**, s. 49-50.

¹¹⁶⁶ Ekşi, **a.g.e.**, s. 294.

¹¹⁶⁷ Ekşi, **a.g.e.**, s. 294; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 764, dn. 331; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 678, dn. 465.

¹¹⁶⁸ Ekşi, **a.g.e.**, s. 294; Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 764; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 678.

¹¹⁶⁹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 294; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 678.

olmadığı için tenfiz mahkemesi, önüne gelen somut olaya göre, bu hususlardan hangisinin yabancı mahkeme tarafından ihlal edildiğinin tespitini yapacak; kamu düzeni kavramının dinamik oluşundandır ki tespitte asıl kararın verildiği andaki değil, tenfiz anındaki durum esas alınacaktır.¹¹⁷⁰

Üçüncü sırada sayılan toplumsal ahlak hususu, daha ziyade medeni hukuka, özellikle de aile hukukuna ilişkin meselelerde gündeme gelecektir.¹¹⁷¹ Dolayısıyla incelemenin ilk iki husus dairesinde yapılması kâfi olacaktır.

Cezalandırıcı tazminat kurumunun en tartışmalı yönlerinin, bu yaptırımın ödetme ve caydırma amaçlarına yönelik olarak teorize edilmesi ve bu oranda da ceza hukuku yaptırımlarına yakınsaması olduğunu tespit etmiştik. Yine özellikle Amerikan mahkemelerinin hükmettikleri fahiş miktarlardaki cezalandırıcı tazminat kararlarının hem Amerika’da hem de Avrupa’da sıkça eleştirildiğini ve bunun engellenmesine yönelik adımların da atılmaya başlandığını detaylıca açıklamıştık. Kamu düzenine ilişkin incelememizi de bu iki olguya odaklanarak yapmamız yerinde olacaktır.

Öncelikle çözüme kavuşturulması gereken konu Türk tazminat hukukunun temel prensiplerine ilişkin yapılacak değerlendirmedir. Bu noktada Türk hukukunda, Kara Avrupası tazminat hukukunun çekirdeği olarak lanse edilen tam tazmin ilkesine ve bununla sıkı ilişkili zenginleşme yasağına ne kadar sadık kalındığı tespit edilmelidir.

¹¹⁷⁰ Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 676; Ekşi, **a.g.e.**, s. 295; Demir Gökyayla, **a.g.e.**, s. 136; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 48.

¹¹⁷¹ Bununla birlikte genel ahlaka aykırılık konusunun sadece aile hukuku meseleleriyle sınırlı olmadığı, sözleşmeler hukuku alanında da tenfizi engelleyici bir rol oynamasının mümkün olduğu unutulmamalıdır. Tenfiz bağlamında olmamakla birlikte Yargıtay bir kararında eser sözleşmesinde işin belirtilen günde bitirilmemesi hâlinde iş bedelinin iki misli tazminat ödeneceği şeklindeki ifaya eklenen cezai şartı, muhtemel zararın çok üstünde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğundan bahisle yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da Anayasanın 18., BK’nın 19 ve 20. (TBK m. 27) maddelerine göre batıl saymıştır: “Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici - ceza olarak- hem aldığı ve alacağı bedeli hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek, iş sahibi de -durduğu yerde, hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi, geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür... bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir.”, Yargıtay 15. HD, E. 1999/4655, K. 2000/2324, T. 11.05.2000. Söz gelimi ilk derece mahkemesinin kararı bir yabancı mahkeme kararı olsaydı ve Türkiye’de tenfizi talep edilseydi istem aynı gerekçeyle reddedilebilecekti.

Kurumun ceza hukuku yaptırımlarıyla büyük benzerlikler gösteriyor oluşu, tümünün olmasa da bazı ceza hukuku prensiplerinin de göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Zira hapis cezaları düzeyinde olmamakla beraber cezalandırıcı tazminat yaptırımının da temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiği yadsınamaz. Bu noktada ilk akla gelen ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi olacaktır. Yine bu ilkeyle çok yakın ilişkili olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri önemlidir.

Sıkça eleştirilen fahiş miktarlardaki cezalandırıcı tazminat kararları da mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin endişeleri haklı çıkarmaktadır. Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin, alana nasıl uygulanabileceği, revizyon yasağı da göz önünde tutularak tartışılmalıdır.

b. Tam Tazmin İlkesi ve Zenginleşme Yasağı

Tezimizin ikinci bölümünde detaylıca incelediğimiz üzere, öğretilde bahsi geldikçe altı kalın çizgilerle çizilen tam tazmin ilkesinin ve bununla yakın irtibatlı zenginleşme yasağının Türk hukukunda ilkesel düzeyde bir etkisinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Evvela tazminat konusunu düzenleyen genel hükümlerde adalet ve hakkaniyet gerekçesiyle tam tazmin ilkesi yumuşatılmakta, çeşitli ölçütlere göre tazminat miktarı zararın oldukça altında belirlenebilmektedir. Keza istisnai kabul edilen, ancak sayıları günden güne artan medeni ceza yaptırımlarına ilişkin düzenlemeler de göstermektedir ki Türk hukukunda zenginleşme yasağının katı bir şekilde uygulandığından bahsedilemez. Nitekim Avrupalı hukukçular da Kara Avrupası hukuk sisteminde zararın telafisiyle sınırlı sorumluluk anlayışının yavaş yavaş terk edilmeye başlandığını, çeşitli kanunlarla özellikle caydırıcılığı hedef tutan özel hukuk yaptırımlarının milli hukuklarda yer almaya başladığını ifade etmektedirler.¹¹⁷² Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata

¹¹⁷² Örneğin Zekoll, 1989 yılında yayınladığı ve Alman Yüksek Mahkemesi'nin tenfiz talebini reddettiği 1992 tarihli kararında da atıflar yapılan çalışmasında, cezalandırıcı tazminata hükmedilen Amerikan mahkeme kararlarının Almanya'da kamu düzeni müdahalesine takılacağı, zira Alman haksız fiil hukukunun telafi gayesiyle sınırlı bir anlayışa sahip olduğunu ifade etmekteyken (Bkz.: Zekoll, **Product Liability**, s. 329-330), yakın tarihli bir çalışmasında, bu tür kararların tenfizinin Alman kamu düzeni için hala daha sakıncalı olduğunu, ancak son yıllarda Alman haksız fiil hukukunda sayıları artan cezalandırıcı/caydırıcı yaptırımlar göz önünde bulundurulduğunda, bu sakıncaların sebebinin telafiyle sınırlı tazminat anlayışı olamayacağını belirtmiştir. Bkz.: Joachim Zekoll, Wiebke Voß, "The Conflict Between American Punitive Damages and German Public Policy—a Reassessment", **Virginia Journal of International Law**, vol. 61, no. 1, 2020, s. 39 vd.;

hükmedilen bir yabancı mahkeme kararının tenfizi talep edildiğinde, bu bağlamda bir kamu düzenine aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Ayrıca belirtmek lazım gelir ki Türk hukukunda tam tazmin ilkesi ile zenginleşme yasağının katı bir uygulamasının var olduğu ve cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizi bu ilkelerle çelişeceği için kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı savunulsa dahi, bu yaptırıma, dava masraflarının karşılığı olarak yahut manevi tazminat niyetine hükmedilen Amerikan eyaletlerinden gelen kararların tenfizi bu yargıdan muaf tutulmalıdır.¹¹⁷³ Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu örneklerdeki yaptırımın sadece adı cezalandırıcıdır; yoksa kendisi mağdurun zararının giderilmesinden başka bir gayeye hizmet etmemektedir. Pek tabii bu durumda hükmedilen tazminatlar da miktarları dolayısıyla mülkiyet hakkına etkileri oranında aşağıda detaylandıracağımız ölçülülük denetimine tabi tutulmalıdır.

c. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi, bireysel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında en önemli güvencelerden biridir.¹¹⁷⁴ Bu ilke marifetiyle suçlar ve bu suçlara karşılık olarak uygulanacak yaptırımlar önceden belirlenerek kişilerin özgürlüklerine sınırlar çizilmekte, sınırlar dahilinde kalan davranışlar serbest bırakılmaktadır.¹¹⁷⁵ Bu sayede, davranışlarına hâkim olabilmek iradesine sahip olan kişi hareketlerini biçimlendirebilmek imkânı bulmakta ve yine bu sayede ilgili kimseyi işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu sayabilmek mümkün olmaktadır.¹¹⁷⁶ Evrensel nitelikteki bu ilkeye İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹¹⁷⁷ m. 11, İnsan Hakları ve Ana

Avrupa hukukunda, caydırıcı özel hukuk yaptırımlarına karşı artan ilgi ve bu ilginin sebepleri hakkında Bkz.: Meurkens, **a.g.e.**, s. 207 vd.

¹¹⁷³ Aynı doğrultuda Bkz.: Gül, **Tenfiz**, s. 62-66.

¹¹⁷⁴ Muhammed Emre Tulay, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2716.

¹¹⁷⁵ Ezgi Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 104, 2013, s. 226.

¹¹⁷⁶ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, c. 1, 13. Bası, İstanbul, Beta, 1997, s. 17.

¹¹⁷⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>, 12 Mayıs 2023.

Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi¹¹⁷⁸ m. 7, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi¹¹⁷⁹ m. 15, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹¹⁸⁰ m. 38, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹¹⁸¹ (TCK) m. 2 gibi hukuki metinlerde yer verilerek yazılı güvence de sağlanmıştır.

Kanunilik ilkesi, içerisinde bazı yan ilkeler ve yasaklar da barındırır.¹¹⁸² Bunlardan belki de en önemlileri “belirlilik” ve “öngörülebilirlik” ilkeleridir. Belirlilik ilkesi uyarınca, bireyin hukuk düzeninin izin verdiği ve yasakladığı davranışların hangileri olduğunu anlayabilmesi için, yasaklamalara ve yaptırımlara ilişkin kanunların açık, sade ve anlaşılır bir dille kaleme alınması gerekmektedir.¹¹⁸³ Öngörülebilirlik ilkesi ise failin, ihlalinin kanuni sonuçlarını önceden kestirebilmesini gerektirir.¹¹⁸⁴ Kanunilik ilkesiyle yakın irtibatlı bir diğer kural ise kıyas yasağıdır.¹¹⁸⁵ Yasak, TCK m. 3/2’de “*kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹¹⁷⁸ İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020094937009_tur.pdf, 12 Mayıs 2023.

¹¹⁷⁹ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, 12 Mayıs 2023.

¹¹⁸⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>, 12 Mayıs 2023.

¹¹⁸¹ Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG. 12.10.2004/25611.

¹¹⁸² Aygün Eşitli, **a.g.m.**, s. 234.

¹¹⁸³ Çınar Evren, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 988-989; “*Kanunilik koşulunun yerine gelmesi için şeklen bir kanun maddesine dayanılması yeterli değildir. İlgili kanun maddesinin belirli olması ve bireyler tarafından öngörülebilir olması da gerekir ... Anayasa’nın 2. Maddesinde yer alan “hukuk devleti”nin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir.*” AYM, Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi Kararı, Başvuru no: 2014/15220, Karar Tarihi: 04/06/2015, RG. 9.7.2015/29411, Paragraf no: 56.

¹¹⁸⁴ Gülriz Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, s. 7: “*Hukukî öngörülebilirlik, bireylerin hukukun gerektirdiği şeyi önceden bilmelerini ve buna göre davranışlarını düzenlemelerini sağlar. Hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olduğu kabul edildiğinde, hukukî öngörülebilirlikten de söz edilemeyeceği açıktır. Zira hukuk kuralları belirsizse, bu durumda toplumda yaşayan insanların davranış standartları olarak hukuk kurallarını önceden bilemeyecekleri ileri sürülebilir. Örneğin bir kişinin yaptığı eylemle ilgili hukuk kuralı belirsizse, o kişi ne şekilde davranmasının güvenli olacağını önceden tahmin edemez.*”

¹¹⁸⁵ Aygün Eşitli, **a.g.m.**, s. 237; Evren, **a.g.m.**, s. 991.

Elbette bu ilkeler esasen suçlar ve cezalar/güvenlik tedbirleri bakımından ceza hukukuna, idari suçlar/kabahatler ve idari cezalar bakımından idare hukukuna hâkimdir. Temel mantığı da bireysel hak ve özgürlüklerin otoriteye karşı korunabilmesidir.¹¹⁸⁶ Kanunilik ilkesinin eşitler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından ise geçerli olmadığı ifade edilmektedir.¹¹⁸⁷ Ancak cezalandırıcı tazminatların bu bağlamda ayrı bir yere konumlandırılması şarttır.

Öncelikle cezalandırıcı tazminatın alışılmış özel hukuk müeyyidelerinden farklı olduğu açıktır. Görünüş itibariyle eşitler arasındaki uyuşmazlıklar neticesinde hükmedilse de amaçları bakımından incelenildiğinde kamusal tonların yoğunlaştığı çok net ortadadır. Zira cezalandırıcı tazminat adı altında ve kamusal gayelerle hükmedilen miktarlar, safi ceza hukuku yaptırımı olan ve hukukumuzda da uygulanan “hükmedilen gün sayısına göre belirlenen adli para cezası” sisteminde öngörülen rakamlardan çok daha yüksek olmaktadır.¹¹⁸⁸ Bu yaptırım türünün hukukumuzdaki türdeşi olarak nitelendirdiğimiz medeni ceza kurumuna ilişkin görüş bildiren yazarlar da medeni cezaların istisnai nitelikte olduklarını, ancak kanunla ve belli ilişkiler bakımından öngörülebileceklerini, kıyas yöntemiyle çoğaltılamayacaklarını vurgulamaktadırlar.¹¹⁸⁹ Yine, yukarıda da bahsettiğimiz, cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından en detaylı ve bu konuda en ılımlı kararlardan birini veren İtalyan Yüksek Mahkemesi de ilgili kararında İtalyan Anayasası’nın suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen hükmüne özellikle atıfta bulunmuş; İtalyan mahkemelerinin, bu tür bir taleple karşılaştıklarında kararı veren ülke mevzuatının bu açıdan da incelemeleri gerektiğine işaret etmiştir.¹¹⁹⁰

Kanımızca, yabancı mahkemelerce hükmedilmiş bir cezalandırıcı tazminat kararının Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde -kurumun özel hukuka ilişkin olduğuna

¹¹⁸⁶ Aygün Eşitli, **a.g.m.**, s. 229; İlkenin faydasının sadece bireysel özgürlüklerin korunabilmesini sağlamakla sınırlı olmadığı, bundan daha geniş olarak devlet ve milletlerarası toplum bakımından da yararları bulunduğu dair Bkz.: Öztekin Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 27, Sayı: 1-4, 1961, s. 47.

¹¹⁸⁷ Aygün Eşitli, **a.g.m.**, s. 229-230.

¹¹⁸⁸ TCK m. 52/2: “En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.”

¹¹⁸⁹ Oğuzman, Öz, **Cilt 2**, s. 114.

¹¹⁹⁰ Quarta, **2017**, s. 287 vd.

kanaat getirildiğini varsayarsak- hâkim, kamu düzenine aykırılık bakımından evvela kanunilik meselesinin üzerinde durmalıdır. Bu noktada asıl kararı veren mahkemede uygulanan hukukun belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu ülkenin mevzuatında dava konusu uyuşmazlığa, hangi hâllerde cezalandırıcı tazminat yaptırımına başvurulacağına ve bu yaptırımın miktarına ilişkin bir kanun hükmü bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. İlgili bölümde açıkladığımız üzere, bugün birçok eyalette cezalandırıcı tazminat yaptırımına ve miktarlarına ilişkin kanunlar yürürlüğe konulmuştur. Elbette bu hükümlerin bir ceza kanunu kadar detaylı tanımlama yapması beklenmemelidir. En önemli nokta, ilgili madde ya da maddelerin düzenlediği sonuçların fail bakımından öngörülebilirliğinin sağlanmasıdır.

Tenfiz aşamasında, kanunilik ilkesinin çok katı bir yorumu, henüz cezalandırıcı tazminat konusunda kanunlaştırma çalışmaları yapmamış Amerikan eyaletlerinden ve İngiltere’den gelen tüm kararların peşinen reddedilmesine sebep olacaktır. Bu durumun bir ilkenin ihlaliinden sakınılırken bir diğerrinin ihlaliyle neticelenme ihtimali bulunmaktadır.

Şöyle ki; bugün 44 eyalette ve Washington D. C’de ürün sorumluluğu konusunda cezalandırıcı tazminat yaptırımına hükmedilebilmektedir.¹¹⁹¹ X firmasının ürettiği bir ürünün iki farklı eyalette iki farklı kişiye zarar verdiğini; bu eyaletlerin birinde kanuni düzenlemelerle, diğerrinde ise içtihat hukukuyla ürün sorumluluğu davaları bakımından cezalandırıcı tazminat öngöröldüğünü; her iki eyalet mahkemesinin de aynı miktarda cezalandırıcı tazminata hükmettiğini varsayalım. Bu hâlde failin mülkiyet hakkına güvence oluşturma maksadıyla kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, diğerr taraftan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek, hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Zira alacaklılardan biri aldığı kararı Türkiye’de tenfiz ettirebilecek ve alacağına kavuşabilecekken, bire bir aynı kararın bir başka eyalet menşeli olanını elinde bulunduran diğerr alacaklı ise bu hakkından mahrum bırakılacaktır.

¹¹⁹¹ Amerika Birleşik Devletleri’nde yer alan 50 eyaletin, cezalandırıcı tazminat yaptırımı öngörölüp öngörölmemesi dahil ürün sorumluluğu konusuna yaklaşımlarına ilişkin yapılan bir derleme için Bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2018/02/PRODUCT-LIABILITY-LAW-CHART.pdf>, 12 Mayıs 2023.

Kanımızca, ürün sorumluluğu gibi neredeyse her eyalette cezalandırıcı tazminat yaptırımını öngörülen konularda, aynı şekilde İngiliz hukuku bakımından da yaptırımın bu denli yaygın uygulandığı meselelerde hükmedilen bir cezalandırıcı tazminat kararının tenfizi talep edildiğinde kanunilik prensibi esnetilebilmelidir. Hâkim, böyle durumlarda kamu düzenine aykırılığın tespitini daha ziyade öngörülebilirlik ilkesine yoğunlaşarak yapmalıdır. Bu hâllerde sadece dava konusu bakımından değil hükmedilecek cezalandırıcı tazminatın miktarı bakımından da kanunilik prensibi pürüz yaratabilecektir. Kanımızca bu açıdan da benzer bir yaklaşım sergilenmeli; ancak fahiş bir tazminat söz konusuysa aşağıda ayrıca ele alacağımız ölçülülük ilkesine odaklanılmalıdır.

d. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt unsurdan oluşmaktadır.¹¹⁹² Elverişlilik, temel hak ve özgürlüğe yapılacak müdahalenin arzulanan amacı gerçekleştirmeye katkı sağlayıp sağlamayacağına ilişkin, gereklik ise güdülen amaca varabilmek için daha hafif bir aracın uygulanma imkânının bulunup bulunmadığıyla ilgilidir.¹¹⁹³ Orantılılık unsuru da amaç ve araç arasında makul bir orantının bulunmasını gerektirir.¹¹⁹⁴

Cezalandırıcı tazminat kararları bakımından düşündüğümüzde elverişlilik konusu esasen kararın verildiği ülkenin hukuk politikasıyla alakalıdır. Ayrıca Türk hukukunda da ödetme ve özellikle caydırma amaçlarına ulaşmak için benzer bir kurum olan medeni cezanın kullanılıyor oluşu, bu unsurun kamu düzeni bağlamında bir sorun yaratmamasını gerektirir. Gereklik noktasında ise para cezalarının ve dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahalenin, kategorik olarak çok ağır bir yaptırım

¹¹⁹² Yıldırım Taylar, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyat Cezasının Anayasa’ya Uygunluk Sorunu”, **30. Türkiye Maliye Sempozyumu**, Türkiye, 20-24 Mayıs 2015, s. 142 vd.; AYM., E. 1988/50, K. 1988/27, T. 23.6.1989, RG. 4.10.1989/20302, s. 11 vd.: “... ‘ölçülülük’ ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlem sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’ sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle...”

¹¹⁹³ Yücel Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Turhan Tufan Yüce Armağanı**, 2001, s. 507-511.

¹¹⁹⁴ Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996. s. 107; Oğurlu, **a.g.m.**, s. 508.

olduğu söylenemeyecektir. Bu yaptırım açısından mesele daha ziyade orantılılık noktasında düşünülmektedir.

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde mahkemenin kamu düzenine aykırılık bağlamında yapacağı bir diğer inceleme hükmedilen miktara ilişkin olmalıdır. Kanunilik şartı sağlanmış olsa dahi hükmedilen tazminatın fahiş seviyelerde olması, dolayısıyla mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmesi durumunda tenfiz reddedilmelidir. Ancak yapılacak incelemede terazinin iki kefesinde iki farklı menfaatin bulunduğu da unutulmamalı; davalı tarafın mülkiyet hakkı korunurken, davacının mülkiyet hakkına hanel getirilmemelidir. Zira davalı taraf da elinde kararın verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş, ona bir alacak hakkı bahşeden, dolayısıyla bu şahsın mamelekine olumlu etki eden bir karar bulundurmaktadır.

Tenfiz hâkiminin bu çerçevede yapacağı incelemede kullanılacak ölçütler de önem arz etmektedir. Yukarıda detaylıca ele aldığımız, Amerikan hukukunda orantılılık bağlamında yapılan tartışmalar ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nce oluşturulan, çözüm önerisi babındaki kriterler yol gösterici olabilir. *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararında mahkeme fahiş cezalandırıcı tazminatların önüne geçilebilmesi için eyalet mahkemelerinin üç kritere odaklanılması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁹⁵ (1) Cezalandırılacak fiilin kınanabilirlik derecesi; (2) Hükmedilen telafi tazminatı miktarı ile cezalandırıcı tazminat miktarı arasındaki orantı; (3) İlgili eyalette benzer eylemler için öngörülmüş diğer özel hukuk yahut ceza hukuku yaptırımlarının miktarları.

Tenfiz hâkiminin ilk sıradaki kriter bakımından yapacağı inceleme revizyon yasağının ihlali anlamına gelecektir. Ancak ikinci ve üçüncü kriterler tenfiz prosedürünün içinde gayet hukuki bir şekilde tatbik edilebilir niteliktedir. Bu iki kriter Türk hukukunda benzer eylemlere ne tür yaptırımlar öngörüldüğü ve bu yaptırımların telafi tazminatının kaç katına kadar çıkabildiği şeklinde yorumlanabilir.

Bir başka ilkesel kararında Amerikan Yüksek Mahkeme’si, tek haneli katların (9 kata kadar) makul kabul edilebileceğine ancak telafi tazminatının miktarının da

¹¹⁹⁵ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), s. 575 vd.

göz önünde bulundurulması gerektiğine; çok yüksek telafi tazminatları söz konusu olduğunda bu oranın daha düşük olmasının uygun olacağına işaret etmiştir.¹¹⁹⁶ Bu konuda kanuni düzenleme getiren eyaletler ise üst sınırı çoğunlukla telafi tazminatının 1, 2 ve 3 katı şeklinde belirlemişlerdir.¹¹⁹⁷ Fransız Yüksek Mahkemesi'nin *Fontaine Pajot* kararıyla, orantısızlık sebebiyle tenfizini reddettiği hükümde ise bu oran 1:1'dir.¹¹⁹⁸

Türk hukukundaki medeni ceza örnekleri arasında telafiyi amaçlayan kısımla cezalandırmayı amaçlayan kısım arasında doğrudan ilişki kuran hükümlerde 1:2 oranı tercih edilmektedir. Zira cezalandırıcı olduğu neredeyse tartışmasız olan RKHK m. 58'deki üç misli tazminatta, hükmedilen tutarın 1/3'ü telafi edici 2/3'ü ise cezalandırıcı niteliktedir. Yine karşılaştırmalı hukukta bakıldığında bu tür düzenlemeleri hayata geçiren ülkelerde benzer oranların kullanıldığı göze çarpmaktadır.¹¹⁹⁹ Gelecekte bu tür düşük oranların meseleye ilişkin bir tür standart hâline gelmesi sürpriz olmayacaktır. Ancak iç hukukta yer verilen oranın, tenfiz konusunda da doğrudan bir ölçüt olarak uygulanması kabul edilemez. Milyar dolarları bulan cezalandırıcı tazminat kararları göz önünde bulundurulduğunda hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarı, telafi tazminatıyla bunun iki katı arasındaki aralıkta olsa bile davalının ekonomik yıkımına sebep olabilecektir. Kanun koyucunun telafi tazminatının belirlenmesine ilişkin hükümde dahi bu ihtimali ortadan kaldırma çabasında oluşu göz önünde bulundurulunca, miktarına bakılmaksızın, hükmedilen telafi tazminatının iki katına kadar olan cezalandırıcı

¹¹⁹⁶ State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003), s. 425.

¹¹⁹⁷ Cezalandırıcı tazminat dahil çeşitli hâllerde öngörülen tazminatlar bakımından getirilen üst sınırlara ilişkin 2019 yılında yapılmış, 50 eyaleti kapsayan bir derleme için Bkz.: (Çevrimiçi), https://www.uslaw.org/wp-content/uploads/2022/01/2019_50-State-Analysis-of-Liability-Damages-Caps-Compendium.pdf, 29 Temmuz 2023.

¹¹⁹⁸ Janke, Licari, **a.g.m.**, s. 801, dn. 113.

¹¹⁹⁹ Örneğin Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen Güney Kore'de, ilki 2011 yılında olmak üzere cezalandırıcı tazminat yaptırımı öngörülen çeşitli kanunlar yürürlüğe girmiş; bunların neredeyse tamamında "zararın üç katı" üst limit olarak belirlenmiştir. Konu hakkında Bkz.: Minje Park, "Punitive Damages in Korea: Focusing on the Proposed Amendment to the Korean Commercial Act", **Journal of Korean Law**, vol. 20, no. 1, 2021, s. 345-371; İsviçre ve Alman hukuklarında bu doğrultuda bir kanun hükmü olmamasına rağmen, bazı telif haklarının ihlali konusunda, mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen lisans bedelinin iki katı tutarında tazminat uygulamaları hakkında Bkz.: Özden Merhaci, **a.g.e.**, s. 193 vd.

tazminat kararlarının fiftresiz tenfizi, mevcut hukuk mantığıyla da bağdaşmayacaktır.¹²⁰⁰

Sonuç olarak, kanımızca, hükmedilen telafi tazminatının 2 katını aşan cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizi kamu düzenine aykırılık sebebiyle doğrudan reddedilmelidir. Bu aralıkta kalan kararlar bakımından ise hükmedilen telafi tazminatının miktarı, davalının mevcut malvarlığı, tenfizin davalının ekonomik varlığına muhtemel etkisi gibi kriterlere göre bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir. Değerlendirme sonucunda kararsız kalındığı hâllerde ise uluslararası nezaket uyarınca tenfizin esas, kamu düzeni müdahalesinin istisna olduğu göz önünde bulundurulmalı ve talep kabul edilmelidir.

E. Kısmi Tenfiz Konusunda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi konusunda üzerinde durulması gereken son husus ise kısmi tenfize ilişkindir. Konu birkaç farklı ihtimal üzerinden değerlendirilmelidir.

Yabancı mahkemenin, kararda telafi tazminatına ve cezalandırıcı tazminata ayrı ayrı hükmettiği; davacının, MÖHUK m. 52/1(c) uyarınca sadece telafi tazminatının tenfizini istediği durumda bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak kanaatimizce, tek bir hükümde toplam tutarın belirtildiği ve tazminatların türüne ilişkin hiçbir ibarenin yer almadığı durumlarda tenfiz talebi tamamen reddedilmelidir. Zira böyle bir durumda tenfiz mahkemesi hâkiminin iki tazminatı ve hatta masraf kalemlerini birbirinden ayırabilmesi çok zordur. Bu uğurda yapacağı detaylı inceleme ise revizyon yasağına aykırılık teşkil edebilecektir.

Kanımızca, kararda iki tazminata da ayrı ayrı hükmedildiği, davacının tüm kararın tenfizini talep ettiği bir durumda ve fakat cezalandırıcı tazminat hükmünün miktarından bağımsız olarak kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinin kabul edilmesi hâlinde mahkeme, MÖHUK m. 56 uyarınca cezalandırıcı tazminat hükmü bakımından talebin reddine, telafi tazminat hükmü bakımından ise talebin kabulüne karar verebilmelidir.

¹²⁰⁰ TBK m. 52/2: “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

Yabancı mahkemenin, kararında telafi tazminatına ve cezalandırıcı tazminata ayrı ayrı hükmettiğini ve cezalandırıcı tazminat hükmünün fahiş miktarından dolayı kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği varsayımında ise akıllara şu sorular gelecektir:

- Davacı, hükmedilen cezalandırıcı tazminatın sadece kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine inandığı makul bir kısmının tenfizini talep edebilir mi?
- Davacı, hükmedilen cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecek maksimum tutarda tenfizini talep edebilir mi?
- Davacı, hükmedilen cezalandırıcı tazminatın tamamının tenfizini talep ettiğinde, hâkim, kamu düzenine aykırı olduğunu düşündüğü kısmı indirerek hüküm kurabilir mi?

Bizce ilk soruya olumlu, takip edenlere ise olumsuz yanıt verilmelidir.

Şöyle ki; MÖHUK m. 56/1’de mahkemece ilamın kısmen veya tamamen tenfizine karar verilebileceği belirtilmiştir. Tenfiz istemine ilişkin dilekçede yer alması gereken hususları sıralayan MÖHUK 52/1 maddesinin (c) bendinde de şu ifade yer almaktadır: “*Tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu*”.

Öğretideki bir görüşte, lafzi yorumla yaklaşıldığında, bu bentte sadece birden fazla hüküm kurulan yabancı mahkeme kararları bakımından, kurulan hükümlerden bir ya da birkaçının tenfiz talebi için seçilebilmesine müsaade edildiği; yoksa bir miktar para ödenmesine ilişkin hükmün sadece bir kısmının tenfize konu edilemeyeceği sonucuna varılacağı savunulmaktadır.¹²⁰¹ Yazar, kısmi tenfiz ve kısmi dava kavramlarını eş tutarak, o dönem yürürlükte olan HMK m. 109/2 (Mülga: 1/4/2015-6644/4 md.) fıkrası uyarınca miktarı belirli alacaklar açısından öngörülen kısmi dava açma yasağına da dikkat çekmiş; madde gerekçesinden hareketle bu tür bir belirli alacağın ancak böyle bir dava açmakta hukuki menfaatin bulunması hâlinde kısmi davaya dolayısıyla da kısmi tenfize konu edilebileceğini eklemiş;¹²⁰² yabancı mahkeme ilamının birden fazla hüküm içerdiği ve davacının bunlardan

¹²⁰¹ Huysal, **HMK**, s. 81.

¹²⁰² Huysal, **HMK**, s. 83-84.

birinin tenfizini talep ettiği durumda hukuki yararın var olduğunu, başka bir tenfiz şartı bağlamında şüphe duyduğu bir ilamı ödeyeceği nispi harç bakımından temkinli olmak adına kısmi tenfize konu eden kimsenin yahut keyfi olarak kısmi tenfiz talep eden kimsenin ise hukuki yararından söz edilemeyeceğini belirtmiştir.¹²⁰³

Diğer bir görüşe göre ise kısmi tenfiz ve kısmi dava kavramları birbirinden farklıdır.¹²⁰⁴ Kaldı ki MÖHUK, HMK'ya nazaran özel kanun niteliğinde olduğundan, HMK'da MÖHUK düzenlemelerinin aksine bir hüküm yer alsa dahi MÖHUK öncelikle uygulanmalıdır.¹²⁰⁵ MÖHUK'ta kısmi tenfiz açılmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından böyle bir talep herhalde mümkün olmalıdır.¹²⁰⁶ Ancak yazar konuya ilişkin verdiği örneklerde masraflar ve asıl alacak gibi ayrı kalemlerin yahut bir kısmı tahsil edilmiş bir miktar paranın geri kalan kısmının konu edildiği taleplerden bahsetmiş; ayrıca ilamda yer alan hususların boşanma, velayet, nafaka vb. gibi birbirinden ayrılabilir kısımlardan oluşması gerektiğini ifade etmiş; ancak hiç tahsil edilmemiş esas alacağın bir kısmına ilişkin kısmi tenfiz talebinin nasıl karşılanacağına dair görüş belirtmemiştir.¹²⁰⁷

Bizim görüşümüze göre farklı kavramlar olsalar dahi kısmi tenfiz ve kısmi dava arasındaki benzerlik aşikârdır. HMK m. 109/1'de "*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.*" hükmolunmuştur. Nitelikleri gereği para alacaklarına ilişkin talepler de bölünebilir olduklarından davacı, kararın hüküm fıkrasında yazandan daha düşük bir miktarının tenfizini talep edebilmelidir.¹²⁰⁸ Üstelik bizim meselemizde olduğu gibi, davacının kısmi tenfiz talebinde hukuki menfaatinin de bulunduğu durumlarda böyle bir kısıtlamaya tabi tutulması uygunsuz olacaktır. Kaldı ki HMK m. 109/2'de

¹²⁰³ Huysal, **HMK**, s. 83. Yazarın, çalışmasını yayınladığı tarihte HMK m. 109/2'nin yürürlükte olduğunu vurgulamakta fayda görüyoruz.

¹²⁰⁴ Ekşi, **a.g.e.**, s. 352-353.

¹²⁰⁵ Ekşi, **a.g.e.**, s. 353.

¹²⁰⁶ Ekşi, **a.g.e.**, s. 353.

¹²⁰⁷ Ekşi, **a.g.e.**, s. 352-353.

¹²⁰⁸ Yargıtay 11. HD, E. 2001/8721, K. 2002/2586, T. 22/03/2002: "*Davacı vekili ... asıl mahkeme hükmünün, 6490 DM'lik kısmının kısmen tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir ... Mahkemece, ... tenfiz koşullarının bulunduğu gerekçesiyle, Paderborn Eyalet Mahkemesi'nin 01.10.1991 tarihinde tefhim edilen 60115/91 sayılı 14.10.1991 tarihli davalının davacıya 130.294.09 DM ödenmesine ilişkin kararın 6490 DM'lik kısmının aynen tenfizine karar verilmiştir. ... tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA ... oybirliğiyle karar verildi.*"

öngörülen yasak, 01.04.2015 tarihinde kabul edilen 6644 no.lu Yargıtay Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesiyle ilga edilmiştir. Dolayısıyla hukuki yarar varlığı/yokluğu şeklinde bir tartışmaya da gerek kalmamıştır.

İlk soruyla bağlantılı birkaç noktanın daha üzerinde durulmalıdır. Öncelikle talep, hâkim nezdinde kamu düzenine aykırılık oluşturacak miktardan çok daha az dahi olsa, talepten fazlasına hükmedilememelidir. Aksi durum iki farklı açıdan sakıncalıdır. İlk olarak, hâkimin talepten fazlasına hükmetmesi, HMK m. 26'da öngörülen taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.¹²⁰⁹ İkinci olarak ise cezalandırıcı tazminat miktarının orantısızlığı konusunda yaptığı incelemeyle hâlihazırda revizyon yasağına ilişkin sınırlarda gezinen hâkim, bu sınırların ötesine geçmiş, revizyon yasağını delmiş ve yabancı mahkeme kararını kaldırarak yeni bir hüküm vermiş olacaktır.

Konuya dair bir başka husus da cezalandırıcı tazminat hükmünün kısmi tenfizi talebinin arta kalan kısımdan feragat anlamına gelip gelmeyeceğidir. Aksinin kabulü hâlinde davacı, cezalandırıcı tazminat hükmünü parça parça tenfiz ettirebilme imkânına kavuşabilecek, bu yöntemle de mahkemenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini düşündüğü maksimum noktaya kadar taleplerini sürdürebilecektir. Bize göre bu hususa da kısmi davaya ilişkin HMK m. 109 hükmünden kıyasla yaklaşılmalıdır. HMK m. 109/3 uyarınca talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmeyecektir. Bizce bu mesele davacının olası tekrar eden ilk davasına bırakılmalı, aynı hükümden yeni bir parçanın tenfizi talepli dava, hakkın kötüye kullanılması sebebiyle, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilmelidir.

¹²⁰⁹ Yargıtay 2. HD, E. 2003/13973, K. 2004/2548, T. 02/03/2004: “Davacı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanıma ve Tenfizine İlişkin Sözleşme gereğince sadece çocuğa ilişkin nafaka yönünden kararın tenfizini talep etmiştir. Aynı sözleşmesinin 14. maddesi gereğince kararın kısmen tenfizinin istenmesi de olanaklıdır. Mahkemece Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 74. maddesi gereğince istekle bağlı kalınarak sadece çocuğa verilen nafaka yönünden tenfizine karar verilmesi gerekirken istek dışına çıkarılarak tümü yönünden tenfiz ve tanıma karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

İkinci ve üçüncü soruların yanıtları gibi gerekçeleri de ortaktır. Bu sorulara olumsuz yanıt verilmelidir. Çünkü her iki hâlde de hâkim, adeta kararı veren mahkemenin yerine geçerek davayı yeniden görmüş ve eski kararı yanlış bularak yeni bir cezalandırıcı tazminata hükmetmiş olacaktır. Bir başka ifadeyle bu iki hâlde de tenfiz hâkimi, kanunun izin verdiği şekliyle kamu düzenine aykırılığın bulunup bulunmadığının tespitiyle yetinmemiş, “eğer ki asıl mahkeme şöyle bir karar verseydi daha doğru yapmış olurdu” minvalinde bir hüküm kurmuş durumdadır. Bu yöntem de hem revizyon yasağına aykırılık teşkil edecek hem de uluslararası nezaket ilkeleri bakımından uygunsuz olacaktır.

SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız başlıca sonuçlar şöyle özetlenebilir:

Özel hukuk alanında tazminatlar yoluyla cezalandırma fikrine Hammurabi ve Hitit Kanunları'nda, kimi kutsal metinlerde ve hatta Roma hukukunda da rastlanmaktadır. Kara Avrupası hukuk sisteminde terk edilen bu anlayış, Anglo-Sakson hukukunda ise var olmaya devam etmiştir. Bu hukuk geleneğinde Kara Avrupası hukukunun aksine tazminat hukukunun amacı zararın telafisiyle sınırlı değildir. Cezalandırıcı tazminat adı verilen yaptırımla haksız fiil failine yaptığının bedeli ödetilerek, onu ve diğer kimseleri benzer eylemler gerçekleştirmekten caydırmak amaçlanmaktadır.

Tekrar bir tanım vermek gerekirse cezalandırıcı tazminat, haksız fiil sorumlusunun cezalandırılması, onun ve diğer kimselerin benzer davranışlardan caydırılması amacıyla, belirli hâllerde ve telafi tazminatına ek olarak zarar görene ödenmesine hükmedilen parasal tutardır. Modern anlamıyla tarihi 18. yüzyıl İngiltere'sindeki mahkeme kararlarına dayandırılan bu yaptırımın en tartışmalı ve meşhur uygulamalarıyla ise yakın geçmişteki Amerikan mahkeme kararlarında karşılaşılmaktadır. Her iki ülkedeki hukuk öğretisinde de bu tazminat türünün kamu hukuku-özel hukuk ayrımını bulanıklaştırdığı, davalının ceza yargılamasına hâkim olan usuli teminatlardan yoksun kaldığı, yaptırımın davacı için adeta bir talih kuşu olduğu, tazminat miktarlarının aşırılığı ve öngörülemezliği konularında yoğun eleştiriler yazılmıştır ve yazılmaya da devam etmektedir.

Türk hukuku da özel hukuk alanında cezalandırma fikrine sanıldığı kadar yabancı değildir. Bu bağlamda medeni ceza (özel hukuk cezası) kavramı dikkat çekicidir. Medeni ceza, Türk öğretisinde henüz ne teorik ne de normatif bir çerçeveye oturtulmuş durumdadır. Bu kurum günümüzde daha ziyade, Türk hukukunda çeşitli kanunlarda dağınık olarak yer alan çizgi dışı özel hukuk yaptırımlarını kategorize edebilmek adına kullanılan bir torba kavram görünümündedir. Medeni ceza nitelendirmesi yakıştırılan bu hukuki yaptırımların en belirgin ortak özelliği zarardan bağımsız olmaları, yani kimileri zarar miktarını aşan tutarlardayken kimilerine ortada bir zarar olmasa dahi hükmedilebiliyor oluşudur.

4857 sayılı İş Kanunu m. 17/6'da öngörülen kötü niyetli fesih tazminatı, m. 21/1'de düzenlenen iş güvencesi tazminatı, m. 5/6'daki ayrımcılık tazminatı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25'te öngörülen sendikal tazminat, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 67/2'deki icra inkâr ve haksız takip tazminatları, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58'de yer alan üç kat tazminat, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 783'te düzenlenen çek tazminatı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 355'te ifade bulan yeniden kiralama yasağına aykırılık tazminatı birer medeni ceza örneğidir. Kanun koyucu belirli hukuki münasebetler açısından öngördüğü bu yaptırımlarla kötü niyetli, ağır kusurlu haksız eylem failinin cezalandırılmasını, bu sayede de benzer eylemlerin önlenmesini amaçlamaktadır. Şimdilik hâlâ istisnai olarak nitelendirilebileceğimiz bu yaptırımların sayılarında tarihsel olarak bakıldığında ise bir artış eğilimi olduğu gerçektir. Gelecekte bu alanda yapılacak nitelikli akademik çalışmalarla medeni ceza kavramının sağlam bir teorik zemine oturtulması faydalı olacaktır. Bu sayede hem bu mevcut örneklerin tasnifi, yorumlanması ve uygulamaları kolaylaşacak hem de müstakbel medeni ceza hükümleri için kanun koyucu bir rehber edinebilecektir.

İngiliz veyahut Amerikan mahkemelerince hükmedilen bir cezalandırıcı tazminat kararının Türkiye'de tenfizi talep edildiğinde hâkim, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 50'deki ön şartlar ve m. 54'te yer alan asli şartlar bakımından bir değerlendirme yapacaktır. Bu bağlamda cezalandırıcı tazminat yaptırımının vasıflandırılması, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında tenfiz konusunda karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmadığı, kararı veren mahkemenin aşırı yetki kullanmış olma ihtimali ve tenfizin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği meseleleri konumuz açısından özellik arz etmektedir. Bunlardan ilki ve sonuncusu daha ziyade cezalandırıcı tazminat kurumunun kendisine ilişkin, diğer ikisi kararın verildiğini varsaydığımız İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarıyla alakalıdır.

MÖHUK m. 50'de yabancı mahkemelerin verdiği özel hukuka ilişkin kararların tenfiz edilebileceği ifade edilmektedir. Cezalandırıcı tazminat kararları ise bu bakımdan gri alanda durmaktadır. Özel hukuk mahkemelerince ve medeni usul kurallarına göre yapılan yargılamalar neticesinde hükmedilmesi, davalının

hükmedilen tutarı devlete değil, davacıya ödemesi bu yaptırımın özel hukuk alanına yaklaştırmaktadır. Amaçları bakımından ise cezalandırıcı tazminat, kamu hukukundaki anlamıyla cezalarla özdeştir. Hem karşılaştırmalı hem de milletlerarası hukuktaki genel kanı bu yaptırımın özel hukuka ilişkin olduğu yönündedir. Türk hukuku bakımından düşünecek olursak; karşılıksız çek düzenleme fiiline ilişkin olarak hem TTK m. 783/3 ile medeni ceza hem de Çek Kanunu m. 5 ile adli para cezası öngörülmüştür. Aynı şekilde rekabet engelleyici, bozucu, kısıtlayıcı fiillere karşılık olarak RKHK uyarınca hem idari para cezası hem de medeni ceza yaptırımını uygulanabilmektedir. Buradan hareketle kanun koyucunun aynı fiil için hem adli/idari para cezası hem de medeni ceza uygulanmasında bir beis görmediği söylenebilir. Çifte cezalandırma yasağına aykırılık teşkil etmemeleri sebebiyle de medeni ceza yaptırımının özel hukuk karakterinin daha ağır bastığı düşünülebilir. Kaldı ki tenfiz talebinin ön şartlar sebebiyle peşinen reddi, kuruma ilişkin asli şartlar bakımından, özellikle de kamu düzenine aykırılık bağlamında yapılabilecek faydalı tartışmaların da önünü tıkamak anlamına gelecektir. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminat kararlarının özel hukuka ilişkin olduklarının kabulü daha isabetlidir.

MÖHUK m. 54/1(a) uyarınca tenfizi istenen mahkeme kararının verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o ülke kanunlarında Türk mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmü ya da fiilî uygulamanın bulunması gerekmektedir. Çalışmamızda ele aldığımız ülkeler ile Türkiye arasında özel hukuka ilişkin mahkeme kararlarının tenfizini konu edinen bir anlaşma bulunmamaktadır. İncelemenin öncelikle MÖHUK'ta öngörülen tenfiz şartları ile Türk mahkeme kararının anılan ülkelerde tenfiz için tabi tutulacağı şartlar kıyas edilerek yapılması gerekecektir. Her iki yabancı ülkede de mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin şartlar içtihatlar yoluyla oluşturulmuştur. Ardından, Amerika Birleşik Devletleri'nde konudaki kuralları yeknesaklaştırma çalışmaları yapılmış, birçok eyalet hazırlanan model kanunları iç hukukuna dercetmiştir. Hem İngiltere'de hem de Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinde öngörülen tenfiz şartları Türk hukukundakilere oldukça paraleldir. Türk hukukunda aranan mahkeme hükmünün özel hukuka ilişkin olması, kararın kesinleşmiş olması, kamu düzenine aykırılık oluşturmaması, aşırı yetki tesisi bulunmaması, davalının savunma hakkının

ihlal edilmemesi gibi şartlar, farklı alt başlıklarda yer alsalar da bu ülke hukuklarında da aynen öngörülmektedirler. Nitekim her iki ülke bakımından da karşılıklılık şartının sağlandığına ilişkin çeşitli Yargıtay kararları mevcuttur. Ancak bunlar alelade tazminat kararlarına ilişkindir. Cezalandırıcı tazminat kararları bakımından vasıflandırma meselesi karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmaması noktasında da önem arz edecektir. Kararın verildiği ülkede kamu hukuku karakterli kabul edilmeleri dolayısıyla tenfizlerinin mümkün olmaması, Türk mahkemelerinden verilen bu nevi kararları da tenfiz etmeyecekleri anlamına gelecek ve karşılıklılık şartı sağlanmamış olacaktır. Bu ülkelerin mahkemeleri henüz böyle bir taleple karşılaşmış olmasalar da gerek ilgili öğretilerdeki görüşler gerekse de dolaylı olarak konuya temas edilen mahkeme kararlarında verilen işaretler bu yaptırımların tenfiz bağlamında da özel hukuka ilişkin kabul edileceklerine yorulabilir. Dolayısıyla bu ülkeler ile Türkiye arasında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi noktasında karşılıklılık şartının sağlandığı kabul edilmelidir.

MÖHUK m. 54/1(b)'de yabancı mahkeme ilamının dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmayan, yani aşırı yetkili bir devlet mahkemesince verilmiş olması hâlinde, davalının itiraz etmesi şartıyla, tenfiz talebin reddedileceği hüküm altına alınmıştır. Cezalandırıcı tazminat yaptırımı davacı dostu bir kurumdur. Forum ülkesinin uygulanacak hukuka da muhtemel etkisi düşünüldüğünde davacının, uyuşmazlık ve/veya taraflarla bağlantısı olan birçok ülke/eyalet mahkemesinden kendisinin en lehine olanı, örneğin evvela cezalandırıcı tazminata izin verileni, bu konuda usuli ve maddi şartları en hafif olanı, miktar bakımından üst sınır bulunmayan ya da üst sınırı en yüksek seviyede belirlenmiş olanı seçmesi muhtemeldir. Ancak bu uğurda yapılacak tercih davanın aşırı yetkili bir mahkemede görülmesine yol açabilecektir. Zira İngiliz ve özellikle de Amerikan hukukundaki kimi yetki kuralları Türk hukuku bakımından aşırı yetki kuralı olarak nitelendirilmeye müsaittir. Bu bağlamda tespit ettiğimiz İngiliz ve Amerikan hukuklarındaki “davalıya ülke/eyalet sınırları içerisinde bulunduğu esnada tebligat yapılması yoluyla genel yetki tesisi”, Amerikan hukukundaki “eyalet içerisinde iş yapma olgusuna dayalı, devamlı ve sistematik faaliyetlerden kaynaklanan genel yetki tesisi”, “eyalet içerisinde iş yapma olgusuna dayalı, doğrudan davalının

faaliyetlerinden kaynaklanmasa dahi bu faaliyetlerle ilişkili olan uyuşmazlıklarda özel yetki tesisi”, “ticari faaliyetlerin yürütüleceği eyalet siciline kayıt ile rıza gösterilen genel yetki tesisi” meselelerine dikkat edilmelidir. Dava konusu ya da davanın tarafları ile mahkeme arasındaki irtibat zayıf, geçici, tesadüfi olmasına rağmen mahkemeye yetki sağlayan, bu nitelikteki bir ilişkiyi yetki tesisi için yeterli gören bu tür kurallarla tesis edilmiş bir yetkiyle karar veren mahkemelerin verdikleri ilamların tenfizi, davalının da konuya ilişkin itirazını bildirmesi hâlinde reddedilmelidir.

MÖHUK m. 54/1(c)’de tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi tenfiz engeli sayılmıştır. Türk mahkemeleri henüz bu yönde bir istemle karşılaşmamış olsa da bu konuda kısmen tecrübeli, Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen diğer bazı ülke mahkemelerinin ret sebepleri kamu düzenine aykırılık gerekçesine dayandırılmıştır. Hatta tenfize müsaade edilen mahkemelerde de tartışmalar kamu düzenine aykırılık noktasında yoğunlaşmıştır. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi söz konusu olduğunda kamu düzeninin kapsamına esas olarak üç husus girmektedir: Birinci husus, insan haklarına ilişkin uluslararası konvansiyonlar ve Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerdir. İkinci sırada hukukun temel ilkeleri yer almaktadır. Üçüncü ve son husus ise Türk toplumunun ahlâk anlayışıdır. Cezalandırıcı tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararları açısından değerlendirmenin ilk iki hususa göre yapılması kâfidir. Yapılacak incelemede kamu düzeni kavramının iç hukuk açısından anlamı ve kapsamının, milletlerarası hukuk açısından anlamı ve kapsamından ayrılması gerektiği, milletlerarası kamu düzeninin daha dar bir kapsama sahip olduğunun unutulmaması lazım geldiği, ayrıca kamu düzeni müdahalesinin de istisnai nitelik taşıdığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Türkiye’nin de benimsediği Kara Avrupası sorumluluk hukukunda tam tazmin ve onunla yakın bağlantılı zenginleşme yasağı ilkeleri hâkimdir. Zira tazminat hukukunun asli amacının zararın telafisi olduğu kabul edilmektedir. Cezalandırmanın ise kamu hukuku alanına hasredildiği savunulmaktadır. Tam tazmin ilkesi uyarınca kural olarak sorumlu ne az ne çok, tam olarak zararı karşılamak durumundadır. Kusur, sorumluluğun doğumu için aranan bir unsur olsa dahi kapsamının

belirlenmesi bakımından önemsizdir. Bu ilkenin katı bir biçimde uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle Türk hukukunda TBK m. 51-52 hükümleriyle tazminatın belirlenmesinde hâkime bir takdir hakkı verilmiştir. Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir. Hâkimin takdir hakkını aşağı ya da yukarı yönlü kullanabileceği düşünülebilirse de bir diğer ilke olan zenginleşme yasağı buna engel olmaktadır. Bu yasağa göre tazminat, mağdurun zenginleşmesine yol açmamalıdır. Dolayısıyla Türk sorumluluk hukukunda genel kuralın “tazminat miktarı $\leq$ zarar miktarı” olduğu söylenebilir. Ancak Türk hukukunda tam tazmin ilkesinde olduğu gibi zenginleşme yasağında da katı bir uygulamadan bahsetmek mümkün değildir. Zira hem yukarıda saydığımız medeni ceza örneklerinde hem de gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kazanç devri yaptırımına ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 530’da ve bu yaptırımın çeşitli kanunlarda yer alan özel görünümünde zenginleşme yasağı bir kenara bırakılarak tam tazmin ilkesine yukarı yönlü istisnalar getirilmektedir. Bu istisnaların tümünde davacı teknik olarak zenginleşmektedir. Yine sayıları hiç de az olmayan medeni ceza örneklerinden anlaşılabileceği üzere Türk hukukunda cezalandırma kamu hukuku alanına hasredilmiş değildir. Dolayısıyla cezalandırıcı tazminata hükmedilen bir yabancı mahkeme kararının tenfizi noktasında Türk sorumluluk hukukunun genel prensipleri bakımından bir pürüz çıkmayacaktır.

İnsan haklarına ilişkin uluslararası konvansiyonlar ve Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlükler bağlamında yapılacak kamu düzeni incelemesinde ise hâkime daha çok iş düşecektir. Cezalandırıcı tazminat kurumunun ceza hukuku yaptırımlarıyla büyük benzerlikler gösteriyor oluşu, tümünün olmasa da bazı ceza hukuku prensiplerinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Zira hapis cezaları düzeyinde olmamakla beraber cezalandırıcı tazminat yaptırımının da temel hak ve özgürlüklere, bilhassa mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği tartışmasızdır. Bu noktada ilk akla gelen ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi olacaktır. Yine bu ilkeyle çok yakın ilişkili olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri önemlidir. Cezalandırıcı tazminatın şöhretini borçlu olduğu asıl husus ise özellikle Amerikan mahkemelerince hükmedilen tutarlardır. Gayet tabii bu da mülkiyet

hakkına ölçüsüzce müdahale edilmesi ihtimalini akıllara getirmektedir. Dolayısıyla tenfiz hâkiminin ölçülülük ilkesi açısından da bir değerlendirme yapması elzemdir.

Kanunilik ilkesi marifetiyle suçlar ve bu suçlara karşılık olarak uygulanacak yaptırımlar kanunlarla önceden belirlenerek kişilerin özgürlüklerine sınırlar çizilmekte, sınırlar dahilinde kalan davranışlar serbest bırakılmaktadır. Bu sayede, davranışlarına hâkim olabilmek iradesine sahip olan kişi hareketlerini biçimlendirebilmek imkânı bulmakta ve yine bu sayede ilgili kimseyi işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu sayabilmek mümkün olmaktadır. Belirlilik ilkesi uyarınca, bireyin hukuk düzeninin izin verdiği ve yasakladığı davranışların hangileri olduğunu anlayabilmesi için, yasaklamalara ve yaptırımlara ilişkin kanunların açık, sade ve anlaşılır bir dille kaleme alınması gerekmektedir. Öngörülebilirlik ilkesi ise failin, ihlalinin kanuni sonuçlarını önceden kestirebilmesini gerektirir. Tenfiz hâkimi söz konusu yaptırımın bu ilkeleri ihlal edip etmediğini denetleyebilmek için öncelikle uygulanan hukuku tespit etmelidir. Bugün birçok Amerikan eyaletinde aslen bir içtihat hukuku ürünü olan cezalandırıcı tazminata ilişkin yasal düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Bu düzenlemelerde cezalandırıcı tazminat yaptırımını gündeme getirebilecek eylemin nitelikleri, yaptırımın üst sınırı, ispat kuralları vs. açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu konuda kanunlaşma çalışması yapmamış eyaletlerde ve aynı durumdaki İngiltere’de verilmiş kararlar kategorik bir redde tabi tutulmamalıdır. Bu durumlarda katı olarak şekli bir kanunilik denetiminden ziyade belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine odaklanılmalıdır.

Ölçülülük ilkesi “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt unsurdan oluşmaktadır. Elverişlilik, temel hak ve özgürlüğe yapılacak müdahalenin arzulan amacı gerçekleştirmeye katkı sağlayıp sağlamayacağına ilişkin, gereklilik ise güdülen amaca varabilmek için daha hafif bir aracın uygulanma imkânının bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Orantılılık unsuru da amaç ve araç arasında makul bir orantının bulunmasını gerektirir. Cezalandırıcı tazminat kararları bakımından inceleme orantılılık unsuru üzerinden yapılacaktır. Bu yaptırımlar elde edilmek istenen amaç faili cezalandırmak, böylelikle yaptığıнын bedelini ödetmek ve caydırıcılık sağlamaktır. Hükmedilecek tazminat da bu amaçla orantılı, yani faili cezalandırmaya yeter seviyede olmalıdır. Bunun için kesin bir ölçüt vermek mümkün

değilse de karşılaştırmalı hukukta telafi tazminatı:cezalandırıcı tazminat oranı üzerinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Türk hukukunda cezalandırıcı nitelikte olduğu tartışmasız olan RKHK m. 58’de de zararlar, cezalandırıcı kısım arasında ilişki kurulmuş; cezalandırıcı kısmın telafi edici kısmın iki katına kadar olmasına müsaade edilmiştir. Dolayısıyla hükmedilen telafi tazminatının 2 katını aşan cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizi kamu düzenine aykırılık sebebiyle doğrudan reddedilmelidir. Bu aralıkta kalan kararlar bakımından ise hükmedilen telafi tazminatının miktarı, davalının mevcut malvarlığı, tenfizin davalının ekonomik varlığına muhtemel etkisi gibi kriterlere göre bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir. Değerlendirme sonucunda kararsız kalındığı hâllerde ise uluslararası nezaket uyarınca tenfizin esas, kamu düzeni müdahalesinin istisna olduğu göz önünde bulundurulmalı ve talep kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

“Exemplary Damages in the Law of Torts”, **Harvard Law Review**, vol. 70, no. 3, 1957, s. 517-533.

American Jurisprudence; A Modern Comprehensive Text Statement of American Law, vol. 22, 2nd ed. by David P. Van Knapp et. al., The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1988, (22 **Am. Jur. Damages**)

Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law as Developed By Reported Cases, vol. 25, ed. by William Meck, Donald J. Kiser, The American Law Co., 1941, s. 705 vd. (buradan itibaren 25 **C.J.S. Damages** olarak anılacaktır)

Department for Constitutional Affairs (DCA), **The Law on Damages CP 9/07**, May 2007.

Irish Law Reform Commission, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, LRC 60–2000.

Law Commission for England and Wales, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, Law Com. No. 247 (1997), s. 63. (**Komisyon Raporu 1997**)

Law Commission, Consultation Paper No. 132, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, 1993. (**Danışma Metni 1993**).

Ministry of Justice, **The Law on Damages: Summary of Responses**, July 2009.

Ontario Law Reform Commission, **Report on Exemplary Damages**, 1991.

Adler, Matthew H.: “If We Build It, Will They Come - The Need for a Multilateral Convention on the Recognition and Enforcement of Civil Monetary Judgments”, **Law and Policy in International Business**, vol. 26, no. 1, 1994, s. 79-112.

Akgün Akay, Merve: **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Akın, Murat Yusuf: “Türk Hukukunda Karşılıksız Çek”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1995, s. 409-434.

Akıncı, Ateş: **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hakkında Rekabetin Yatay Kısıtlaması**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2001.

Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Akipek, Jale/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş: **Kişiler Hukuku**, Cilt 1, 15. bs., İstanbul, Beta, 2019.

Aksoy, M. Nazlı: **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2004.

- Aktaş, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1-2, 2009, s. 1-25.
- Akyiğit, Ercan: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, (Akyiğit, **Kira**)
- Akyiğit, Ercan: **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Alp, Mustafa: “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2003, s. 1-40.
- Altaş, Hüseyin: **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Antalya, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c. 2, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Gökhan: “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 221-250, (Antalya, **Manevi**)

- Arat, Tuğrul: “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 1, 1964, s. 421-527.
- Arı, Zekerriyya: **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma Karar Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Arkan Akbıyık, Azra: **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999.
- Arrington, Nate: “Consent by Registration: The "Back-Door Thief””, **Arkansas Law Review**, vol. 73, no. 4, 2021, s. 771-797.
- Arslan, İlyas: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 143, 2019, s. 331-383.
- Arslan, Ramazan: **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989.
- Aslan, İsmail Yılmaz: **Rekabet Hukuku: Teori-Uygulama-Mevzuat**, 5. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın, 2017.
- Atalı, Murat/ Ersin Erdoğan: “İngiltere'den Türkiye'ye Yapılacak Adli Tebligatın Hukuki Rejimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 74, Sayı: 2, 2016, s. 591-610.
- Atiyah, P. S.: **The Damages Lottery**, Hart Publishing, 1997.

- Atlan Kazan, Hülya: “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, 2014.
- Atlan, Hülya: **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Audit, Bernard: “Le Droit International Privé en Quete d’Universalité”, **Recueil des Cours**, Tome 305, 2003.
- Ausness, Richard C.: “Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Kentucky Law Journal**, vol. 74, no. 1, 1985, s. 1-125.
- Ay, Ebru: “Amerikan Mahkemesi Tarfindan Verilen Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Hükmünün Fransa’da Tenfizine İlişkin Fransız Yargıtayı’nın 1 Aralık 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2012, s. 157-164.
- Aydemir, Efrail: **Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2016.
- Aydın, Gülşah Sinem: **Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Aydoğdu, Murat/
Nalan Kahveci: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Aydoğmuş Gisoldi,
Ayşe Yasemin: **Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.

- Aygül, Musa: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 31, Sayı: 2, 2011, s. 83-121.
- Aygün Eşitli, Ezgi: “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 104, 2013, s. 225-246.
- Bailis, Daniel S./ Robert J. Maccoun: “Estimating Liability Risks with the Media as Your Guide: A Content Analysis of Media Coverage of Tort Litigation”, **Law and Human Behavior**, vol. 20, no. 4, 1996, s. 419-429.
- Ballou, Ryan H.: “Civil Procedure—Be More Specific: Vague Precedents and the Differing Standards by Which to Apply “Arises Out of or Relates to” in the Test for Specific Personal Jurisdiction”, **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, vol. 35, no. 3, 2013, s. 663-690.
- Barker, Kit: “Punishment in Private Law: No Such Thing (Any More)”, **Punishment and Private Law**, Oxford, Hart Publishing, 2021, s. 35-62.
- Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992
- Barrett Jr., Edward L.: “The Doctrine of Forum Non Conveniens”, **California Law Review**, vol. 35, no. 3, 1947, s. 380-422.

- Baş Süzel, E.: **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme-Menfaat Devri Yaptırımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Başoğlu, Başak: “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı**, Cilt:15, Sayı: 1, 2016, s. 617-637, (Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**)
- Başoğlu, Başak: “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı: 2, 2015, s. 29-56.
- Baysal, Başak: **Haksız Fiil Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Bedau, Hugo Adam: “Bentham's Utilitarian Critique of the Death Penalty”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 74, no. 3, s. 1033-1065.
- Bedük, Mehmet
Nusret: “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, c. 1, İstanbul, 2011.
- Beever, A.: “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 23, no. 1, 2003, s. 87-110.
- Beever, Allan: “Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis”, **Justifying Private Law Remedies**, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2008.

- Beever, Allan: **A Theory of Tort Liability**, Hart Publishing, 2016.
- Behr, Volker: “Punitive Damages in America and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, **Chicago-Kent Law Review**, vol. 78, no. 1, 2003, s. 105-161.
- Belgesay, Mustafa Reşit: **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, c. 1, 2. Baskı, İstanbul, 1949.
- Belgesay, Mustafa Reşit: **İcra ve İflas Hukuku**, c. 1, İstanbul, Marifet Basım Evi, 1945.
- Benish, Kevin D.: “Pennoyer's Ghost: Consent, Registration Statutes, and General Jurisdiction After Daimler AG v. Bauman”, **New York University Law Review**, vol. 90, no. 5, 2015, s. 1609-1661.
- Berch, Jessica J.: “The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union”, **Minnesota Journal of International Law**, vol. 19, no. 1, 2010, s. 55-106.
- Bernet, Martin/ Nicolas C. Ulmer: “Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments in Switzerland”, **International Lawyer**, vol. 27, no. 2, 1993, s. 317-341.
- Beucher, Klaus J./ John Byron Sandage: “United States Punitive Damage Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 23, no. 5, 1991, s. 967-991.

- BİLGE, Necip: “Cezaî Şart”, **Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtırasına Armağan**, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s. 37-128.
- Bilgili, Fatih/ Ertan Demirkapı: **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. bs., Bursa, Dora Yayıncılık, 2019.
- Birinci Uzun, Tuba: **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Blakey, G. Robert: “Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages”, **Law and Contemporary Problems**, vol. 60, no. 3, 1997, s. 97-125.
- Blatt, Richard L./ Robert W. Hammesfahr/ Lori S. Nugent: **Punitive Damages: A State-by-State Guide to Law and Practice**, Thomson West, 2008.
- Borchers, Patrick J.: “The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From Pennoyer to Burnham and Back Again”, **University of California Davis Law Review**, vol. 24, no. 19, 1990, s. 19-105.
- Bozbel, Savaş: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Brand, Ronald A.: “Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 74, no. 3, 2013, s. 491-549, (Brand, **Federal**)

- Brand, Ronald A.: “Punitive Damages and the Recognition of Judgments”, **Netherlands International Law Review**, vol. 43, no. 2, 1996, s. 143-186.
- Brand, Ronald A.: “Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far”, **Journal of Law and Commerce**, vol. 24, no. 2, 2005, s. 181-196.
- Brand, Ronald A.: “The Continuing Evolution of U.S. Judgments Recognition Law”, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 55, no. 2, 2017, s. 277-342, (Brand, **Evolution**)
- Braslow, Norman T.: “The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damages in a Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience”, **Arizona Journal of International and Comparative Law**, vol. 16, no. 2, 1999, s. 285-360.
- Brewer, Timothy D.: “Jurisdiction in Single Contract Cases”, **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, vol. 6, no. 1, 1983, s. 1-18.
- Briggs, Adrian: **Civil Jurisdiction and Judgments**, 7th ed., Informa Law from Routledge, 2021.
- Brilmayer, Lea: **Conflict of Laws**, 2nd ed., Boston, Little Brown and Company, 1995.

- Broczowski, Brett E.: “Apparently, There Are Places Like Home: A Path to Propriety for Consent-by-Registration Jurisdiction in the Third Circuit”, **Villanova Law Review**, vol. 64, no. 1, 2019, s. 101-136.
- Buchanan, Barbara Eckert: “Comment, New Limits, New Licenses: The Impact of Adams v. Murakami on the California Punitive Damages System”, **Santa Clara Law Review**, vol. 33, no. 3, 1993, s. 735-763.
- Budak Uzunkaya, Hasret: **Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998
- Büyüksişli, Ahmet: **Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Cain, Kevin G.: “And Now the Rest of the Story; McDonald’s Coffee Lawsuit”, **Journal of Consumer & Commercial Law**, vol. 11, no. 1, 2007, s. 14-19.
- Calabresi, Guido: **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**, Yale University Press, 1970.

- Cappelletti, Marco: “Comparative Reflections on Punishment in Tort Law”, **French Civil Liability in Comparative Perspective**, Jean-Sébastien Borghetti & Simon Whittaker (eds), Hart Publishing, 2019, s. 329-352.
- Cappelletti, Marco: “Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy”, **Arizona Journal of International and Comparative Law**, vol. 32, no. 3, 2015, s. 799-848.
- Centel, Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 337-372.
- Chase, Oscar G.: “Consent to Judicial Jurisdiction: The Foundation of "Registration" Statutes”, **New York University Annual Survey of American Law**, vol. 73, no. 2, 2018, s. 159-200.
- Cheshire, G. C./ P. M. North/ J. J. Fawcett: **Private International Law**, 13th ed., UK, Butterworths, 1999.
- Christopher, Russell: “Deterring Retributivism: The Injustice of 'Just' Punishment”, **Northwestern University Law Review**, vol. 96, no. 3, 2002, s. 843-976.
- Cohen, T. H./ Kyle Harbacek: **Punitive Damages Awards in State Courts**, U. S. Dep’t of Justice, Doc. No. NCj-233094, 2011.
- Cohen, T. H.: **Punitive Damages Awards in Large Counties**, U.S. Dep’t of Justice, Doc. No. NCJ-208445, 2005.

- Colby, Thomas B.: “Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs”, **Minnesota Law Review**, vol. 87, 2003, s. 583-678.
- Colby, Thomas: “Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages”, **Yale Law Journal**, vol. 118, no. 3, 2008, s. 392-479.
- Cole, Kenneth G.: “Nature and Origin of Punitive Damages”, **Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook**, ed. Thomas J. Collin, American Bar Association, 1998, s. 1-30.
- Collier, J. G.: **Conflict of Laws**, 3rd ed., Cambridge University Press, 2001.
- Connellan, Clare/
Elizabeth Oger-Gross/
Angélica André: “Compensatory Damages Principles in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements, Underlying Principles and Limits”, **The Guide to Damages in International Arbitration**, 2nd ed., Encompass Print Solutions, 2017, s. 7-21.
- Cooter, Robert D.: “Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis”, **Law and Contemporary Problems**, vol. 60, no. 3, 1997, s. 73-91.
- Coşkun, Mahmut: **İtirazın İptali – Menfi Tespit ve İstirdat – Tasarrufun İptali – İflas ve İflasın Ertelenmesi – Sıra Cetveline İtiraz Davaları**, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, 2017, (Coşkun, İcra)

- Coşkun, Muzaffer: **Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, (Coşkun, Çek)
- Cottingham, John: “Varieties of Retribution”, **The Philosophical Quarterly**, vol. 29, no. 116, 1979, s. 238-246.
- Craswell, Richard: “Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and Its Alternatives”, **Michigan Law Review**, vol. 97, no. 7, 1999, s. 2185-2238.
- Crowe, Megan: “Can You Relate? Bristol-Myers Narrowed the Relatedness Requirement but Changed Little in the Specific Jurisdiction Analysis”, **Saint Louis University Law Journal**, vol. 63, no. 3, 2019, s. 505-524.
- Cumalıoğlu, Emre: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, s. 431-448.
- Çalışkan, Zeynep: “New York Eyalet Mahkemesi Tmsf / Erol Aksoy Tenfiz Kararının Karşılıklılık Şartı Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 659-672.
- Çelikel, Aysel/
Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. bs., İstanbul, Beta, 2021.
- Çelikel, Aysel: **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul, 1963.

- Çenberci, Mustafa: **İş Kanunu Şerhi**, 6. Baskı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986.
- Dardağan, Esra: **Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı**, Ankara, 2005.
- Demir Gökyayla, Cemile: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Demir, Kübra: “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2020.
- Demirbaş, Ali: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Demirkol, Özüm: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Deynekli, Adnan/ Sedat Kısa: **İtirazın İptali Davaları**, 2. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Dicey, A. V./ J. H. C. Morris/ Lawrence Collins: **Conflict of Laws**, 15th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012.
- Dinçkol, Ali M.: “Hitit Yasalarının Ana Çizgileri ve Eski Önasya Hukuku İle Etkileşimi”, **Anadolu Araştırmaları**, Sayı: 12, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul, 1990, s. 83-100.

- Dirican, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Dobbs, Dan B.: “Ending Punishment in Punitive Damages Deterrence-Measured Remedies”, **Alabama Law Review**, vol. 40, no. 3, 1989, s. 831-917.
- Dobbs, Dan B.: **Law of Remedies**, 2nd ed., West Publishing, 1993.
- Dodge, William S./ Wenliang Zhang: “Reciprocity in China–US Judgments Recognition”, **Vanderbilt Law Review**, vol. 53, no. 5, 2020, s. 1541-1583.
- Dodge, William S.: “The Case for Punitive Damages in Contracts”, **Duke Law Journal**, vol. 48, no. 4, 1999, s. 629-699.
- Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 4, Sayı: 11, 2006, s. 63-82.
- Doğan, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2022.
- Doğanay, İsmail: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, c. 2, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Dolunay, Ayhan: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Yıldırım Uluer’e Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s. 45-63.

- Dolunay, Ayhan: **Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Domaniç, Hayri: **Kıymetli Evrak Hukuku**, c. IV, İstanbul, 1990.
- Domingo, Rafael: “The Roman Law of Delicts: An Overview”, **SSRN Electronic Journal**, 2017, s. 1-22.
- Dönmez, Kazım
Yücel: **İş Hukukunda Tazminatlar**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008
- Dönmezer, Sulhi/
Sahir Erman: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, c. 1, 13. bs., İstanbul, Beta, 1997.
- Dönmezer, Sulhi/
Sahir Erman: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, c. 2, 12. bs., İstanbul, Beta, 1997.
- Driver, Julia: “The History of Utilitarianism”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2022 Edition)**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds), (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history>, 12 Mayıs 2023.
- Du Plessis, Paul J./
Clifford Ando/ Kaius
Tuori: **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**, Oxford University Press, 2016.

- Dubinsky, Paul R.: “The Reach of Doing Business Jurisdiction and Transacting Business Jurisdiction Over Non-U.S. Individuals and Entities”, **64 Hague Conference On Private International Law, Working Document Series (1998)**: (Çevrimiçi), https://1997-2001.state.gov/global/legal_affairs/dubinsky.html, 12 Mayıs 2023.
- Edelman, James: **Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**, Hart Publishing, 2002.
- Edwards, Paul: **The Encyclopedia of Philosophy**, vol. 7, The Macmillan Company & The Free Press, U. S. A, 1967.
- Eisenberg, Theodore et. al.: “Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study”, **Cornell Law Faculty Publications**. no. 372, 2002.
- Eisenberg, Theodore/ Geoffrey P. Miller: “The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts”, **Cornell Law Review**, vol. 98, no. 2, 2013, s. 327-382.
- Ekmekçi, Ömer: “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, 2004, s. 165-181.
- Ekonomi, Münir: **İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku**, 3. bs., İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı, 1987

- Ekşi, Nuray: “Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2010, s. 25-70, (Ekşi, Aşırı Yetki)
- Ekşi, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Public and Private International Law Bulletin**, vol. 40, no. 1, 2020, s. 143-201.
- Ekşi, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2020.
- Erdem, Bahadır: “22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 149-182.
- Erdem, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009.
- Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 897, (Eren, **Özel Hükümler**)
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008.
- Erkan, Mustafa: “Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2012, s. 11-51.
- Erkut, Celal: **Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996.
- Erlüle, Fulya: **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 3. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Erşan, Safa: “Türk Hukukunda Karşılıksız Çek Keşide Etmek Fiiline Öngörülen Yaptırımların Tarihsel Gelişimi ve Sorunları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 49, 2022, s. 455-490.
- Ertaş, Şeref: “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 65-112, (Ertaş, **Manevi**)
- Ertaş, Şeref: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1-4, 1987, s. 365-438, (Ertaş, **Tenfiz**)

Esen, Emre: “Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu’nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Public and Private International Law Bulletin**, vol. 41, no. 2, 2021, s. 581-603, (Esen, **Acente**)

Esen, Emre: “Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 27, Sayı: 1-2, 2007, s. 21-80.

Esen, Emre: “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 183-206, (Esen, **Yetki**)

Evren, Çınar: “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 967-1001.

Ezurmendia, Jesus/
Maria de los Angeles
Gonzalez: “A Comparison between the Standard of Proof Applicable in Arbitration and Formal Adjudication.” **The International Journal of Evidence & Proof**, vol. 25, no. 1, 2021, s. 3-72.

Fitzgerald, P. J.: **Salmond on Jurisprudence**, 12th ed., Sweet & Maxwell, London, 1966.

- Finch, Michael: "Giving Full Faith and Credit to Punitive Damages Awards: Will Florida Rule the Nation", **Minnesota Law Review**, vol. 86, no. 3, 2002, s. 497-564.
- Fischer, Gerfried: "Recognition and Enforcement of American Tort Judgements in Germany", **St. John's Law Review**, vol. 68, no. 1, 1994, s. 199-215.
- Galanter, Marc/ David Luban: "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism", **American University Law Review**, vol. 42, no. 4, 1993, s. 1393-1463.
- Galligan JR., Thomas C.: "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages", **Louisiana Law Review**, vol. 51, no. 1, 1990, s. 3-85.
- Garner, Bryan A./ Henry Campbell Black: **Black's Law Dictionary**, 9. Bası, St. Paul, MN: West, 2009.
- Geistfeld, Mark: "Punitive Damages, Retribution, and Due Process", **Southern California Law Review**, vol. 81, no. 2, 2007, s. 263-310.
- Genç Arıdemir, Arzu: **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008.
- Giannelli, Paul C.: **Understanding Evidence**, 3rd ed., LexisNexis, 2009.
- Gotanda, John Y.: "Punitive Damages: A Comparative Analysis", **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 42, no. 2, 2004, s. 391-444, (Gotanda, **Comparative**)

- Goudkamp, James/
Eleni Katsampouka: “Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law.” **The Modern Law Review**, vol. 84, no. 6, 2021, s. 1-37, (Goudkamp, Katsampouka, **Punitive Damages**)
- Goudkamp, James/
Eleni Katsampouka: “An Empirical Study of Punitive Damages”, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 38, no. 1, 2018, s. 90-122, (Goudkamp, Katsampouka, **Empirical Study**)
- Gökcan, Hasan
Tahsin: **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Gökçenay, Berivan: **Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Gökyayla, K. Emre: “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 282-304.
- Gönenç, F. İlçin: “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 13-28.
- Grass, Jeffery W.: “The Penal Dimensions of Punitive Damages”, **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 12, no. 2, 1985, s. 241-314.
- Graveson, R. H.: **Conflict of Laws**, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 1974.

- Gray, Christopher Berry: **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, vol. 2, Garland Publishing, 1999.
- Greco, Donato: “Italy and the Enforcement of Foreign Judgments on Third States’ Tort Liability for Sponsoring Terrorism”, **The Italian Review of International and Comparative Law**, vol. 2, no. 1, 2022, s. 123-139.
- Gül, İbrahim: “ABD Mahkemelerin Verdiği Medeni Ceza (Punitive Damages) Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2016, s. 49-77. (Gül, **Tenfiz**)
- Gül, İbrahim: “Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Sayı: 18, 2019, s. 343-372.
- Gül, İbrahim: “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2021, (Gül, **Kira**)
- Gül, İbrahim: **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Güleryüz, M. Tarık/ Ayça Zorluoğlu Yılmaz: “Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 141, 2019, s. 325-362.
- Gülseven, Hilal: **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

- Gümüş, Mustafa Alper: **“Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, (Gümüş, **Kira**)
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, c. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, (Gümüş, **Özel Hükümler**)
- Günay, Cevdet İlhan: **Cezai Şart**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Güneş, İlhami: **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. bs, 2022
- Gürsoy, Kemal Tahir: **“Manevi Zarar ve Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1, 1973, s. 7-56.
- Hacıoğlu, Caner: **“Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 3-4, 2003, s. 129-159.
- Harchut, Robert F.: **“Products Liability-Restatement (Second) of Torts-Section 402A-Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases-After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania”, Villanova. Law Review**, vol. 24, no. 5, 1979, s. 1035-1058.
- Harris, Angela P.: **“Rereading Punitive Damages: Beyond the Public/Private Distinction”, Alabama Law Review**, vol 40, no. 3, 1989, s. 1079-1116.

- Hart, H. L. A.: “The Presidential Address: I-Prolegomenon to the Principles of Punishment”, **Proceedings of the Aristotelian Society**, vol. 60, no. 1, 1960, s. 1-26.
- Hartley, Trevor C.: “Basic Principles of Jurisdiction in Private International Law: The European Union, The United States and England”, **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 71, no. 1, 2022, s. 211-226.
- Hartman, Howard A.: “Exemplary Damages a Deformity in our Law”, **Marquette Law Review**, vol. 2, no. 2, 1918, s. 57-64.
- Hay, Peter/ Patrick J. **Conflict of Laws**, 5th ed., West, 2010.
- Borchers/ Symeon C. Symeonides:
- Hekim, A./ M. B. Kaplan: “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, **Sorumluluk Hukuku, Seminerler-Makaleler**, (Editör: B. Baysal), İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 165-188.
- Henderson JR., James A.: “The Impropriety of Punitive Damages in Mass Torts”, **Georgia Law Review**, vol. 52, no. 3, 2018, s. 719-766.
- Henderson, Gerard Carl: **The Position of Foreign Corporations in American Constitutional Law: A Contribution to the History and Theory of Juristic Persons in Anglo-American Law**, vol. 2, Harvard University Press, 1918.

- Hoversten, Paul A.: “Punishment but Not a Penalty? Punitive Damages Are Impermissible Under Foreign Substantive Law”, **Michigan Law Review**, vol. 116, no. 5, 2018, s. 759-784.
- Hulbert, Richard W.: “Some Thoughts on Judgments, Reciprocity, and the Seeming Paradox of International Commercial Arbitration”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, vol. 29, no. 3, 2008, s. 641-656.
- Huysal, Burak: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2012, s. 71-101, (Huysal, **HMK**)
- Huysal, Burak: “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma Ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2011, s. 467-502, (Huysal, **Aşırı Yetki**)
- İkizler, Metin: **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler: Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- İnan, Ali Naim/ Özge Yücel: Ali Naim İnan, Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014
- İnan, Nurkut: **Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1981.

- İnceoğlu, M. Murat: **Kira Hukuku**, c. 2, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- İstemi, Mehmet: “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, c. 3, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 2684- 2722.
- Jablonski, Scott R.: “Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts - A Recent Case in the Supreme Court of Spain”, **Journal of Law and Commerce**, vol. 24, no. 2, 2004, s. 225-243.
- Jacobs, Cody: “If Corporations Are People, Why Can’t They Play Tag?”, **New Mexico Law Review**, vol. 46, no. 1, 2016, s. 1-42.
- Janeček, Václav: “Public Interest Damages”, **Legal Studies**, vol. 40, no.4, 2020, s. 589-608.
- Janke, Benjamin West/
François-Xavier
Licari: “Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fontaine Pajot”, **American Journal of Comparative Law**, vol. 60, no. 3, 2012, s. 775-804.
- Jansen, Nils: **The Structure of Tort Law**, Bilingual ed., çev. Sandy Steel, Oxford University Press, 2022.
- Kahveci, Zeynep
Ülkü: ““Sabit Aralıklı Tazminat” (Statutory Damages): Fikri Haklar Üzerinden Anlatım”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, s. 2101-2125.

- Kaminer, Matthew D.: “The Cost of Doing Business? Corporate Registration as Valid Consent to General Personal Jurisdiction”, **Washington and Lee Law Review Online**, vol. 78, no. 1, 2021, s. 55-106.
- Kandırallı Karadayı, Merve: **Çekte Düzenleyenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kant, Immanuel: **The Metaphysical Elements of Justice**, trans. John Ladd, 8. Bası, The Bobbs-Merrill Company Inc., 1981.
- Kapancı, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013,
- Kaplan, İbrahim: **Türk Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- Karaca, Ali: “İcra İnkâr Tazminatı”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 4, 1953, s. 374-380.
- Karayalçın, Yaşar: **Ticari Senetler**, 4. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Kavak, Yalçın: **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019.
- Kayançiçek, Murat: “5941 Sayılı Çek Kanunu’na İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama ve Doktrin)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 8, 2012, s. 261-292.

- Kayıhan, Şaban/
Mustafa Ünlütepe: **Medeni Hukuk Bilgisi**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Keeton, W. Page et.
al.: **Prosser and Keeton on Torts**, 5th ed., St. Paul (MN): West Group, 1984.
- Kendigelen, Abuzer: **Çek Hukuku**, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Keskin, Ayşe Dilşad: **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu Yılmaz,
Kumru: **Haksız Kazancın İadesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Hukuk**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 117, (Kılıçoğlu, **Medeni**)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 5. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, (Kılıçoğlu, **Fikrî**)
- Kılıçoğlu, Mustafa/
Kemal Şenocak: **İş Kanunu Şerhi**, c. 1, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008.
- Kırca, Çiğdem: “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, 1999, s. 242-270.

- King, L. W.: **The Code of Hammurabi**, (Çevrimiçi), <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, 12 Mayıs 2023.
- Kocaağa, Köksal: **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK.49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 141-180.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, c. 1, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Korkmaz, Abdullah Harun: **Tanıma-Tenfiz Hukukunda Yeni Eğilimler: 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Lahey Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Koşar, Günhan Gönül: “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 69, Sayı: 3, 2020, s. 1437-1473.
- Koziol, Helmut: “Punitive Damages-A European Perspective”, **Louisiana Law Review**, vol. 68, no. 3, 2008, s. 741-764.

- Köle, Mehmet: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 34, 2016, s. 39-98.
- Kuru, Baki/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz: **İcra ve İflas Hukuku**, 28. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Kuru, Baki: “İcra İnkâr Tazminatı”, **Yargıtay 100. Yıldönümü Armağanı**, İstanbul 1968, s. 760-764, (Kuru, **İcra**)
- Kuru, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku**, 1. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Küçük, Doğukan: **Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Bağlamında Sendikal Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Küçükali, Canan: **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Külüşlü, Emre: **Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Luban, David: “A Flawed Case against Punitive Damages”, **Georgetown Law Journal**, vol. 87, no. 2, 1998, s. 359-380.
- Makas, Recep: “İş Güvencesinin Muhtemel Ekonomik ve Sosyal Etkileri”, **Öneri Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 19, 2003, s. 101-107.

- Mallor, Jane/ Barry S. Roberts: “Punitive Damages: On the Path to A Principled Approach”, **Hastings Law Journal**, vol. 50, no. 4, 1999, s. 1001-1014.
- Maloney, Mark M.: “Specific Personal Jurisdiction And The "Arise From Or Relate To" Requirement ... What Does It Mean?”, **Washington and Lee Law Review**, vol. 50, no. 3, 1993, s. 1265-1301.
- Markel, Dan: “How Should Punitive Damages Work”, **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 157, no. 5, 2009, s. 1383-1484.
- Markel, Dan: “Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction”, **Cornell Law Review**, vol. 94, no. 2, 2009, s. 239-340, (Markel, **Retributive Damages**)
- Martin, Elizabeth A.: **A Dictionary of Law**. Oxford University Press, 5. bs., 2003.
- Mayss, Abba: **Principles of Conflict of Laws**, 3. ed., London, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- McCormick, Charles T.: “Some Phases of the Doctrine of Exemplary Damages”, **The North Carolina Law Review**, vol. 8, no. 2, 1930, s. 129-151.
- McMichael, Benjamin J./ W. Kip Viscusi: “Bringing Predictability to the Chaos of Punitive Damages”, **Arizona State Law Journal**, 2022 Forthcoming, U of Alabama Legal Studies Research Paper No. 3991214, s. 1-44.

- McMichael, Benjamin J.: “Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications”, **Vanderbilt Law Review**, vol. 66, no. 3, 2013, s. 961-1013.
- Meurkens, Renée Charlotte: **Punitive damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe**, [Doctoral Thesis, Maastricht University], Wolters Kluwer Business, 2014.
- Mills, Alex: “Recognition of Punitive Damages in the United Kingdom”, **Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments**, ed. by Stefania Bariatti, Luigi Fumagalli, Zeno Crespi Reghizzi, Wolters Kluwer Italia, 2019, s. 173-199.
- Mohtashami, Reza/Romilly Holland/Farouk El-Hosseny: “Non-Compensatory Damages Principles in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements, Underlying Principles and Limits”, **The Guide to Damages in International Arbitration**, 2nd ed., Encompass Print Solutions, 2017, s. 22-38.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal: **İş Hukuku**, 7. bs., Ankara, Lykeion, 2022.
- Monestier, Tanya J.: “Registration Statutes, General Jurisdiction, and the Fallacy of Consent”, **Cardozo Law Review**, vol. 36, no. 4, 2015, s. 1343-1414.

- Morris, Clarence: “Punitive Damages in Tort Cases”, **Harvard Law Review**, vol. 44, no. 8, 1931, s. 1173-1209.
- Morrison, Alan B.: “Safe at Home: The Supreme Court's Personal Jurisdiction Gift to Business”, **DePaul Law Review**, vol. 68, no. 3, 2019, s. 517-566.
- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku Esasları**, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Nadelmann, Kurt H.: “Non-Recognition of American Money Judgments Abroad and What to Do about It”, **Iowa Law Review**, vol. 42, no. 2, 1957, s. 236-264.
- Nadelmann, Kurt H.: “The United States of America and Agreements on Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments”, **Netherlands International Law Review**, vol. 1, no. 2, 1953, s. 156-172.
- Narmanlıoğlu, Ünal: **İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I**, 5. bs., İstanbul, Beta, 2014.
- Narter, Sami: **İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Narter, Sami: **Kusursuz Sorumluluk-Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Nichols Jr., A. G.: “Punitive Damages in Mississippi—A Brief Survey”, **Mississippi Law Journal**, vol. 37, 1965, s. 131-150.

- Nomer, Ergin: “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 565-578, (Nomer, **Yetki**)
- Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, 23. bs., İstanbul, Beta, 2021.
- Nomer, H. Nami: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**. İstanbul: Beta, 1996, s. 33, (Nomer, **Tazminat**)
- North, P. M.: “The Draft U.K./U.S. Judgments Convention: A British Viewpoint”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, vol. 1, no. 1, 1979, s. 219-239.
- O’Brien, John: **Conflict of Laws**, 2nd ed., London, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Oftinger, Karl/ Emil W. Stark: **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erter Band: Allgemeiner Teil 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1995.
- Oğurlu, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Turhan Tufan Yüce Armağanı**, 2001, s. 485-521.
- Oğuzman, M. Kemal/ M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, (Oğuzman, Öz, **Cilt 2**)

- Oğuzman, M. Kemal/
M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 18. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 17, (Oğuzman, Öz, **Cilt 1**)
- Oğuzman, M. Kemal/
Nami Barlas: **Medeni Hukuk**, 26. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal: **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 276, (Oğuzman, **Fesih**)
- Olgaç, Senai: **İcra İflas**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1978.
- Owen, David G.: “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, **Villanova Law Review**, vol. 39, no. 2, 1994, s. 363-413, (Owen, **Functions**)
- Owen, David G.: “Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Michigan Law Review**, vol. 74, no. 7, 1976, s. 1257-1371, (Owen, **Products Liability**)
- Ozanoğlu, Hasan
Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, 1999, s. 60-118.
- Öktem, Seda: “Çekte Müracaat Hakkı”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, c. I, İstanbul, 2007, s. 741-759.

- Öz, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989
- Öz, M. Turgut: M. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990
- Özbakan, Işıl: **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1987.
- Özbek, Mustafa: “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı: 1, 2010, s. 116-183.
- Özden Merhacı, Selin: **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Özdoğan, Mustafa/ Tuba Oymak: **6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Kira**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.
- Özel, Çağlar: “Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış”, **Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2000, s. 415-432.
- Özen, Burak/ Ozan Ali Yıldız: “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Dayalı Kazanç Devri Yaptırımının Kapsamının Belirlenmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, s. 1827-1851.
- Özer Taşkın, Özden: **Cezaî Tazminat**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

- Özgenç, İzzet: **Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)**, s. 1-25, (Çevrimiçi) <https://izzetozgenc.com/data/contents/2020-07-22-davranis-normlari-teorisi.pdf>, 12 Mayıs 2023.
- Özkök, Gülriz: “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, s. 1-18.
- Öztañ, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Öztañ, Fırat: **Kıymetli Evrak Hukuku**, 25. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Parisi, Francesco/ Marta Cenini: “Punitive Damages and Class Actions”, **Minnesota Legal Studies Research Paper**, no. 08-38, 2008, s. 1-16.
- Park, Minje: “Punitive Damages in Korea: Focusing on the Proposed Amendment to the Korean Commercial Act”, **Journal of Korean Law**, vol. 20, no. 1, 2021, s. 345-371.
- Parlak Börü, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 129, 2017, s. 195-228.
- Pekcanitez, Hakan/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes: **Medeni Usul Hukuku**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Perry, Ronen/ Elena Kantorowicz-Reznichenko: “Income-Dependent Punitive Damages”, **Washington University Law Review**, vol. 95, no. 4, 2018, s. 835-885.

- Perry, Ronen: “The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory”, **Tennessee Law Review**, vol. 73, 2006, s. 177-236.
- Pickering, Danby: **The Statutes at Large: From the Magna Charta, to the End of the Eleventh Parliament of Great Britain**, vol. 24., Cambridge Printed by J. Archdeacon, 1769.
- Polinsky, A. Mitchell/
Steven Shavell: “Punitive Damages: An Economic Analysis”, **Harvard Law Review**, vol. 111, no. 4, 1998, s. 869-962.
- Postacıoğlu, İlhan E./
Sümer Altay: **İcra Hukuku Esasları**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Priest, George L.: “The Problem and Efforts to Understand It”, **Punitive Damages: How Juries Decide**, The University of Chicago Press, 2002.
- Quarta, Francesco: “Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601”, **The Italian Law Journal**, vol. 3, no. 2, 2017, s. 277-289, (Quarta, 2017)
- Quarta, Francesco: “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, 2008, s. 753-782.
- Rado, Türkan: “Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Cilt: 18, Sayı: 1-2, 1952, s. 479-519.

- Rapoport, David E./ Paul D. Richter: **Punitive Damages After State Farm v. Campbell: The First Year**, 2004, (Çevrimiçi), <https://www.rapoportlaw.com/wp-content/uploads/sites/1200499/2020/12/PDF-PunitiveDamageAfterStateFarm.pdf>, 12 Mayıs 2023.
- Redden, Kenneth R.: **Punitive Damages**, Michie Company, 1980.
- Reisoğlu, Seza: **Çek Hukuku**, Ankara, 2011.
- Rendleman, Doug: “A Cap on the Defendant's Appeal Bond?: Punitive Damages Tort Reform”, **Akron Law Review**, vol. 39, no. 3, 2006, s. 1089-1170.
- Rendleman, Doug: “Common Law Punitive Damages: Something for Everyone”, **University of St. Thomas Law Journal**, vol. 7, no. 1, 2009, s. 1-24.
- Rensberger, Jeffrey L.: “Consent to Jurisdiction Based on Registering to Do Business: A Limited Role for General Jurisdiction”, **San Diego Law Review**, vol. 58, no. 2, 2021, s. 309-378.
- Rhodes, Charles W. “Rocky”/ Cassandra Burke Robertson: “A New State Registration Act: Legislating a Longer Arm for Personal Jurisdiction”, **Harvard Journal on Legislation**, vol. 57, no. 2, 2020, s. 377-437.
- Rhodes, Charles W. “Rocky”: “Clarifying General Jurisdiction”, **Seton Hall Law Review**, vol. 34, no. 3, 2004, s. 807-920.

- Rhodes, Charles W. “The Predictability Principle in Personal Jurisdiction “Rocky”:
Doctrines: A Case Study on the Effects of a Generally Too Broad, but Specifically Too Narrow Approach to Minimum Contacts”, **Baylor Law Review**, vol. 57, no. 1, 2005, s. 135-242, (Rhodes, **Predictability**)
- Riggs, Robert E.: “Constitutionalizing Punitive Damages: The Limits of Due Process”, **Ohio State Law Journal**, vol. 52, no. 3, 1991, s. 859-917.
- Robbennolt, Jennifer K.: “Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform”, **Buffalo Law Review**, vol. 50, no. 1, 2002, s. 103-203.
- Rose, Flavio: “Related Contacts and Personal Jurisdiction: The "But for" Test”, **California Law Review**, vol. 82, no. 6, 1994, s. 1545-1594.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Rustad, Michael L.: “The Closing of Punitive Damages' Iron Cage”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 38, no. 3, 2005, s. 1297-1420.
- Rustad, Michael/ Thomas Koenig: “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, **American University Law Review**, vol. 42, no. 4, 1993, s. 1269-1333.

- Sakmar, Ata/ Nuray Ekşi: “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında Ab Konsey Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 721-744.
- Sakmar, Ata: **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Saladino, Maria Veronica: “The Enforcement of Punitive Damages Awards Between United States and Europe: An Introduction for U.S. Practitioners”, **The International Lawyer**, vol. 53, no. 3, 2019, s. 469-490.
- Sales, James B./ Kenneth B. Cole Jr.: “Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins”, **Vanderbilt Law Review**, vol. 37, no. 5, 1984, s. 1117-1172.
- Sanders, Craig: “Of Carrots and Sticks: General Jurisdiction and Genuine Consent”, **Northwestern University Law Review**, vol. 111, no. 5, 2017, s. 1323-1346.
- Sanlı, Kerem Cem: “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, Kayseri**, s. 197-262, (Sanlı, **Rekabet**)
- Sanlı, Kerem Cem: **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007.
- Sargın, Fügen: **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

- Sarı, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri: Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011
- Sarıkaya, Murat: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2019, s. 59-90.
- Saruhan, Utku: “Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 37, 2019, s. 353-382.
- Saymen, Ferit Hakkı: **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940.
- Schubert, Frank August: **Introduction to Law and the Legal System**, 11th ed., Cengage Learning, 2014.
- Schubert, William: **Simplifying Punitive Damages in the U.S.: Due Process and the Pursuit of Manageable Awards and Procedures**, Loyola University Chicago School of Law, 2010, s. 2-3, (Çevrimiçi), <https://silo.tips/download/simplifying-punitive-damages-in-the-us-due-process-and-the-pursuit-of-manageable>, 17 Mayıs 2023.
- Schutze, Rolf A.: “The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany”, **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, vol. 11, no. 3, 1990, s. 581-602.
- Schwartz, G.: “The Myth of the Ford Pinto Case”, **Rutgers Law Review**, vol. 43, 1991, s. 1013-1068.

- Sebok, Anthony J./ Vanessa Wilcox: “Aggravated Damages”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 257-274.
- Sebok, Anthony J.: “Deterrence or Disgorgement? Reading Ciralo After Campbell”, **Maryland Law Review**, vol. 64, no. 1, 2005, s. 541-572.
- Sebok, Anthony J.: “Punitive Damages in United States”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 155-196.
- Sekmen, Orhan: **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.
- Serozan, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 14, 1977, s. 93-112.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Sezişli, Vildan: **Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2021.
- Shah, Sanjit S.: “Can Punitive Damages Withstand a Due Process Challenge After Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw and BrowningFerris Industries of Vermont v. Kelco Disposal?”, **Fordham Urban Law Journey**, vol. 18, no. 1, 1990, s. 121-151.

- Shander, Barbara J.: “Punitive Damages-Addressing the Constitutionality of Punitive Damages in the Third Circuit”, **Villanova Law Review**, vol. 39, no. 4, 1994, s. 1105-1133.
- Shapiro, Stephen J.: “Overcoming Under-Compensation and Under-Deterrence in Intentional Tort Cases: Are Statutory Multiple Damages the Best Remedy?”, **Mercer Law Review**, vol. 62, no. 2, 2011, s. 449-499.
- Sharkey, M.: “Punitive Damages as Societal Damages”, **The Yale Law Journal**, vol. 113, no. 2, 2003, s. 347-453.
- Shurtz, Russell D.: “www.international_shoe.com: Analyzing Weber v. Jolly Hotel's Paradigm for Personal Jurisdiction in Cyberspace”, **Brigham Young University Law Review**, vol. 1998, no. 4, 1998, s. 1663-1708.
- Silberman, Linda: “The End of Another Era: Reflections on Daimler and Its Implications for Judicial Jurisdiction in the United States”, **Lewis and Clark Law Review**, vol. 19, no. 3, 2015, s. 675-692.
- Sökmen Güler, Ekin: “Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 2629-2658.
- Spencer, Benjamin: “Jurisdiction to Adjudicate: A Revised Analysis”, **The University of Chicago Law Review**, vol. 73, no. 2, 2006, s. 617-672.

- Strong, S. I.: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in U.S. Courts: Problems and Possibilities”, **The Review of Litigation**, vol. 33, no. 1, 2014, s. 45-144.
- Sugarman, Stephen D.: “Doing Away with Tort Law”, **California Law Review**, vol. 73, no. 3, 1985, s. 555-664.
- Sunar, Gülcan: **İcra Hukukunda İcra Tazminatı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995.
- Sunstein, Cass R./ Daniel Kahneman/ David Schkade: “Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)”, **Yale Law Journal**, vol. 107, 1998, s. 2071-2153.
- Sur, Melda: **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi: **Türk Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması**, Konya, Mimoza Yayınları, 1997.
- Süzek, Sarper: **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1976.
- Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.
- Süzen, Begüm: **Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Şahin, Murat: **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018
- Şanlı, Cemal “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 16, Sayı: 1-2, 1996, s. 71-82.
- Şanlı, Cemal/ Emre **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, İstanbul, Beta, 2021.
Esen/ İnci Ataman
Fıganmeşe:
- Şensöz Malkoç, Ebru: **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Şit, Banu: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2011, s. 61-74.
- Taliadoros, Jason: “The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History”, **Cleveland State Law Review**, vol 64, no. 2, 2016, s. 251-302.
- Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tanrıver, Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt 1, Ankara, 2016.

- Tarman, Zeynep
Derya: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, **Public and Private International Law Bulletin**, vol. 37, no. 2, 2017, s. 798-820.
- Taylar, Yıldırım: “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyayı Cezasının Anayasa’ya Uygunluk Sorunu”, **30. Türkiye Maliye Sempozyumu**, Türkiye, 20-24 Mayıs 2015, s. 137-176.
- Tekin, Derya: “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 147, 2018, s. 48-60.
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. bs., İstanbul, Arıkan, 2005.
- Tekinay, Selahattin
Sulhi v.d.: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Terzioğlu, Ahmet: “İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar” **Kamu-İş**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008.
- Thompson, S. D.: “Liability of Corporations for Exemplary Damages”, **Central Law Journal**, vol. 41, 1895, 309-311.
- Tiryakioğlu, Bilgin: **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

- Tokgöz, Begüm: “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 431-467.
- Tolani, Madeleine: “U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public”, **Annual Survey of International & Comparative Law**, vol. 17, no. 1, 2011, s. 185-207.
- Topçuoğlu, Metin: **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Başak Matbaacılık, 2001.
- Tosun, Öztekin: “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 27, Sayı: 1-4, 1961, s. 45-61.
- Tunçomağ, Kenan/
Tankut CENTEL: **İş Hukukunun Esasları**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2018.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963.
- Turack, D. C.: “Precontractual Liability in the United States of America: A National Report”, **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, 1990, s. 115-130.
- Turan Başara, Gamze: **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

- Tülay, Muhammed Emre: “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2715-2736.
- Türk, Ahmet: **Menfi Tespit Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Tütüncübaşı, Uğur: “Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 1525-1551.
- Twitchell, Mary: “The Myth of General Jurisdiction”, **Harvard Law Review**, vol. 101, no. 3, 1988, s. 610-681.
- Twitchell, Mary: “Why We Keep Doing Business with Doing-Business Jurisdiction”, **University of Chicago Legal Forum**, vol. 2001, no. 1, 2001, s. 171-214, (Twitchell, **Doing-Business**)
- Uçaryılmaz, Talya Şans/ Haluk Emiroğlu: “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 69, Sayı: 2, 2020, s. 835-868.
- Uslu, Ebubekir: **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta, 2006.

- Uyar, Talih: “İcra İnkâr Tazminatı”, **Bursa Barosu Dergisi**, Sayı: 25-26, 1986, s. 2-4.
- Uzunallı, Sevilay/ Ali Haydar Yıldırım: **Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- Vanleenhove, Cedric: **Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union**, Intersentia, 2016.
- Villarrea, Luis Ernesto Aguirre: **Integration Of Punitive Damages Into Countries With A Civil Law System: Mexico's Case**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tulane University, 2008.
- Visscher, Louis T.: “Economic Analysis of Punitive Damages”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 219-236.
- Von Mehren, Arthur T./ Donald T. Trautman: “Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis”, **Harvard Law Review**, vol. 79, no. 6, 1966, s. 1121-1179.
- Vuraloğlu, Mehmet Oğuz: **Borçlar Hukukunda Zararın Varlığı Şartından Bağımsız Ödeme Yaptırımları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Wade, J. A.: “Actions in personam–Assumed Jurisdiction of the English Court”, **Netherlands International Law Review**, vol. 21, no. 1, 1974, s. 1-20.

- Walen, Alec: “Retributive Justice”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2021 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.), (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/justice-retributive>, 12 Mayıs 2023.
- Walther, David L./ Thomas A. Plein: “Punitive Damages- A Critical Analysis: Kink v. Combs”, **Marquette Law Review**, vol. 49, no. 2, 1965, s. 369-386.
- Watt, Brian P./ W. Alex Smith: ““At Home” In Georgia: The Hidden Danger of Registering to do Business in Georgia”, **Georgia State University Law Review**, vol. 36, no. 6, 2019, s. 1-15.
- Weber, Mark C.: “Purposeful Availment”, **South Carolina Law Review**, vol. 39, no. 4, 1988, s. 815-872.
- Wegen, Gerhard/ James Sherer: “Germany: Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Awarding Punitive Damages”, **International Legal Materials**, vol. 32, no. 5, 1993, s. 1320-1346.
- Weinrib, E. J.: “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, **Chicago-Kent Law Review**, vol. 78, no.1, 2003, s. 55-103.
- Wilcox, Vanessa: “Punitive Damages in England”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, H. Koziol & Vanessa Wilcox eds., Vienna, Springer, 2009, s. 7-53.
- Williams, Glanville: “The Aims of the Law of Tort”, **Current Legal Problems**, vol. 4, no. 1, 1951, s. 137-176.

- Wolff, Martin: **Private International Law**, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1950.
- Yağcıoğlu, Burcu: **Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.
- Yasaman, Hamdi: “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 805-819.
- Yasan Tepetaş, Candan: **İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Yavuz, Levent/
Türkay Alıca/ Fethi Merdivan: **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, c. 2, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.
- Yayvak Namlı, İrem: **İş Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Yelkenci, Işıl: “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 28, Sayı: 2, 2022, s. 1176-1212.
- Yıldırım, Ali Haydar: “Çek Cezası (TTK 783/3)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 3449 – 3506.

- Yıldırım, Zeki/ Ekrem Çetintürk: “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 103, 2012, s. 27-84.
- Yıldız, Gaye Burcu: **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Yılmaz, Ejder: “İcra Tazminatı”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt 2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, (Yılmaz, **İcra**)
- Yiğit, İlhan: **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Zekoll, Joachim/ Wiebke Voß: “The Conflict Between American Punitive Damages and German Public Policy—a Reassessment”, **Virginia Journal of International Law**, vol. 61, no. 1, 2020, s. 31-50.
- Zekoll, Joachim: “Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany”, **The American Journal of Comparative Law**, vol. 37, no. 2, 1989, s. 301-336, (Zekoll, **Product Liability**)
- Zevkliler, Aydın v.d.: **Medeni Hukuk**, 8. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Zeynalova, Yuliya: “The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is It Broken and How Do We Fix It?”, **Berkeley Journal of International Law**, vol. 31, no. 1, 2013, s. 150-205.

Çevrimiçi Kaynaklar:

(Çevrimiçi), <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/retribution>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/retribution>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://izzetozgenc.com/data/contents/2020-07-22-davranis-normlari-teorisi.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/justice-retributive>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14-15/65/section/13>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/97>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37/schedule/A1/paragraph/12>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/section/34>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/7/section/51>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/2/section/48>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/30/section/125>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/69/enacted>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/41/section/8>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/section/1>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part16>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/24-25/41/contents>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://www.wilsonelser.com/writable/files/Legal_Analysis/Downloads/wilson-elser-punitive-damages-review-2018.pdf?hsCtaTracking=25919bf5-5435-4eea-af65-97ee3e4ef2ef%7C070b6c96-9192-4146-8a17-21cf4abbd8c2, 20 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/56f56e83-5377-4dbe-a878-5f734839c05e>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22007A1221%2803%29>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0156>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/bacf7323-9337-48df-9b9a-ef33e62b43be.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://1997-2001.state.gov/global/legal_affairs/dubinsky.html, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Jurisdiction/LongArmSurvey.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/7e92b6a1-1eff-4567-ae95-9b8e93104c9e.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.wolterskluwer.com/-/media/project/wolterskluwer/oneweb/www/grc/files/pdf/ct-corporation/ct-corporation-what-constitutes-doing-business-2020.pdf?rev=cd26f296b05f4a539b45e14fdb4b2aac&hash=678E304DF4EEAE3EB555BCA0CD704C5E>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.dos.pa.gov/BusinessCharities/Business/RegistrationForms/Documents/Updated%202017%20Registration%20Forms/Foreign%20Associations/15-412%20Foreign%20Registration%20Statement.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <http://www.jstor.org/stable/838592>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://higherlogicdownload.s3-external-1.amazonaws.com/UNIFORMLAWS/589ebee7-7abd-5600-cf34-cd354189c6d2_file.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAVRDO7IEREB57R7MT&Expires=1683849624&Signature=aufwSubdzr4UBdzUc%2FnYEMMDe0I%3D, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi) <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?communitykey=ae280c30-094a-4d8f-b722-8dcd614a8f3e>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/a0062ce0-96bb-4132-9cc3-65f0671c370f.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://assets.hcch.net/docs/e1eebb4d-d456-4da4-a019-cd5ce9338391.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=316, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020094937009_tur.pdf, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2018/02/PRODUCT-LIABILITY-LAW-CHART.pdf>, 12 Mayıs 2023.

(Çevrimiçi), https://www.uslaw.org/wp-content/uploads/2022/01/2019_50-State-Analysis-of-Liability-Damages-Caps-Compendium.pdf, 29 Temmuz 2023.