

Anayasa Mahkemesi'nin "Mobbing" Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi

*Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Giriş

Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15 Nisan, 17 Temmuz, 15 Ekim 2014 ve 26 Şubat 2014⁵ tarihlerinde verdiği toplam sekiz kararda "mobbing" kavramı (iş yerinde psikolojik taciz) yer almaktadır. Başvurucuların cinsiyetine göre yapılan tasnifte, mobbingin cinsiyetler arası eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bir muamelenin izdüşümü olabileceği yönünde kesin bir tespit yapmak mümkün görünmemektedir. Sekiz başvurucudan bir tanesinin ismi Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesinin i) bendi uyarınca gizli tutulmuşken, dört başvuru kadın, üçü ise erkektir¹.

Bu kısa değerlendirmede ele alınan sekiz kararın somut olguları itibarıyla, verilen kabul edilemezlik kararlarının doğruluğu tartışmasız olmakla birlikte, kabul edilemezlik kararları verilirken Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı gerekçeler, benzer davalarda derece mahkemeleri açısından yön gösterici bir niteliğe de sahip olmak zorunda olduğundan, gerekçede belirtilmiş ya da dikkate alınması gerektiği halde tartışılmamış olan hususlar, bu değerlendirmenin ana temasını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunanların bazıları özel sektörde, bazıları ise kamu sektöründe çalışmaktadır. İhlal edildiğini ileri sürdükleri temel hak ve özgürlükler, ihlal iddialarını dayandırdıkları eylemler ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kabul edilemezlik kararlarının gerekçelerine bakıldığında öncelikle şu saptamalarda bulunulabilir:

1 2012/1213 (I.Y.); 2013/8175 (Mesut Özbezen); 2013/997 (Kamil Çakır); 2013/6229 (Şehnaz Ayhan); 2013/5680 (Aslı Kırmızı Demirseren); 2013/2284 (Işıl Yaykır); 2013/3512 (Emel Leloğlu); 2014/12984 (Ümit Yalçın).

1. Başvurucular ağırlıklı olarak Anayasa'nın 17. ve 36. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler². Sayılan hakların yanı sıra Anayasa'nın 10., 11, 41. ve 129. maddesi³ ile 20. maddeyi de⁴ ihlal iddiasının dayanağı olarak gösteren başvurular mevcuttur.

2. Hak ihlaline temel teşkil ettiği ileri sürülen eylemler ise şu başlıklar altına toplanabilir:

a) Başvurucu işe başlarken kendisine verilen tüm yetkilerin daha sonra elinden alınmış olması ve bu suretle istifa etmeye zorlanması⁵; niteliklerinin ve statüsünün altında işleri yapmaya zorlanma⁶,

b) Alt kademedeki personel önünde küçük düşürücü eylem ve faaliyetlerde bulunulması⁷; sistematik olarak aşağılayıcı muamele⁸; özel hayatına ait bilgilerin toplanması⁹,

c) Hakkında dayanaksız disiplin soruşturması açılması¹⁰; hak taleplerinin disiplin cezalarına dayanak teşkil etmesi¹¹,

d) Şahsiyetini zedeleyici söz ve eylemler nedeniyle büyük üzüntü ve psikolojik çöküntüye neden olunması¹²; çalışma şevkinin kırılması ve ruh sağlığının bozulması¹³; manevi olarak ağır acı ve ızdırap çekilmesi¹⁴; kendisine cinsel tacizde bulunulduğu iddiasıyla yaptığı tüm başvurulara kayıtsız kalındığı ve herhangi bir işlem yapılmadığından ruh sağlığının bozulduğu¹⁵,

e) Hakkında verilen dört göreve iade kararının uygulanmaması, hakkında sürekli disiplin soruşturması açılarak, yıldırma ve cezalandırma

2 2013/8175; 2013/6229; 2013/5680; 2012/1213; 2013/3512; 2014/12984.

3 2013/997.

4 2014/12984; 2013/2284. Ancak bu kararda belirtilmesine rağmen AY 20. maddesiyle ilgili ayrı bir inceleme yapılmamıştır (§ 38).

5 2013/8175, § 5; 2013/3512, § 5.

6 2013/3512, § 5 (Müdür yardımcısı olan başvuruçunun hademe ve nöbetçi öğretmenin yapacağı işleri yapmaya zorlanması).

7 2013/8175, § 5.

8 2013/5680 § 13.

9 2013/2284, § 6.

10 2013/6229, § 5; 2013/5680, § 13.

11 2012/1213, § 14.

12 2013/8175, § 5.

13 2013/6229, § 5.

14 2013/5680, § 6.

15 2014-12984, § 16.

amacıyla görev yerinin değiştirilmesi ve on beşe yakın farklı birimde görevlendirilmesi¹⁶,

f) Diğer çalışanlarla iletişiminin kesilmesine neden olacak şekilde davranılması¹⁷; hakkında dedikodu yapılması¹⁸,

g) Fiziki koşulları uygun olmayan yerlerde görev yapmak zorunda bırakılma¹⁹.

3. Anayasa Mahkemesi,

a) Başvurucuların, şikayetleri sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına ve yapılan itirazın reddine ilişkin kararlar ile bunların gereksiz olmalarına yönelik itirazlarına, Anayasa'nın 148/III maddesi uyarınca ancak AY 36 ile AİHS 6. maddenin "ortak koruma alanına" giren hakların ihlal iddiasının konusu olabileceği yönündeki yerleşik içtihadıyla cevap vermektedir. Buna göre, "hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır (B. No. 2012/917, 16/4/2013, § 21)".²⁰ "Bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, adil yargılanma hakkının koruma alanı dışında kalmaktadır"²¹. Bu nedenle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle ret kararı verilmektedir.

b) Bunun yanı sıra Mahkeme'ye göre, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar, ceza davasıyla sınırlı bir sonuca sahip olup hukuk yargılaması bakımından bağlayıcı bir etkiye sahip değildir²².

c) AİHS'nin 3. maddesi kapsamında düzenlenen aşağılayıcı muamele yasağının, "mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği" belirtilmekte²³, **Anayasa'nın 17/III** fıkrasında

16 2013/6229, § 11; 2013/3512, § 5.

17 2013/8175, § 5.

18 2013/3512, § 5.

19 2013/6229, § 11.

20 2013/8175, § 20; 2014/12984, § 25.

21 2013/8175, § 21; 2013/5680, § 24.

22 2013/8175, § 22.

23 2013/5680, § 32.

yer alan işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele ya da cezanın varlığı araştırılırken ise, “muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörlerin önem taşıdığı belirtilmektedir. Somut olaydaki veriler ışığında, belirtilen ağırlık eşliğinin altında kalan muamele ve eylemlerin ise, diğer haklar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür”²⁴ denilmektedir. İhlal iddiası değerlendirilirken, “mağdurun subjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması” gerektiği vurgulanmaktadır²⁵.

Sıralanan bu genel ilkelerin somut olaya uygulanmasında ise neredeyse birörnek şekilde “eylemlerin başvuru üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte (...) muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından, başvurunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa’nın 17/III maddesinin kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşğin aşılmadığına” karar verilmektedir²⁶.

Ancak başvurunun üst ya da orta düzeyde görev yapmasının mı, yaşlı ya da genç olmasının mı asgari eşğin altına kalınmasına neden olduğu, gerekçelerden anlaşılamamaktadır. Müdür yardımcısı bir kadın öğretmenin maruz kaldığı sistematik tacizlerin “yetişkin bir birey olması ve mesleki statüsü” nedeniyle asgari eşği aşmadığına hükmedilmiştir²⁷. Bir üniversitede genel sekreter olarak çalışmakta iken, yaklaşık on beş kez görev yeri değiştirilen, hakkında dayanaksız disiplin soruşturmaları açılan, hakkında verilen göreve iadeye ilişkin mahkeme kararları defaten uygulanmayan, fiziki koşulları uygun olmayan yerlerde çalışmaya zorlanan bir başvurunun, bu eylemler dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilmesi muhtemel olmakla birlikte, “kamu görevlisi olması, yaşı ve mesleki statüsü” de nazara alındığında, AY 17/III’ün ihlali için gerekli olan “asgari eşğin” aşılmamış olduğuna karar verilmiş²⁸, ancak başvurunun bu idari eylemlere neden ve ne ölçüde katlanması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

24 2013/8175, § 30.

25 2013/8175, § 32; 2013/6229, § 23; 2013/5680, § 33.

26 2013/8175, § 33; 2013/6229, § 26; 2012/1213, § 36; 2014/12984, § 55.

27 2013/3512, § 31; 2012/1213, § 34.

28 2013/6229, § 26.

Aynı şekilde okul idaresinin başvuru hakkında yaptığı bir dizi olumsuz eylem ya da işlem, “*münferit hadiseler*” olarak nitelendirilmekte²⁹, ancak bir kamu görevlisinin hangi türden hukuka aykırı eylemlere ve neden katlanması gerektiği, yaşı ve statüsünün bu katlanma zorunluluğunu ne şekilde gerektirdiği yönünde bir somutlaştırma yapılmamaktadır. Bu nedenle asgari eşige ilişkin ölçütlerin başvuru bakımından kişiselleştirilmesinden bahsetmek mümkün değildir.

İş psikoloğundan alınmış olan raporla, mobbing sürecinin her aşamasında tamamlandığı yönündeki kanıtlar, maruz kalınan psikolojik şiddet nedeniyle bir süre görülen tedaviye ilişkin belgeler³⁰ ya da İ.Ü. Tıp Fakültesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalının raporuyla ispatlanan, başvurucuda belirlenen travma sonrası stres bozukluğu ve anksiyeteli major depresyon klinik tanılarının başvuru aktarmış olduğu işyerinde yaşadığı psikolojik taciz ve yıldırma davranışları öyküsü ile uyumlu olduğu yönündeki tespitler, ilkelerin kişiselleştirilmesinde dikkate alınmamış ve asgari ölçütün aşılması yeterli görülmemiştir³¹.

d) Anayasa'nın 17/I maddesine göre yapılan incelemede ise, devletin kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma konusunda etkili bir hukuki koruma, yani usuli açıdan idari ve yargısal makamların etkili ve adil kararlar verebilmesini sağlama yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, devletin pozitif yükümlülüğünün sadece cezai korumaya hasredilemeyeceğini, tazminat gibi hukuki bir korumanın da mümkün olduğunu ve hukuk sistemimizde “*hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğunu*”³² belirtmektedir.

e) Mahkeme, AY 17/I'in koruma alanının AIHS madde 8. maddede güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık” geldiğini belirtmekle

29 2013/5680, § 34; 2012/1213, § 34. Başvurucunun da katıldığı bir resim sergisinde resimlerinin fotoğrafının çekilmesi ve sağlık durumu hakkında sorular sorulması da “sistematik bir muamele tarzına işaret etmediğinden” münferit hadise olarak kategorize edilmiştir. Bkz. 2012/1213, § 36.

30 2013/3512, § 11.

31 2013/5680, § 13; 2013/8175, § 12.

32 2013/8175, § 40; 2013/6229, § 33.

birlikte³³, bu argüman zincirinden sonra, eğer başvuru ceza muhakemesi yolu dışında hukuk davası açma yoluna gitmemişse, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle ret kararı vermektedir³⁴.

I. Mobbing Kavramı ve Türk Hukukunda İlgili Mevzuat Hükümleri

Anayasa Mahkemesi “*mobbing*” kavramının açık bir tanımını yapmamakla birlikte, “*mobbing teşkil eden ve psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma türünden davranış grubu olarak kabul edilen*” eylemlerden söz etmektedir³⁵. Bilimsel literatürde de değişik disiplinlerin perspektifinden farklı tanımlar yapılmıştır. Mobbing konusunda disiplinler üstü bir etkiye sahip olan İsveçli araştırmacı Leymann’a göre ise mobbing, “*Bir veya birkaç kişi tarafından diğer bir kişiye yönelik olarak, bu kişinin çaresiz ve savunmasız bir konuma itilmesini ve devam eden mobbing hareketleri sayesinde bu konumda kalmasını sağlayan sistemli, düşmanca ve gayri ahlâki bir iletişim kullanarak uygulanan bir tür psikolojik terör*”dür³⁶. Bilimsel literatürde mobbing araştırmalarının özellikle iş yerlerinde çalışanlar ve okullarda öğrenciler arasındaki psikolojik teröre yoğunlaştığı görülmektedir. İş yerlerindeki mobbing ise genel psikolojik terör ile cinsel tacize eşlik eden psikolojik terör olmak üzere iki alt başlık halinde ele alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin bugüne dek önüne gelen davalarda cinsel taciz iddiası sadece bir kez ileri sürülmüştür³⁷. Ancak kararın olaylar kısmındaki açıklamalardan, varlığı ileri sürülen hareketin cinsel taciz olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ne Anayasa Mahkemesi tarafından, ne de başvuru merciler tarafından tartışılmamıştır. Bu nedenle incelenen kararların gerekçelerindeki ölçütlerin değerlendirilmesinde sadece iş yerinde psikolojik terörle ilgili mevzuat ve içtihat dikkate alınmıştır. Üzerinde yoğunlaşılacak uluslararası ve ulusal mevzuat, iş hukuku, borçlar hukuku ile ceza hukuku alanına ilişkindir. Mevzuatı ele almadaki asli amaç, anayasaya uygun yorumlanması gereken bu normların AY 17 ve 20 / AİHS 3 ve 8 ile ilişkisini ortaya koymak ve muhtemel ihlal iddialarının hangi çerçevede ele alınması gerektiğini saptamaya çalışmaktır.

33 2013/6229, § 21.

34 2013/5680, 43-44; 2014-12984, § 63-64.

35 2013/8175, § 39.

36 Heinz Leymann, “The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, s. 166’dan çeviren ve aktaran Zeynep Duygu Ulusoy, “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s. 134.

37 2014-12984.

Türk hukuk sisteminde mobbing ile ilgili mevzuatın ne olduğu ve ne oranda Anayasa'nın 17. ve 20. maddesinde güvence altına alınan haklarla ilişkili olduğu değerlendirilirken, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden başlamak yerinde olacaktır.

II. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler

Türkiye açısından bağlayıcı olan Birleşmiş Milletler düzeyindeki ilk normatif düzenleme, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) kapsamında kabul edilen “İş Güvenliği ve Sağlığı Kuralları”dır (*International Occupational Safety and Health Code*). Bu kurallar, ILO Sözleşmesi No. 155 ve buna ilişkin Öneri No. 164 ile (Recommendation) Sözleşme No. 187'den oluşmaktadır.

“İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 numaralı Sözleşme” 16.3.2004'te onaylanmış³⁸ olup 3. maddesinin e) bendinde “sağlık” terimi, işle bağlantısı açısından, sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil, aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlik ile doğrudan ilişkili olarak “sağlığı etkileyen” fiziksel ve “zihinsel unsurları” da kapsar” denilerek, kişinin Anayasa'nın 17/I maddesi kapsamında korunan “manevi bütünlüğünü” iş alanına aktarmıştır.

164 no'lu Öneri'nin 3. maddesinin e) bendi ise, 155 nolu Sözleşme'nin 4. maddesine atıfla taraf devletleri “çalışanları iş koşullarından kaynaklanan fiziksel ya da zihinsel tehlikelere karşı korumakla” yükümlü kılmakta; 10. maddede ise bu amaca ulaşmak için gerekli olan eylem planının çerçevesini çizmektedir.

187 no'lu “İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi” ise 8.10.2013'te onaylanmış olup³⁹ 1 d), 4 ve 5. maddelerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak taraf devletlerin yükümlülüklerini ve kurumsal güvenceleri saymaktadır .

Bunun yanında ikiz sözleşmeler olarak da anılan BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (madde 17) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de (madde 7 b) ve 12/I mobbing ile ilgili ihlal iddialarında dayanan diğer normatif düzenlemeler arasında yer almaktadır.

38 Bakanlar Kurulu kararı No. 2004/6958, Resmi Gazete (16.3.2004).

39 Bakanlar Kurulu kararı No. 2013/5356, Resmi Gazete (8.10.2013).

Avrupa Konseyi Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nin uygulanmasını gözettiği *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*'nın Türkiye tarafından çekince konmaksızın imzalanan 26. maddesi ise “*onurlu çalışma hakkı*”nı düzenlemektedir. Maddeye göre taraf devletler, “*tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,*

1- *Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgileneceği ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;*

2- *Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgileneceği ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler”.*

Literatürde maddenin 2. bendinin, psikolojik taciz olarak da adlandırılan mobbinge ilişkin olduğu yönünde görüş birliği vardır⁴⁰. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nin 1 Eylül 2008 tarihli Derlemesi'nde (Digest)⁴¹ 26. maddenin 2. fıkrasına ilişkin taraf devletlerin yükümlülüğü şöyle açıklanmıştır:

“Taraf devletler işçi ve işveren örgütlerine de danışarak, çalışanların işyerinde onurlu çalışma hakkını güvence altına almak amacıyla, çalışanlara yönelik her türlü sistematik olumsuz eylemi ya da açıkça negatif ve saldırgan davranışları önlemeye yönelik, bilgilendirme, koruma ve önleme tedbirlerini alırlar”.

Komite'ye göre madde 26/II, bir kişinin spesifik özellikleriyle ilişkili olarak düşmanca bir işyeri ortamı yaratılmasıyla psikolojik tacize maruz kalınmasınakarşınan korunmasını bir hak olarak düzenlemektedir. Taraf devletler, çalışanların işyerinde ya da işleriyle ilgili olarak aşağılayıcı bir davranışa maruz kalmamaları için gerekli her türlü önleyici ve telafi edici tedbiri almakla yükümlü kılınmışlardır⁴². Bu tedbirlerin, psikolojik tacize maruz kalma durumunda bağımsız bir organa başvurma, yeterli bir

40 Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Turhan, 2014, s. 711.

41 *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*.

42 *CoE ECSR Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 26§2*.

tazminat elde etme ve bu haklarını kullandığı için ayrımcılığa uğramama hakkını güvence altına alması gerekir⁴³. Derleme’de, AIHS madde 53’tekine benzer bir düzenleme yapılarak, Avrupa Sosyal Haklar Şartı hükümlerinin, daha fazla koruma sağlayan üye devletlerin iç hukukunu ikame etmeyeceği, daha fazla güvence sağlayan normun uygulanması ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁴.

III. Ulusal Mevzuatta Mobbing Düzenlemeleri

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesinde⁴⁵ psikolojik taciz normatif olarak düzenlenmekle birlikte, tacizin kurucu unsurları sayılmamış ve bir tanım yapılmamıştır. Özel nitelikli bir kanun olarak 4857 sayılı İş Kanunu ise 5. maddedeki eşit davranma ilkesi dışında 24. ve 25. maddelerde işçi ve işveren bakımından “*cinsel tacizi*” haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Ancak İş Kanununda psikolojik taciz olarak mobbing ayrıca düzenlenmemiştir. Buna karşın Türk iş hukuku literatüründe psikolojik taciz, “*işçinin manevi kişiliğine karşı işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından gerçekleştirilen, insan onuru ve saygınlığı ile bağdaşmayan, kötü muamele, aşağılama, dışlama vb. biçiminde ortaya çıkan, küçültücü, yıldırıcı (bezdirici) tekrarlanan davranışlar” olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Bir başka tanım da ise, “*işyerinde bir kişiye yönelik olarak onun onurunu zedeleyici, aşağılayıcı, düşmanca, küçük düşürücü veya rencide edici bir ortam yaratan, tekrarlanan ve hukuka aykırı fiillerden oluşan bir süreç olarak*” kavramın unsurları sayılmaktadır⁴⁷.*

43 CoE ECSR Conclusions 2003, Slovenia, p. 539.

44 Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, s. 157-158.

45 (I): “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”.

(III): “İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”. Kanuna ilişkin Esas Komisyon raporunda, maddenin gerekçesi İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328. maddesine dayandırılmıştır. Buna göre madde hükmüyle, “işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde “ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğu kabul edilmiştir. (...) Maddenin ikinci fıkrasında, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir” denmektedir.

46 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 403.

47 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 209.

Doktrinde psikolojik tacizin örnekleri sayılmakta, ama bunların tüketici olamayacağı belirtilerek, bu amaca yönelik bütün davranışların kümülatif bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği vurgulanmaktadır. Çünkü her biri teker teker hukuka aykırı bir fiil oluşturmasa da, mobbingin “*sistemik olarak tekrarlanan eylemlerden oluşan bir süreç olduğu*”⁴⁸ ve bu davranışlardan oluşan taciz sürecinin kendisinin hukuka aykırılık oluşturacağı belirtilmektedir.

Türk iş hukukunda psikolojik tacizin de işçi-işveren ilişkisinde gözetilmesi gereken bir ilke olduğu, işverenin “*işçiyi gözetme borcu*”na dayandırılmaktadır (İş Kanunu madde 77) ve bu borcun geniş kapsamlı, sınırları önceden sınırlı şekilde belirlenemeyecek bir borç olduğu kabul edilmektedir. Gözetme borcunun en önemli unsurlarından birisi, işçinin kişiliğinin korunmasıdır⁴⁹. “*İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlâki değerlerinin, özel yaşam alanının, genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerir*”⁵⁰. Bu yükümlülük Anayasa’nın 12., 17., 19., 20., 24. ve 25. maddelerine dayandırılmaktadır.

İşverenin işçinin sağlığını koruma borcu sadece fiziksel tehlikeleri değil, psikososyal tehlike ve riskleri de kapsamaktadır⁵¹. Koruma yükümlülüğünün kapsamına, Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler kadar “*İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği*”nde⁵² belirtilen psikososyal tehlike kaynaklarının tespiti, kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırma çalışmasının yapılması da girmektedir. Belli bir süreklilik arz eden sistemik davranışlar, mobbinge uğrayan işçiyi işyerinden uzaklaştırma amacını taşıyabileceği gibi, sadece kişisel tatmin ve zevk amaçlı da olabilir. Bu nedenle amaç ve sonuç ilişkisi mutlak olarak ele alınmamaktadır. Yargıtay ise bu ucu açık yorumu destekler biçimde, ispat konusunda “*emarelere*”⁵³ dayanılarak karar verilebileceğine, “*şüpheden uzak kesin delil*”⁵⁴ aranmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir.

48 Süzek, a.g.e., s. 404.

49 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 400; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 206.

50 Sarper Süzek, a.g.e., s. 401; S. Alp Limoncuoğlu, “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s. 60.

51 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 208.

52 RG 29.12.2012, Sayı: 28512, madde 8/II ve IV.

53 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.03.2008, E. 2008/3122, K. 2008/4922.

54 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811.

Psikolojik tacize uğrayan çalışanın öncelikle Borçlar Kanunu, İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında sözleşmeye aykırılıktan (işverenin gözetim borcunu yerine getirmemesi) maddi ve manevi zararlarının tazminini isteme hakkı vardır. İş Kanunu 5. maddeye göre eşit davranma borcunun ihlali de tazminat talep hakkını doğurur⁵⁵.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 2/I'e göre kanun kamu ve özel sektöre ait bütün işyerlerinde uygulanacaktır. Kamuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 10/2-3'te hiyerarşik amirin memurlara eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti yerine getirilirken, hizmetin gerekleri ve kamu yararı gözetilmeli, dolaylı cezalandırma niteliğinde naklen atama, geçici görevlendirme, disiplin cezası verme ya da yer değiştirme kararı verilmemelidir. İdari yargıda cezalandırma amaçlı bu türden işlemlerin psikolojik taciz (mobbing) olduğuna karar verilerek, manevi tazminat ödenmesine hükmedilmektedir⁵⁶. Kişiler bu işlemlerin iptali için dava açmanın yanı sıra idareye karşı hizmet kusurundan dolayı tazminat davası da açabilirler.

Ceza Kanunu'nda ise psikolojik taciz ayrı bir suç türü olarak düzenlenmemiştir. Hangi suçların mobbingin unsurlarını taşıdığı konusunda da bir görüş birliği yoktur. Kamu görevlileri açısından "görevi kötüye kullanma suçu" nun unsurlarının belli bir noktada mobbing eylemini oluşturduğu kabul edilebilir⁵⁷. TCK'de mobbing ayrı bir suç türü olarak düzenlenmediğinden, sürecin içinde gerçekleştirilen bazı eylemlerin bağımsız şekilde kişilik haklarının ihlalini doğurması mümkün görünmektedir. TCK'de düzenlenen hakaret (125), tehdit (106), görevi kötüye kullanma (257), ayrımcılık yasağı (122), iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali (117) suçları buna örnek teşkil etmektedir⁵⁸. Suçun ağırlığından başlayarak bazı yazarlarsa intihara yönlendirme suçu (TCK 84), kasten yaralama (86-87), eziyet (96), kişilerin huzur ve sükununu bozma (123) suçlarını da toplamda mobbingi oluşturan suç tipleri olarak değerlendirilmektedir⁵⁹.

55 A. Limoncuoğlu, a.g.m., s. 67-71.

56 Danıştay 8. Dairesi, E. 2008/10606, K. 2012/1736, 16.04.2012. Karar örnekleri ve değerlendirme için bkz. Mine Kasapoğlu Turhan, "Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları", *TBB Dergisi*, 2013 (105), s. 98-99.

57 Krş. Kasapoğlu Turhan a.g.m., s. 125.

58 Ulusoy, a.g.m., s. 148.

59 Mustafa Ruhan Erdem/Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", *TBB Dergisi*,

Ceza hukukçularının üzerinde birleştiği nokta ise, mobbingi oluşturan bütün davranışların “bir bütün olarak” ele alınması gerektiğidir. Çünkü küçük birer çatışma olarak başlayan eylemler, süreç uzadıkça bağımsız bir nitelik kazanabilmekte, böylelikle suç tiplerinin gerçekleşme olasılığı artmaktadır. Eylemlerin bir suçun unsurlarını içermesi, kasıtlı olması ve hukuka aykırı olması hallerinde bu suç tiplerinden bir ya da birkaçının mobbinge esas teşkil etmesi söz konusu olabilir⁶⁰.

IV. Federal Alman İş Mahkemesi’nin Kararları ve Alman Doktrini

Her ne kadar Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından değil, derece mahkemeleri tarafından verilmiş olsa da, karşılaştırmalı hukukta insanın manevi kişiliğinin iş ilişkilerinde korunmasına ve anayasal ilkenin somutlaştırılmasına ilişkin en iyi örneklerden birisi Almanya’dır. Bu nedenle Türk Anayasa Mahkemesi’nin AY 17/I ve 17/III bağlamında norm somutlaştırmasında yararlanabileceği önemli bir içtihadı sahip olduğundan, temel ilkelere ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht/BAG*) ve eyalet iş mahkemelerinin kararlarını ele almak yararlı olacaktır.

Alman Federal İş Mahkemesi, Alman Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerini iş hukukunda son derece yetkin bir şekilde somutlaştırmıştır. Bu nedenle Alman hukuk literatüründe “iş hukuku, yaşayan anayasa hukukudur” denmektedir⁶¹. Federal İş Mahkemesi’nin bu içtihadının temelleri, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından çok erken bir tarihte atılmıştır. Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin devlete sadece negatif bir müdahale etmeme yükümlülüğü getiren, kamu gücünün müdahalesine karşı korunan bir alan olarak anlaşılamayacağı, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 1958 tarihli Lüth kararında açıkça dile getirilmiş ve bu hakların hukuk düzenine ilişkin “objektif bir değer kararı” olduğu vurgulanmıştır⁶². Buna göre yasakoyucu sadece devlet-birey ilişkilerinde değil, bireyler arasındaki eşit ilkesine dayanan hukuki ilişkilerde de temel haklara dair temel karar ve ilkeleri somutlaştıracak yasama faaliyetinde bulunmak zorundadır.

2010 (88), s. 272.

60 Mustafa Ruhan Erdem/Benay Parlak, a.g.m., s. 270.

61 Ulrich Preis, *Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht. Lehrbuch für Studium und Praxis*, 4. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012, s. 175 (§ 15).

62 BVerfGE 7, 198 (205) (Lüth kararı) (15.1.1958).

Mahkemeler, Alman Anayasası'nın 1/III maddesi⁶³ uyarınca Anayasa ile, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerle, bağlı olduklarından (T.C. AY madde 11/I) temel hakların objektif değer düzeni oluşturma işlevini dikkate alarak kanunları yorumlamak zorundadırlar. Yasakoyucu da kanunları koyarken bu işlevin somutlaştırılması amacını gerçekleştirdiğinden, temel hakları koruma ve hayata geçirme yükümlülüğünü yerine getirmektedir⁶⁴.

Federal İş Mahkemesi, Alman Anayasası'nın 2/I maddesi⁶⁵ (T.C. AY madde 17/I) ile 1/I⁶⁶ (T.C. AY madde 17/III) maddelerini iş hukukunda yerleşik içtihadıyla somutlaştırmıştır. Mahkeme, Anayasa'nın belirtilen hükümlerinden ilk olarak, sürmekte olan bir iş ilişkisinde işverenin “*genel bir çalışma yükümlülüğü*” olduğu ilkesini geliştirmiştir⁶⁷. Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalardan ikisinde⁶⁸ ileri sürülen ihlal eylemlerinin nitelendirilmesi bakımından önem taşıyan bu içtihadın temel ilkeleri şu hususları içermektedir:

Sürmekte olan bir iş ilişkisinde işverenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisi⁶⁹ de çalışanın, sahip olduğu işinin gereklerini yerine getirmesini sağlamaktır. Mahkeme bu ilkenin insan onuru ve kişiliğini geliştirme hakkıyla olan bağlantısını, işin toplumsal ve kişisel önemi üzerinden kurmuştur. İş ilişkisi bir kişinin birey olarak bütün varlığını kapsadığından, hayatını ve toplumsal konumunu belirlediğinden, bireyin sahip olduğu işin gereklerini yerine getirmeksizin, sadece maaş alan bir kişi konumuna düşürülmesi, o kişinin insan onurunu zedeleyecek ve kişiliğini geliştirme hakkını ihlal edecektir. Çünkü kişinin bir çalışan olarak işle ilgili itibar ve konumu, sadece yaptığı işin maddi getirisi, yani maaşıyla değil,

63 Alman Anayasası Madde 1/III: “Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler doğrudan uygulanabilir hukuk normları olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar”.

64 Ulrich Preis, a.g.e., s. 184 (§ 15).

65 Madde 2/I: “Herkes, başkalarının haklarını ihlâl etmemek, anayasal düzene ya da ahlâka aykırı davranmamak koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir”.

66 Madde 1/I: “İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve onu korumak bütün kamu organlarının görevidir”.

67 BAG 29.6.2004, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2004, 1278 vd.; BAG 10.11.1955 (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts) AP Nr. 2 zu § 611 BGB (yerleşik içtihat).

68 2013/8175 ve 2013/3512.

69 Bu yükümlülüğün, iş ilişkisinde işverenin asli mi, yoksa tali bir yükümlülüğü mü olduğu tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, çalışanın işin gereklerini yerine getirme yükümlülüğüne karşılık geldiğinden, bunun asli bir yükümlülük olarak kavranması gerektiği yönündedir. Bkz. Ulrich Preis, a.g.e., s. 428 (§ 31).

bunun yanında kendisine verilen görevleri nasıl yerine getirdiğiyle de ölçülür. Dolayısıyla sadece kısa bir süre için değil, kalıcı olarak çalışanın işinin/mesleğinin icrasını engellemek, yetkilerini elinden almak, onu iş ve toplum hayatından kopartarak onurunu zedelemek anlamına gelecektir⁷⁰.

Almanya'da 18.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren "Genel Eşit Muamele Kanunu (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz/AGG)⁷¹ ırk, etnik köken, cinsiyet, din, vicdan ve kanaat, engelli olma, yaş ve cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcı muameleyi (madde 1) yasaklamaktadır. Bunun dışında kanun işverene, farklı muamele yoluyla dezavantajlı duruma getirmeme yükümlülüğü de getirmektedir. Dezavantajlı bir durumun yaratılması, dolaylı ya da doğrudan ayrımcılık yoluyla olabileceği gibi, "normal" ya da "cinsel" taciz (mobbing, yıldırma) yoluyla da gerçekleştirilebilir. Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasına göre "taciz, Kanunun 1. maddesinde belirtilen nedenlerle ilişkili olan istenmeyen davranışlar aracılığıyla, bir kişinin onurunun zedelenmesi amaç ya da sonucuyla, sindirme, düşmanlık, aşağılama, onurunu çiğneme ya da hakaretle ifade edilebilecek bir ortam yaratılmasıdır". Bu maddenin ayrımcılık yasası düzenlemelerinden farkı, bir başka kişi ya da durumdan bağımsız olarak, yani karşılaştırma yapılabilecek ikinci bir hukuki statü olmaksızın gerçekleştirilen bir durumu da düzenlemesidir⁷². Federal İş Mahkemesi bu maddede genel olarak "mobbing" kavramıyla ifade edilen hukuki durumun unsurlarının varlığını kabul etmektedir. Mahkeme her ne kadar 3. maddenin 1. maddedeki ayrımcılık sebepleriyle kurulan yakın bağına kabul etse de, çalışan açısından yaratılan sindirme, düşmanlık, aşağılama, onurunu çiğneme ya da hakaret ortamının "istenmeyen bir davranış" olarak tacizin asli unsurunu oluşturduğunu belirtmektedir.

Bunun yanında Mahkeme, mobbingin sürekli ve sistematik bir taciz biçimi olmasından hareketle, bu ortamın yaratılmasına hizmet eden bütün unsurların kümülatif olarak dikkate alınmasını, tek tek incelendiğinde önemli görülmeyen, geçmişte kalmış her bir tekil olayın birlikte değerlendirilmesi gerektiğini önemle vurgulamaktadır⁷³. Görüldüğü üzere Mahkeme, 3.

70 Ulrich Preis, a.g.e., s. 187 (§ 15), s. 427 (§ 31).

71 Bu kanun, Avrupa Birliği'nin 2006/54/EG sayılı yönergesinin (İş ve Çalışma İlişkilerinde Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Gerçekleştirilmesine İlişkin Yönerge) iç hukuka aktarılması işlemidir.

72 Ulrich Preis, a.g.e., s. 492 (§ 34).

73 BAG 25.10.2007 AP Nr. 6 zu § 611 BGB Mobbing.

maddenin salt karşılaştırmalı bir şekilde ayrımcılık yasağı olmadığını, çalışanların kötü muameleye maruz kalmasını önleyici bir işlevi olduğunu da kabul etmektedir.

Mobbing kavramı literatürde, “süreklilik arz eden, birbirine eklenen ve iç içe geçen, düşmanlık, yıldırma ya da ayrımcılık amacına hizmet eden, hukuk tarafından korunmayan bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik her türden davranış” olarak tanımlanmaktadır. Bu davranışların toplamı bir bireyin kişilik haklarına, haysiyetine ya da sağlığına zarar verici nitelikte olmalıdır⁷⁴. Federal Alman Yargıtayı’nın bir kararına göre, amiri tarafından görevin ifası sırasında sürekli ve sistematik olarak hakarete uğrayan ve taciz edilen polis memurunun uğradığı zarardan genel sorumluluk ilkelerine göre zarar veren kişinin (amirin) kurumu sorumludur⁷⁵.

Almanya’daki diğer eyalet mahkemelerinin kararlarındaki unsurlar ise şöyle sıralanabilir:

- İşveren, çalışanlarının vücut ve ruh sağlığını korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu bağlamda sadece kendisinin değil, kendi emri altında çalışanların eylemlerinden de sorumludur⁷⁶,
- Mobbing hukuki bir kavram olmadığından dava konusunun temelini oluşturmaz, ancak mobbing olarak nitelendirilen durumun hukuken özellik arz eden durumu, birden çok tekil eylemin tek tek incelenmesinden değil, *bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde*, davacının kişilik haklarının ya da sağlığının zarara uğrayıp uğramadığına karar verilebilmesinde yatmaktadır. Bu nedenle toplamda mobbing olarak değerlendirilen eylemlerin tekil incelenmesi sonucunda bu eylemlerin “nötr” olarak değerlendirilmesi imkan dahilindedir. Eylemlerin toplamının mobbing olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, derece mahkemelerinin incelemesi gereken önemli bir husustur⁷⁷.

74 Martin Henssler/Heinz Josef Willemsen/Heinz-Jürgen Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 6. Auflage, Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag, 2014, s. 1534 kn. 256 (BGB § 611); BAG 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mobbing.

75 BGH (III ZR 277/01).

76 LAG Niedersachsen, 16a Sa 139/99 (3.5.2000).

77 BAG, 8 AZR 709/06 (16.05.2007); karar başlıkları 3-5. Aynı doğrultuda bkz. Philipp S. Fischinger, “Mobbing”: The German Law of Bullying, *Comparative Labour Law&Policy Journal*, Vol. 32 (2010), s. 156. Bu nedenle kavramın normatifleştirilmesi değil, genel niteliklerinin

- Eğer çalışanlar mobbing eylemlerinden dolayı sistematik olarak aşağılayıcı ya da küçük düşürücü muameleye tabi tutulduklarını ve bu eylemlerden dolayı “psikolojik olarak” zarar gördüklerini ispat edebilirlerse, manevi tazminata hak kazanabilirler⁷⁸.

Görüldüğü üzere Alman mahkemeleri, hem mobbing kavramına konu eylemlerin kümülatif değerlendirilmesi zorunluluğunu kabul etmişler, hem de iş hayatıyla kişinin özel hayatı ve insan onuru arasındaki asli ilişkiyi kurarak, temel hak ihlali iddiasının anayasal dayanağını kesinleştirmişlerdir. Bu anlamda iş hayatının kişinin manevi varlığının geliştirilmesi üzerindeki etkisinin tesbiti ve kabulü, Türk Anayasa Mahkemesi’nin “*asgari eşğin aşılması*” ölçütünü uygulamasında da yol gösterici bir nitelik taşımaktadır.

V. Mobbing’in AY 17/I ve AİHS 8 Kapsamında Değerlendirilmesi

Anayasa madde 17/I’de güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, AİHS madde 8’de düzenlenen özel hayatın korunması hakkının karşılığı olarak kabul edilmektedir. AİHS’de vücut bütünlüğünü açıkça koruyan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kişinin kendi bedeni üzerindeki karar hakkının özel hayatın ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmektedir. Bu değerlendirme kapsamında korunan hukuki değer, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüdür⁷⁹. AİHS madde 8, 3. maddenin uygulanabilmesi için aranan aşağılayıcı muamelenin yoğunluk derecesine ulaşılmamış olan durumlarda vücut bütünlüğünün korunmasının sağlanmasında kullanılacak bir norm olarak devreye girebilecektir.

İnsan hakları koruma mekanizmasında AİHS’nin tamamlayıcı/ikincil bir fonksiyonu olduğu gözden kaçırılmadan, AİHS madde 8’in sadece koruma alanı değil, aynı zamanda normun düzenlenme biçimi de bu hakkın kapsamının dinamik bir şekilde yorumlanmasına katkıda bulunmuştur. Maddede sadece “*özel ve aile hayatına sahip olma hakkı*”ndan değil, aynı zamanda “*özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına “saygı gösterilmesi hakkından”*” bahsedilmektedir. AİHM hakkın bu şekilde düzenlenmesinin devletlere müdahale etmeme anlamında hem negatif, hem de saygı gösterme

saptanması önem taşımaktadır.

78 LAG Thüringen, 5 SA 102/2000.

79 K. Reid, *A Practitioner’s Guide to the ECHR*, 1998, s. 323; Pätzold, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8 Rn. 7; Th. Maruhn/J. Thorn, *EMRK-GG Konkordanzkommentar*, Kapitel 16, s. 886 Rn 17.

ve koruma anlamında pozitif bir yükümlülük getirdiğini birçok kararında belirtmektedir⁸⁰. Ayrıca devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamının, kişinin hem fiziksel, hem de manevi bütünlüğünü koruyacak pozitif tedbirleri almayı da kapsadığı vurgulanmaktadır⁸¹.

Maddi ve manevi bütünlük özel hayat kavramının içinde yer alır ve devletin pozitif koruma yükümlülüğünden yararlanır. *Jankovic* davasında hukuk davası açmanın fiili imkansızlığı yanında, fiziksel ve sözlü saldırıdan sorumlu olduğu iddia edilenler hakkında takipsizlik kararı verilmesi, fillerin ağırlığından dolayı 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirilmiştir⁸².

Özel ve aile hayatının korunması, bireyin kendini gerçekleştirmesini ve geliştirmesini, yani aktif bir temel hak anlayışını kapsar. Devletin müdahale alanının dışında kalma hakkı ise, hakkın pasif boyutunu oluşturur. Özellikle hakkın bu pasif boyutu AİHM tarafından insan onuruyla ilişkilendirilerek, bireyin diğer insanlarla her türden ilişki kurma yoluyla kişiliğini geliştirme hakkını kapsadığı pek çok kararda vurgulanmıştır. Bu çerçevede özel hayat sadece **internum**'u değil, **externum**'u, yani iş hayatıyla ilişkili mesleki faaliyetleri de kapsar. AİHM'ye göre iş hayatı, bireylerin dış dünyayla sosyal ilişkilerini sağlayan bir alandır⁸³. Mahkeme, özel hayat kavramının, mesleki ve iş ilişkilerini de kapsadığını, pek çok kişinin ancak bu iş yaşamları sırasında önemli ölçüde diğer kişilerle ilişki kurma ve geliştirme fırsatı bulduğunu belirtmektedir⁸⁴. Bu anlamda bireylerin dış dünyayla olan bu sosyal bağlarının özel ya da kamu sektöründe hukuka aykırı eylemlerle koparılması ve buna karşı devletin etkili bir koruma sağlamaması, 8. maddenin ihlali sonucunu doğurabilecektir.

Bunun yanı sıra AİHM, AİHS 8. madde kapsamında belli usul güvencelerini de geliştirmiştir. Bu kapsamda işverenin belli davranış ya

80 AİHM *Rees v. The UK*, No. 9532/81, §37. Negatif ve pozitif yükümlülüğün birlikte vurgulandığı yerleşik içtihat için bkz. AİHM *Marckx v. Belgium*, No. 6833/74, §31.

81 Devletin bu pozitif yükümlülüğünün açıkça belirtildiği kararlar için bkz. *A. v. Croatia*, No. 55164/08, §58 ve 60; *Hajduova v. Slovakia*, No. 2660/03, §46 ve 49.

82 *Sandra Jankovic v. Croatia* No. 38478/05 §32-38.

83 Th. Marauhn/J. Thorn, *EMRK-GG Konkordanzkommentar*, Kapitel 16, s. 896 Rn. 26. Krş. AİHM *Sidabras and Dziautos v. Lithuania*, No. 55480/00 ve 59330/00, §47 vd.; *Albanese v. Italy*, No. 77924/01, §54; *Karov v. Bulgaria*, No. 45964/99, §85 vd.; *Bigaeva v. Greece*, No. 26713/05, §22 vd.; *Kyriakides v. Cyprus*, No. 39058/05, §50; *Özpinar v. Turkey*, No. 20999/04, §43 vd.

84 İlk kararlardan bir tanesi *Niemietz v. Germany* No. 13710/88 (16.12.1992) kararıdır.

da tedbirlerinin denetlenmesine olanak tanıyan uygun usuli güvenceler, çalışanların özel hayat alanlarının korunması açısından önem taşımaktadır⁸⁵. Dolayısıyla devletin etkili soruşturma ya da etkili hukuk yolları sağlama yükümlülüğü, iş hayatındaki uyuşmazlıklarda 8. maddenin kapsamındaki koruma alanı için de geçerlidir. AİHM'nin 8. maddeyi özellikle 3. maddeyle birlikte ele aldığı başvurularda, etkili usuli korumanın hem norm koymayı, hem de normu etkili şekilde uygulamayı kapsadığı dikkate alındığında, salt tazminat yoluna atıf yapılmasının yeterli olmadığı daha iyi anlaşılmaktadır⁸⁶.

Ancak 2. ya da 3. madde kapsamındaki etkili *cezai soruşturma* yükümlülüğü, 8. madde için zorunlu görülmemekte, hukuki ya da idari başvuru yolları yeterli görülmektedir⁸⁷. Ama durumun ağırlığına göre 8. madde kapsamında değerlendirilen ve iç hukukta uygulanabilir bir ceza normunun olduğu bir durumda, ihlalin de cezai soruşturmayı gerektirebileceği tamamen göz ardı edilemez denmektedir⁸⁸. Dolayısıyla 8. madde kapsamında ele alınan ihlal iddialarında etkili cezai soruşturma yükümlülüğünün hiçbir şekilde var olmadığı ileri sürülebilmesi olanaklı değildir. Bununla ilişkili olarak, “*insan onuru*” kavramı AİHS’de açıkça belirtilmemiş ve güvence altına alınmamış olsa da AİHM, insan onuru kavramını AİHS mekanizmasının esasına içkin bir kavram olarak tanımaktadır⁸⁹. AİHS 8. madde kapsamında da insan onuru kavramı “*yaşam kalitesi*” kavramıyla birlikte ele alınarak, devletin pozitif yükümlülüğünün yönelmesi gereken hedefin çerçevesi çizilmektedir⁹⁰. Bu nedenle AY 17/I – AİHS 8 kapsamında değerlendirilebilecek bir mobbing iddiasının, münhasıran özel hukuk yollarına teşmil edilmesi mümkün değildir. Bu türden mutlak bir reddedici yaklaşım, 8. maddenin koruma alanını daralttığı gibi, AİHM içtihadının kapsamlı koruma amacını da göz ardı edecektir.

85 *Obst v. Germany*, No. 425/03, §39 vd.; *Schüth v. Germany*, No. 1620/03, §57.

86 *B.C. v. Bulgaria* (tecavüz davası).

87 *Trocellier v. France*, No. 75725/01, §4.

88 *X&Y v. Holland* (26 Mart 1985). AİHM, bireyler arasındaki ilişkiler konusunda da devletin çeşitli önlemler almasını gerektiren pozitif yükümlülükleri olduğuna, “yapıldığı iddia edilen haksızlığın ağır ve şiddetli doğası” göz önünde bulundurulduğunda medeni hukuk çözümlerinin yeterli koruma sağlamadığına hükmetmiştir.

89 “The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom”: *Goodwin v. The UK*, No. 28957/95, §90; *Pretty v. The UK*, No. 2346/02, §65; *V.C. v. Slovakia*, No. 18968/07, §105.

90 *Bkz. Stoicescu v. Romania*, No. 9718/03, §49.

Değerlendirme

Türk Anaya Mahkemesi'nin şimdiye kadar vermiş olduğu mobbing kararları, şu sorunun sorulmasını gerektirmektedir: AY madde 17/III'ün ihlali iddiasının incelenebilmesi için gerekli görülen asgari eşğin aşıldığına hükmedildiği takdirde Mahkeme nasıl bir karar verecektir? Bu durumda da yine başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı mı verilecektir; yoksa asgari eşğin aşılmış olduğu tespit edildiğinden, devletin usuli koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğuna mı hükmedilecektir?

Her iki halde de AY 36 ile AİHS 6 arasında Mahkeme tarafından kurulan ilişkinin tutarlı bir şekilde sürdürülmesi olanaklı görünmemektedir. Çünkü aksinin kabulü, Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü bir cezanın hukuk sistemi içinde etkili şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetimini yargı organlarının yetki alanından çıkartmak anlamına gelecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de suç mağdurlarının Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamına girmediğine ilişkin içtihadını genişleterek, başka bir hakkın korunması konusunda devletin kendisine düşen koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle 3. madde nedeniyle ihlal kararı verme yoluna gidebilmektedir⁹¹. Her ne kadar somut davada yasal düzenlemelerin eksikliği öne çıkmaktaysa da, mevcut yasaların uygulanmıyor olması da koruma yükümlülüğünün ihlaline denk bir durum teşkil etmektedir.

AY 17/I - AİHS 8 ilişkisinde insan onuru kavramıyla manevi kişiliğin korunması ve geliştirilmesi hakkına Anayasa Mahkemesi tarafından bir içerik kazandırılması zorunluluğu kaçınılmaz görünmektedir. Kişilerin hayatlarını iş hayatına katılarak, onurlu şekilde sürdürebilmelerinin koşulu, çalışma koşullarının bir hak ihlali yaratmayacak şekilde örgütlenmesinden ve korunmasından geçmektedir. Mobbinge maruz kalan birisinin işini kaybetmeyi göze alarak, salt tazminat davasıyla tatmin olmasını beklemek ya da idarenin kamu hizmetinin yürütülmesindeki özen yükümlülüğünü kamu görevlileri bakımından etkisiz kılacak şekilde kamu görevlilerini amirlerinin

91 Z. v. The UK No. 29392/95 (10/05/2001). Somut davada AİHM başvuru çocuğun 3. maddede korunan haklarının İngiltere yasaları tarafından korunmasında yetersiz kaldığı gerekçesiyle ihlal kararı verirken, 6. madde açısından ise ret kararı vermiştir. Mobbing davalarında da başvurucuya yönelik eylemlerin toplamının hangi madde çerçevesinde değerlendirileceğine bağlı olarak, hukuk sisteminin etkili koruma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesine dayanılabilir.

keyfiliğine terk etmek, birçok kişiyi AY 17/I'in koruma kapsamından çıkartmak anlamına gelecektir.

AIHM'nin madde 8 ile birlikte başka hakların da ihlal edilip edilmediğini birlikte değerlendirdiği kararlarında, usuli yükümlülüğün kapsamının ne kadar geniş tutulduğu düşünüldüğünde, cezai takipsizlik kararlarına karşı yapılan başvuruları sadece AY 36/AİHS 6 kapsamında değerlendirmenin olanaksızlığı daha iyi anlaşılacaktır. Anayasa Mahkemesi'nden beklenen, iş yaşamını ve koşullarını, Türk hukuk mevzuatındaki düzenlemeler ile maddi ve manevi bütünlük hakkının anlamı ışığında yorumlaması, anayasal güvencenin üçüncü kişiler, idare ya da yargı tarafından ihlal edilmesi halinde, mevcut normların etkili şekilde uygulanıp uygulanmadığını, yani fiilin ağırlığına göre etkili hukuki koruma sağlanıp sağlanmadığını, çok katmanlı bir incelemeyle değerlendirmesidir. Aksi takdirde günümüz iş dünyasının büyük yarası olan mobbingin faillerinin cezai kovuşturmadan tamamen muaf tutulması, AY madde 17'nin çok önemli bir yaşam alanında etkisiz kılınması sonucunu doğuracaktır.