

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KİŞİLİĞİN KORUNMASI
HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE
MOBBİNG

Yüksek Lisans Tezi

Abdülvahap DABAKOĞLU

Danışman

Dr. Öğretim Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL

Erzincan 2019

TEZ BİLDİRİMİ

“Kişiliğin Korunması Hükümleri Çerçevesinde Mobbing” isimli "Yüksek Lisans" tezim tarafımda intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlâli ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.



Abdülvahap DABAKOĞLU

TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu alışma, Özel hukuk Anabilim Dalı Jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Danişman/Jüri: Dr. Öğretim Üyesi Eda şAHİN şENGÜL



Jüri : Doç. Dr. OĞuz Sadık AYDOS



Jüri: : Dr. Öğretim Üyesi Hatice Duygu ÖZER



KİŞİLİĞİN KORUNMASI HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE MOBBİNG

Abdülvahap DABAKOĞLU

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel
Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019**

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL

ÖZET

İş ve hukuk dünyasında son derece güncel bir konu olan mobbing, hukuk nazarında kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir olgudur. Bu çalışmada kişilik hakkı ve kişiliğin korunması kapsamında mobbing incelenmiştir.

Tezin amacı; mobbingin kişilik değerlerine saldırı niteliği ve kişiliğin korunması araçlarının mobbinge karşı işlerliğini değerlendirerek yasal çözüme muhtaç hususlarda öneriler sunmak ve nihayet mobbingin uygulayıcı nezdinde biraz daha tanınmasına katkı sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Mobbing, Kişilik Hakkı, Kişiliğin Korunması, Haksız Fiil Sorumluluğu, Sözleşme Sorumluluğu.

**MOBBING, IN RESPECT OF THE PROVISIONS
ON THE PROTECTION OF PERSONALITY**

Abdülvahap DABAKOĞLU

**Master's Degree Thesis In the Department of Private Law, Institute of Social
Sciences At Erzincan Binali Yıldırım University**

Thesis Supervisor: Associate Dr. Eda ŞAHİN ŐENGL

ABSTRACT

As a profoundly current issue in the business world and in the judiciary, mobbing constitutes an attack against personal rights. In this study, mobbing is examined within the scope of the protection of personal rights and personality.

The purpose of the thesis is to present suggestions on the issues requiring legal solutions by assessing the feature of mobbing as attacking personal values and reviewing the functionality of the tools for the protection of personality against mobbing and conclusively making contribution to recognition of mobbing more in the eyes of practitioners.

Keywords: Mobbing, Personal Rights, Protection of Personality, Tort Liability, Liability for Breach of Contract.

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ	I
TEZ KABUL TUTANAĞI.....	II
ÖZET	III
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	XI
ÖN SÖZ	XII
GİRİŞ.....	1

I.BÖLÜM

MOBBİNG KAVRAMI, KAVRAMI İZAH EDEN MODELLER, TÜRLERİ, UNSURLARI VE MOBBİNG NEDENİYLE HUKUKİ KORUMALAR

A. KAVRAM	2
1. Tanım	2
2. Mobbingi İzah Eden Modeller	5
a) Leymann Modeli.....	6
b) Ege Modeli	7
3. Mobbingin Türleri.....	8
a) Hiyerarşiye Göre.....	8
(1) Düşey Mobbing.....	8
(2) Yatay Mobbing	8
(3) Dikey Mobbing	9
b) Tacizin Dışa Vurumuna Göre.....	9
(1) Objektif Mobbing.....	9
(2) Sübjektif Mobbing	10
4. Mobbinge Benzeyen Kavramlar	10
a) Çatışma	10
b) Bullying	11
c) Bossing	12
d) Straining	12
5. Mobbingin Unsurları.....	12

a) İş İlişkisi	13
b) Taciz	15
(1) Süreklilik.....	16
(2) Sistematiiklik	16
(3) Tacizin Süresi.....	17
c) Düzeysel Eşitsizlik.....	18
d) Amaç	20
6.Taciz Türünden Davranışlar	22
B. MOBBİNG NEDENİYLE HUKUKİ KORUMALAR.....	25
1. İş Hukuku.....	26
a) Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	27
b) Kıdem Tazminatı	28
c) İhbar Tazminatı.....	28
d) Sendikal Tazminat	29
e) Kötüniyet Tazminatı	29
f) Ayırmıcılık Tazminatı.....	30
2.Borçlar Hukuku.....	31
3.Medeni Hukuk	31
4.İdare Hukuku	32
a) 6701 Sayılı Kanun	32
b) 657 Sayılı Kanun	34
5. Ceza Hukuku.....	35

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI VE KİŞİLİĞİN KORUNMASINI DÜZENLEYEN HÜKÜMLER

A.KİŞİLİK HAKKI	38
1.Kavram.....	38
2.Tanım	41
3.Kişilik Hakkının Nitelikleri	43
a) Mutlak Hak Oluşu	43
b) Şahıs Varlığı Haklarından Oluşu.....	43

c) Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardan Oluşu	44
d) Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreye Bağlı Olmayışı.....	45
4. Kişilik Hakkının Kapsamı.....	45
a) Genel Olarak.....	45
b) Maddi Bütünlük.....	47
(1) Hayat.....	47
(2) Sağlık	48
(3) Vücut Tamlığı	48
c) Manevi Bütünlük	49
(1) His Âlemi	49
(2) Şeref ve Haysiyet	51
(3) Özel Hayat	52
(4) Ad, Resim, Ses gibi Değerler.....	55
(5) Hak ve Fiil Ehliyetleri.....	58
(6) Özgürlükler	58
d) İktisadi Bütünlük	59
(1) Meslekî ve Ekonomik Özellikler	59
(2) Sır Çevresi.....	60
(3) Meslekî ve Ticari İtibar.....	61
B. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI	63
1.Genel Olarak	63
2. Hukukî İşleme Yapılan Saldırlara Karşı.....	68
a) Maddi Bütünlük Bakımından	72
b) Manevi Bütünlük Bakımından	75
c) İktisadi Bütünlük Bakımından.....	77
3. Hukuka Aykırı Eylemlerle Yapılan Saldırlara Karşı.....	79
a) Hukuka Aykırılık Kavramı	80
b) Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebepler.....	82
(1) Rıza	82
(2) Üstün Yarar	85
(a) Kişinin Kendi Üstün Yararı.....	86

(b) Saldırıda Bulunanın Üstün Yararı	87
(c) Üçüncü Kişinin Üstün Yararı	88
(d) Kamunun Üstün Yararı	88
(3) Yasal Yetki.....	90

III. BÖLÜM

KİŞİLİĞİN KORUNMASINI DÜZENLEYEN HÜKÜMLER

ÇERÇEVESİNDE MOBBİNG DURUMUNDA KİŞİLİĞİN KORUNMASI

A. KİŞİNİN KENDİ HAKKINI KORUMASI	92
B. KİŞİLİĞİN DAVA YOLU İLE KORUNMASI.....	93
1. Genel Olarak	93
2. Davaların Genel Özellikleri ve Mobbing Bakımından Değerlendirilmesi.....	98
a) Kişilik Hakkı İhlalinin Varlığı.....	98
b) Hukuka Uygunluk Sebebi Bulunmaması	99
c) Kusur	100
d) Zarar	102
e) İlliyet Bağı	103
f) Hükmün Yayınlanması ve Üçüncü Kişilere Bildirilmesi	105
g) Davacı Sıfatı	107
h) Davalı Sıfatı.....	110
i) Zamanaşımı	111
i) Görevli Mahkeme.....	112
j) Yetkili Mahkeme	113
k) Hükmün İcrası	114
3. Saldırıya Yönelik Davalar.....	114
a) Durdurma Davası.....	115
b) Önleme Davası	118
c) Tespit Davası	120
d) Mobbing Bakımından Saldırıya Yönelik Davaların İşlerliği Sorunu.....	122
4. Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar	125
a) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Davası	127

b) Tazminat Davası.....	128
(1) Mobbing Nedeniyle Hukukî Sorumluluk	129
(a) İşverenin Sorumluluğu	133
(i) Borca Aykırılık Sorumluluğu	136
(a) İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu.....	137
(b) Eşit Davranma Borcu.....	139
(c) Hakkın Kötüye Kullanılması	140
(ii) Haksız Fiil Sorumluluğu.....	143
(iii) İşverenin Başka İşçilerden Gelen Mobbing Nedeniyle Sorumluluğu	144
(a) Borca Aykırılık Sorumluluğu Kapsamında.....	144
(b) Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında.....	147
(b) İşveren Olmayan Tacizcinin Sorumluluğu.....	150
(i) Borca Aykırılık Sorumluluğu	150
(a) Özen ve Sadakat Borcu	152
(b) Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu	153
(c) Dürüstlük Kuralı	153
(ii) Haksız Fiil Sorumluluğu.....	154
(c) İdare Hukuku Kapsamındaki İş İlişkileri	154
(2) Mobbingin İspatı.....	159
(3) Mobbing Nedeniyle Zarar.....	163
(a) Maddi Zarar	163
(i) Mobbing Nedeniyle Maddi Zarar	164
(a) Malvarlığıyla İlgili Mutlak Haklar Nedeniyle Zarar.....	164
(b) Ölüm Nedeniyle Zarar	165
(c) Bedensel Zarar	165
(d) Kazanç Kaybı.....	167
(ii) Maddi Zararın Giderimi.....	168
(b) Manevi Zarar	172
(i) Mobbing Nedeniyle Manevî Zarar	177
(ii) Manevi Zararın Giderimi.....	183

5. Davaların Yarışması ve Yığılması	187
a) Saldırıya Yönelik Davalar Bakımından.....	188
b) Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar Bakımından	188
c) Saldırıya ve Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar Bakımından	191
SONUÇ	192
KAYNAKÇA.....	196
İNTERNET KAYNAKLARI.....	200



KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
c.	: Cilt
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CD	: Ceza Dairesi
D.	: Daire
Dn.	: Danıştay
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	:2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İK	:4857 sayılı İş Kanunu
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukukî Araştırmalar Dergisi
s.	: Sayfa
sa.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

ÖN SÖZ

İnsan, baskı ve korkuyla değil, ancak ve ancak kişiliğine yaşama ve gelişme şansı verilerek yararlı ve üretken olabilir.

Mobbing ile mücadele, işyerindeki insan onuru, psikolojik emniyet, devredilmez ve vazgeçilmez olan kişilik değerlerinin temini içindir. Ayrıca mobbingin ekonomik yıkıcı sonuçları da bulunduğundan mobbing ile mücadele işyeri ve ülke ekonomisi bakımından zaruridir.

Mobbing olgusunun unsurları, ispatı, başvurulacak hukukî yollar ve sorumluluk bakımından birçok ülkede olduğu gibi bizim ülkemizde de kanaatimizce münhasır bir yasa ile düzenlenmesi gereklidir. Aksi halde mobbing ile mücadele edilemez. Çünkü hem uygulayıcının dikkati yeterince çekilemez, hem de mobbing nedeniyle tazminat talepleri, neredeyse hep feshe bağlı alacak durumunda kalır. Açılan tazminat davaları artık sona ermiş mobbing nedeniyle ileri sürülen taleplerin ötesine geçememekte, yaşayan mobbingin önlenmesi ile ilgili hiçbir hukukî girişim olamamaktadır. Bu sebeple acizane çalışmamızın yasa koyucuya ve uygulayıcıya bir fikir vermesi arzumuzdur.

Tez yazım sürecinde kıymetli katkılarını ve yardımlarını esirgemeyen değerli hocam Dr. Eda Şahin Şengül'e, sorularıyla yorup terlettiğim bütün hocalarım, meslek büyüklerim ve meslektaşlarıma ve manevi desteğini her zaman hissettiren aileme teşekkür borcumu zevkle yerine getiriyorum.

Abdülvahap DABAKOĞLU

GİRİŞ

Bilindiği gibi geçtiğimiz asırlarda, tüm sivil toplum örgütlenmelerine ilham verecek nitelikteki türlü mücadelelerle çalışanların sendikal, sağlık, emeğinin karşılığını almasına yönelik hakları kazanılmıştır. Çalışan üretimin asli ve korunmaya değer unsuru olarak kabul edilmiş iken hak ve özgürlüklerin gelişmesiyle artık ferdi koruma da öncelikli hale gelmiş, insan hak ettiği değeri giderek görmeye başlamıştır.

Mobbing eski bir olgu ancak yenice bir kavramdır.

Mobbing, aslında ferdiyatçılık anlayışının giderek gelişip hukuk âleminde öncelikli bir kıstas olarak kabul edilmesi ile psikoloji, çalışma ekonomisi ve sosyolojisinin bulgu ve tespitleriyle statik olan hukukun da ilgi alanına girmiştir.

Mobbing ile mücadele, işyerindeki insan onuru, iş emniyeti, devredilmez, vazgeçilmez olan kişilik değerlerinin temini içindir. Mobbingin ekonomik yıkıcı sonuçları da bulunduğundan mobbing ile mücadele işyeri ve ülke ekonomisi bakımından da zaruridir.

İnsan baskı ve korkuyla değil, kişiliğine yaşama ve gelişme şansı verilerek yararlı ve üretken olacaktır.

Mobbing hukuk nazarında kişilik hakkını ihlâl eden bir olgudur. Bu çalışmada da mobbing kişilik hakkı ve kişiliğin korunması bakımından incelenecektir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde mobbing kavramı ve hukuk düzeni içindeki yeri açıklanacak, ikinci bölümde kişilik hakkı ve kişiliğin korunması izah edilerek mobbingin kişilik hakkını ihlâl niteliği ortaya konulacak, son bölümde ise kişiliğin korunmasına ilişkin davalar ile bunların mobbing olaylarında uygulanması incelenecektir.

I.BÖLÜM

MOBBİNG KAVRAMI, KAVRAMI İZAH EDEN MODELLER, TÜRLERİ, UNSURLARI ve MOBBİNG NEDENİYLE HUKUKİ KORUMALAR

A. Kavram

1. Tanım

Mobbing, Latince kökenli “mobile vulgus” kararsız kalabalık anlamındaki sözcükten türemiştir.¹ Mob, İngilizce’de insan kalabalığı, izdiham, anlamındadır.² İngilizce’deki fiil takısı ile “mobbing” grup halinde saldırmak, kitle halinde hücum etmek,³ taciz, rahatsızlık veya sıkıntı vermek, psikolojik şiddet;⁴ Almanca’daki fiil takısı ile “mobben” şeklinde kullanıldığında, zorbalık etmek, kabadayılık yapmak, korkutmak anlamlarına gelmektedir.⁵

Mobbing kavramının ilk kez İngiliz biyologlar tarafından kullanıldığı, daha sonra hayvanların savunma ilişkilerini anlatmak için 1963 yılında araştırmacı Konrad Lorenz tarafından terim olarak kullanıldığı bilinmektedir.⁶ Bugünkü güncel anlamıyla sözcüğü yetmişli yılların sonunda literatüre kazandıran ise Almanya’dan göçmüş İsveçli klinik psikiyatrist Heinz Leymann olmuştur.⁷ Mobbing sözcüğünü iş hayatıyla ilgili kullanan ilk kişi olan Leymann, iş dünyasındaki doğrudan ve dolaylı saldırılarla ilgili çalışmalarını doksanlı yılların başında bir araya getirerek yayımlamış ve Kuzey Avrupa, ardından Orta Avrupa ülkelerinde ses getirmiştir.⁸

İşyerinde psikolojik taciz/terör, işyerinde duygusal taciz/şiddet, işyerinde zorbalık, işyerinde moral/manevi taciz, işyerinde yıldırıma yönelik psikolojik saldırı,

¹ Pınar Tınaz, Fuat Bayram, Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukukî Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul 2008, s.3.

² Redhouse İngilizce Türkçe Sözlük, 8. Baskı, İstanbul 1971, s. 741.

³ Redhouse İngilizce Türkçe Sözlük, 8. Baskı, İstanbul 1971, s. 741.

⁴ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 3.

⁵ <https://tr.bab.la/sozluk/almanca-turkce/mobben> (19.08.2018).

⁶ de.wikipedia.org/wiki/Mobbing. (19.08.2018).

⁷ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 4 ; de.wikipedia.org/wiki/Mobbing (18.08.2018).

⁸ de.wikipedia.org/wiki/Mobbing, (19.08.2018).

duygusal şiddet gibi ifadeler de mobbing yerine kullanılmaktadır.⁹ Konuyla ilgili değerli çalışmaları bulunun bilim insanı Pınar Tınaz, sohbetler sırasında ortaya çıkan “yıldırkaçır” sözcüğünün mobbingin dilimizdeki karşılığı olarak kullanılmasını önermiştir.¹⁰ Türk Dil Kurumu ise bezdiri sözcüğünü benimsemiştir.¹¹

Leymann’a göre mobbing, “bir veya birkaç kişi tarafından bir diğer kişiye yönelik, nedeni düşünce ve inanç ayrılığından kıskançlık ve cinsiyet ayırımına kadar çok çeşitli olabilen, sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltilmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terördür”.¹²

Mobbing, ilgiliyi işletmeden uzaklaştırma maksadıyla işyerinde yapılan psikolojik terördür.¹³ Hedef kişinin özgüven ve özsaygısına yönelmiş sürekli ve acımasız bir saldırdır.¹⁴ Mobbing, “bir veya birkaç kişi tarafından bir diğer kişiye yönelik (nedeni düşünce ve inanç ayrılığından kıskançlık ve cinsiyet ayırımına kadar çok olabilen) şiddet, hakaret ve küfür gibi çalışma hayatı ile bağdaşmayacak yol ve yöntemlerle sistematik biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltilmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik baskı ve psikolojik terördür.”¹⁵

Mobbing, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün işyerinde şiddet konulu raporunda “belirli bir işçinin hedef alınarak düşmanca, acımasız, intikamcı, onur kırıcı eylemlerle bir ya da bir grup işçiye zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranışlar”,¹⁶ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 2/g maddesinde ise “işyerinde yıldırma” karşılığı ile “bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler” şeklinde tanımlanmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü, mobbingi “kişi veya gruplara karşı güç kullanarak söz konusu kişi veya grupların fiziksel, psikolojik, ahlaki ve sosyal gelişimlerine zarar

⁹ Hasan Tutar, *Mobbing (Nedenleri ve Başa Çıkma Stratejileri: Kuramsal Yaklaşım)*, Ankara 2015, s.113; Nihan Nihan Gizem Kantarcı, *Türk İş Hukuku’nda Mobbing*, Ankara 2016, s. 7.

¹⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 11.

¹¹ www.tdk.gov.tr (19.08.2018), Tutar, s. 114.

¹² Tınaz/Bayram/Ergin, s. 11.

¹³ de.wikipedia.org/wiki/Mobbing (19.08.2008).

¹⁴ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 11.

¹⁵ Kantarcı, s. 8.

¹⁶ Tutar, s. 119; Kantarcı, s. 8.

veren tutum ve davranışlar”, Avrupa Birliği İşyerinde Güvenlik, Hijyen ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Danışma Komitesi ise *“işyerinde fiziksel saldırı dışında işgöreni rahatsız eden her tür negatif tutum ve davranış”* olarak tanımlamaktadır.¹⁷

Benzer şekilde, “Mobbing, işyerinde mobberin (mobbingi uygulayan) mağduru sistematik bir biçimde rahatsız, huzursuz ve taciz etmesi, psikolojik baskı altında bırakması ve her türlü kötü muamele göstermesidir.”¹⁸

Yargı kararlarında da mobbingin tanımı yapılmıştır. Bir kararında Yargıtay’a göre mobbing *“İşçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işverenden veya işveren vekilleri tarafından gerçekleştirilmesidir.”* şeklinde tarif edilmiştir.¹⁹

Mobbing bir istisna değil, insana dair genel bir sorundur.²⁰ İnsanın düşünen ve duyan bir varlık olması sebebiyle iki kişinin bulunduğu yerde sorunlar çıkması karşısında, gerek emir alma ve verme, gerek işle ilgili rekabet, gerek verilen hizmeti sunma ve yayma gibi her yönden kaygıya açık hususiyetlerin bulunduğu ve günün çok önemli bir zamanının geçirildiği iş hayatında her dereceden çalışan arasında, yine işverenle çalışanları arasında çeşitli sorunların ortaya çıkması doğaldır. İleride açıklayacağımız gibi mobbing tek bir hareket ve çatışma değildir. Birden çok çatışmanın bulunduğu her durum da mobbing değildir. Mobbing, mağduru, tacizin nitelikleri, amaç ve sonucu ile belirli bir süreçtir. Böyle olduğu için aynı zamanda işyerinde görüp görülecek her tür duygusal ve işle ilgili saldırıyı toplayan çatı bir kavramdır. Ancak mobbingin bünyesinde sayılan tacizlerin nitelik ve niceliği, mobbingi benzer başkaca kavramlardan ayırır. Mobbing açıkça dövme, sövme, tehdit gibi her biri suç sayılan eylemleri değil, daha çok sinsi, birer birer belki hukuka aykırı olmasa da bütün halde çekilmez hale gelen tacizleri kapsar. Bu yüzden mobbingi belirlemek ve ispatlamak zordur. Mesela hedef kişinin sözü kesilir, çalışmalarına değer verilmez, anlattıkları dinlenmez, ciddiye alınmaz. Benzer şekilde öğle aralarında yemeğe davet edilmez, davet edilen yerlere çağırılmaz, insani iletişim yolları kapatılır,

¹⁷ Tutar, s. 113.

¹⁸ Tutar, s. 115.

¹⁹ Yarg. 9. HD 14.03.2008 tarih, E.2008/3122, K.2008/4922 (www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

²⁰ Tutar, s. 3.

dışlanır, hatta dedikodusu yapılır, giyim tarzıyla, çeşitli özellikleriyle dalga geçilir, yadırganır. Öte yandan işle ilgili münasebetler ile verilen emir ve talimatlar da mobbingin aracı olarak kullanılabilir. Mesela hedef kişinin yeri değiştirilir, kendisine vasfına uygun olmayan işler verilir, işle ilgili gereksiz ve aşırı bir özen beklenir, önüne yapamayacağı hedefler konulur, aynı düzeyde çalışanlar birlikte görülen işlerde türlü zorluklar çıkarır. İşte bu gibi örnekler gerçekten de hal ve şarta göre ayrı ayrı hukuka uygun, savunulabilir olsa da sürekli ve sık şekilde birbirini tamamlayan unsurlar halinde birleştiğinde, karşımıza mutlaka altında kötüniyet de barındıran büyük bir sorun çıkar. Mobbing, bu sorunlar yumağının ve buna sebep olan kötüniyetin adıdır, iş ilişkisinin niteliğine göre evvelden beri olagelen tutarlı saldırı sürecidir.

Mobbing eski bir olgu fakat yenice bir kavramdır.²¹ Psikoloji, sosyal psikoloji, sosyoloji, kültür ve din bakımından incelenebilecek bir olgudur.²²

Mobbing günümüzdeki karşılığı ile tamamen işyerinde ve iş hayatıyla ilgilidir. Okul, hapisane, spor takımı, huzurevi gibi birçok insanın birlikte bulunduğu topluluklardaki çatışmalar bir süre geniş anlamda mobbing sayılmışlarsa da artık vazgeçilmiştir.²³ Mobbing, işyerinde gerçekleşir ve aktörleri yine o işyerindedir. Kendisine mobbing uygulananlar kurban, mobbingi uygulayanlar saldırgan ve mobbinge katılmayanlar ancak mobbingten haberdar olanlar izleyici olmak üzere sürecin tarafları üç grupta incelenmektedir²⁴ ve bunların tamamı işyerindedir. İşyerinde işveren veya çalışan olarak bulunmayan mesela müşteri, sürekli kargo getiren kurye, postacı mobbingin tarafı olamaz, bunların eylemleri veya bunlara karşı eylemler mobbing kapsamında değerlendirilemez.

2. Mobbingi İzah Eden Modeller

Mobbing ortaya çıkışı, işleyişi ve sonuçları bakımından bütün halde bir süreci ifade eder. Araştırmacılar mobbing sürecini aşamalarla açıklamaya çalışmışlardır. Mobbing kapsamındaki saldırıların giderek şiddetlenmesi ve kurban nezdinde giderek

²¹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 4.

²² Tutar, s. 5 vd.

²³ Tutar, s. 120.

²⁴ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 38 vd.

daha olumsuz sonuçlara sebep oluşu, özellikle kurbanın tek başına iş hayatını değil bedensel ve ruhsal sağlığını dahi bozan etkileri mobbingin sürdükçe tırmanan, tırmandıkça da daha zalim ve umarsız hislerle sürdürülen bir olgu olduğunu göstermektedir. Hemen belirtmek gerekir ki mobbingin varlığı için bu aşamaların tamamının gerçekleşmesine gerek yoktur. Tacizcinin amacı ve mağdurun katlanma gücüne göre önceki aşamalarda iş ilişkisi veya mobbing son bulabilir.

a) Leymann Modeli

Leymann modeli ile mobbing dört ayrı aşamada açıklanmaktadır.²⁵

Birinci aşama çatışma aşamasıdır ki henüz tam olarak mobbingin varlığından söz edilmez. İşyerinde mobbing sürecini başlatan temel bir olayın ortaya çıkması ve çatışmanın başlamasını ifade eder.

İkinci aşama ise tacizin başlamasıdır. Çatışmanın iyice yerleşmesi olup hedef kişiye yönelik psikolojik saldırılar sürekli ve tutarlı şekilde gerçekleşir. Mağdur kendisini bu zor durumdan kurtaramaz, kendisini başarısız hisseder ve ilaç tedavisi alabilir.²⁶

Üçüncü aşamada işletme yönetiminin katılımı ve yanlış değerlendirmeler söz konusudur. Artık izlenebilir taciz yönetimin de dikkatini çekmişse de yönetim bu sinsi taciz politikasına bilerek veya bilmeyerek ortak olmuş, olayların nedeninin mağdurun kusurlu davranışları olduğunu düşünmüştür. Bu halde mağdurla ilgili sorunlu, zor insan, hatta akıl hastası gibi damgalamalar yapılabilir.²⁷

Son aşamada da mağdur işyeri ortamından uzaklaşır. Bu durum istifa, emeklilik, malulen emeklilik şeklinde olabileceği gibi mağdurun başka birimde görevlendirilmesi, yer değişikliği, görevde tenzil yoluyla da olabilir. Mağdurun ruhsal ve bedensel sağlığı da etkilenir ve tedaviden intihara kadar etkiler görülebilir.²⁸

²⁵ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 30 vd; Tutar, s. 137.

²⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 30 vd.

²⁷ Kantarcı, s. 39.

²⁸ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 30 vd.

b) Ege Modeli

İtalyan bilim insanı Herald Ege'nin modeli ise altı aşamalı İtalyan, Akdeniz toplumu modelidir.²⁹

Ege, başta desteğini esirgemeyen ailesinin zamanla mağduru kusurlu bulması ve giderek desteğini çekmesi şeklinde gerçekleşen “çift taraflı mobbing” kavramından da bahsetmiştir.³⁰ Gerçekten de mobbingin zamana yayılan uzunca, sinsi ve zalim bir süreç olduğunu anlayamayan mağdur yakınları konuyu çözmekteki beceriksizliği, olayları abarttığı veya her dereceden çok sayıda olumsuz davranışa muhatap olduğundan gerçekten de mağdurun kendisinin kusurlu olduğunu düşünebilir. Bundan da anlıyoruz ki mobbinge dışarıdan katlanmak dahi bezdiricidir ve mağdura profesyonel destek şarttır.

Ege modelinde öncelikle sıfır durumundan bahsedilir. Sıfır durumunda henüz mobbing başlamamıştır. İşyerinde çatışma vardır ancak hedef kişi yoktur.

İlk aşamada ise hedef kişi seçilir ve çatışma ona yöneltilir.

İkinci aşamada saldırılar artar ve mağdur kendisini kötü hissetmeye başlar.

Üçüncü aşamada mağdurda baş ağrısı, uyku sorunları gibi psikosomatik belirtiler ortaya çıkar.

Dördüncü aşamada yönetimin katılımı vardır. Mağdur rapor ve izin kullanırken yönetim bu hali mağdur aleyhine yorumlar.

Beşinci aşamada mağdur tam bir depresyon içindedir. Kendisini de suçlu görmeye başlar ve her türlü tedavi alabilir, ilaç kullanabilir.

Son aşama ise mağdurun iş ortamından uzaklaşmasıdır. Kendi isteğiyle ayrılır veya kovulur veya erken emekliliğe ayrılabilir.³¹

²⁹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 31.

³⁰ Kantarcı, s. 91.

³¹ Kantarcı, s. 91; Tınaz/Bayram/Ergin, s. 33 vd; Tutar, s. 138 vd.

3. Mobbingin Türleri

Mobbing, mağdurla saldırgan arasındaki hiyerarşi ve tacizin dışı vurumu bakımından sınıflandırılmıştır. Hukukî sorumluluk belirlenirken ve mobbing tespit edilirken bu sınıflandırmalar oldukça yararlıdır.

a) Hiyerarşiye Göre

Mobbing bir işyerindeki her dereceden çalışan tarafından yine her dereceden çalışana karşı yapılabilir. Mobbing tacizci ile mağdurun hiyerarşik ilişkisine göre üstün asta, astın üste ve aynı durumda olanların mağdura yaptığı mobbing olmak üzere üç başlıkta incelenmektedir. Ancak mobbing mağdurla aynı konumda olan kişilerle üst ve astları olan kişiler tarafından birlikte de yapılabilir; tacizciler ast, üst ve eşit düzeyin ikisi veya tümünde birleşebilir. Kanaatimizce bu durumda tacizcinin konumuna göre mobbing olgusunu bölerek aynı anda birden çok mobbing türünden bahsetmek yerine karma bir mobbingten bahsetmek doğru olur. O halde mobbingin hiyerarşik açıdan aşağıdakilere karma mobbing de ilave edilerek dört başlık altında incelenmesinin yerinde olduğunu düşünüyoruz.

(1) Düşey Mobbing

Mobbingin en sık karşılaşılan türüdür.³² Öyle ki lokal anlamda mobbing denilince düşey mobbing anlaşılır. Üst konumda yer alanların astlarına yönelik olarak gerçekleştirdikleri psikolojik taciz eylemleridir.³³ Düşey mobbingte amir olan tacizcinin kullanabileceği araçlar çok daha çeşitlidir. Tacizci, duygusal olduğu kadar işle ilgili araçları da rahatlıkla kullanabilir.

(2) Yatay Mobbing

Tacizciler mağdurla eşit düzeydedirler. Tacizci ve mağdur benzer görevlerde ve benzer olanaklara sahip aynı konumdaki iş arkadaşlarıdır.³⁴ Bu türde en çok etkileşim içinde bulunan kişilerden saldırılar geldiğinden tacize sık ve sürekli maruz kalma ve

³² Kantarcı, s. 99.

³³ Murat Şen, *Günümüz Problemi Mobbing*, (<https://www.muratsen.org/uluslararasıulusal-tebligler.html>), (19.08.2018) s. 25.

³⁴ Şen, s. 25

duygusal tacize yönelik dedikodu, dışlanma, alaya alınma gibi davranışlarla yıkıcı şekilde karşılaşma ihtimali vardır.

(3) Dikey Mobbing

Mobbingin en az karşılaşılan türüdür. Çalışanın yöneticiye psikolojik taciz uygulamasıdır.³⁵ Özellikle astı ile alakalı tedbirleri kendi başına alacak kadar yetkili olmayan yöneticilere uygulanabilir. Devlet memurları gibi daha güvenceli çalışanlar arasında görülebileceği gibi hiyerarşinin daha üst kademelerinde aralarında fazla basamak olmayan çalışanlar arasında görülebilir. Amirin astını şikâyet etmek yerine sorunu çözmesi makbul olduğundan bu tür, dışa vurumu en az olanı ve tacizci tedbirli davranacağından en sinsi davranışların sergilendiği tür olabilir. Asttan gelen davranışlar daha onur kırıcı ve işle ilgili sürekli hata ve eksiklik yapılması daha yıldırıcı da olabilir. Aşağıda incelenecek sübjektif mobbing daha çok dikey mobbinge birleşebilir.

b) Tacizin Dışa Vurumuna Göre

Tacizin niteliğine ve mağdurun davranışları algılamasına göre yapılan bir ayrımdır. Bir kişinin mobbing olarak algıladığını bir başka çalışan farklı yönde algılayabilir.³⁶ İşte sergilenen davranışların genel bir kanaat olarak ne şekilde algılandığı objektif ve sübjektif mobbing ayrımını karşımıza çıkarır. Gerek mobbinge karşı işletmesel tedbirler uygulanması ve gerekse ispat sorunu bakımından bu ayrım son derece önemlidir.

(1) Objektif Mobbing

İşyerinde psikolojik tacizin belirgin, herkes tarafından gözlemlenebilir olduğu, mesela iş arkadaşları, üst ve astların mobbingin varlığından söz edebildiği durumdur.³⁷ Objektif mobbingin varlığı şüphe götürmez, ispatı ise daha kolaydır.

³⁵ Kantarcı, s. 100.

³⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 52.

³⁷ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 52.

(2) *Sübjektif Mobbing*

Davranışların sergileyeni de muhatabı da insandır. Bir insanın bilinen karakterine göre gösterdiği davranışın niteliği değerlendirilir. Her zaman nazik birinin vurdumduymaz bir davranışı ile çoğu zaman kaba birinin benzer davranışı aynı şekilde karşılanmaz, ilkinin altında kast ve başkaca nedenler aranır.

Öte yandan davranışın muhatabı olan kişinin karakteri de çok önemlidir. Daha şüpheli, alıngan, belki kibirli veya hoşgörüsüz biri, davranışları daha farklı yorumlayabilir. İşte bu faktörler gerek mağdurun ve gerekse tacizin teşhis edilmesini karmaşılaştırır.³⁸ Ancak mobbing kapsamındaki tacizlerin somut ve kanıtlanabilir olması, mağdur olduğunu düşünen kişinin öznel yargılarının ürünü olmaması gerekir.³⁹

Sübjektif mobbing ile anlatılmak istenen hatalı değerlendirmelerden öte gerçekte bir mobbingin var olduğu fakat belki daha kısıtlı bir çevrede belki daha sinsi davranışlarla sergilendiğinden mağdur dışında genel bir farkındalığın bulunmadığı, açıkçası tacizcinin daha tedbirli ve kurnaz olduğu durumlardır.⁴⁰ Kanaatimizce sübjektif mobbing daha çok dikey mobbingle birleşebilir.

4. Mobbinge Benzeyen Kavramlar

Öncelikle belirtmek gerekir ki mobbing ne tanım ne de çerçeve olarak üzerinde tam bir anlaşmaya varılmış bir kavram değildir. Mobbing yerine başkaca kavramlar da kullanılmaktadır.⁴¹ Bu anlamda mobbing, başka kavramlarla karıştırılmaya müsait bir olgudur. Mobbingin unsurları bahsinde her çatışma, tartışma, kavga, çalışan ile ilgili tasarrufun mobbing olarak değerlendirilemeyeceği açıklanacaktır.

a) Çatışma

Çatışma iki veya daha fazla kişi veya grup arasında çeşitli sebeplerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır.⁴² Ayrıca çatışma, faaliyetleri engelleyen, doğal

³⁸ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 52.

³⁹ Tutar, s. 133.

⁴⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, s.52; Tutar, s.136.

⁴¹ Tutar, s. 114. Mesela işyeri bullyingi, işyeri mağduriyeti gibi Bkz. s. 114.

⁴² Kantarcı, s.10.

olmayan, kontrol edilmesi ve değiştirilmesi gereken bir davranış sapmasıdır.⁴³ Öte yandan tarafların iyiniyetli olması, meselelerin kişiselleştirilmemesi halinde işle ilgili çatışmalar, sürtüşmeler sonucu itibariyle yararlı da olabilir.

Mobbingte çatışma arasındaki temel fark, mobbingte taciz sürecinin süresi, sürekliliği, sıklığı, tacizlerin bütün halde zalim bir niyete işaret etmesidir. Çatışma tek veya birkaç eylemle olup biterken mobbing için aynı şey geçerli değildir. Bundandır ki işyerinde karşılaşılan her tür kavga, şikâyet veya sorunu mobbing olarak değerlendirmek sıkça yapılan bir hatadır.

b) Bullying

İngilizce'den dilimize zorba, kabadayı şeklinde tercüme edilen bully sözcüğünün eylem şeklini almış hali *bullying* aynı şekilde zorbalık, zorbalık etmek anlamlarındadır.⁴⁴ Literatürde mobbing ile *bullying* karıştırılmış, *bullying* mobbingin bir türü olarak da görülmüştür.⁴⁵ Birçok yazar aynı olayı açıklarken bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmaktadır.⁴⁶ Gerçekten de internet üzerinden yapılan aramalarda Alman menşeli sayfalarda *bullyingin*, mobbingin bir türü olarak izah edildiği görülmektedir.⁴⁷ *Bullying* İsveçli ve Norveçli psikolog Dan Olweus tarafından bilinen anlamıyla literatüre kazandırılmış bir kavram olup Olweus bu kavramı okulda öğrenciler arasındaki çatışmalar için kullanmış idi.⁴⁸ Öte yandan sözcük kökleri incelendiğinde mobbingte daha fazla saldırgan varken *bullyingte* (brutaler Kerl) tek bir saldırgan olacağı izlenimi de uyanmaktadır.⁴⁹

Artık mobbing yalnız iş ilişkisi için kullanılan bir kavramdır. Aralarındaki en önemli fark ise tacizin niteliğidir. *Bullyingte* psikolojik tacizden öte artık darp, hakaret,

⁴³ Şen, s.16.

⁴⁴ Redhouse İngilizce Türkçe Sözlük, 8. Baskı, İstanbul 1971, s. 137.

⁴⁵ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 6.

⁴⁶ Tutar, s. 120.

⁴⁷ Bkz. (<https://mobbing-out.blogspot.com/p/bullying.html>), (https://www.hsmagdeburg.de/fileadmin/user_upload/Fachbereiche/AHW/files/ringvorlesungen/ringvorlesung-5-warncke-2011-01-11.pdf) (19.08.2018) İkinci sayfada “okuldaki mobbing, bullying” başlığı kullanılmıştır.

⁴⁸ Tutar, s. 120; Anna Beckers, *Bullying aus Täter-, Opfer- und Zuschauerperspektive (Fail, Kurban ve İzleyici Bakış Açısıyla Bullying)*, Tübingen 2011, s. 12.

⁴⁹ Beckers, s. 11.

açık tehdit gibi her biri suç sayılabilen davranışlar görülür.⁵⁰ Mobbing ise şiddetin kaba, fiziksel şeklinden çok inceltilmiş, sofistike halidir.⁵¹

c) Bossing

Bu terim aslında mobbingin özel bir türüdür ve sıkça kullanılan bir kavramdır. Mobbingin altında yatan sebebe göre belirlenmiş bir kavram olan *bossing*, “işletmenin küçülme politikası ile birlikte istihdamın daraltılması, işgücünün genç çalışanlardan oluşturulması veya örgüt içinde istenmeyen bir kişiden kurtulmanın hedeflenmesi nedeniyle firma yönetiminin uyguladığı kasıtlı ve gerçek bir stratejinin yaşama geçirildiği bir mobbing olgusudur.”⁵²

d) Straining

Ege tarafından ilk kez İtalya’da literatüre kazandırılan *straining*, işyerindeki ayrımcılığın, mağdurun işyerinden izole edilmesinin bir türü olup kıymetsiz işler verilerek, bilgisayar, telefon gibi imkânları alınarak, işe katılımı kilitlenerek mağdurun kendisini cezalandırılmış hissetmesine yol açılmasıdır.⁵³ Mağduru etkileyen tek bir rütbe değişikliği, gizli bir ayrımcılıkla mağdurun görevlerinin değişmesi *straining*in varlığı için yeterli olup mobbing olgusunda birden fazla *straining* bulunabilir ve *straining* genellikle mobbingten hemen önce gerçekleşir.⁵⁴

5. Mobbingin Unsurları

Mobbing başlangıcı, işleyişi ve sonuçlarıyla belli bir süreçtir. Mobbing yeni bir olgu olduğundan benzer kavramlarla sürekli karıştırılmaktadır. Mobbing tespit edilirken incelenmesi ve irdelenmesi gereken hususlar vardır ki işte bunlar mobbingin unsurlarıdır. Mobbingi izah eden modelleri açıklarken mobbingin varlığı için bütün aşamaların gerçekleşmesinin aranmayacağını belirtmiştik. Ancak mobbingin aşağıda izah edeceğimiz unsurlarının hep birlikte bulunması mobbingin varlığı için zorunludur. Unsurlardan biri dahi eksik olursa mobbingin varlığına hükmedilemez.

⁵⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, s.7; Şen, s. 14.

⁵¹ Tutar, s. 1.

⁵² Tınaz/Bayram/Ergin, s. 8.

⁵³ Atila Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, Ankara 2015, s. 60 vd.

⁵⁴ Erkal, s. 62.

a) İş İlişkisi

Mobbingin varlığından söz edebilmek için ilk ve en önemli unsur iş ilişkisidir. Mobbing çalışma hayatıyla ilgili olup okuldaki öğrenciler, apartman sakinleri, hapishanedeki tutuklu veya hükümlüler, bir siyasi parti veya derneğin üyeleri, huzurevindeki sakinler arasındaki çatışmalar bakımından mobbing olgusundan söz edilemez.

Çalışmamızda mobbingin alanı için “iş ilişkisi” tabiri bilinçli olarak belirlenmiştir. Zira işyeri, iş ortamı gibi tabirler somut mekân belirttiğinden kanaatimizce mobbingin alanını ifade etmek için yetersiz kalır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2 nci maddesinde işyeri “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” şeklinde tanımlanmış, aynı maddenin son fıkrasında “*İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.*” hükmü ile işyeri alanı genişletilerek personel servisi, dinlenme lokali, çocuk kreşi gibi üretim yapılmayan yerler de işyeri kapsamına alınmıştır.⁵⁵ İşyeri, işin yapıldığı yerle yönetim veya organizasyon bakımından ünsiyet içindeki alanları ifade eder. Oysaki mobbing, maddi alanlara indirgenerek gözlenebilecek bir olgu değildir. Mesela işçinin dedikodusunun yapıldığı yerler işyeri ve iş ortamıyla alakasız alanlar da olabilir. Öyle ki tacizcilerin iş ortamından olmayan yakınlarıyla işçiyi çekiştirmesi diğer bütün unsurların varlığı ile birlikte mobbingin kapsamına dâhil edilmelidir. İşte burada önemli olan mağdurla tacizci arasında iş ilişkisi bulunmasıdır.

İş ilişkisinden maksat sadece İş Kanunu’nun tatbikat alanına giren iş ilişkileri olmayıp Borçlar Kanunu ve idare hukuku kapsamındaki bütün iş ilişkileri buna dâhildir. Gerçekten de mobbing tek başına iş hukuku çevresi ile sınırlı bir olgu değildir. Evde çalıştırılan temizlikçiden her dereceden devlet memuruna kadar bütün

⁵⁵ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, Ankara 2005, s. 160; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul 2018, s. 193 vd.

çalışanların iş ilişkileri mobbingin kapsamına girer. Nitekim mobbingin hiyerarşi farkı gözetmeksizin tüm kültürlerde ve işyerlerinde gerçekleştiği ifade edilmektedir.⁵⁶

Hizmet sözleşmesi çoğu zaman eser sözleşmesiyle de karıştırılabilir. Bu durum teorik farklılıktan değil, hizmet sözleşmesinde de gerçekleştirilen çalışmayla önceden belirlenmiş başarılı hedeflere ulaşılabilmesinden ileri gelmektedir.⁵⁷ Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin eser sözleşmesine taalluk ettiğine karar verilen durumlarda mobbingten bahsedilemez.

Bu noktada iş ilişkisinin sınırının ne olduğu tartışılmalıdır. Mobbingi izah eden modellere baktığımızda kanaatimizce hayatını sürdürmek için belli ücret veya maaşla çalışma, yani istihdam olgusu karşımıza çıkmaktadır. İstihdam, bir görevde, bir işte kullanma, işlendirme demektir.⁵⁸ Bir diğer deyişle, vasıflı vasıfsız bir işin belli bağımlılık kuralları ve maddi bir karşılıkla yapıldığı iş ilişkileri, mobbingin kapsamındadır. Bunlar da iş akdi ile çalışan işçiler, hizmet akdi ile çalışanlar veya asli ve sürekli kamu hizmetlerinin ifası ile görevlendirilen çalışanlardır. Yoksa seçimle gelinen her dereceden vazifeliler arasında, mesela ilçe şoförler odası ile il esnaf ve sanatkârlar odası, bunların federasyonunun başkanları; baro başkanı ile barolar birliği başkanı, parti başkanı ile parlamento üyeleri, bakanlar ile cumhurbaşkanı arasındaki politik özellikler gösteren ve istihdamdan söz edilemeyecek iş ilişkileri kanaatimizce mobbingin kapsamı dışında kalır.

Mobbing, tabiatıyla iş ilişkisi devam ettiği sürece var olan bir olgudur. İş ilişkisi fesih, ihraç, ölüm gibi nedenlerle sona ermişse artık bundan sonrası için mobbingten bahsedilemez. Ayrıca görev yeri değişikliği ile tacizci ile mağdur arasında fonksiyonel anlamda iş ilişkisi ortadan kalkar, bir taciz ortamına imkân veren irtibat bulunmazsa kanaatimizce yine mobbingten söz edilemez. Tatil günleri, iş sözleşmesinin askıya alınması, çalışanın yıllık izine veya ücretsiz izine ayrılması gibi fiilen çalışılmasa da iş ilişkisini sonlandırmayan durumlar yine iş ilişkisi içindedir. İşyeri devri ise işvereni

⁵⁶ Şen, s. 26.

⁵⁷ Ayhan Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003, s. 70.

⁵⁸ <http://www.tdk.gov.tr>. (19.08.2018).

değiştirse de çalışanlar arasındaki iş ilişkisini sürdürür. İşyeri devri, çalışanlar arasındaki mobbinge engel değildir.

Öte yandan, mobbing davranışları sadece çalışma süresinden sayılan zamanlarda değil çalışma yaşamıyla bağlantı kurulabilecek tüm zamanlarda meydana gelebilir.⁵⁹ Mesela çalışan izinliyken dedikodusu yapılır, adaletsiz şekilde iş taksim edilir, görev yeri değiştirilir, tatildeyken işle ilgili sürekli aranır, iznini kesip dönmesi istenir. Ancak bunların hepsi devam eden iş ilişkisi içinde olmalıdır ki mobbingten söz edilebilsin.

Bir işyerinde ancak iş ilişkisine dâhil olan işçi, işveren, işveren vekili, alt işveren mobbingin tacizcisi veya mağduru olabilir.⁶⁰ İş ilişkisine dâhil olmayan müşteri, misafir, mal götürüp getiren kuryeler, çeşitli sebeplerle işyerine gelmiş kamu görevlileri mobbing olgusunun tarafı olamazlar.

b) Taciz

Taciz, kişilik hakkına saldırı teşkil eden düşmanca ve ahlak dışı davranışlardır.⁶¹ Tezimiz kapsamında hem taciz türünden davranışlar hem de kişilik hakkı ayrı ayrı bölümlerde incelenecektir. Kişilik hakkı ise ayrı bir bölümde incelenecektir. Kişilik hakkı ihlâli, mobbing nedeniyle ileri sürülen tazminat talepleri bakımından yargı kararlarında esas alınan yegâne dayanaktır.⁶²

Mobbingten söz edebilmek için tacizin hukuken korunan değerleri hedef alması,⁶³ ısrarlı ve sistematik şekilde sürdürülmesi gerekir; zaten mobbingi işyerindeki çatışmalardan ayıran en belirgin husus budur.⁶⁴

Yasal düzenlemeler nedeniyle çalışma örgütlerinde kaba şiddet kabul edilemez olduğu için mobbing kapsamındaki tacizler bıkırtma, yıldırma, dışlama, önemsememe, olanaklardan mahrum bırakma, kaynaklardan yararlanma ve haklarını kullanma

⁵⁹ Kantarcı, s. 22.

⁶⁰ Kantarcı, s. 23.

⁶¹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 64 vd; Kantarcı s. 27.

⁶² Erkal, s. 123.

⁶³ Erkal, s. 125.

⁶⁴ Huriye Reyhan Demircioğlu, *Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, GÜHFD, c. 11 Sa. 1-2, Ankara 2007, s. 117.

konusunda engelleme, geciktirme, adaletsizlik şeklinde en az kaba şiddet kadar etki bırakan daha çok psikolojik etkili sofistike şiddet olarak görülür.⁶⁵

Tacizlerin genel olarak kasıtlı tutumla gerçekleştirildiği kabul edilse de eşitlikle ilgili hususlarda yine sistematik olarak tekrarlanması şartı ile ihmal yoluyla da ortaya çıkabileceği düşünülmektedir.⁶⁶ Taciz sürekli ve sistematik olmalı ve belli bir zaman devam etmelidir.

(1) Süreklilik

Süreklilik, tacizin kasıtlı olarak ısrarlı bir şekilde devam ettirilmesidir.⁶⁷ Tacizin en azından ayda birkaç kez gerçekleşmesi gerekir.⁶⁸ Bireyler arası ilişkilerde görülebilen bir veya birkaç defalık düşmanca davranış ile kalıcı ve taciz edici bir davranış arasındaki fark bu kriter sayesinde ayırt edilebilir. Dolayısıyla işyerinde diğer çalışanlarla yaşanan anlık azar, sürtüşme, uyarı, terfi edememe ve benzeri olumsuzluklar hemen mobbing olarak değerlendirilmemelidir.⁶⁹ Leymann, düşmanca ve tehditkâr tacizin haftada en az bir kez, Ege ise ayda en az birkaç kez tekrarlanması gerektiğini savunmuştur.⁷⁰

(2) Sistematiiklik

Tacizin sistematik olması, eylemlerin aynı amaca matuf ve birbiriyle bağlantılı olmasıdır. Sistematiiklik hususunu somut olayda gözlemlemek için taciz bütün olarak değerlendirilerek sonuca gidilmeli, yine her somut olay şartlarına göre irdelenmelidir.⁷¹ Mesela Wolmerath'a göre, tacizci ile mağdur her bir araya geldiğinde taciz devam ediyorsa davranışlar arasında uzunca bir süre bulunsa bile sistematiiklik var demektir.⁷² Ancak kısa süreli az sayıdaki davranışlar sistematik görülemez.⁷³

⁶⁵ Tutar, s. 2.

⁶⁶ Bkz. Erkal, s. 129.

⁶⁷ Kantarcı, s. 31.

⁶⁸ Tutar, s. 117.

⁶⁹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 64.

⁷⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 64.

⁷¹ Kantarcı, s. 33.

⁷² Kantarcı, s. 33.

⁷³ Erkal, s. 132.

Almanya Federal Mahkemesi, tacizler arasında uzun zaman aralıklarının olması, yine bir işçinin zamanla değişen birçok amiri tarafından kötü ve yetersiz olarak değerlendirilmesi halinde sistematik unsuru bulunmayabileceğini kabul etmektedir.⁷⁴

Bremen Eyalet Mahkemesi 17.10.2002 tarihli bir kararında üç buçuk yılda gerçekleşen dokuz tacizin aradaki süre farkı nedeniyle mobbinge vücut vermeyeceğini kabul etmiştir.⁷⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, birden fazla işçinin rekabet yasağı sözleşmesini ihtirazi kayıt koyarak imzalamaları nedeniyle mobbinge maruz kaldıkları iddiasıyla bunlardan birinin açtığı mobbing nedeniyle manevi tazminat davasında, sistematik şekilde taciz gerçekleştiği somut delillerle ispat edilemediğinden manevi tazminat gerektiği yönündeki ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur.⁷⁶

Kısacası mobbing anlık bir olay olmayıp sistematik olarak tekrarlanan davranışlardan oluşan bir süreçtir. Bu davranışların her biri ayrı ayrı olmasa da bütününe oluşturduğu sürecin kendisi hukuka aykırıdır.⁷⁷

(3) Tacizin Süresi

Mobbing türü tacizlerin ne kadar süre devam edeceği veya yoğunluğunun ne kadar olması gerektiği hususunda kesin bir ölçü ortaya koymak mümkün değildir. Literatürde “en az altı ay devam eden tacizlerden” veya “üç ayla üç yıl arası devam eden tacizlerden” bahsedildiği görülmekte ise de, mobbingin teşhisi için taciz eylemlerinin süresinden ziyade, sonuçları üzerinde durulmalıdır.⁷⁸ Leymann, taciz süreci için en az altı ay, Ege ise davranışların şiddeti, sıklığı, tacizcilerin sayısı,

⁷⁴ Almanya Federal İş Mahkemesi, 16.05.2007 tarih, 8 AZR 709/06 https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

⁷⁵ Erkal, s. 132.

⁷⁶ Yarg. HGK 25.01.2017 tarih, E. 2015/9-461, K. 2017/127. “Somut olaya gelince; davacı, davalı şirket tarafından hazırlanan rekabet yasağı sözleşmesini ihtirazi kayıtlı imzaladığı için baskıya uğradığını ileri sürmüştür ise de dosya kapsamına göre işveren ve vekilleri tarafından sistematik biçimde manevi baskıya maruz bırakıldığını, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürüldüğünü somut delillerle ispat edememiştir.” (www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

⁷⁷ Şen, s.9; Erkal, s. 137.

⁷⁸ Demircioğlu, s.119

konumu, mağdurda beliren rahatsızlıkları öne sürerek hızlı mobbing olgusu ve bu kapsamda en az üç aylık bir süre şartından bahsetmiştir.⁷⁹

Fransız Danıştay 4.3.2009 günlü kararında üç aylık sürenin mobbing için yeterli olmadığını kabul etmişken, Fransız Yargıtay 27.01.2010 tarihli bir kararında iki ay içinde gerçekleşen davranışları mobbingin varlığı için yeterli saymıştır.⁸⁰

c) Düzeyssel Eşitsizlik

Düzeyssel eşitsizlik, mobbingin tek taraflı bir taciz olmasını ifade eder. Yani mobbinge karşı mağdur gerçekten kendini korumaya çalışsa da mağdurun da benzer silahlarla tacizcilere aynı şekilde saldırması söz konusu değildir. Bu silahların yetersizliğinden veya mağdurun karakter veya tercihinden de kaynaklanabilir. Gerçekten mağdurun elinde de benzer silahlar bulunuyor ve mobbing kapsamındaki tacizleri sergiliyorsa mobbing olgusundan söz edilemeyecektir. Mobbing karşılıklı olmaz, karşılıklı olursa mobbing olmaz. Çatışma sürecinde iki tarafın da kendine özgü silahları var ve bu silahları kullanıp saldırıda bulunabiliyorlarsa mobbingten değil karşılıklı bir rekabet işlediğinden söz etmek gerekir.⁸¹ Nitekim Fransız Danıştay, mobbingin tespitinde failin davranışlarıyla beraber mağdurun davranışlarının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.⁸²

Görüldüğü gibi, düzeyssel eşitsizlik hiyerarşik bir olguyu tanımlamamaktadır.⁸³ Ancak mobbing çoğunlukla düşey şekilde meydana geldiğinden hiyerarşinin saldırı ve savunma araçları edinimi ve kullanımında yani düzeyssel eşitsizlik unsuru bakımından da önemli olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Nitekim mobbingin tacizcinin yetki ve güç kullanma eğilimi ile ortaya çıktığı ve fail ile kurban arasında bir güç dengesizliği bulunduğu kuramsal olarak ileri sürülmektedir.⁸⁴

Düzeyssel eşitsizlik mobbing olgusunun en trajik yönüdür. Gerçekten mobbing mağduruna “kurban” denilmesini haklı çıkaran bir husustur. Çünkü sayı, araç, amaç

⁷⁹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 65.

⁸⁰ Erkal, s. 132,133.

⁸¹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 65.

⁸² Erkal, s. 126.

⁸³ Tutar, s. 117; Demircioğlu, s. 118.

⁸⁴ Bkz. Tutar, s. 116.

veya konum bakımından kuvvetli olan saldırgan veya saldırganlara karşı mağdurun çaresizliği artmakta ve mobbing modelleri içindeki her bir üst aşamada durumu giderek zorlaşmaktadır.

Bu noktada akla gelen diğer bir soru da mağdurun kendi kusurlu davranışlarıyla mobbinge sebep olmasının durumu değiştirip değiştirmeyeceğidir. Gerçekten bazı hallerde kişi yaptığı hataları, yavaşlığı, geçimsizliği, uyumsuzluğu, olumsuz kişisel özellikleri ile tüm çalışma ekibinin performansını olumsuz yönde etkileyebilir ve adeta başkalarını kendisine mobbing uygulamaya zorlar.⁸⁵ Ancak böyle olsa bile mobbingin varlığı değişmez. Nedeni ne olursa olsun hiç kimse mobbingi hak etmez ve mobbing doğru bir ceza gibi görülemez. Mobbing ahlak dışı, yasalara aykırı, zararlı ve affedilemez bir olgudur.⁸⁶ Kanaatimizece mağdurun kendi kusurunun maruz kaldığı mobbingin nedeni olarak görülebileceği durumlarda mobbing olgusu ve yasal sonuçları tartışılmamalı, bu husus tazminat miktarının belirlenmesinde gözetilmelidir.

Yargıtay bir kararında; yaklaşık sekiz yıl kıdemli olan, görev yeri birkaç kez değiştirilen, bu şekilde daha az ücret almasına yol açılan, üst düzey yöneticilerin sert ve kaba tutumlarına maruz kalan, iş akdi feshedilen, bunun üzerine açtığı işe iade davası usulsüz fesih sebebiyle kabul edilen ancak olumsuz davranışları nedeniyle hakkında birçok müşteri ve personel şikâyeti bulunan işçi tarafından açılan mobbing nedeniyle tazminat davasının kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.⁸⁷

⁸⁵ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 43.

⁸⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 43.

⁸⁷ Yarg. 22. HD 13.03.2018 tarih, E. 2017/9918, K. 2018/6568 “(....)İşyeri kayıtları incelendiğinde, davacının 01/10/2004-07/11/2007 tarihleri arasında Ankara Necatibey Şubesinde, 08/11/2007-10/03/2008 tarihleri arasında Ankara Emek şubesinde, 11/03/2008-20/04/2008 tarihleri arasında Ankara Bireysel Bölge Müdürlüğünde, 21/04/2008-15/08/2010 tarihleri arasında Kastamonu Şubesinde, 16/08/2010-04/01/2012 tarihleri arasında ise Kazan (Ankara) şubesinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde, davacı ile üst yöneticileri arasında yaşananlar sebebiyle, davacının şube değiştirme taleplerinde bulunmaya mecbur kaldığı, ancak değiştirilen işyerlerinin davacının talep etmediği sorunlu şubeler olduğu ifade edilmiştir. Öncelikle şu husus belirtilmelidir ki; işçinin istediği şubede çalışması taleplerinin işverence yerine getirilmemesi veya tayin talebinin farklı bir şube için değerlendirilmesi hususları mobbingin varlığını kanıtlamaya elverişli değildir. Kaldı ki, salt görev yeri değişikliklerinden hareketle, mobbing koşullarının oluştuğu sonucuna da ulaşılamaz.

Davacının Ankara ilinden Kastamonu iline tayiniyle birlikte ücretinin düştüğü anlaşılmakta ise de, Kastamonu iline tayinin davacı tarafından talep edildiği; davalı işverence, Kastamonu şubesinde operasyon yönetmeni kadrosunda ihtiyaç bulunmadığının, söz konusu şubede ancak operasyon

Almanya Federal Mahkemesi, işçinin tahrikiyle gerçekleşen işveren veya amir davranışlarının mobbing olarak görülemeyeceği ve işçinin zamanla değişen birçok amiri tarafından kötü ve yetersiz olarak değerlendirilmesi halinde mobbingin varlığı için gerekli sistematik unsurunun bulunmayabileceğine karar vermiştir.⁸⁸

d) Amaç

Mobbing, mağduru işyeri ortamından uzaklaştırmak gayesi ile yapılır. Amaç, çalışma ortamını çekilmez hale getirerek mağduru yıldırarak işten kendi iradesiyle ayrılmasını sağlamaktır.⁸⁹ Bunun dışında mağduru başka göreve nakledilmesi, erken emekli edilmesi şeklinde işyerinden uzaklaşması durumunda da amaç gerçekleşmiş sayılmalıdır.⁹⁰

Amaç unsuru “zalimce niyet” şeklinde de ifade edilmiş, tacizcinin öncelikle politik gizli bir niyetinin bulunması gerektiği, belli sonuca ulaşmayı hedeflemekte olduğu ve bunun için uygun bir stratejiye göre hareket ettiği, adım adım çeşitli

yetkilisi unvanıyla çalışabileceğinin, bu kadronun ücretinin ise brüt 3.500,00 TL olduğunun açıklanarak, bu şartlarda talebi doğrultusunda görev yeri değişikliğinin yapılabileceğinin davacıya bildirildiği anlaşılmaktadır. Davacı ise, 18/04/2008 tarihli imzalı beyanında, aylık ücretinin brüt 3.500,00 TL belirlenerek, operasyon yetkilisi olarak tayin edilmeyi talep ve kabul etmiştir. Tarafların karşılıklı anlaşarak ve ileriye dönük olmak üzere her zaman asgari ücretin altına inmemek koşuluyla ücrette indirim yapabileceği mümkündür. Dolayısıyla, davacının 18/04/2008 tarihli imzalı beyanı nazara alındığında, ücretinin düşürülmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre geçerli olup, bu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, bir kısım davacı tanıklarının beyanlarında bahsi geçen, üst yöneticilerin sert ve kırıcı yönetim biçimlerinin veya işin yürütümünde yaşanan olumsuzlukların mobbing olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, davacı hakkında da, Kastamonu ve Kazan şubesi çalışanlarınınca düzenlenmiş şikâyet dilekçelerinin ve tutanakların mevcut olduğu, bu belgelerde, personel ve müşterilerle sık tartışma, personeli yüksek sesle azarlama, sert ve kırıcı üslup kullanma gibi eylem iddialarına yer verilerek, davacının şikâyet edildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, dinlenen davalı tanığının da, davacıyla yaşanan olumsuzluklara yönelik beyanı bulunmaktadır.

Davacının işverene karşı açtığı işe iade davası neticesinde, Ankara 15. İş Mahkemesi'nin ...kararıyla, feshin savunma alınmadığından geçersiz nedene dayandığı gerekçesiyle, davacının işe iadesine karar verildiği ve kararın temyiz incelemesinden geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, söz konusu işe iade kararının, mobbing iddiasının kanıtı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Dosya kapsamına göre, davacının mobbinge maruz kaldığı, ücretinin rızası dışında düşürüldüğü, haksız eylemler sebebiyle maddi ve manevi zarara uğratıldığı iddialarının usulince kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Bu halde, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”(www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

⁸⁸ Almanya Federal İş Mahkemesi, 16.05.2007 tarih, 8 AZR 709/06 https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

⁸⁹ Kantarcı, s. 34.

⁹⁰ Şen, s. 18.

davranışlarla çatışma ortamı yaratarak politik amacına ulaşmaya çalıştığından söz edilmiştir. Mobbing tacizcisinin davranışlarının altında yatan amaç daima bir ince hesap ve art niyet olmalıdır.⁹¹

Her zaman tek amaç mağdurun iş ortamından uzaklaştırılması olmaz. Mesela kişinin terfi ettirilmemesi kadrolaşma amacıyla da yapılabilir.⁹² Benzer şekilde mobbingin arkasında yatan temel amaç üstünlük kurma, buyruğu altına alma veya iradesine tabi kılmak da olabilir.⁹³

Amaç, hedefteki kişinin kendisine olan güvenini sarsmak, karşılaştığı tacizlerden yılarak iş ortamından uzaklaşmasını sağlamak olup psikolojik taciz davranışlarının amacı, bu davranışları yapanların menfaatlerinin temininden ziyade rakibin zayıflatılması, dışlanması, izole edilmesi, kendisini sürekli bir tehdit altında hissetmesidir.⁹⁴ Bu sebeple mobbingin hedefinde, mağdur kimsenin belli bir davranışı veya belli bir olay karşısındaki tutumu değil bizzat kendisi yer alır.⁹⁵

Bir amirin davranışları kaba ve rahatsız edici olabilir. Fakat açıkladığımız gibi bu davranışların altında politik, zalimane bir amaç yoksa mobbingten söz etmek mümkün olmayacaktır.⁹⁶ İşte amaç unsuru, mobbing olgusunu kanaatimizce tacizcinin özel kastına bağlayarak ispat bakımından daha da güç bir hale sokmaktadır. Yargıtay bir kararında, mobbing nedeniyle unvanının düşürüldüğü ve ikale yapmak zorunda bırakıldığını iddia eden davacının açtığı manevi tazminat davasının, işçinin yeni koşulları kabul etmeme hususunda yasal hakkı bulunduğu, şirketin genel yapılandırılmasıyla ilgili uygulamanın sırf kendisine yönelik olmadığı gerekçesi ile reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁷ Kanaatimizce işçinin aleyhine kabul etmek

⁹¹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 43.

⁹² Kantarcı, s. 35.

⁹³ Tutar, s. 115.

⁹⁴ Tutar, s. 116.

⁹⁵ Demircioğlu, s.117.

⁹⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 43, Tutar, s. 135.

⁹⁷ Yarg. 22. HD 28.12.2017 tarih, E. 2016/6932, K. 2017/31060 “(...)Somut olayda, davacı, müdürlük unvanının uzmanlığa düşürüldüğünü ve mobbing uygulanarak ikale yoluyla davalı ile aralarındaki sözleşmeyi sonlandırmak zorunda bırakıldığını iddia etmiştir. Her ne kadar Mahkemece, davacının mobbinge maruz bırakılarak ikale ile iş sözleşmesini sonlandırmak zorunda bırakıldığı gerekçesiyle işyerinde mobbing uygulandığı sonucuna ulaşılmışsa da, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca söz konusu görev değişikliğini kabul etmeme hakkı varken bu unvan değişikliğini kabul ederek bu şekilde bir süre çalıştığı, işverenin şirketin yeniden

zorunda kaldığı yeni iş koşulları ve işletmesel karar sonucu nihayet ikale yapması aslında mobbingin varlığına delalet eder. Ayrıca mobbingin benzer durumdaki birçok kişiye uygulanması da mümkündür.

6.Taciz Türünden Davranışlar

Taciz türünden davranışlar, mobbinge vücut veren eylemlerdir. Tacizlerin her biri ayrı ayrı çok önemli veya hukuka aykırı olmasa da bütün halde sürekli ve sistematik bir şekilde tekrarlandığında mobbing olgusunu oluşturur.

Mobbing kapsamındaki taciz türünden davranışlar çok çeşitli şekillerde olabilir. Bunlar mağdurun his ve fikir âlemine giren, insani anlamda mağduru rahatsız eden duygusal tacizler olabileceği gibi işle ilgili hususlar da taciz aracına dönüşebilir. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alacağımız gibi taciz aslında mağdurun kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Öyle ki mobbing olgusu ilk ve öncelikli olarak kişilik hakkına saldırıdır.

Almanya Federal Mahkemesi bir kararında tacizle ilgili şu hususları belirtmiştir: *“Mobbing olarak tanımlanan eylemlerin hukukî özelliği; somut olarak gözlemlenebilen bir değil çok sayıda davranışın bütün halde işçinin kişilik hakkı veya sağlığını ihlâl etmesidir. Mobbing kapsamındaki davranışlar tek başına hukuka aykırı olmayabilir. Davranışların bütün halde veya ayrı ayrı kişilik hakkı ihlâlî teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi temyiz incelemesinde, olay hâkiminin denetime elverişli takdiriyle sınırlıdır.”*⁹⁸

Bu noktada hangi davranışların taciz sayıldığı araştırılmalıdır. Mobbing kapsamında taciz sayılan davranışlara ait kesin bir liste sunmak mümkün değildir. İş ilişkisine, tarafların sosyal kimliğine göre taciz türünden eylemler değişebileceği gibi

yapılandırılması çerçevesinde emekli olan personele ek menfaat sağlanarak iş sözleşmesini ikale ile sonlandırma imkânı tanıdığı, bunun işverenin genel yönetim anlayışından kaynaklandığı, salt davacıya yönelik bir uygulama olmadığı, davacının da bu imkândan yararlanarak ikale anlaşması yaptığı, işyerinde yukarıda anlatıldığı şekilde davacıya yönelik sistematik, sürekli, yıldırma, dışlama, sindirme biçiminde bir mobbing uygulanmadığı anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, Mahkemece davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”(www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

⁹⁸ Almanya Federal İş Mahkemesi, 16.05.2007 tarih, 8 AZR 709/06 https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

eylemin şiddet ve konusu bakımından mağdurun hassasiyeti de önem taşır. Bir diğer deyişle psikolojik taciz söz konusu olduğundan mağdurun kendi özel derunî kişiliği de çok önemlidir. Ancak mobbing olgusunu bu denli soyut araçlarla tespit etmek mümkün olmaz. Genel anlamda mobbing sayılabilecek davranışlar, araştırmalar ve hayat tecrübeleriyle belirlenmelidir.

Leymann, mobbing kapsamında beş ayrı kategoride 45 davranış belirlemiştir.⁹⁹İlk kategori, mağdurun paylaşımında bulunma olanaklarına yönelik saldırılardır: Amir, mağdurun kendini ifade etme olanaklarını sınırlar, mağdurun sürekli sözü kesilir, diğer çalışanlar da mağdurun kendini ifade etme olanaklarını sınırlar, mağdur hakarete uğrar, yüksek sesle azarlanır, sürekli işle ilgili eleştirilir, sürekli özel hayatıyla ilgili eleştirilir, telefon terörüne maruz kalır, sözlü tehditler alır, yazılı tehditler alır, reddedici el kol hareketleri veya bakışlarla mağdurla ilişki kurmaktan kaçınılır, ima ve kinaye yoluyla mağdurla ilişki kurmaktan kaçınılır.

İkinci kategori mağdurun sosyal ilişkilerine yönelik saldırılardır: Mağdurla artık konuşulmaz, konuşma yolları tıkanır, diğer çalışanlardan uzak bir odaya oturtulur, iş arkadaşlarının konuşması yasaklanır, kasıtlı olarak görmezden gelinir.

Üçüncü kategori mağdurun sosyal itibarına yönelik saldırılardır: Mağdurun arkasından kötü konuşulur, mağdurla ilgili dedikodular yayılır, gülünç duruma düşürülür, ruhsal sağlığından şüphe edilmesine yol açılır, psikolojik tedavi almaya zorlanır, varsa fiziksel bir engeli ile alay edilir, etnik kökeni ile alay edilir, özgüvenini zedeleyen işleri yapmaya zorlanır, çalışmalarını bilerek yanlış veya incitici şekilde değerlendirilir, kararları sorgulanır, sövğu sözleri veya küçültücü ifadelerle hitap edilir, cinsel yakınlık gösterilir veya açık cinsel teklif sunulur.

Dördüncü kategori ise mağdurun meslekî nitelik ve yaşam kalitesine yönelik saldırılardır: Mağdura işle ilgili vazife verilmez, vazifelerini derinlemesine düşünemeyecek kadar işyerindeki uğraşlardan alıkonur, anlamsız işler verilir, bilgi ve

⁹⁹ http://www.psychokrieg.de/artikel/www.psychokrieg.de-Die_45_Mobbing-Handlungen_nach_Leymann.htm (25.08.2018); Tınaz/Bayram/Ergin, s. 53 vd.; Şen, s. 31 vd.

becerisinin çok altında işler verilir,sürekli yeni işler verilir,incitici işler verilir,itibarsızlaştırılması için kapasitesinin çok üstünde işler verilir.

Beşinci ve son kategoride mağdurun sağlığına yönelik saldırılara yer verilmiştir: Mağdur, sağlığına zarar veren işleri yapmaya zorlanır,fiziksel şiddetle tehdit edilir,mesela unutamayacağı bir ders vermek için hafif şiddet uygulanır,bedensel zarar verilir,zarar verecek harcamalara sebep olunur, ev veya işyerine maddi zarar verilir,mağdura cinsel taciz veya cinsel saldırı yöneltilir.

Bunlara ek olarak Leymann'ın belirlediği on beş davranış daha vardır:¹⁰⁰

Telefon, bilgisayar ve lamba gibi işyerinde bulunan mağdura ait eşyalar birdenbire kaybolur, bozulur, yerine yenileri konulmaz, çalışma arkadaşlarıyla olan tartışmaları artar, şiddetlenir, mağdurun sigara dumanından çok rahatsız olduğu bilindiği halde yanına çok sigara içen bir çalışan oturtulur,bir ortama, ofise geldiğinde konu değiştirilir, konuşma kesilir,işle ilgili önemli gelişme ve haberlerin dışında bırakılır,arkasından çeşitli dedikodular çıkarılır, bilgi ve becerisinin çok altında ve uzmanlığına girmeyen işler verilir,işe geliş gidiş saatleri, çay molasını nasıl geçirdiği, telefon konuşmaları ayrıntıyla kontrol edilir, mağdur her hareketinin sıkıca takip edildiğini hisseder,sürekli eleştirilir ve küçümsenir, sözlü veya yazılı taleplerine cevap alamaz,üst veya aynı konumdakilerce kontrolsüz tepki vermeye kışkırtılır,şirketin özel kutlamaları veya diğer sosyal etkinliklere kasıtlı olarak çağırılmaz,dış görünüşü veya giyim tarzıyla alay edilir,işle ilgili tüm önerileri reddedilir,kendisinden daha alt düzeyde çalışanlardan daha az ücret alır.

Leymann dışında Alman araştırmacılar Knorz ve Zapf tarafından tespit edilen 39 taciz örneği içinde, yukarıdakilerden farklı olanlar şöyledir:¹⁰¹Mağdurun kendini ilgilendiren özel bir konuda çalışma arkadaşlarıyla konuşması yasaklanır, mağdura karşı çalışma arkadaşları kışkırtılır,işyerinde imza toplanır,çevresinde gizli, düşmanca bir ortam yaratılır,arkadaşları birlikte çalışmayı reddeder,nezaket dışı tarzda ve düşmanca konuşulur,suçlu çıkarılmak amacıyla kontrol dışı tepki vermesi için kışkırtılır,özel günlerinde veya başarıları nedeniyle amir ve iş arkadaşları tarafından

¹⁰⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 55 vd.

¹⁰¹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 57.

kutlanmaz,sosyal itibarına zarar vermek amacıyla yalancılık veya hata yapmakla suçlanır,hakkında devamlı olumsuz yorumlar yapılır,düşmanca bir işletme tutumu belirlenir,mağdur amir ise astları talimatlarına uymaz,amirinin önünde küçük düşürülür,bütün önerileri ilke olarak reddedilir,her tür faaliyet ve etki alanının önü kesilir,kendi konumuna getirilmesi düşünülen biriyle çalışmaya mecbur bırakılır,yeni işlerde kimse yardımcı olmaz,başkalarının hataları veya işletmedeki sorunlardan sorumlu tutulur, işle ilgili önemli bilgiler ulaştırılmayarak sorun yaşamayı sağlanır,kendisini ilgilendiren konularda hiç fikri alınmadan birdenbire yeni durumla karşı karşıya bırakılır,aynı düzeyde çalışanlar veya astlarına göre daha geç terfi eder veya hiç terfi alamaz,eğitim alma talep ve hakkı reddedilir, devamlı birine bağımlı olarak çalışmak zorunda bırakılır, işyerindeki tüm mutsuzluk, huzursuzluk ve geçimsizlikler mağdura yöneltilir,sürekli olarak çalışma yer veya birimi değiştirilir,iş ortamı kendisine haber verilmeden boşaltılır,hoşuna gitmeyen bir birime gönderilir,çalışmaları üzerinde, ona zarar vermek kastıyla değişiklikler, oynamalar yapılır, mağdurun davranışı işyeri dışında da kontrol ve takip edilir, mağdura hükmetmek, baskı yapmak amacıyla en basit işlerde dahi çok kesin kurallar belirlenir, mağdurdan habersiz özel gönderileri açılır ve izin talep ettiğinde her türlü zorluk çıkarılır.

B. Mobbing Nedeniyle Hukukî Korumalar

Mobbing, kişilik değerleri, kişilik hakkı ve kişiliğin korunması yolları ile iş hukuku, borçlar hukuku ve idare hukuku kapsamındaki her türlü iş ilişkisi ile ilgisi yönünden hem özel hukukun hem de kamu hukukunun konusu içindeki birçok hukuk disiplininin alanına giren bir olgudur. Bu sebeple mobbinge ilgili ulusal ve uluslararası pozitif düzenlemeler ve hukukî koruma yolları çok zengindir.¹⁰²

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin insanların hür ve eşitliği, ayrımcılığa tabi tutulamayacağı, işkence veya onur kırıcı muameleye maruz bırakılmayacağı,

¹⁰² Ancak mobbing, Fransa, İsveç, Belçika, Sırbistan gibi ülkelere karşı Türk ve Alman Hukukunda, doğrudan hakkın dayanağı olarak kabul edilen bir hukukî kurum olarak düzenlenmemiştir. Erkal, s. 124. Yazara göre mobbing doğrudan talep yetkisi tanıyan bir yasa ile düzenlenmelidir. Bkz. s. 124. Biz de bu düşünceye katılarak Ülkemizde özel bir mobbinge mücadele kanunu ihdas edilmesinin faydalı sonuçlar getireceğine inanıyoruz.

özel ve ailevi hayat ile şerefine karışılıp saldırılamayacağına ilişkin 1,2,5 ve 12'nci maddeleri ile; Anayasamızın kişilik değerlerine mutlak koruma sağlayan 6,12,17,20,24 ve 25'inci ve çalışma hakkını düzenleyen 49. maddeleri, kişiliğin korunması yönünden mobbinge doğrudan ilişkilidir.

Bunun dışında doğrudan mobbingi konu edinen uluslararası pozitif düzenlemeler bulunmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü raporları, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkındaki 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme, 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşmelere ülkemiz taraftır.

İç hukuk mevzuatımız kapsamında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) kişiliğin korunmasına, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet akdi ile tazminat sorumluluğuna, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ayırimcılık yasağı, haklı nedenle fesih, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun sendikal faaliyetin korunması, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun memurların üste sadakat, astı koruma ve ahlaklı davranış yükümlülükleri, işbirliği tesisi içinde görev yapacakları, nihayet yeni bir düzenleme olan 20.04.2016 yürürlük tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun mobbingin tanımı ve mobbing nedeniyle kuruma idari başvuruya ilişkin hükümleri mobbinge ilişkili olup işyerlerinde psikolojik tacizin önlenmesi için 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi de bulunmaktadır.

Aşağıda mobbing olgusunun varlığı halinde söze konu olacak hukukî kurumlar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. İş Hukuku

Uygulamada mobbing en çok iş hukuku çevresindeki iş ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır. Mobbingin iş hukuku bakımından yasal sonuçları değerlendirilirken söze konu olabilecek haklar aşağıdaki gibidir.

a) Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Süresiz fesih bildirimini ile sözleşmenin sona erdirilmesi, süresiz fesih de denilen haklı nedenle fesih hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun işçi için 24, işveren için ise 25'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Yasada gösterilen sebeplerin varlığı halinde taraflardan iş akdini sürdürmeleri beklenmemiş ve iş akdini derhal feshetme hakkı tanınmıştır. Mobbing, özel olarak bu maddelerde yer almamıştır, ancak mobbing nedeniyle ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareketler kapsamında işçi veya işverenin iş akdini haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir.¹⁰³

İşveren kendisine veya başka bir işçiye karşı mobbing yapan işçilerin iş akdini haklı nedenle feshedebilecektir. İşçi ise işveren veya işveren nam ve hesabına hareket eden ve İş Kanunu'nun 2/4. maddesine göre işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin sorumlu bulunduğu işveren vekilinin kendisine mobbing uygulaması halinde iş akdini haklı nedenle feshedebilecektir. Yargıtay; yetişmesi için eğitim verilip harcama yapılan işçinin hiçbir sebep göstermeden iş akdini feshetmesi sonucu eğitim giderleri ve cezai şartın tahsili istemiyle işverence açılan bir davada, işçinin kendisine mobbing uygulandığı gerekçesi ile iş akdini haklı nedenle feshettiği savunmasının öncelikle değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁴

Bu noktada işveren veya işveren vekilinin tacizci olarak katılmadığı, başkaca işçilerden gelen mobbing nedeniyle işçinin haklı nedenle fesih hakkı bulunup bulunmadığı sorunu karşımıza çıkar. Kanaatimizce objektif bir mobbing olgusunun varlığı söz konusu ise veya mağdurun durumu bildirmesine rağmen işveren gerekli önlemleri almaz ise, mobbing sürecine izleyici olarak katılmış ve bu suretle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 417. maddesindeki işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğünü ihlâl etmiş demektir. Bu halde süreç içinde işveren veya vekili tacizci olarak bulunmasa dahi, işçinin haklı nedenle fesih hakkı olacaktır.

¹⁰³ Kantarcı, s. 205.

¹⁰⁴ Yarg. 13 HD 05.02.2018 tarih, E. 2015/33656, K. 2018/1199 (www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

b) Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, “*kanunen sayılı hallerde iş sözleşmesi sona eren işçiye belirli bir süre çalışmış olması şartıyla hizmet süresine ve ücretine göre değişen miktarda işveren tarafından ödenmesi gereken bir paradır*”.¹⁰⁵

4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesinde, 1475 sayılı İş Kanunu’nun kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi hariç diğer hükümlerinin yürürlükten kalktığı, Geçici 6. maddesinde ise kıdem tazminatı fonu kurulacağı ve buna ilişkin kanun yürürlüğe girene kadar işçilerin anılan 14. maddeye göre kıdem tazminatı talep edebilecekleri düzenlenmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu’nun böylece yürürlüğü korunan 14. maddesinde kıdem tazminatının koşulları, nasıl hesap edileceği düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı iş akdinin feshinin en önemli sonuçlarının başında gelir.¹⁰⁶ Mobbing nedeniyle iş akdini haklı nedenle fesheden taraf işçi ise kıdem tazminatına hak kazanacak, işveren ise kıdem tazminatı ödemeyecektir. Böylelikle diğer yasal şartların varlığı halinde, mobbingin saldırganı olan işçiye kıdem tazminatı ödenmeyecek, mobbingin mağduru olan işçi ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

c) İhbar Tazminatı

İhbar tazminatı, kanundan doğan maktu ve götürü bir tazminattır.¹⁰⁷ İş Kanunu’nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde akdi feshetmek isteyen taraf fesih iradesini mevcut çalışma süresine göre yasada asgari olarak belirlenen önel süresi evvelinden karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür. Bu sayede işçi yeni bir iş, işveren ise yeni bir işçi arayabilecektir. Önel sürelerine uymadan akdi derhal fesheden taraf, karşı tarafa önel süresine denk gelen ücret tutarında bir para, yani ihbar tazminatı ödeyecektir. Haklı nedene dayanılarak akdin feshedilmesi halinde ise ihbar tazminatı ödenmeyeceği İş Kanunu’nun 24 ve 25’inci maddelerinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁵ E. Tuncay Senyen – Kaplan; *Bireysel İş Hukuku*, Ankara 2018, 341; Mollamahmutoğlu, s. 610; Süzek, 734.

¹⁰⁶ Senyen – Kaplan, s. 341; Süzek, s. 734; Mollamahmutoğlu, s. 609.

¹⁰⁷ Mollamahmutoğlu, s. 540; Süzek, s. 533; Senyen – Kaplan, s. 268.

Mobbing nedeniyle iş akdini haklı nedenle fesheden taraf, karşı tarafa ihbar tazminatı da ödemeyecektir. Ancak ihbar tazminatı, akdi fesheden tarafın yükümlülüğü olduğundan hangi sebeple olursa olsun akdi fesheden taraf ihbar tazminatına hak kazanmaz.

d) Sendikal Tazminat

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun¹⁰⁸ 25. maddesinin 2 ve 3'üncü fıkraları ile işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı; işçilerini sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkaramayacağı veya farklı işleme tabi tutamayacağı düzenlenmiş, maddenin 4. fıkrasında aksi davranışın işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminat gerektirdiği hüküm altına alınmıştır.

Gerçekten de işçilerin sendikal faaliyetleri nedeniyle yasada genel çerçevesi belirlenmiş davranışlar mobbing türünden taciz eylemlerinin icrası bakımından oldukça elverişlidir. İşte sendikal faaliyetleri nedeniyle işveren veya işveren vekili tarafından mobbinge maruz kalan işçi, sendikal tazminata da hak kazanacaktır. Sendikal tazminatı gerektiren haksız davranışlardan kaçınmak tamamen işverenin yükümlülüğü olduğundan, başka işçilerden benzer sendikal sebeplerle gelen mobbing nedeniyle mağdur işçinin işverenden sendikal tazminat talep etmesi, yine bu halde sendikal tazminatın saldırgan işçilerden talep edilmesi mümkün değildir. Sendikal tazminat iş akdi devam ederken istenebileceği gibi, şayet iş akdi işveren tarafından sendikal sebeplerle feshedilmişse, işçi iş güvencesi kapsamında bulunmasa dahi işe iade davası açabilir ve bu davayla birlikte sendikal tazminat isteyebilir.

e) Kötüniyet Tazminatı

Kötüniyet tazminatı İş Kanunu'nun 17/6. maddesinde düzenlenmiştir. Yasada ihbar tazminatı ödenmesinin işe iade davası açmaya engel olmayacağı belirtildikten

¹⁰⁸07.11.2012 yürürlük tarih ve 6356 sayılı.

sonra iş güvencesinden yararlanmadığından işe iade davası açma imkânı bulunmayan işçiler için kötüniyet tazminatı hüküm altına alınmış, buna göre iş akitleri kötüniyetle feshedilen işçinin bildirim süresinin üç katına denk gelen ücreti tutarında tazminata hakkı bulunduğu düzenlenmiştir.

Yukarıda mobbing modelleri başlığı altında açıklandığı gibi mobbingin varlığı için bütün aşamaların gerçekleşmesine gerek yoktur. Çalışan mobbinge direnç gösterir ve süreç nihayet tacizci işverenin iş akdini feshetmesi ile sonuçlanırsa mağdur işçi kötüniyet tazminatına hak kazanacaktır. Sendikal tazminat gibi kötüniyet tazminatı da mağdur işçi tarafından ancak tacizci işverenden talep edilebilir.

f) Ayrımcılık Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiş, ayrımcılık yapan işverene işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında tazminat ve yoksun kaldığı hakları ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Tazminat için ayrımcılığın gerçekleşmesi yeterli olup ayrıca kusur veya zarar şartı aranmaz.¹⁰⁹ Ayrımcılık tazminatı feshe bağlı da değildir.

Dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapılamayacağı, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı, hüküm altına alınmıştır.

Yasada gösterilen ve mobbinge sebep teşkil etmesi bakımından son derece elverişli bulunan ayrımcılık türleri nedeniyle mobbing uygulanması halinde mağdur işçi, tacizci işverenden iş akdi devam ederken veya fesihden sonra ayrımcılık tazminatı ile birlikte varsa ayrımcılık nedeniyle mahrum bırakıldığı diğer haklarını talep

¹⁰⁹ Kantarcı, s. 138.

edebilecektir. Ayırmıcılık tazminatı da mağdur işçi tarafından yalnız işverenden talep edilebilir.

2.Borçlar Hukuku

Borçlar hukuku kapsamında maddi ve manevi tazminat üzerinde durulacaktır. Borçlar hukuku kapsamında mobbing halinde gerek sözleşmeye aykırılık ve gerekse haksız fiile dayanılarak maddi ve manevi tazminat talep etmek mümkündür. Bu hususlar üçüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. TBK'nun 417. maddesinin zıt anlamından kapsamlı bir mobbing tanımı yapılmıştır: *“İşyerinde kurbanın kişiliğine saldırı şeklinde ortaya çıkan ve onun saygınlığını ortadan kaldırmaya dönük, her tür ahlak ve dürüstlük ilkesine aykırı bir şekilde uygulanan psikolojik tacize mobbing denir.”*¹¹⁰

3.Medeni Hukuk

Mobbing türü taciz eylemi, öncelikle mağdurun kişilik haklarını ihlâl ettiğinden ve böylelikle bir haksız fiil oluşturduğundan bu tür tacizlerin öncelikle TMK ve TBK kapsamında ele alınması, sağlanacak hukukî korumanın çeşit ve süje bakımından kapsamını da genişleten isabetli bir yaklaşımdır.¹¹¹

Medeni hukuk kapsamında mobbing nedeniyle başvurulabilecek hukukî koruma, kişiliğin korunması bakımından sevk edilen hükümlerle ilişkilidir. Kişiliğin korunması için başvurulabilecek önleme, durdurma, tespit ve vekâletsiz iş görme davaları ile haksız fiile dayanan maddi ve manevi tazminat davalarına üçüncü bölümde yer verilecektir. Borçlar hukukundan farklı olarak medeni hukuk kapsamındaki kişilik haklarının ihlâl edilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemi yalnızca haksız fiile dayanabilmektedir. Borca aykırılık nedeniyle açılacak maddi ve manevi tazminat davaları ise borçlar hukuku kapsamındadır.

¹¹⁰ Tutar, s. 118.

¹¹¹ Demircioğlu, s. 125.

4.İdare Hukuku

İdare hukuku bakımından mobbing ile mücadele ve mobbing nedeniyle başvurulabilecek hukukî yollara çeşitli kanunlarda yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki yukarıda belirtilen özel hukuk kapsamındaki hukukî korumalar ile idare hukuku kapsamındaki korumalar birleşebilir. Özel hukuk kapsamındaki korumalar idare hukukuna tabi iş ilişkileri için de uygulama alanı bulmaktadır. Aynı şekilde bu başlık altında açıklanacak hukukî korumaların kamudaki ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde özel hukuk çevresindeki iş hukukuna tabi iş ilişkilerine uygulanabileceği de kabul edilmelidir.

a) 6701 Sayılı Kanun

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu,¹¹² Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol (OPCAT), Avrupa Birliği uyum süreci içinde izlenecek yol haritası¹¹³ kapsamında kabul edilmiştir.

Söz konusu Kanun'un 9. maddesinde kurumun görevleri sayılmış olup bunlar genel olarak; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemek, insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek, insan hakları ve eşitlik öğretimine dair müfredatın belirlenmesine katkıda bulunmak, eğitim faaliyetlerinde bulunmak, Cumhurbaşkanlığına, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmak üzere yıllık raporlar hazırlamak, gerek görüldüğünde görev alanına ilişkin özel raporlar hazırlamak, görev alanıyla ilgili mevzuat çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, bunlara ilişkin görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmektir.¹¹⁴

Kurumun, Kanununun 17-22'nci maddeleri kapsamındaki ayrımcılık şikâyetlerini inceleyip ilgililere idari yaptırım uygulaması, her gerçek ve tüzel kişinin Kuruma başvurabilmesini de mümkün kılan icrai bir yetkidir.Kurumun henüz resmi internet

¹¹²20.04.2016 yürürlük tarih ve 6701 sayılı.

¹¹³ <https://www.csgb.gov.tr/media/6812/tihek.pdf> (16.09.2018).

¹¹⁴ <https://www.csgb.gov.tr/media/6812/tihek.pdf> (16.09.2018).

sitesi bulunmamaktadır. Kurum başkanının açıklamasına göre 2017 sonunda 422 başvuru var iken, 2018 yılı ilk altı ayında ayrımcılık yasağıyla ilgili 280, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi alanında 43, işkenceye karşı ulusal önleme mekanizması alanında 251 ve diğer alanlarda 39 olmak üzere toplam 613 başvuru yapılmış olup her ayrımcılık değil, kanunda tanımlanan ırk, din, dil, siyasi ve felsefi görüş, yaş, servet, doğum, medeni hal türünden ayrımcılıklar Kurumun görev alanına girmektedir.¹¹⁵ Kurum, Kanununun 11/b maddesinden anlaşılacağı gibi başvuru üzerine veya resen harekete geçebilecektir.

Kanunun özellikle *“Bu Kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekânizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir.”* şeklindeki 1. maddesinden, her türlü mobbing olayının değil, ancak ayrımcılık sayılan durumlarla birleşmesi halinde mobbingin Kurumun görev alanına girebileceği anlaşılmaktadır.

Kanunun 2/g maddesinde mobbing *“işyerinde bezdiri”* başlığı ile *“Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, biktirmek amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler”* şeklinde tanımlanmıştır. Sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından özel hukuk çevresinde olsun idare hukuku çevresinde olsun her türlü iş ilişkisi kapsamındaki mobbing nedeniyle kuruma başvuru mümkün olacaktır. İş yaşamı ile ilgili mobbinge maruz kalanlar, öncelikle işveren veya işveren vekiline başvurmalıdır; başvurusu cevapsız bırakılır veya reddedilirse Kuruma başvurabilecektir.¹¹⁶ Müracaat üzerine yapılan inceleme sonucunda saldırının ağırlığı, sonuçları ve saldırganın ekonomik durumuna göre 1.000-15.000 Türk Lirası idari yaptırım uygulanabilecektir.¹¹⁷

¹¹⁵ <http://t24.com.tr/haber/turkiye-insan-haklari-ve-esitlik-kurumu-her-ayrimciliga-bakmiyoruz,677998> (16.09.2018).

¹¹⁶ Kantarcı, s. 180.

¹¹⁷ Kantarcı, s. 182.

b) 657 Sayılı Kanun

Devlet Memurları Kanunu,¹¹⁸ kimi memurlar hakkında çıkarılmış özel kanunlarda hüküm bulunmayan haller için yapılan atıf ile Kanunun 1. maddesinde gösterildiği üzere hemen her türlü memur ve sözleşmeli ve geçici personeli kapsamına almaktadır. Kanun hükümleri idare hukuku çevresindeki iş ilişkileri bakımından uygulanabilecektir.

Kanunun ikinci bölümü altında yer alan 6. maddesindeki devlete ve kanunlara sadakat, 8. maddesindeki güvene layık davranış ve birbiriyle işbirliği, 10. maddesindeki amirin maiyetindekilere hakkaniyet ve eşitlik içinde davranacağına ilişkin hükümler ile yedinci bölümde yer verilen 124 ve devamı maddelerdeki mobbing türünden taciz sayılabilecek görevine kayıtsızlık, emre sürekli itiraz, amire saygısızlık, kurumda huzur sükûn ve çalışma düzenini bozmak, görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak, amirine veya maiyetindekiler veya iş arkadaşlarına hakaret ve tehditte bulunmak gibi çok sayıda eylemi cezaya bağlayan disiplin hükümleri mobbingle ilişkilidir. Görüldüğü üzere idare hukuku çevresindeki iş ilişkileribakımından mobbing nedeniyle kurum içi şikâyet ve tacizcilere disiplin yaptırımları uygulanması mümkündür. Danıştay, mobbing uyguladığı iddiasıyla şikâyet edilen kamu görevlisi hakkında disiplin cezası verilmemesine yönelik işleme karşı şikâyetçinin dava hakkı bulunduğunu kabul etmektedir.¹¹⁹

Bundan başka, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 65/d maddesinde emrindeki personel ve meslektaşlara kötü muamelede bulunmak disiplin yaptırımına

¹¹⁸23.07.1965 yürürlük tarih ve 657 sayılı.

¹¹⁹ Dn. 8. D. 30.12.2015 tarih ve E. 2015/14045, K. 2015/13143 “*Olayda; davacı tarafından, şikâyetle bulunduğu öğretim üyesinin çalıştığı bölümün başkanı ve fakültenin dekanı olduğu, görevle ilgili yetkilerini aşarak kendisine mobbing uyguladığı, verdiği dilekçelerin işleme konulmadığı, laboratuvara girişinin engellendiği, çoğunlukla laboratuvarı kendisine tahsis ettiği, fakülte imkânlarını kendi kurduğu şirkete kullandırıldığı belirtilerek şikâyetle bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davacı tarafından, yukarıda yer verilen iddialarla Öğretim Üyesi ...hakkında disiplin cezası verilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine açılan disiplin soruşturması sonucu hazırlanan rapor uyarınca şikâyet edilene disiplin cezası verilmesine gerek bulunmadığına dair işlem ile davacı arasında kişisel, güncel ve meşru bir menfaat ilişkisinin var olduğu tartışmasız olup, davacının dava konusu idari işleme karşı idari yargıda sübjektif dava açma ehliyetinin bulunduğu açıktır.*”(www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

bağlanmış, Sayıştay Denetçilerinin Meslekî Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esasların 15/e maddesinde yöneticilere, denetçilere yönelik özlük haklarını kısıtlayıcı, kariyerlerine zarar verici meslekî tacizde ve çalışma yaşamı kalitesini düşüren psikolojik tacizde bulunmama ve bunun oluşmasını önleyici gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.¹²⁰

Öte yandan 19.03.2011 tarih ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile kamu kurumları ve özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik tacizle ilgili başvuruların titizlikle incelenip en kısa sürede sonuçlandırılacağı, işverenin bundan sorumlu olup gerekli önlemleri alacağı, çalışanların bu tür tacizi icradan uzak duracağı, toplu iş sözleşmelerine önleyici hükümler konulmasına özen gösterileceği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Alo 170 üzerinden mağdurlara yardım ve psikolojik destek verileceği, Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu ihdas edileceği düzenlenmiştir. Özellikle bu genelgeden giderek yüksek sesle konuşulan mobbing olgusuna devletin de kayıtsız kalmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde özel hukuk ve kamu hukuku çevresindeki iş ilişkisinde cereyan eden mobbinge karşı idari makamların koruması da devreye girecektir.

5. Ceza Hukuku

Mobbing, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suç olarak düzenlenmemiştir. Mobbingi tam olarak kapsayacak ceza hukuku ilkelerine uygun bir norm belirlemek de kolay olmasa gerekir. Ancak TCK'nda kişilik değerlerini koruyan birçok suç ve başkaca suçlar psikolojik taciz kapsamında, mağduru yıldırma, bezdirmek, sindirmek için işlenebilir.

Bu suçlara genel olarak şunlar örnek gösterilebilir:

Hayata karşı suçlardan intihara teşvik (m.84); vücut dokunulmazlığına karşı suçlardan yaralama (m.86), eziyet (m.96); cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan cinsel saldırı (m.102), cinsel istismar (m.103), cinsel taciz (m.105); hürriyete karşı suçlardan tehdit (m.106), şantaj (m.107), cebir (m.108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m.109), eğitim öğretim hakkının engellenmesi (m.112), kamu hizmetlerinden

¹²⁰ Şen, s. 15.

yararlanma hakkının engellenmesi (m.113), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (m.114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin engellenmesi (m.115), iş ve çalışma hürriyetini ihlâl (m.117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m.118), dilekçe hakkının engellenmesi (m.121), kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (m.123), haberleşmenin engellenmesi (m.124); şerefe karşı suçlardan hakaret (m.125), kişiler arasındaki konuşmanın dinlenmesi ve kayda alınması (m.133), özel hayatın gizliliğini ihlâl (m.134); malvarlığına karşı suçlardan hırsızlık (m.141 vd.), mala zarar verme (m.151), güveni kötüye kullanma (m.155); topluma karşı suçlardan hayvanın tehlike yaratacak şekilde serbest bırakılması (m.177), hayvan mağduru yaralarsa taksirle yaralama (m.89); kamu güvenine karşı suçlardan resmi belgede sahtecilik (m.204), özel belgede sahtecilik (m.207); bilişim alanında suçlardan bilişim sistemlerine girme (m.243); kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlardan görevi kötüye kullanma (m.257); adliye karşı suçlardan iftira (m.267), suç uydurma (m.271), yalan tanıklık (m.272), yalan yere yemin (m.275), suç delillerini yok etme, gizleme, değiştirme (m.281), suçluyu kayırma (m.283), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (m.288).

Yargıtay bir kararında, işkence ve görevi kötüye kullanma suçundan açılan davada failin atılı özgül suçları işleyecek kamu görevlisi niteliğinde olmadığı gerekçesi ile beraat kararı veren ilk derece mahkemesi kararını mobbing olgusundan da söz ederek, mağdurenin görev yerini değiştiren, yer değişikliğinin yürütmesini durduran ve iptal eden idare mahkemesi kararlarını yerine getirmeyen ve iş ortamında sözleşmeli memur olan mağdureyi bodrum katındaki şoförler odasında çalışmaya mecbur bırakan sanığın eyleminin eziyet suçunu oluşturduğu gerekçesi ile üçe karşı iki oyla bozmuştur.¹²¹ Karşı oyda, eziyet suçunun unsurlarının oluşmadığı, ancak

¹²¹ Yarg. 8. CD 01.03.2018 tarih, E. 2018/230, K. 2018/2245. “(...) Türkiye Ziraat Odaları Birliği Genel Başkanı olan sanık ...'ın aynı zamanda 6964 sayılı Kuruluş Kanununun 29/l. maddesi gereği Birlik ve odaların işlerinin yürütülmesini teminen kararlar almak ve yürürlüğe koymakla sorumlu yönetim kurulunun da başkanı olduğu, konumu itibarıyla personel üzerinde sahip olduğu idari güç ve yetki de dikkate alındığında; katılan ...'i geçici görevlendirmeler ile farklı illere gönderdikten sonra, yukarıda sözü edilen İdare Mahkemelerince benzer gerekçelerle verilen iptal kararları neticesinde Ankara iline dönen katılana, tecrübesine ve iş yerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev vermeyerek sırf sıkıntı vermek, onu rencide ve pasifize etmek kastıyla binanın bodrum katında kurum şoförlerinin kullandığı telefon ve bilgisayar gibi gereçlerin bulunmadığı odada mesai yaptırmaya zorlamak suretiyle belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, değersizleştirme, yıldırma ve işten uzaklaştırmayı amaçlayan; psikolojik saldırıya konu

sözleşmeli memur olan mağdurenin şoförler odasında çalıştırılması şeklinde gerçekleşen eylemin çalışma hürriyetinin ihlâli suçunu oluşturduğu ifade edilmiştir.¹²² Karşı oyda yer verilen eziyet suçunun sistematik şekilde gerçekleşmesi gerektiği ancak *mobbingin sistematik özelliği olmadığı* yönündeki ifade, eski bir olgu ancak yeni bir kavram olan mobbingin yeterince tanınmadığını göstermektedir. Ancak Özel Daire, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine üçe karşı iki oyla eylemin eziyet suçunu oluşturduğu yönündeki bozma kararını kaldırarak bu sefer ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.¹²³ Karşı oyda ilk karardaki gerekçelerle eylemin eziyet suçunu oluşturduğunda ısrar edilmiştir. Bu şekilde mobbing mağdurunun ceza hukuku bakımından korunmasına son derece önemli bir emsal olacak karar kaldırılmıştır.

Yukarıda yer verdiğimiz kararda da ifade edildiği üzere yargı kararlarının uygulanmaması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Bu, idare hukuku çevresindeki mobbing bakımından ceza hukukunun temin ettiği önemli bir korumadır. Ayrıca, idare hukuku çevresindeki iş ilişkilerinde mobbing yapmak suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğine yönelik birçok şikâyet yapılmaktadır. Danıştay bir kararında, belediyenin insan kaynakları eğitim müdürü vekili hakkında rüşvet suçundan yürütülen soruşturmada, şüpheli aleyhine tanıklık yapan çalışana mobbing uyguladığı iddia edilen belediye başkanı, başkan yardımcısı ve rüşvet soruşturmasının şüphelisi insan kaynakları müdürü vekili hakkında görevi kötüye kullanma suçundan verilen soruşturma iznine yapılan itirazı reddetmiştir.¹²⁴

eylemlerinin işleniş biçimleri ve sonuçlarına göre eziyet boyutuna vardığı bu sebeple yüklenen eylemlerin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nun 96/1. maddesinde düzenlenen "eziyet" suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..."(www.uyap.gov.tr. 03.03.2019).

¹²² Karşı oy: "(...)Türk hukukunda mobbing olarak adlandırılan küçük düşürücü, aşağılayıcı davranışlar kişinin psikolojisini olumsuz etkilemekle beraber mobbing olarak tanımlanan hareketler eziyet boyutuna ulaşmayan ve sistematik özelliği olmayan, süreklilik arz eden hareketler değildir. Bu itibarla mobbing olarak kabul edilen hareketlerin tek başına eziyet kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir (...)"(www.uyap.gov.tr. 03.03.2019).

¹²³ Yarg. 8 CD 04.10.2018 tarih, E. 2018/6124, K. 2018/10149 "...saniğin eyleminin eziyet suçunu oluşturmadığı değerlendirilerek itirazın incelenmek üzere Dairemize gönderilen dosya üzerinde yapılan incelemede; Dairemizin 01.03.2018 gün ve 2018/203 Esas, 2018/2245 Karar sayılı bozma kararı kaldırılarak yeniden yapılan incelemede, Mahkemece kanıtlar değerlendirilip gerektirici nedenleri açıklanmak suretiyle verilen beraat kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan katılan ...'nin suçun sabit olduğuna yönelik temyiz itirazının reddiyle hükmün onanmasına..."(www.uyap.gov.tr. 03.03.2019).

¹²⁴ Dn. 1. D. 28.11.2018 tarih, E. 2018/1358, K. 2018/2135 (www.uyap.gov.tr. 01.03.2019).

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI ve KİŞİLİĞİN KORUNMASINI DÜZENLEYEN HÜKÜMLER

A.Kişilik Hakkı

1.Kavram

Kaşgarlı Mahmut'un Divanü Lügat-it-Türk Eseri'nde kişi, "İnsan. Tekil ya da çoğul, eril ya da dişil için kullanılabilir" ve "Eş (zevce)" şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁵ Kişi, eski Türk dillerinde insan demektir.¹²⁶ Şahıs sözcüğünün kökü ise, uzaktan sezilen karartı anlamındadır.¹²⁷

Kişi sözcüğünün çoğu batı dilindeki karşılığı Latince kökenli olduğu sanılan "persona" olup kökeni tam olarak bilinmemekle beraber "görülebilir şey; şuur, düşünme, isteme ve davranış birliğinin ifadesini bulduğu insanın yüz, çehre, görünür duruşu, endamı," anlamlarındaki eski Yunan dilindeki "prosopon"; veya Etrüsk dilindeki "gösterinin etiketi, gösteride oyuncuların kullandığı maske, kıyafet" anlamlarındaki "phersu" sözcüğünden geldiği tahmin edilmektedir.¹²⁸

Kişi kavramının, çeşitli bilim dallarında farklı anlamları vardır. Ekonomide ortalama bütçe ve gelir tasnifi yapılırken kullanılan ölçü, psikolojide, bir başkasını etkileyen veya bir başkasından etkilenen psikolojik sistem, sosyolojide ana baba, kardeş, resmi görev veya meslek gibi çeşitli roller üstlenen bireyi ifade eder.¹²⁹

Felsefede ise insan ve kişi kavramları ayırt edilmiş, insana kişi olarak davranışları için bilinçli bir karar alma ve sorumluluk üstlenme özgürlüğü yüklenmiş, İmmanuel Kant, kişiyi, "davranışları bir hak veya yükümlülük doğurmaya ehil tek özne" olarak tanımlamış, insan ve kişi arasındaki fark, "bir şey" veya "birisi"

¹²⁵ Fuat Bozkurt, *Kaşgarlı Mahmud Divanü Lügat-it Türk (Türk Dili Divanı)*, Konya 2012, s. 234.

¹²⁶ Doğan Bülent Belli, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırılarından Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 2008, s. 19.

¹²⁷ AYTEKİN ATAAY, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul 1971, s. 207.

¹²⁸ <https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

¹²⁹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

arasındaki fark gibi değerlendirilmiştir.¹³⁰ Kişiliğin, insanın iç dünyasındaki değerler hiyerarşisinde sosyal rol, topluluk ve biyolojik anlamda olsun en üstte yer aldığı ifade edilmiştir.¹³¹

İnsanı insan yapan özellikler bütün insanlarda ortaktır ve bu özelliklere sahip olmak bakımından insanlar arasında fark da yoktur; ancak felsefe tarihinde sürekli tartışılmış bir konu olan “kişi olmak”, bu özelliklerin kullanılmasına dayanan farklı bir boyut ve insanın bireysel ve toplumsal değerleri kazanarak kendini biçimlendirme sürecidir.¹³²

Kişi, insan olarak yaradılışından doğan ayrıcalıklı değerlere sahip olduğu gibi, toplum içinde yaşayışından ileri gelen birtakım değerlere de sahiptir.¹³³ Kişi, hukuk düzeninde en değerli varlıktır.¹³⁴

Doğal hukukçular, insanın, ruhu ile başından itibaren her hal ve şartta, mesela komada bile kişiliği olduğu ve böylece kendi özel onurunu taşıdığını ifade etmiştir.¹³⁵

Hukukta kişi, insanî bir varlık olarak gerçek (doğal) kişi ve kendi hak ve yükümlülükleriyle hukukî bir süje olan kişiler birliği, yani hukukî, tüzel, hükmi kişi olarak karşımıza çıkan bir üst kavramdır.¹³⁶ Kişi, en genel tanımla hak ve borçlara sahip olabilen varlıktır.¹³⁷ Hangi varlıklara hak sahibi olabilme yetkisinin tanınacağı yasama siyaseti ile ilgili bir konu olup günümüzde hemen bütün hukuk sistemleri insan olmaktan başkaca bir şart koşmaksızın tüm insanlara hak ve borç sahibi olabilme iktidarı tanımıştır.¹³⁸ İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 6. maddesinde, herkesin nerede olursa olsun yasa önünde bir kişi olarak tanınma hakkı olduğundan bahsedilmiştir.

¹³⁰ <https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

¹³¹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

¹³² Nurten Gökalp, “*Kişi Olmanın Değerleri ve Değerlerin Kişi Olmadaki Yeri*”, Değerler Eğitimi Dergisi, c. 12, Ankara 2014, s. 124.

¹³³ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul 1979, s. 97.

¹³⁴ Mustafa Dural, Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016, s. 99.

¹³⁵ <https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

¹³⁶ <https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

¹³⁷ Ataay, s.207; Belli, s. 19.

¹³⁸ Belli, s. 19.

Kişilerin sahip oldukları hak ve fiil ehliyetinin yanı sıra, kişi olma özelliğine bağlı ve hukuk düzenince himaye edilen maddi ve manevi varlıkları, menfaatleri ve bunlar üzerinde hakları vardır ki, bunlar kişiliği oluşturur.¹³⁹ Kişilik, medeni haklardan yararlanabilme ve bu hakları kullanabilme iktidarındır.¹⁴⁰ Bütün kişiler, kendi kişiliğini oluşturan unsurlar üzerinde hukuken korunan bir menfaat sahibidir. İşte bu, kişilik hakkı olup “*kişilik hakkı her kişiye bedeni ve maddi bütünlüğüne, menfaat ve ilişkilerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını başkalarından isteme yetkisi verir ve bir hak süjesi olarak herkes tarafından tanınmasını istemek ve bu sıfatla itibar görmek konusundaki menfaat ve yetkileri anlamına gelir.*”¹⁴¹Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kişilik hakkının pozitif ve negatif görünümüleri bulunmaktadır. Kişinin hak ve özgürlüklerden yararlanma, serbestçe karar verme, kendini serbestçe geliştirme gibi yapıp etme şeklindeki davranışlarıyla ortaya çıkan alan kişiliğin pozitif yönünü, kişilik değerlerine saldırılmamasını herkesten talep etme, kişiliğin dokunulmazlığı ise kişiliğin negatif yönünü oluşturmaktadır.¹⁴²

Genel bir kişilik hakkı bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Genel kişilik hakkı, kişinin kendi kişilik değerleri üzerindeki egemenlik hakkını ve bu alana yapılacak müdahalenin önlenmesi imkânını ifade eder.¹⁴³ Genel kişilik hakkının olmadığını savunanlara göre ise kişinin kişilik değerleri ile ilişkisi hak niteliğinde olmayan menfaatleridir.¹⁴⁴ Bu tartışmanın pratik sonucu yasal düzenlemelerde karşımıza çıkar. TMK’nun 23, 24 ve 25’inci maddeleri ile adın korunmasına ilişkin takip eden 26 ve 27’nci maddelerinde, ileride açıklanacağı üzere kişiliğin korunmasına ilişkin özel hükümler sevk edilmiştir. Kaynak İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi Türk Hukuku, kişilik hakkını en geniş kapsamda tanımış ve kişiliği, özel hükümlerle saldırılara karşı

¹³⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2011, s.339. Ancak şahıs ile şahsiyetin aynı şeyleri anlattığı da söylenmektedir. Bkz. Ataay, s.208.

¹⁴⁰ Mustafa Reşit Belgesay, *Medeni Hukuk I. Umumi Malumat Şahsın Hukuku*, İstanbul 1937, s. 115.

¹⁴¹ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 341,342.

¹⁴² Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku(Hakiki Şahıslar)*, Ankara 1997, s. 111.

¹⁴³ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 342, Öztan, s. 115.

¹⁴⁴ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 342, Öztan, s. 115.

korumuştur.¹⁴⁵ Bu hükümlerin benzerlerine Alman ve Fransız yasalarında rastlanmaz.¹⁴⁶

Öte yandan kişilik hakkının içeriği de tartışmalıdır. Genel kişilik hakkını savunanlar bu hakka çok geniş bir kapsam vermiş, kişilik hakkını “kişinin bir hak süjesi olarak tanınması hakkı” olarak kabul etmişlerdir.¹⁴⁷ Bu düşünceye göre kişilik hakkı, pozitif hukuk tarafından özel olarak düzenlenmemiş diğer bütün hakları, kamu haklarını, özel hukuktan doğan hakları kapsamına alır. Mesela telif hakkı, marka hakkı, keşif hakkı, ihtira hakkı, iş hayatı, sanat veya zanaatla ilgili numuneler ve modeller üzerindeki haklar gibi şahsi ve fikri mahsuller üzerindeki haklar¹⁴⁸ hep kişilik hakkıdır.¹⁴⁹ Ancak bu derece geniş bir içerik kişilik hakkını belirsiz ve sınırsız bir hale getirecektir.¹⁵⁰

Tüzel kişilerin kişilik hakkına gelince, TMK’nun 48. maddesinde; tüzel kişilerin cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil olduğu düzenlenmiştir. Tüzel kişilerin de niteliklerine uygun düşen değerler üzerinde kişilik hakkına sahip olduğu hususunda tereddüt yoktur.

2.Tanım

Doktrinde kişilik hakkı ile ilgili çeşitli tanımlar yapılmıştır:¹⁵¹ Mesela Velidedeoğlu’na göre “*Kişilik hakkı, şahsın bedenî, manevî ve fikrî varlığının tamlığı*

¹⁴⁵ Özsunay, s. 149.

¹⁴⁶ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul 2014, s. 449.

¹⁴⁷ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 343.

¹⁴⁸ Hüseyin Avni Göktürk, *Medeni Hukuk I - Şahsın Hukuku*, İstanbul 1942, s. 135.

¹⁴⁹ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 344; Göktürk, s. 135.

¹⁵⁰ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 344. Bu tür şahsi ve manevî çalışmanın ürünüyle ilgili hakların malvarlığı hakkı sayılması gerektiği hakkında Bkz. Göktürk, s. 135.

¹⁵¹ Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Konya 2014, s. 65; Akipek, “*Bu hak şahsın bedenî ve maddî tamamıyetine, kişiliğini teşkil eden sair unsur ve varlıklarına karşı haksız tecavüzlerden kaçınılmasını herkesten talep etmek hususundaki haktır.*” Jale Güral Akipek, *Türk Medeni Hukuku C. I Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku*, Ankara 1961, s. 108 ;Özsunay, “*Kişilik hakkı kişisel değerlerin tümünü içeren ve kişinin var olmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek hususundaki hakkıdır.*” Özsunay, s. 149 ;Mustafa Dural, Tufan Ögüz, “*Kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkıdır.*” Dural/Ögüz, s. 100; İmre, “*Kişilik hakkı, her şahsın esaslı niteliklerinden olan şahsî varlıklarında, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü ve keza manevî ve fikrî değerleri mesela hürriyet, şeref ve şöhreti, özel hayat çevresi üzerinde korunmasını gerektiren mutlak bir haktır.*”; Köprülü, “*Kişilik hakkı, kişinin var olma nedenini teşkil eden, onu oluşturan ve ilke itibarıyla de malvarlığı*

üzerindeki hakkıdır.”¹⁵²Tekinay’a göre ise “Kişinin korunmasını isteyebileceği hukukî, manevî, ahlakî ve bedenî niteliklerine ilişkin menfaatlerine kişilik hakkı denir.”¹⁵³

Yargıtay’a göre ise kişilik hakkı “kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır.”¹⁵⁴, “Kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü, sosyal ve kültürel değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur.”¹⁵⁵

Medeni Kanunumuzda kişilik hakkının tanımı yapılmamıştır. Ancak her insanın hak ehliyetinin bulunduğu, bütün insanların hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşit olduğuna ilişkin TMK’nun 8. maddesinin daha çok kişiyi tasvir eden dar anlamda kişilik hakkını, kişiliğin korunmasına ilişkin 23 ve 24’üncü maddelerinin ise hukuk düzenince korunan değerlerin bütününe işaret ederek geniş anlamda kişilik hakkını ifade ettiği söylenmektedir.¹⁵⁶

Kişilik TMK 28/1. maddesi uyarınca tam ve sağ doğmakla başlar. Aynı maddenin ikinci fıkrasında tam ve sağ doğmak koşulu ile ceninin de hak ehliyeti bulunduğu hükme bağlanmıştır. Tam doğmak, çocuğun bütün organlarıyla ana vücudundan ayrılmış olması, anadan bağımsız kendi başına bir an bile olsa yaşamasıdır.¹⁵⁷

*haklarının karşısı olup onun dışında kalan hakların tümüdür.”; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, “Kişilik hakkı, kişinin, kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak ve tekeli haktır.” Ayan/Ayan, s. 66; Belli, “Kişilik hakkı, kişinin bütün kişisel değerleri ve kişisel varlıkları üzerinde geçerli olan bir haktır.” Belli, s. 26; Helvacı, “Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki haktır.” Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2006, s. 71 ; Serozan, “Kişilik hakkı, yaşama, bedensel ve ruhsal bütünlük, cinsel dokunulmazlık, sağlık, onur, saygınlık, özel yaşamın gizliliği, özgürlük, ses, resim, söz, isim gibi tüketici biçimde sayılamayacak, konusu sınırlı olarak belirlenemeyecek, insanı insan yapan, kişiliği oluşturan korunmaya layık bütün soylu değerlere ilişkin haktır.” Serozan, s. 446.*

¹⁵²Ayan/Ayan, s. 65.

¹⁵³ Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 1992, s. 249.

¹⁵⁴ Yarg. 4. HD E.1982/6084, K.1982/7436 (Ayan/Ayan, s. 66).

¹⁵⁵ Yarg. 4. HD E.2007/9966, K.2005/5096 (Ayan/Ayan, s. 66).

¹⁵⁶ Belli, s. 20.

¹⁵⁷ Helvacı, s. 5; Ataay, s. 221.

Ayrıca TMK'nun 28/2, 31/1 ve 35/1'inci maddeleri uyarınca, kişilik sırasıyla ölüm, ölüm karinesi veya gaiplik kararı ile son bulur. Konumuzla ilgili olmadığından oldukça geniş mütalaa edilecek bu hususların ayrıntısına girmiyoruz.

3. Kişilik Hakkının Nitelikleri

a) Mutlak Hak Oluşu

Kişilik hakkı mutlak haklardanır. Herkese karşı ileri sürülebilir. Ayrıca herkes tarafından ihlâl edilebilir.¹⁵⁸ Herkes, başkalarının kişiliğine saygı gösterme borcu altındadır.¹⁵⁹ Hak süjesi, kişilik değerlerine saygı duyulmasını herkesten isteme ve saldırıları önleme yetkisine sahiptir.¹⁶⁰ Bu kapsamda kişilik hakkı gelen saldırılara karşı savunma sağlayan haklar olup üçüncü kişiden bir hukukî işlem tesis etme hakkını vermez.¹⁶¹

İsviçre Federal Mahkemesikararlarında kişilik hakkının herkese karşı ileri sürülebilir mutlak haklardan olduğu belirtilmektedir.¹⁶²

b) Şahıs Varlığı Haklarından Oluşu

Kişilik hakları, para ile ölçülemeyen değerler üzerindeki egemenlik hakkıdır. Kişilik hakkının konusu olan değerlerin kural olarak madden karşılığının bulunması, tükenmesi, bitmesi, hatta artıp çoğalması mümkün değildir. Bu sebeple kişilik hakkı hiçbir şekilde maddi değere sahip olmayan haktır.¹⁶³ Mamelekî haklar gibi haczedilmesi, iflas masasına girmesi mümkün değildir. Ancak kişiliğin saldırıya uğraması sonucunda ekonomik sonuçlu tazminat talepleri gündeme gelecektir. Bu durum kişilik değerlerinin şahıs varlığına dâhil olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Öte

¹⁵⁸ Özsunay, s. 150; Belli, s. 26.

¹⁵⁹ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 347.

¹⁶⁰ Helvacı, s. 75.

¹⁶¹ M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016, s. 144.

¹⁶² G. Weiss, Ernst Wolfer, *Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationrecht umfassend den Zeitraum 1922-1937 (İsviçre Federal Mahkemesi ve Kanton Mahkemelerinin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukuna ilişkin Kararları 1922'den 1937'ye kadar)*, Zürich 1951, s. 102.

¹⁶³ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 142.

yandan ses, resim gibi değerlerin ekonomik karşılığı da bulunabilir. Fakat bazı kişilik değerlerinin para etmesi, bunları kişilik hakkının konusu olmaktan çıkarmaz.

c) Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardan Oluşu

Kişilik hakkı, hak süjesinden ayrılmaz bir karakter taşır,¹⁶⁴ vazgeçilmez ve devredilmez haktır. Kişiliğin kazanılması ile başlar, sona ermesiyle de son bulur,¹⁶⁵ özel bir kazanma sebebi yoktur.¹⁶⁶ Kişilik hakkı kural olarak mirasçılara da geçmez. Ancak resim, isim, ses gibi kişilik değerlerinin kullanılmasına izin verilebilir. Bunlar mirasçılara da geçer. Kişiliğin ihlâlinden doğan tazminat hakkı devredilebilir veya bundan vazgeçilebilir.¹⁶⁷ Bu misallerde hakkın kendisi değil, hakkın konusu veya hakkın konusu yerine geçen ekonomik değer üzerinde devir, temlik, feragat söz konusu olmaktadır.

Öte yandan kişiliğin ölüm sonrası korunmasını pekiştirmek gayesi ile ölünün yakınlarına adeta vekil gibi ölüye yönelik saldırıları durdurabilmesi, ses, resim, isim gibi ekonomik karşılığı bulunabilen kişilik değerlerinin mirasçılara geçebileceği, mirasçıların da bu değerlere yönelik saldırılara karşı tazminat ve menfaat devri gibi yaptırımları işletebileceklerinin kabul edilmesinin kişilik hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olma özelliğine gölge düşürdüğü ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Gerçekten de bazı kişilik değerlerinin paraya çevrilmesi mümkün olup bunların mirasçılara intikal edeceği, mirasçıların da bunlara karşı saldırılar için dava açıp tazminat talep edebileceği kabul edilmekte, hatta ölümle bu tür kişilik haklarının sona ermeyip devam ettiği ve hukuk düzenince korunması gerektiği savunulmaktadır.¹⁶⁹

Her ne kadar TBK'nun 56/2. maddesinde, ağır bedensel zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi tazminat isteyebileceği düzenlenmiş ise de bu durum

¹⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 142.

¹⁶⁵ Ayan/Ayan, s. 69.

¹⁶⁶ Öztan, s. 255.

¹⁶⁷ Helvacı, s. 75.

¹⁶⁸ Bkz. Serozan, s. 447. Ayrıca, manevi tazminatın mirasçıya intikaline ilişkin hükmün şahsa sıkı sıkıya bağlı olma prensibini değiştirdiği söylenmiştir. Öztan, s. 116.

¹⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 143.

yakınlarının his âleminde uğradığı üzüntünün karşılığı, yani yakınlarının kişilik değerleri ile ilgilidir.¹⁷⁰ Aynı şey, ölenin cesedine yapılan saldırı için de geçerlidir.¹⁷¹

Öte yandan TMK'nun 25/4. maddesinde, kişilik hakkının ihlâli nedeniyle manevi tazminat talebinin karşı taraf kabul etmedikçe devredilemeyeceği, muris ileri sürmedikçe mirasçılara geçmeyeceği düzenlenmiştir. Bu husus üzerinde ayrıca durulacaktır.

d) Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreye Bağlı Olmayışı

Kişilik hakkı zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi değildir. Ancak kişilik hakkının ihlâlinden doğan alacak zamanaşımına uğrar.

4. Kişilik Hakkının Kapsamı

a) Genel Olarak

Kişinin hukukî nitelikleri vardır. Bunlar hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve özgürlüklerdir. Bundan başka kişinin hukuk düzenince değer verilen manevi, ahlaki ve bedenî nitelikleri de bulunmaktadır. İşte kişilik, hukuk düzeninin korumaya değer bulduğu ölçüde hem doğrudan hukukî, hem de maddi ve manevi bütün nitelikleri kapsamaktadır.¹⁷²

Yukarıda bahsettiğimiz gibi kişilik hakkının içeriği tartışmalıdır. Kimi hukukçular hakkı belirsiz ve sınırsız hale getirecek şekilde kişilik hakkını “kişinin bir hak süjesi olarak tanınması hakkı” şeklinde açıklamışlardır. Gerçekten de kişilik hakkının konusunu oluşturan değerleri tam ve eksiksiz şekilde saymak imkânsızdır. Hiçbir hukuk düzeni, korunması gereken kişisel değerlerin kesin ve değişmez bir listesini yapamamıştır.¹⁷³ Biyolojik bir varlık olan insanı kişi yapan ve toplumun ihtiyaçlarına göre korunması gereken bütün değerler, kişilik hakkının konusunu oluşturacaktır. Kişilik hakkının konusuna hangi değerlerin dâhil olacağı¹⁷⁴ teknik ve

¹⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 143.

¹⁷¹ Helvacı, s. 76.

¹⁷² Tekinay, s. 248.

¹⁷³ Özsunay, s. 97.

¹⁷⁴ Kişisel değerler terimi yerine şahsî varlıklar, şahıs varlığı, kişisel varlıklar, şahsi menfaatler, gibi ifadeler de kullanılmaktadır; Ayan/Ayan, s. 71. Kişilik değerlerine yönelik haksız saldırılardan kaçınılmasını herkesten istemek şeklindeki genel kişilik hakkı kavramının koşutu olarak kişilik

toplumsal gelişmelere göre ortaya çıkan düşüncelere bağlıdır,¹⁷⁵ zamanla yeni kişilik değerleri ortaya çıkabilir, bunların kapsamı yeniden yorumlanabilir.

Kişilik değerleri, yasa, örf ve adet hukuku, nihayet hâkimin yarattığı hukuka göre belirlenecektir.¹⁷⁶ Medeni Kanunumuz, kişilik değerlerini sayma yoluna gitmemiştir. Bu sayede yasa dinamizmini koruyabilecektir.¹⁷⁷ Kişiliğin genel sınırlarını belirleyen bir çerçeve, kabuk hükümlerle¹⁷⁸ yetinilmesi, zamanla yeni unsurların dikkate alınmasını sağlayabilecektir.¹⁷⁹ Kişilik hakkı, yasa, örf ve adet kuralları, pozitif hukukun yokluğunda ise boşluk doldurma yolu ile de belirlenir.¹⁸⁰ Kişilik değerlerinin kapsamını belirleme görevi TMK'nun 4. maddesindeki takdir yetkisini kullanarak hâkime düşmektedir.¹⁸¹ Kişilik haklarının kapsamını belirleme görevi hâkime bırakılarak teknolojik gelişmeler ve yaşayış biçimindeki değişime uygun olarak hem yeni kişisel değerlerin türetilmesi hem de bunların yeni saldırı biçimlerine karşı korunması imkânı sağlanmış olur.¹⁸²

Doktrin, kişilik hakkının konusu olan değerleri ayrı ayrı değerlendirmiş, hatta bu kişilik değerlerini sınıflandırma yoluna gitmiştir. Kişisel değerlerin her biri ile korunan şey, aslında kişiliğin kendisi olup bunların birbirinden ayırt edilerek çeşitli kavramlar altında tanımlanması, aslında bu hakların kullanılmasını kolaylaştırmak içindir.¹⁸³ Çalışmamızda kişilik değerlerini maddi bütünlük, manevi bütünlük ve iktisadi bütünlük olmak üzere üç grupta inceleyeceğiz. Ancak bu sınıflama mutlak ve kesin olmadığı gibi kişilik değerlerinin de birbiri üzerine taşması mümkündür.¹⁸⁴ Mesela resim üzerindeki hak hem manevî bütünlük hem de vücudun bir görüntüsü olarak

değerlerine özel kişilik hakkı tanımlaması da yapılmıştır; Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 346,347. Ayrıca ferdî haklar ifadesi de kullanılmaktadır. Bu ifade, 1924 Anayasası'nda kullanılmıştır. Göktürk, s. 135.

¹⁷⁵ Tekinay, s. 250.

¹⁷⁶ Öztan, s. 118.

¹⁷⁷ Öztan, s. 118; Belli, s. 31.

¹⁷⁸ Ayan/Ayan, s. 72; Dural/Öğüz, s. 100.

¹⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 144.

¹⁸⁰ Öztan, s. 114.

¹⁸¹ Ayan/Ayan, s. 71; Özsunay, s. 98; Dural/Öğüz, s. 100.

¹⁸² Özsunay, s. 98. Mesela yazar, eseri yazdığı dönem için yeni olan teleobjektifle fotoğraf çekme, dinleme aygıtlarını örnek vermiştir. Oysaki bugün bilgisayar teknolojisi ve internet de vardır.

¹⁸³ Özsunay, s. 97.

¹⁸⁴ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 347.

maddi bütünlük içinde değerlendirilebilir.¹⁸⁵ Ayrıca bir kişinin tokatlanması, hem vücut bütünlüğü, hem sağlık, hem his âlemi, hem de şeref ve haysiyetine; birine tecavüz edilmesi hayat, sağlık, vücut bütünlüğü, his âlemi, şeref ve haysiyet gibi birçok değere aynı anda yapılmış saldırılardır. Mobbing açısından bakıldığında ise; mobbing aşağıda değinileceği gibi maddi, manevi ve iktisadi bütünlük içindeki birçok kişilik değerine saldırı teşkil etmektedir.

b) Maddi Bütünlük

(1) Hayat

Kişilik doğumla başlayıp ölümlle sona erdiğinden hayat, en önemli kişilik değeridir.¹⁸⁶ Diğer bütün değerler hayatla anlam kazanabileceği gibi¹⁸⁷ bunlar yine hayata anlam kazandırmak için vardır. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 3, Anayasamızın 17/1'inci maddelerinde hayat hakkı korunmuştur.¹⁸⁸

Ölüm cezası, evvelce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2/1. maddesinde düzenlenmişken 6. Protokolle barış zamanında işlenen suçlar bakımından, 13. Protokolle ise tamamen kaldırılmış olup böylece bu protokollere taraf devletler iç hukuklarında ölüm cezasına yer vermemekle ve ölüm cezasını infaz etmemekle yükümlü hale gelmiştir.¹⁸⁹ Bunun sonucu olarak Anayasamızın 17/3. maddesinde 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle “mahkemelerce verilen ölüm cezaları” metinden çıkarılarak zaten 1984 yılından beri fiilen uygulanmayan ölüm cezası da iç hukukumuzdan kaldırılmıştır.

Hayat, kişinin kendisi kadar toplumu da ilgilendirdiği ve kişinin yaşamasında toplumun da üstün çıkarı olduğu kabul edildiği için kişilerin hayatları üzerinde

¹⁸⁵ Akipek/Akıntürk/Karaman, s. 347.

¹⁸⁶ Helvacı, s. 77.

¹⁸⁷ Ayan/Ayan, s. 72.

¹⁸⁸ “Almanya’da Nasyonel sosyalizmin III. Reich’ında (imparatorluğunda) ‘yaşamaya değmez hayatlar’ in yok edilmesi, sloganı ile birçok zavallının yok etme kamplarında uğradıkları işlemler, insanlık tarihinin yüz kızartıcı sayfaları arasında yer almıştır. Zira hiç kimse, bir başkasının hayatı konusunda ‘yaşamaya değmez’ yargısını vermeye mezun değildir.” Özsunay, s. 99.

¹⁸⁹ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Ankara 2012, c. 1, s. 15.

diledikleri gibi tasarruf etmelerine, kendi hayatlarını ortadan kaldırmalarına genel olarak hukuk sistemlerinde cevaz verilmemektedir.¹⁹⁰

Mobbing nedeniyle intihar vakaları görülebilmektedir. Bu kapsamda mobbing, en temel değer olan yaşama hakkını dahi tehdit edebilen bir olgudur.

(2) Sağlık

Sağlık, gerek fiziksel gerek ruhsal anlamda kişinin tam bir iyilik içinde bulunmasıdır.¹⁹¹ Fiziksel sağlık ve ruhsal sağlık bir bütündür.¹⁹² Kişinin fiziksel sağlığını doğrudan veya dolaylı olarak olumsuz etkileyecek her müdahale gibi ruhsal sağlığa yönelik manevi, psikolojik baskı da hukuka aykırı olacaktır.

Mobbing, eylem bakımından kişinin ruh sağlığına, sonuçları bakımından ise fiziksel sağlığına tecavüz teşkil eder. Bunun dışında rahatsız olduğunu bile bile mağdurun yanında sigara içmek, camı pencereyi mağdura doğru cereyan yapacak şekilde açık bırakıp klimayı o şekilde çalıştırmak, alerjisi olan bir oda spreyini çalışma alanına sıkmak gibi tacizler doğrudan fiziksel sağlığa müdahaledir.

(3) Vücut Tamlığı

Vücut tamlığının kapsamı, kişinin bedenini oluşturan tüm organları, kemikleri, dokusu, saç, tırnağı, kısaca vücudunun en küçük parçasına kadar tüm uzuvlarıdır.¹⁹³ Hayatın devamı yönünden önemine bakılmaksızın insan bedeninin bütün parçaları aynı değerdedir.¹⁹⁴ Anayasamızın 17/2. maddesinde, tıbbi zorunluluk ve yasada

¹⁹⁰ Ayan/Ayan, s. 72; Özsunay, s. 99. 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde ötenazinin yasak olduğu düzenlenmiştir.

¹⁹¹ Dünya Sağlık Örgütü'nün anayasasında sağlık, "*Sağlık sadece hastalık ve sakatlık olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir.*" şeklinde tanımlanmıştır; sosyal yönden tam iyilik hali ile sağlığın kişisel bir olgu olmadığı, toplumsal yönünün de bulunduğu işaret edilerek, çalışma ve yaşam güvenliğinin sağlanması, iş bulma imkânı temin edilmesi, gelir dağılımı dengesizliğinin yarattığı huzursuzluğun giderilmesi gibi koşullarla sağlıklı bir sosyal yaşantı ifade edilmektedir. Nusret Fişek, *Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları*, Modern Yönetim Semineri Türk-İş Yayınları, No: 144, Ankara 1982. Ancak kişilik haklarının koruyucu karakteri gereği sosyal sağlık konumuzun dışında kalır.

¹⁹² Ayan/Ayan, s. 73.

¹⁹³ Tekinay, s. 250.

¹⁹⁴ Ayan/Ayan, s. 73.

belirlenen haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir.

Vücut bütünlüğü, kişinin doğuştan sahip olduğu unsurlara, sağlık ise bu unsurların düzenli işleyişine ait bir kavramdır.¹⁹⁵

Mobbing açısından bakıldığında; çalışanın itip kakılması gibi şiddet örneği hareketler veya sarkıntılık, vücut bütünlüğüne saldırıdır.

c) Manevi Bütünlük

(1) His Âlemi

İnsan, his ve fikirleriyle bir bütündür. Aslında insanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliği duyma ve düşünme yetilerinin yaradılış itibariyle gelişmiş olmasıdır. Ruh bütünlüğü¹⁹⁶ veya derunî kişilik¹⁹⁷ de denilen his âlemi, kişinin insan olarak yaratılması nedeniyle sahip olduğu kişisel değerlerin en önemlilerindedir.¹⁹⁸

Analık, babalık, çocukluk, hısım akrabalık, eş veya sevgili olmak, dostluk ve arkadaşlık; kişinin tarafı olduğu bütün ilişkiler onun his âleminde bir yer tutar. Kişinin yaşamı boyunca temas ve temayüz ettiği bütün hususların his âleminde mutlaka bir karşılığı vardır. Kişi, her olaya karşı ruhi bir tepki gösterir, mesela sevinir veya keyfi kaçır.¹⁹⁹ Çok çeşitli davranışlar, yakıştırmalar kişinin his âleminde acı çekmesine yol açabilir. Mesela evli birine evlilik dışı çocuk isnadı o kişinin evlilik birliğine, boşanmış eşlerden birinin diğerinin çocukla şahsi münasebet kurmasını engellemesi o kişinin ana baba duygularına saldırıdır.²⁰⁰ Manevi yollarla bir kimseye ıstırap çektirmek, yersiz icra ve davalarla rahatsızlık vermek, işine kaba ve onur kırıcı şekilde son vermek, evlenme olanağı bulunmadığı halde nişanlanarak bir genç kızın duygularıyla oynamak, dinsel inançlarını ve dünya görüşünü alay konusu yapmak da his âlemine saldırıdır.²⁰¹

¹⁹⁵ Belli, s. 32.

¹⁹⁶ Özsunay, s. 114

¹⁹⁷ Öztan, s. 258.

¹⁹⁸ Özsunay, s.114.

¹⁹⁹ Öztan, s. 132.

²⁰⁰ Öztan, s. 258.

²⁰¹ Özsunay, s. 114.

Kişinin yakınlarına yapılan saldırılar sonucu yakınlarının zarar görmesi halinde yine his âlemi etkilenir. Şu halde kişinin kendisine veya his âleminde yeri olan bir başkasına ve herhangi bir hususa yapılan saldırılar, o kişinin elem ve ıstırap duymasına yol açabilir. Elem ve ıstırap sadece üzüntünün değil, öfkelenme, huzursuzluk yaşama gibi türlü olumsuz duyguların tezahür edebileceği bir durumdur. Aynı şekilde kişinin her türlü konudaki fikirleri, inançları, dünya görüşü de his âlemiyle yakından ilgilidir. Bunların da his âlemi içinde önemli yerleri vardır. Dikkat edilirse his ve fikir âlemi bakımından doğrudan doğruya kişinin kendisine yönelik bir saldırı gerçekleşmesine gerek yoktur.

Bu gerçekler karşısında his ve fikir âleminin korunması bakımından bir sınır çizmek çok zor bir iştir. İhlalin kişinin his âlemini doğrudan doğruya etkilemesi aranacaktır.²⁰² Mesela kişinin eşinin, çocuğunun, ana babasının kasten veya taksirle öldürülmesinde uğradığı elem ve ıstıraba karşılık manevi tazminat isteyebileceğinde tereddüt yoktur ancak bu çemberin artık belirsiz bir hal alacak kadar genişletilmesi de mümkün olmaz.²⁰³ Kişinin vücut bütünlüğünün ihlâli, yakınlarının ölmesi, ölen yakınına yönelik saldırılar, his âlemini tartışmasız şekilde ihlâl edecektir.²⁰⁴ Fakat toplumda birlikte yaşamamanın zorunlu kıldığı saldırılar koruma kapsamında değildir.²⁰⁵ Mesela kişiyi özel olarak hedef almayan dünya görüşü, inanç, kanaatlere yönelik çeşitli söylemler ihlâl sayılmaz.

Mobbing bütün olarak çalışanın özellikle his âleminde elem ve ıstırap duymasına sebep olur. Mobbing kapsamındaki tacizler ayrı ayrı mağduru öfkelenendirir, huzursuz edebilir, üzebilir, her türlü olumsuz hisse sürükler. Öte yandan çalışanlarda zayıflık ve güçsüzlük hislerinin ortaya çıkmasına sebep olur, kişinin özgüvenini kırar, karar alma

²⁰² Öztan, s. 258.

²⁰³ Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin bir kararı zaman ve şartlarla değişen his âleminin önemsenmesi hususunda anılmaya değerdir: Doğal yollarla çocuk sahibi olamadığı için karısının, sahibi belirsiz spermin aşılmasıyla hamile kalmasına izin veren koca, karısı herkesçe kendisine ait olduğu bilinen çocuğunu yanına alıp onu terk edince bu durumu açıklayarak nafaka ödemek istememiş, Mahkeme de kocayı haklı bulmuştur. Özsunay, s. 114.

²⁰⁴ Öztan, s. 133.

²⁰⁵ Öztan, s. 133.

yetkinliğini örseler.²⁰⁶ Mobbing, kişinin his âlemine doğrudan saldırı niteliğindeki güncel bir olgudur.²⁰⁷

(2) Şeref ve Haysiyet

Şeref, başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer; erdem, gözü peklik ve yetenekle kazanılmış iyi şöhret; ululuk, izzet, seçkinlik, iyi ahlak ve faziletler ile meydana gelen manevi yücelik; iyi ün, iftihar edilecek şey anlamlarındadır.²⁰⁸ Haysiyet ise değer, saygınlık, itibar, öz saygı anlamlarındadır.²⁰⁹ Şeref kişinin toplum içindeki saygınlığı, haysiyet ise şerefin nail olduğu değerlerle birlikte kişinin toplumda yükseldiği yer, aldığı payedir. Bunlar yüksek faziletleri ifade etseler de kişilik hakkı bakımından insan olmak sıfatıyla sahip olunun değerler²¹⁰ gibi alçak bir çitadan başlar.²¹¹ Yani her insanın toplum içinde bir saygınlığı vardır ve hiç kimse küçük düşürülmeyi, aşağılanmayı hak etmez.²¹²

Kişinin şeref ve haysiyeti, onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur.²¹³

Kişiyeye toplum tarafından verilen değer, şeref ve haysiyetin objektif olan dış görünümünü; kişinin kendi kendine verdiği kıymet ise subjektif, iç görünümünü ifade eder.²¹⁴ Subjektif şeref ve haysiyetin hukuk düzenince himaye edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.²¹⁵ İşte burada şeref ve haysiyet değerinin his âlemiyle ilişkisi ortaya çıkar.²¹⁶ Kişinin toplumdaki saygınlık ve itibarının da his âleminde bir yeri vardır.

²⁰⁶ Tutar, s. 113.

²⁰⁷ Serozan, s. 456.

²⁰⁸ www.nedirnedemek.com (03.10.2018).

²⁰⁹ www.nedirnedemek.com (03.10.2018).

²¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.152; Dural/Öğüz, s. 128.

²¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1966 tarih, E.1963/132, K.1966/22 sayılı kararında, şeref ve haysiyetin insanın ne durumda ve hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınıp sayılmasını anlattığı, bu davranış çizgisinin aşağısı muamelenin muhatabını insan olmaktan çıkaracağı belirtilmiştir. Serozan, s. 116.

²¹² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 127/2. maddesinde, ispat edilen fiilden söz edilerek kişiyeye hakaret edilmesi, mesela evvelce hırsızlıktan ceza almış birine "sen zaten hırsızsın" denmesi hakaret suçu sayılmıştır.

²¹³ Serozan, s. 116.

²¹⁴ Ayan/Ayan, s.75.

²¹⁵ Ayan/Ayan, s.75.

²¹⁶ Serozan, s. 117. Yazara göre subjektif görünüme dışarıdan müdahale edilemese de objektif görünüme yapılan saldırı, subjektif görünümü de etkiler. Özellikle işkence, beyin yıkama gibi ağır ihlallerde subjektif görünüm kapsamındaki içsel değer de korunmalıdır.

Ancak his âleminde daha çok içsel duygular, elem ve kederden söz edilirken, şeref ve haysiyette kişinin toplum nazarında küçük düşürülmesi, aşağılanması, genel saygınlığına saldırılması söz konusudur. Bir müdahalenin şeref ve haysiyete saldırı sayılmasında “normal vatandaş”, “ortalama insan” ölçü alınmış, normal vatandaş nazarında şeref ve haysiyete ait değerler bakımından eksilme meydana geldiyse saldırının olduğu kabul edilmiştir.²¹⁷

İsviçre Federal Mahkemesi, vatan hainliği suçlamasının kişilik haklarını ağır şekilde ihlâl ettiğine karar vermiştir.²¹⁸

Şeref ve haysiyet, tüzel kişiler için de kabul edilen bir kişilik değeridir.²¹⁹

Mobbing açısından bakıldığında; çalışana bağırılması, incitici ve aşağılayıcı hatta hakarete varan sözler sarf edilmesi, itip kakılması, dedikodusunun yapılarak küçük düşürücü hal ve özelliklerinin anlatılması şeref ve haysiyet değerini ihlâl eden tacizlere örnektir.

(3) Özel Hayat

Kişinin yaşamı boyunca bütün yapıp ettikleri, üstlendiği bütün roller, yaşadığı her olay, kurduğu bütün ilişkiler hayat alanı içerisinde yer alır. Kişinin bulunduğu çevreler bütün halinde hayat alanını oluşturur. Bu çevreler genelden özele, özelden mahreme doğru bir gizlilik arz eder. Kişinin herkesçe bilinen ve bilinmesinde sakınca da olmayan özellikleri, davranışları ile giderek daha sınırlı sayıda kişiler tarafından bilinen ve hatta kendisinden başka kimsenin bilemeyeceği özellik ve davranışları aynı nitelikte değildir. İşte her insanın dengeli bir yaşam sürebilmesi için herkes tarafından

²¹⁷ Helvacı, s. 95. TCK'nun hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinin gerekçesinde, söz ve davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olması gerektiğinden bahsedilmiş, söz veya davranışın küçük düşürücü nitelikte bulunup bulunmadığı tayin edilirken toplumda hâkim olan telakkiler, örf ve adetlerin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi hakaret suçu, şerefe ait değerlerde normal vatandaş gözünde eksilmeden ziyade toplumsal telakkilere göre mutlaka küçük düşürülme ile değerlendirildiğinden kişilik hakkının ihlâlinden daha ağır şartlara bağlanmıştır ki bu sebeple kişiliğin korunması bakımından şeref ve haysiyete saldırının varlığı için hakaretin oluşması aranmaz.

²¹⁸ Weiss/Wolfer, s. 102.

²¹⁹Bundan başka meslekî itibar konusuna Kişiliğin İktisadi Bütünlüğü bahsinde değinilecektir.

öğrenilmesinden korunmaya muhtaç bir özel, mahrem alanı vardır. Bu özel ve mahrem alan da bir kişilik değeridir ve kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde bir kimsenin özel hayatı, aile hayatı ile konutunda ve yaptığı haberleşmelerde keyfi muamelelere maruz bırakılmayacağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde ise her kişinin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini istemeye hakkı bulunduğu düzenlenmiş, Anayasamızın 20, 21 ve 22'nci maddelerinde sırasıyla özel hayatın, konutun ve haberleşme özgürlüğünün korunacağı hüküm altına alınmıştır. Bundan başka TCK'nun 134. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlâl ve 239. maddesinde ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri açıklama suç olarak düzenlenmiştir.

Hayat alanı, ortak (kamuya açık) hayat, özel hayat ve mahrem (gizli) hayat olmak üzere üç grupta incelenmektedir.

Ortak hayat alanı, kişinin toplumsal yaşama katılımından doğan, başkalarının bilmesinde rahatsızlık duymadığı, herkesin öğrenmesine ve izlemesine açık alanıdır.²²⁰ Kişinin meslekî ilişkileri,²²¹ spor müsabakalarına gitmesi, sosyal faaliyetlere katılması, ortak hayata dâhildir.²²²

Özel hayat, kişinin ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler kurduğu daha sınırlı bir çevredeki kişilerle paylaşmak istediği olay ve hareketleri içine alır.²²³ Kişinin tatilini geçirmeyi düşündüğü otel, geleceğine yönelik plan ve projeleri, eşi veya başka bir yakınıyla arasının bozuk olması gibi ailevi ilişkileri özel hayat kapsamındadır.

Mahrem hayat ise, kişinin kural olarak kendisine saklı, başkalarına kapalı tutup ancak güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bilinmesini ve öğrenilmesini istemediği olay ve hareketleri kapsar.²²⁴ Mahrem alana dâhil bilgiler mesela dertleşmek, paylaşmak amacıyla bir başkasına aktarılsa dahi gizli olmaktan çıkmaz, yine aktarılan

²²⁰ Belli, s. 36; Helvacı s. 89; Özsunay, s. 126.

²²¹ Ayan/Ayan, s.78.

²²² Özsunay, s. 126.

²²³ Helvacı, s. 89; Özsunay, s. 127.

²²⁴ Helvacı, s. 88,90; Özsunay, s. 127. Yaratıcılık, başkalarının meraklı bakışlarından uzak, kişinin sadece kendi duygu ve arzularına göre şekillendirdiği alanlarda gelişebilir. Kendi kabuğuna çekilme, yalnız kalma hakkı uygar insanlarca en çok değer gören haklardır. Özsunay, s. 127,128.

kişinin mahrem alanına girmiş sayılır ve ifşa edilemez.²²⁵ Evlilik hayatından kaynaklanan sırlar, cinsel hayata ilişkin bilgiler, özel hatıralar hep mahrem alana dâhildir.²²⁶

Kural olarak, ortak hayat alanı kişilik hakkının korunmasından yararlanmaz. Zira olup biten her şey toplumun gözü önünde cereyan etmektedir.²²⁷ Ancak bu, ortak hayat alanının hiç korunmayacağı anlamına gelmez. Bir kere hukuka ve ahlaka aykırı yollarla edinilmiş bütün bilgiler kişilik haklarına saldırı olacaktır. Çünkü hukuka ve ahlaka aykırı vasıtaları kullanmanın kendisi çeşitli kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Mesela ses veya görüntü kaydı yapan araçların gizlice kişinin odasına veya bir eşyasına yerleştirilmesi, kapısının veya telefon görüşmesinin dinlenmesi, gönderisinin açılması veya kişinin sürekli izlenip takip edilmesi, adeta bir göz hapsi altında tutulması, öğrenilen bilgi hangi alana girerse girsin kişilik haklarına saldırı teşkil eder.²²⁸ Bunun dışında kişiye doğru olmayan, asılsız eylem ve isnatların izafe edilmesi veya doğru bile olsa bunların küçük düşürme gayesi ile anlatılması hangi hayat alanı ile ilgili olursa olsun yine kişilik haklarına saldırı olacaktır.²²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, kişiliğin kamusal hayattaki görünümü yönünden hukukî korumanın sınırlanmadığına karar vermiştir.²³⁰

Kişiye ait hangi bilginin hangi hayat alanına gireceğinin kestirilmesi her zaman kolay değildir. Öte yandan, kişinin kendisi de mahrem veya özel alanının perdesini aralayabilir. Mesela bir kişi, eşcinsel olduğunu açıklarsa bu bilgi mahrem alanından çıkar, eğilimini gözler önünde sürdürürse artık ortak hayat alanına girer. Benzer şekilde, kişinin kim olduğuna, toplumun o kişinin yaşamına olan merakına göre de korunmaya muhtaç alan daralabilir. Bu, tanınmışlığın diyetidir.²³¹ Ancak bir kimsenin tanınmış olması, onun özel alanına her müdahaleyi haklı göstermez. Müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için kişilerin kamuya mâl oldukları hususlar ve buldukları

²²⁵ Ayan/Ayan, s.81; Özsunay, 129.

²²⁶ Ayan/Ayan, s.81

²²⁷ Dural/Öğüz, s.136.

²²⁸ Ayan/Ayan, s.78.

²²⁹ Belli, s. 36.

²³⁰ Weiss/Wolfer, s. 102.

²³¹ Serozan, s. 458.

makamla ilgili olması, özel hayata oranla daha üstün bir özel veya kamusal yararın bulunması (sosyal uygunluk) ve toplumun değer yargılarına göre yakışksız olmaması gerekir.²³²

Mobbing açısından bakıldığında; kişinin hayat alanıyla ilgili dedikodusunun yapılması, söylenenler doğru ve ortak hayata ilişkin bile olsa sırf küçük düşürmek için çeşitli özellik ve hareketlerinin anlatılması, gönderilerinin açılması, eşyalarının karıştırılması hep özel hayata saldırı teşkil eden taciz türleridir.

(4) Ad, Resim, Ses gibi Değerler

Ad, kişileri diğerlerinden ayırarak toplumsal ilişkilerde kişiyi temsil edip belirli hale getiren en önemli işarettir.²³³ Adın korunması kapsamına kişinin ön adı, soyadı, takma adı ve lakabı da girer.²³⁴ Bundan başka telgraf adresleri, belirli ad kısaltmaları, elektronik posta adreslerinin de koruma kapsamında bulunması gerektiği ileri sürülmektedir.²³⁵ TMK’nda adın korunmasıyla ilgili özel hükümlere yer verilmiştir. Adın, kişinin bireyselleştirilmesindeki değeri ve hukukî güvenlik açısından önemi, özel hükümler sevk edilmesinin nedenidir.²³⁶ TMK’nun 26. maddesinde, adının kullanılması çekişmeli ise kişinin dava açabileceği, adını haksız olarak kullanan kişiden buna son vermesini isteyebileceği ve adını haksız olarak kullanan kusurlu ise maddi ve manevi tazminat talep edebileceği düzenlendikten sonra, 27. maddede adın değiştirilmesi hüküm altına alınmıştır. Adın korunması tüzel kişi adları için de geçerli bir korumadır.²³⁷

Resim ve ses, yine kişiyi belirleyen simgelerdir. Resim, en geniş tarif ile “*bir kimseyi başkaları için tanınabilir kılan her çeşit dış görünümüleri*” ifade eder.²³⁸ Resmin insan eli ürünü olarak kağıt, tuval, veya duvar üzerine yapılması ile her türlü cihazla fotoğraf çekilmesi veya başkaca hareketli görüntünün kayda alınması arasında

²³² Dural/Öğüz, s. 139.

²³³ Serozan, s. 115; Belli, s. 39.

²³⁴ Helvacı, s. 102.

²³⁵ Bkz. Helvacı, s.102; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.127.

²³⁶ Belli, s. 39. Kişiyi tanıtmaya yarayan ad, rozet, üniforma, meslekî unvan gibi işaretler çoğu zaman özel hükümlerle korunsun da bunların TMK m.24 kapsamında zaten korunduğu hakkında Bkz. Özsunay, s. 115.

²³⁷ Helvacı, s.102

²³⁸ Özsunay, s.144.

fark yoktur.²³⁹ Karikatür dahi resmin korumasına dâhildir.²⁴⁰ Bundan başka, heykel gibi kişinin dış yaşama yansımasını ve onun diğer kişilerden ayrılmasını sağlayan tüm görüntülerinin de korumadan yararlanması gerektiği düşünülmektedir.²⁴¹

Kişinin rızası alınmadan veya menfaatlerine aykırı olarak resminin kullanılması,²⁴² yine rızası olmadan resminin çekilmesi, yapılması, teşhir edilmesi kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.²⁴³ Mesela bir arkadaşlık sitesinde bir başkasının resmini kullanmak kişilik hakkı ihlâlidir. Aynı şekilde, fotoğraf çektirilen stüdyonun rıza almadan fotoğrafı vitrininde sergilemesi de böyledir.²⁴⁴ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86/2'nci maddesinde ise, memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayanların resimleri, tasvir edilen kimselerin katıldığı geçit resmi veya resmî tören veya genel toplantıları gösterenler ile günlük olaylarla ilgili olanlar ve radyo ve film haberleri için çekilen resimler bakımından rızanın aranmayacağı düzenlenmiştir. Bundan başka, kişinin tesadüfen yer aldığı fotoğraflar da korumadan yararlanamaz. Sokakta, özellikle kalabalık mekânlarda, turistik yerlerde resim çekerken fotoğraf karesine başkaca kişilerin girmemesi olanaksızdır. Benzer şekilde bir konser, maç, miting, toplantı gibi kalabalık yerlerde alınan görüntüler de koruma kapsamında değildir.²⁴⁵ Fakat parkta da olsa öpüşen bir çiftin resmini çekmek kişilik hakkı ihlâli olacaktır. Aynı şekilde kişinin gülünç veya rahatsız bir anında resmini çekmek de böyledir. Ancak özel hayat alanında olduğu gibi, tanınmış, kamuya mâl olmuş kişiler yönünden koruma çemberi daralacaktır.²⁴⁶ Resmin yayınlanmasında sosyal uygunluk aranır.²⁴⁷ Resmin haber verme amacını aşır özel hayata tecavüz teşkil etmesi veya olayı yansıtmaya amacı dışında kullanılması hukuka aykırıdır.²⁴⁸ Ünlülerin resimleri başkaca kişilik hakkı ihlâli olmadıkça kullanılabilir, ancak ticari amaçlı kullanım her

²³⁹ Özsunay, s.145.

²⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.155.

²⁴¹ Bkz. Helvacı, s. 99.

²⁴² Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.155.

²⁴³ Helvacı, s.98

²⁴⁴ Helvacı, s.100.

²⁴⁵ Özsunay, s.145.

²⁴⁶ Ayan/Ayan, s.76.

²⁴⁷ Dural/Öğüz, s.140.

²⁴⁸ Öztan, s.138

halde rızaya bağlıdır.²⁴⁹ Resmin bir afişte, reklamda yayımlanması da rızaya bağlıdır.²⁵⁰

Yargıtay, resmin kullanılmasının kişilik hakkını ihlâl sayılabilmesi için yayımlanmasının şeref ve haysiyete dokunması veya kazanç sağlama amacı güdüldüğünü aramaktadır.²⁵¹

İsviçre Federal Mahkemesi ise, bir kişinin ad veya resminin rızası dışında reklam amacıyla kullanılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁵²

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86. maddesinde, resim ve portrelerin eser mahiyetinde olmasalar dahi tasvir ettiği kişilerin onayı olmadan, şayet öldüyse hak sahibince tayin edilen kişi, vasiyeti tenfiz memuru, yoksa sağ kalan eş ile çocuklar, mahsup mirasçılar veya anne, baba ve kardeşlerinin rızası olmadan, ölüm üzerinden 10 yıl geçmedikçe teşhir veya başka yolla genele sunulamayacağı düzenlenmiştir.

Kişinin sesinin kayda alınması ve yayımlanmasında da aynı esaslar dikkate alınmalıdır.²⁵³ Tek başına konuşmalar değil, şarkı söylemek, bir hayvan sesini taklit etmek,²⁵⁴dâhil sesin her türlü kullanımı korunur. Mesela telefonda hakaret veya tehdide maruz kalan birinin görüşmeyi kayda alması, olayı başka türlü ispat etmesi mümkün olmadığından hukuka aykırı sayılamaz. Ancak bu tarz meşru amaca hizmet etmeyen kayıtlar ihlâl niteliğinde olacaktır.²⁵⁵ Kişinin konuşmaları bir esere

²⁴⁹ Özsunay, s.147.

²⁵⁰ Bir bankanın afişinde davacı ve iki çocuğunun görünmesinin ancak rızalarına bağlı olacağına karar verilmiştir. Yargıtay 2. HD 19.01.1976 tarih, E.1975/9403, K.1976/325. Amerikan uygulamasında sigorta şirketi reklamındaki, Türk uygulamasında bir banka reklamındaki sıradan insanların, Alman uygulamasında bir ünlünün resminin dış protezi reklamında rıza dışı kullanılması kişilik hakkı ihlâli sayılmıştır. Özsunay, s.148.

²⁵¹ Dural/Öğüz, s. 140.

²⁵² Weiss/Wolfer, s. 102.

²⁵³ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.156.

²⁵⁴ Özsunay, s.142.

²⁵⁵ “Rıza dışında kişilik değerleri üzerinde tasarruf mümkün değildir. Kaydedilen ses, sahibinden ayrılarak bağımsız bir varlık kazanacağından ses kaydı ancak rıza ile yapılabilir. Her düşünce açıklaması bazen içerik fakat her zaman ses bakımından konuşanın kişiliğini belirtir. Sözlerinin kimlerce duyulacağı, kaydedilip kaydedilmeyeceğini, ancak konuşanın kendisi belirleyebilir. Açıklanan her sözün kaydedilip ilk fırsatta içeriği, anlamı, ses tonu ile kendisine karşı kullanılabilmesi şüphesi ile yaşamak, özgürlüğü kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler, insanın uzun süreye bağlı olan gelişimini durdurur, insan ilişkilerini zehirler.” Alman Anayasa Mahkemesi'nin 14.06.1960 günlü kararı, Özsunay s. 134. Ayrıca yazara göre kişinin susma hakkı olduğu veya tanıklıktan çekinebileceği bir konuda ses kaydının yapıp kullanılması da kişilik hakkı ihlâlidir, Bkz. s. 134 vd.

dönüştürüldüyse, mesela bir öğretim üyesinin verdiği ders, ticari amaçla kullanılan notlara yazıldıysa Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri uygulanır.²⁵⁶

Mobbing açısından bakıldığında; mağdurun adı ile dalga geçmek, işyerindeki bir hayvana veya bir eşyaya mağdurun adını vermek, mağdurun gülünç veya rahatsız durumdaki resimlerini çekip sosyal paylaşım sitesinde paylaşmak, birbirine göstermek, mağdurla yapılan telefon görüşmelerini veya mağdurun sesini kayda alıp onu rahatsız, huzursuz etmek veya alaya almak için kullanmak, ad, resim ve ses değerlerine saldırı niteliğindeki tacizlerdir. Mağdura incitici lakap takılması ise adın değil, şeref ve haysiyetin korunması kapsamında düşünülmelidir.

(5) Hak ve Fiil Ehliyetleri

Bu kapsamda TMK'nun 8. maddesinde her insanın hak ehliyetinin bulunduğu, bütün insanların hukuk düzeninin sınırları içinde hak sahibi olma ve borç altına girmede eşit olduğu; 9. maddesinde ise fiil ehliyetine sahip olan kişinin kendi fiilleriyle hak edip borç altına girebileceği düzenlenmiştir.

Tam ve sağ doğmak, yani hukukî kişiliği kazanmak koşulu ile anne karnındaki ceninin de hak ehliyeti bulunmaktadır. Hak ehliyeti, ayırım yapılmaksızın bütün insanlara tanınmıştır. Ancak fiil ehliyetinde kişinin kendi eylem ve davranışları ile hak sahibi olması ve borç altına girmesi söz konusu olduğundan Kanun'un 14. maddesine göre ayırım gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetlerinin olmadığı düzenlenmiştir. Bunda öncelikli maksat o kişiyi korumaktır.

Hak ve fiil ehliyetleri, kişinin hukuk süjesi olmasına yarayan, kişiye ait doğrudan doğruya hukukî mahiyet arz eden niteliklerdir.²⁵⁷ Kişiliğin korunması bahsinde inceleyeceğimiz gibi kişi kendi iradesiyle dahi bunları sınırlayamaz.

(6) Özgürlükler

Özgürlükler de hak ve fiil ehliyeti gibi kişiliğe ait doğrudan doğruya hukukî nitelik taşıyan değerlerdir.²⁵⁸

²⁵⁶ Özsunay, s. 142.

²⁵⁷ Tekinay, s. 250.

²⁵⁸ Tekinay, s. 250.

Hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmıştır. Hukuk devleti olmanın ilk ve öncelikli şartı, o devlete vatandaşlık bağı ile bağlı herkese ayırım yapmaksızın temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasıdır.²⁵⁹

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilk maddesi “Bütün insanlar hür...” şeklinde başlamış, Beynameden yararlanmakta ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin 2. maddeden sonra 3 ve 4'üncü maddelerde yine özgürlükten bahsedilerek sırasıyla hürriyetin her ferdin hakkı olduğu, hiç kimsenin kulluk ve kölelik altında bulundurulmayacağı ve köle ticaretinin yasak olduğu açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasamızda hak ve özgürlükler geniş şekilde düzenlenmiştir.

Özgürlükler, gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Özgürlüklerin sınırsız olması halinde ortada özgürlük kalmaz. Sınırlamalar sayesinde aslında özgürlüklerin içeriği netleşmiş ve kişiye başkasına devredemeyeceği, vazgeçemeyeceği özel bir alan sağlanmıştır.²⁶⁰

Her kişi, kendi geleceğiyle ilgili hususlarda serbestçe vereceği kararlarla hareket edebilmelidir. Herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı vardır.²⁶¹

Özgürlüklerden yararlanmak kutsal bir kişilik değeridir.²⁶²

d) İktisadi Bütünlük

(1) Meslekî ve Ekonomik Özellikler

Kişi hukuk düzeninin sınırları içinde²⁶³ istediği işi tutabilir, istediği mesleği veya ticari faaliyeti yapıp yürütebilir. Kişiliğin manevi anlamda gelişmesi, her türlü yaşam standardının yükselmesi, öncelikle ekonomik varlıklar sayesinde. Bu sebeple kişinin meslekî ve ekonomik alanı da kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak korunur. Maddi ve manevi bütünlüğe ait değerlerin aksine bu değer parasal sonuçlarla

²⁵⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara 2003, s. 256 vd.

²⁶⁰ Belli, s.33.

²⁶¹ Ayan/Ayan, s.74.

²⁶² Tekinay, hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükleri, manevi bütünlük içinde değil “doğrudan doğruya hukukî nitelikler” şeklindeki ayrı bir başlık altında incelemiştir. Bkz. s. 250.

²⁶³ Hukuka ve ahlaka aykırı iş ve ekonomik faaliyetler kişilik hakkının korumasından yararlanamaz. Ayan/Ayan, s.83.

çok daha yakından ilgilidir. Ayrıca tüzel kişilerin kişilik hakkından söz edilince akla ilk gelen ekonomik özellikleridir.

Gerçek veya tüzel kişinin meslekî ve ticari değerlerine, ekonomik yaşamına, ekonomik yaşama serbestçe katılmasına yapılacak ve bu hakkını engelleyerek özünü zedeleyecek tüm müdahaleler hukuka aykırıdır.²⁶⁴ Mesela bilirkişiyi taraf tutmakla suçlamak, sosyal konuları ele alan bir bilim adamının komünist olduğunu söylemek,²⁶⁵ bir ebenin havai olduğu ve iş işten geçtikten sonra doktoru çağırdığını söylemek, gerçek olmadığı halde bir tacirin önceden iflas ettiği veya ödeme güçlüğü çektiğini yaymak, meslekî itibara saldırıdır.²⁶⁶ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 38. maddesine göre de tüm hekimler, başkalarının yaptığı onur kırıcı davranışlara karşı meslektaşlarını korumakla yükümlüdür.

İsviçre Federal Mahkemesi, fabrikaların birlikte aldığı kararlarla müşterileriyle fiyat belirlemesine ilişkin yaptığı anlaşmanın üçüncü kişileri bağlamayacağına, bir meslekî birliğin fiyat anlaşmasının korunmasına yönelik casusluk faaliyetinin ancak üyelerine karşı yürütülebileceği, üçüncü kişilere karşı yürütülemeyeceğine karar vermiştir.²⁶⁷

Mobbingin amacı, çoğunlukla kişinin bezdirilerek işyerinden uzaklaşmasını sağlamaktır. Bu sebeple mobbing, mağdurun meslekî ve ekonomik değerlerine yapılan bir saldırıdır. Ayrıca yukarıdaki örneklerde olduğu gibi mağdurun meslekî itibarına ilişkin haksız söylenti ve ithamlarda bulunmak da mobbing kapsamında görülebilecek tacizlerdir.

(2)Sır Çevresi

Kişinin meslekî ve ekonomik hayatıyla ilgili de bir sır çevresi vardır. Bunun iş dışındaki özel hayattan belirgin farkı; iş dışındaki özel hayattaki bilgilerin korunmaya değer olup olmadığı daha çok kişinin sübjektif tercih ve davranışlarına göre tespit

²⁶⁴ Belli, s. 41.

²⁶⁵ Özsunay, s. 118. Eserin yazıldığı tarihteki kamusal ve sosyal algı bakımından komünistlik ağır bir itham idi.

²⁶⁶ Özsunay, s. 118, 119.

²⁶⁷ Weiss/Wolfer, s. 103.

edilirken iş hayatındaki sır çevresi sınırının, bilgilerin iş bakımından taşıdığı objektif öneme göre belirlenmesidir.²⁶⁸

Meslekî ve ticari faaliyetler, kural olarak koruma gören sır çevresine dâhil olmayıp özellikle kredi kurumlarınca bu tarz bilgilerin toplanıp borcu ödememe riskini takip için bir havuzda paylaşılması olağandır.²⁶⁹ Kişinin hangi meslek ve ekonomik faaliyetlerle uğraştığı, bu kapsamdaki eğitim ve tecrübeleri, yaptıkları etkinlikler, ürettikleri malların niteliği, hizmetlerinin sonuçları herkesçe bilinen ve kişinin de bilinmesini arzuladığı, bunun için reklam ve sponsorluk gibi mali kaynak ayırdığı açık alandır. Mesela helva üreten bir fabrikaya televizyon kanalının gelip görüntü alması, üretimi göstermesi, üretimin Türk geleneksel yöntemine uygun olarak yapıldığını anlatması, ürünlerin çeşidinden bahsetmesi o işletme tarafından da arzulandır.

Ancak üretilen malların tam formülü, tam üretim tekniği, o işletmenin ticari sırrıdır. İşletmesel mali tablo, bilanço ve kayıtlar, projeler, ancak çalışanlar ve giderek üst düzey yöneticiler belki de sadece işletmenin sahibi tarafından bilinen hususlardır. Çalışanların sadakat borcu kapsamında bunları anlatıp paylaşmama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bunların çeşitli yollarla öğrenilmesi veya sızdırılmasının ağır sonuçları olabilir. İşte sır çevresini içeriden veya dışarıdan ihlâl etmek kişilik hakkına saldırı teşkil eder ve sorumluluk doğurur.

Çalışanın sorumluluğunu doğuracak bu çeşit davranışlar dikey mobbing bakımından taciz olarak görülmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir işletmenin uğradığı zararın mensubu olduğu meslekî örgüt tarafından duyurulmasını, hukuka uygun görmemiştir.²⁷⁰

(3) Meslekî ve Ticari İtibar

Kişiler toplumdaki değerinin yanında meslekî ve ticari faaliyetleri bakımından da saygınlık taşır. İşte bu saygınlık da kişilik hakkı bakımından korunur.

²⁶⁸ Ayan/Ayan, s.86.

²⁶⁹ Özsunay, s. 144.

²⁷⁰ Weiss/Wolfer, s. 102.

Bir meslek erbabının meslekî faaliyetini, bir tacirin veya ticari işletmenin ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi kendisine duyulan güvenle ilgilidir. Bu güveni sarsan her türlü davranış itibarını sarsacak ve tercih edilmemesine yol açacaktır. Mesela otelin ihmali yüzünden turizm acentesinin müşterileri uzun süre odalarına yerleştirilmediyse, taşıma firmasının ihmali yüzünden belirlenen programda aksamalar olduysa müşterilerinin yaşadığı mağduriyet, yapacağı şikâyetler ticari itibarına zarar verecek, manevi tazminata konu edilebilecektir. Ancak burada müşterilerin acenteden şikâyetleri ve acenteye yönelik ahlaka aykırı olmayan isnatlarının kişilik hakkına saldırı olduğundan söz edilemez.²⁷¹

Ayrıca bir kişinin rüşvet aldığı, işini doğru yapmadığı, beceriksiz ve yeteneksiz olduğu gibi söylemler de onun meslekî itibarına zarar verecek, kişilik hakkının ihlâli olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, ticari işaret ve armalara saldırının, bunları tahrif ve bozmanın, yine bir işletmenin fiyat kırmakla suçlanmasının hukuka aykırı olduğuna, buna karşılık ticari itibarın her çeşit rahatsızlığa karşı korunmasının mümkün olmadığına yönelik kararlar vermiştir.²⁷²

Mobbing mağduru bir çalışanın sorunlu, beceriksiz, ehil olmayan, özel yaşantısına dikkat etmeyen, iş disiplinine aykırı hareket eden biri olduğu izlenimini uyandırmak meslekî itibarına saldırıdır. Acıdır ki mobbing mağduru bir çalışan önceki işverenine dava açtığında iş bulması zorlaşacak ve sektörde kuşkuyla yaklaşılacak biri olarak görülebilecektir. Mobbing, maruz kalınan süreyi de aşarak mağdurun hakkını aramayı tercih ettiğinde dahi kurtulamadığı zararlara yol açmaktadır.

²⁷¹ Özellikle çeşitli internet sitelerinin tüketicilerin aldıkları mal veya hizmetten şikâyetlerini dile getirdikleri alanlar olduğu, birçok mal ve hizmetin rezerve edildiği internet sayfasında tüketici yorumlarına da yer verildiği görülmektedir. Burada yazılanlar tüketicinin korunması gibi üstün bir kamu yararının temini içindir. Öyle ki söylemler son derece öznel ve belki de haksız olsa dahi kişilik hakkına saldırı sayılmaz. Fakat bunların gerçek tüketicilerin yorumları değil de rakiplerin provokasyonu olması halinde durum değişecek, haksız rekabet hükümlerine göre sorumluluk doğacaktır. Böylesi davranışlar yine kişilik hakkına saldırı niteliği de taşıyacaktır.

²⁷² Weiss/Wolfer, s. 102.

B. Kişilik Hakının Korunması

1.Genel Olarak

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması hukuk devletinin unsurlarındandır.²⁷³ Bir devletin kişilik haklarına verdiği değer, kişilik haklarının emredici kamu hukuku kurallarıyla himaye edilmesi, hukukun üstünlüğünün tesisi ile yakından ilgilidir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 gün ve 217 A(III) sayılı kararı ile kabul ve ilan edilmiş olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin hemen her maddesi kişi hak ve özgürlükleri ile ilgili olup kabul eden devletlere hem kendi vatandaşlarına hem de başka uyruk ve tebaadaki insanlara Bildirge'de düzenlenen bütün hak ve özgürlükleri tanıyıp saygılı olma, 28. maddesi ile hak ve özgürlüklerin himayesi için etkin bir iç hukuk yolu sağlama ve milletler arası bir kuruluşun yetkisini kabul etme yükümlülüğü getirilmiştir.

Benzer şekilde, 5 Mayıs 1949 günü on Avrupa ülkesinin bir araya gelmesiyle oluşturulan Avrupa Konseyi, insan hakları ve özgürlüklerinin devletlerce korunmasına ve geliştirilmesine vurgu yaparak insan haklarına saygı yükümlülüğünü üyelik koşulu olarak belirtmiş, Avrupa Konseyi'nin bu anlamda ilk adımı 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi olmuştur. Sözleşme'nin 1-18'inci maddelerini içeren ilk bölümü güvenceye alınan hakları ortaya koyar. Sözleşme'de yaşama hakkı, özgürlük ve güvenliğin korunması, aile ve özel hayatın korunması, evlenme hakkı, adil yargılanma hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü; işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, ayırimcılık yasağının yanı sıra Sözleşme ile himaye edilen hakların ihlâli iddiasıyla ulusal bir makama ve nihayet Sözleşme ile ihdas edilen İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma hak ve yetkisi düzenlenmektedir.

Bizim hukukumuzda ilk yazılı Anayasa olan 1876 Kanuni Esasisi'nin 18-26'ncı maddelerini kapsayan Tebaai Devleti Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi başlıklı

²⁷³ Günday, s. 256 vd.

bölümünde devrin şartlarına göre temel hak ve özgürlükler himaye edilerek, 10. maddede kişisel hürriyetin her türlü saldırıya karşı korunacağı, kimsenin kanunla düzenlenen sebep ve usul dışında cezalandırılmayacağı, takip eden maddelerde sırasıyla din özgürlüğü, basın serbestliği, dilekçe hakkı, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı, müsadere, angarya ve cereme yasağı, kanunsuz vergi ve rüsumat yasağı, işkence ve sair her türlü eziyet yasağı düzenlenmiştir.

Halen yürürlükte bulunan 18.10.1982 kabul tarihli Anayasamızın 12-74'üncü maddelerini içeren ikinci kısmı, dört bölüm altında genel hükümler, kişinin hak ve ödevleri, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler ile siyasi hak ve ödevleri düzenlemiştir. 17. maddede kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, 18. maddede zorla çalıştırma yasağı, 19. maddede kişi hürriyet ve güvenliği, 20. maddede özel hayatın gizliliği, 21. maddede konut dokunulmazlığı, 22. maddede haberleşme hürriyeti, 23. maddede yerleşme ve seyahat hürriyeti, 24. maddede din ve vicdan, 25. maddede düşünce ve kanaat, 26. maddede düşünceyi yayma ve açıklama hürriyetleri, 27. maddede bilim ve sanat hürriyeti, 28-32'nci maddelerinde basın hürriyetine ait hususlar, 33. maddede dernek kurma, 34. maddede toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, 35. maddede mülkiyet hakkı, 36. maddede hak arama hürriyeti, 41. maddede ailenin korunması ve çocuk hakları, 42. maddede eğitim ve öğretim hak ve ödevi, 48. maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti, 51. maddede sendika hakkı, 54. maddede grev hakkı ve lokavt, 57. maddede konut hakkı, 60-62'nci maddelerde sosyal güvenlik hakları, 68. maddede siyasi parti kurma, partiye girme ve partiden ayrılma ve 70. maddede kamu hizmetlerine girme hakkı düzenlenmiş, ayrıca Anayasamız'ın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin hangilerinin ne şartlarla sınırlanabileceği de birçok maddede gösterilmiş ve sınırlamaların hak ve hürriyetlerin özlerine dokunamayacağı da hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan TCK'nda kişilik hakkıyla ilgili birçok hukukî değeri koruyan suçlar bulunmaktadır. Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitap'ın ilk kısmında soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları, kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmında hayata, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, işkence ve eziyet, çocuk düşürme, düşürtme, kısırlaştırma, cinsel dokunulmazlığa, hürriyete, şerefe, özel

hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, toplam 45 ayrı suç ihdası ile düzenlenmiştir.

Emredici kamu hukuku kuralları, kişilik hakkının korunmasında gözetilecek ilkeler ile devletin kişiliği korumadaki görevlerini belirlemekte ve yasada gösterildiği gibi ağır ihlaller halinde failin cezalandırılacağını öngörmektedir. Kişilik, devlete karşı anayasa, idareye karşı idare hukuku, suç teşkil eden tecavüzlere karşı ceza hukuku hükümleri ile korunmuştur.²⁷⁴

Kamu hukuku alanında korunan insan haklarına paralel olarak özel hukukta kişisel özgürlükler esasına dayanan kişilik hakları teorisi geliştirilmiştir.²⁷⁵ Kamu hukuku kuralları ile kişiliğe sağlanan koruma son derece önemli ve caydırıcı olsa da yeterli değildir. Çünkü kişilik hakkı sadece devlet eliyle devlete veya devlet yönetimindeki keyfilige karşı değil,²⁷⁶ aynı zamanda hak sùjelerinin eşit düzeyde olduğu bir hak ve menfaat dengesini temin edecek kurumlarla da korunmalıdır. İşte bu korumayı da özel hukuk sağlar. Ayrıca bu hakların büyük bir kısmı doğal olarak özel hukuk kapsamında bulunduğu için özel hukuk da kişiliğin korunmasıyla ilgilenmek zorundadır.²⁷⁷ Özel hukukla öngörülen korumalar, ilerleyen bölümlerde inceleyeceğimiz gibi sözleşmenin geçersiz kılınması, saldırının önlenmesi, durdurulması, tespiti ile saldırının sonuçlarına yönelik dava hakları ve çeşitli tedbirler olarak karşımıza çıkar. Özel hukukla ihdas edilen korumaları işletmek de elbette kamu kurumları ve mahkemeler sayesinde olacaktır, ancak bu durum korumanın özel hukuk niteliğini değiştirmez.

Yürürlükten kalkan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (eMK) kişiliğin korunması ile ilgili 23. maddesinin ilk hali şu şekilde idi:

“Kimse, medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez.

²⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.195. Mesela, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21-23'üncü maddelerine göre ticari sırlar, özel hayata ve haberleşme hürriyetine ilişkin bilgilerin kanun kapsamında bulunmamasının idare hukuku bakımından bir koruma olduğu söylenmiştir. Bkz. s. 194.

²⁷⁵ Göktürk, s. 134; Tekinay, s. 249; Öztan, s. 113.

²⁷⁶ Tekinay, s. 249.

²⁷⁷ Göktürk, s. 136.

*Kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiye ye mugayir surette takyit dahi edemez.*²⁷⁸

Aynı Kanunun 24. maddesi²⁷⁹ ise

*“Hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişi, hâkimden, tecavüzde bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*²⁸⁰

*Şahsiyet hakkı ihlâl edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel²⁸¹ ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır.*²⁸²şeklindedir.²⁸³

23. maddeye²⁸⁴ şu fıkra eklenmiştir:

“Ancak, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Şu kadar ki, biyolojik madde verme borcu altına giren kimse aleyhine ifa talebinde bulunulamayacağı gibi maddi ve manevi tazminat davası da açılmaz.”

Halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı Medeni Kanunumuzun esasen yapılan değişiklikleri muhafaza etmiş bulunan kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerden ilki 23. maddedir. Buna göre:

“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.”²⁸⁵

²⁷⁸Davalarla ilgili olduğundan 24. maddenin ilk hali, Kişiliğin Dava Yolu ile Korunması bahsinde incelenecektir.

²⁷⁹04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile değiştirilerek.

²⁸⁰ Hâkimden soyut olarak saldırıya karşı koruma istenemeyeceği, zaten dava hakları düzenlendikten sonra böyle bir hükmün tamamen gereksiz olduğu hakkında Bkz. Tekinay, s.259.

²⁸¹ “...özel ya da kamu yararına...”, şeklindeki ifadenin dil kurallarına uygun olmadığı söylenmiştir. Tekinay, s. 259.

²⁸² Fıkroda, doktrinin görev alanına giren bir konu olduğundan hukuka aykırılık tanımı yapılmasının isabetsiz olduğu, ayrıca tek başına kişilik haklarıyla ilgili maddede hukuka aykırılık kavramının tanımlanmasının boşluk oluşturup yanlış anlamalara sebep olabileceği yönünde eleştiri için Bkz. Tekinay, s. 259.

²⁸³Davalarla ilgili olduğundan 3444 sayılı Kanun ile eklenen 24/a maddesi Kişiliğin Dava Yolu ile Korunması bahsinde incelenecektir.

²⁸⁴14.11.1990 tarih ve 3618 sayılı Kanun ile.

²⁸⁵ Gereğede, maddenin konu başlığı olarak şahsiyetin himayesi yerine Türkçe olan kişiliğin korunması tabirinin seçildiği, doktrindeki açıklamalar ve kaynak kanunun lafzına göre vazgeçilemeyecek hususların hak ve fiil ehliyetleri olarak belirlendiği ifade edilmiştir. Gerçekten de kanunun önceki metnindeki ifadeler maksadı karşılamaması bakımından eleştirilmiş, kanunun mevcut halindeki gibi düzeltilmesi yapılması gerektiği vurgulanmış idi. Bkz. Tekinay, s. 251.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”²⁸⁶

Diğer madde ise m. 24 olup:

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası,²⁸⁷ daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar²⁸⁸ ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”²⁸⁹şeklindedir.

Gerek eMK’da ve gerekse de TMK’nda adın korunmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir.

Medeni Kanunumuz kişiliğin hukukî işlem veya haksız fiille ihlâl edilebileceğini öngörmüştür. Bundan başka, kişilik hakkının sözleşmeye aykırılık yoluyla da ihlâl edilmesi mümkündür.²⁹⁰ Sözleşmeye aykırılık yoluyla kişilik hakkının ihlâl edilmesi halinde TMK’nun 24. maddesinin de uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir.²⁹¹

²⁸⁶ Gerekçede, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun hükümlerinde konu açıkça düzenlendiği halde kişiliğin korunması bakımından 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde yapılan değişikliğin korunduğu belirtilmiştir. Maddenin ilk iki fıkrası doğrudan doğruya hukukî mahiyetteki değerler olan hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükleri korumaktadır. Bkz. Tekinay, s. 252. Son fıkra ile ayrıca maddi bütünlüğe ait bir husus olan biyolojik madde naklinden bahsedilmektedir.

²⁸⁷ Rızanın malvarlığı zararında hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı, ancak kişi hakkı ihlâlinde TBK m.52 uyarınca tazminatın indirilmesi veya tazmin yükümlülüğünden kurtulma sonucunu doğuracağı, bu sebeple gerek bu fıkra ve gerekse TBK’nun 63/2. maddesinde rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmesinin isabetli olmadığı savunulmuştur. Bkz. Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2017, s.73.

²⁸⁸ Üstün yarar yerine “öncelikle göz önünde tutulması gereken bir temel hakkın kullanılması” ifadesinin daha isabetli olacağı savunulmuştur. Bkz. Hatemi, s. 75.

²⁸⁹ Fıkra kişilik hakkının önce ilk fıkra olduğu gibi tekil, sonra çoğul kullanılması eleştirilmiştir: Bkz. Hatemi, s. 66. Ayrıca “zedelenen“ yerine “ihlâl edilen” ifadesinin daha isabetli olacağı söylenmiştir: Bkz. Hatemi, s.67. Davalarla ilgili olduğundan 25. madde Kişiliğin Dava Yolu ile Korunması bahsinde incelenecektir.

²⁹⁰ Tekinay, s.251.

²⁹¹ Arzu Genç Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, İstanbul 2008, s. 103.

İşte özel hukukla ihdas edilen korumalar sadece Medeni Kanunumuzda değil, TBK ve başkaca kanunların yeri geldikçe değinilecek özel hükümleriyle de düzenlenmiştir.

Medeni Kanunumuz, kişiliğin korunmasına ilişkin genel, diğer kanunlar ise özel normları ihtiva eder. Özel normların amacı aslında sadece kişiliğin korunması değildir fakat kişiliğin korunmasına da hizmet eder.²⁹²

2. Hukukî İşlemlerle Yapılan Saldırlara Karşı

Hukukî işlemle yapılan saldırıya karşı koruma,²⁹³ kişiliğin içe karşı korunması veya kişiliğin hukukî işlem sonucu olan tecavüzlere karşı korunması şeklinde de ifade edilmektedir.²⁹⁴ Hukukî işleme karşı korumada dahi saldırı yine dışarıdan geldiğinden iç koruma ve dış koruma ayrımının tutarlı olmadığı da ileri sürülmüştür.²⁹⁵

Hukukî işlemle yapılan saldırılara karşı korumanın dayanağı, TMK'nun 23. maddesi ve kişilik hakkına aykırı olan bir sözleşmenin kesin olarak hükümsüz olduğunu düzenleyen TBK'nun 27. maddesidir. TMK'nun 23. maddesi ise sözleşme hukukuyla ilgilidir.²⁹⁶ Bu madde ile kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, yine özgürlüklerinden de vazgeçemeyeceği ve özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı hüküm altına alınmıştır.²⁹⁷

²⁹² Öztan, s.114

²⁹³ Çalışmamızda bu tabir seçilmiştir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.195.

²⁹⁴ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt, Başlangıç Hükümler, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016, s. 356.

²⁹⁵ Bkz. Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, İstanbul 1992, s. 412. Geleneksel öğretilerde kişinin doğrudan doğruya kendisine karşı korumasından söz edilmekte, daha yeni öğretinin isabetle belirttiği gibi aslında bu halde de kişilik yine başkalarına karşı korunmaktadır. Özsunay, s. 151. Kanaatimizce burada saldırı dışarıdan da gelse o saldırının dayanağı yine kişinin kendi yapacağı sözleşme olduğundan bu tasnifin tutarsız olduğu söylenemez. Kaldı ki böyle bir sözleşme saldırı gelsin veya gelmesin en baştan geçersiz olduğu gibi geçersizliği ileri sürmek için saldırının gelmesini beklemeye gerek de yoktur.

²⁹⁶ Özsunay, s.151.

²⁹⁷ Özgürlüklerin ahlaka aykırı sınırlandırılmayacağına saptanmasında, toplum içindeki iyi adetlerin, hal ve şartın objektif bir ahlak anlayışına göre değerlendirilmesinin, özgürlükten yapılan fedakârlık karşısında edinilen menfaatin karşılaştırılmasının da rol oynayacağı söylenmektedir. Mesela birlikte yaşayan kardeşler arasındaki hiçbir zaman evlenmeyeceklerine dair anlaşma, özgürlüğü ahlaka aykırı şekilde kısıtlayacaktır. Ancak, bir şirket üyesinin mesaisini şirkete ayırmasını sağlamak için bir avcılık veya başkaca spor kulübünden çıkacağını taahhüt etmesi geçerlidir. Göktürk, s. 140. Bu madde ile şahsın hürriyetini aşırı derece sınırlayan yükümlülükler altına girmesine yönelik anlaşmalar geçersiz sayılmıştır. Öztan, s. 113.

Hukukî işlemle yapılan saldırı, kişinin doğrudan doğruya hukukî nitelik arz eden değerleri olan hak ve fiil ehliyeti veya özgürlüklere yönelik olacaktır.²⁹⁸

Kişinin herhangi bir hakkından vazgeçmesi veya bu hakkını kendi isteğiyle sınırlaması, mesela alacaklının borçluyu karşılıksız ibra etmesi veya malikin taşınmazına bir kişi lehine intifa hakkı kurması geçerlidir. Yasa ile geçersiz sayılan, bizzat hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçme, mesela asla borç altına girmeyeceğini, bir kimse hakkında hiçbir surette dava açmayacağını, ileride doğacak alacaklarının tahsilini istemeyeceğini, hiçbir zaman ev, dükkân, bahçe satın almayacağını veya varsa satmayacağını, derneğe üye olmayacağını, ileride hep başkasının yönetimi ile işlem yapacağını, tek başına hak ve borç doğuran bir işlem yapmayacağını taahhüt etmektir.²⁹⁹ Aynı şekilde özgürlüklerin hukuk ve ahlaka aykırı şekilde kısıtlanması da böyledir. Birine günde iki saat ders veren öğretmen, hizmet akdi ile her gün belli saat belli yerde emir ve talimat altında çalışan işçi, aslında özgürlüğünü kısıtlamaktadır.³⁰⁰ Ancak özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı kısıtlanamayacağını öngören yasa ile insanın köleleştirilmesi, başkalarının boyunduruğu altında yaşatılması engellenmeye çalışılmaktadır.³⁰¹ Uygulamada en çok özgürlüklerin kısıtlanamayacağına ilişkin madde işlerlik kazanmıştır.³⁰² Hak ve fiil ehliyetine dair kısıtlamalar bile özgürlüklerle ilişkilendirilerek geçersiz sayılmaktadır.³⁰³ Nihayet hak ve fiil ehliyetleri, özgürlüklerin zorunlu birer unsuru olduğundan bu uygulama yanlış da değildir.³⁰⁴

²⁹⁸ Tekinay, s. 252. İçer karşı koruma, doğrudan doğruya hukukî nitelikleri korumaktadır. Kişilik hakkına aykırı bir sözleşme, hak ve fiil ehliyetinden vazgeçme niteliğinde veya özgürlükleri hukuka ve ahlaka aykırı şekilde kısıtlayıcı olduğu, yani doğrudan hukukî nitelik arz eden kişilik değerlerini ihlâl ettiği için geçersiz olur. Böyle bir sözleşmeye dayanılarak kişiliğe yapılan müdahale ise haksız fiil teşkil eder. Mesela para ile organ satışı hususunda anlaşmak geçersiz, bu anlaşma doğrultusunda kişinin organını almak haksız fiil olacaktır.

²⁹⁹ Tekinay, s. 252.

³⁰⁰ Özsunay, s. 152, Tekinay, s. 253.

³⁰¹ Tekinay, s. 253.

³⁰² Bir kararda, haksız rekabete ilişkin şartın hukuka uygun olmadığı, kişiliğin ekonomik bütünlüğü yerine çalışma özgürlüğünden söz edilerek geçersiz sayılmıştır: Yarg. 11. HD 12.09.2017 tarih, 2016/1461, K. 2017/4721 “...iş sözleşmesi ile davalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde 2 yıl süreyle davacı şirketin işine rakip bir işte çalışmayacağı şeklinde çalışma yasağı getirilmesi ve sınırlarının yeterince belirlenmemesi durumu da başlı başına Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hürriyetinin açık bir ihlâli niteliğinde olup...”(www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

³⁰³ Tekinay, s. 253.

³⁰⁴ Tekinay, s. 253.

Hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükler emredici kamu hukuku kurallarıyla korunmasına rağmen bir kimsenin bunlardan vazgeçemeyeceğini düzenlemeye de gerek vardır. Yasa koyucu, ahlaki ve sosyal mülahazalarla kişiyi kendi kendine karşı korumak için sözleşme serbestisi esasını sınırlamaktadır. Toplumun düzen içinde varlığını devam ettirebilmesi için kanunun uyulmasında zorunluluk gördüğü sosyal ve ekonomik ilkeler vardır ki, kişilerin aralarında özel anlaşmalar yaparak bunları aykırı hareket etmeleri doğru olmaz.³⁰⁵TMK, maddi imkânlar bakımından eşit olmayan kişiler arasında belki sözleşme özgürlüğü, belki de serbest rekabet esasına dayanan gereksinimler sonucu kişiliğin aşırı sınırlanmasını önleyip herkese hayat yolunda kişiliğini geliştirerek ilerleme olanağı sağlamıştır.³⁰⁶Böylece kişilerin serbest iradeleriyle düzenleyebilecekleri işlemlerin sınırı kişilik değerleri ölçüsü ile çizilmiştir ve kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçtiği veya özgürlüklerinden vazgeçip hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırladığı, yani bir tür köle olmayı kabul ettiği hukukî işlemler, yükleneceği edimler kesin olarak hükümsüz, eş deyişle mutlak butlan yaptırımı ile geçersizdir.³⁰⁷Mesela mali sıkıntılar yaşayan bir tüccar ömrünün sonuna dek aynı işle uğraşmamayı kabul ederek işletmesini yüklü bir bedelle de olsa devrederse, öğrenimine maddi imkânsızlıklar yüzünden devam edemeyen bir genç hiç evlenmemek şartı ile bağış kabul ederse, engelli bir kişi malvarlığıyla ilgili sağlar arası veya ölüme bağlı bir tasarruf yapmaması şartıyla ölünceye kadar bakılırsa, evlenmek için din değiştirmek, sünnet olmak taahhüdünde bulunulursa, bir işçi işten hiç ayrılmayacağı şartı ile işe alınır hak ve fiil ehliyetinden vazgeçmek veya özgürlüğü hukuka aykırı şekilde sınırlamak söz konusu olur.³⁰⁸

³⁰⁵ Belgesay, s.115.

³⁰⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.357.

³⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.196. Ancak TMK'nun 23/2. maddesindeki özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği ve özgürlüklerin hukuka veya ahlaka aykırı şekilde kısıtlanamayacağı hükmüne göre geçersiz sayılacak sözleşmelerin TBK'nun 27. maddesinde düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmayacağı, kendine özgü geçersizlik doğurduğu, bu sebeple ancak kişi tarafından ihlâl doğduğu zaman geçersizliğin ileri sürülebileceği ve mirasçı tarafından geçersizliğin ileri sürülemeyeceği de savunulmaktadır. Bkz. s. 204. Özgürlükler de kişilik hakkının konusunu teşkil eden değerler içinde yer aldığından bu görüşün yasal dayanağı bulunmadığı kanaatindeyiz. Nitekim hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüklerin iki ayrı fıkra yapı olarak ayrıştırıldığı ve her iki fıkranın birlikte "Kimse kişilik değerlerini ahlaki (etik/moral) değer yargılarına aykırı olarak gözden çıkaramaz ve sınırlayamaz." şeklinde okunması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Serozan, s. 449.

³⁰⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 357.

İçer karşı koruma sadece gerçek kişiler için değil, tüzel kişiler, hatta tüzel kişiliği haiz olmayan topluluklar için de uygulanır.³⁰⁹

Kişilik değerlerinin yasada gösterilmemesine paralel olarak hangi hallerde hak ve fiil ehliyetinden, özgürlüklerden vazgeçilmiş veya özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı şekilde kısıtlanmış sayılacağına ilişkin bir hüküm de yasada yoktur. Hâkim, yasada, örf ve adet hukukunda yasaklayıcı kural bulunmasa bile olayın özelliklerini ve ahlak kurallarını gözeterek, takdir yetkisini kullanarak, gerekirse hukuk yaratarak bir sözleşmenin konusunun kişilik haklarına aykırı olup olmadığını belirleyecektir.³¹⁰

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, kişisel özgürlüğün devredilmez olduğu ancak sınırlanamaz olmadığı, ahlaka aykırı olmadıkça sınırlamaların geçerli olduğunu belirtmiştir.³¹¹

Aslında TMK ve TBK'nun çeşitli hükümlerinde hak ve fiil ehliyetleri ile özgürlükler bakımından sınırlayıcı tasarrufların önüne geçilmiştir. Mesela hiç kimsenin dernekte üye kalmaya zorlanamayacağı (TMK m.66/1), nişanlılığın karşı tarafı evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceği ve evlenmeden kaçınma hususunda cayma tazminatı veya cezai şart taahhüt edilmişse bunun da dava edilemeyeceği (TMK m.119), ana babanın çocuğun dini eğitimini belirleme hakkını sınırlayacak her türlü sözleşmenin geçersiz olduğu (TMK m.341), paydaşın paylaşmayı isteme hakkının hukukî bir işlemle en çok 10 yıl için sınırlandırılacağı (TMK m.698/2), malikin rehinli taşınmaz üzerinde yeni sınırlı ayni haklar kuramayacağına dair taahhüdünün geçersiz olduğu (TMK m.869/1), borcun ödenmemesi halinde rehin verilmiş eşyanın mülkiyetinin alacaklıya geçmesine yönelik anlaşmanın geçersiz olduğu (TMK m.873/2, 949), temsil olunanın hukukî bir işlemde doğan temsil yetkisini sınırlayıp geri alma yetkisinden baştan feragat etmesinin geçersiz olduğu (TBK m.42/2), borçlunun alacaklıya karşı zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden vazgeçmesinin geçersiz olduğu (TBK m.160), önalım, geri alım ve alım haklarının en çok 10 yıl için kararlaştırılabileceği (TBK

³⁰⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 206.

³¹⁰ Zevkliler, s. 415.

³¹¹ Weiss/Wolfer, s. 103.

m.238), yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kapsamında bulunan taşınmazların kirası bakımından Kanun'un 11. maddesine göre kiracı tahliyeyi istemedikçe kira sözleşmesinin kendiliğinden ve sürekli olarak birer yıl uzayacağı düzenlenmiş iken artık belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya verenin de sözleşme tarihinden 10 yıl geçtikten sonra tahliye isteyebileceği (TBK m.347/2), işçinin üstlendiği rekabet yasağının ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyor ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olduğu (TBK m.444), rekabet yasağının kural olarak iki yılı geçemeyeceği ve hakkaniyete aykırı olamayacağı (TBK m.445), kefilin alacaklıya halef olma hakkından önceden vazgeçmesinin geçersiz olduğu (TBK m.582), kefalet sözleşmesinin en çok 10 yıllığına geçerli olup yine en erken 10 yıllık sürenin bitiminden 1 yıl evvel ancak 10 yıl için uzatılabileceği (TBK m.598), bu kabil emredici hükümlerdir.³¹² Bir görüşe göre bu tür düzenlemeler karşısında madde metninde özgürlüğün hukuka aykırı kısıtlanamayacağından bahsetmeye gerek yoktur.³¹³ Ancak hukuka aykırılık kavramı, yalnızca emredici hukuk kurallarına aykırılık ile sınırlı olmasa gerekir.

Bu kapsamda konuyu kişilik değerlerini sınıflandırdığımız başlıklar altında incelemek yerinde olacaktır.

a) Maddi Bütünlük Bakımından

Hayat hakkından hiçbir surette vazgeçilemez. İsviçre, Hollanda, Lüksemburg gibi ülkelerde yasal olsa da Türk Hukuku'nda ötenazi yasaktır.³¹⁴ Bir kişinin kendi

³¹² Öte yandan gabin (TBK m.28) ve hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirmesinin (TBK m.182/3) yine bu kapsamda olduğu düşünülmektedir. Bkz. Serozan, s. 451.

³¹³ Tekinay, s. 253, 254. Yazar, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 10 yılı aşkın süre için yapılan hizmet sözleşmelerinde işçinin 10 yıldan sonra 1 aylık feshi ihbar süresine uyarak akdi feshedebileceğine ilişkin 343. maddesini de örnek vermektedir.

³¹⁴ 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile "Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.", 10436 sayılı Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesi ile "Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir." hükmü getirilmiştir. Türk Hukuku'nda ötenazi kesin olarak yasak olup kasten öldürme suçudur. Özsunay, s. 99. Dural/Öğüz, s. 105. Ancak bir cihaza bağlı vaziyette bitkisel hayat sürdüren kimsenin yakınlarının onayı üzerine cihaz ile bağlantısının kesilmesi şeklinde ifade edilen pasif ötenaziye cevaz

isteği üzerine veya düello, Rus ruleti gibi yöntemlerle öldürülmesi de faili hukukî ve cezai sorumluluktan kurtarmayacaktır. Ancak TMK'nun 23. maddesinin amacı kişiliği dışarıdan gelecek saldırılara karşı korumak ve kişilik değerlerinin hukukî işleme konu edilmesini önlemek olduğundan intiharın madde kapsamına girmediği söylenmektedir.³¹⁵

Vücut bütünlüğü ve sağlık konusunda tıbbi müdahalelerden bahsetmek gerekir. Her türlü tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için ilgilinin rızası başlıca koşuldur.³¹⁶Bundan başka kişinin aşırı zarara uğramaması ve kendisinin veya bir başkasının sağlığına kavuşması gibi üstün bir yararın da bulunması gerekir.³¹⁷ Hasta

verilmekle beraber mesela mirasa kavuşmak veya tedavi masraflarından kurtulmak amacıyla yapılmaması gerekir. Hatemi, s. 70. Ötenazi üzerinde önemli tartışmalar yapılmakta, bunu kasten öldürmeye denk tutan görüşe karşı, iyileşmesi mümkün olmayan hastaları yaşatıp onlara daha fazla acı vermek yerine rahat bir ölüm sağlamanın daha insancıl olduğu da ileri sürülmektedir. Eski Sovyet Rusya, Uruguay, Kolombiya gibi ülkelerde kişinin kendi isteğiyle acı çekmesini önlemek için öldürülmesi, daha az cezayı gerektirmektedir. Özsunay s.99;Dural/Öğüz, s. 105.

³¹⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.361, Zevkliler s. 417, 418. Böyle olunca bir başkasının akdî veya fiilî katılımı olmadan kişinin kendi eliyle kişilik değerlerine yapacağı müdahalelerin tamamını konu dışı bırakmak gerekecektir. Mesela kendi beden bütünlüğüne zarar verme, eski Uzak Doğu adetlerinde olduğu gibi kişinin affını dilerken karşı tarafın isteği olmaksızın bir elinin küçük parmağını kesmesi, protesto için ölüm orucuna başlaması, hep kapsam dışı kalacaktır.

³¹⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin rıza hususunu ayrıntıyla düzenleyen 24. maddesinde hastanın kendisinin, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin, hastanın yasal temsilcisi tıbben gerekli görülen müdahaleye rıza göstermez ise TMK'nun 346 ve 487'nci maddelerine göre tıbbi müdahale icrasının mahkeme kararına bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre mesela riskli bir ameliyata veli veya vasisinin rıza göstermediği bir küçük için ilgili kurum veya küçüğün kendisi mahkemeye başvurabilecektir. Yönetmeliğin 28. maddesinde istisnalar saklı tutularak rızanın şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir. Fakat ileride de değineceğimiz gibi ilgili ifadeye muktedir olmaz veya yasal temsilci hazır bulunmaz ise rıza şartının aranmayacağı 1219 sayılı Tababet ve Şububat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 5728 sayılı yasa ile değişik 70 ve anılan Yönetmeliğin 24'ncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu sayede acil durumlarda hekim hastaya derhal müdahale edebilecektir. Bu halde vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler de uygulanır Bkz. Zevkliler s.451. Bundan başka anılan Yönetmeliğin 22. maddesinde rızası olmaksızın veya rızaya uygun olmayan şekilde hastanın tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı, 25. maddede hastanın tedaviyi reddedebileceği veya tedavinin durdurulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Öte yandan 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4/2. maddesinde, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine cinsel faaliyetine engel olmaksızın kısırlaştırma, yine 4/3 maddesinde ise bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk halinde rıza da aranmaksızın testis veya yumurtalığın çıkarılabileceği, 5/1 maddesinde 10. hafta dolana kadar istek üzerine kürtaj yapılabileceği, gebelik bu süreyi aşkın ise annenin hayat ve sağlığının gerektirmesi veya ileride doğacak çocuklar bakımından önemli bir maluliyetin engellenmesi için kürtaj yapılabileceği düzenlenmiştir. Almanya'da bugün gebeliğin 12. haftasının sonuna dek kürtaj yasal olsa da Alman Anayasa Mahkemesi 25.02.1975 tarihli kararında, 12. haftanın sonuna dek koşulsuz kürtaj hakkı veren 18.06.1974 tarihli Kanun'un ilgili hükümlerini, ananın vücudu içindeki ceninin dahi ayrı bir hak süjesi olduğu, bu nedenle devletin onu da koruması gerektiğine dikkat çekerek iptal etmiş idi. Bkz. Özsunay, s. 109.

³¹⁷ Zevkliler, s. 420, 421, Özsunay, s. 100.

Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde tıbbi müdahalenin ancak tedavi, teşhis ve koruma amacıyla yapılabileceği, aksinin hasta tarafından dahi istenemeyeceği düzenlenmiştir.³¹⁸ Böyle olunca insan üzerinde bilimsel deney yapılıp yapılamayacağı tartışma götürür bir konudur.³¹⁹

Türk Medeni Kanunu'nun 23/son maddesinde ise tıbbi müdahalenin özel bir türü olan biyolojik madde nakline işaret edilmiştir. Buna göre “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*”³²⁰ Organ alınmaya kadar kişi vaadinden dönebilir ve bu durumda kendisinden maddi ve manevi tazminat istenemez ise de bunun bir tertip olması halinde menfi zarar kapsamında yapılan masraflar veya manevi tazminat istenebileceği, başta para alınması halinde paranın iade edilmemesi hususunda hukuka ve ahlaka aykırı amaçla verilen şeyin iade edilemeyeceğine ilişkin TBK'nun 81. maddesine dayanılmasının hakkın kötüye kullanılması kapsamında olabileceği düşünülmektedir.³²¹ Saç da biyolojik madde olduğundan mesela bir genç kızın para karşılığı saçını satması hukuka uygun olsa da bu kişi edimini yerine getirmeye zorlanamaz.³²²

Tehlike arz eden oyun, yarışma ve spor gösterilerine ilişkin sözleşmeler ise kişinin doğacak zararları göze alarak bunlara katılması, bunların kurallarına uygun

³¹⁸ Hüküm şu şekildedir: “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlâl edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”

³¹⁹ TCK'nun 90. maddesinde insan üzerinde bilimsel deney yapmak suç kabul edilmiş, hangi halde bunun hukuka uygun olacağı 2 ve 3'üncü fıkralarda 10 ayrı bentle sayılmıştır.

³²⁰ 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile konu ayrıntısıyla düzenlenmiştir. Kanuna göre organ para veya başkaca çıkar karşılığı satılmaz (m.3). Yani organ nakli sözleşmesi ivaz karşılığında yapılamayacağı gibi Bkz. Hatemi, s. 71; ivaz karşılığında veya insani olmayan bir düşünceyle yapılacak nakil talebini hekim de reddetmek zorundadır (m.7/e). 18 yaşını tamamlamamış ve ayırtım gücüne sahip olmayan kimseden organ alınması yasaktır (m.5). Vericinin yeterince aydınlatılması gerekir (m.7). Yaşamı sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve doku alınması da yasaktır (m.8). Vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur (m.6). Ancak organ nakli ile vericinin vücudunda sürekli bir eksikliğin kalması söz konusu ise rıza geçersiz, müdahale ise kişilik haklarına saldırı sayılmalıdır. Özsunay, s. 101.

³²¹ Hatemi, s. 71.

³²² Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 363.

olarak icra edilmesi, en azından zarar veren eylemin makul riski aşmaması³²³ ve oyun ve spor kavramları içinde değerlendirilemeyecek ölçüde izleyenlerin sansasyonel dürtülerine hitap eden hırçın, kanlı, vahşi, zarar vermeye çok müsait olmaması şartları ile hukuka uygundur.³²⁴

b) Manevi Bütünlük Bakımından

Hukukî işlemle yapılan saldırıya karşı korumanın yasal dayanağı olan üç fıkradan ibaret TMK'nun 23. maddesinin ilk iki fıkrası, manevi bütünlük kapsamındaki hak ve fiil ehliyetleri ile özgürlüklerden bahsetmektedir. Hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi vazgeçilmesi, yine özgürlüklerden vazgeçilmesi ve özgürlüklerin hukuk ve ahlaka aykırı³²⁵ olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Bu üç değer kişiliği oluşturan en önemli öğelerdir. Fiil ehliyeti ve özgürlükler kişi denen varlıktan ayrılması imkânsız öğeler olup hele ki kişinin hak ehliyetinin bulunmaması onun yaşamamasına denktir.³²⁶ Gerçekten de hak ehliyeti dahi olmayan bir kişi apaçık köledir.

Bir kimsenin malvarlığı ehliyetinden vazgeçmesi, ölüme bağlı tasarruf yapmayacağını taahhüt etmesi³²⁷ yasal veya atanmış mirasçı olmayacağına dair sözleşme yapması hak ehliyetinden; sözleşme hürriyetinden vazgeçmesi, malvarlığı üzerinde hiçbir tasarruf yapmayacağına ilişkin taahhütte bulunması³²⁸ fiil ehliyetinden kısmen vazgeçme sonucunu doğurduğundan geçersizdir. Medeni Kanunumuzun kişinin isteği üzerine kısıtlanabileceğine ilişkin 408. maddesi ise fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçilemeyeceğine ilişkin kural ile çelişki arz etmez. Bir kere anılan maddede yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebepleriyle işlerini gerektiği gibi yürütemediğini ispat eden kişinin kendi isteğiyle kısıtlanabileceği

³²³ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 213.

³²⁴ Zevkliler s. 433, 434.

³²⁵ Ahlaka aykırılık araştırılırken öncelikle ahlak kuralının tespiti bakımından o kuralın belli yer ve zamanda dürüst insan modelinin ahlak anlayışı yönünden benimsenmesi ve kuralın kamusal vicdandan ileri gelmesi gerekmektedir. Ahlak kuralları zamanla değişebileceğinden sözleşmenin yapıldığı ve yerine getirildiği andaki ahlaki anlayışların birlikte değerlendirilmesi de zorunludur. Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.375.

³²⁶ Zevkliler, s.437; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.371.

³²⁷ Özsunay, s. 152.

³²⁸ Özsunay, s. 152.

düzenlendiği gibi bu sebeplerle de olsa kişinin kısıtlanması hâkim kararına bağlı olacaktır.³²⁹ Bu halde fiil ehliyetinin kısıtlanması bizzat o kişiyi korumaya yönelik bir tedbir niteliğindedir.

Kişiyi yükümlülük ve borç altına sokan her sözleşme aslında özgürlüğünün bir bakıma sınırlandırılmasıdır. Sözleşme, kişiyi her yönden sınımsız bağlar veya hukuk ve ahlak bakımından makul olmayan bir nitelik taşırsa kişilik hakkını ihlâl eder.³³⁰ Kişinin ömür boyu ya da sınırsız süreyle bir başkasının egemenliği, vesayeti altına girmek veya bir kişi topluluğundan hiç ayrılmamak üzere yaptığı sözleşmeler, yine ömür boyu evlenmeyeceği veya belli bir kişiyle evleneceğine yönelik sözleşmeler özgürlüklerden vazgeçme, bir ev hizmetçisinin hiç sokağa çıkmayacağını, bir kişinin dinini değiştireceğini, bir tarikata, manastıra veya siyasi ve felsefi bir topluluğa gireceğini veya çıkacağı, bir ceza davasının takibi için kurulan bir dernekten üyesinin her zaman çıkmayacağına, bir yazarın falanca görüş veya kişiyi öveceğine dair taahhütleri³³¹ özgürlüğü ahlaka aykırı kısıtlama niteliğinde olup geçersizdir.³³²

Ayrıca bir kimsenin şeref ve haysiyeti üzerindeki haktan en baştan vazgeçmesi, borcunu yerine getirmese alacaklının sözüne güvenilmeyen bir kişi olduğunu alenen duyurmasını veya kendisine sövüp saymasını sözleşme ile kabul etmesi,³³³ bir kadının metres olarak yaşamayı kabul etmesi, resmin her türlü çirkin fotomontajda kullanılmasını baştan kabul etmek ve Yargıtay'a göre kocanın, karısının zinasına en baştan muvafakat etmesi de geçersizdir.³³⁴

³²⁹ Göktürk, s. 137.

³³⁰ Özsunay, s. 152, 153.

³³¹ Tekinay, s. 253; Göktürk, s. 138.

³³² Zevkliler s.437. Ancak hava yolu şirketlerinin hostesle yaptığı gibi, işe başladıktan sonra birkaç yıl evlenmeyeceğine ilişkin sözleşme geçerli sayılmalıdır Bkz. s. 437. Kanaatimizce Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının en az 10 yıl çalışma, aksi halde ağır tazminat sorumluluğu yükleyen sözleşme de geçerlidir. Türkçe bilmeyen yabancı bir ev işçisinin izin günlerinde evden çıkmama, darda kalmış bir nafaka borçlusuna karşı nafaka alacağından feragat etme, doğum yapması halinde çocuğa geçme riski olan bir hastalığı bulunan kadının çocuk doğurmama, uzun yıllar evli kalmış birinin eşinin ölümünden sonra bir daha evlenmeyeceğine yönelik taahhütlerinin geçerli sayılabileceği söylenmektedir. Bkz. Serozan, s. 453. Aynı şekilde ölümcül hastalığa yakalanan eşine ölümünden sonra çocukları reşit oluncaya veya zaten reşit olan çocukları evleninceye kadar evlenmeyeceği taahhüdünde bulunmak da kanaatimizce geçerli sayılabilir.

³³³ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.368.

³³⁴ Yarg. İBK 23.06.1966 tarih, E. 1966/3, K. 1966/5 (Tekinay, s. 258).

Ad, resim, sır çevresi gibi manevi bütünlüğe ait değerlere yönelen saldırılara karşı hiçbir hak talep edilmeyeceğinin en baştan kabul edilmesi de geçersizdir.³³⁵ Aynı şekilde bir kimsenin hiçbir halde ad değiştirme davası açmayacağını taahhüt etmesi de kanaatimizce geçersiz olur.

Hak ve fiil ehliyetinin aksine, özgürlüklerden kısmen vazgeçmek mümkündür.³³⁶ Nitekim kamu düzenini temin için özgürlükleri çoğu kez yasalar kısıtlar.

c) İktisadi Bütünlük Bakımından

Kişinin sözleşme ile kendi kişilik haklarını sınırlandırması, uygulamada daha çok bu başlık altında karşımıza çıkar. Maddi çıkarların tatminine yönelik olarak kişilerin iktisadi bütünlüğüne el atıldığı sıkça görülmektedir.

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin belirlediği ilkelere göre sözleşme ilişkisi, taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına geliyorsa, taraflardan birini diğerinin keyfine tabi kılıyorsa, taraflardan biri için özgürlüğün özünü tehlikeye sokuyorsa geçersizdir.³³⁷

Sözleşmenin³³⁸ veya fesih bildirimlerinin³³⁹ çok uzun veya çok kısa süreli olması,³⁴⁰ özellikle sözleşme konusunun kişiliğe yakın değerler olması halinde

³³⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.368; Zevkliler s. 439.

³³⁶ Göktürk, s. 139.

³³⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.201. Aşırı mali taahhütler ile edim dengesini bozan, borç altına girmeme taahhütleri içeren, işverenin işçiyi başka işte görevlendirme hakkını saklı tuttuğu sözleşmeler, ekonomik geleceği tehlike altına soktuğundan geçersizdir. Bkz. s. 201. “*Bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini ahlak anlayışlarıyla bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup bu sınırlamaları öngören sözleşmeler hükümsüzdür.*” Yarg. HGK 11.02.1976 tarih, E.1973/4-1088, K.1976/209 (Özsunay s. 153).

³³⁸ Bu tarz sözleşmeler, aşırı bağımlılık yaratan ve geleceği ipotek altına alan aşırı uzun veya kısa kelepçe veya tıkaç sözleşmeleridir. Serozan s. 453; Özsunay, s.152. İsviçre Federal Mahkemesi, çok uzun süreli bir kira sözleşmesinin 10 yıla tenkis edilebileceğine, Tekinay s. 255; bir sanatkarın, menajerinin kararlarına tamamen bağlı kalma taahhüdünün geçersiz olduğuna, Öztan, s.143 karar vermiştir.

³³⁹ İş Kanunu'nun 17/3. maddesinde süreli fesihler için yasal olarak belirlenen bildirim süresinin asgari olduğu, sözleşme ile artırılabilmesi düzenlenmiştir. Çünkü azaltılması halinde feshi ihbar süresinin anlamı kalmayacaktır. Öte yandan bu sürelerin işçi lehine işverenin yapacağı fesih bakımından daha çok artırılabilmesi, hatta Yargıtay'a göre artırılmasına yönelik şartın sadece işverenin yapacağı fesih bakımından uygulanabileceği hakkında Bkz. Mollamahmutoğlu s. 530-533.

³⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, ömür boyu sürecek sözleşmelerin kural olarak ahlak dışı olmadığına karar vermiştir. Weiss/Wolfer, s. 103.

bağımlılık unsuru,³⁴¹ özgürlüğü kısıtlayan³⁴² edimin ifasında alacaklının sözleşmenin amacına uygun bir menfaatinin olmaması,³⁴³ sözleşmenin birtakım unsurlarının daha sonra belirleneceğine veya sınırsız oluşuna³⁴⁴ yönelik anlaşmalar iktisadi bütünlüğe saldırı niteliğinde sayılabilecektir.³⁴⁵ Buna karşın iktisadi bütünlüğün korunması bakımından sözleşmenin borçluya sağlayacağı menfaat de gözardı edilmemelidir. Şayet borçlu uygun bir ivaz karşılığında birtakım taahhütlerde bulunduysa artık iktisadi geleceğinin tehlikede olduğundan söz edilemez.³⁴⁶ Ayrıca belli bir borcun altına girmek, sırf borçluyu büyük sıkıntıya sokacak olması nedeniyle geçersiz sayılamaz.³⁴⁷

Mobbingin en baştan kabul edildiği anlaşmalar kişilik haklarına saldırı oluşturur. Mesela mobbing türü tacizler sıralanır, kariyer ve terfi bakımından çalışanı kelepçeleyen kurallar getirilerek bunlara iş barışı, sadakat adına hoşgörülle yaklaşılacağına yönelik centilmenlik anlaşması yapılır, bu suretle çalışanın hakları

³⁴¹ İsviçre Federal Mahkemesi, bir futbolcunun ancak kulübünden izin alarak başka bir takıma geçeceği, aksi halde iki yıl futbol liginden uzak kalacağına ilişkin sözleşmeyi kişilik hakkının aşırı sınırlandırılması olarak değerlendirmiştir. Zevkliler s. 438.

³⁴² İsviçre Federal Mahkemesi, özgürlüğü aşırı şekilde kısıtlayan sözleşmelerin kural olarak geçersiz olduğunu belirtmiştir. Bir üçüncü kişi hakkında ceza takibatı yürütülmesi amaç edinen bir topluluk üyeliğinden ayrılmaya yönelik sınırlamaların, özgürlüğün geçerli olmayacak şekilde kısıtlanmasına yol açtığına karar verilmiştir. Weiss/Wolfer, s. 103.

³⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi, bütün müşterileriyle birlikte muayenehanesini devreden diş hekiminin artık rekabet yasağı da yükümlenmesine ilişkin şartı geçersiz saymıştır. Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.379; Weiss/Wolfer, s. 104.

³⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi; borcun kime olursa olsun nakledilmesi halinde kefaletin devam edeceğini, sendikalarca ileri sürülen şartlar ne olursa olsun bunlara süresiz uyulacağını, Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.379; Weiss/Wolfer, s. 103; bir şirketin üçüncü kişilerde doğacak bütün alacak haklarını rehnetmesini, kendisine açılacak davanın mahiyet ve önemi hakkında herhangi bir fikir sahibi olamayacağı bir tarihte yapılan yetki sözleşmesini, Tekinay s. 255,256; rehin sözleşmesinde rehin verenin rehin alan nezdinde ileride doğacak bütün borçları için rehnettiği taşınmaz üzerinde rehin alana ipotekli borç senedi çıkarma yetkisi tanıyan şartı, Göktürk, s. 140, 141; bir lokalin kiralanmasına ilişkin sözleşmedeki rekabet yasağını, Weiss/Wolfer, s. 104; geçersiz saymıştır.

³⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 202,203.

³⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 203; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 378. Mesela aynı mahalde başka birine bayilik verilmemesi karşılığında yıllık asgari tutar mal alacağını taahhüt etmek, yüklü bir bedelle uzun bir süre rekabet yasağı kabullenmek kanaatimizce geçersiz sayılamaz. İsviçre Federal Mahkemesi yer, zaman ve konu yönünden belirlenmiş sınırlamaların kural olarak geçerli olduğuna, fırıncının yaptığı bir karz sözleşmesindeki 10 yıl süre ile unu belli bir değirmenden alacağına, bir kahvehanede 10 yıl süreyle belli bir fabrikanın ürettiği biranın satılacağına, bir işçinin greve aykırı hareketi halinde grev desteğini geri ödeyeceğine, ev almak için bağışlanan paranın evin satılması halinde geri ödeneceğine, ticari işletmesini devreden kişinin işletme konusu uğraşları 30 yıl boyunca İsviçre’de yapamayacağına ilişkin şartları geçerli kabul etmiştir. Weiss/Wolfer, s. 103, 104.

³⁴⁷ Tekinay, s. 255.

ifsat edilirse, bu şartlar kanaatimizce geçersiz olur. Üstelik böyle bir anlaşma en baştan politik ve zalimane niyeti ortaya koyduğundan çalışan lehine değerlendirilmeli ve yaklaşık ispat kuralına katkı sağlamalıdır.

3. Hukuka Aykırı Eylemlerle Yapılan Saldırlara Karşı

Bu kurala kişiliğin haksız fiil teşkil eden saldırılara karşı korunması,³⁴⁸ kişiliğin dışı karşı korunması, kişiliğin sözleşme dışı saldırılara karşı korunması³⁴⁹ da denilmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin ilk fıkrasında, kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan bir kimsenin, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Saldırı ile herhangi bir saldırı sonucu yapılmış ihlâl değil, belli yoğunlukta olan gerçek bir sınırlama kastedilmektedir.³⁵⁰ Kişilik hakkı, herkesten kişilik değerlerine saygı gösterilmesini istemeyi de kapsadığından herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır. Bunun sonucu olarak da herkes tarafından ihlâl edilebilecek ve herkesten gelebilecek ihlâllere karşı koruma talep edilebilecektir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, kişilik hakkı ihlâl edilenin rızası, daha üstün nitelikte bir özel yarar veya kamu yararı, nihayet kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biri ile haklı kılınmadıkça her saldırının hukuka aykırı olacağı hüküm altına alınmıştır. Fıkroda bir bakıma hukuka aykırılığın tanımı yapılmaktadır.³⁵¹ Öte yandan hukuka aykırılığın asıl olduğu, yani ortada bir kişilik ihlâli varsa mala verilen zararlarda olduğu gibi bunun kural olarak hukuka aykırı sayılacağı, aksini iddia edenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebebi ispatlamak zorunda olduğu da yasada düzenlenmektedir.³⁵²

Kişilik haklarına saldırı, asıl olarak hukuka aykırı eylemlerle gerçekleştirilir. Her tür kişilik değerinin çok çeşitli yollarla ihlâl edilmesi mümkün olup uygulamada bir

³⁴⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 206.

³⁴⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 380.

³⁵⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 207. Hatta saldırının mahiyeti hususunda yasada bir tanım eksikliği bulunduğu ileri sürülmektedir. Bkz. s. 207.

³⁵¹ Tekinay, s. 259.

³⁵² Hatemi, s. 72.

önceki bölümde incelediğimiz iç koruma kapsamındaki ihlâllere göre dış koruma kapsamındaki ihlâller çok daha fazladır. Bunlara kişiliği koruma yollarını inceleyeceğimiz üçüncü bölümde ayrıntısı ile yer vereceğimize bir önceki bölümde yaptığımız gibi kişilik değerlerini sınıflandırdığımız başlıkları bu bölümde açmıyoruz.

a) Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık kavramını açıklayan sübjektif teori ve objektif teori olmak üzere iki temel kuram bulunmaktadır. Bir de sübjektif ve objektif teorinin aynı şeyin değişik şekillerde ifadeleri olduğunu iddia eden³⁵³ norm teorisi vardır. Norm teorisi objektif teori içindedir, hatta objektif teoriye normatif teori de denilmektedir.³⁵⁴

Sübjektif teoriye göre, bir kişinin hukuk düzeninin kendisine tanıdığı hak veya özgürlüklerin çizdiği sınırlar içindeki hareket imkânını aşmadığı davranışları hukuka uygundur. Hukuka aykırılık, bu sınırı aşarak hukuk düzenince tanınan hak ve özgürlüklerin bahsetmediği bir şekilde, yetkisiz olarak zarar doğuran bir fiilin işlenmesi; o fiilin haksız olarak işlenmesi, sübjektif bir hakkı bulunmaksızın bir kimsenin başkasına zarar vermesidir.³⁵⁵ Bir kimsenin yapma veya yapmama şeklindeki davranışlarından ileri gelen zararlardan sorumlu olup olmaması, hukuk düzenince kendisine o davranışı gerçekleştirmek için hak veya özgürlüğe dayanan bir yetki verilmiş olup olmamasına bağlıdır.³⁵⁶ O halde kişinin yetkisi olmadan yaptığı davranışlar yasaktır, yani “serbest olmayan yasaktır”.³⁵⁷

Objektif teoride ise hukuka aykırı fiil, hukukun koruduğu değerleri ihlâl eden, böylece bir hukuk kaidesine uygun olmayan, hukuk kuralını çiğneyen fiildir.³⁵⁸ Hukuka aykırılık, zarar verenin zarar görenin hukuk alanına müdahale etmiş olması

³⁵³ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 2008, s. 68.

³⁵⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 584 vd.

³⁵⁵ Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul 2007, s. 77; Kılıçoğlu, Basın, s. 57.

³⁵⁶ Kaneti, s. 77. Sübjektif teoride ispat külfeti zarar verendedir. Zarar doğuran fiili işlemeye yetkili olduğunu, bu hususta sübjektif bir hakkı veya kamu hukukundan doğan bir yükümlülüğü bulunduğunu kanıtlamak zorundadır. Kılıçoğlu, Basın, s. 59.

³⁵⁷ Kaneti, s. 78. Böyle olunca hukuk düzeni kişinin yapmak ve yapmamak zorunda olduğu fiilleri gösteren kurallardan kurulu olduğu halde hukukun ana temelinin genel bir yapmama ödevi yüklediğini kabul etmek gerekir. Bkz. s.80, 94.

³⁵⁸ Kaneti, s. 84; Kılıçoğlu, Basın, s. 64.

ile ortaya çıkar.³⁵⁹ Görüldüğü gibi objektif teoride hukuka aykırılık, failin hak ve özgürlüklerinden kaynaklanan bir yetki ile hareket edip etmediği değil, zarara uğrayanın hukuk alanına müdahale edilip edilmediğine göre belirlendiğinden sübjektif teori zarar veren, objektif teori ise zarar gören noktadan meseleyi ele almaktadır.

İsviçre ve Türk hukukunda hâkim görüş objektif teoriden yanadır.³⁶⁰

Norm teorisinde ise; zarar verenin yetkili olup olmadığı da bir başkasının hukuk alanına müdahale edilip edilmediği de objektif hukuk kuralları ile yani normlarla belirlenir. Yetkisiz şekilde gerçekleştirilen zarar veren eylem, aynı zamanda hukuken korunan bir yararın da ihlâli sonucunu doğurduğundan sübjektif ve objektif teoriler aynı şeyin değişik açılardan ifadesi olmaktadır.³⁶¹ Nitekim her iki teorinin pratik açıdan farkları olmadığı söylenmektedir.³⁶² Objektif teoride hukuka aykırılık, mal veya kişi varlıklarını koruyan emredici hukuk kurallarıyla kaynağını bulan genel davranış normlarına aykırılık olduğundan norm teorisi objektif teorinin içindedir.³⁶³ Objektif teorinin tarifine göre serbest olmayan yasak değil, “*yasak olmayan serbesttir*”.³⁶⁴

Hangi davranışın hukuka aykırı olduğu tek bir norma göre değil hukuk düzeninin bütün muhtevasına göre belirlenecek, zarar doğuran davranışın yasak edici veya önleyici, yazılı veya yazılı olmayan dâhil bütün hukuk kurallarından hangisini ihlâl ettiği hâkim tarafından saptanacaktır.³⁶⁵ Şu halde diğer bütün hukuka aykırı eylemlerden etkilenen haklarda olduğu gibi, kişilik hakkına saldırı niteliğindeki eylemler de tek başına kişilik haklarını himaye eden özel norm olan TMK’nun 24 ve

³⁵⁹ Kaneti, s. 84; Kılıçoğlu, Basın, s. 64.

³⁶⁰ Kaneti, s. 82; Kılıçoğlu, Basın, s.64; Eren s. 585. Mecelle’nin 90. maddesindeki “*Cevaz-ı şer’i, zamana münafi olur.*” şeklindeki şer’i cevazın tazminatı engelleyeceğine dair hüküm, eski hukukumuzda da objektif teorinin benimsendiğini göstermektedir. Kılıçoğlu, Basın, s. 65.

³⁶¹ Kılıçoğlu, Basın, s. 69; Kaneti, s. 94.

³⁶² Kaneti, s. 94; Eren, s. 585. Eren’e göre, zarar verenin, zarar görenin mutlak hakkını ihlâl eden her fiili, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını ispat edememesi halinde hukuka aykırı olacak, tartışma daha çok zarar göreni koruma amaçlı bir davranış normunun ihlâl edilmesinin arandığı diğer zararlar bakımından önem taşıyacaktır. Bkz. s.585. Kişilik hakkı da mutlak hak olduğundan açıklanan teorik ayırım pratik açıdan pek önem taşımamaktadır.

³⁶³ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, 574; Eren, s. 585.

³⁶⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 574; Kaneti, s. 78.

³⁶⁵ Kaneti, s. 96; Kılıçoğlu, Basın, s. 70.

haksız fiil sorumluluğuyla ilgili genel şartı düzenleyen TBK'nun 49'uncu maddeleri ile sınırlı olarak değerlendirilmeyecektir.³⁶⁶

Hukuka aykırılık kavramı genel olarak hukuk kurallarına ters düşme, hukuk düzeni tarafından izin verilmeme ve hoş görülmemeyi ifade eder.³⁶⁷ Medeni Kanunumuzun kişilik haklarını düzenleyen hükümleri kapsamında bakıldığında, yasada gösterilen sebeplerden biriyle haklı kılınmayan, kişilik haklarına yönelik her ihlâl hukuka aykırı sayılacaktır. Kanaatimizce Medeni Kanunumuz bu şekilde daha çok sübjektif teoriye yaklaşan bir hukuka aykırılık tarifi yapmaktadır.

b) Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebepler

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler TMK'nun 24. maddesinde sayılmıştır. Bundan başka TBK'nun 63 ve 64'üncü maddelerinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller ve sorumluluk düzenlenmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirilecek, ayrıca yukarıda açıklandığı gibi nasıl ki hangi davranışın hukuka aykırı sayılacağı yazılı olmayan veya önleyici olanlar dâhil bütün hukuk kurallarına göre belirlenecek ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler bakımından da Medeni Kanun'un genel çerçeve içinde zikrettiği sebeplerin içi diğer bütün hukuk kurallarıyla doldurulacaktır. Nitekim doktrinde ikinci fıkranın gereksiz olduğu da ileri sürülmektedir.³⁶⁸

İleride de açıklanacağı üzere³⁶⁹ gibi kişilik hakkı ihlâlinde failin kusuru şart olmayıp, kusur kişilik hakkının ihlâli nedeniyle tazminat talepleri bakımından aranacak bir unsurdur.³⁷⁰

(1) Rıza

Rızanın malvarlığı zararında hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı, ancak kişi hakkı ihlâlinde TBK'nun 52. maddesi uyarınca ancak tazminatın indirilmesi veya tazmin yükümlülüğünden kurtulma sonucunu doğuracağı, bu sebeple gerek TMK'nun

³⁶⁶ Kılıçoğlu, Basın, s. 70.

³⁶⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 400.

³⁶⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 381.

³⁶⁹ Davaların Genel Özellikleri ve Mobbing Bakımından Değerlendirilmesi bahsi.

³⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 208.

24/2 ve gerekse TBK'nun 63/2'nci maddelerinde rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmesinin isabetli olmadığı savunulmuştur.³⁷¹ Rızanın hiçbir kayıt konulmaksızın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmesinin, kişinin serbest iradesiyle yaptığı hukukî işlemlerin dahi geçersiz sayılacağına ilişkin TMK'nun 23 ve TBK'nun 27'nci maddelerinin temel felsefesinin inkârı niteliğinde olduğu da söylenmektedir.³⁷²

Rıza kavramını öncelikle TMK'nun 23. maddesiyle birlikte değerlendirmek gerekecektir. Şayet rıza hak ve fiil ehliyetinden kısmen dahi olsa vazgeçme veya özgürlükleri hukuk ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaya matuf ise geçersiz sayılacaktır.³⁷³ Nitekim rızanın ahlaka aykırı olması geçersizliği sonucunu doğuracaktır.³⁷⁴ Gerçekten de TMK'nun 23. maddesini karşılayan kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 27. maddesinin sözleşme, tek taraflı hukukî işlem ve kişilik değerlerine yönelen müdahalelerle ilgili yapılan rıza açıklamalarına uygulanabileceği belirtilmiştir.³⁷⁵ O halde rızanın TMK'nun 23. maddesine göre değerlendirilmesi karşısında, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmesi doğru değildir.

Bundan başka rızanın geçerli olabilmesi için ilk önce rızayı verenin fiil ehliyeti de önem taşımaktadır. Ayırtım gücünü haiz olmayan kimsenin verdiği rıza TMK'nun 15. maddesi uyarınca geçerli değildir.³⁷⁶ Ayrıca rıza, müdahalenin kişilik hakkına etki edebileceği hususunda bilinçli olarak ve serbest irade ile verilmelidir.³⁷⁷

Rıza, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakka yönelik sınırları belirlenmiş, kesin olarak gerçekleşecek bir müdahale için verilebilir.³⁷⁸ Mesela niteliği henüz belirlenmemiş tehlikeli roller için figüranlık yapacağını baştan kabul etmek

³⁷¹ Hatemi, s. 73.

³⁷² Tekinay, s. 259; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 381.

³⁷³ Öztan, s. 148

³⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.209; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.401; Dural/Öğüz, s.105.

³⁷⁵ August Egger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band Einleitung und Personenrecht* (İsviçre Medeni Kanunu'nun Yorumu, I. Bölüm, Giriş ve Kişiler Hukuku). Zürich, 1930, s. 218.

³⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.212; Öztan, s. 148.

³⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.209; Öztan, s. 148.

³⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.208; Dural/Öğüz, s. 111. Müdahalenin konusu imkânsız ise rıza da geçerli değildir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 208.

geçerli sayılamaz. Bir kamera şakasında şakazede olan bir kimsenin rızası hilafına görüntüleri yayımlanamayacaktır. Hatta bu halde ilgilinin sırf rızası dışında ses ve görüntüsünün alınmış olması nedeniyle dahi tazminat hakkı doğabilir. Benzer şekilde, fotoğrafını çeken birine poz veren kimsenin bir başkası tarafından fotoğrafı çekilemez. Rıza, irade edilmeyen bir şekilde genişletilemez.

Kişilik haklarına yönelecek müdahaleler bakımından rızanın şekle bağlı olduğu durumlar vardır.³⁷⁹ Bunun dışında rıza herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi açık veya örtülü de olabilir.³⁸⁰

Rızadan vazgeçme, TMK'nun 23/2. maddesinde gösterildiği gibi biyolojik madde naklinde geçerlidir ve bu halde tazminat dahi istenemez. Rıza, nitelik olarak mesela feragat gibi değildir; müdahaleye dek her zaman geri alınabilir.³⁸¹ Kişilik değerleriyle ilgili bir taahhüdün yerine getirilmemesi, yani rızadan vazgeçme halinde rızayı veren taahhüdünü yerine getirmeye zorlanamaz.³⁸² Ancak bu hallerde tazminat sorumluluğu doğabilir. Fakat anılan madde, ihtiva ettiği gibi önemli konularda kıyasen uygulanmalıdır. Kanaatimizce bir filmde kadın kılığına girmekten, saçlarını kazıtmaktan vazgeçmiş bir oyuncu tazminatla sorumlu tutulabilir. Buna karşın tehlikeli bir iş yapmaya mesela figüran olarak dövülmeye, hareket halindeki trenden atlamaya rıza göstermiş bir kişi bundan vazgeçerse tazminatla sorumlu tutulamaz.

Tehlike arz eden oyun, yarışma ve spor gösterilerinde ise, kişinin doğacak zararları göze alarak bunlara katılması, bunların kurallarına uygun olarak icra edilmesi, en azından zarar veren eylemin makul riski aşmaması³⁸³ ve oyun ve spor kavramları içinde değerlendirilemeyecek ölçüde izleyenlerin sansasyonel dürtülerine hitap eden hırçın, kanlı, vahşi, zarar vermeye çok müsait olmaması şartları ile bunlara katılmakla verilen rıza hukuka aykırılığı kaldırır.³⁸⁴

³⁷⁹ Organ nakli gibi. Rıza özellikle tıbbi müdahalelerde önem taşır. Bunlara yukarıda değinildi.

³⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.212; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.401.

³⁸¹ Öztan, s. 148.

³⁸² Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.363.

³⁸³ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.213.

³⁸⁴ Zevkliler s. 433, 434. Yazara göre raund tamamlandıktan sonra bir boksörün diğerini köşeye sıkıştırıp vurmaya devam etmesi, bezbol oyuncusunun elindeki sopayla bilerek rakibe vurması rızanın hukuka uygun hale getirmeyeceği davranışlardır. Fakat bezbol veya buz hokeyi

Rızanın varlığı halinde, kişilik haklarının saldırıya uğradığından bahisle tazminat istenmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır.³⁸⁵

Rıza, tekniğine uygun olmadan yapılan müdahalenin hukukî sonuçlarını, failin kusurunu ortadan kaldırmaz.³⁸⁶

(2) *Üstün Yarar*

Kişilik hakkı ihlâli ile ihlâl neden olan saldırının koruduğu değer karşı karşıya gelebilir. İşte korunması amaçlanan yarar, kişiliğine müdahale edilen kimsenin özel yararına göre tercih edildiğinde, eş deyişle saldırıya uğrayan değer karşısında daha üstün bir değer bulunduğunda³⁸⁷ üstün yarardan söz edilir.³⁸⁸ Kişilik hakkının sınırı genel olarak bu hakkı ihlâl eden eylemle amaçlanan korunmaya değer yüksek çıkarla çizilir.³⁸⁹

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında kişilik hakkının sınırlarını korunmaya değer yararlar da bulacağını belirterek bütün alacaklıların bir zarardan korunması için banka sırlarının açıklanabileceğini kabul etmiştir.³⁹⁰

Yasada üstün nitelikli özel veya kamusal yararın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı hükme bağlanmıştır. Üstün nitelikte özel yarar saldırıda bulunana, bir üçüncü kişiye ve hatta saldırıya maruz kalana ait olabilir.³⁹¹ Üstün nitelikteki kamu yararı ise bir kişi veya topluluğa değil, özel bir paye bulunmadan kamuya ait olan veya kamu düzenine hizmet eden menfaatleri ifade eder. Birçok halde üstün yararlar kendi arasında ve yasal yetki ile birleşebilir. Çünkü üstün yarar, esas olarak bir hukuk kuralına dayanmaktadır.³⁹² Mesela çocuğuna uyuşturucu satan birini derhal yakalayıp

oyuncusunun elinden istemeden fırlayan sopanın başka bir oyuncuya değmesi halinde rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

³⁸⁵ Öztan, s. 148.

³⁸⁶ Serozan, s. 463.

³⁸⁷ Zevkliler, s. 445.

³⁸⁸ İsviçre Medeni Kanunu'nun metninden çevrilmiş olsa da üstün yarar teriminin yerinde olmadığı, esasen hak, hukuken korunan yarar olduğundan ihlâl edilen hakka karşı bir yararın üstün olduğundan söz edilemeyeceği, bu sebeple "daha üstün yarar" yerine "*öncelikle korunması gereken bir temel hakkın kullanılması*" ifadesinin daha yerinde olacağı hakkında Bkz. Hatemi, s. 74, 75.

³⁸⁹ Özsunay, s. 150.

³⁹⁰ Weiss/Wolfer, s. 102.

³⁹¹ Dural/Öğüz, s. 150.

³⁹² Zevkliler, s.445.

polise teslim eden kişinin durumunda, kendisi açısından saldırıda bulunan, çocuğu açısından üçüncü kişi, suçun önlenmesi ve çevre sakinlerinin de menfaati açısından kamunun üstün yararı, suçüstü halinde herkesçe yakalama yapılabileceğinden³⁹³ ayrıca yasal yetkinin kullanılması söz konusudur.

Saldırının hukuka aykırılıktan kurtulabilmesi için üstün yararı korumaya elverişli olması, bununla birlikte üstün yararı korumak için başvurulacak vasıtalardan en az zarar verenin tercih edilmiş olması gerekmektedir.³⁹⁴

(a) Kişinin Kendi Üstün Yararı

Kişinin kendi üstün yararı, bizzat kişinin kendi menfaati için kişilik haklarına müdahale edilmesini ifade eder. Kişinin kendi üstün yararını temin için kişilik haklarını ihlâl bakımından, özellikle tıbbi müdahalelerde vekâletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanabileceği durumlar vardır.³⁹⁵ Öte yandan bu gibi durumlar bazen yasa ile de düzenlenmiştir. Yani kişinin kendi üstün yararı gereği kişiliğine müdahale edilmesini yasa emreder.³⁹⁶

Kişilik haklarını ihlâl niteliğindeki müdahale olmazsa, kişi o ihlâl sonucuna göre daha güç bir durumda kalacaktır. Kişinin kendi üstün yararı için kişilik haklarının ihlâl edilmesi hukuka aykırı değildir.

Hayati tehlike geçiren ve rıza açıklayacak durumda olmayan bir kişinin ameliyata alınması, narkoz altındaki hastaya yapılan müdahalenin tıbbi gerekliliklerden ötürü genişletilmesi, hayati tehlikeye veya bir organ kaybı tehlikesine maruz kalan bir hastaya açıkça karşı çıkmasına rağmen müdahale edilmesi, kimse hayat hakkından vazgeçemeyeceğinden ölüm orucu tutanlara müdahale edilmesi, anne babanın çocuğu tedip hakkı, kişinin kendi üstün yararı için kişilik haklarına müdahale olup hukuka aykırı değildir.³⁹⁷ Ayrıca kişinin vesayet altına alınması, bir intiharın

³⁹³ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90/1-a maddesinde suçüstü halinde herkesçe yakalama yapılabileceği düzenlenmiştir.

³⁹⁴ Zevkliler, s. 444, 445.

³⁹⁵ Zevkliler, s. 451; Öztan, s. 149.

³⁹⁶ 1219 sayılı Tababet ve Şububat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 5728 sayılı yasa ile değişik 70. maddesine göre ifadeye muktedir bulunmayan ağır vaziyetteki hastaya doktorun müdahale etmesi zorunludur.

³⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 214, 215.

engellenmesi, boğulmakta olan birinin kurtarılması, birinin üstüne atlanarak maruz kalacağı kazanın önlenmesi, kavga edenlerin itip kakılarak ayrılması, kendisini zor durumda bırakacak kötü sözler sarf edecek birinin ağzının kapatılması hali de böyledir.

(b) Saldırıda Bulunanın Üstün Yararı

Bir kişilik hakkı ihlâlinde, saldırıda bulunanın üstün bir yararı varsa hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır.

Bu gibi durumlar bazen yasa ile düzenlenmiştir, yani saldırıda bulunan aynı zamanda yasal yetkisini de kullanmış olur. Anayasa'nın 36. maddesinde teminat altına alınan hak arama özgürlüğü, bu kapsamda şikâyet hakkı ile iddia ve savunma dokunulmazlığı, TBK'nun 64. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hallerinde, saldırıda bulunan, kendi üstün yararını temin etmek için aynı zamanda yasa da öngörülen yetkiyi kullanmaktadır. İşte yasal kurumlardan yararlanılırken yasanın cevaz verdiği sınır aşılır, bu yetki kötüye kullanılırsa³⁹⁸ hukuka aykırılık ortadan kalkmayacaktır. Meşru müdafanın kapsamı saldırıyı def etmekle sınırlı olup bu sınırı aşan hareketler hukuka aykırı olacaktır. Benzer şekilde bir kimse hakkında artık onu rahatsız etmek için gerçeğe aykırı şikâyetler yapılması veya uyuşmazlıkla ilgisiz karşı tarafı küçük düşürücü isnatlarda bulunulması da hukuka aykırı olacaktır.

Saldırıda bulunanın üstün yararı, maruz kaldığı haksızlığı ispat etmek için de söz konusu olur. Özellikle olayın başka türlü ispat imkânı bulunmayan hallerde karşı tarafa yapılan kişilik hakkı ihlalleri hukuka aykırı değildir.³⁹⁹ Öyle ki, mesela sadakatsizlik eden eşe karşı planlı şekilde gizlice ses veya görüntü kaydı alınmasının da bu kapsamda hukuka aykırı olmayacağı, saldırıda bulunana karşı hukuka aykırı durum yaratan kimsenin kişilik haklarının ihlâl edildiğini ileri süremeyeceği söylenmektedir.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 216; Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.402.

³⁹⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 215.

⁴⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 216.

(c) Üçüncü Kişinin Üstün Yararı

Üçüncü kişi, saldırıya uğrayanla saldırıyı gerçekleştirenin dışındaki kişidir. Saldırıya uğrayan ve saldırıyı gerçekleştiren birden fazla kişi olabileceği gibi üçüncü kişi de birden fazla kişi, yine bir topluluk veya bir tüzel kişi olabilir.

Gerçekten de TBK'nun 64. maddesi uyarınca başkasını korumak amacıyla, yani bir üçüncü kişi yararına da meşru müdafaa yapılabilecektir. Bundan başka, mesela fenalaşan bir kalp hastasını umursamayan birinin yanında bulundurduğu dilaltı hapını zorla alıp hastaya vermek, ambulansın çok geç ulaşabileceği bir köyde bulunan ağır yaralıyı derhal hastaneye götürmek için birinin aracını zorla almak, acil müdahale gereken bir yaralıyı umursamayan doktoru cebren tedaviye mecbur bırakmak, hukuka aykırı sayılmayacaktır.

(d) Kamunun Üstün Yararı

Kamu yararı özel bir paye bulunmadan genel olarak halkın değer ve menfaatlerini ifade eder.⁴⁰¹ Kamu yararı, bireysel bir çıkar için değil, genel olarak toplumun çıkarı varsa söz konusu olur.⁴⁰²

Kamu düzenini sağlamaya yönelik bütün uygulamalar kamunun üstün yararı içindir. Bunlar çoğunlukla kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilir ve yazılı hukuk normlarına dayanır. Mesela trafikte çubuğa üfletilerek yapılan alkol kontrolü, bir salgın hastalık karşısında kişilerin aşılınması veya hayvanlarını teslim etmesi hatta köylerini terk etmesi zorunluluğu, sokağa çıkma yasağı, uyuşturucu bağımlılarının alıkonularak tedavi ettirilmesi, kuduz gibi bulaşıcı hastalık taşıyanın tecrit edilmesi, sigara yasağı, eğlence yerlerine girmek için yaş sınırı, kaynağını mevzuattan alan ve özgürlükleri sınırlandırıp kişilik değerlerine müdahale eden uygulamalardır. İşletmelerin birtakım kurallara uymaması halinde ekonomik bütünlüğüne müdahale sayılabilecek ağır para veya kapatma cezaları da verilebilmektedir. Bunlar doğrudan yasal yetkiyle de ilgilidir. Aslında yasada düzenlenen kişiliğe yönelik her türlü müdahale imkânı da

⁴⁰¹ Öztan, s. 149.

⁴⁰² Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 222.

kamunun üstün çıkarını gerektirir. Çünkü meşru bir yasal düzenleme kamu yararından ayrı düşünülemez.

Üstün kamu yararı, kamu gücünün kullanılmadığı hallerde, kişi veya kurumların temel hak ve özgürlüklere dayanan eylem ve faaliyetlerinin kişilik haklarını ihlâl edip etmediği değerlendirilirken de önemli rol oynar. İfade özgürlüğü,⁴⁰³ basın özgürlüğü,⁴⁰⁴ toplantı ve gösteri özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, ticari boykot,⁴⁰⁵ grev, tüketicinin korunması, kişilik haklarıyla karşı karşıya geldiğinde bunların hukuka aykırı olup olmadığı üstün kamu yararı ölçüsüne göre belirlenecektir. Bu yapılırken duyarlı bir menfaat terazisinin titizlikle kurulması gerekir.⁴⁰⁶Hâkim, dürüstlük kuralını, evvelki yargı içtihatlarını ve doktriner fikirleri göz önünde bulundurarak üstün kamu yararını belirlemeli ve takdir ettiği sonucu objektif gerekçelere dayandırmalıdır.⁴⁰⁷

⁴⁰³ Bir eleştiri yansız ve objektif ise ne kadar set olursa olsun kişilik haklarını ihlâl sayılmaz, ancak haksız bir kötülleme, kötüniyetle küçümseme söz konusu olursa hukuka aykırı kabul edilir. Özsunay, s. 123,124.

⁴⁰⁴ Özgürlükçü demokratik düzenlerde basın özgürlüğünün amacı kamuyu ilgilendiren konularda doğru ve gerçek haber verilmesinin sağlanmasıdır. Denetim, eleştiri, uyarma ve gerçekleri açıklama basının en tabii görevidir. Toplumun aydınlatılması ve yurt ve Dünya genelinde olan bitenden haberdar edilmesinde kamunun üstün yararı vardır. Bir haberin hukuka uygunluğu öncelikle meşru bir ilgi ve merakla hizmet etmesine bağlıdır. Bundan başka haber öz ve biçim olarak da değerlendirilir. Öz, haberin en azından verildiği andaki hal ve şarta göre doğru olması, biçim ise haber yayılırken kullanılan resim, ses, görüntü gibi araçlarla haberin üslubudur. İçerikle orantısız şekilde yıkıcı, küçük düşürücü ve sansasyonel haberler biçim bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil eder. İsviçre Federal Mahkemesi, gerçek olayların yayımlanmasının dahi onur kırıcı şekilde olamayacağına karar vermiştir. Son olarak üstün bir yarar gerektirmedikçe haberin artık hiç güncel olmayan hatta bilinmeyen, kişinin geçmişindeki olumsuz hallerden unutulma hakkı kapsamındaki olaylarla da ilgili olmaması da gerekir. Öztan, s. 130; Dural/Öğüz, s. 130-134; Özsunay, s.125 vd.; Weiss/Wolfer, s. 102.

⁴⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında; tüccar ve sanayiciler birliklerinin kararıyla uygulanan amacı kanuna ve dürüstlük kurallarına uygun olan boykotun ihlâl sayılmayacağı, boykotun kural olarak geçerli olmakla beraber hedef kişinin ekonomik varlığını ortadan kaldıracak mahiyette veya amaç ve vasıtalar yönünden kanuna ve ahlaka aykırı ise ihlâl sayılacağı, boykotun nedeni verdiği zarara göre önemsiz ise ekonomik varlığı tehdit etmese bile ihlâl sayılacağı, boykotun herkesin dilediğiyle ticari ilişki kurup kitleleri bunun için yönlendirmeye hakkı olduğu fikriyle savunulamayacağı, boykotun serbest rekabetin katlanması gereken sonuçlarını açıkça aşığına yönelik kararlar verilmiştir. Tekinay, s. 261-264.

⁴⁰⁶ Serozan, s. 465.

⁴⁰⁷ Zevkliler, s. 447; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 222.

(3) Yasal Yetki

Kanunun verdiği yetkinin kullanılması halinde kişilik hakkı ihlâlinin hukuka aykırı sayılmayacağı TMK'nun 24/2. maddesinde hükme bağlamıştır. Ancak yetkinin sınırının aşılması, kötüye kullanılması veya yetki hiç kullanılmayarak kişilik hakkının ihlâli halinde sorumluluk doğacaktır.⁴⁰⁸ Buradaki kanun ifadesini yazılı hukuk normlarının bütünü olarak anlamak gerekir.⁴⁰⁹

Üstün yarar, bir hukuk kaidesine dayandığından⁴¹⁰ üstün yararın kabul edildiği durumlarda çoğu zaman yasal bir yetki de söz konusudur.

Anayasanın 13 ve 15'inci maddelerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve durdurulması düzenlenmiştir. Doğaldır ki kişilik haklarının ihlâline cevaz veren çok sayıda yetki yasalarda öngörülmüştür. Bunlardan Anayasa'da düzenlenenler de bulunmaktadır. Mesela şikâyet hakkı (m.74), dilekçe ve hak arama hakkı (m.34), yasama dokunulmazlığı (m.83) yetkinin sınırları aşılmadığı sürece kişilik hakkı ihlâlini hukuka uygun kılar.

Meşru müdafaa, zaruret hali, kendi hakkını güç kullanarak savunma (TBK m.64), koruma tedbirlerinin tamamı (CMK m.90-140), mahkemelerce verilen cezaların infazı, icra memurunun üstündeki para veya kıymetli şeyi vermeyen borçluya kuvvet uygulaması (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)m.80), rıza beyanında bulunamayacak hastaya doktorun derhal müdahalesi (1219 sayılı Tababet ve Şububat Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24'ncü maddeleri) önleme aramaları (25832 sayılı Yönetmelik), polisin silah kullanma ve sair yetkileri (2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu), ana babanın velayet hakkı kapsamındaki yetkileri (TMK m.339 vd), kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanarak vesayet altına alınması (TMK m.396 vd), kişilik hakkı ihlâli hususunda yetki ihdas eden hükümlerdir.

Bunlar kişilik hakkına saldırıları hukuka uygun kılan sebeplerdir. Görüldüğü gibi, mobbingi hukuka uygun hale getiren hiçbir sebep bulunmamaktadır. Gerçekten

⁴⁰⁸ Helvacı, s. 122; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 235.

⁴⁰⁹ Bu bahiste yönetmelik örnek verilmiştir Bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s.235.

⁴¹⁰ Zevkliler, s. 447.

de yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, mahrem hayat ve diğer bütün kişilik değerlerine yönelik türlü ihlalde hal ve şarta göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak yasal sebeplerin hiçbiri mobbing bakımından geçerli değildir. Bu da mobbingin mazeretsiz, her ahlak düzeninde kınanacak ve hukuk tarafından en etkili önlemlerle savuşturulması gereken bir vaka olduğunu göstermektedir.



III. BÖLÜM

KİŞİLİĞİN KORUNMASINI DÜZENLEYEN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE MOBBİNG DURUMUNDA KİŞİLİĞİN KORUNMASI

A. Kişinin Kendi Hakkını Koruması

Asıl olan kişiliğin kanun gücüyle ve devlet eliyle korunmasıdır.⁴¹¹ Ancak kanun ve devlet eliyle koruma tabiidir ki yasal mercilerle ilgili, belli bir başvuru veya karar sürecini gerektiren yollarla mümkündür. Bu nedenle, başlayıp devam eden veya kısa süre içinde başlayacak saldırıların defii ile kişinin zarar ve ezaya uğramasının en baştan kısmen veya tamamen engellenebilmesi için kişiye kendi olanaklarıyla kendi kişiliğini koruma hakkı tanınmıştır. İşte haklı veya meşru savunma hakkı, kişiye kendisini bizzat koruma yetkisi veren, yasal bir haktır.

Haklı savunma, TBK'nun 63. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması haklı savunma olarak belirtilmiştir. Maddede ayrıca haklı savunmanın, müdafaa kapsamındaki zarar veren davranışı hukuka aykırı olmaktan çıkaracağı da belirtilmiştir. Haklı savunma TCK'nun 25. maddesinde ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak hüküm altına alınmıştır.

Haklı savunmanın şartları, kişinin kendisinin veya bir üçüncü kişinin şahıs veya malvarlığını hedef alan, hukuka aykırı, başlamış veya derhal başlaması mümkün bir saldırı olması, savunma ile saldırı arasında uygun bir denge, oranlılık, ölçülülük bulunması ve savunma eyleminin saldırgana yönelmesidir.⁴¹²

Kişinin kendi hakkını koruması aslında haklı savunma ile sınırlı değildir. Bir kasabanın tek sinemasının sahibi, evvelce gösterilen filmi kötüleyen eleştirmeni bunu da kötüleyeceğinden çekinerek başka bir filme almamış, bu da İsviçre Federal Mahkemesince kendi ekonomik bütünlüğünü korumak olarak kabul edilmiştir.⁴¹³ Bir

⁴¹¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 352; Zevkliler s. 452.

⁴¹² Doğan, Şenyüz; *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Bursa 2018, s. 92; Eren, s. 606 vd.

⁴¹³ Kılıçoğlu, Basın, s. 303. Yazara göre karar isabetli değildir. Kararın eleştirisi için Bkz s. 303.

kimsenin, kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir metni henüz yayımlanmadan yok etmesi de kendi hakkını korumaya örnek olarak gösterilmiştir.⁴¹⁴

Mobbing de kişilik haklarına yönelmiş bir saldırı olduğundan mağdurun tacizciye karşı haklı savunmaya başvurabileceği hususunda şüphe yoktur. Ancak düzeysel eşitsizlik bahsinde belirtildiği gibi, psikolojik tacize maruz kalanın tacizciye karşı mobbing sürecine benzer bir karşı taciz uygulaması mobbingin varlığını ortadan kaldıracaktır. Bu halde ancak bir rekabet ve çatışma ortamından söz etmek mümkündür. Öte yandan mobbing kapsamındaki tacizler doğrudan kişilik değerlerini ihlâl eden davranışlar ise bunlara karşı haklı savunma mümkün olabilecektir. Mesela mağdurun ağır sözlerle dedikodusunun yapılması, mağdura cinsel tacizde bulunulması, şiddet uygulanması gibi hallerde mağdur veya bir üçüncü kişinin buna müdahale etmesi haklı savunma kapsamında olacaktır. Ancak mağdurun diğer çalışanlarca dışlanması, hiçbir yere davet edilmemesi gibi haller ve özellikle yönetim hakkı kapsamındaki görev yeri değişikliği veya işyeri kurallarının ağırlaştırılması gibi tasarruflara haklı savunma gerekçesi ile karşı çıkmak kanaatimizce mümkün değildir.

B. Kişiliğin Dava Yolu ile Korunması

1. Genel Olarak

Kişiliğin dava yolu ile korunması, kişinin bağımsız yargı organlarına başvurup hakkını araması suretiyle olacaktır.⁴¹⁵ Yukarıda da değinildiği gibi asıl olan kişiliğin dava yolu ile korunmasıdır.

Kişiliğin korunmasına ilişkin yasada düzenlenen davalardan saldırının durdurulması, saldırının önlenmesi ve saldırının tespiti davaları saldırıya; maddi ve manevi tazminat davaları ile kişiliğin saldırıya uğraması sonucu saldıran tarafın elde ettiği maddi kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi davası ise saldırının sonuçlarına yönelik davalardır.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Kılıçoğlu, Basın, s. 304.

⁴¹⁵ Zevkliler, s. 453.

⁴¹⁶ Zevkliler, s. 454.

743 sayılı yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisi'nin dava hakkı başlıklı 24. maddesinin ilk hali:

*“Şahsi menfaatlerinde tecavüze uğrayan kimse hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilir.”*⁴¹⁷

*Maddi ve manevi tazminat namile muayyen bir meblağ davası ancak kanunun tayin ettiği hallerde ikame olunur.”*⁴¹⁸ şeklinde idi.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 49. maddesinin⁴¹⁹ ilk hali ise:

⁴¹⁷ Maddenin ilk fıkrasında tecavüzün durdurulması davası açılacağı belirtilmiştir. Maddede saldırıya yönelik diğer davalar olan tecavüzün önlenmesi ve tecavüzün tespiti davalarından söz edilmemiştir. Buna rağmen doktrinde tecavüzün önlenmesi ve tecavüzün tespiti davalarının da açılacağı kabul edilmekte idi. Bkz. Belgesay, s. 118, Göktürk s. 143.

3444 sayılı yasa ile eklenen 24/a maddesinde saldırıya yönelik davaların tamamının açılacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴¹⁸ Maddenin ikinci fıkrasında, kişilik hakkının ihlâl edilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açılacağı genel bir ilke olarak kabul edilmemiştir. Ancak kanunda o ihlâl nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açılacağına yönelik açık bir hüküm bulunması halinde bu davaların açılması mümkün görülmüştür. Bu husus doktrinde açıkça ifade edilmekte idi: *“Şahsi menfaatlere tecavüz edilmesi, kaide olarak, ne maddi ne de manevi tazminatı icap etmez. Fakat kanun birçok hallerde şahsi menfaatlere tecavüzün maddi ve manevi tazminat ile mesuliyeti istilzam etmesini kabul etmektedir.”* Belgesay, s. 118. Yazar aynı yerde, bu hallere örnek olarak 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin adın korunması nedeniyle maddi ve manevi tazminata ilişkin 25, nişanın bozulması nedeniyle maddi ve manevi tazminata ilişkin sırasıyla 84 ve 85, evlenmenin butlanı halinde maddi ve manevi tazminata ilişkin 126, boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminata dair 143, babalık davasının kabulü halinde maddi ve manevi tazminata ilişkin sırasıyla 304 ve 305'inci maddeleri ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun haksız fiille ilgili genel tazmin ilkesini belirleyen 41, mağdurun cismani zarara uğraması halinde kendisine, ölmesi halinde ailesine manevi tazminat verileceğini düzenleyen 47 ve kişilik hakkının ihlâli nedeniyle manevi tazminata ilişkin 49'uncu maddelerini örnek vermiştir.

Bundan başka maddede, saldırının elde ettiği kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi davasından söz edilmemiştir. Ancak doktrinde Borçlar Kanunu'nun vekâletsiz iş görme hükümlerine göre böyle bir davanın açılacağı ileri sürülmekte idi. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 255.

3444 sayılı yasa ile eklenen 24/a maddesinde saldırının sonuçlarına yönelik davaların tamamı ile haksız kazancın iadesi davasının açılacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴¹⁹ Bu hükmün, kişilik hakkının ihlâli nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açılacağına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde genel hüküm olduğu kabul edilmekte idi. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 247.

“*Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata*⁴²⁰ vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı⁴²¹ icabettiği surette manevi zarar namiyle nakdi bir meblağ itasını dava edebilir.” şeklinde idi.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir başka husus da 1988 yılında⁴²² eMK ve BK’nda yapılan değişikliklerdir.⁴²³

Değişiklik ile eMK’a 24/a maddesi eklenmiştir. Buna göre:

“*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan veya bir tecavüz tehlikesi karşısında bulunan kişi, tecavüze son verilmesini veya tecavüz tehlikesinin önlenmesini talep edebileceği gibi, sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve gerekiyorsa kararın yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini talep edebilir.*⁴²⁴

*Maddi ve manevi tazminat davaları açma hakkı ile birlikte bu tecavülden elde edilen kazançları vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep etme hakkı saklıdır.*⁴²⁵

*Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ancak miras yoluyla intikal eder.*⁴²⁶

Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgahı veya davalının ikametgahı mahkemesinde de dava açabilir.

⁴²⁰ Buradaki hata, kusur manasındadır.

⁴²¹ Maddede kişilik hakkının ihlâli nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunabilmek için ağır kusur ve zarar şartı aranmıştır. Bu şart, 3444 sayılı yasa ile kaldırılmıştır. Maddenin değişiklikten sonraki halinde ve TBK’nun 58. maddesinde kusur ve manevi zararın ağırlığından açıkça söz edilmemiştir. Ancak sebep sorumluluğu halleri müstesna, manevi tazminat için kusur ile böyle bir tazminatı icap ettirir nitelikte bir manevi zararın bulunması gerekmektedir. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 252, 253.

⁴²² 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 49’uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile.

⁴²³ Yasa, İsviçre Medeni Kanunu’nda 1985 yılında yapılan değişiklikleri takip etmiştir. Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2014, s. 229.

⁴²⁴ Maddede saldırıya yönelik davaların tamamının açılabilmesi düzenlenerek doktrinde zaten açılabilmesi kabul edilen saldırının önlenmesi ve tespiti davaları yasal hale getirilmiştir. Ayrıca ilk kez kararın yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi de hüküm altına alınmıştır.

⁴²⁵ Kişilik hakkı ihlâlinde maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesi için yasada açık hüküm bulunmasına yönelik şart kaldırılmıştır. Böylece Medeni Kanun’da, kişilik hakkı ihlâlinde her iki tazminat davasının açılabilmesi bakımından genel hüküm sevk edilmiştir. Saldırının haksız elde ettiği menfaatin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi davası da ilk kez düzenlenmiştir.

⁴²⁶ Hüküm yenidir. Manevi tazminatın devir ve miras yoluyla intikali düzenlenmiştir. TMK’nun karşılık 25. maddesi ile manevi tazminatın miras yoluyla intikali için ayrıca miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olması şartı getirilecektir.

*Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde de açabilir.*⁴²⁷”

Değişiklik sonrası BK'nun 49. maddesine göre:

*“Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.*⁴²⁸

*Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır*⁴²⁹.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”

Şu an yürürlükte bulunan TMK'nun 25. maddesi dava hakkını düzenlemektedir. Buna göre:

“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

⁴²⁷ Yetkili mahkemeye ait iki fıkra yenidir. Dördüncü fıkrada saldırıya yönelik davaların davacının yerleşim yerinde açılacağı, beşinci fıkrada ise bu davalarla birlikte açılacak saldırının sonuçlarına yönelik davaların da yine davacının ikametinde açılacağı düzenlenmiştir. Tek başına açılacak saldırının sonuçlarına yönelik davaların ise genel yetki kurallarına göre açılacağı kabul edilmekte idi. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 256.

⁴²⁸ 3444 sayılı yasa ile Medeni Kanun'a eklenen 24/a maddesinde kişilik hakları nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenebileceği düzenlendiğinden artık bu maddenin genel hüküm olma niteliği kalmamıştır. Bu sebeple aynı yasa ile yapılan değişiklik sonucunda kişilik haklarının ihlâli nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açılacağına artık maddede yer verilmemiş, madde tamamen manevi tazminata hasredilerek düzenlenmiş, iki ve üçüncü fıkralarla manevi tazminatın tayinine yönelik ölçüler ve tazminat yerine geçebilecek veya tazminata eklenebilecek alternatif uygulamalar ilk kez düzenlenmiştir. Maddi tazminat bakımından ise kanunun önceden de yürürlükte bulunan 41, 42, 43, 44, 45, 46 'ncı maddeleri uygulanacaktır. Öte yandan cismani zarara uğrayan kimse ile ölenin yakınlarının manevi tazminat isteyebileceğine ilişkin 47. madde de yürürlüktedir.

⁴²⁹ Bu fıkra, TBK'na gerekçede belirtildiği üzere gereksiz ve eşitlik ilkesine aykırı görülerek alınmamıştır.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça⁴³⁰ mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.⁴³¹”

Ayrıca şu an yürürlükte olan TBK’nda ise kişilik hakkının zedelenmesinden ileri gelen manevi tazminat hakkına ilişkin 58. madde yer almaktadır. Buna göre:

⁴³⁰ Fıkraya ilave edilen “ileri sürülmüş olmadıkça” ifadesi yenidir. Maddenin gerekçesi şu şekildedir: “Yürürlükteki Kanunun 24/a maddesini karşılamaktadır. Madde yürürlükteki Kanuna 3444 sayılı Kanunla konulmuş yeni bir hükümdür. Maddenin aslı İsviçre Medenî Kanununun 1985 tarihinde yürürlüğe giren yeni 28/a maddesidir. Maddenin birinci fıkrasında zarar ve kusur koşullarını gerektirmeyen saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve tespit davaları düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yer alan davalarla birlikte davacıya, mahkemece verilen düzeltmenin (tekzibin) ya da kararın "üçüncü kişilere bildirilmesi" veya "kararın yayımını" isteme hakkı tanınmıştır. Yürürlükteki maddenin üçüncü fıkrası "Manevî tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, ancak miras yoluyla intikal eder." şeklindedir. Madde bu şekliyle manevî tazminat istemlerinin hak sahibi tarafından ileri sürülmemesine rağmen ölümü halinde mirasçılara intikal etmesini kabul etmiştir. Böyle bir çözüm tarzının manevî tazminat istemlerinin niteliğiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Zira manevî tazminat istemleri ileri sürülmediği sürece kişilik hakkına yönelik saldırıdan elde edilen kazancın istem hakkının başkasına intikal etmesi düşünülemez. Böyle bir istem ileri sürüldükten sonra, malvarlığı niteliği kazanabilir ve miras yoluyla intikal edebilir. Nitekim bu gerçeği göz önünde tutan İsviçre Medenî Kanunu da 93 üncü maddesinin ikinci fıkrasında manevî tazminat isteminin ileri sürülmedikçe miras yoluyla intikal edemeyeceğini kabul etmektedir. Buna uygun olarak maddenin dördüncü fıkrası yeniden kâleme alınıp, değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonucu olarak manevî tazminat istemlerinde iki nitelik önemle vurgulanmıştır:

a) Manevî tazminat istemlerinin bir başkasına devredilebilmesi için, bundan sorumlu olan kişi ya da kişilerin bu istemi kabul etmeleri gerekir.

b) Manevî tazminat istemlerinin miras yoluyla mirasçılara geçebilmesi için, kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin tazminat istemini ileri sürmüş olması gerekir. Maddeye göre ileri sürmenin mutlaka dava yoluyla gerçekleşmesi şart olmayıp saldırıya uğrayan kişinin bunu ortaya koyan ve kanıtlanabilen hür iradesi yeterli görülmüştür. Madde bu konuda dava şartını öngören kaynak Kanundan ayrılmıştır.”

İleri sürmek; bir görüşe göre faille veya temsilcisine ulaştırılan bir yazılı beyanla olmalıdır. Hatemi, s. 80. Bir başka görüşe göre kişinin hayatta iken manevi tazminat davası açacağını belli etmesi, mesela bir arkadaşına dava açmak istediğini söylemesi dahi yeterlidir. Dural/Öğüz, s. 152.

⁴³¹ Bu fıkra ile saldırıya ve saldırının sonuçlarına yönelik davaların her biri yönünden davacının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Ancak bunun için tazminat davalarının haksız fiile dayanması gerekir. Sözleşmeye dayanan talepler bu madde kapsamında değildir. Yetki konusu ileride açıklanacaktır. Ayrıca maddedeki ifadelerin Türkçeleştirildiği görülmektedir, tecavüz yerine saldırı sözcüğünün tercih edilmesi gibi.

“Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”⁴³²

Görüldüğü gibi, kişiliğin korunmasına ilişkin davalardan saldırıya yönelik davalara sadece TMK’nda yer verilmiştir. Saldırının sonuçlarına yönelik davalar yönünden ise TMK’nda bu davalara müracaat hakkının saklı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Bunun önemli bir anlamı vardır ki o da şudur: Kişiliğin korunmasına ilişkin bütün davalar bakımından genel hüküm TMK’nda yer almaktadır. Saldırının sonuçlarına yönelik davalar tüm yasal koşulları ve özellikleri ile TBK’nda düzenlenmiştir. BK ve TBK’nun yukarıda yer verdiğimiz hükümleri kişilik hakkı kavramını ihtiva ettiğinden eMK ve TMK ile yakından ilişkilidir. Nitekim 3444 sayılı Kanun ile eMK ve BK aynı anda değiştirilmiştir. TBK’nun saldırının sonuçlarına yönelik davalara ilişkin diğer bütün hükümleri yeri geldikçe açıklanacaktır.⁴³³

2. Davaların Genel Özellikleri ve Mobbing Bakımından Değerlendirilmesi

a) Kişilik Hakkı İhlalinin Varlığı

Mobbing kişilik hakkının ihlâli niteliğinde bir saldırı sürecidir. Mobbing unsurları bahsinde açıklandığı gibi, mobbing kapsamında sürekli ve sistematik şekilde gerçekleşmesi aranan tacizler ayrı ayrı kişilik hakkını ihlâl etmese de bunlar bütün halde mobbingi oluşturduğunda mobbing olgusunun kendisi kişilik hakkının ihlâli niteliğinde olacaktır.

Saldırıya ve saldırının sonuçlarına yönelik davalar bakımından ilk ve öncelikli şart kişilik hakkına yönelmiş hukuka aykırı bir saldırının varlığıdır. Hukuka aykırı

⁴³² Madde, eski Borçlar Kanunu’nun 3444 sayılı yasa ile değişik halinde olduğu gibi yalnız manevi tazminata hasredilmiştir. Zira kişilik hakkı ihlâli nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenebileceğine yönelik genel hüküm artık 4721 sayılı Medeni Kanun’un 25. maddesidir. Bu madde ile manevi tazminat davası genel olarak düzenlenmektedir. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 252.

⁴³³ Bu hükümler Davaların Genel Özellikleri ve Mobbing Bakımından Değerlendirilmesi ile Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar bahislerinde incelenecektir.

saldırının özelliklerinden önceki bölümlerde bahsettiğimiz için burada tekrar etmiyoruz.

Saldırıya yönelik davalardan saldırının önlenmesi davası bakımından, saldırının başlayıp devam etmesi gerekmez. Bu dava ile saldırıyı en baştan önlemek amacı güdüldüğü için ileride gerçekleşmesi muhtemel bir saldırı tehlikesinin varlığı gerekli ve yeterlidir. Saldırının durdurulması davasında ise saldırının başlamış ve devam ediyor olması, saldırının tespiti davasında ise saldırının sona ermiş ancak etkilerinin sürüyor olması gerekmektedir.⁴³⁴

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar bakımından ise saldırının başlaması yeterlidir. Tazminat davaları zararın tam bir şekilde belirlenebilmesi bakımından genellikle saldırı sona erdikten sonra açılmaktadır.

Mobbing kişilik hakkına saldırı teşkil eden bir olgudur. Mobbingin varlığı halinde mağdurun kişilik hakkının ihlâl edildiği hususunda şüphe yoktur. Mobbing tacizcisi ve mobbinge bizzat katılmasa da mobbingi önlemek için gereken önlemleri almayan işveren veya yöneticinin davranışları hukuka aykırıdır. Bunlar mağdurun kişilik hakkını ihlâl etmektedirler. Peki, mobbinge katılmamış ve mobbingi önleme hususunda bir iktidar alanı ve yükümlülüğü de bulunmayan mobbing izleyicisinin eylemsizlik şeklindeki davranışı hukuka aykırı olacak mıdır? Bir fiili yapmaktan kaçınma halinin hukuka aykırı olabilmesi için kaçınan kimsenin hukuk kurallarına göre kaçınmama yükümlülüğü bulunmalıdır.⁴³⁵ Bu sebeple mobbinge sadece izleyici olmak kanaatimizce hukuka aykırı görülemez.

b) Hukuka Uygunluk Sebebi Bulunmaması

Kişilik hakkı ihlâlinden söz edebilmek için kişilik değerlerinde zarara yol açan davranışın hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukuka aykırı olmayan davranışlar kişilik değerlerinde hangi zarara yol açarsa açsın kişilik hakkının ihlâli niteliğinde değildir.

⁴³⁴ Tespit davasının ileride gerçekleşmesi muhtemel veya sürmekte olan saldırılar için de açılabilceği savunulmaktadır. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir.

⁴³⁵ Reisoğlu, s. 177.

Kişilik hakkına yönelen saldırının hukuka aykırı olduğu karine olarak kabul edilir. Saldırıda bulunan bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğunu kanıtlamak zorundadır. TMK'nun 24/2. maddesinde kişilik hakkına yönelen saldırının hangi sebeplerle hukuka uygun kabul edileceği belirtilmiştir. Buna göre kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, saldırı konusu eylemin bir özel veya kamusal üstün yarara veya yasadan doğan bir yetkiye dayanması hallerinde ortada hukuka aykırı bir saldırı bulunmayacaktır. Saldırısı, hukuka uygunluk sebeplerinden birine dayanıyorsa dava reddedilir.

Yukarıda da değinildiği gibi mobbingi hukuka uygun hale getiren hiçbir sebep yoktur. Gerçekten de yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, mahrem hayat ve diğer bütün kişilik değerlerine yönelik türlü ihlâlde hal ve şarta göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak yasal sebeplerin hiçbiri mobbing bakımından geçerli değildir. Bu da mobbingin mazeretsiz, her ahlak düzeninde kınanacak ve hukuk tarafından en etkili önlemlerle savuşturulması gereken bir vaka olduğunu göstermektedir.

c) Kusur

Kişilik hakkını ihlâl eden bir saldırıdan kimlerin sorumlu tutulması gerektiği kişiliğin korunması araçları bakımından son derece önemlidir. İşte kusur, zarar veya sorumluluğun zarar görenden başkaca kişilere yükletilmesini haklı gösteren sorumluluk sebebidir.⁴³⁶

Kusur, başkasına zarar vermeme yükümlülüğü bakımından ahlak ve doğal hukukun ve hukuk düzenininin gereklerine uyulmasında failin iradesinin gereken nitelikte olmaması demektir.⁴³⁷ Kusur, hukuka aykırı sonuca yönelmiş, hukuk ve ahlak düzeni tarafından kabul edilmeyen bir irade veya irade eksikliğidir.⁴³⁸

⁴³⁶ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 574; Şenyüz, 94, 95; Eren, s. 612.

⁴³⁷ Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2011, s.138; Kemal Oğuzman, Turgut Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. 2, İstanbul 2018, s. 55; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 574.

⁴³⁸ İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 118; Reisoğlu, s. 171.

Kusur irade ile pek yakından ilişkili olduğundan ayırtım gücü bulunmayan bir kimsenin kusur ehliyetinden söz edilemez.⁴³⁹ Ancak ayırtım gücü göreceli olup her durumda incelenmelidir.⁴⁴⁰

Kusur, hukuka aykırı bir davranış gerektirir, kusurlu bir davranışın hukuka uygun olması mümkün değildir.⁴⁴¹ Hukuka aykırı sonucu isteyen veya istememekle beraber bu sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurlu olacaktır.⁴⁴²

Kusurun ağırlığı hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesinde failin gösterdiği veya göstermediği iradeye göre belirlenir. Fail hukuka aykırı eylemi bilerek ve sonucunu isteyerek yaparsa doğrudan kast, sonucunu göze alarak yaparsa olası kast, fail sonucu ne istemiş ne de göze almış fakat hukuka aykırı sonucun gerçekleşmemesi için kendi egemenlik alanı ve davranışlarında gereken dikkat ve özeni göstermemişse bu halde ihmalden söz edilir.⁴⁴³ Genel davranış yükümlülüğüne göre herkesin göstereceği dikkat ve özeni savsaklamak ağır ihmal, bu derecede olmayan, ancak dikkatli kimselerden mesela faile göre uzman ve daha tecrübeli kimselerden beklenecek dikkat ve özeni göstermemek ise hafif ihmaldir.⁴⁴⁴

Saldırıya yönelik davalar için saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusurlu olması aranmaz.⁴⁴⁵ Haksız elde edilen menfaatin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi davası için de kusur gerekmemektedir.⁴⁴⁶ İşte bu sebeple bu davalar ayırtım gücü olmayan kişiye karşı da açılabilir.⁴⁴⁷

⁴³⁹ Erdoğan, s.118; Oğuzman/Öz, c. 2, s. 61.

⁴⁴⁰ Oğuzman/Öz, c. 2, s. 61.

⁴⁴¹ Şenyüz, 95; Eren, s. 569.

⁴⁴² Şenyüz, 96; Reisoğlu, s. 171.

⁴⁴³ Hatemi/Gökyayla, s. 139; Erdoğan, s. 118, 119; Oğuzman/Öz, c. 2, s. 58.

⁴⁴⁴ Reisoğlu, s.173; Şenyüz, 97; Hatemi/Gökyayla, s. 139; Erdoğan, s. 121.

⁴⁴⁵ Göktürk, s. 145; Özsunay, s. 154; Tekinay, s. 269; Öztan, s. 152; Ayan/Ayan, s. 109; Dural/Öğüz, s. 155

⁴⁴⁶ Öztan, s. 162; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2016, s. 256,

⁴⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2016, s. 254 vd.

Saldırının sonuçlarına yönelik diğer davalar olan maddi ve manevi tazminat davaları bakımından ise saldırıyı gerçekleştirenin kusurlu olması şarttır.⁴⁴⁸ Kusurun bulunmaması halinde açılacak tazminat davaları reddedilir.

Mobbingin unsurlarından biri de zalimce niyet olduğu için tacizci kusurun en ağır şekli olan kast ile hareket etmektedir. Bu sebeple mobbing tacizcisi ağır derecede kusurludur. Mobbinge bizzat katılmamakla beraber mobbingi önlemek için gereken dikkat ve özeni göstermeyen, lazım tedbirleri almayan, kararlarında bazı çalışanlara mobbing uygulanabileceğini gözetmeyen ve bu şekilde sağlıklı bir iş ortamını sağlayamayan işveren veya yönetici de duruma göre olası kast veya ihmal derecesinde kusurlu olacaktır. Mobbingin iş ilişkisi içinde sürece yayılan bir olgu olması karşısında bu kimselere hafif ihmal derecesinde kusur izafe edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

d) Zarar

Kişilik hakkı ihlâli ve bundan sorumlu olanlar belirlendikten sonra, saldırının mağdur nezdinde yol açtığı zarar değerlendirilecektir. Zarar, malvarlığı veya şahıs varlığında meydana gelen irade dışı eksilmedir.⁴⁴⁹

Malvarlığında meydana gelen eksilme maddi zarardır.⁴⁵⁰ Maddi zarar, fiilen kayba uğranarak aktifin azalması, belli kazançtan yoksun kalınarak aktifin artışının engellenmesi veya borçlanmak suretiyle pasifin çoğalması şeklinde olabilir.⁴⁵¹ Manevi zarar ise kişilik hakkı ihlâlinden doğan zararlar, kişilik hakkı ihlâl edilen mağdurun yaşadığı elem ve ıstıraptır.⁴⁵² Kişilik hakkı ihlâlinde asıl doğrudan zarar manevi zarar olup malvarlığında meydana gelen zarar manevi zarar temelindeki dolayısıyla zarardır.⁴⁵³

⁴⁴⁸ Göktürk, s. 145; Özsunay, s. 155; Tekinay, s. 269, 270; Öztan, s. 159; Ayan/Ayan, s. 109; Dural/Öğüz, s. 158.

⁴⁴⁹ Eren, s. 521; Erdoğan, s. 122; Şenyüz, 109.

⁴⁵⁰ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 572; Erdoğan, s. 123; Şenyüz, 110; Eren, s. 521.

⁴⁵¹ Eren, s. 522; Şenyüz, 110; Erdoğan, s. 123.

⁴⁵² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 572; Şenyüz, 110; Hatemi/Gökyayla, s. 124; Erdoğan, s. 126 vd.

⁴⁵³ Hatemi/Gökyayla, s 124.

Saldırıya yönelik davaların açılabilmesi için bir zarar doğması gerekmez.⁴⁵⁴ Kişilik hakkı ihlâl edilen kimse, saldırı nedeniyle herhangi bir zarar doğup doğmadığına bakılmaksızın saldırıya yönelik davaları açabilecektir.

Haksız elde edilen menfaatin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi davası için de kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin zarara uğraması gerekmemektedir.⁴⁵⁵

Saldırının sonuçlarına yönelik diğer davalar maddi ve manevi tazminat davalarında ise saldırı ile bir zararın doğması şarttır.⁴⁵⁶ Bu zarar maddi tazminat için maddi zarar, manevi tazminat için de manevi zarar olacaktır.

Mobbing kişilik hakkını ihlâl eden bir olgu olduğundan mobbing nedeniyle doğrudan doğan asıl zarar manevi zarardır. Manevi zarar temelindeki maddi zararlar, mesela mobbing nedeniyle sağlığı bozulan mağdurun tedavi ve ilaç giderleri dolayısıyla zarardır. Bundan başka mobbing kapsamındaki tacizler doğrudan mağdurun malvarlığı değerlerine de yönelmiş olabilir. Mesela mağdurun eşyalarına zarar verilmesi veya maaşına zam yapılmaması, emsal çalışanlara göre hedefleri yüksek tutularak prim almasının engellenmesi durumunda doğrudan zarar maddi zarar olacaktır.

e) İlliyet Bağı

İlliyet bağı, hukuka aykırı bir fiil ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisidir.⁴⁵⁷ Sebep belirlenirken, zararlı sonuca yol açmış süreci başlatan olgu aranır.⁴⁵⁸ Bu arayış, ilk başta mantık kurallarına göre yapılır.⁴⁵⁹ Ancak mantıkî olarak zarar ile birçok eylem, olay ve olgu arasında sebep sonuç ilişkisi kurulabilir. Bunların tamamını sebep olarak nitelemek karşımıza hukuk hayatını kargaşaya sürükleyecek sınırsız bir alan çıkarır.⁴⁶⁰ Bu alan daraltılarak illiyet dairesi mümkün olduğunca somut bir şekilde

⁴⁵⁴ Göktürk, s. 145; Özsunay, s. 154; Tekinay, s. 269; Öztan, s. 152; Ayan/Ayan, s. 109; Dural/Öğüz, s. 155.

⁴⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2016, s. 256; Öztan, s. 162.

⁴⁵⁶ Göktürk, s. 145; Özsunay, s. 155; Tekinay, s. 269,270; Öztan, s. 159, Ayan/Ayan, s. 109; Dural/Öğüz, s. 158.

⁴⁵⁷ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 573; Reisoğlu, s. 175; Erdoğan, 127.

⁴⁵⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 129.

⁴⁵⁹ Reisoğlu, s. 175.

⁴⁶⁰ Erdoğan, s. 127; Reisoğlu, s. 175.

belirlenmek zorundadır. İşte bu nedenle, bir olgu için mantık kurallarına göre “olmasaydı zarar da doğmazdı” diyebilmek,⁴⁶¹ o olgunun sebep sayılabilmesi için yeterli değildir.

Genel hayat tecrübesi ve olayların akışına göre zararlı sonucun doğmasına en uygun olay belirlenmeli; zarar, sebebin objektif olasılığa ve hayat denemelerine göre mutad dışı olmayan, ayırksı kalmayan, beklenmesi mümkün olan sonucu olmalıdır.⁴⁶² Sınırları belirli hukukî illiyeti⁴⁶³ ifade eden bu yaklaşıma uygun illiyet bağı denir.⁴⁶⁴

Birden çok fail hep birlikte hareket ederek zararlı sonucu doğuruyorsa müşterek illiyet, bağımsız hareket etseler de her birinin eylemi tek başına zarara sebep olmuşsa birlikte illiyet vardır.⁴⁶⁵ Zararlı sonucu doğuracak bir eylem varken bu eylemden evvel en az aynı derecede elverişli başka bir eylem zararı doğurmuşsa ilk eylem için illiyet bağının kesilmesinden söz edilir.⁴⁶⁶

Saldırıya yönelik davalarda hukuka aykırı eylem ile kişilik hakkı ihlâli arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. Saldırının sonuçlarına yönelik davalarda ayrıca; haksız kazancın iadesi davasında kişilik hakkı ihlâli ile edinilen kazanç arasında, tazminat davalarında ise kişilik hakkı ihlâli ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Mobbingi gerçekleştiren tacizcilerin eylemleri ile kişilik hakkı ihlâli, bundan edinilen haksız kazanç ve mobbing nedeniyle uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağı şüphesiz bulunmaktadır. Peki mobbingin izleyicisi durumunda olanların “eylemsizlik” şeklindeki davranışları nasıl değerlendirilmelidir? Eylemsizlik, sözleşme veya yasadan kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı ise sebep sayılabilir.⁴⁶⁷

⁴⁶¹ Hatemi/Gökyayla, s. 130.

⁴⁶² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 573; Şenyüz, 130; Reisoğlu, s. 176; Erdoğan, s. 128; Hatemi/Gökyayla, s. 130.

⁴⁶³ Reisoğlu, s. 175.

⁴⁶⁴ Eren şu örneği vermektedir: Issız bir ormanda bıçaklanıp yerde yatan bir adam, soğuktan donarak veya açlık ve susuzluktan veya ormandaki vahşi hayvanların saldırısından ölmüşse baştaki saldırı eylemi ile uygun illiyet bağı vardır, ancak üstüne yıldırım düşmesi veya eşkıyaların saldırısı sonucu ölmüşse uygun illiyet bağı yoktur. Eren, s. 541 vd.

⁴⁶⁵ Erdoğan, s. 112

⁴⁶⁶ Hatemi/Gökyayla, s. 131; Erdoğan, s. 112.

⁴⁶⁷ Hatemi/Gökyayla, s. 130; Reisoğlu, s. 177.

Yalnız ahlaka aykırı ise sebep sayılamaz.⁴⁶⁸ Eylemsizlik, gerekli önlemlerin alınmaması şeklinde de gerçekleşebilir.⁴⁶⁹ Bu sebeple mobbingi önlemek için gerekli tedbirlerin alınması hususunda yasal veya akdî yükümlülüğü bulunan kimselerin eylemsizliği uygun illiyet bağı içinde değerlendirilecektir. Böyle bir yükümlülüğü bulunmayan izleyicinin eylemsizliği ise uygun illiyet dairesinin dışında kalır.

Birden çok tacizcinin bulunduğu hallerde bunların hepsi birlikte hareket ediyorsa müşterek illiyet, bağımsız hareket ediyorsa birlikte illiyet söz konusu olur.

f) Hükümün Yayınlanması ve Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

Türk ve İsviçre hukuklarında kararın yayımlanmasına ilişkin bir hüküm bulunmadan önce gerek doktrin ve gerekse uygulamada kararın yayımlanabileceği kabul edilmekte idi.⁴⁷⁰

Hükümün yayımlanmasının hukukî niteliği konusunda çeşitli görüşler vardır. Hükümün yayımlanması bir görüşe göre manevi tazminatın bir çeşidi, bir diğer görüşe göre aynen tazminin bir çeşidi, üçüncü bir görüşe göre ise durdurma davasının bir türüdür.⁴⁷¹

Hükümün yayımlanması ve üçüncü kişilere bildirilmesi, TMK'nun 25/2. maddesinde “*Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin*⁴⁷² *veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Fıkra da geçen “bunlarla birlikte” lafzı, maddenin ilk fıkrasında düzenlenen saldırıya yönelik davalara göndermedir. Saldırının önlenmesi, durdurulması ve tespiti davalarında kişilik hakkına saldırının etkisinin ortadan kaldırılması için⁴⁷³ verilecek hükümün davacının talebi üzerine üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanmasına karar verilebilir. Mahkeme davacının talebi olmaksızın kendiliğinden ilan veya

⁴⁶⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 130.

⁴⁶⁹ Hatemi/Gökyayla, s. 130

⁴⁷⁰ Kılıçoğlu, Basın, s. 342.

⁴⁷¹ Kılıçoğlu, Basın, s. 343. Yazar da bu son görüşe katılmaktadır. Bu sayede kusur da aranmayacağından daha etkin bir koruma sağlanmış olacaktır. Kılıçoğlu, Basın, s. 344.

⁴⁷² TMK’nda düzeltme hakkı bulunmadığından yasadaki bu ifade, düzeltme hakkına yer verilen kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun aynen çevrilmesinden ileri gelen bir hata olmuştur. Dural/Öğüz, s. 155.

⁴⁷³ Dural/Öğüz, s. 155.

bildirime karar veremez.⁴⁷⁴ Yayımın yer, zaman ve şekli mahkemenin takdirindedir. Bu hususta ihlâlin yol açtığı etki ile orantılı bir karar verilmelidir.⁴⁷⁵ Yayımın basın veya başkaca araçlarla yapılması olanaklıdır. Yayımın masrafına davalı katlanacaktır.

Basın yoluyla yapılan ihlâllerde, kişilik hakkına saldırı teşkil eden açıklama veya haberin üzerinden uzun zaman geçmişse, kamuoyunda unutulmuş olan saldırının yeniden gündem oluşturmasının mağdura yeni zararlar verebileceği düşüncesiyle kararın yayımlanması talebinin reddi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁷⁶ Bu görüşe katılmıyoruz. Öncelikle davacının talebi olmadan yayım kararı verilemez. Haber veya açıklamanın güncel hale gelmesi davacıya zarar verecek olsa bile kararın yayımlanmasını yine davacı talep ettiğinden bu takdiri kişilik hakkı zedelenen mağdurun kendisine bırakmak yerinde olur. Öte yandan kararın yayımlanması ile mağdura bir iç tatmin ve hiç olmazsa belli çevrelerde itibar sağlanacak, söz konusu haber veya açıklama artık belleklerde yargı organınca hukuka aykırı olduğu, mesela gerçek dışı olduğu tespit edilmiş bir saldırı olarak yer edinecektir.

Basın yoluyla yapılan ihlâllerde kararın yayımlanması, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenen cevap ve düzeltme hakkına yaklaşır, ancak cevap ve düzeltme hakkının kullanılması hükmün yayımlanmasına engel değildir.⁴⁷⁷

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar bakımından ise TMK'nun 25/2. maddesi kapsamında kararın yayımı veya üçüncü kişiye bildirilmesi mümkün değildir.⁴⁷⁸ Ancak manevi tazminata ilişkin TBK'nun 58/2. maddesi uyarınca manevi tazminatın yerine veya manevi tazminatla birlikte hükmün ilanına karar verilebilir. Buradaki ilan için davacının talebi aranmayacak ve ilan maddenin açık ifadesine göre mutlaka basın yoluyla yapılacaktır.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Dural/Öğüz, s. 156.

⁴⁷⁵ Kılıçoğlu, Basın, s. 344.

⁴⁷⁶ Bkz. Kılıçoğlu, Basın, s. 345.

⁴⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2016, s. 246.

⁴⁷⁸ Dural/Öğüz, s. 156. Kılıçoğlu'na göre ise madde kararın yayımının önleme, durdurma ve tespit davalarıyla sınırlı olduğu kanısını oluşturacak şekilde yazılmış ise de maddenin ifadesine rağmen tazminat davalarına ilişkin kararlar da yayımlanabilecektir. Kılıçoğlu, Basın, s. 344

⁴⁷⁹ Dural/Öğüz, s. 156.

g) Davacı Sıfatı

Aynı eylemle birden çok kişinin kişilik hakkı ihlâl edildiyse bunlar arasında mecburi dava arkadaşlığı yoktur.⁴⁸⁰ Bunlar birlikte dava açabilecekleri gibi ayrı ayrı da dava açabilirler. Saldırıya yönelik davaların niteliği gereği lehe verilecek hükümden dava açmayanlar da yararlanacaktır. Saldırının sonuçlarına yönelik davalarda ise hükümden sadece davacı yararlanır. Bir kişinin açtığı davanın reddedilmesi halinde diğerlerinin dava açmasına bir engel bulunmamaktadır.

Ayırtım gücü bulunmayan küçük veya kısıtlıların kendileri dava açamaz. Davayı yasal temsilcileri açacaktır. Ancak ayırtım gücü bulunan küçük veya kısıtlılar saldırıya yönelik davaları açabilirler. Öyle ki, yasal temsilcileri dahi ayırtım gücüne sahip küçük veya kısıtlının açık veya örtülü rızası ile saldırıya yönelik davaları açabilecektir.⁴⁸¹ Ayırtım gücüne sahip küçük veya kısıtlılar, bir görüşe göre mali sonucu bulunduğu saldırının sonuçlarına yönelik davaları kendileri açamaz.⁴⁸² Ancak TMK'nun 16/1 maddesinde ayırtım gücü bulunan küçük veya kısıtlıların şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanırken yasal temsilcilerinin rızasının gerekli olmadığı düzenlenmiştir. Kişilik hakkı da şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için bunların saldırının sonuçlarına yönelik davaları açabileceği kabul edilmelidir. Mesela ayırtım gücüne sahip ergin olmayan bir işçi mobbing nedeniyle saldırı ve saldırının sonuçlarına yönelik davaları kendi başına açabilecektir.

Dava açabilmek için zarara yol açan eylemden doğrudan doğruya zarar görmek gerekmez. Yansıma yolu ile kişilik hakkı zedelenenler de saldırıya ve saldırının sonuçlarına yönelik davaları açabilecektir.⁴⁸³

Mirasçıların durumuna gelince; kişilik hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için dava hakkı kural olarak mirasçıya geçmez. Ancak önceki bölümlerde bahsettiğimiz gibi şeref, haysiyet, özel hayat, ad, resim, ses gibi bazı kişilik değerleri, kişi öldükten sonra da devam eder. Mirasçılara dava hakkı tanımamak kişilik değerlerinin mahiyetine ve yaşam içindeki fonksiyonuna uygun düşmez. Bir kişi

⁴⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 237.

⁴⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 239.

⁴⁸² Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 238.

⁴⁸³ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 239.

öldükten sonra da mesela şeref ve haysiyeti, özel ve mahrem alanı korunmalıdır. Öte yandan ses ve resim gibi mamelekî özelliği bulunan kişilik değerlerinden ölümden sonra mirasçılar yararlanacaktır. Bu sebeplerle mirasçıların da murisin kişilik değerlerine yönelik saldırı ve sonuçlarına karşı çoğu zaman dava hakkı bulunmaktadır.

İlk olarak ölenin kişilik değerlerine yapılan saldırıdan mirasçının kendi kişilik değerleri de etkileniyorsa mirasçının kendi başına dava açma hakkı olacaktır. Mesela vefat etmiş bir kimsenin servetinin kara paraya dayandığı, bu kişinin yaşarken çoğu kez eşini aldattığı söyleniyorsa bundan mirasçıların da kişilik değerlerinin etkilendiği kabul edilmelidir. Ayrıca ölenin cesedine yapılan kötü muamele nedeniyle mirasçıların kişilik hakkı ihlâl edilmiş olur.⁴⁸⁴

Saldırıya yönelik davaları mirasçılar, hatta mirasçı olup olmadığına bakılmaksızın kişinin yakınları da açabilecektir.⁴⁸⁵ Saldırının sonuçlarına yönelik davalar bakımından ise, haksız kazancın iadesi ve maddi tazminat davaları malvarlığıyla ilgili olduğundan mirasçılar tarafından açılabilir. Saldırının ölümden önce veya sonra gerçekleşmesinin bir önemi yoktur.

Manevi tazminat davasında ise saldırının ölümden önce mi yoksa ölümden sonra mı gerçekleştiğinin önemi bulunmaktadır. Şayet saldırı muris hayatta iken gerçekleşmişse TMK'nun 25/4 maddesine göre ancak murisin sağlığında ileri sürmüş olması koşulu ile mirasçılar tarafından manevi tazminat davası açılacaktır. Saldırı ölümden sonra gerçekleşmişse, yukarıda belirttiğimiz gibi mirasçılar kendi kişisel değerlerinin etkilenmesi halinde dava açabilecektir.

Saldırı ve saldırının sonuçlarına yönelik davalar devam ederken davacı ölmüşse, mirasçıları her halde davayı devam ettirebilirler. Bu takdirde davaya bütün mirasçılar dâhil edilecek, hüküm de davayı sürdürüp sürdürmediklerine bakılmaksızın bütün mirasçıların leh veya aleyhinde kurulacaktır. Mirasçılardan hiçbiri davayı sürdürmez ise yargılama giderlerinden yine bütün mirasçılar sorumlu tutulacaktır. Ancak mirası

⁴⁸⁴ Arıdemir, s. 140.

⁴⁸⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 241; Arıdemir, s. 141.

reddeden mirasçı hiçbir halde sorumlu tutulamaz ve lehe hükümden de yararlanamaz. Mirasın paylaşılması hali saklıdır.

Mobbing yönünden ise ayrıca sendikaların üyeleri için dava açıp açamayacakları üzerinde durulmalıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde⁴⁸⁶ topluluk davası düzenlenerek sendikalara üyelerinin menfaatlerini korumak için üyeleri adına dava açma hakkı usul kanunlarında da tanınmıştır.

Bundan önce 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19/f maddesi⁴⁸⁷ uyarınca kamu görevlileri sendikalarına, üyelerinin idareyle doğacak ihtilaflarında dava açma hakkı tanınmış, Danıştay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu,⁴⁸⁸ kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma ve bu nedenle açılan davalarda taraf olma hakkı bulunduğu karar vermiştir. Bu geniş yorum karşısında sendikaların mobbing kapsamında tesis edilen idari işlemler için dava açma yetkisi bulunmakta, ancak parasal sonuçlu davaları açma yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁸⁹ Evvelce açıklandığı gibi idare hukuku çevresindeki iş ilişkilerinde mobbing nedeniyle açılacak bütün davalarda idareye husumet yöneltilmemektedir. Kamu görevlileri sendikaları kanaatimizce yalnız idareye husumet tevcih edilebilecek hallerde saldırıya yönelik davaları açabilir, ancak parasal sonucu bulunduğundan saldırının sonuçlarına yönelik davaları açamaz.

Ayrıca 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 26/2. maddesinde⁴⁹⁰ işçi ve işveren sendikalarına, üyelerinin iş ilişkisinden kaynaklanan

⁴⁸⁶ Madde şu şekildedir: “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”

⁴⁸⁷ Madde şu şekildedir: “Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak.”

⁴⁸⁸ Dn. İBK 03.03.2006 tarih, E. 2005/1, K. 2006/1 (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

⁴⁸⁹ Erkal, s. 150.

⁴⁹⁰ Madde şu şekildedir: “Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir.

haklarıyla ilgili dava hakkı tanınmıştır. Yargıtay, alt işveren sözleşmesinin muvazaaya dayandığının tespiti için sendikanın dava açabileceğine karar vermiştir.⁴⁹¹ Buna göre sendikaların iş sözleşmesinin tarafları arasında doğan haklar bir yana, üyesinin sanki en baştan asıl işverenle iş sözleşmesi yapmış gibi geçmişe etkili olarak doğrudan asıl işverenin işçisi sayılması sonucunu doğuracak muvazaa davasını dahi açabileceği kabul edilmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu'nun, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na göre dava hakkını daha geniş düzenlemesi, özel hukuk çevresindeki iş ilişkilerinde sendikaların parasal sonuçlu davaları her zaman açabilmesi ve Yargıtay'ın bu geniş yorumu karşısında sendikaların özel hukuk çevresindeki mobbing nedeniyle saldırı ve saldırının sonuçlarına yönelik bütün davaları üyeleri adına açabileceği kanaatindeyiz.

h) Davalı Sıfatı

Saldırıya ve saldırının sonuçlarına yönelik davalar kişilik hakkını ihlâl niteliğindeki saldırıyı gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiye karşı açılır. Birden çok kişinin saldırıyı gerçekleştirmesi halinde bunlar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur.⁴⁹² Bunların tamamına, bir bölümüne veya yalnız birine karşı dava açmak mümkündür. Birden çok kişiye dava açılması halinde TBK'nun 61. maddesi uyarınca davalılar arasında müteselsil sorumluluk olacaktır.

Saldırıda bulunan ayırtım gücünü haiz olmasa da aleyhine dava açılacaktır. Zira usul hukukundaki pasif husumet, maddi hukuktaki hak ehliyetinin karşılığıdır.⁴⁹³

Dava devam ederken davalının ölmesi halinde dava mirasçılara karşı sürdürülür. Mirasçılar mirası reddetmişse veya mirasçı yok ise devlet yasal mirasçı olacağından davayı devlete karşı sürdürmek mümkündür. Ancak TMK'nun 631/2. maddesine göre devletin sorumluluğu, muristen intikal eden malvarlığı ile sınırlı olacaktır.

Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.”

⁴⁹¹ Yarg. 9. HD 7.10.2015 tarih, E. 2015/19998, K. 2015/27698 (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

⁴⁹² Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 240.

⁴⁹³ Baki Kuru, Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2004, s. 281 vd.

Saldırıya yönelik davalarda kusur aranmadığından sadece saldırıda bulunan veya saldırıda bulunma ihtimali olana karşı değil, amacın gerçekleşmesi için gerekli kişilere dava açılabilir. Mesela kişilik hakkına saldırı teşkil eden filmin gösterileceği salon sahibine, yine gazetenin yazı işleri müdürüne, yayını basan veya satan yerlerin sahiplerine dava açılması mümkündür.⁴⁹⁴ Haksız kazancın iadesi davası için kusur şart olmasa da bu dava ancak saldırı ile haksız kazanç edinen tarafa açılacaktır.

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar açılmadan önce saldırıda bulunan ölürse, dava mirasçılara karşı açılabilir.⁴⁹⁵ Dava ile terekeye dâhil eşya üzerinde bir hak talep edilmemektedir. Bu sebeple mirasçılar arasında mecburi değil, ihtiyari dava arkadaşlığı olacağından davanın mirasçılarının tamamına açılmasına gerek yoktur.⁴⁹⁶ Taraf gösterilen mirasçı aleyhine hüküm verilmesi halinde, mirasçının müteselsil borçluluk esasına göre diğer mirasçılara rücu hakkı doğacaktır. Miras reddedilmiş veya mirasçı bulunmuyor ise son yasal mirasçı sıfatıyla sınırlı sorumluluğu bulunan devlete karşı dava açılacaktır.

1) Zamanaşımı

Saldırıya yönelik davalar bakımından belli bir süre şartı bulunmamaktadır. Önleme davası, yakın bir saldırı gerçekleşeceğine dair ciddi emarelerin bulunduğu, durdurma davası saldırının başlayıp devam ettiği, tespit davası ise saldırının etkileri devam ettiği sürece açılabilir.

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar bakımından, bunların dayandığı hukukî sebebe göre zamanaşımı kuralları belirlenecektir.

⁴⁹⁴ Kılıçoğlu, Basın, s. 339.

⁴⁹⁵ Haksız fiil nedeniyle manevi tazminat davası, fail dava açılmadan önce öldüğünden mirasçılara karşı açılmış, ilk derece mahkemesinin mirasçılarının sorumluluğu bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine yönelik kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur: Yargıtay 4. HD 11.11.2015 tarih, E.2014/16776, K.2015/12848. *“Haksız eylem, 818 Sayılı (6098 Sayılı) Borçlar Kanunu uyarınca borcun kaynaklarından biridir. Haksız fiilden kaynaklanan borç, haksız eylemin vuku tarihinden itibaren doğar. Haksız eylemi gerçekleştiren bu borçtan tüm malvarlığıyla sorumludur. Ölenin malvarlığı tüm hak ve borçlarıyla mirasçılara geçer. Dolayısıyla, anılan borçtan mirası reddetmeyen mirasçılar da sorumludurlar. Şu durumda, davalıların murisinin haksız eylem işleyip işlemediği belirlenerek; işlemişse mirasçılarının uygun bir manevi tazminata mahkum edilmeleri gerekirken, yanlışlıkla gerekçeyle mirasçılar hakkındaki davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş...”* (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

⁴⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 248.

Tazminat davaları haksız fiile dayanıyorsa TBK'nun 72. maddesi uyarınca 2 yıl olağan, 10 yıl olağanüstü zamanaşımına tabidir. Olağan zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten, olağanüstü zamanaşımı süresi ise haksız fiilin işlendiği tarihten işlemeye başlar. Haksız fiilin suç teşkil etmesi halinde o suça ilişkin dava zamanaşımı süresi daha uzunsa bu süre uygulanır.

Tazminat davaları borca aykırılık nedenine dayanıyorsa zamanaşımı sözleşmeden doğan alacaklar için öngörülmüş genel kurala göre belirlenir. TBK'nun 146. maddesine göre kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

Haksız kazancın iadesi davasının zamanaşımı süresi, TBK'nun 72 ve 82'nci maddelerine tabi olacaktır.⁴⁹⁷ Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarla ilgili zamanaşımını düzenleyen TBK'nun 82. maddesinde 2 yıl olağan, 10 yıl olağanüstü zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Olağan zamanaşımı hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten, olağanüstü zamanaşımı zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten işlemeye başlar. Mobbing bakımından bu davanın dayanağı haksız fiil olduğundan TBK'nun 72. maddesi uygulanacaktır.

Mobbing nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımı son tacizin gerçekleştiği anda işlemeye başlar.

i) Görevli Mahkeme

Mahkemenin görevi, maddi hukuka göre belirlenecektir. Kişilik hakkı ihlali kapsamındaki davalar maddi hukuka göre hemen her mahkemenin görev alanına girebilir.

Saldırı ve saldırının sonuçlarına yönelik davalarda kural olarak asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Mobbing nedeniyle açılacak saldırı ve sonuçlarına yönelik davalarda; iş ilişkisi idare hukuku çevresinde ise kural olarak idari yargı görevlidir. Ancak idare hukuku çevresindeki mobbing nedeniyle adli yargının görevli olduğu haller ile borçlar hukuku

⁴⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 256. Geniş bilgi için bkz. Pınar Akdemir, *Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası*, İstanbul 2014, s. 141-146.

çevresindeki iş ilişkilerinde asliye hukuk mahkemesi, iş hukuku çevresindekimobbing nedeniyle iş mahkemesi görevli olacaktır.

j) Yetkili Mahkeme

Saldırı ve sonuçlarına yönelik davalar için en genel yetki kuralı TMK'nun 25/son maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre davacı kendi yerleşim yerinde bu davaları açabilecektir. Ancak bu madde, yalnız haksız fiile dayanan davalar için uygulanabilir. Öte yandan maddede kesin yetki düzenlenmemektedir. Bu nedenle haksız fiil nedeniyle açılacak davalarda yetkiye ilişkin genel kurallar da uygulama alanı bulacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetki kuralını düzenleyen 6/1 maddesine göre davalı gerçek veya tüzel kişinin bulunduğu yerleşim yeri mahkemesi, haksız fiillerden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen 16. maddesine göre haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olacaktır. Ayrıca HMK'nun 7/1. maddesinde birden fazla davalı bulunması halinde varsa yasa da gösterilen ortak yetkili mahkemede dava açılacağı düzenlenmiştir.

Dava borca aykırılık nedenine dayanıyorsa TMK'nun 25/son maddesi uygulanmaz. Bu halde davalının yerleşim yerinin yetkili olduğuna ilişkin HMK'nun 6/1 maddesindeki genel yetki kuralı ile HMK'nun sözleşmeden doğan davalar bakımından sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin de yetkili olduğuna dair 10. maddesi uygulanacaktır.

Bu noktada 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesinde ise davalıların yerleşim yeri, birden çok davalı varsa bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi ile iş veya işlemin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olduğu, iş kazasından doğan tazminat davalarında ise iş kazasının gerçekleştiği veya zararın meydana geldiği yer mahkemesi ile nihayet zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Mobbing nedeniyle açılacak saldırı ve sonuçlarına yönelik davalarda; iş ilişkisi idare hukuku çevresinde ise haksız fiille ilgili yetki kuralları, iş hukuku çevresinde ise iş mahkemesiyle ilgili yetki kuralları uygulanacaktır. Buna göre idare hukuku

çevresinde gerçekleşen mobbing nedeniyle davacı kendi yerleşim yerinde dava açabilecektir. İş hukuku çevresindeki iş ilişkileri bakımından ise; mobbing iş kazası olmadığından iş kazasına ilişkin yetki kuralı uygulanmayacaktır.⁴⁹⁸ İş mahkemesi yetkisinin kamu düzeninden olması sebebiyle mobbing mağduru işçi, davalının yerleşim yerinde veya iş ve işlemin yapıldığı yer mahkemesinde dava açabilecektir. Özel hukuk çevresindeki iş ilişkilerinde saldırı ve saldırının sonuçlarına yönelik davalar bakımından işçinin kendi yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılan bir hüküm bulunmamaktadır.

k) Hükümün İcrası

Saldırıya yönelik davalardan belli yükümlülük içeren önleme ve durdurma davalarının icra kabiliyeti bulunmaktadır. Mahkemece yapma veya yapmama şeklinde belirlenecek eylemlerin makbul bir sebep bulunmaksızın yerine getirilmeyerek hükme aykırı hareket edilmesi halinde İİK'nun 343. maddesi uyarınca icra mahkemesi kararı ile borçlu 3 aya kadar hapis ile tazyik olunacaktır. Davalı tüzel kişi ise İİK'nun 345. maddesi uyarınca “... ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur.”

Tespit davasında ise saldırıya ilişkin icrai bir karar verilmediğinden bu hüküm uygulanmaz.

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar ise malvarlığıyla ilgili icrai hüküm içerir. Borçlunun mal ve alacaklarının haczi, malların paraya çevrilmesi yoluyla hükmün icra edilmesi mümkündür.

3. Saldırıya Yönelik Davalar

Saldırıya yönelik davalar saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması ve saldırının tespiti davalarıdır.

⁴⁹⁸ Almanya Hessen Eyalet Mahkemesi Sosyal Güvenlik Dairesi'nin 23.10.2012 tarih ve L3 U 199/11 sayılı kararında mobbingin ne iş kazası ne de meslek hastalığı olduğu belirtilmiştir. <http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de> (02.01.2019).

Kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı tehlikesinin bulunduğu, böyle bir saldırı başlayıp devam ettiği, nihayet saldırı sona ermiş olsa bile etkilerini sürdürdüğü sürece saldırıya yönelik davalar açılabilir. Dava açma süresi saldırı, saldırı tehlikesi veya saldırının etkileri ile sınırlı olduğundan yasada genel bir süre şartı bulunmamaktadır. Mağdurun zarara uğraması, saldırıda bulunanın kusurlu olması gerekmez. İstem saldırıya yöneldiğinden davalı olarak gösterilen kişinin saldırıya doğrudan katılması da gerekli değildir. Yukarıda değindiğimiz gibi mesela kişilik hakkını ihlâl eden filmin gösterildiği salonun sahibine de dava açılabilir. Bu davaların kabul edilmesi halinde davacının talebi üzerine hükmün yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesine karar verilebilir.

a) Durdurma Davası

Öncelikle eMK'un 24. maddesinde saldırıya yönelik davalar bakımından sadece durdurma davası düzenlenmiş idi.

Durdurma⁴⁹⁹ davasının açılabilmesi için kişilik hakkını ihlâl eden bir saldırının başlaması ve devam etmesi gerekmektedir. Saldırının sürmesi, tek başına saldırı teşkil eden fiilin icrai hareketinin tamamlanması ile sınırlı tutulmamalıdır. Mesela yayın yoluyla gerçekleştirilen saldırılarda saldırı teşkil eden nüshanın elden ele dolaşım okunması, internet üzerinden yapılan saldırılarda internet içeriğine erişimin mümkün olması hallerinde saldırının devam ettiği kabul edilmelidir.⁵⁰⁰ Ayrıca, kişilik hakkına saldırı teşkil eden afişler şehrin çeşitli yerlerine asılmışsa, durdurma davası ile bunların sökülmesi, asılmamış olanların toplatılması ve yenilerinin basılmamasına karar verilebilir.⁵⁰¹ Kanaatimizce davacının bunların her birini talep etmesine gerek yoktur. Durdurma talebi ile mahkeme, dosyaya yansıdığı kadarıyla saldırının ortadan kaldırılması için gereken hükümleri taraflarla sınırlı olarak kendiliğinden

⁴⁹⁹ Bu davaya son verme davası da denilmektedir. Bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.395.

⁵⁰⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.396.

⁵⁰¹ Bu hallerde durdurma davası ile birlikte tespit veya önleme davası açılması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s 241. Kılıçoğlu, Basın, s. 324 vd. Bu halde afişlerin asılması ile saldırının sona erdiği, afişlerin görülmesinin saldırının etkisi olduğu, yeni afişlerin basılmasının ise yeni bir saldırı teşkil edeceği düşüncesi ile durdurma davasından başka tespit ve önleme davalarının açılması gerektiğini savunmak, kanaatimizce yerinde olmaz. Çünkü bu görüşe göre saldırı eylemi icrai hareketleri ile sınırlı tutulmakta ve gereksiz yere bölünmektedir.

kurabilecektir. Durdurma davasında kusur gerekli olmadığından afişleri basan işyeri sahibine dava açılarak bunları yeniden basmaması ve işyerindeki nüshaları belirlenecek bir yere teslim etmesi, afişlerin ilan edildiği reklam panosu sahiplerine, mesela belediyeye dava açılarak afişleri sökmesi, tekrar asmaması, söktüğü afişleri varsa elindekilerle beraber belirlenecek bir yere teslim etmesi yönünde karar verilebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, durdurma ve önleme davalarının yaklaşan veya devam eden saldırılar için açılacağına karar vermiştir.⁵⁰² Ancak, her iki davanın da aynı nitelikteki saldırılara karşı açılması mümkün değildir. Aksi halde yasada iki ayrı davadan söz edilmesine gerek yoktur.

Saldırı devam etmiyorsa, ortada durdurulacak bir haksız saldırı bulunmuyor demektir. Bu halde durdurma davası açılmaz. Saldırı büyük zarara yol açmış olsa bile durdurma davası açılması mümkün değildir.⁵⁰³

Durdurma davası bir eda davasıdır.⁵⁰⁴ Durdurma davasının amacı, devam eden hukuka aykırı duruma son vermek, bu şekilde muhtemel daha ağır sonuçların doğmasına mani olmak, kişilik hakkına saldırının sebep ve kaynağını kurutmaktır.⁵⁰⁵ Kişilik hakkının ihlâlinden önceki durumu yeniden yaratmak, durdurma davasının değil tazminat davalarının amacıdır.⁵⁰⁶ Bu anlamda durdurma davası, tazminat davalarından farklı olarak saldırının kaynağına yönelir ve geleceğe yönelik etki doğurur.⁵⁰⁷

Durdurma davası, internet üzerinden yapılan ihlâllerde 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiş koruma yöntemlerine benzemektedir. Yargıtay'ın son ve yerleşik uygulaması, bu kanunda öngörülen

⁵⁰² Weiss/Wolfer, s. 453.

⁵⁰³ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 397. Bir kişi bir yere kapatılmış sonra bırakılmış veya kurtulmuşsa veya bir kişi dövülmüş, bıçaklanmış, öldürülmüşse ortada durdurulacak bir saldırı yoktur. Bkz, s. 397.

⁵⁰⁴ Kılıçoğlu, Basın, s. 332.

⁵⁰⁵ Kılıçoğlu, Basın, s. 333.

⁵⁰⁶ Kılıçoğlu, Basın, s. 332.

⁵⁰⁷ Kılıçoğlu, Basın, s. 333.

koruma yöntemlerinin yanı sıra genel hükümlere dayanılarak durdurma davası da açılabilceği yönündedir.⁵⁰⁸

Durdurma davasında mahkeme, davalıya hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmasını emredecek,⁵⁰⁹ saldırının durdurulmasına, ortadan kaldırılmasına, böyle bir saldırının tekrarından men edilmesine karar verilecektir.⁵¹⁰ Mesela bir kitabın satıştan çekilmesi, eserin basımının durdurulması, basılmış eserin veya klişenin yok edilmesi, basılmış eserlere el konulmasına genel olarak durdurma davası ile karar verilebilir. Ancak Anayasamızın 28/7. maddesindeki “*Sürelili veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.*” hükmü nedeniyle sürelili ve süresiz yayınların ancak suça konu olmaları halinde toplatılabilecek, bu sebeple hukuk hâkimi tarafından sürelili veya süresiz yayınların toplatılmasına karar verilemeyecektir.⁵¹¹

Durdurma davası sonucu verilen kararda ihlâl neden olan eylem ile ihlâl izalesi için davalı tarafça yerine getirilecek hususlar somut ve net bir şekilde açıklanmalıdır.⁵¹²

⁵⁰⁸ Yarg. 4. HD 27.09.2016 tarih, E. 2016/7331, K. 2016/9068 “(....) Öğretide de kabul edildiği üzere belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa hangisinin uygulanacağı konusunda sorun bulunmamaktadır.

Şu halde, yukarıda anılan kanunlar ile yönetmelik hükümleri gözetildiğinde internet yoluyla yapılan yayının durdurulması ve kaldırılması istemlerinde davacı dilerse Sulh Ceza Mahkemesine dilerse Asliye Hukuk Mahkemesine başvurabilecektir. Kaldı ki yönetmelikte belirlenen 15 günlük hak düşürücü süreyi kaçıran davacının her zaman genel hükümlere göre mahkemeye dava açması da mümkündür.

Açıklanan nedenlerle; mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş; hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019). Aynı yönde: Yarg. 4.HD 17.11.2014 tarih, E. 2014/11219, K. 2014/15137, 22.02.2016 tarih, E. 2015/13252, K. 2016/2190 (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

⁵⁰⁹ Kılıçoğlu, Basın, s. 339.

⁵¹⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.397.

⁵¹¹ Kılıçoğlu, Basın, s.340.

⁵¹² Yarg. 4. HD 16.03.2015 tarih, E. 2015/320, K. 2015/3114 kararı ile onanan, davacı tüzel kişiye ait logonun internet sitesinden çıkarılarak kişilik hakkına yapılan saldırının durdurulmasına yönelik İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 10.07.2014 tarih, E. 2013/371, K. 2014/278 ilamında verilen hüküm şu şekildedir: “Davacının davasının kabulü ile davacının logosuna unvan kısaltmalarına yapılan müdahalenin önlenmesine, logonun www.imoistanbul.com, https://twitter.com/#/imoistanbul, http://facebook.com/imoistanbul isimli internet sitelerinden çıkarılmak suretiyle ihlâlin ortadan kaldırılmasına” (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

Durdurma davasının, karşılıklı yarar ve zarar dengesi değerlendirildiğinde TMK'nun 2. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre hâkim bu hususu ileri sürülmesine dahi kendiliğinden gözetmelidir.⁵¹³

Mobbing nedeniyle durdurma davası açılabilir. Ancak davanın kabulüne yönelik hükümde tek başına “*mobbingin durdurulması*” şeklinde bir karar verilmesi ile yetinmek mümkün değildir. Mobbing kapsamındaki taciz eylemlerinin sayılarak bunların yapılmamasına karar vermek gerekir. Mesela mobbing mağdurunun görev yeri değişikliği, işyerinde kullandığı telefon, bilgisayar, masa gibi araç gereçler, bulunduğu ortamın fiziksel koşulları, mağdura verilecek hedeflerle ilgili tacizler daha somut olaylardır. Ancak mağdurun sözünün kesilmesi, dedikodusunun yapılması, dışlanması, sert ve kaba konuşulması gibi tacizler bir bir sayılarak durdurma kararı verilmesi oldukça zor bir iş olacaktır.

b) Önleme Davası

Öncelikle eMK'ya 3444 sayılı yasa ile eklenen 24/a maddesi ile önleme davası⁵¹⁴ açılacağı ilk kez düzenlenmiş, 4721 sayılı TMK'nun 25. maddesi ile de aynı hüküm korunmuştur. Ancak yasada yer almadan önce de gerek öğreti gerekse yargı uygulamalarında önleme davası açılacağı kabul ediliyordu. Saldırının mağduru saldırının sonuçlarına karşı korunuyorken, saldırı henüz gerçekleşmediği için kişiyi hukukî korumadan yoksun bırakarak adeta kişinin mağdur olmasına sebep olmak doğru değildir.⁵¹⁵

Önleme davası, yakın zamanda gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan hukuka aykırı bir saldırı tehlikesinin var olduğu durumlarda açılır.⁵¹⁶ Bu sebeple önleme davası durdurma davasından farklı olarak saldırı sonucu ortaya çıkan hukuka aykırı duruma değil, doğrudan engelleme amacıyla saldırıya yönelir.⁵¹⁷ Mesela bir kişinin

⁵¹³ Reisoğlu, s. 231.

⁵¹⁴ Önleme davasına önleyici kaçınma davası, içtinap davası, saldırının yasaklanması davası da denmektedir. Kılıçoğlu, Basın, s. 318.

⁵¹⁵ Kılıçoğlu, Basın, s. 320.

⁵¹⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.397; Kılıçoğlu, Basın, s. 324.

⁵¹⁷ Kılıçoğlu, Basın, s. 321.

gizli mektuplarının pek yakın zamanda yayımlanacağına yönelik haberler varsa, kişilik hakkını ihlâl eden bir film veya belgesel henüz yayımlanmadıysa, açılacak dava önleme davasıdır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 05.06.1973 tarihinde verdiği bir karar hem kişilik hakkına verilen değer hem de önleme davasının fonksiyonu bakımından anılmaya değerdir: Bir askeri deponun basılıp dört askerin öldürülmesi olayını konu edinen belgeselin televizyonda yayımlanmaması için saldırganlara yardım ettiği gerekçesiyle hapis cezası almış davacı, belgeselin yayımının durdurulmasını talep etmiş, ilk derece ve istinaf mahkemelerinin isteği reddetmesi üzerine müracaat edilen Alman Anayasa Mahkemesi, davacının yeniden topluma kazandırılmasının güçleşeceği gerekçesiyle başvuruyu kabul ederek belgeselin yayımlanmasına izin vermemiştir.⁵¹⁸

Saldırı tehlikesinin varlığını ispat yükü davacıdadır. Saldırının gerçekleşeceğine dair açık bir tehlikenin ispat edilemediği hallerde, davalının özgürlüğünü belirsiz bir şekilde kısıtlayan önleme kararları verilmemelidir.⁵¹⁹

İsviçre Federal Mahkemesi; önleme davasında, cezayı gerektirir eylemlerin hâkim tarafından yasaklanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁵²⁰ Gerçekten de bu halde yasağın kaynağı doğrudan kanun olduğundan hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Karar doğrultusunda, kanaatimizce konusu suç teşkil eden saldırılar için önleme davasının açılmayacağı da savunulabilir.

Önleme davası bir eda davasıdır.⁵²¹ Dava ile davalının belli davranışlarda bulunmamasına, bu şekilde saldırıdan kaçınmasına karar verilir. Bu sebeple önleme davası daha çok yapıp etmeye değil, yapmamaya, etmemeye yönelik yükümlülükler içerir.⁵²²

Önleme davası devam ederken saldırı gerçekleşirse dava reddedilmemeli, bu halde davaya davacının talebi üzerine durdurma davası olarak bakılmalıdır.⁵²³

⁵¹⁸ Özsunay, s. 122.

⁵¹⁹ Kılıçoğlu, Basın, s. 325.

⁵²⁰ Weiss/Wolfer, s. 103.

⁵²¹ Kılıçoğlu, Basın, s. 322.

⁵²² Kılıçoğlu, Basın, s. 323. Ancak mesela henüz yayımlanmamış bir filmin belli sahnesinin çıkarılmasına yönelik karar, yapma yükümlülüğü de yüklemektedir.

⁵²³ Kılıçoğlu, Basın, s. 325.

Mobbing nedeniyle önleme davası açılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak mobbing nedeniyle önleme davası açılması, henüz mobbing başlamamışken dava açılarak mobbing uygulanmasının engellenmesini mahkemeden talep etmek anlamına gelir. Aslında ilk bölümde bahsettiğimiz üzere, Ege modelinde geçen işyerinde sürekli çatışma bulunduğu ancak kurbanın belirlenerek çatışmanın kurbanıya yönelik mobbing saldırısına henüz dönüşmediği mobbing öncesi sıfır durumunda, yakın zamanda kişilik hakkına yönelik saldırı gerçekleşeceğine dair ciddi emareler bulunmaktadır. Ancak bu halde mağdur belli olmadığından ortada davacı dahi yoktur. Öte yandan mobbingin unsurlarının değerlendirilebilmesi için saldırının başlamış olması gerekir. Süreklilik unsuru bakımından Ege modelinde üç ay, Leymann modelinde ise altı ay boyunca tacizlerin devam etmesi aranmaktadır. Bu sebeplerle kanaatimizce mobbing nedeniyle saldırının önlenmesi davası açılması mümkün değildir.⁵²⁴

c) Tespit Davası

Öncelikle eMK'a 3444 sayılı yasa ile eklenen 24/a maddesi ile tespit davası açılabilmesi ilk kez düzenlenmiş, TMK'nun 25. maddesi ile de hüküm korunmuştur. Ancak yasada yer almadan önce de gerek öğreti gerekse yargı uygulamalarında tespit davası açılabilmesi, üstelik durdurma ve önleme davalarının açılabilmesi hallerde de tespit davası açılabilmesi kabul ediliyordu.⁵²⁵

Mevcut yasal düzenleme karşısında, tespit davasının henüz başlamamış veya sürmekte olan saldırılar için açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre sürmekte olan veya ileride gerçekleşecek saldırı hallerinde dahi tespit davası açmak

⁵²⁴ Mobbingin başladıktan sonra dahi tespiti zor iken henüz başlamamış mobbingin önleme davasıyla berteraf edilmesinin teorik bir yaklaşımdan öteye gidemeyeceği hakkında Bkz. Demircioğlu, s. 132.

⁵²⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.399; Zevkliler s. 457.

mümkündür.⁵²⁶Hâkim görüşe göre ise, önleme ve durdurma davası açma olanağı varken tespit davası açılmaz.⁵²⁷

Tespit davasının amacı, kişilik haklarını ihlâl etmiş olan eylemin hukuka aykırı olduğunun mahkeme kararı ile saptanmasını sağlamaktır.⁵²⁸

Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesine göre "*Davacı sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*" Maddeden anlaşılan tespit davasının sadece sona ermiş, artık geçmişte kalmış saldırılar için açılabileceğidir. Geçmişte kişilik hakkını ihlâl eden bir saldırının gerçekleşmiş olması da yetmez. Tespit davası açabilmek için bu saldırının etkilerinin de sürmesi gerekmektedir. Saldırının etkilerinin sürdürmesi daha çok basın yayın yoluyla yapılan ihlâllerde görülür. Haber gazete veya televizyonda yayımlandıktan sonra gazete nüshalarının elden ele dolaşması, haberin belli süre gündemde olması, kişinin en azından kendi çevresinde bu durumun hala konuşulması, mesela kişiyle karşılaşan kimselerin ona bunu sorması, saldırının etkilerinin devam ettiğini gösterir. Ancak saldırının kalıcı bir hasara yol açması, mesela saldırı sonucu kişinin sakat kalması halinde yasanın aradığı manada etkinin sürdüğünü kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir.

Tespit davası ile hukuka aykırı saldırı hâkim kararı ile saptanmış ise de bu saldırının sonuçlarına yönelik bir hüküm kurulmaz. Fakat tespit hükmü, ileride açılacak tazminat davaları için hukuka aykırı eylem yönünden delil teşkil eder.⁵²⁹

Tespit davası, aslında hukukî işlemle kişiliğe yapılan saldırılar bakımından çok yararlıdır. Tespit davası ile hak ve fiil ehliyetini veya özgürlükleri hukuka aykırı şekilde kısıtlayan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunun tespiti istenebilir.

⁵²⁶ Zevkliler, s. 457, 458. Yazara göre eski Medeni Kanunumuzun 3444 sayılı yasa ile değişmeden önceki halinde, adın korunmasını düzenleyen 25. maddesinde ada yönelik saldırının saptanması hakkı tanınmış ve ad için tanınan bu hakkın diğer kişisel değerler yönünden geçerli olduğu kabul edilmekte idi. Bir durumun varlığı veya yokluğunun saptanmasında çıkarı bulunan herkes bunun tespitini isteyebilmelidir.

⁵²⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.398; Kılıçoğlu, Basın, s. 315 vd. Bu görüşe göre, bir kere eda davası açma imkânı varken tespit davası açmakta hukukî yarar bulunmadığı gibi, durdurma ve önleme davalarında zaten vaki veya muhtemel saldırının hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilecek, tespit davasından beklenen yarar sağlanacaktır.

⁵²⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s.398; Zevkliler s. 457.

⁵²⁹ Zevkliler, s. 458.

Mesela çalışma özgürlüğünü, ekonomik bütünlüğü aşırı şekilde kısıtlayan bir rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespitini istemek mümkündür. Bu halde kişi bir yandan sözleşmede belirlenen yasağa aykırı olarak faaliyet gösterip bir yandan tespit davası açabilecektir. Geçersiz sözleşmenin bağlayıcılığı bulunmadığına yönelik tespit davası dışında başkaca bir hukukî yol da bulunmamaktadır. Karşı tarafın sözleşmenin ihlâli nedeniyle dava açması halinde dahi geçersizlik savunma olarak ileri sürülerek davanın reddi talep edilecektir. Ancak böyle bir tespit davası, kanaatimizce teknik olarak TMK'nun 25. maddesinde düzenlenen saldırının tespiti davası değildir. Bu anlamda bir tespit davası ancak sözleşmeyle belirlenen yasağın uygulanması halinde söz konusu olur.

Mobbing nedeniyle saldırının tespiti davası açılabilir. Burada ilk akla gelen soru, mobbingin sona ermesinin gerekip gerekmediğidir. Hâkim görüşüne göre mobbingin sona ermesi gerekmektedir. Bir diğer soru ise, mobbing sona ermiş, mesela iş sözleşmesi feshedilmişse artık tazminat davası açmak yerine niçin, hangi hukukî yararlar tespit davası açılacağıdır. Kanaatimizce bu halde gerçekten de tespit davası açmakta hukukî yarar olmasa gerekir, çünkü tazminat davalarında hukuka aykırı eylem şartı değerlendirilecek ve kurulacak hüküm tespit hükmünü de kapsayacaktır. Ayrıca tespit davası şayet mobbing sona erdikten sonra açılacaksa mobbingin etkilerinin devam etmesi nasıl olacaktır? Mesela davacının hala işsiz olması veya tedavi görmesi yeterli olacak mıdır? Nihayet tespit davasında mahkeme “davacıya mobbing yapıldığının tespitine” şeklinde bir hüküm kurabilecek midir, yoksa hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği davranışlara kararda yer verecek midir? İşte bütün bu sorular, yukarıda diğer davalar başlığı altında açıkladığımız sorunlarla birleşince karşımıza, aşağıdaki başlık altında değerlendirmeyi uygun bulduğumuz saldırıya yönelik davalarla ihdas edilen hukukî korumanın mobbing bakımından işlemeye uygun olup olmadığı hususunu çıkarmaktadır.

d) Mobbing Bakımından Saldırıya Yönelik Davaların İşlerliği Sorunu

Saldırıya yönelik davalar, aslında saldırı teşkil eden eylem ve araçlarının izale edilmesi bakımından çok yararlıdır. Bu davalar, saldırı hiç başlamamışken henüz tehlike anında saldırının engellenmesini, saldırı devam ederken mağduriyetin

büyümemesini veya hukuka aykırı eylemin mahkeme tarafından tespitini sağlar. Bu davalarda kusur ve zararın aranmaması davacı yararına ayrı bir kolaylıktır.

Saldırıya yönelik davalar ile hukuk düzeninin kişilik hakkına sağladığı koruma, yaşayan mobbingin izalesi veya önlenmesi bakımından son derece önemlidir. Tazminat davaları daha çok olmuş bitmiş mobbing olgusundan sonra açılmaktadır. Bu noktada tazminat davalarında saldırıyı bertaraf etmeye yönelik bir hüküm kurulması da mümkün değildir.

Yargı kararları üzerinde yaptığımız incelemede mobbing bakımından saldırıya yönelik davalara müracaat edildiğine hiç rastlamadık. Bunun bir sebebi çalışma devam ederken açılacak davanın iş ortamındaki ilişkileri zedeleyip husumete yol açacağından endişe edilmesi olabilir. Ancak saldırıya yönelik davaların daha çok sınırları belli somut saldırılar için açıldığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Mesela basın yayın yoluyla gerçekleşen saldırılar bakımından önleme, durdurma ve tespit davasına başvurmak kolaydır. Fakat mobbing söz konusu olduğunda hükmün içeriğinden hukukî yarara kadar birçok mesele karşımıza çıkmaktadır.

Mobbing nedeniyle önleme davasının açılmasının pratik olarak mümkün olmadığını belirttik. Çünkü mobbingin unsurlarının bulunup bulunmadığını değerlendirebilmek için öncelikle ortada başlamış ve en azından belli bir süre devam etmiş bir saldırı olmalıdır. Öte yandan belli bir kişiye kuvvetle muhtemel mobbing uygulanacağı nasıl ispatlanacaktır? Mesela işverenin yetkili organının işletmede küçülmeye gidileceği ve işçilere emeklilik veya ikale önerileceğine yönelik işletmesel bir karar alması, hatta bu kararı uygulamaya başlaması yeterli olacak mıdır? Ayrıca işletmenin ekonomik varlığını sürdürmek için alınan bu kararın uygulanmasının mobbing olup olmadığı da tartışma götürür bir husustur. Mobbingin varlığı için tacizcide zalimane bir niyet, bir iç hesap gerekmektedir. Oysa burada ekonomik sebep veya tercihlerle açıkça alınmış bir işletmesel karar bulunmaktadır. Yargıtay'a göre işletmesel karara mahkemelerce yerindelik denetimi de yapılamamaktadır.⁵³⁰

⁵³⁰ Yarg. 9. HD 11.12.2018 tarih, E.2018/4502, K.2018/22900 “İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların

Durdurma davasında, mahkeme davacıya mobbing uygulandığını tespit ettiğinde hükmün içeriğinin belirlenmesi önemli bir sorundur. Tek başına “mobbingin durdurulmasına” şeklindeki bir kararın somut bir yapma veya yapmama yükümlülüğü içermediğinden icra kabiliyeti olmayacaktır. Mahkeme, kararında birtakım eylemlerden bahsederek bunların yapılması veya yapılmamasını emretmek durumundadır. O halde ”Davacının depodaki görevinden alınarak eski görevinde çalıştırılmasına” “Mersin’deki mağazadan alınarak Adana’daki mağazada yeniden görevlendirilmesine ve bir daha başka bir ilde görevlendirilmemesine” şeklinde yönetim hakkına müdahale eden ve bu hakkı kısıtlayan bir hüküm kurulabilecek midir? Kaldı ki birim veya görev değişikliği en somut tasarruflardır. Çalışanın işyerinde evvelce malik olduğu bazı imkânlardan mesela belli bir tutara kadar telefon hakkından mahrum bırakılması, bulunduğu ortamın fiziksel koşullarının değiştirilmesi, niteliğine uygun işler verilmemesi, hele ki dışlanması, sözünün kesilmesi, kaba davranılması, dedikodusunun yapılması gibi tacizlerin durdurulmasına karar verilmesi de zor görünmektedir. Bu tür psikolojik etkisi ağır tacizler olmadan mobbingin varlığını tespit etmek pek mümkün değildir. Mahkeme tespit ettiği bu tacizleri nasıl, kime karşı durduracaktır?

Mahkemebir hüküm verdiğinde hükmün icrasının nasıl yapılacağı önemli bir sorundur. Öncelikle mobbing, mahkeme kararına uyularak da devam ettirilebilir. Zira mobbing, araçları sınırlı tekil bir saldırı değildir. Öte yandan mahkeme kararına uyulmadığı nasıl ispatlanacaktır? İİK’nun 343. maddesine göre “*Yalnız kendisi tarafından yapılacak bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması ...hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.*” Davalı tüzel kişi ise İİK’nun 345. maddesi uyarınca “... ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur.” İlamda belirlenen yükümlülüklerin makbul bir sebebe dayanmadan ve

hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.” (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

kimler tarafından yerine getirilmediğinin tespiti için icra mahkemesi önünde adeta yeni bir dava görülmesi gerekir. Burada hapis cezası söz konusu olduğundan şüpheden sanığın yararlanacağı da unutulmamalıdır. Kaldı ki, ilamdaki davalıların veya tüzel kişi yetkilisinin artık mağdurla ilişkisi kesilmiş ise kararın yeni amir ve iş arkadaşları yönünden uygulanabilmesi mümkün değildir. Şu kadar ki, aynen ifayı sağlayamamış olan alacaklı, TBK'nun 113. maddesine göre tazminat talep edebilir.⁵³¹

Görünen o ki, gerek hükmün içeriğinin belirlenmesindeki kolaylık ve gerekse icra edilmemesi bakımından en uygulanabilir dava saldırının tespiti davasıdır. Ancak tespit davası başlığı altındaki açıklamalarımızı tekrarla tazminat yerine tespit davası açılmasında hukukî yarar bulunup bulunmadığı önemli bir sorundur. Ayrıca saldırının tespiti ile mobbing kapsamındaki tacizlerin sona erdirilmesine yönelik hüküm de verilemez.

Bu sebeplerle, yaşayan mobbinge mücadele edilebilmesi için mevcut saldırıya yönelik davaların yeterli olmadığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla desteklenen, hükmün içeriği, icrası ve icrasından sorumlu kişilerin belirlendiği yeni bir dava türünün yasa ile ihdas edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar, TMK'nun 25/3. maddesinde gösterilmiştir. Bunlar maddi ve manevi tazminat davaları ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla edinilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tahsili davasıdır.

Saldırının sonuçlarına yönelik davalarda karşı tarafın saldırıyı yapmaması veya başlamış olduğu saldırıya son vermesine yönelik bir talep bulunmamaktadır. Saldırı nedeniyle malvarlığı veya kişi varlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesi veya saldırıda bulunanın mağdurluk kişilik hakkını ihlâl etmesi nedeniyle edindiği haksız kazancın mağdura verilmesi talep edilmektedir. Yani davanın konusu tazminat veya haksız kazanç olacaktır. Davanın kabulü halinde hüküm, bunların davalıdan alınarak

⁵³¹ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara 2013, s. 975.

davacıya verilmesine yönelik olacaktır. O halde saldırının sonuçlarına yönelik davalar birer eda davasıdır.⁵³²

Davada öncelikle kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlâl edilip edilmediği belirlenecektir. Davaların kabul edilmesi halinde mahkeme, aynı zamanda kişilik hakkına yönelmiş hukuka aykırı bir saldırının gerçekleştiğine yönelik bir tespit yapmış olacağından bu davalar saldırının tespiti hükmünü de doğal olarak kapsar.

Kişilik hakkının hukuka aykırı olarak saldırıya uğraması halinde bu saldırıdan doğan maddi ve manevi zararların tazmini istenebilecektir. Mobbing de kişilik hakkına saldırı teşkil eden bir olgu olduğundan mobbing nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi için tazminat davası açılabilecektir. Öyle ki kişiliğin korunması yolları içerisinde mobbing bakımından neredeyse tek müracaat edilen yol tazminat davasıdır. Maddi zararın giderimi maddi tazminat davası, manevi zararın giderimi ise manevi tazminat davası ile olacaktır. Tazminatın yasal şartları hukuka aykırılık, zarar, hukuka aykırı eylemle zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve nihayet karşı tarafın kusurudur.⁵³³

Mobbing nedeniyle açılacak davalarda, mağdurun mobbinge maruz kalması yüzünden iş ilişkisinden kaynaklanan hak ve menfaatlerinin temini söz konusudur. Bu da daha çok zarar olarak karşımıza çıkar. Aşağıda açıklayacağımız üzere aslında vekâletsiz iş görme davası maddi tazminat davasına göre daha istisnai bir nitelik taşır. Çünkü bu davanın açılabilmesi için mağdurun zarar görmesine veya fakirleşmesine yol açılmadan bir kazanç elde edilmesi gerekmektedir. Bu kazanç, mağdurun kişilik hakkı ihlâl edilerek elde edildiği için haksızdır.

Tacizcinin mağdura çalışması ile hak ettiği ücret, fazla mesai, prim, genel tatil, ikramiye, harcırah gibi iş ilişkisinden doğan alacaklarını vermemesi, bu yolla mobbing uygulaması halinde ise zaten ortada bir alacak bulunduğundan tazminat değil, alacak davası açılacaktır. İş ilişkisinden kaynaklanan alacakların tahsili istemli davalarda,

⁵³² Kılıçoğlu, Basın, s. 357 vd.

⁵³³ Eren, s. 494 vd.

alacağın hak edildiğini ispat etmek yeterlidir. Bundan sonra alacağın ödendiğini ispatlamak dahi borçlunun külfetidir.

a) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Davası

TMK'nun 25/3. maddesi uyarınca, kişilik hakkı ihlâlinde hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazanç, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilecektir. Vekâletsiz iş görme, TBK'nun 526-531'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Kişilik hakkı ihlâli nedeniyle açılacak vekâletsiz iş görme davasını karşılayan hüküm ise TBK'nun işin işgörenin menfaatine yapılması halini düzenleyen 530. maddesidir.

Kişilik hakkı ihlâli ile saldırıda bulunan bir menfaat elde etmiş olabilir. Mesela sahibinin rızası olmadan bir resmin ticari amaçla kullanılması, bir kimsenin özel hayatıyla ilgili sırların rızası dışında bir kitap veya yazı dizisinde yayımlanması, aynı şekilde tanınmış biriyle ilgili türlü gerçek dışı isnatların, iftiraların yer aldığı bol reklamlı sansasyonel bir haber yapılması veya böyle bir kitap yazılması hallerinde saldırgan ihlâl ettiği kişilik değerleri nedeniyle kazanç elde etmektedir. Vekâletsiz iş görme davası ile saldırganın elde ettiği bu haksız kazancın iadesi mümkün olacaktır.

Bu davanın açılabilmesi için zarar veya kusur şart olmadığı gibi, yine saldırıda bulunanın iyiniyetli veya kötüniyetli olması da fark etmemekte, fiilin hukuka aykırı olması ve saldırıda bulunanın haksız kazanç elde etmesi yeterli görülmektedir.⁵³⁴

Vekâletsiz iş görme davası, sebepsiz zenginleşme davasından mağdurun fakirleşmesinin aranmaması,⁵³⁵ maddi tazminat davasından ise gerek kusur ve zarar şartının bulunmaması ve gerekse mağdurun elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği kazancın devrinin sağlanması ile ayrılır.⁵³⁶ İşte mağdurun elde etmek istemeyeceği veya elde edemeyeceği kazanç, mağdurun zararı değildir. Ancak saldırıda bulunan, mağdurun kişilik hakkını ihlâl ederek böyle bir kazanç

⁵³⁴ Eren, s. 850 vd.; Serap Helvacı, Gülşah Sinem Aydın, "Kişilik Hakkından Doğan Vekâletsiz İş görmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu", MÜHF-HAD, İstanbul 2017, c. 23 s. 63; Akdemir, s. 118, 119.

⁵³⁵ Akdemir, s. 118.

⁵³⁶ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 256; Akdemir, s. 119; Öztan, s. 162.

edinmektedir. Bu sebeple maddi tazminatın tek başına kişilik hakkını korumadaki yetersizliği nedeniyle bu dava yasal olarak kabul edilmiştir.⁵³⁷

Mobbing nedeniyle haksız kazanç elde edilmesi mümkündür. Mesela mağdura yüksek hedefler verilerek emsalleri kadar çalışsa bile prim ödenmezse işverenin mamelekînde kalmış prim ödemesi onun haksız kazancı olacaktır. Ancak çalışan bu prim alacağını mahrum kaldığı kâr olarak öncelikle maddi tazminat kapsamında isteyebilir. Ayrıca mobbing nedeniyle istifa halinde ödenmeyen kıdem tazminatının da vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebileceği söylenmektedir.⁵³⁸ Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi mobbingten ötürü mağdur işçinin yaptığı fesih haklı nedene dayandığından işçinin evleviyetle İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı hakkı bulunmaktadır. Belki İş Kanunu'nun 26. maddesindeki haklı nedenle feshin yapılabilmesi için altı işgünlük ve bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesi halinde vekâletsiz iş görme davası açmak makul görülebilir. Fakat bu halde de hak düşürücü süre geçirildiğinden davanın reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Açıkçası, mobbing nedeniyle işverenin uhdesinde kalan işçilik alacakları için vekâletsiz iş görme davası açılabilceğini düşünmüyoruz. Çünkü işçinin hak ettiği alacaklar bakımından alacak davası, işçinin hak etmesi önlenen alacaklar için de maddi tazminat davası açılması mümkündür. Peki acaba hangi halde mobbing nedeniyle vekâletsiz iş görme davası işlerlik kazanabilir? Kanaatimizce mobbing uygulayan işverenin, işçinin hak ettiği veya işçiyi mahrum bıraktığı işçilik alacağından başkaca bir kazanç elde etmesi gerekmektedir. Mesela işveren, bir üçüncü kişinin sağladığı maddi menfaat karşılığında işçiyi mobbing uyguladıysa, işte bu halde işverenin elde ettiği kazanç vekâletsiz iş görme davasıyla işçi tarafından talep edilebilecektir.

b) Tazminat Davası

Tazminat davasının şartları yasada gösterilmiştir.⁵³⁹ TBK'nun 49. maddesine göre tazminatın şartları hukuka aykırılık, zarar, hukuka aykırı eylemle zarar arasında

⁵³⁷ Kılıçoğlu, Basın, s. 352.

⁵³⁸ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 115; Demircioğlu, s. 134

⁵³⁹ Kılıçoğlu, Basın, s. 358.

uygun illiyet bağı bulunması ve nihayet karşı tarafın kusurudur. Bunlardan birinin eksik olması halinde tazminat hakkı da bulunmamaktadır.

Tazminat davasının amacı, hukuka aykırı bir fiil ile doğan maddi veya manevi zararın telafi edilmesidir.⁵⁴⁰

Tazminatın amacı zarar göreni zenginleştirmek veya zarar vereni cezalandırmak değildir; bu sebeple tazminatın miktarı zararı aşmamalıdır.⁵⁴¹

(1) Mobbing Nedeniyle Hukukî Sorumluluk

Bir hukuk düzeninde borcun ifa edilmesi borçlunun insaf ve vicdanına bırakılamaz. Alacaklının, borcunu ifa etmesi için borçluyu zorlama imkânı bulunması gerekir. İşte sorumluluk, alacaklının devlet aracılığıyla borçlunun malvarlığından alacağını alabilmesidir.⁵⁴² Sorumluluk, borcun müeyyidesidir.⁵⁴³

Sorumluluk geniş anlamda sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluğu, dar anlamda yalnızca sözleşme dışı sorumluluğu, en dar anlamda ise sadece sebep ve tehlike sorumluluğunu ifade eder.⁵⁴⁴

Sorumluluğun sebepleri kusur, sözleşme veya kanundur.⁵⁴⁵ Kusur sorumluluğu dar anlamda haksız fiil sorumluluğu veya sübjektif sorumluluk olarak da ifade edilmektedir. Bir de sebep sorumluluğu vardır. Sebep sorumluluğu, kusura veya sözleşmeye değil kanuna dayanır, yani sebep sorumluluğu ancak kanun ile düzenlenebilir.⁵⁴⁶

Sözleşme ile taraflar önceden kendi iradeleriyle bir hukukî ilişki meydana getirmiştir. Sözleşme sorumluluğunda, sözleşmeden doğan ve yalnızca sözleşmenin tarafları arasında bağlayıcılığı bulunan özel bir yükümlülük ihlâl edilmektedir.⁵⁴⁷

⁵⁴⁰ Kılıçoğlu, Basın, s. 358.

⁵⁴¹ Eren, s. 775.

⁵⁴² Eren, s. 83; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, c. 1, İstanbul 2010, s. 26; Erol Cansel, Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. 1, Ankara 2017, s. 83 vd; Altan Fahri Gülerci, Ayşe Kılınç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011, s. 38.

⁵⁴³ Eren, s.83.

⁵⁴⁴ Eren, s. 491.

⁵⁴⁵ Eren, s. 492.

⁵⁴⁶ Eren, s. 492.

⁵⁴⁷ Eren, s. 492.

Kusur ve sebep sorumluluğunda ise “kimseyi öldürme” “kimsenin malını çalma” gibi genel ve objektif hukuk kurallarının ihlâli söz konusudur ki bu hallerde hukukî ilişki zarar verici olaydan sonra doğar.⁵⁴⁸

Almanya Federal Mahkemesi’ne göre mobbing hukukî bir kavram olmadığı gibi talebin hukukî dayanağı da değildir. Mobbing olarak tanımlanan eylemlerin hukukî özelliği; somut olarak gözlemlenebilen bir değil çok sayıda davranışın bütün halde işçinin kişilik hakkı veya sağlığını ihlâl etmesidir.⁵⁴⁹

Gerçekten de mobbingin yaklaştığı en uygun hukukî tanım, mobbingin bir kişilik hakkı ihlâli olduğudur. Önceki bölümlerde açıkladığımız gibi kişilik hakkı, kişilik değerleri üzerindeki egemenliği ve kişilik değerlerine saygı gösterilmesini herkesten isteyebilmeyi ihtiva eden mutlak bir haktır. Bu nedenle kişilik hakkı ihlâl edildiğinde genel ve objektif nitelikteki hukuk kurallarının ihlâli söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu’nun 49/1. maddesinde kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu, 50/1. maddesinde ise uğradığı zarar ve zarar verenin kusurunu ispat yükümlülüğünün zarar görende olduğu düzenlenmiştir. Ancak kişilik hakkı ihlâlinde saldırının hukuka aykırı olduğu karine olarak kabul edilir.⁵⁵⁰ Saldırıda bulunan, bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu ispatlamak zorundadır. Hukuka uygunluk sebebi de yoksa saldırıda bulunanın kusurlu olduğu yine karine olarak kabul edilir.⁵⁵¹ Bu sefer saldırıda bulunan, hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği kişilik hakkı ihlâli nedeniyle kusursuz olduğunu ispat etmek durumundadır.

Bununla beraber mobbingin ilk ve en önemli unsuru iş ilişkisidir. İş ilişkisi, özel hukuk çevresindeki bir hizmet sözleşmesi olarak da karşımıza çıkabilir. İşte mobbingi uygulayan tacizci ile mobbing mağduru arasında bir hizmet sözleşmesi varsa bu sefer genel ve objektif hukuk kuralları ile birlikte aynı zamanda sözleşmeden doğan borçların da ihlâl edilmesi söz konusu olur. TBK’nun 112. maddesinde borcun hiç

⁵⁴⁸ Eren, s. 493 vd.

⁵⁴⁹ Almanya Federal İş Mahkemesi, 16.05.2007 tarih, 8 AZR 709/06 https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

⁵⁵⁰ Hatemi, s. 72.

⁵⁵¹ Hatemi, s. 72 vd.

veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun alacaklının zararını gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak maddeye göre borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Burada ortada bir sözleşme ihlâli bulunduğundan zarar gören, borçlunun kusurunu ispatla mükellef değildir. O halde kanun, sözleşmenin ihlâlinde borçlunun kusurunu karine olarak kabul etmiştir.⁵⁵² Zira borcun ifasını engelleyen olay ve durumlar, borçlunun kendi faaliyeti alanı içinde gerçekleşmektedir.⁵⁵³ Borçluyu kusursuzluğunu ispat ile yükümlü tutan hüküm emredici değildir.⁵⁵⁴ Taraflar alacaklının borçlunun kusurunu ispatlamadıkça tazminat isteyemeyeceğini kararlaştırabilir.⁵⁵⁵ Ancak TBK'nun 115/2. maddesinde hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarda yapılan sorumsuzluk anlaşmasının kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlendiğinden, mobbing nedeniyle sorumluluk bakımından böyle bir anlaşma geçersiz olacaktır.

Görüldüğü üzere mobbing nedeniyle hukukî sorumluluk için kusur şarttır. Gerek sözleşme sorumluluğu, gerekse de mobbingi hukuka uygun kılan bir sebep bulunmadığından haksız fiil sorumluluğu kapsamında kusurun varlığı karine olarak kabul edilecektir. Karşı taraf bir kusurunun bulunmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Bu durum özellikle mobbinge katılmasa da gerekli önlemleri almayan işverenin sorumluluğu bakımından önem taşır.

Mobbing nedeniyle bir sebep sorumluluğu kabul edilirse bu halde sorumluluğun kaynağı kanun olduğundan kusur hiç aranmayacaktır.

Hukukî sorumluluktan söz edebilmek için, mobbing nedeniyle mağdurun zarara uğraması da gerekmektedir. Mobbing ile uygun illiyet bağı içinde olan zararlardan sorumlu olunacaktır. Zararı ispat etmek ise TBK'nun 50/1. maddesi uyarınca mağdurun külfetidir.

⁵⁵² Kemal Oğuzman, Turgut Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. 1, İstanbul 2018, s. 406; Ayan, s. 181.

⁵⁵³ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 406; Ayan, s. 181.

⁵⁵⁴ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 407; Ayan, s. 182.

⁵⁵⁵ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 407; Ayan, s. 182.

Mobbing nedeniyle hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğu doğan hallerde bu iki sorumluluk telâhuk edecek, yani yarışacaktır.⁵⁵⁶ İşte iş ilişkisi bir hizmet akdi kapsamında ise sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu yarışmaktadır. Sorumluluk sebeplerinin yarışması hali, TBK'nun 60. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre bu durumda zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe hâkim, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebini belirleyip buna göre karar verecektir. TBK'nun 417/3. maddesinde işverenin mobbing nedeniyle sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu sebeple işverenin sorumluluğu bakımından sorumluluk sebeplerinin yarışması halinde sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır.

Gerçekten de zarar gören bakımından sözleşme sorumluluğuna ait hükümler hem genel olarak hem de mobbing nedeniyle sorumlulukta, haksız fiil sorumluluğuna göre daha avantajlıdır.⁵⁵⁷

Öncelikle haksız fiil sorumluluğunda, mağdur failin kusurunu ispatlamaya mecbur iken (TBK m.49), sözleşme sorumluluğunda borçlu kusurlu olmadığını ispat edecektir (TBK m.112).⁵⁵⁸ Gerçi kişilik hakkına saldırı söz konusu olduğunda yukarıda değinildiği gibi saldırının hukuka uygun olduğunu ispat külfeti saldırıda bulunanda olup mobbingi hukuka uygun kılan bir sebep olmadığından mobbing nedeniyle haksız fiil sorumluluğunda da kusurun ispatı mağdur aleyhine değildir. Bu avantaj daha çok tacizci olmayan kişinin sorumluluğu bakımından önemlidir. Mesela mobbing mağduru memur idarenin kusurlu olduğunu, ancak işveren kendi kusursuzluğunu ispat edecektir.

Borçluya bağımlı çalışanların eylemlerinden doğan zararlarda haksız fiil sorumluluğunda TBK'nun 66. maddesine göre kurtuluş kanıtı getirmek mümkün iken sözleşme sorumluluğunda TBK'nun 116. maddesine göre böyle bir olanak yoktur.⁵⁵⁹ Ancak TBK'nun 116/2. maddesine göre önceden yapılan bir anlaşmayla bu sorumluluk kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Bu hükümler aşağıda incelenecektir.

⁵⁵⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 581.

⁵⁵⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 582; Ayan, s. 182.

⁵⁵⁸ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 407; Ayan, s. 182.

⁵⁵⁹ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 425; Ayan, s. 182.

Zamanaşımı bahsinde açıklandığı üzere, sözleşme sorumluluğunda zamanaşımı daha uzundur. Haksız fiilin suç teşkil etmesi halinde zamanaşımı sözleşme sorumluluğu için belirlenen sürenin üstüne çıkabilse de mobbing bütün halde suç olmadığından bundan yararlanılamaz.

Sözleşme sorumluluğunda, sorumsuzluk anlaşması yapılması olanaklı iken haksız fiil sorumluluğunda bu mümkün değildir.⁵⁶⁰ Ancak TBK'nun 115/2. maddesine göre hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarda sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşme sorumluluğunda alacaklı borcunu yerine getirmemesi halinde borçluyu aynen ifaya zorlayabilir, şartları varsa sözleşmeden dönebilir, veya borçludan tazminat isteyebilir. Haksız fiil sorumluluğunda ise alacaklı borçludan sadece tazminat talep edebilecektir.⁵⁶¹ İşte hizmet akdi çevresindeki iş ilişkisinde mobbing mağdurunun akdi haklı nedenle feshedip kıdem tazminatı talep hakkı bunun sonucudur. Hizmet akdinden bahsedilemeyecek idare hukuku çevresindeki iş ilişkilerinde mobbing nedeniyle istifa eden çalışan ancak ilgili yasanın varsa kendisine tanıdığı hakları kullanabilecektir.

Nihayet sözleşme sorumluluğunda TBK'nun 114. maddesine göre işin borçlu için bir yarar sağlamaması, sorumluluğunun daha hafif değerlendirilmesine sebep olur iken haksız fiil sorumluluğunda buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır.⁵⁶² Ne var ki, tam iki tarafa borç yükleyen hizmet akdi bu hükmün de dışında kalır.

Bu kapsamda aşağıda iş ilişkisi aktörlerinin mobbing nedeniyle hukukî sorumlulukları mobbingin türü ve sorumluluk sebepleriyle ilişkilendirilerek incelenecektir.

(a) İşverenin Sorumluluğu

İşveren, iş sözleşmesine göre işçiyi çalıştıran ve iş sözleşmesinin işçiye karşı sözleşmeden doğan borçlarının ifasını mamelekî ile yüklenen taraftır.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 426.

⁵⁶¹ Ayan, s. 182.

⁵⁶² Oğuzman/Öz, c. 1, s. 427.

⁵⁶³ Süzek, s. 150; Mollamahmutoğlu, s. 128.

Küçüklük, kısıtlılık, tüzel kişilik, ölüm, miras, iflas hallerinde işverenin emir ve talimat verme yetkisi yetkili organ veya kişiler aracılığı ile kullanılacağından kural olarak aynı kişide toplanacak işin yapılmasını isteme ve emir ve talimat verme yetkileri ayrılır; işyeri sahibi soyut, yönetim yetkisini kullanan ise somut işveren olarak anılır.⁵⁶⁴

İşveren, özel hukuk kurallarına tabi iş sözleşmesi gereğince kendisine hizmet taahhüt edilen, kendisine veya bir üçüncü kişiye ait işyerini işleten ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tacir olması gerekmeyen kimsedir.⁵⁶⁵

İş Kanunu'nun 2/1 maddesine göre “*Bir iş sözleşmesine dayanarak...işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren...denir*”.

Kanunda işveren tanımı, iş hukukunun mantığına uygun olarak işçi tanımındaki esaslara bağlanmıştır.⁵⁶⁶ Tüzel kişiliği bulunmayanlardan sadece kamu kuruluşlarını⁵⁶⁷ işveren kabul eden Sendikalar Kanunu'nun 2/4 maddesinde ise “*işçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları*” şeklindeki tanıma yer verilmiştir. Sendikalar Kanunu'nun 2/5,6 maddeleri uyarınca adi şirkete emeği ile katılan dışındaki ortaklar ve işveren vekili de işveren sayılmaktadır.

İş Kanunu kapsamında işveren, gerçek kişi olabileceği gibi şirket, dernek, vakıf, kooperatif sendika, devlet veya kamu iktisadi teşebbüsü gibi özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi yahut adi şirket gibi tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da olabilir.⁵⁶⁸

İşveren vekilleri ise, iş yoğunluğunun fazla olduğu işyerlerinde işverenin bütün işleri yalnız başına sevk ve idare etmesi mümkün olmadığından hizmet veya vekâlet

⁵⁶⁴ Mollamahmutoğlu, s. 131; Süzek, s. 150 vd.; Nuri Çelik; Nurşen Caniklioğlu; Talat Canbolat; *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2018, s. 94.

⁵⁶⁵ Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, Tuncay Kaplan, *İş Hukuku*, Ankara 2006, s.64.

⁵⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s. 129; Süzek, s. 150; Çelik, s. 41.

⁵⁶⁷ Bununla kamu kesiminde işveren sayısının artırılmasıyla kamu işveren sendikalarının kurulmasında kolaylık amaçlandığı hakkında Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 129.

⁵⁶⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 94.

akdi gibi⁵⁶⁹ hukukî işlemler ile temsil yetkisi verilerek işveren nam ve hesabına müdür, şef gibi unvanlarla işin, işyerinin veya işletmenin yönetiminde görevlendirilmiş ve temsil yetkisinin hukukî sonucu olarak işçilere karşı bu sıfatla işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin kendisinin sorumlu olduğu, iş hukukumuzda önemli rolleri olan kişilerdir.⁵⁷⁰ İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren vekili "*işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun tanımındaki "kimseler" diye sonlanan cümleye göre işveren vekili, kurumun niteliğine de uygun olarak sadece gerçek kişi olabilecektir. Sendikalar Kanunu'nun 2/5,6 maddelerine göre işveren vekili işveren sayılır ve işveren sendikasına üye olabilir.

İşveren vekilinin sorumluluğunun kapsamı yasada düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 2/4 ve 5 maddelerinde "*İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.*" Görüldüğü üzere hizmet akdi ile çalışması halinde işveren vekili aynı zamanda işçidir ve işçilere tanınan her türlü yasal haktan yararlanır. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin kendisi sorumlu olacaktır. İşveren vekilinin, yaptıkları işlemler nedeniyle işçilere karşı hukuksal sorumluluğu bulunmamaktadır.⁵⁷¹ Ancak işveren vekilinin yasadaki işverenle paralel bulunan sorumluluğu yönetim konusundaki yetki ve görevi ile sınırlı olup kendisine tevdi edilen temsil yetkisini aşan hususlardan sorumlu olmayacağı düşünülemez, işveren vekili yetkili kılındığı takdirde işveren nam ve hesabına iş sözleşmesi de yapabilir ve işverene olan sorumluluğu temsil yetkisinin dayanağı hukukî işleme göre belirlenir.⁵⁷²

Bu genel açıklamalardan anlaşılacağı üzere işveren vekilinin işçilere yönelik eylemleri işverenin sorumluluğu kapsamındadır. İşveren vekili alelade bir işçi olmayıp

⁵⁶⁹ İşveren ile işveren vekili arasındaki temsil yetkisi kural olarak sözleşmeye dayanmaktadır. Ancak kamu kurumlarında idare hukuku kapsamındaki hukukî işlemler söze konu olur.

⁵⁷⁰ Aktay/Arıcı/Kaplan, s.65

⁵⁷¹ Süzek, s. 190; Mollamahmutoğlu, s. 151.

⁵⁷² Süzek, s. 190; Mollamahmutoğlu, s. 151.

Sendikalar Kanunu'na göre işveren sendikasına üye olması caizdir. Öyle ki kanun koyucu tereddüdü gidermek için işveren vekilinin işçi haklarından yararlanacağını açıkça düzenlemiştir. Bu sebeple işveren vekilinin uyguladığı mobbing, doğrudan işverenin uyguladığı mobbing gibidir.⁵⁷³ Öte yandan İş Kanunu'nun 2/5 maddesindeki “*Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır.*” hükmü de her ne kadar Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da gözetim borcunun işveren vekili için de uygulanacağını desteklemektedir. İşçiyi gözetme borcu, genel anlamda iş sağlığı ve güvenliğini de kapsamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin 77 ve devamı maddelerini yürürlükten kaldıran İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun⁵⁷⁴ 3/2. maddesinde kanunun uygulanmasında işveren vekillerinin işveren sayılacağı da hüküm altına alınmıştır.

Almanya Federal Mahkemesi'nin bir kararında, mobbing olaylarında işverenin kendi davranışlarından başka yasal temsilcisi ve yükümlülüklerinin ifasında kullandığı kişilerin davranışlarından da bizzat sorumlu olduğu belirtilmiştir.⁵⁷⁵

İşverenin mobbing nedeniyle hukukî sorumluluğu meselesinde iş kazasında olduğu gibi, işverenin gözetim borcu bakımından borca aykırılık sorumluluğu ile; taciz türünden davranışların ve bütün halde mobbingin aynı zamanda kişilik haklarına saldırı niteliğinde olması sebebiyle haksız fiil sorumluluğu yarışacaktır.⁵⁷⁶ Aşağıda işverenin her iki sorumluluğunu ayrı başlıklar altında incelenecektir.

(i) Borca Aykırılık Sorumluluğu

İşverenin borca aykırılık sorumluluğu işçiye karşı iş akdinden kaynaklanan borçları bakımından incelenmelidir. İşverenin işçiyi gözetme borcu ve işçilere karşı eşit davranma borcu bulunmaktadır. Öte yandan işveren iş sözleşmesinden kaynaklanan ve iş sözleşmesinin karakteri gereği işçinin kişiliği üzerinde etkisi bulunan yönetim hakkı, iş sözleşmesinin esaslı şartlarında değişiklik yapma hakkı gibi

⁵⁷³ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 81; Erkal, s. 142.

⁵⁷⁴ 30.06.2012 yürürlük tarihli ve 6331 sayılı Kanun.

⁵⁷⁵ Almanya Federal İş Mahkemesi, 16.05.2007 tarih, 8 AZR 709/06 https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

⁵⁷⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 101.

yetkileri de dürüstlük kurallarına aykırı, yani kötüye kullandığında, yine borca aykırılık sorumluluğundan bahsedilecektir.

(a) İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu

İşçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin özen ve sadakat borcunun koşutudur.⁵⁷⁷ İşçinin işi şahsen ifa borcu ve işverene bağımlı oluşu gibi iş ilişkisinin özel şartları işçinin birtakım kişilik değerlerinin işverenin hâkimiyet sahasına girmesine yol açmakta, işveren işçinin kişilik değerlerinden yararlanıp bunlar üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili görünmektedir.⁵⁷⁸ Mesela hosteslere belli süre evlenme yasağı getirip aksi davranışı fesih veya cezai şart sebebi sayan sözleşme hükümleri, kılık kıyafet kuralları, işçinin üstünün, dolabının aranabileceğine ilişkin kurallar veya bir amirin odaya girdiğinde çalışanların ayağa kalkması, kendi odasına ceketle ve önelikli girmelerini istemesi hep işçinin kişilik değerleriyle ilgilidir.

İşte işverenin bu hâkimiyetinin insan onuruna yakışır şekilde kullanılması gerekmektedir. İşçiyi koruma ve gözetme borcu, işverenin hâkimiyetini kısıtlamakla yetinmez, ayrıca işverene iş akdi ile bir kısım kişilik değerlerini bir bakıma işverenin hâkimiyetine teslim etmiş işçiyi koruyup gözetme yükümlülüğü de getirir.⁵⁷⁹

Geçici iş ilişkisinde ise ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. Ödünç veren ve ödünç alan işverenin işçiye karşı koruma ve gözetme, işçinin ise her iki işverene karşı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁸⁰

Ayrıca TBK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi ile daha ziyade işçinin çalışması sırasında karşılaşılabilecek tehlikelere karşı korunması temin edilmiş idi.⁵⁸¹

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 339. maddesi de 1972 yılındaki revizyonla değiştirilerek işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu işçinin hayat, sağlık ve vücut

⁵⁷⁷ Aktay/Arıcı/Kaplan, s.149.

⁵⁷⁸ Aktay/Arıcı/Kaplan, s.148.

⁵⁷⁹ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 105, Aktay/Arıcı/Kaplan, s.148.

⁵⁸⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 224 vd.

⁵⁸¹ Aktay/Arıcı/Kaplan, s.149.

bütünlüğünün korunması yanında şeref ve haysiyetinin, özel ve gizli hayat alanlarının, meslekî itibarının yani işçinin kişilik haklarını da kapsayacak şekilde düzenlendi.⁵⁸²

İşverenin sadece işçinin hayat ve sağlığının korunması amacıyla konulmuş iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun hareketleri yeterli sayılamaz.⁵⁸³ Kaldı ki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler zaten iş mevzuatının mutlak emredici kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiştir.⁵⁸⁴ TBK'nun İşçinin Kişiliğinin Korunması başlığı altında sevk edilen 417, 418, 419'ncü maddelerinde işverenin; iş sağlığı ve güvenliğinin yanı sıra işçinin kişilik değerlerinin korunmasına da riayet edip gerekli önlemleri almak, ev düzeni içinde çalışan işçiye yönelik gerekli barınma ve gıda imkânını sağlayıp işçinin kusuru olmadan yakalandığı hastalığı veya gebeliği ve doğum yapması halinde işçiye bakmak ve işçinin kişisel verilerini korumakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. TBK'nun 417/1 maddesinde psikolojik taciz kavramına cinsel tacizle birlikte açıkça yer verilerek işverenin bunlara karşı önlem alma yükümlülüğünden söz edilmiştir.

İşçiyi koruma ve gözetme borcunun genel olarak işçinin kişiliğinin korunması, kişisel bilgilerinin korunması, işçinin servetinin korunması, işçiye boş zaman ve tatil sağlanması, işçiye çalışma belgesi verilmesi ilkelerini kapsadığı belirtilmiştir.⁵⁸⁵

Mobbing bakımından bu yükümlülüklerin tamamı psikolojik taciz aracı olarak kullanılabilir. Ancak iş sağlığı ve güvenliğinden ziyade diğer yükümlülükler daha öncelikli görünmektedir. Çünkü iş sağlığı ve güvenliğine ait kurallar ve denetimi kamusal nitelikte olup küçük ihlallerde dahi işçinin haklı nedenle fesih hakkı doğabilmektedir.

İşverenin işçiyi koruyup gözetme borcu, bizzat işverenin kendisine uygun davranışlar sergileme sorumluluğu yüklediği gibi işvereni işyerinde işçinin diğer çalışanlarca da gözetilmesi, kişilik haklarının ihlâl edilmemesi için gerekli önlemleri

⁵⁸² Aktay/Arıcı/Kaplan, s.149.

⁵⁸³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 339 vd.

⁵⁸⁴ Mollamahmutoğlu; s. 426. Gerçekten de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenin bu borcu İş Kanunu kapsamından da çıkarılarak müstakil ihdas edilen bir kanunla düzenlenmiştir.

⁵⁸⁵ https://www.arbeitgeberbasel.ch/fileadmin/dateien/pdf/recht/Fuersorgepflicht_und_Grenzen.pdf (15.09.2018).

almakla da yükümlü kılar. İşveren, işyerinde çalışanların mobbinge maruz kalmamaları için ahlaka uygun bir düzen sağlamalı, meydana gelen saldırılara göz yummamalıdır.⁵⁸⁶ Bundan ötürü işveren, bizzat kendisinin tacizci olmadığı mobbing hallerinde dahi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçiye karşı sorumlu olabilecektir.

(b) Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcunun hukukî kaynağını Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. maddesindeki eşit davranma ilkesi oluşturmaktadır.⁵⁸⁷ İşçilere eşit davranıp eşit değerdeki işlerde çalışanlara eşit çalışma koşulları uygulama çağdaş iş hukukunun tanıdığı, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur.⁵⁸⁸ Eşit davranma borcu, iş hukukunun en önde gelen ilkelerinden biridir.⁵⁸⁹

Eşit davranma borcu, aynı işyerinin işçilerine karşı üstlenilen, bir işyerinde birden fazla işçinin bulunmasını gerekli kılan ve işverenin kolektif nitelikteki davranışları bakımından ortaya çıkan bir borç olup farklı işverenlere ait işyerleri, hatta aynı işverenin farklı işyerleri bakımından kıyas yoluyla doğmaz ve çalışkan bir işçinin ödüllendirilmesi gibi ferdi bir uygulamada söz konusu olmaz.⁵⁹⁰

Geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin işçiye karşı eşit davranma borcu bulunmaktadır.⁵⁹¹

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde işverenin yukarıda bahsettiğimiz ayrımcılık tazminatı yükümlülüğü doğar. Dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapılamayacağı, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu

⁵⁸⁶ Kantarcı, 111.

⁵⁸⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 400.

⁵⁸⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 400.

⁵⁸⁹ Kantarcı, s. 135.

⁵⁹⁰ Mollamahmutoğlu, s.435.

⁵⁹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 224 vd.

kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı, hüküm altına alınmıştır.

Eşit davranma borcu kapsamında ayrımcılık yapılamayacak olan yasada gösterilmiş işçinin kişisel durumu, cinsiyeti, meslekî durumu, sendika üyeliği gibi hususlar sebebiyle işçi psikolojik tacize maruz kalabilir. Bu hususlar özellikle çalışanlar arasında kutuplaşmaya meydan verebilir. İşçinin bunlara bağlı olarak işveren tarafından mobbinge maruz kalmasının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edeceğinde şüphe yoktur.

İşverence işçiye uygulanan mobbing her halde bu borcu ihlâletmez. Mesela yasada gösterilen hallerin dışında başka bir nedenle işçinin mobbinge maruz kalması, hele ki önceki bölümlerde söz ettiğimiz gibi işçinin kendinden kaynaklanan hatalı ve kusurlu davranışları nedeniyle işçiye mobbing uygulanmasında durum ne olacaktır? Kanaatimizce işverene tazminat sorumluluğu da yükleyen ayrımcılık halleri genişletilmemelidir. Kaldı ki bu hallerde işverenin kolektif bir davranışı da yoktur. Öte yandan bu hallerde eşit davranma yükümlülüğünün ihlâlinden söz etmek yasanın lafzı ve ruhuna da uygun düşmez.

Eşit davranma borcu işverenin bizzat üstlendiği bir borçtur. Başka işçiler tarafından yasal ayrımcılık sebepleriyle yapılan mobbing işverenin kendi borcunu ihlâl etmez. Yasa koyucunun eşit davranma borcunu düzenlerken işverene, işyerinde bu tür ayrımcılığın yaşanmaması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü tahmil etmemesi bilinçli bir tercihtir. Başka işçilerce yasal ayrımcılık sebepleriyle yapılan mobbing halinde, işverenin ancak koruma ve gözetme borcu sebebiyle sorumluluğundan bahsedilebilir.

(c) Hakkın Kötüye Kullanılması

Medeni Kanunumuzun başlangıç hükümlerinde sevk edilen dürüst davranma başlıklı 2. maddesinde, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymaya mecbur olduğu, hukuk düzeninin bir hakkın açıkça

kötüye kullanılmasını korumayacağı düzenlenmiştir. Emredici olan bu hükmü hâkim resen gözetecektir.⁵⁹²

Dürüstlük kuralının içeriği yasada belirlenmiş değildir. Dürüstlük kuralı, namuslu ve dürüst bir insandan beklenecek davranışlara uygun hareket etmeyi, hakkı kullanan veya borcu ifa edenin genel ahlaka, örf ve adete, doğruluğa uygun davranması, ilgili diğer hak sahipleri ile borç ilişkisinin karşı yanının güvenini zedelememesini ifade eder.⁵⁹³

Hakkın kötüye kullanılması ise dürüstlük kuralının bütünleyeni olarak karşımıza çıkar. Hakkın kötüye kullanıldığına tespiti hususunda çeşitli görüşler vardır. Hakkın başkasına zarar verme kastıyla kullanılması gerektiğini savunan sübjektif yaklaşım; hakkın meşru bir amaç için veya sosyal ve ekonomik amacına ya da ahlak ve doğruluk kurallarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığına değer veren objektif yaklaşım, nihayet hakkın başkasına zarar vermeden kullanılma imkânı varken zarar verme amacı güdülerek kullanılmasını arayan ortalama yaklaşım bulunmaktadır.⁵⁹⁴ Medeni Kanunumuzun sisteminde ise hakkın kötüye kullanılmasının şartları; hukuk düzenince tanınan bir hakkın bulunması, hakkın açıkça doğruluk ve güven kurallarına aykırı kullanılması, başkalarının hakkın kullanılmasından zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşmasıdır.⁵⁹⁵

Mobbing kapsamındaki davranışlar, dürüstlük kuralının ihlâli anlamına gelmektedir.⁵⁹⁶ İşverenin yönetim hakkı, yönetim hakkı kapsamında iş koşullarında değişiklik yapması, işçinin borcunun ifasını kabulü mobbing aracı haline dönüşürse dürüstlük kurallarına aykırı şekilde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.

Yönetim hakkı, TBK'nun 399. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak, işverenin işin ifası ve işyeri düzenine ilişkin emir ve talimat vermesidir. Yönetim hakkı iş sözleşmesinin boşluklarını doldurur.⁵⁹⁷ Gerçekten de bağımlılık unsuru gereği hem

⁵⁹² Tınaz/Bayram/Ergin, s.119.

⁵⁹³ Tınaz/Bayram/Ergin, s.119.

⁵⁹⁴ Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 318,319.

⁵⁹⁵ Edis, s. 321,322.

⁵⁹⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s.119.

⁵⁹⁷ Kantarcı, s. 141.

işin ifası hem de işyeri düzenine ilişkin kuralların mevzuat veya sözleşmeyle teker teker belirlenmesi mümkün olmadığı gibi buna gerek de yoktur.⁵⁹⁸ İşveren anlık talimatlarıyla olsun, koyacağı kurallarla olsun işin yapılmasını istemeye yetkili taraf olarak bu hususları tamamlayacaktır. Ancak bu talimatlar kanuna, sair mevzuat hükümlerine, varsa toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı olamaz.⁵⁹⁹ İşçi, işverenin kanuna ve sözleşmelere aykırı olmayan emir ve talimatlarına uymak zorundadır. Yönetim hakkının en önemli sınırı işçinin kişilik hakkıdır.⁶⁰⁰ Mobbing tacizcisi olan işveren yönetim hakkını kötüye kullanmış durumdadır. Bununla beraber iş sözleşmesinin yapısı gereği işveren işçinin bazı kişilik değerlerini etkileyecek emir ve talimatlar verebilir. Mesela işçinin üstünün aranması, sigara yasağı, kılık kıyafet kuralları, yönetim hakkı kapsamında işverenin müdahale edebileceği alanlardır. İş saatleri içinde işçilerin telefon kullanmasının alınan bir kararla işverence yasaklanması, Alman Federal Mahkemesince yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmiş, bu hususun mobbingin unsurlarını taşımadığı isabetle belirtilmiştir.⁶⁰¹ İş koşullarında yapılan değişiklikler de yönetim hakkı kapsamındadır. Hemen belirtmek gerekir ki İş Kanunu'nun 22. maddesinde esaslı değişikliğin yazılı bildirim tabi olduğu ve kabul etmeyen işçiyi bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin yönetim hakkı bakımından da söz konusu olur.⁶⁰²

İşin ifasını kabul meselesine gelince, işçinin bizzat çalışma borcu, özen ve sadakat borcu, işin ifası ile ilgili aldıklarını teslim ve bunlarla alakalı hesap verme borcu, TBK'nun 395,396,397'nci maddelerinde düzenlenmiştir. İşin ve işçinin niteliğine göre her olayın somut şartları mutlaka önemli olsa da genel olarak işverenin işçiden işin gereklerini de aşacak şekilde sınırının üstünde bir özen ve titizlik beklemesi, bu beklentiyi sürekli işçi üzerinde uygulaması, mobbing aracı haline dönüşebilecek ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır.⁶⁰³ Yargıtay bir

⁵⁹⁸ Mollamahmutoğlu, s. 357.

⁵⁹⁹ Mollamahmutoğlu, s. 357.

⁶⁰⁰ Tınaz/Bayram/Ergin, s.119.

⁶⁰¹ Kantarcı, s. 143.

⁶⁰² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 224 vd.

⁶⁰³ Tınaz/Bayram/Ergin, s.119.

kararında; işvereni şikâyet ettikten sonra görevi değiştirilip yaptığı işin sürekli tekrar ettirildiğini iddia eden işçinin mobbing nedeniyle haklı fesih yaptığını kabul eden ilk derece mahkemesi kararını yönetim hakkından bahsederek bozmuştur.⁶⁰⁴Yüksek Mahkeme başka bir kararında ise dokuz ay içinde otuz kez yeri değiştirilen davacıya mobbing uygulandığının kabulü gerektiği gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuş,⁶⁰⁵ buna karşı direnme kararı ise Hukuk Genel Kurulunca bozulmuştur.⁶⁰⁶

(ii) Haksız Fiil Sorumluluğu

Öncelikle belirtmek gerekir ki Medeni Kanunumuzun kişiliğin korunması başlığı altında sevk edilen 23, 24 ve 25'inci maddeleri, kişilik hakkı ihlâline karşı haksız fiil hükümleri ile de ilişkilidir. TMK'nun davalar başlıklı 25/3. maddesinde belirtilen maddi ve manevi tazminat haksız fiil hükümlerine göre talep edilecektir. Çünkü kişiliğin korunmasına ilişkin bu hükümler yönünden ortada bir sözleşme olsa bile kişilik hakkını aşırı kısıtladığından geçersiz olacaktır. İşyerinde psikolojik taciz süreci, evleviyetle mağdurun kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğundan haksız fiil sorumluluğu kapsamında ilk önce Medeni Kanunun kişiliğin korunmasıyla ilgili hükümleri karşımıza çıkacaktır.

Haksız fiilin unsurları, davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır. Borcun kaynaklarından biri olan haksız fiil TBK'nun haksız fiilden doğan borç ilişkileri başlıklı ikinci ayırımında sevk edilen 49-76'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Genel sorumluluğu düzenleyen 49. maddede, kusurlu ve hukuka aykırı

⁶⁰⁴ Yarg. 22. HD 16.01.2018 tarih, E. 2017/9604, K. 2018/181 “Davacının 2008-2009 yılları arasındaki işverenini şikâyet tarihinden sonra işyerinde yaklaşık 5 yıl süreyle çalışmasına devam ettiği ve bu arada yenilenen hizmet alım ihaleleri nedeniyle 5 defa alt işveren değişikliği olduğu gözetildiğinde, bu kadar süreyle devamlı mobbing uygulandığı iddiası hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Ayrıca, davacının görev yerinin değiştirilmesi, yaptığı işin beğenilmeyip tekrar yapmasının istenilmesinin yönetim hakkı kapsamında kaldığı, davacı tanıklarının işverenin kendilerine de aynı şekilde davrandığını beyan etmeleri birlikte değerlendirildiğinde, davacıya yönelik psikolojik baskı iddiasının ispat edilemediği açıktır.” (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

⁶⁰⁵ Yarg. 9 HD 28.02.2012 tarih, E. 2009/30916, K. 2012/6093 “Somut olayda, 56 yaşında evli bir kadın olan davacının, 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ve farklı illerde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.(...) Görüldüğü üzere, davalı avukatın maruz kaldığı bu durum psikolojik taciz mahiyetinde olup bu yolla davacı avukatın istifa ya da emekliliği tercih etmesi sağlanarak işyerinden ayrılması amaçlanmaktadır.” (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

⁶⁰⁶ Yarg. HGK 25.09.2013 tarih, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

bir fiille başkasına zarar verilmesi, zarar veren fiili yasaklayan bir hukuk kuralı olmasa bile bu fiilin ahlaka aykırı olması ve kasten işlenmesi hallerinde zarar verenin zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

İşverenin mobbing nedeniyle hukukî sorumluluğu meselesinde iş kazasında olduğu gibi, işverenin gözetim borcu bakımından borca aykırılık sorumluluğu ile; taciz türünden davranışların ve bütün halde mobbingin aynı zamanda kişilik haklarına saldırı niteliğinde olması sebebiyle haksız fiil sorumluluğu yarışacaktır. Aslında kişilik hakkını özel olarak koruyan Medeni Kanun hükümleri hiç olmasa bile mobbing, doğrudan TBK hükümlerine göre de haksız fiil teşkil etmektedir. İşveren hem iş akdi kapsamında sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre, hem de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

(iii) İşverenin Başka İşçilerden Gelen Mobbing Nedeniyle Sorumluluğu

Mobbingin hiyerarşik açıdan çeşitlerini açıklarken üstün asta düşey, astın üstü dikey ve aynı konumdakilerin birbirine yatay olmak üzere sınıflandırıldığını ifade etmiştik. İşyerindeki psikolojik taciz sürecine işveren hiç katılmamış da olabilir. Ancak işverenin bizzat kendisinin tacizci olmadığı, işyerindeki işçilerin birbirlerine uyguladığı mobbing hallerinde bile sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu husus borca aykırılık ve haksız fiil sorumluluğu halleri için ayrı ayrı ele alınacaktır.

Önceden açıklandığı üzere işveren, işveren vekilinin uyguladığı mobbingten her halde doğrudan sorumlu olacaktır.⁶⁰⁷ Aşağıdaki açıklamalar işverenin, işveren vekili durumunda olmayan işçilerinin uyguladığı mobbingten sorumluluğu içindir.

(a) Borca Aykırılık Sorumluluğu Kapsamında

İşverenin işçiyi koruyup gözetme borcu, bizzat işverenin kendisine uygun davranışlar sergileme sorumluluğu yüklediği gibi işvereni işyerinde işçinin diğer çalışanlarca da gözetilmesi, kişilik haklarının ihlâl edilmemesi için gerekli önlemleri almakla da yükümlü kılar. İşveren, işyerinde çalışanların mobbinge maruz kalmamaları için ahlaka uygun bir düzen sağlamalı, meydana gelen saldırılara göz

⁶⁰⁷ Tınaz/Bayram/Ergin s. 103.

yummamalıdır.⁶⁰⁸TBK'nun 417. maddesinde işverenin mobbingi önlemesi için gereken bütün tedbirleri almakla yükümlü olduğu, bundan doğan zararlarda sözleşme hükümlerine göre sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. İşveren, bizzat kendisinin tacizci olmadığı mobbing hallerinde dahi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçiye karşı sorumlu olacaktır.

Ancak işveren kusuru bulunmadığını ispatlarsa TBK'nun 112. maddesi uyarınca sorumluluktan kurtulur. Mobbing nedeniyle hukukî sorumlulukta kusur arandığından⁶⁰⁹ işverenin kusurunun bulunmadığı hallerde sorumluluğu da doğmayacaktır.

Bir borç ilişkisinde borçlu, borcun varlığını bilmediği veya bilmemekte mazur olduğunu, borcun ifa edilmemesinin alacaklı yüzünden ileri geldiğini, yine gerekli bütün özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.⁶¹⁰

Bu nedenle, mesela subjektif mobbingte olduğu gibi tacizin niteliği gereği işverenin mobbingi gözlemlemesi mümkün olmaz veya tacizin süresi, işletmenin büyüklüğü gibi sebeplerle işverenin durumdan haberi olmaz ya da işçi işverene hiçbir bildirim veya şikâyet getirmez ise işverenin kusurunun bulunmadığı kabul edilebilecektir. Mağdur işçinin mobbingin önlenmesi için alınan tedbirlere uymaması hali de en azından birlikte kusur kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak tacizci işçilerin bu tedbirlere uymaması işverenin kusurunu etkilemez. İşveren yönetim hakkı kapsamında tedbirlere riayet edilmesini sağlamalıdır.

Nihayet kabul etmek gerekir ki işçinin dışlanması, ağır ve onur kırıcı tevatürlere yol açılmadıkça dedikodusunun yapılması, sözünün kesilmesi, davet edilen yerlere çağırılmaması gibi tacizleri önlemek için işverenden bir önlem alması beklenemez. Zira bu, işverenin yönetim hakkını da aşar. İşverenin alacağı önlemler, işçinin kişilik hakkını korumaya yönelik olmalıdır. Yargıtay bir kararında, sosyal medya üzerinden başka bir işçiye cinsel taciz yapan ve bu sebeple yargılanıp ceza alan işçinin mağdurla karşılaşmayacak şekilde görev yeri ve vardiyasının değiştirilmesini yeterli görerek,

⁶⁰⁸ Kantarcı, 111.

⁶⁰⁹ Erkal, s.142.

⁶¹⁰ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 415, 416.

mağdur işçinin işverene açtığı manevi tazminat davasının kabulüne yönelik ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.⁶¹¹

Bu noktada Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın verdiği iki kararın açıklanması gerekmektedir. İlk olarak,

Avrupa Birliği Parlamentosu'nda Mayıs 2014 tarihinde görev süresi sona erecek olan bir milletvekili, 2013 Kasımında bir hafta işe gelmemesi nedeniyle asistanının iş sözleşmesinin feshedilmesini istemiştir. Asistan mahkemeye başvurmuştur. Mahkemece yapılan yargılamada; asistanın evvelce milletvekilini Parlamento Başkanlığı'na kendisine mobbing uygulaması nedeniyle şikâyet ettiği ancak Başkanlığın stres altındaki çalışmalarda bu tarz davranışın doğal olduğunu belirterek şikâyeti reddettiği anlaşılmış, dinlenen tanıklar milletvekilinin görev süresi boyunca asistanına sürekli bağırdığı, aşağıladığı, azarladığı ve tehdit ettiğini beyan etmiştir. Mahkeme; mobbingten söz edebilmek için kişiliğin maddi veya manevi bütünlüğüne yönelmiş, tesadüfi olamayacak, kasıtlı, tekrar edilen, sistematik olarak sürdürülen ve uzunca bir zaman aralığına yayılan davranışlar, sözlü veya yazılı ifade biçimlerinin bulunması gerektiği, olayda milletvekilinin görev süresi içinde asistanına gerçekleştirdiği davranışların mobbing niteliğinde olduğu, stres altında çalışılmasının bu tarz davranışları haklı çıkarmayacağı gibi bir milletvekiline de bu davranışların

⁶¹¹ Yarg. 22. HD 31.10.2017 tarih, E.2017/9255, K.2017/23593 “Davacının davalıya göndermiş olduğu 03.02.2014 tarihli ihtarla göre; davalı işyerine bu rahatsızlığını daha önceden bildirdiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında yapılan incelemeye göre; davacının davalıya ilk kez 21.01.2014 tarihinde ihtarla işyeri çalışanı olan şahıs hakkında suç duyurusunda bulunduğunu belirterek gerekli işlemin yapılmasını talep etmiştir. Davacının itirazı olmayan, davalı beyanlarına göre de davacı ilk kez sözlü olarak 2013 yılı Ocak ayında maruz kaldığı taciz olayını amirlerine bildirdiği, bildirim itibariyle de davalı tanık beyanına ve ihtarındaki bilgilere göre dava dışı şahsın çalışma yerinin değiştirildiği, yine tanık beyanlarına göre yemek saatleri ve binaların dahi farklı olduğu bildirilmiştir. Davacı ise bu konuda tanık dinletmemiştir. Tüm olay süresince davalıya yapılan bildirim akabinde davalı işyerinin gerekli değişikliği yapmış olduğu, davacının 2013 yılı Ocak ayından 2014 Ocak ayına kadar davalıya başka herhangi yazılı bir şikâyeti olmamıştır. Hal böyle olunca da davacının gerekli sorumluluğunu bildirilen tarihten itibaren yerine getirdiği kabul edilmelidir. Fesih konusu tacizin şekli itibariyle sosyal medya aracılığı ile yapılmış olması, davacının yaşamış olduğu/olacağı psikolojik sorunlar ile elem ve acı sebebi ile, manevi tazminatın oluşumuna davalı işyerinin doğrudan yada dolaylı etkisi bulunmamaktadır. Mahkemece yazılı sebeplerle manevi tazminatın reddi gerekirken kabülü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (www.uyap.gov.tr, 02.03.2019).

yakışmayacağı, Parlamento'nun çalışanların sağlık ve onurunu korumakla görevli olduğunu belirterek Parlamento aleyhine 10 bin Avro tazminata hükmetmiştir.⁶¹²

Mahkeme'nin bir diğer kararında ise mağdur, Avrupa Merkez Bankası'nda 01.04.2008 tarihinden beri uzman olarak çalışmaktadır. 2014 Ekiminde göreve başlayan ve iki yıl birlikte çalıştıkları yeni müdürün kendisini gerekçesiz şekilde yönetici pozisyonundan aldığı, karalama ve suçlamalarda bulunduğu, bazı bilgileri sakladığı, eşit davranmadığı, agresif ve kaba davrandığı iddiasıyla mağdur, müdürü yönetime şikâyet etmiş, yönetim mağduru haklı görerek müdürün mağdurdan özür dilemesini ve ilgili birimce müdürün vasıf ve üslubunun incelenmesini, ancak mağdurdan bütün bunların gizli kalmasını istemiştir. Mahkeme, yönetimin gerekli önlemleri aldığını kabul etmiş, ancak çalışana yapılan gizlilik uyarısının mobbing nedeniyle hak talep edemeyeceği anlamına geldiği, böyle bir uyarının hukuka uygun olmadığı gerekçeleriyle Banka aleyhine tazminata hükmetmiştir.⁶¹³

Görüldüğü üzere her iki olayda da mobbing tacizcisi değil, işveren konumundaki Parlamento ve Banka sorumlu tutulmuştur. Özellikle Bankanın sorumlu tutulduğu olayda tazminatın sebebi mobbinge karşı gerekli önlemlerin alınmaması değil, mağdura gizlilik uyarısı yapılarak yasal yollara başvurmamasının engellenmek istenmesidir.

(b) Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında

İşverenin yanında çalıştırdığı işçinin davranışından kaynaklanan sorumluluğundan bahsederken adam çalıştırmanın sorumluluğu ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk incelenmelidir.

Öncelikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK'nun 116. maddesi uyarınca "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına*

⁶¹² 13.07.2018 tarih, T. 275/17 https://www.kostenlose-urteile.de/Gericht-der-Europaeischen-Union_T-27517-und-T-37717_Schadenersatz-in-Hoehe-von-10000-Euro-fuer-Mobbing-Opfer.news26172.htm (10.01.2019).

⁶¹³ 13.07.2018 tarih, T. 377/17 https://www.kostenlose-urteile.de/Gericht-der-Europaeischen-Union_T-27517-und-T-37717_Schadenersatz-in-Hoehe-von-10000-Euro-fuer-Mobbing-Opfer.news26172.htm (10.01.2019).

kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür....” Bu maddedeki düzenlemede zikredilen sorumluluk şartları; borçlu ile zarar gören alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması, borçlunun yine borç ilişkisinden kaynaklanan borcun ifası veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye yaptırmış olması, hakkın kullanılması veya borcun ifasının yardımcı işçiye tevdiinin caiz olması, yardımcı kişinin kendisine verilen işi gördüğü sırada zarar vermiş olması ve yardımcı kişinin davranışının borçluya farazi bir kusur olarak yükletilebilmesidir.⁶¹⁴

Borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması borca aykırı ise bu hüküm uygulanamaz. Bu halde borçlu esasen TBK'nun 112. maddesine göre sorumlu olur.⁶¹⁵ İşverenin işçiye olan borcunu başkaca kişilere ifa ettirmesi mümkün değildir. Bu sebeple başka işçilerden gelen mobbing nedeniyle işverenin TBK'nun 116. maddesine göre sorumluluğu doğmaz. Bu hükmün psikolojik taciz sürecinin üçüncü kişilerden gelmesi halinde üçüncü kişileri yardımcı olarak bulunduranlara karşı uygulanabileceğinden bahsedilmiştir.⁶¹⁶ Ancak üçüncü kişiler iş ilişkisine dâhil olmadığından bu halde ortada mobbing yoktur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ise, TBK'nun 66. Maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür....*” Bu maddenin uygulanma şartları ise; zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılığın yanı sıra çalıştıranla yardımcı kişi (çalışan) arasında çalıştırma (bağımlılık) ilişkisinin bulunması, zararın yardımcının işi gördüğü sırada hukuka aykırı bir davranışla meydana gelmiş olması ve çalıştıranın

⁶¹⁴ Eren, s. 1070 vd.

⁶¹⁵ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 422.

⁶¹⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s. 103.

kurtuluş kanıtı getirememesidir.⁶¹⁷ Görüldüğü gibi maddenin uygulanması bakımından adam çalıştırmanın kusurlu olması gerekmemektedir.⁶¹⁸ Bu husus, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda *“Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesi hükmünce adam kullananın tazminat ile mesul tutulabilmesi için kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusurunun kanuni şartlardan bulunmadığına...bir muhalif reye karşı 48 reyle...karar verildi.”*⁶¹⁹ şeklinde ifade edilmiştir. İşte adam çalıştırmanın sorumluluğu, kusurun aranmadığı bir sebep sorumluluğudur.

İşverenin, başka işçisinden gelen mobbing nedeniyle bu maddeye göre sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu için öncelikle zarar ile işin görülmesi arasında tesadüfi nitelikte bir zaman ve yer ilişkisini aşan işlevsel bir bağ bulunmak zorundadır.⁶²⁰ İşçinin çatıdaki kiremitleri aktarırken düşürüp birisine zarar vermesi halinde işlevsel bağ vardır, ancak kiremiti kasten birisine fırlatırsa işlevsel bağdan söz edilemeyecektir.⁶²¹ Bir görüşe göre psikolojik taciz niteliğindeki eylemler ile görülen iş arasında işlevsel bağ bulunmamaktadır, iş psikolojik taciz türünden eylemler için vesiledir.⁶²² Ancak bir diğer görüşe göre mobbing faili işçinin yaptığı iş, vesile olmaktan daha önemli bir işleve sahiptir.⁶²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, iş sırasında iki işçinin kavga etmesi nedeniyle bir başka işçinin yaralanması sonucu uğradığı zarardan işverenin sorumlu tutulamayacağına karar verilmiş, bu işçilerin zarar doğuran eylemleri ile işverene yaptıkları işin bir ilgisi olmadığı belirtilmiştir.⁶²⁴ İşverenin sorumluluğunun doğabilmesi için işçilerin birbirine verdiği zarar, işin yapılması sırasında ve hizmetle ilgili olmalıdır.⁶²⁵ Gerçekten de kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sahibinin sorumluluğu başlıklı 55. maddesinde yardımcı kişinin (çalışanın) hizmetle ilgili veya işletmeyle ilgili ikaları nedeniyle sebep olduğu zararlardan bahsedilmektedir. Mobbing halinde sıradan bir

⁶¹⁷ Eren, s. 618 vd.

⁶¹⁸ Tınaz/Bayram/Ergin s. 104.;

⁶¹⁹ Yarg. İBK 27.03.1957 tarih, E. 1957/1, K. 1957/3 (İlhan Helvacı, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011, s. 174).

⁶²⁰ Eren, s. 622 vd.

⁶²¹ Eren, s. 622 vd.

⁶²² Tınaz/Bayram/Ergin s. 104.

⁶²³ Tınaz/Bayram/Ergin s. 104.

⁶²⁴ Yarg. HGK 05.12.1962 tarih, E.1962/4-134, K.1962/102 (Eren, s. 626).

⁶²⁵ Nihat Yavuz, *Açıklamalı-Yorumlu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara 2011, s. 114.

haksız fiilde olduğu gibi anlık ve ani bir eylem bulunmasa da mobbing uygulayan saldırganın gerçekleştirdiği tacizlerin işverene olan hizmet borcu ile fonksiyonel bir bağlılık içinde olduğundan bahsetmek kanaatimizce hatalı bir yorum olur. İşçilerin kavga etmesi, birbirine hakaret etmesi, birbirini tehdit etmesi veya birbirinden hırsızlık yapmaları gibi kasıtlı zararlandırıcı eylemlerinde nasıl ki işverenin sorumluluğu dűřünülemez ise, işverenin işçilerin uyguladığı mobbingten adam alıştıranın sorumluluğuna göre mesul tutulması da mümkün değildir. Nitekim, mobbing nedeniyle işverenin kusursuz sorumluluğu olmadığı belirtilmektedir.⁶²⁶

Sonuç olarak, işvereni başka işçiden gelen mobbing nedeniyle kusurunun aranmadığı sebep sorumluluğuna göre mesul tutmak mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki yukarıda açıklandığı üzere işverenin borca aykırılık kapsamında başka işçiden gelen mobbing nedeniyle sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak bu halde de işverenin kusuru aranacaktır.

(b) İşveren Olmayan Tacizcinin Sorumluluğu

İşveren olmayan tacizcinin mobbing nedeniyle mağdura karşı sorumluluğu, yine kendisinden gelen mobbing nedeniyle mağdura karşı sorumlu tutulan işverene karşı sorumluluğu bu başlık altında incelenecektir.

(i) Borca Aykırılık Sorumluluğu

İşveren olmayan tacizci, işveren vekili veya işverenin başkaca işçisi olabilir. İşverenin sorumluluğundan bahsederken açıkladığımız üzere işveren vekilinin mobbinginden bizzat işverenin kendisi sorumlu olacaktır. İşverenin işveren vekili olmayan işçisinden gelen mobbing nedeniyle de mağdura karşı sorumlu tutulması mümkündür.

İlk olarak işveren olmayan tacizcilerin mağdur işçiye karşı sorumluluklarının kaynağı değerlendirilmelidir. İşçiler aynı işyerinde çalışmaktadırlar. Bu nedenle aralarında iş ilişkisi de bulunmaktadır. Fakat iş sözleşmesi veya hizmet akdi, TBK'nun 393. maddesinde tanımlandığı üzere işçi ile işveren arasında olup iş sözleşmesinden

⁶²⁶ Erkal, s. 142.

doğan hak ve borçlar işçi ile işveren arasında sonuç doğurur. Eş deyişle işçiler arasında iş sözleşmesinden doğmuş bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Şu halde tacizci işçilerin mağdura karşı sorumluluğu borca aykırılık sorumluluğu değil, haksız fiil sorumluluğu niteliğindedir.

Burada akdin koruyucu etkisi üzerinde durulmalıdır. Akdin koruyucu etkisinde, aslında bir haksız fiil zararının akdî sorumluluk hükümlerine göre giderimi söz konusudur.⁶²⁷ Sözleşme ile taraflar karşılıklı güven ilişkisi içinde bir temasa girerler. Sözleşen taraflar birbirlerinin sözleşme ile amaçlanan edimden başkaca menfaatlerini de dürüstlük kuralı gereği korumak zorundadır.⁶²⁸ Mesela bir lokanta sahibi, müşterinin unuttuğu eşyayı görür veya bu eşya kendisine teslim edilirse bunu korumak zorundadır. Sözleşenlerin bu koruma ve menfaatlere uygun hareket etme yükümlülüğu, birbirlerinin koruma alanında bulunan kişiler için de geçerlidir. Burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisi karşımıza çıkar.⁶²⁹ Mesela düzgün şekilde monte edilmeyen kitaplık devrilir ev sahibinin çocuğuna zarar verirse, yine tüpün düzgün bağlanamaması sebebiyle çıkan yangından apartmandaki komşular da zarar görürse, sözleşme hükümlerine göre sorumluluk doğacaktır.⁶³⁰ Burada borç ilişkisi, borçlu ile sözleşmeye katılmadığı halde diğer tarafın koruma alanında bulunan zarar gören arasında doğar.⁶³¹ İş sözleşmesinde bütün işçiler işverenin koruma alanındadır. Öyle ki bir işçinin diğerine sataşması, cinsel tacizde bulunması, İş Kanunu'nun 25. maddesinde işveren bakımından sözleşmenin haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Demek ki yasa işçiye, işverenin başka işçilerine ahlak ve adaba uygun davranma yükümlülüğu getirmiştir. Bu sebeple işçilerin bir diğer işçiye uyguladığı mobbing nedeniyle, akdin koruyucu etkisi kapsamında sözleşme sorumluluğu doğabileceği kanaatindeyiz.

Öte yandan TBK'nun 400. maddesinde işçinin kusuru ile işverene verdiği her türlü zarardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. O halde tacizci işçi, mobbing süreci kapsamında işverenin uğradığı bütün zararları da borca aykırılık sorumluluğuna göre

⁶²⁷ Hatemi/Gökyayla, s. 127.

⁶²⁸ Eren, s. 40 vd.

⁶²⁹ Eren, s. 42 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 20.

⁶³⁰ Eren, s. 42 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 127.

⁶³¹ Eren, s. 42 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 20 vd.

tazmin edecektir. İşverenin başka işçisinin mobbinginden adam çalıştırmanın sorumluluğu nedeniyle haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması halinde, açacağı rücu davasında çalışanın sorumluluğu çalıştırıcı ile arasındaki hukukî ilişkiye göre belirlenecek, yani bu halde de işçi işverene karşı borca aykırılık nedeniyle sorumlu olacaktır.

Daha önce de belirtildiği gibi, işçilerin bir başka işçiye mobbing uygulaması işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi olacaktır. Bunun dışında işçilerin özen ve sadakat borcu, düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu ve hakkın kötüye kullanılması, mobbing aracı haline dönüşebileceğinden bu kavramlar üzerinde durmak gerekecektir.

(a) Özen ve Sadakat Borcu

Özen ve sadakat borcu, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun koşutudur.⁶³²TBK'nun 396. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlü bulunduğu düzenlenmiştir. Bunların dışında, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı, kendi işvereni ile rekabete girişmeyeceği, işi gördüğü sırada öğrendiği özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanıp başkalarına da açıklayamayacağı, işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi sır saklamakla yükümlü bulunduğu düzenlenmiştir.

Geçici iş ilişkisinde ödünç veren işverenin işçi arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. Ödünç alan ve ödünç veren işverenin işçiye karşı koruma ve gözetme, işçinin ise her iki işverene karşı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶³³

⁶³² Aktay/Arıcı/Kaplan, s.149.

⁶³³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 224 vd.

İşçi, işe ve iş araç gereçlerine karşı özenli, işverenin menfaatleri bakımından sadakatli davranmaya mecburdur. İşçilerin birbirine yaptığı mobbing, tacizciler bakımından kanaatimizce işverene karşı sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Çünkü bu halde işverenin mağdura karşı sorumluluğu doğabilecektir.

Tacizci işçinin mobbing mağduru amirini veya diğer çalışanları zor duruma düşürmek için işine veya işyeri araç gerecine özensiz veya işverenin menfaatlerine sadakatsiz hareketleri, eş deyişle özen ve sadakat borcunu mobbing aracı haline getirmesi işverene karşı sorumluluğunu doğuracaktır. İşveren, tacizci işçinin mobbingi nedeniyle mağdura karşı işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında sorumlu tutulursa, kanaatimizce tacizci işçi de işverene karşı özen ve sadakat borcu gereği sorumlu olacaktır.

(b) Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu

Düzenleme ve talimatlara uyma borcu, işçinin, işverenin yönetim hakkının koşutudur.⁶³⁴TBK'nun 399. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işçi; işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili yapacağı genel düzenlemelere ve işçilere vereceği özel talimatlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.

Tacizci işçi, düzenleme ve talimatlara aykırı hareketleri mobbing aracı haline getirirse, bundan işverene karşı sorumlu olacaktır.

(c) Dürüstlük Kuralı

İşverenin sorumluluğundan bahsederken dürüstlük kuralı ile ilgili yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir. İş Kanunu'nun işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan 25. maddesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlıklı 2. fıkrasının "c" bendinde işçinin başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması, "d" bendinde ise başka bir işçiye sataşması işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi olarak gösterilmiştir.

⁶³⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 290.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller, fıkranın başındaki “ve benzerleri” ibaresiyle genişletilebilir.⁶³⁵ İşçiye sataşmak, cinsel tacizde bulunmak haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlendiğine göre işçiye mobbing uygulanmasının da haklı nedenle fesih sebebi olduğu zaten kabul edilmektedir.⁶³⁶

Bu kapsamda tacizci işçi, dürüstlük kurallarına aykırı hareketi nedeniyle işverene karşı borca aykırılık sorumluluğu kapsamında sorumlu olacaktır.

(ii) Haksız Fiil Sorumluluğu

Tacizci işçilerin mağdura karşı, mobbingten ötürü borca aykırılık nedeniyle akdin koruyucu etkisi kapsamında sorumlu tutulabileceğinden yukarıda bahsettik. Tacizci işçiler, aynı zamanda TMK’nun kişiliğin korunması ve TBK’nun haksız fiile ilişkin hükümleri kapsamında mağdura karşı sorumlu tutulabilirler.⁶³⁷

Öte yandan mobbing nedeniyle bizzat işverenin de zarar görmesi halinde tacizcilerin işverene karşı borca aykırılık yanında haksız fiil sorumluluğu da doğacak, tıpkı işverende olduğu gibi, bu sorumluluklar yarışacaktır.

(c) İdare Hukuku Kapsamındaki İş İlişkileri

Mobbing yalnızca özel hukuk çevresindeki iş ilişkileri için geçerli bir olgu değildir. İdare hukuku çevresindeki iş ilişkileri bakımından da mobbing söz konusudur. Ancak kamu kurumlarında işçi statüsünde çalışanlar ile idare arasındaki iş ilişkisi özel hukukun kapsamı içindedir. Bu başlık altında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında bulunan memur, sözleşmeli veya geçici personel ile yine özel kanunlarla kamu hukuku çevresinde çalışanların durumu incelenecektir.

Öncelikle kamu hukuku çevresindeki çalışmalarda bir iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple mobbing nedeniyle tazminat sorumluluğunun dayanağı haksız fiil hükümleri olacaktır.

Mobbing nedeniyle açılacak tazminat davaları hem adli yargıda, hem de idari yargıda görülmektedir. Bundan başka kişiliğin korunmasına yönelik önleme,

⁶³⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 473 vd.

⁶³⁶ Kantarcı, s. 205.

⁶³⁷ Erkal, s. 142.

durdurma ve tespit davalarının açılmasına da bir engel bulunmamaktadır. İdari yargıda ancak iptal veya tam yargı davası açılabilirdiğinden saldırıya yönelik davalar adli yargıda görülür. İdari işlemin iptali davasında yürütmeyi durdurma kurumu, durdurma davası ile karıştırılmamalıdır. Memurun görev yeri değişikliği mobbing aracı olarak kullanılırsa saldırının durdurulması davası ile tayine adli yargı mahkemesince engel olunması düşünülemez. Çünkü idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi idari yargının görev alanına girmektedir.

Yargı kararları incelendiğinde, kamu hukuku çevresindeki iş ilişkilerinde yargı kolunun görev alanıyla ilgili kanaatimizce şu tespitleri yapmak mümkündür: Kişilerin şahsi kusurundan ziyade yer değişikliği, disiplin cezaları, mahkeme kararlarının uygulanmaması gibi somut idari işlem ve eylemlerin mobbing aracı olarak kullanılması söz konusu ise idare aleyhine, idari yargıda tam yargı davası açılacaktır.⁶³⁸ Ancak somut olan idari işlem ve eylemlerden öte kişiler ön plana

⁶³⁸ Dn. 8. D. 28.06.2018 tarih, E. 2012/5245, K. 2018/3740 “Kamu kurum ve kuruluşlarında psikolojik tacizin (mobbing) görülüş şekilleri dikkate alındığında; ilgililerin mobbinge maruz kaldıkları yolundaki iddiaları, psikolojik tacizin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, çalışma hayatı içerisinde rencide edilmesi suretiyle doğrudan kamu görevlisinin kişisel davranışlarıyla gerçekleşmesi halinde, kişisel kusur kapsamında doğrudan kamu görevlisi aleyhine açılacak tazminat davaları adli yargıda; kurum ve kuruluşlar içerisindeki hiyerarşi ilişkisinden kaynaklı olarak kamu görevlisi tarafından, görev ve yetkisinde olan idari işlemlerin hukuka aykırı olarak tesisi suretiyle (hukuka aykırı olarak verilen ve süreklilik arz eden disiplin cezaları, atama, atamama ve nakile ilişkin işlemler, ders görevlendirmesine yönelik tesis edilen işlemler, geçici görevlendirme vb.) çalışanın baskı altına alınarak yıldırlması halinde görev kusuru kapsamında doğrudan idare aleyhine idari yargıda açılacak tazminat davaları ise idari yargıda görülecektir.(...)”

Bu durumda; davacı tarafından çalıştığı kurumun kendisi hakkında tesis ettiği ve açılan dava sonucunda iptaline karar verilen görevden çekilmiş sayılmasına dair işlem ile bu işlemin öncesi ve sonrasında benzer nitelikte tesis edilen disiplin cezası tesisine yönelik işlemlerden dolayı, kişilik haklarının, meslekî kariyerinin, haysiyet ve şerefının etkilendiği ve manevi zarara uğradığı iddiasıyla görülmekte olan davanın açıldığı dikkate alındığında; dava dilekçesindeki iddialar çerçevesinde görev kusuru kapsamında psikolojik tacizin (mobbing) olup olmadığının tartışılması, davacının maruz kaldığı mobbingin varlığının Mahkemece tespiti halinde, davacının duyduğu elem ve üzüntü de dikkate alınarak olayın bir bütün olarak incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken...” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Dn. 8. D. 16.11.2017 tarih, E. 2015/13913, K. 2017/8123 “Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Bölümünde öğretim görevlisi olarak görev yapmakta iken emekli olan davacı tarafından, 2010-2014 yılları arasında hakkında sürekli disiplin soruşturmaları açılarak cezalar verildiği, ... Eğitim Fakültesine görevlendirilerek çalışma ortamından uzaklaştırıldığı ve kuruluş geliştirme ödeneğinin %35 olarak ödenmesi gerekirken bu yer değiştirme sebebiyle % 15 olarak ödendiği, emeklilik sürecinin 9 ay sürüncemede bırakılarak emekli aylığını almasının geciktirildiği, bu 9 aylık süre zarfında banka kredileri ödemelerinde 3 ay üst üste temerrüde düştüğü ve banka tarafından asıl alacak ile 851,68 TL faiz ödemesi ile karşı karşıya bırakıldığı, ders karşılığı yapılan ödemelerde asgari haddin yararlandırıldığı, emeklilik

çıkıyorsa adli yargı görevli olacaktır. Belli kişi ya da kişilerin kasıtlı tutumları varsa ve bu kişiler idari nüfuzunu kötüye kullanarak mobbing aracı haline getiriyorsa adli yargıda idare aleyhine dava açılacaktır.⁶³⁹ Bütün bu hususların belirlenmesinde aslında dava dilekçesinin içeriği önem taşır. Mobbing nihayetinde kasıtlı bir tutum ve zalimane niyet gerektiren bir olgudur. Mağdur dava dilekçesinde mobbing olgusunu tacizci üzerinde somutlaştırmamış, sadece yıldırmaya yönelik idari işlem ve eylemlerden bahsedip idareye husumet yönelttiyse idari yargıya başvuracaktır. Ancak tacizciyi kişi olarak belirlemiş, onun şahsi kasıtlı tutumundan bahsetmiş ise adli yargıya müracaat edecektir.

Mobbing nedeniyle adli yargıda açılacak tazminat davasında husumet tevcihi ayrı bir sorundur. Acaba bu davada husumet idareye mi yoksa mobbing tacizcisi kamu görevlisine mi tevcih edilmelidir? 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 2670 ve 3657 sayılı yasalarla değişik 13. maddesinde, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı kişilerin bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları, kurumun ise genel hükümlere göre sorumlu personeline rücu hakkının saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ilk akla gelen, husumetin idareye yöneltileceğidir. Ancak burada kişisel kusur ve

öncesi bir tebligat yapılmadığı ve tarafına idarece ödenen 3.856,35 TL maaşının faiz ve vekâlet ücretiyle 4.528,37 TL olarak geri istendiği, bu ödemede kendisine atfedilecek bir kusur olmadığı halde fazla geri ödeme yapmak zorunda bırakıldığı, "..." başlıklı bilimsel projesinin kasıtlı olarak desteklenmediği ve bu sebeplerden açılan davalarda hukuka aykırı işlemlerin iptal edilmesine rağmen idarenin mahkeme kararlarını yerine getirmediği ve bu projeyi kendi imkânlarıyla tamamlamasına rağmen yaptığı masrafları idareden alamadığı iddiası ile 40.000,00 TL maddi, yaşadığı bütün bu süreç itibarıyla kendisine mobbing uygulandığı, yaşadığı elem ve üzüntü sebebiyle 10.000,00 TL manevi zararın tazmin edilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Manevi tazminat istemi açısından;

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe usul ve kanuna uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmamaktadır." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶³⁹ Yarg. HGK 17.01.2018 tarih, E. 2017/4-1433 K. 2018/49. "Sonuç olarak, Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

hizmet kusuru ayırımı karşımıza çıkmaktadır. Maddenin “kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili” şeklindeki lafzı, kamu görevlisinin ifa ettiği kamu görevi ile fonksiyonel bir bağlılık içinde bulunmayan, tamamen şahsi kusurundan kaynaklanan eylemlerinden idarenin sorumlu tutulmasına engeldir.

Yargıtay’ın son ve yerleşik uygulamasına göre şayet tek başına idare hukukundan doğan yetkiler mobbing aracı olarak kullanılmış ise bu takdirde husumet idareye yöneltilir.⁶⁴⁰ Görüldüğü gibi mobbing tacizcisi olan kamu görevlisinin keyfi ve kötüniyetli tutumu ile idari işlem tesis etmesi, sonucu değiştirmemektedir. Mühim olan, neticede idareden sâdır bir işlemle mobbingin gerçekleştirilmesidir. Ancak tacizcinin kişisel eylemleri de mobbinge katılmışsa, idareye değil, mobbing tacizcisi kamu görevlisinin kendisine husumet yöneltilecektir. Mesela tacizci sert ve kaba davranıyorsa, çalışanın dedikodusu yapıyorsa, cinsel taciz söz konusu ise, bunun gibi ilk bölümde incelenen tacize örnek davranışların tek başına veya idari yetkilerin kötüye kullanılmasıyla birlikte gerçekleştirilmesi halinde, kişisel kusurun varlığı ile husumetin idareye değil kamu görevlisinin şahsına yöneltileceği kabul edilmektedir.⁶⁴¹ Huzurevi müdürü olarak çalışan davacının, il müdürü olan davalı

⁶⁴⁰ Yarg. HGK 16.11.2016, E. 2014/4-1334 K. 2016/1067 “...somut olay değerlendirildiğinde; ... Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Biyoloji Bölümü’nde profesör olarak çalışan davacının, aynı üniversitede dekan ve bölüm başkanı olan davalılar tarafından, usulsüz müracaat ve şikâyetle bulunma, görevini işbirliği içerisinde yapmama, sağlık raporunu ibraz etmeme ve raporlu olduğu halde ek ders ücreti alma fiilleri nedeni ile soruşturma açıldığını, girdiği bazı derslerin kendisinden alındığını ve başka bir hocaya verildiğini, derslerinin günün geç saatlerine konulduğunu ve profesörlüğünün engellenmeye çalışıldığını belirterek ve davalıları hasım göstererek eldeki tazminat davasını açtığı anlaşılmaktadır.

Davacının bu iddiaları, içerikçe davalı kamu görevlilerinin görevleri sırasında ve yetkilerini kullanırken işledikleri bir kusura dayanmaktadır.

Hal böyle olunca, davalıların görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlilerine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. 4. HD 29.03.2018 tarih, 2016/6844, K. 2018/2431 “Davaya konu edilen olayda, davalının bölüm başkanı, davacının ise aynı bölümde öğretim üyesi olduğu, davalının, görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Anayasa’nın 129/5 madesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13/1 maddesi gereğince; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen koşullara uygun olarak, idare aleyhine açılabileceğine göre; davalıya husumet tevcih edilmesi doğru değildir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁴¹ Yarg. HGK 17.01.2018, E. 2014/4-1433 K. 2018/49 “...somut olay değerlendirildiğinde; davacı, davalının süreklilik gösteren yıldırma niteliğindeki eylemleri nedeniyle manevi zarar gördüğü gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandırdığı bu maddi

tarafından kendisine protokolde yokmuş gibi davranıldığı, bir personel hakkında açacağı disiplin soruşturmasının engellenerek otoritesinin sarsıldığı, kuruma görevlendirdiği bir temizlikçinin sürekli personeli aleyhine kışkırttığı, sanki namaz kılanlara kötü muamele yapıyormuş ve kurumdaki mescidi kapattırması gibi duyurulduğu, kuruma her geldiğinde yatakların çarşaflarının nasıl duracağına kadar anlamsız ve sürekli eleştirilerde bulunduğu, ayrıca hakkında verdiği disiplin cezasının idare mahkemesince iptal edilmesi nedenleriyle, idareye husumet yöneltmeden il müdürü olan davalının şahsına açtığı mobbing nedeniyle manevi tazminat davasının kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, Yüksek Mahkemece onanmıştır.⁶⁴²

Husumetin idareye tevcih edilmesi, hükmedilecek tazminatın tahsil kabiliyeti bakımından önemli bir teminattır. Bu nedenle yasa koyucunun idare hukuku çevresindeki iş ilişkilerinde gerçekleşen mobbing nedeniyle açılacak tazminat davası için idarenin sorumluluğunu genişleten bir düzenleme getirmesi, kanaatimizce mobbinge mücadele bakımından kamunun itibarına yakışır, isabetli bir adım olacaktır. Bu çerçevede, yukarıda işverenin başka işçiden gelen mobbing nedeniyle sorumluluğu bahsinde belirttiğimiz üzere, işçinin mobbinge maruz kaldığını işverene bildirmesine rağmen işverenin mobbingi önleyememesi halinde artık izleyici olarak mobbinge katılan işverenin de sorumluluğunun doğması gibi, mobbing mağduru çalışanın bu durumu hiyerarşik olarak üst mercilere bildirmesine rağmen psikolojik tacizin devam etmesi şartı ile idareye de sorumluluk yükleyen bir düzenlemenin ihdas

olgulardan, davalı rektörün göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığına ve hizmet kusuru niteliğinde bir eylemi bulunmadığı anlaşıldığına göre, husumetin kamu görevlisi olan davalıya yöneltildiği eldeki davanın adli yargı yerinde görülerek işin esasının incelenmesine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. HGK 13.04.2016 tarih, E. 2014/4-1067, K. 2016/512 “Somut olayda, davacı, davalıların sistematik biçimde ve ortak hareket ederek mobbing yaptıklarını, hakaretlere maruz kaldığını ileri sürmüştür. Ayrıca davacı, davalıların salt kişisel kusurla hareket ettiklerini belirtmiştir. Bu sava dayanan davaların, Anayasa m.129/5 kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, davalılara husumet yöneltilebileceği benimsenmeli ve işin esası incelenmelidir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁴² Yarg. 4. HD. 27.06.2018 tarih, E. 2016/7077, K. 2018/5124 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

edilebileceği kanaatindeyiz. Nitekim Danıştay kararlarında bu hususun hizmet kusuru olduğu ve zararın idarece tazmini gerektiği belirtilmiştir.⁶⁴³

(2) Mobbingin İspatı

Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Kanunda aksi yönde bir hüküm sevk edilmediğinden mobbinge maruz kaldığını iddia eden taraftan doğal olarak mobbing olgusunu ve mobbingin sonuçlarını, mesela yaşadığı hastalıkları, uğradığı maddi zararı ispat etmesi beklenir.

Almanya Federal Mahkemesi, ihlâl ve illiyet bağı hususunda ispat külfetinin genel ilke olarak işçide olduğu, mobbing olaylarında bundan sapılamayacağını belirtmektedir.⁶⁴⁴

Mobbingin unsurları bahsinde açıkladığımız gibi, mobbingin varlığından söz edebilmek için tacizlerin sürekli ve sistematik olması, ayrıca tacizcide zalimane bir niyet, bir iç hesap bulunması gerekmektedir. Öte yandan psikolojik taciz türleri de ayrı ayrı hukuka aykırı olmayabilir ve tacizler çoğu zaman sinsi ve hesaplı gerçekleştirilebilir. Bu sebeplerle mobbing olgusunu ispat etmek kolay değildir. Nihayet çoğunlukla düşey mobbing söz konusu olduğundan işçinin işvereni, astın ise üstü karşısında zayıf olması ispat vasıtalarını temin etmeyi, mesela işyeri kayıtlarına ulaşmayı veya bildiklerini dosdoğru anlatacak bir tanık bulmayı da zorlaştırır. Bu sebeplerle mobbingin varlığı bakımından yaklaşık ispat aranmaktadır.⁶⁴⁵

⁶⁴³ .Dn. 8. D. 28.06.2018 tarih, E. 2012/5245, K. 2018/3740 “...Ayrıca, eylem ve işlemlerin çalışanın yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmasına rağmen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için kamusal makamlar tarafından etkili önlemlerin alınmaması suretiyle idarenin gerekli denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi halinde de, hizmet kusuru sorumluluğu çerçevesinde ve kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında idarece uğranılan zararın tazmini gerektiği açıktır...” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁴⁴ Almanya Federal İş Mahkemesi, 16.05.2007 tarih, 8 AZR 709/06 https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

⁶⁴⁵ Ahmet Taşkın, “*Mobbing Davalarında İspat Sorunu*”, GÜHFD, 20. Cilt, 2. Sayı, Ankara 2016, s.410 vd. Yaklaşık ispat, ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390/3 maddesindeki “tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır” şeklindeki hüküm ile hukukumuza girmiştir. Taşkın, s. 411

Yaklaşık ispat sayesinde mobbingin hâkimde tam bir kanaat oluşturacak derecede ispatlanması gerekmektedir. Mobbingin varlığına delalet eden birtakım emareler ortaya konulduğunda, yani hâkimde, mobbingin varlığı yokluğuna göre daha yüksek bir ihtimaldir, kanaati oluştuğunda, bu yeterli kabul edilecektir.⁶⁴⁶ İşte bu durumda ispat yükü yer değiştirecektir. Karşı taraf, mobbingle ilişkilendirilen hususların sebeplerinin farklı olduğunu, mobbingin unsurlarının bulunmadığını, mobbinge maruz kaldığını iddia eden tarafa aslında mobbing uygulanmadığını, işyerinde mobbingin mevcut olmadığını ispat etmek zorunda kalacaktır.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Taşkın, s. 412.

⁶⁴⁷ Yarg. HGK 24.01.2018 tarih, E. 2017/7(22)-3017 K. 2018/99 “Tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; işyerinde uygulanmakta olan Personel Yönetmeliği uyarınca çekmecelerinin aranmaması noktasında davacı işçinin haklı bir beklentisinin söz konusu olmayacağı ancak düşük performansla çalıştığına ispatlanamaması, e-mail içerikleri, davanın açıldığı tarihten yaklaşık iki yıl sonra E.Ü. Tıp Fakültesi öğretim üyelerince tanzim edilen heyet raporu içeriği, davacının yönetmen olmasına rağmen kendisine bu yönde bir muamele yapılmayıp, bağırılıp azarlandığı yönündeki tanık ... anlatımları ve tüm dosya içeriği dikkate alındığında davacı işçinin hedef alınarak uzun bir süreye yayılan ve sistematik hal alan psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı sonucuna varılmıştır. Davacı işçiye yönelik bu baskıların varlığına ilişkin güçlü olgular karşısında, davalı işveren ise davacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edememiştir. Hal böyle olunca, mahkemece, davacıya yönelik davranışların psikolojik taciz olduğu belirtilerek verilen direnme kararı isabetlidir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. HGK 04.10.2018 tarih, E. 2015/22-2274, K. 2018/1428 “Dosyaya ibraz edilen yukarıda ayrıntısı verilen bilgi ve belgeler ile diğer tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacı işçinin performans düşüklüğünün ispatlanamaması, elektronik posta içerikleri, kamera kaydı içeriği, sağlık kurulu raporları, uyarı yazıları, şube müdürü ve diğer çalışma arkadaşlarının müşteri memnuniyetinin sağlanması ve banka hedeflerine ulaşılabilmesi için şifre paylaşımı, başkasına ait şifrelerin kullanımı ve müşteri talimatı olmaksızın işlem yapılmasına ilişkin taleplerine davacının olumsuz cevap vermesi sebebiyle yaşanan sorunlar, görev yeri değişikliği sonrası davacıya görevini ifa edebilmesi için gerekli olan anahtar ve şifrelerin verilmemesi, davacı tanıklarının anlatımlarından davacı işçinin hedef alınarak uzun bir süreye yayılan ve sistematik hal alan psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı sonucuna varılmıştır. Davacı işçiye yönelik bu baskıların varlığına ilişkin güçlü olgular karşısında, davalı işveren davacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edememiştir. Hal böyle olunca mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. 9 HD 28.02.2012 tarih, 2009/30913, K. 2012/6093 “Somut olayda, 56 yaşında evli bir kadın olan davacının, 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ve farklı illerde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmesi suretiyle görevlendirildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davalı işveren, yapılan görevlendirmenin olağan bir uygulama olduğu ve diğer benzer durumda çalışanlara da uygulandığı yönünde bir savunma getirmediği gibi, davacının risk tasfiye ekibi içinde tek avukat olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bankanın diğer avukatlarının aynı dönemde benzer şekilde görevlendirildikleri ileri sürülmüş ise de bu husus kanıtlanmış değildir. Davacının iş sözleşmesinin feshi öncesinde 9 aylık sürede gerçekleşen görevlendirmelerin hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı da somut biçimde ortaya konulmamıştır. (...)

Dosyadaki delil durumuna göre davacı işçinin uzun süre İstanbul’da sabit bir görevde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ilinde görevlendirildiği, ardından sürekli olarak değişik

Hak kaybının önlenmesi ve adaletli bir sonuca ulaşılabilmesi için mobbingin ispatı bakımından emare ispatı, fiili karineler, ispat kolaylığı ve ilk görünüş ispatı⁶⁴⁸ gibi hukukî kurumlara geçerlik tanınmalıdır.⁶⁴⁹

Aşağıdaki karardan yaklaşık ispatın idari yargı uygulamasında henüz kabul edilmediği anlaşılmaktadır.⁶⁵⁰

illerde kısa sürelerle çalışmasının istendiği, işverenin bu uygulamalarının davacıyı yıldırma, bezdirme amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁴⁸ Yarg. 9 HD. 28.02.2012 tarih, E. 2009/30916, K. 2012/6093 “Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni arayışlara yol açmıştır. Emare bu anlayışın bir sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alındığında varılacak sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁴⁹ Taşkın, s. 490. Yine yazara göre mobbinge maruz kalan kimsenin kendi lehine delil toplamak amacıyla kendisiyle ilgili ses ve görüntü kayıtlarını mahkemeye sunması hukuka aykırı delil olarak görülemez. Bkzs. 490.

⁶⁵⁰ Dn. 8. D. 01.03.2018 tarih, e. 2016/5696, K. 2018/1160 “İdare Mahkemesince; olayların bir bütün olarak değerlendirilmesinden ve İlçe Sağlık Grup Başkanı'nın Gerede Devlet Hastanesi Acil Servisinde meydana gelen sarğı bezi soruşturma raporunda sonuç kısmında yer alan ifadelerden hastanede tutanaklar düzenlendiği, başhekimler tarafından davacının hastanede yaşanan olayların sorumlusu olarak cezalandırıldığı, 2007-2009 yılları arasında davacıya disiplin cezalarının kapsamlı bir soruşturma yapılmadan tutulan tutanaklar üzerine verildiği, başhemşirenin denetim gözetim görevi olduğu gibi başhekiminde denetim gözetim görevinin olduğu, yaşanan bazı olaylarda asıl sorumluların tespit edilebilmesi için kapsamlı soruşturma yapılması, tanık ifadelerinin alınması gerekirken davacıya tek sorumlu olarak ceza verildiği, davacının 2009 sicil notu haricinde sicillerinin 90 ve üzeri olduğu, 2009 yılında ise sicilinin 67 olarak düzenlendiği, davacıya aynı nedenlerden disiplin cezası verilmesine rağmen tekerrür hükmü uygulanmadığından davacının hak arama hürriyetini kullanmadığının görüldüğü, davalı idarenin disiplin cezaları ve geçici görevlendirmeler ile davacının kişilik haklarının ve manevi bütünlüğünü zarara uğrattığı sonucuna varıldığından davalı idare tarafından davacıya manevi tazminat ödenmesi gerektiği gerekçesiyle, davacının manevi tazminat isteminin; 5.000,00-TL'lik kısmının idareye başvuru tarihi olan 02.02.2010 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte kabulüne, 15.000,00.-TL'ye yönelik kısmının ise reddine karar verilmiştir.(...)

Bakılan olayda, davacının hem önceki başhekim döneminde, hem de tarafına mobbing uygulandığı iddia edilen ve tazminata konu edilen başhekim döneminde farklı fiilleri nedeniyle disiplin cezaları aldığı, disiplin cezalarının davacı tarafından dava konusu edilmemeleri nedeniyle yargı denetiminden geçmediği, davacının görev yaptığı her iki başhekim tarafından da hizmetinde yetersiz kaldığı gerekçesiyle görevden alınması talebinde bulunduğu, davacı tarafından tarafına mobbing uyguladığını iddia ettiği amiri hakkında suç duyurusunda bulunduğu ve amir hakkında bu sebeple ceza davası açıldığı yönünde dosyada bir belge ve beyan olmadığı, ayrıca davacı tarafından hakkında tesis edilen bu işlemler nedeniyle 21.04.2009 tarihinde ...Hastanesi'nde depresyon tedavisi gördüğü belirtilmiş ise de, dosyada yer alan belgelerden, davacı hakkında bu olayların öncesinde 17.10.2005 ve 14.11.2005 tarihli İzzet Baysal Hastanesi'nce düzenlenmiş iki adet depresyon tanılı heyet raporunun bulunduğu görülmüş olup, tüm bu hususların birlikte değerlendirilmesinden, görev yaptığı her iki başhekim tarafından da farklı fiilleri nedeniyle hakkında verilen disiplin cezaları yargı denetiminden geçmeyerek kesinleşen ve hizmetinde yetersiz kaldığından bahisle görev yeri değişiklikleri talep edilen davacıya amirleri tarafından sistematik olarak ve kendisini yıldırma amaçlı mobbing uygulandığı hususunun açık olarak ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay uygulamasında, mobbingin ispatlanamadığı veya unsurları bulunmadığından mobbingin varlığından söz edilemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde mobbing nedeniyle açılan tazminat istemleri hemen reddedilmemekte, hukukî tavsifin mahkemenin yetkisinde olduğu belirtilerek dava sırasında mağdurun kişilik haklarının ihlâl edildiği kanıtlandığı ölçüde tazminata hükmedilmektedir.⁶⁵¹

Mobbingin varlığı kabul edilmese bile sataşmaların haklı nedenle fesih sebebi olduğu kabul edilebilmektedir.⁶⁵² Yaklaşık ispat kuralına rağmen mobbingin varlığının kabul edilmesi kolay görünmemektedir.⁶⁵³

Bu duruma göre; davacının görev yaptığı her iki başhekim tarafından farklı filleri nedeniyle hakkında verilen disiplin cezaları yargı denetiminden geçemeyerek kesinleşmiş olması, bulunduğu görevdeki hizmetinde yetersiz kaldığından bahisle görev yeri değişikliklerinin talep edilmiş olması karşısında, kendisi hakkında, amirleri tarafından sistematik olarak ve kendisini yıldırma amaçlı mobbing uygulandığı hususunun açık olarak ortaya konulamadığı anlaşıldığından, davacının manevi tazminat isteminin yerinde olmadığı sonucuna varılmaktadır.”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁵¹ Yarg. 9. HD 27.12.2017, E. 2015/33818, K. 2017/22160 “...’in işyeri çalışanı olup, emrinde çalışan davacıya kimsenin kendisine "hayır" ya da "bakarız" diyemeyeceğini, kendisinin reddedilemeyeceğini belirtmek amacı ile seks ortağından bahsetmesi ve davacının ... isimli avukatlık bürosundan davalı ... Avukatlık Ortaklığına geçtiğini bilerek, davacıyı da kastederek şekilde ... isimli avukatlık bürosunda çalışan kadınlara yönelik olarak “...’in azgın karıları” şeklindeki sözlerinin ve davacının kısa bir süre ortamdaki ayrılıp, dönmesi üzerine bu sözleri devam ettirmesinin yakışsız, taciz edici, onur kırıcı olduğu ortadadır.

İşyerinde amir durumunda bulunan, ekibinde çalışanlara karşı, tavizsiz, katı ve sert tutum ve davranışları olduğu anlaşılan ve yukarıdaki sözleri söyleyen Ortak/Avukat ...’in bu davranışlarının davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup, Mahkemece davacının duyduğu manevi acıların giderilmesi için uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken hukukî tavzihin mahkemeye ait olduğu gözden kaçırılarak davanın salt mobbing üzerinden değerlendirilip, Ortak/Avukat ...’in yukarıda belirtilen davacının kişilik haklarına saldırı niteliğindeki davranışlarının değerlendirilmemesi hatalıdır.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁵² Yarg. 22. HD 19.02.2018 tarih, E. 2015/ 25538 K. 2018/3915 “... işveren vekilinin yönetim tarzını ortaya koyan eylemlerinin mobbing kapsamında değerlendirilemeyeceği; ancak, davacıya yönelik sataşma olarak nitelendirilebilecek söz ve davranışların fesih için haklı neden teşkil ettiğinin anlaşılmasına göre...sonucu itibarıyla doğru olan kararın bu gerekçe ile onanmasına...”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁵³ Yarg. 22. HD 13.03.2018 tarih, E. 2017/9978, K. 2018/6568 “Davacı, dava dilekçesinde belirttiği mobbing niteliğindeki davranışlarının mali işler müdürü tarafından yapıldığını, ilk mobbing oluşturan davranışların, işyerinde kadro açığı olan insan kaynakları müdürlüğü için başvurusu üzerine başladığını belirtmiştir. Davacının kademi göz önünde bulundurulduğunda, mobbing olarak belirttiği tüm davranışların ile performansını engelleyen tutum ve eylemlerin uzun süre, belli aralıklarla sistematik şekilde tekrarlanan nitelikte değildir. Davalı işyeri ile husumetli olan davacı tanık beyanları dışında dinlenen diğer davacı tanığın yalnız 1 yıl işyerinde çalıştığı haftada 3 gün işe gittiği anlaşılacakla davacıya karşı küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, tehdit, aşığılama eylemlerine her defasında da şahit olması hayatın akışına aykırıdır. Davalı tanıkları ise aralarında bir anlaşamama durumunun olduğunu, aralarında bağışmaların olduğunu ancak, bunun her gün olmadığını, hakaret yada küfür olayına şahit olmadıklarını beyan etmişler ve iş bu davalı tanıklarının 18 yıl üzeri kıdeme sahip çalışanlar olduğu görülmüştür.

(3) Mobbing Nedeniyle Zarar

Zarar, tazminat borcunun kurucu unsurudur, zarar yoksa tazminat sorumluluğu da yoktur.⁶⁵⁴

Eylemden doğan ilk ve asıl zarar doğrudan zarar, eylem ile uygun illiyet bağı içinde asıl zararı takip eden zararlar ise dolaylı zarardır.⁶⁵⁵

Kişilik hakkı ihlallerinde asıl doğrudan zarar manevi zarar, maddi zarar ise bu manevi zarar temelinde dolayısıyla husule gelen zarardır.⁶⁵⁶ Şahsa verilen zarar nedeniyle maddi zarar doğabilmesi için de malvarlığında eksilme şarttır.⁶⁵⁷

(a) Maddi Zarar

Zarar, dar ve gerçek anlamda maddi zararı ifade eder.⁶⁵⁸ Zarar terimi tek başına kullanıldığında da bundan maddi zarar anlaşılır.⁶⁵⁹

Maddi zarar, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim olan fark teorisi esas alınarak yapılan tanıma göre “bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiilin gerçekleşmesi sonucunda aldığı durum arasındaki rıza dışı eksilmedir.”⁶⁶⁰ Mağdur açacağı maddi tazminat davasında uğradığı bütün maddi zararları hukuken sorumlu kişilerden talep edebilecektir.

Davacının söz konusu mobbing niteliğindeki davranışlara maruz kalmasına ilişkin yazılı şikâyetine ya da görev değişikliği talebine dosyada rastlanmamış ise de davalı tanığı olan insan kaynakları yöneticisi, davacının kendisine başvurduğunu, ancak amiri ile anlaşamadığını bildirdiğini belirtmiştir. Bu şikâyetin, etnik bir ayrımcılığa maruz kaldığını, hakaret edildiğini, psikolojik sorunlar yaşamasına sebep olacak nitelikte tacizler yaşadığına ilişkin şikâyet niteliğinde olmadığı, nitekim bu tür eylemlere maruz kalan kişinin bu derecedeki rahatsızlığını sadece amiri ile anlaşamama olarak şikâyet etmesi isabetli değildir.

Davacının psikolojik rahatsızlığına ilişkin hafif depresif nöbet teşhisi ile hazırlanan iş göremezlik raporu esas alınarak işyerindeki yaşanan huzursuzluktan kaynaklandığı, doğrudan mobbing niteliğindeki davranışların sebebiyet verdiğini söylemek mümkün olmayıp, raporun psikolojik analiz niteliği olmadığı da açıktır.

Davacının iddiası, tanık beyanları ve dosyadaki diğer deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacının mobbinge maruz kaldığı ispatlanamadığı, bu sebeple manevi tazminat talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁵⁴ Eren, s. 520.

⁶⁵⁵ Eren, s. 529.

⁶⁵⁶ Hatemi/Gökyayla, s. 124.

⁶⁵⁷ Eren, s. 528.

⁶⁵⁸ Eren, s. 521.

⁶⁵⁹ Oğuzman/Öz, c. 2, s. 40.

⁶⁶⁰ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, c. 2, s. 86. Maddi zararlar ilgili başkaca teoriler için Bkz, Antalya, s. 83 vd.

Mobbing nedeniyle maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde görülür. Fiili zarar, malvarlığının mevcut net değerinin, yani sahip olunan şeylerin azalmasıdır.⁶⁶¹ Yoksun kalınan kâr ise, malvarlığının net durumu azalmadığı ancak hal ve şarta, genel hayat tecrübesine göre malvarlığının artmasının önlenmesi, yani sahip olunabilecek şeylerin azalmasıdır.⁶⁶²

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zarar için geçerli olan müspet ve menfi zarar ayrımı da bulunmaktadır. Müspet zarar, alacaklının borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi nedeniyle doğan zararı, menfi zarar ise alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğü veya kurulacağına güvendiği bir sözleşmenin kurulmaması nedeniyle uğradığı zarardır.⁶⁶³ Kişilik hakkına aykırı olduğu için kesin olarak hükümsüz sayılan bir sözleşme nedeniyle uğranılan zarar menfi zarar olacaktır. Müspet ve menfi zararlar birlikte istenemez.⁶⁶⁴

(i) Mobbing Nedeniyle Maddi Zarar

(a) Malvarlığıyla İlgili Mutlak Haklar Nedeniyle Zarar

Mobbing kapsamındaki tacizler, çalışana psikolojik rahatsızlık, iç huzursuzluk vermeyi amaçlar. Çalışanın eşyalarına zarar verilmesi, mesela park halindeki otomobilinin çizilmesi, lastiğinin patlatılması, vestiyere astığı paltosunun kirletilmesi tacizcinin gösterebileceği davranışlardır. İşte mağdurun malvarlığı değerlerine yönelen bu saldırılar mobbing kapsamında doğrudan ortaya çıkan maddi zararlardır. Malvarlığıyla ilgili mutlak haklar nedeniyle zarar, fiili zarar kapsamındadır.

Yargıtay, sürekli görev yeri değiştirilen mobbing mağdurunun aktifinde meydana gelen azalmanın maddi zarar olarak kabul edilmesine gerektiğine karar vermiştir.⁶⁶⁵ Danıştay ise mobbingin varlığını kabul ettiği bir kararında, bilimsel projesinin idarece desteklenmemesi nedeniyle davacının projeyi sonuçlandırmak için kendi yaptığı masrafı maddi zarar kapsamında görmüştür.⁶⁶⁶

⁶⁶¹ Eren, s. 526; Oğuzman/Öz, c. 2, s. 41.

⁶⁶² Eren, s. 526.

⁶⁶³ Oğuzman/Öz, c. 1, s.513 vd.

⁶⁶⁴ Oğuzman/Öz, c. 1, s. 513 vd.

⁶⁶⁵ Yarg. 9 HD 28.02.2012 tarih ve E. 2009/30916, K. 2012/6093 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁶⁶ Dn. 8. D. 16.11.2017 tarih, E. 2015/3913, K. 2017/8123 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

(b) Ölüm Nedeniyle Zarar

Ölüm nedeniyle uğranılan maddi zararlar TBK'nun 53. maddesinde cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradığı kayıplar olarak gösterilmiştir. Ancak ölüm nedeniyle ortaya çıkan maddi zarar bunlarla sınırlı değildir. Nitekim yasada “özellikle şunlardır” denilerek tazmini gerekecek başkaca zararların da bulunabileceği kabul edilmiştir. Ölüm gerçekleşmeden yapılan masraflar ile ölüm nedeniyle yapılan masraflar fiili zarar, ölenin desteğinden mahrum kalma zararı ise yoksun kalınan kâr kapsamındadır.

Önceki bölümlerde açıkladığımız gibi, mobbingi izah eden Leymann modelinde son aşamada intihar olayları gözlemlenmiştir. Bundan başka mesela çalışan mobbing nedeniyle düçar olduğu bir hastalık veya aniden husule gelen üzüntüye bağlı bir kalp krizi veya beyin kanaması sonucu da ölebilir. Bu gibi hallerde ölenin yakınları acaba ölüm nedeniyle tazminat davası açabilecek midir?

İşveren için TBK'nun 417. maddesinin ilk fıkrasında, işçinin psikolojik tacize uğramaması, uğramışsa daha fazla zarar görmemesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiş, maddenin son fıkrasında ise işverenin ilk fıkradaki hükümlere aykırı hareketi nedeniyle işçinin ölümüne bağlı zararların tazmininden söz edilmiştir. Buradaki sorun mobbing ile ölüm arasında uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığıdır. Yukarıda izah ettiğimiz uygun illiyet bağı teorisine göre kanaatimizce mobbing ile ölüm arasında uygun illiyet bağından söz edilemeyecektir. Öte yandan mobbing nedeniyle intiharların veya kanser gibi ölümcül hastalıkların yaşandığı ispatlanırsa bu trajik gerçek karşısında mobbing tacizcisini tazminatla sorumlu tutmamak kanaatimizce hak ve nesafet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu sebeple mobbing nedeniyle meydana gelen ölüm vakaları için tazminat sorumluluğunun yasa ile genişletilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

(c) Bedensel Zarar

Bedensel zararlar TBK'nun 54. maddesinde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik

geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak gösterilmiştir. Ancak ölüm haline ilişkin 53. maddede olduğu gibi burada da “özellikle şunlardır” denilerek tazmini gerektirecek başkaca zararların da bulunabileceği kabul edilmektedir.

Bedensel zarar nedeniyle yapılan tedavi masrafları fiili zarar, çalışma gücünün sürekli veya geçici kaybı veya azalmasından doğan zararlar ise yoksun kalınan kâr kapsamındadır. Bedensel zararlar, manevi tazminat temelindeki dolayısıyla maddi zararlardır.⁶⁶⁷

Mobbing nedeniyle uğranılan bedensel zararların başında mağdurun yaşadığı sağlık sorunlarından doğan tedavi giderleri gelir. Tedavi giderleri, doktor, ilaç, hastanede yatma gibi masraflardır. Tedavinin klinik tedavi olması da şart değildir. Psikologtan alınan profesyonel yardım da bu kapsamdadır.

Bundan başka mağdur mobbing nedeniyle sağlığının bozulması sonucu bir süre çalışamadıysa, çalışmadığı dönem için mahrum kaldığı ücretini de maddi zarar kapsamında isteyebilecektir. İşe gelemediği günler için ücretten fazlası, rutin olarak yaptığı fazla mesai veya genel tatil çalışması ise istenebilmelidir. Ancak mesela bu sebeple hedeflerini tutturamadığı için prim veya ikramiyenin istenebileceği kanaatinde değiliz. Çünkü istisnai kazançlar elde edilmesi çok muhtemelse istenebilir.⁶⁶⁸

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardan ise genel iş gücü kaybı değil, daha çok özel niteliği bulunan kişilerin mesleklerini icra edememesi anlaşılmaktadır.⁶⁶⁹ Bu hallerde çalışma gücü azalmaz ancak çalışmak çok zor belki de imkânsız hale gelir. Mesela bir sporcu artık spordan para kazanamayacak derecede sakatlanırsa, bir oyuncu veya mankenin yüzüne artık iş bulamayacak derecede bir eser bırakıldıysa ekonomik gelecekleri tehlikeye düşecektir. Mağdur mobbing nedeniyle iyileşme olanağı bulunmayacak şekilde ruhsal çöküntü yaşamış ise, fiziksel sağlığı korunsun da ruhsal sağlığı kalıcı şekilde bozulmuş ve mağdurun ekonomik geleceği

⁶⁶⁷ Hatemi/Gökyayla, s. 124.

⁶⁶⁸ Eren, s. 527.

⁶⁶⁹ Eren, s. 750 vd.

tehlikeye düşmüş olacaktır. Bu zarar, ayrı hesaplanması gereken bağımsız bir zarardır.⁶⁷⁰

(d) Kazanç Kaybı

Bedensel zarar nedeniyle oluşan kazanç kaybına yukarıdaki başlıkta değinildi. Burada bedensel zarardan başkaca nedenlerle oluşacak kazanç kaybı açıklanacaktır. Kazanç kaybında, mağdurun bütün geliri, ücreti yanında fazla mesai, ikramiye, düzenli bahşiş, elbise yardımı gibi yan gelirleri de gözetilir.⁶⁷¹

Malvarlığının çoğalmasının engellenmesi, mahrum kalınan kazanç maddi zarar kapsamındadır. Mobbing kapsamında mağdura yönelik tacizler ile mağdurun iş sözleşmesi çerçevesinde belli mali haklardan yararlanması engellenebilir. Yönetim hakkı kötüye kullanılarak mağdurun maddi durumu zora sokulabilir. Mesela mağdura, prim alabilmesi için emsal çalışanlara göre çok daha yüksek hedefler verilir veya prim almasının zorlaşacağı küçük çapta ve yeni müşteriler sürekli mağdurun portföyüne geçirilebilir. Mağdur emsalleri kadar çalışsa da prime hak kazanamaz. Bundan başka emsallerine zam yapılmışken kendisine zam yapılmaz, olumsuz sicil verilmek suretiyle terfi etmesi engellenip daha yüksek ücret alması önlenemez, isteğine rağmen ve işletmesel gereklilik bulunduğu halde fazla çalışma yaptırılmaz, ek ödeme alabileceği vazifeler verilmeyebilir. Mağdurun pozisyonu değiştirilerek daha az ücret almasına yol açılır, mesela bölge sorumlusuysen şube sorumlusu yapılarak maaşı düşürülebilir.

Kazanç kaybı, yoksun kalınan kâr kapsamındadır. Yoksun kalınan kâr aktifin çoğalmasının veya pasifin azalmasının önlenmesi şeklinde olabilir.⁶⁷² Mağdurun pasifinin çoğalmasına yol açılması da mümkündür. Mesela sürekli fazla yol parası vereceği yerlerde görevlendirilebilir, görev yeri değiştirilerek taşınmasına, alacakları zamanında ödenmeyerek borçlanmasına sebep olunabilir.

Bütün bu hallerde mağdurun mahrum kaldığı kazançlar söz konusudur. Tazminat davasında mağdurun yapmadığı işler de düşünülerek bir denkleştirme

⁶⁷⁰ Eren, s. 750 vd.

⁶⁷¹ Eren, s. 746 vd.

⁶⁷² Eren, s. 747.

yapılmalı ve mahrum kaldığı kazançların tazminine hükmedilmelidir. İstisnai bir kazancın istenmesi, bunun çok muhtemel olmasına bağlıdır.⁶⁷³

Mağdur mobbing nedeniyle işten ayrılır veya mobbingin son adımı olarak mağdurun işine son verilir ise mahrum kalınan kazançtan bahsedilecektir. Bu hallerde çalışanın işsiz geçirdiği sürelerin hakkaniyete uygun bir bölümü için bir miktar tazminata hükmedilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki mağdurun başvuracağı yasal imkânlar varken bunları ihmal etmesi aleyhine sonuç doğurabilir. Mesela İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca işten çıkarıldığı için işe iade davası açma imkânı bulunan mağdur, boşta geçen en çok dört aylık süreyi talep edebileceği bir işe iade davası açmazsa yine de boşta geçen süreyi maddi tazminat olarak isteyebilir mi, düşünülmelidir. Kanaatimizce kendisine mobbing uygulanan bir işe geri dönmek istememesi mağdurun aleyhine değerlendirilmemelidir. Diğer yandan o işte çalışmak için çeşitli masraflar yapmış, mesela evini taşımış, bedel ödeyerek birtakım belgeler almış mağdur, mobbing nedeniyle işten çıkar veya çıkarılırsa menfi zarar kapsamında bu masrafların da hakkaniyete uygun bir bölümünü isteyebilmelidir.

Mağdurun iş ilişkisi nedeniyle hak ettiği alacakların tamamen veya kısmen ödenmemesi ya da geç ödenmesi de mobbing aracı olarak kullanılabilir. Mesela mağdurun ücreti, fazla mesai ve genel tatil alacakları, yolluk ve hak edişi, prim ve ikramiyesi hiç ödenmez veya eksik ödenirse mağdur bunlar için tazminat değil, alacak davası açacaktır. Alacak davasında mağdurun alacağının varlığını kanıtlaması yeterli olacaktır.

(ii) Maddi Zararın Giderimi

Sorumluluk şartları gerçekleştiğinde uğranılan zarar tazmin edilecektir.⁶⁷⁴ Maddi tazminat aynen tazmin veya para ile tazmin şeklinde olabilir. Para ile tazmin de bir seferde yapılan ödeme veya irat biçiminde olabilir. Haklı bir neden bulunmadıkça tazminat bir seferde ödeme şeklinde olmaktadır. Mobbing nedeniyle de bir seferde ödeme şeklinde tazminata hükmedilmesi daha uygun bir tazmin seçeneğidir.

⁶⁷³ Eren, s. 526.

⁶⁷⁴ Oğuzman/Öz, c. 2, s. 39 vd.

Maddi tazminat davasında ancak zarara hükmedilir. Davada, davacının varsayımına dayanmayan gerçek zararı belirlenmelidir.⁶⁷⁵ Kusur veya olayın özellikleri ne olursa olsun zarardan fazlasına hükmedilemez.⁶⁷⁶ Ancak tazminatın miktarı zarardan daha az olabilir.⁶⁷⁷

Maddi zararın tespiti bakımından en önemli husus uygun illiyet bağıdır. Zararlandırıcı eylemle ancak uygun illiyet bağı içinde olan maddi zararlar tazmin edilebilir.⁶⁷⁸ Danıştay bir kararında, maruz kaldığını iddia ettiği mobbing nedeniyle, süreli sözleşmeyi kendisi feshetmiş davacının çalışmadığı dönemde hak edeceği ücrete ilişkin maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Yarg. 9 HD 28.02.2012 tarih ve E. 2009/30916, K. 2012/6093 “...davacının yer değiştirmelere bağlı olarak ulaşım, iletişim, konaklama ve yemek giderleri adı altında talep ettiği maddi tazminat yönünden dosya ekindeki klasör içindeki belgeler değerlendirilmeli, psikolojik taciz uygulamalarının doğrudan bir sonucu olan ve varsayımına dayanmayan gerçek zarar belirlenmeli, davacının görevlendirmelerle ilgili olarak harcırah alıp almadığı da tespit olunarak bu doğrultuda maddi tazminat yönünden de bir karar verilmelidir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019). Dn. 8. D. 16.11.2017 tarih, E. 2015/3913, K. 2017/8123. “Mahkemece davacının bilimsel projesinin desteklenmediği ve bu projenin desteklenmemesi sebebiyle 20.000,00 TL maddi zararının olduğu iddiasına ilişkin olarak; yöneticiliğini yaptığı “...” başlıklı FEF 2010-054 nolu bilimsel araştırma projesinin desteklenmemesine ilişkin işlemin iptali isteğiyle Manisa 1. İdare Mahkemesi'nin ... sayılı karar ile işlemin iptaline karar verildiği ve kararın onandığı, buna göre davacının bilimsel projesinin desteklenmesi gerektiği halde desteklenmemesi sebebiyle davalı idarenin kusurlu bulunduğu, bu işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı desteğin tazmin edilmesi gerektiği, bu kapsamda; projenin yazdırılması ve toplanması için 1.500 TL, ciltlenmesi için (7.000 + %18 KDV) 8.260 TL ve bu projeyi gerçekleştirilebilmek için 2011 yılı içinde Kars, Elazığ, Malatya, İstanbul, Denizli ve Fatsa'ya giderek yaptığı görüşmeler sebebiyle gerçekleşen yol masraflarının ise, ... Üniversitesi tarafından sunulan ve "Bilimsel Araştırma Projeleri Yolluk Dökümü"nden tespit edilen yol masrafları esas alınarak 1.740 TL olarak hesaplanması halinde, söz konusu projenin desteklenmesi gerektiği yönünde Mahkeme kararı olmasına rağmen, projeyi desteklemeyen idare tarafından, gerçekleşen 11.502,00 TL kesin zararın tazmin edilmesi ve davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Olayda, davacının maddi tazminat talebine ilişkin iddiaların kâlem kâlem incelenerek bu taleplerin dayanakları ile şartlarının oluşup oluşmadığı tespiti yapıldıktan ve dava konusu edilmesi için öngörülen sürelerle uygun olup olmadıkları da dikkate alınarak Mahkemece yapılacak araştırma ve inceleme sonucu yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir. Öte yandan, maddi tazminat talebine konu olan iddialarla ilgili olarak davalı idarece geçmişte yapılan ödemeler var ise, bunlarında dikkate alınması gerektiği tabiidir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁷⁶ Reisoğlu s. 216.

⁶⁷⁷ Oğuzman/Öz, c. 2, s. 114 vd.

⁶⁷⁸ Reisoğlu, s. 215.

⁶⁷⁹ Dn. 8 D. 01.03.2018 tarih, E. 2016/5696, K. 2018/1160 “Olayda, Mahkeme tarafından, davacı ile davalı idare arasında akdedilen 05.06.2013 tarihli 2 yıl 2 ay 28 gün süreli hizmet sözleşmesinin "ücret" başlıklı 8.maddesinde, davacıya net 8.504,00-TL aylık ücret verileceğinin belirtildiği, davalı idarenin uyguladığı mobbing sebebiyle davacının sözleşmesini, sözleşmenin bitim süresinden çok önce 26.09.2014 tarihinde feshetmek zorunda bırakıldığı göz önüne alındığında, davacının zarara uğratıldığının kabulü gerektiği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kabulü gerektiğine

Tazminatın durumun gereğine ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirleneceği TBK'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir. Yasadaki “ve özellikle” şeklindeki vurgu kusur unsuruna yapılmıştır.

Kusurun ağırlığı tazminatın tayininde önemli bir rol oynar. Mobbing halinde tacizci kusurun en ağırı olan kast ile sorumludur. Mobbingi önlemek için gerekli tedbirleri almayan işveren ise ağır ihmalle sorumludur. Mobbing nedeniyle hafif ihmal derecesindeki kusurun kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Bu sebeple hafif kusuru bulunanın yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyet gerektirmesi halinde tazminatın indirilebileceğine ilişkin TBK'nun 52/2. maddesinin uygulama yeri yoktur.

Zarar görenin kusurundan ise TBK'nun 52/1. maddesinde söz edilmektedir. Zarar gören kusuru ile zararın doğmasına veya artmasına etkili olmuş veya yükümlünün durumunu ağırlaştırmışsa tazminat indirilebilecek veya tamamen kaldırılabilir. Ancak bunun için de zarar görenin kusuru ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır.⁶⁸⁰ Acaba mobbing nedeniyle mağdurun kusurundan bahsedilebilir mi? Önceki bölümlerde değindiğimiz gibi mağdur geçimsizliği, yavaşlığı, kabalığı, bencilliği, müzevirliği ya da kadınlara düşkünlüğü gibi olumsuz kişilik özellikleri nedeniyle kendisine mobbing uygulanmasına yol açmışsa, mağdurun hatalı davranışları nedeniyle baştaki bir veya birkaç kişiyle olan çatışma ortamı genişlemiş, çok sayıda kişinin katıldığı bir mobbing olgusu haline dönüşmüşse mağdurun da kusurlu olduğu kabul edilebilecek midir? Kanaatimizce böyle hallerde mağdurun da kusurlu olduğu kabul edilmeli, mobbingin varlığı ve yasal sonuçları tartışılmadan mağdurun kusuru nedeniyle tazminat indirilmelidir. Ayrıca tazminat belirlenirken olayın özellikleri de dikkate alınacaktır. Mağdurun kusuru olayın özellikleri bakımından da değerlendirilmelidir.

Tazminatın indirilmesinin bir diğer nedeni zarar görenin rızasıdır. TBK'nun 52/1. maddesinde zarar görenin zararı doğuran fiile razı olması halinde tıpkı kusuru

karar verilmiş ise de; sözleşmenin davacı tarafça feshedilmesi ile oluşan bahse konu zararın, olayın oluşu itibarıyla idarenin eylem veya işlemi sonucunda oluştuğu ortaya konulmadığı gibi mal varlığında gerçekten gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği kesin olan kanıtlanabilir bir azalma veya kârdan yoksun kalma niteliğinde bir zarar olmadığından davacı lehine maddi tazminata karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁸⁰ Reisoğlu, s. 219.

gibi tazminatın indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Mobbinge veya mobbing kapsamındaki tacizlerin bir bölümüne rıza gösterilmiş olmasından söz edilebileceği kanaatinde değiliz. Mesela mağdura hoşlanmadığı bir lakap takılması veya şakalar yapılması psikolojik tacizdir. Ancak mağdur bunlara rıza gösteriyor ve benzerlerini yapıyorsa artık taciz olmaktan çıkar. Bu halde rıza değil mobbingin kapsamı tartışılmalıdır.

Mobbing nedeniyle oluşan zararda mağdurun zaten yapmakta olduğu bir kısım giderlerin çoğalması da mümkün olabilir. Mesela zaten tedavi alan mağdurun rahatsızlığı mobbing nedeniyle tetiklenmiş ve tedavi giderleri artmışsa bunların bir kısmına hükmetmek gerekecektir.

Maddi tazminat davasında faiz istenebilir. Haksız fiilde veya sözleşme ihlâlinde faiz, zararın meydana geldiği anda işlemeye başlar.⁶⁸¹

Sözleşmeye aykırılık bakımından faiz başlangıcı incelendiğinde; TBK'nun 117/1. maddesinde muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bir borcun alacaklı tarafından ifasının talep edilebilir hale gelmesi, yani muaccel olması borçlunun temerrüde düşmesi için yeterli değildir. Alacaklının borçluyu ihtar etmesi ve uygun bir mehil vermesi gerekmektedir.⁶⁸² Asıl alacağın ferisi niteliğindeki faiz de ancak bundan sonra talep edilebilir. Faiz istenebilmesi için alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi gerekmektedir.⁶⁸³ Ancak maddenin ikinci fıkrasına göre; kesin vade gününün

⁶⁸¹ Eren, s. 728.

⁶⁸² Eren, s. 1109 vd.

⁶⁸³ Yarg. 22. HD 07.01.2019 tarih, E. 2016/2456, K. 2019/11 "4857 sayılı İş Kanununun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin feshi halinde kullanılmayan izin sürelerine ait ücretlerin, son ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Ancak, kanunda izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur. Bununla birlikte, faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. 15. HD 01.03.2018 tarih, E. 2016/6532, K. 2018/842 "Somut olayda takip dayanağı faturada ödeme tarihi bulunmadığı, dayanak sözleşmede kararlaştırılan kesin vade olmadığı, davalı yükleniciye tek taraflı ihbarla vadeyi tayin hakkı tanınmadığı gibi, takipten önce davacı borçlu-iş sahibi, davalı alacaklı-yüklenicinin usulüne uygun ihtarı ile temerrüde düşürülmemiştir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. 17. HD 20.12.2018 tarih, E. 2018/3100, K. 2018/12529 "Somut olayda; asıl davada davacı Lale'nin maluliyet tazminatına dair dosya içerisinde davalı Güvence Hesabına başvuru yapıldığına ilişkin belge bulunmamasına göre, davalı Güvence Hesabının asıl davada davacı Lale'nin

sözleşme ile veya sözleşmeye dayanarak alacaklı tarafından belirlenmesi hali düzenlenmiştir. Kesin vade varsa bu günün geçmesiyle herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşer.⁶⁸⁴ Bu sebeple, mobbing nedeniyle sözleşme hükümlerine göre tazminat istenirse kesin vadeden söz edilemeyeceğinden tazminat alacaklısının borçluyu temerrüde düşürmesi aranacak, faiz başlangıcı temerrüt tarihi olacaktır.

Haksız fiil yönünden ise; TBK'nun 117/2. maddesinde haksız fiilin işlendiği gün borçlunun temerrüde düşeceği düzenlenmiştir.⁶⁸⁵ Ancak bu günden itibaren faiz istenebilmesi için zarar da aynı gün doğmalı ve borçlu zararın varlığından haberdar olmalıdır.⁶⁸⁶ Mobbing nedeniyle haksız fiil hükümlerine dayanılarak açılacak maddi tazminat davasında, tacizin gerçekleştiği anda meydana gelen ve failin bildiği zararlar için olay tarihinden faiz istenebilecektir. Mesela mağdurun eşyasına zarar verilmesi hali böyledir. Ancak zarar daha sonra doğmuş ve fail zarardan haberdar değilse faiz için yine alacaklının borçluyu ihtar ederek temerrüde düşürmesi gerekir. Faiz başlangıcı, temerrüt tarihi olacaktır. Buna örnek olarak mağdurun doktor, hastane, ilaç ve tedavi masrafları gösterilebilir.

(b) Manevi Zarar

Manevi zarar hukukun en eski ve tartışmalı kurumlarındanıdır.⁶⁸⁷ İsviçre'de manevi tazminatın ilk kez yasaya girdiği sıradacezayı gerektirir eylemlerde manevi tazminata karar verilemeyeceği savunulmuş, bu sebeple ancak yasanın açıkça öngördüğü hallerde manevi tazminat istenebileceği hükme bağlanmış idi.⁶⁸⁸

maluliyete dayalı tazminat talepleri için dava tarihinde temerrüde düştüğünün kabulü gerekir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁸⁴ Yarg. 9. HD 18.01.2018 tarih, E. 2017/22999, K. 2018/509 "Toplu İş Sözleşmelerinde kesilen aidatın ne zaman sendikaya yatırılacağı hususu düzenlenmiş ise ayrıca ihtar gerek kalmadan bu tarihlerden itibaren faize karar verilmesi, bu konuda bir düzenlenme yoksa taraf sendikanın işvereni temerrüde düşürmesi gerekir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁸⁵ Yarg. 4. HD 14.05.2003 tarih, E. 2003/1526, K. 2003/6295 "Haksız eylemden kaynaklanan tazminat davalarında kural olarak, zarar haksız eylem tarihi itibarıyla belirlenir ve eylem tarihinden itibaren faize hükmedilir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁸⁶ Yarg. 4.HD 23.05.2015 tarih, E. 2014/11100, K.2015/5503 "Haksız eylemlerde zarar, eylemin gerçekleştiği anda meydana geldiğinden ayrı bir ihtar gerek olmadan bu tarihten itibaren faiz istenebilir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁸⁷ Antalya, s. 148.

⁶⁸⁸ Göktürk, s. 140 vd.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde meydana gelen irade dışı eksilme, kişilik değerlerinin ihlâli sonucu uğranılan objektif eksilme ve kayıplardır.⁶⁸⁹ Kişinin maddi olmayan, kişi varlığı zararlıdır, ruhsal veya moral zararı, elem, ıstırap, üzüntüsü, yaşama sevincini kaybetmesidir.⁶⁹⁰ Manevi zarar kişinin ekonomik varlığını ve sosyal yaşantısının dış görünümünü etkiler.⁶⁹¹

Manevi zararı açıklayan subjektif görüş kişilik hakkı ihlâli ile mağdurun yaşadığı elem ve ızdırabı birbirinden ayırmış, objektif görüş ise manevi zararın varlığı için kişilik değerlerindeki eksilmeyi yeterli kabul etmiştir.⁶⁹² Bu sebeple ayırtım gücü bulunmayanlar ile gerçek kişilere özgü olanlar dışındaki kişilik değerleri mesela şeref ve itibar ihlâli nedeniyle tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayacağı objektif görüşe göre kabul edilmektedir.⁶⁹³ Tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların ise manevi zarara uğramaları hukukî kişiliği bulunmadığından mümkün olmasa da bu sefer bu topluluğu oluşturan kimselerin ayrı ayrı manevi zarara uğramalarından söz edilir ki bu da çok sayıda kimseye manevi tazminat isteme hakkı tanınması anlamına gelir. Bu sebeple yasal bir düzenleme ile toplulukları oluşturan kişilerin nakden tazmin istemli dava hakkının önlenmesi gerektiği düşünülmektedir.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ Eren, s. 531.

⁶⁹⁰ Oğuzman/Öz, c. 2. s. 40; Antalya, s. 148.

⁶⁹¹ Antalya, s. 148.

⁶⁹² Antalya, s. 153 vd.

⁶⁹³ Reisoğlu, s. 232; Hatemi/Gökyayla, s. 169; Antalya, s. 158; Eren, s. 531 vd. Yarg. 3. HD 05.04.2010 tarih, E.2010/4441, K.2010/5864 “*Manevi tazminat, duyulan veya duyulacak elem ve acıya karşılık olarak takdir edilen bir para veya edimdir. Objektif görüşe göre, manevi zarar kişilikte objektif bakımdan oluşan bir eksilmedir. Bu bakımdan temyiz kudretine haiz olmayanlar, cenin ve tüzel kişiler dahi manevi tazminat isteyebilir. Subjektif görüşe göre ise, manevi zarar kişilik hakkı saldırıya uğrayanın psikolojik varlığında bir eksilmedir. Türk hukuk uygulamasında objektif görüş kabul edildiğinden, kişilik haklarından yararlandıkları ölçüde tüzel kişiler de BK. nun 49. maddesindeki koşulların gerçekleştiği durumlarda manevi tazminat isteyebilirler. Diğer bir anlatımla tüzel kişiler, nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kişilik haklarına sahip olup, bunlara saldırı durumunda manevi tazminat istemeleri olanaklıdır. Somut olayda davacı kurumun tüzel kişiliği bulunmakta olup, kişilik hakkına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemesi karşısında, işin esası incelenerek varılacak uygun sonuç çevresinde bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece açıklanan olgular gözetilmeksizin davanın reddedilmesi bozma nedenidir.*” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁹⁴ Bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 169. Mesela belli bir dini cemaat veya meslek mensuplarına veya takım taraftarlarına sövüp sayılması halinde bunlara dâhil her bir kişiye dava açma hakkı tanınması bizce de kargaşaya yol açacaktır. Ayrıca bu, kişilerden özel olarak bahsedilmeyen, failin saldırıda bulunduğu kimseleri kendisinin dahi belirlemediği bir durumdur. Mesela bütün Galatasaraylıların, bütün memurların... şeklinde başlayan sövgü sözlerinde buna dâhil her bir kişiye değil belli bir kuruma dava hakkı bahşeden bir yasal düzenlemeye bizce de ihtiyaç vardır.

Manevi zarar için kişilik değerlerinin hukuka aykırı şekilde ihlâli şarttır.⁶⁹⁵ Ancak bu ihlâlin nitelikli bir saldırı ile yapılması gerekmektedir.⁶⁹⁶ Şaka, takılma gibi küçük üzüntü veren eylemler nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi beklenemez.⁶⁹⁷ Fakat "...kuş beyninin içinden geçen..." şeklindeki sözlerin manevi tazminat gerektireceği kanaatindeyiz.⁶⁹⁸ Kanaatimize göre bir şarkıcının televizyona verdiği röportajda başka bir şarkıcı için sarf ettiği "korku filminden çıkmış gibi", "maymuna benziyor", "kedi mi köpek mi kesiyor belli değil", "bu ve bunun gibi adamlar tam bir şaklaban", "kendimi korku filminde hissettim", "Dünyanın sonu gelmiş gibi bir havaya girdim", "korku değil de kötü bir şey", "korku filmlerinde okunacak parçalar", "o müzikleri normal bir insan dinlemez", "yemin ederim gece 12'den sonra öyle birisi bağıra bağıra gelse, öyle bir anda birisi karşıma çıksa ben de silah da varsa çeker vururum", "müzikal ve duruş ve yapı olarak ve ermiş olduğu imaj, ben böyle şeyleri maymunluk olarak görüyorum, sanatçılık değil, sanat başka bir şey" şeklindeki sözler nedeniyle manevi tazminata hükmeden ilk derece mahkemesi kararının bozulması da hatalı olmuştur.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ Egger, s. 269; Reisoğlu, s. 233; Antalya, s. 149.

⁶⁹⁶ Antalya, s. 149; Yarg. 4. HD 01.12.2015, E. 2014/16284, K. 2015/13878 "davalı ... İslam tarihçisi bir yazardır. Dava konusu kitapta, davalının "Arnavut asıllı" olduğuna dair ibarenin ve devamındaki beyanların yazının bütünü nazara alındığında ırkçılık ve küçültücü anlamda yazılmadığı, ... cemaatiyle ilgili bölümde de davacının yazdığı "... " isimli kitabına atıfta bulunduğu ve yorum yaptığı ancak içeriğinde küçültücü ve tahkir edici ibareler olmadığı yine dönemin Diyanet İşleri Başkan Yardımcısı olan ... ile ilgili yazılanların da içerik olarak doğru olduğu, ayrıntılarda farklılık varsa da bu durumun kişilik haklarına zarar verecek boyutta olmadığı, kitabın genel olarak geçmişte yaşanan olaylar hakkında okuyucuyu bilgilendirme ve bir kısım olayların eleştirisi mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda; bu ifadelerin basın hak ve görevleri arasında sayılan bilgilendirmek, eleştiride bulunmak, kamuoyu oluşturmak olarak benimsenmesi gerekmekte olup, davacının kişilik hakkına saldırı teşkil ettiği şeklindeki yerel mahkeme kabulü doğru değildir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s 253.

⁶⁹⁸ Yarg. 4. HD 07.11.2018 tarih, E. 2016/11022, K. 2018/6687 "...davalının, davacının amiri konumunda olduğu, aralarında yaşanan tartışma sonrasında davalı tarafından davacıya yönelik sarf edildiği iddia edilen "Ben senin o kuş beyninin içinden neler geçtiğini bilmiyor muyum sanıyorsun!" şeklindeki ifadenin esasen değer yargısı mahiyetinde olduğu, kaba ve incitici olmakla birlikte davacının kişilik haklarına saldırı oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Şu durumda; manevi tazminat isteminin tümden reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru değildir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁶⁹⁹ Yarg. 4. HD 07.06.2016 tarih, E.2016/130, K.2016/7482. "Dava konusu röportajda davalının söylediği sözler davacının müzik tarzı, giyimi, davranışları ve makyajını eleştiri mahiyetinde olup kişilik haklarına saldırı teşkil edecek nitelikte değildir; bu sözler davalının değer yargısını içermektedir.Yerleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasına göre değer yargısının aksinin kanıtlanması olanaksız ya da zor olup kişilik haklarına saldırı niteliğinde kabul edilemez. Dolayısıyla bu röportajdaki beyanlar için istenen manevi tazminatın reddi gerekirken kısmen

Kişilik hakkı mutlak hak olduğundan kişilik hakkını ihlâl eden fiiller tipik haksız fiildir.⁷⁰⁰ Kişilik hakkı ihlâlinde manevi zarar doğrudan zarardır.⁷⁰¹

Kişilik hakkı ihlâllerinde, bu ihlâle neden olan saldırının hukuka aykırı olduğu ve kişilik hakkı ihlâli nedeniyle mağdurun manevi zarara uğradığı karine olarak kabul edilir.⁷⁰² Ancak başka bir görüşe göre hukuka aykırı fiil ile manevi zarar birbirinden ayrılır.⁷⁰³

Kişilik haklarına yapılan saldırıdan bazı durumlarda bu kişinin yakınlarının etkilenmesi de mümkündür. Bu halde yansıma manevi zarardan söz edilir.⁷⁰⁴ Ağır yansıma zararın olduğu hallerde doğrudan zarar görmeyenin de manevi zararının giderilmesi gerektiği kabul edilmelidir.⁷⁰⁵ TBK'nun 56/2. maddesinde ağır bedensel zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Karısına tecavüz edilmiş bir kocanın ağır yansıma zararı vardır.⁷⁰⁶ Ancak karı veya koca, eşi ile evlilik birliğinin devam ettiğini bilerek zina eden kimseden manevi tazminat isteyemez.⁷⁰⁷

Eşyaya verilen zararda kural olarak manevi zarar doğmaz.⁷⁰⁸ Ancak eşya ile sahibi arasında duygusal bir bağ bulunduğu, o eşyanın sahibinin his âleminde maddi

kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷⁰⁰ Hatemi/Gökyayla, s. 162.

⁷⁰¹ Hatemi/Gökyayla, s. 162; Reisoğlu, s. 234.

⁷⁰² Hatemi/Gökyayla, s. 167,171.

⁷⁰³ Bkz. Reisoğlu, s. 241. Yazara göre bir şirketin, bastırıldığı takvimde rızalarını almadan işçilerinin görüldüğü resmi kullanması hukuka aykırı olsa da bunun işçiler bakımından manevi zarar doğurduğu ispatlanmalıdır.

⁷⁰⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 170.

⁷⁰⁵ Hatemi Gökyayla, s. 170.

⁷⁰⁶ Hatemi Gökyayla, s. 170.

⁷⁰⁷ Yarg. İBK 06.07.2018 tarih, E.2017/5, K.2018/7 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019). Aksi yöndeki içtihatlar doktrinde eleştirilmekteydi. Bkz. Serozan, s. 456; Hatemi/Gökyayla, s. 171.

⁷⁰⁸ Reisoğlu, s. 234; Yarg. 14. HD 03.10.2013 tarih, E.2013/8890, K.2013/12725 "Öte yandan, mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasında ölüm veya cismani zarar söz konusu olmadığı gibi, sağlık, huzur ve sükunun bozulması nedeniyle manevi tazminatı gerektirecek bir zarara uğradığı da ispat edilemediğinden manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken bu istemin de kısmen kabulüne karar verilmesi isabetli değildir." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. 29.01.2013 tarih, E.2012/20023, K.2013/1828 "Davacılar, evin su basması nedeniyle manevi zarara uğradıklarını iddia etmişler, mahkemece talep kısmen kabul edilmiştir. B.K.'nun 49. maddesi hükmü uyarınca, manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişilik hakkının hukuka aykırı bir şekilde zarara uğratılması gerekir. Oysa somut olayda, davacıların, su basan dairede oturmadıkları da dikkate alındığında, manevi tazminatı gerektirecek nedenler doğmamıştır." (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

değerinden öte kendi başına bir yer tuttuğu durumlarda manevi zararın doğacağı kabul edilmektedir.⁷⁰⁹ Anı değeri olan aile hatırası, özel mektuplar, günlükler, resimler veya ev hayvanı, bu tür eşyalardandır. Ticari eşya bu kapsama girmez.⁷¹⁰ Ancak failin zarar verme kastı ile hareket ettiği durumlarda manevi zarar doğacağı da düşünülmektedir.⁷¹¹ Yargıtay bir kararında, haksız icra takibi nedeniyle malları haczedilen, bu şekilde borcuna sadık olmayan kişi olarak algılanacağından iş çevresi ve itibarı etkilenecek olan davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiş, malvarlığı zararı nedeniyle manevi zarar doğmayacağı gerekçesiyle davanın reddi yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.⁷¹²

Sözleşmeye aykırılık hali ise, haksız fiil ile birleştiğinde sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil hükümleri yarışacaktır. Ancak tek başına sözleşmeye aykırılık varsa istisnai olarak manevi zarar doğabileceği kabul edilmektedir.⁷¹³ Sözleşmeye aykırılık nedeniyle manevi tazminat istenebilmesi için; öncelikle ortada geçerli bir sözleşme bulunmalı, borçlu sözleşmeye aykırı davranmalı ve sözleşmeye aykırı hareketle karşı tarafın kişilik hakkı ihlâl edilmelidir.⁷¹⁴ Sözleşmeye aykırılıktan ileri gelen manevi zarar bakımından haksız fiilin aksine, fiilin hukuka aykırı olduğu ve manevi zararın doğduğu karinesi işlemez. Burada manevi zarara uğradığını iddia eden iddiasını ve fiilin sözleşmeye aykırı olduğunu ispatla yükümlüdür.⁷¹⁵ Mesela fotoğrafının

⁷⁰⁹ Hatemi/Gökyayla, s. 172, Antalya, s. 167; Oğuz Sadık Aydos, “Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat”, GÜHFD, c. 16, sa. 2, Ankara 2012, s. 3.

⁷¹⁰ Antalya, s. 167, 168.

⁷¹¹ Bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 172. Yazarlara göre arıları ızzar kastıyla öldürülen kimsenin manevi zararı doğmuştur.

⁷¹² Yarg. 7. HD 22.11.2011 tarih, E.2010/6184, K.2011/7116 “Somut olaya gelince, toplanan delillerden davalının davacı tarafından ödenmediğini öne sürdüğü bonolardan kaynaklanan alacağının tahsili için ihtiyati haciz kararı alarak davacı şirkete ait banka ve araç kayıtları üzerine haciz koydurduğu, daha sonra ifta nedeniyle takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, mala verilen zararın kişilik hakkına tecavüz mahiyetinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. İhtiyati haciz kararı ve bu kararın uygulanmasıyla borçlunun borç ödemekten aciz, borcuna sadık olmayan bir kişi konumuna düşeceği ve iş ve aile çevresinde itibarının zedeleneceği, kişilik haklarının zarar göreceği kuşkusuzdur. Bu olgu gözetildiğinde ihtiyati hacizden kaynaklanan manevi tazminat davalarında davacı tarafın manevi zararının gerçekleştiği kabul edilir. Davalının gerçekten alacaklı olmadığı halde, ihtiyati haciz uygulattığı sonucuna varılması nedeniyle, manevi tazminat isteminin kabulü gerekir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷¹³ Reisoğlu, s.234.

⁷¹⁴ Arıdemir, s. 75 vd.

⁷¹⁵ Hatemi/Gökyayla, s. 172.

makinede yandığı için düğünde çektiği fotoğrafları teslim edememesi,⁷¹⁶ bir seyahat acentesi müşterilerinin saatlerce odalarına yerleştirilmemesinden ötürü ticari itibar kaybına uğraması, akde aykırılık nedeniyle manevi tazminat istenebileceği durumlardır. TBK'nun 114/2. maddesi uyarınca haksız fiil nedeniyle manevi tazminata ilişkin TBK 56 ve 58' inci maddeleri sözleşmeye aykırılık hali için de uygulanacaktır.

(i) Mobbing Nedeniyle Manevî Zarar

Mobbing kişilik hakkının ihlâli niteliğinde olduğundan mağdurun manevi zararı doğacaktır. Mobbing sürece yayılan bir olgudur. Mağdurun türlü kişilik değerlerine sürekli bir saldırı yapılmaktadır.

Bir mobbing sürecinde ayrı ayrı manevi zarar doğuran çok sayıda saldırı gerçekleşebilir. Mağdur giderek derin bir üzüntüye, yalnızlaşmaya, korku ve kaygıya sürüklenmektedir. Kişilik değerlerinde tek başına bir eksilme değil, artık psikolojik tacizlerin bütün olarak yarattığı ruhsal bunalım hali söz konusudur.

Mağdurun ruhsal ve fiziksel sağlığı bozulmakta, tedavi ve destek alması gerekmektedir. Mobbing karşısında kaza, kader gibi mağdurun kendisini avutabileceği bir yol da yoktur. Hiç kimsenin mobbinge katlanması, mobbingi kabul ederek artık yaşamının bir parçası haline getirmesi mümkün değildir. Öte yandan mağdur, kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu en yakınlarının, eşinin, çocuğunun, belki ana babasının hayatını idame ettirebilmek için çalıştığı işinde bunları yaşamaktadır.

Mağdur her gün işe gidecek, günün önemli bir kısmını işyerinde geçirecek, sürekli ama sürekli mobbingle yüzleşecektir. Öyle tacizlerle karşılaşacaktır ki, belki bir insan olarak yok sayılacak, aşağılanacak, belki kendisine selam veren veya selamını alan kimse bulamayacak, belki alaya alınacak sürekli arkasından dedikodusu yapılacak, utandırılacak, belki sahip olduğu meslekî bilgi ve beceri göz ardı edilecek, belki işi yaparken kullanmak zorunda olduğu araç gereçler elinden alınacak, bulaşıcı hastalığı varmış gibi ortamdan tecrit edilecek, belki çalışmasının karşılığını bir türlü

⁷¹⁶ Hatemi/Gökyayla, s. 172.

alamayacak, belki izin alması bile zorlaştırılacak hatta izin gününde bile rahatsız edilecek, belki de cinsel tacize uğrayacaktır.

Mobbingin araçları son derece genişdir. Mobbing mağdurunun yaşadığı elem ve ıstırap gerçekten de tahayyül edilemez boyutlara ulaşabilir. Mağdur uğradığı tacizlerin etkisini iş dışında da yaşayacaktır. Aklında hep neden, niçin ve sonrası, devamı tarzında cevapsız sorular dolanacaktır. Mağdurun bu durumundan ailesi ve yakınlarıyla ilişkisi de etkilenecektir. Çifte mobbing bahsinde söz ettiğimiz gibi ailevi hayatında bile yalnızlaşabilecektir. Mağdurun yaşama sevinci kalmayacak, belki de yaşama azim ve isteği son bulacaktır.

Mağdurun iş veya iş ortamını değiştirmesi ile meselenin kolayca halledilebileceği de sanılmamalıdır. Bir kere mağdur hemen yeni bir iş bulabilecek midir? Bulduğu iş konumuna uygun olacak, bu işte benzer maddi olanaklar sağlanacak mıdır? Mağdur işten ayrıldığında yeni işine girerken önceki işinden niçin ayrıldığı sorulacak, önceki işyerinden referansı sorgulanacaktır. Kimi sektörlerde ve özellikle küçük yerlerde bu referans son derece önemlidir. Mağdur, hiç hak etmediği halde sorunlu bir kişi yaftasıyla damgalanabilecektir. Öte yandan mobbinge maruz kalan mağdurun artık insanlara veya kurumsal olarak işverenlere olan güveni azalabilir. Mağdurun yeniden huzurlu bir iş ortamına kavuşabilmesi hiç de kolay olmayabilir. Bütün bu sebeplerle ilk bölümde açıkladığımız gibi mobbing “psikolojik terör” olarak adlandırılmakta, mobbingin mağduruna da “kurban” denilmektedir.

Mobbingin varlığı kabul edildiğinde manevi tazminata hükmetmek gerekir.⁷¹⁷ Mobbing nedeniyle doğan manevi zararın takdir ve tayininde son derece hassas olunmalıdır. Mobbing kapsamındaki tacizler, bu tacizlerin ağırlığı, yöneldiği kişilik değerleri, mobbingin süresi, etkileri, mağdurun yaşadığı elem, ıstırap, ruhsal

⁷¹⁷ Yarg. 9 HD 28.02.2012 tarih, E. 2009/30916, K. 2012/6093 “Mahkemece psikolojik tacizin varlığı kabul edilse dahi Borçlar Kanunu’nun 41. ve 49. Maddelerine göre manevi tazminatın koşullarının oluşmadığı yönündeki kabulü de doğru değildir. Psikolojik taciz (mobbing) olarak değerlendirilen uygulamaların oluş şekli ve süresi dikkate alındığında manevi tazminatın kabulüne karar verilmelidir. Mahkemece uygun bir miktar manevi tazminat takdir edilerek bu yönde hüküm kurulmalıdır.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

bunalım titizlikle değerlendirilmelidir. Yargıtay her biri mobbing kapsamında taciz niteliği bulunan birçok olayda manevi tazminatın şartları oluştuğuna karar vermiştir.⁷¹⁸

Danıştay'ın ikiye karşı üç oyla manevi tazminat gerekmediğine hükmedilen aşağıdaki kararında kanaatimizce karşı oyda belirtildiği gibi mobbingin varlığı kabul edilerek manevi tazminata hükmedilmesi gerekirdi.⁷¹⁹ Benzer bir olayda Danıştay'ın

⁷¹⁸ Yarg. 9. HD 16.04.2015 tarih, E.2014/2671, K.2015/14580 “Dosya kapsamına göre “işveren yetkilisinin ellerinde görüntülerinin bulunduğunu belirterek ahlaksızlıkla suçlamasının” davacının kişilik haklarına saldırı ve kişilik haklarının ihlali niteliğinde olduğunun kabulü gerekirken davalıların kendi iddialarını ispatlayamaması karşısında manevi tazminat talebinin kabulü gerekirken Mahkemece, gerekçesi dahi belirtilmeden yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Yarg. 9. HD 03.04.2014 tarihi E.2012/6698, K.2014/11328 “Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkide manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece, karşı davacıya hakaret edildiğine dair manevi tazminatı gerektirir delil ortaya konulmadığından manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Oysa ki davacının toplam 19 işyeri çalışanına gönderdiği 21.07.2009 tarihli ve “...Bank'tan ayrılış mesajıdır” konu başlıklı elektronik postayla, çalıştığı birimin başkanı olan davalı/karşı davacı ...hakkındaki “Kırık çöpümü bile emanet edemeyeceğim, Bankadaki yozlaşmanın en açık örneği olduğunu düşündüğüm ...” yönünde yazdığı sözler ve bu sözlerin ifade edilmiş tarzı aşağılama niteliğini haiz olduğu gibi, söz konusu elektronik postanın sıhhati de ihtilaflı değildir. Bu itibarla, dosyadaki delil durumuna göre karşı davacı ...'nun manevi tazminat talebinin kabulü gerekirken, aksi yönde yazılan gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷¹⁹ Dn. 5 D. 17.10.2012 tarih, E. 2010/2684, K. 2012/6324 “Davacı, ... İletişim Şebekeleri İşletme Dairesi Başkanlığı, Sistem Etüd Koruma Kumanda Müdürlüğünde 1. dereceli şube müdürü olarak görev yapmakta iken imza yetkisi kaldırılarak taşra teşkilatına baş uzman olarak atandığı, bu işlemin iptali istemiyle dava açtığı, dava sürecinde koruma teçhizatı ve projelerinin denetlenmesinde tek başına uzun süre şehir dışında görevlendirildiği, hazırladığı rapordaki önerilerin idarece yerine getirilmediği, savunma isteme yazısının kişiye özel gizli niteliği gözardı edilerek faks ortamında kendisine iletildiği ve bu şekilde rencide edildiği, açtığı davada Ankara 11. İdare Mahkemesince ... verilen yürütmenin durdurulması kararı uyarınca tekrar görevine başlatıldığı ve 2 gün sonra kadrosu ile irtibatı devam etmek kaydıyla Genel Müdürlük emrinde geçici olarak görevlendirildiği, daha önce müdür konumunda çalıştığı kurumda çalışma odası ve masa tahsis edilmeden çalışmak zorunda bırakıldığı, bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada Ankara 7. İdare Mahkemesince ... verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararı uyarınca görevlendirmesinin kaldırıldığı ancak on dört gün sonra 23.11.2005 tarihinde Yük Tevzii Dairesi Başkanlığı Etüd ve Raporlama Müdürlüğünde görevlendirildiği, 24.2.2006 tarihinde de aynı yere naklen atandığı, arka arkaya verilen yargı kararlarının kanuna karşı hile yoluna gidilerek şeklen uygulanmış olduğu yolundaki iddialarıyla açtığı davada, uğradığı manevi zararın davalı idarece tazmini gerektiğini ileri sürmekte ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Olayda, davacının hakkındaki görevlendirme işlemlerine karşı açtığı davalarda verilen yürütme ve iptal kararlarının gereğinin işbu davanın açıldığı tarihten önce ve yasal süresi içerisinde yerine getirildiği ve davacının dava konusu işlemlerden önceki konumuna iade edildiği, 23.11.2005 tarihli görevlendirme işlemine karşı ise davacı tarafından açılmış bir davanın bulunmadığı görülmektedir. İdare hukuku ilkelerine göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmiş bulunması veya kişinin fiziki yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerekmektedir.

Buna göre dava dilekçesinde ileri sürülen diğer sebeplerden dolayı davacıya manevi tazminat ödenmesini gerektirecek koşulların oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

başka bir Dairesi mobbing nedeniyle manevi zarar tazminine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁷²⁰

Yüksek Mahkeme bir başka kararında, sicil notunun iptaline ilişkin davası reddedilen ancak yer değişikliğine ilişkin açtığı iki ayrı davadan biri kabul edilen davacının mobbing nedeniyle manevi tazminat istemli davasını reddeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁷²¹ Bir başka kararda tacizlerin manevi tazminatı

Bu durumda; İdare Mahkemesince davanın bu gerekçeyle reddi gerekirken, yukarıda anılan gerekçeyle reddinde isabet bulunmamakta ise de; bu husus sonucu itibariyle yerinde bulunan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemiştir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Kararın karşı oyu: “Davacı hakkında tesis edilen atama ve görevlendirme işlemlerine karşı açılan davalarda; idare mahkemelerince verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararları üzerine, önceki görevine iade edilen davacının, (2 gün) ve (14 gün) gibi kısa süreler içerisinde yeniden bir başka yere görevlendirilmesinin mahkeme kararlarının şekli bir uygulamadan öteye gitmediği ve "yargı kararının uygulanmaması" sonucunu doğurduğu; diğer taraftan, davalı idarenin davacı hakkındaki yıldırıcı tasarruflarının da devam ettiği dikkate alındığında davacıya manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi gerektiği düşüncesiyle Mahkeme kararının bozulması gerekirken, aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyoruz.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷²⁰ Dn. 8 D. 16.04.2012 tarih, E. 2008/10606, K. 2012/1736 “... Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroşirürji Anabilim Dalı öğretim üyesi olan davacıya verilen üç ayrı disiplin cezasının yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler ve anılan göreve yargı kararı ile atandığı 17.9.2001 tarihinden bu yana kendisine karşı yürütülen taciz (mobbing), bıkırma ve yıldırma yönelik eylem ve işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 50.000,00-TL manevi zararın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada; Erzurum Valiliği İl İnsan Hakları Kurulunca yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapor, yargı kararları ve davacı hakkında tesis edilen işlemlerin incelenmesinden, davacının haksız bir takım uygulamalara maruz kaldığı ve bu uygulamaların manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğu anlaşıldığından, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşayan davacının zararının tazmini gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 5.000,00-TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin tazminat isteminin ise reddine karar veren Erzurum 2. İdare Mahkemesinin ...sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.(...) İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına...” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷²¹ Dn. 8 D. 14.10.2009 tarih, E. 2009/4422, K. 2009/5782 “... Üniversitesi Hukuk Müşavirliğinde memur olarak görev yapan davacı hakkında şahsına mobbing (işyeri tacizi) uygulandığı, bu durumdan dolayı psikolojisinin bozulduğu ve mağdur olduğu ileri sürülerek 10.000,00-TL manevi tazminatın dava tarihi itibari ile işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı idareden alınarak tarafına ödenmesi istemiyle açılan davada; idare hukuku ilkelerine göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için belirli şartların oluşması gerekmekte olup, davacı tarafından açılan sicil notlarının iptaline ilişkin davaların ve Güzel Sanatlar Fakültesinde görevlendirilmesine ilişkin işlemi iptali istemine ilişkin davanın reddedildiği, davacının Meslek Yüksekokulu Yedikule yerleşkesinde görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali ve tazminat istemiyle açılan davada işlemin iptaline, 10.000,00-TL tazminat isteminin kabulüne karar verildiği anlaşılmış olup, yargı kararlarının değerlendirilmesinden, davacıya idare hukuku ilkelerine göre manevi tazminat verilmesine yol açacak hususların bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İstanbul 10. İdare Mahkemesinin ...sayılı kararının; davalı idarenin idari yargı kararlarını uygulamamak için mobbing (işyeri tacizi) uyguladığı, kadronun dolu olduğu öne sürülerek idari yargı kararlarının uygulanmamasına neden olarak gösterilen kişinin kadrosunun o bölümde olmayıp, genel sekreterlik bünyesinde olduğu, yıllık

gerektirmediği gerekçesiyle manevi tazminatın tahsiline ilişkin ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur.⁷²² Oysaki önceki bölümlerde açıkladığımız gibi tacizlerin ayrı ayrı hukuka aykırı olduğu değerlendirilmese bile yıldırıma ve bezdirmeye yönelik gerçekleşen mobbing olgusunun kendisi hukuka aykırıdır. Hiçbir toplantıya çağırılmayan, görevi gereği bulunması gereken faaliyetlerde yer verilmeyen, başkanlığını yürüttüğü bölüme personel alınırken görüşüne başvurulmayan, mezuniyet törenine dahi alınmayan ve bu şekilde varlığı yok sayılarak yalnızlaştırılıp izole edilen davacı bakımından kanaatimizce mobbingin varlığı ve manevi tazminat isteminin kabulü gerekirdi. Mobbingden söz edilmeden açılan başka bir davada ise, geçirilen soruşturma sonrası görev süresinin uzatılmaması yönündeki idari işlemin iptali ile manevi tazminat istemlerinden iptal davası kabul edilmiş, ancak davacı hakkında

izninin kullanılmadığı, baskı nedeniyle tedavisini yarım bırakmak zorunda kaldığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.(...)

...temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına...”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷²² Dn. 8 D. 01.03.2018 tarih, E. 2016/5696, K. 2018/1160 “*Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından, ... Üniversitesi Güzel Sanatlar ve Tasarım Fakültesi Mimarlık Bölümü Bölüm Başkanı olarak görev yapmakta iken, davalı idarece bölüm toplantıları düzenlenmesinin engellenmesi, her yıl düzenli olarak yapılan ve kendisinin de katıldığı Mimarlık Okulları Bölüm Başkanları İletişim Grubu Toplantısına Bölüm Başkanı olan kendisi yerine yine aynı bölümden başka bir öğretim elemanının görevlendirilmesi, yeni akademik yılda yürürlüğe girecek olan 4+1 YL Programı konusunda Dekanlık tarafından tüm Mimarlık Bölümü öğretim elamanları ve yardımcıları çağrıldığı halde kendisinin toplantıya çağrılmaması, 2014-2015 akademik yılı yüksek lisans programında adına ders görevlendirmesi yapılmaması, başkanı olduğu Mimarlık Bölümü için alınması gereken öğretim elemanları konusunda görüşü alınmadan bölümden bir kişinin görevlendirilmesi, Fakülte Dekanı tarafından haber bile verilmeksizin Mimarlık Bölümü için toplantılar yapılması, mezuniyet töreni için Bölüm Başkanı olarak kendisinin görevlendirdiği kişilerin Dekan tarafından iptal edilerek yerine başkalarının görevlendirilmesi, mezuniyet törenine alınmayarak öğrencilere diploma verme hak ve görevini yerine getirmesinin engellenmesi, kendisi tarafından Bölüm toplantısı yapılarak müştereken kararlaştırılan 2014-2015 Güz Yarıyılı ders programı ve ders görevlendirmelerinin Dekan tarafından bu konuda Bölümün bir öğretim elemanına görev verilip kendisinden habersiz değiştirilmesi, yıl başında ve yıl sonunda yapılan Fakülte Kurulu Toplantılarına bölüm başkanı olarak çağrılmaması, Bölüm Başkanı olan davacıya ders görevlendirmesi yapılmaması hususları nedeniyle kendisine karşı sistemli, hukuka ve yasalara aykırı karar ve davranışlarda bulunularak görevlerini yapmasını engellediği ve uyguladığı sistematik psikolojik baskılar neticesinde ruh sağlığının bozulup görevinden ayrılmak zorunda bırakıldığını ileri sürerek 10.000,00-TL maddi ve 50.000,00-TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle bakılmakta olan işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.(...)*

Davacının manevi tazminat istemine gerekçe gösterdiği nedenler manevi zararın tazmin edilebilmesi için varlığı gerekli olan; şeref, haysiyet, kişilik hakları veya vücut bütünlüğüne yönelmiş bir saldırı niteliğinde somut olarak kanıtlanmış idari eylemler olarak görülmemektedir. Açıklanan nedenlerle; İzmir 1. İdare Mahkemesinin temyize konu kararının bozulmasına...”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

soruşturma açılması ve bu nedenle görev süresinin uzatılmamasından ibaret eylem nedeniyle manevi tazminat gerekmeceğine karar verilmiştir.⁷²³

Mainz Eyalet İş Mahkemesi'nin bir kararı şöyledir: Banka müdürü olan mağdur, amirinin kendisine sormadan sekreterini aldığını, odasını değiştirdiğini, son 2 yıl her gün yarım saat arayla sürekli işiyle ilgili rapor vermek zorunda bırakıldığını, sürekli seminer ve eğitimlere gönderildiğini, bu şekilde itibar ve prestijini sarstığını ileri sürerek amiri aleyhine manevi tazminat davası açmış; ilk derece mahkemesi mobbingin varlığını kabul ederek davalı aleyhine, 45 yıllık bankacı olan davacıya karşı 5 yıl devam eden mobbing nedeniyle 51 bin 900 Alman Markı tutarında manevi tazminata hükmetmiş, Eyalet Mahkemesi, tazminatı 15 bin Alman Markı'na düşürmüştür. Eyalet Mahkemesi'nin buna ilişkin gerekçesi "*Eyalet İş Mahkemesi'nin görüşüne göre 15 bin Alman Markı tutarında takdir edilen bir manevi tazminat yeterli olacaktır*" şeklindeki cümleden ibarettir.⁷²⁴

⁷²³ Dn. 8. D. 25.01.2018 tarih, E. 2017/937, K. 2018/352. "*Olayda, 31.12.2014 tarihli dava konusu işlemde davalı idarece herhangi bir somut bir gerekçe belirtilmeden davacının görev süresinin uzatılmayacağına bildirildiği görülmüş olup, davalı üniversitece savunma dilekçesinde öne sürülen; davacının görevi sırasındaki uyumsuz, nezaketsiz davranışları ve kendisine verilen görevleri savsakladığı gerekçesi irdelendiğinde davacının görev süresinin uzatılmamasına ilişkin asıl gerekçenin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda görev yapan ...'nin, ... ile birlikte yürüttüğü "Ceza Hukuku Genel Hükümler-1" başlıklı dersin final sınavının gerçekleştirilmesi ve cevap anahtarının hazırlanması sürecinde davacının tutum ve davranışları olduğu ortadadır. Bu süreçte ilişkin davacı hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucunda 13.03.2014 tarihinde hazırlanan soruşturma raporunda davacı hakkında kendisine "görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak" suçunun karşılığı olan "uyarı" cezasının verilmesinin yerinde olacağı sonucuna ulaşılmış ancak soruşturma raporunda davacıya verilmesi önerilen ceza uygulanmamıştır. Ayrıca, soruşturma raporundan sonra 19.12.2014 tarihinde Hukuk Fakültesi Dekanlığı tarafından davacının görev süresinin uzatılması yönünde görüş bildirilmiş; dolayısıyla soruşturma raporuna konu davacı fiilinin tek başına görev süresinin uzatılmayacağına gerekçe olamayacağından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.(...)*

Davacının uğranıldığı ileri sürülen manevi zarara sebep olduğu iddia edilen işlem veya eylemlere karşı iptal davası, bu işlem veya eylemler nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zararların tazmin için de tam yargı davası açmak üzere idari yargı mercilerine başvurabileceği tabii iken davacı tarafından ileri sürülen iddialara ilişkin herhangi bir suç duyurusunda bulunulmadığı, yazılı herhangi bir şikâyetinin olmadığı, uğranıldığı ileri sürülen zararların açık, somut ve kesin olarak ortaya konulmadığı hususları gözönünde bulundurulduğunda davacıya mobbing nedeniyle manevi tazminat ödenmesi yönündeki talebinin karşılanması hukuken mümkün değildir."(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷²⁴ 16.08.2001 tarih, 6 Sa 415/01. https://www.kostenlose-urteile.de/Gericht-der-Europaeischen-Union_T-27517-und-T-37717_Schadenersatz-in-Hoehe-von-10000-Euro-fuer-Mobbing-Opfer.news26172.htm (10.01.2019).

(ii) Manevi Zararın Giderimi

Malvarlığı zararı olan maddi zarar, gerçek zarar; kişi varlığı zararı olan manevi zarar ise gerçek olmayan zarar olarak nitelendirilmiştir.⁷²⁵ Bu sebeple manevi zararın giderilmesindeki amaç gerçek bir zararın karşılanması değil, zarar görenin elem ve üzüntüsünün denkleştirilmesi ve bu yolla zarar görene bir iç tatmin sağlanmasıdır.⁷²⁶ Aynı zamanda zarar veren için etkili bir yaptırımla caydırıcı olabilmektedir.⁷²⁷ Manevi giderimde tam bir denkleştirme ve tatmin mümkün değildir.⁷²⁸ Bütün bu sebeplerle bir miktar para ödenmesi dışında başkaca giderim yolları da bulunmaktadır.⁷²⁹

Kişilik hakkı saldırıya uğrayanın manevi tazminat hakkının saklı olduğu TMK'nun 25/4. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Medeni Kanunumuz'da tazminatın kapsam ve şekline yönelik bir hüküm bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde tazminat için durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığının gözetileceği TBK'nun 51, zarar görenin rızası ve mağdurun kusuru nedeniyle tazminatın indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilirliği ise TBK'nun 52'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeler tazminat başlığı altında yer aldığından sadece maddi tazminat için değil, aynı zamanda manevi tazminat için de geçerlidir.⁷³⁰

Bedensel bütünlüğün zedelenmesi halinde manevi tazminat istenebileceği TBK'nun 56. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre olayın özellikleri göz önünde tutularak uygun bir tazminata hükmedilecektir.

Kişilik hakkı ihlâli nedeniyle manevi tazminat istemi ise TBK'nun 58. maddesinde düzenlenmektedir. İlk fıkrada uğranılan manevi zarara karşılık bir miktar para ödenmesinin istenebileceği, ikinci fıkrada ise hâkimin para yerine veya paraya ek olarak başkaca bir tazmin biçimine hükmedebileceği düzenlenmiştir. Diğer giderim şekillerinin de hukukî niteliği yine manevi tazminattır.⁷³¹ Fıkra özellikle saldırıyı

⁷²⁵ Antalya, s. 148.

⁷²⁶ Reisoğlu, s.288; Antalya, s. 148, 149.

⁷²⁷ Yarg. HGK. 23.06.2004 tarih, E. 2004/36-122, K. 2004/370 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷²⁸ Antalya, s. 149.

⁷²⁹ Reisoğlu, s. 229.

⁷³⁰ Reisoğlu, s. 259; Antalya, s. 178.

⁷³¹ Antalya, s. 181 vd.

kınayan bir karar verilebileceği ve bu kınama kararının yayımlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Kınama kararı ve yayımı başka tazminat biçimine yasal birer örnek oluşturmaktadır.

Para, manevi zararın karşılığı değildir ancak manevi zararın giderilmesi için en uygun araçtır.⁷³² Kural olarak manevi tazminatın toplu bir para ödemesi şeklinde belirlenmesi gerekir.⁷³³ Manevi tazminatın irat şeklinde ödenmesi veya diğer manevi giderim şekillerinin belirlenmesi mümkün ise de bu takdiri haklı kılacak sebeplerin varlığı aranacaktır.⁷³⁴ Manevi tazminatın irat şeklinde ödenemeyeceği, yalnız bir defada ödetilmesine karar verilebileceği de söylenmektedir.⁷³⁵

Hâkimin takdiri son derece geniştir. Hâkim talep olmadığı halde bir miktar paranın ödenmesine karar veremez.⁷³⁶ Bundan başka yalnız bir miktar paraya veya taleple bağlı olmaksızın bu para yerine diğer giderim şekillerine, nihayet talep aranmaksızın parayla birlikte diğer giderim şekillerine karar verebilir. Saldırıcıyı kınayan bir karar verebilir, bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir, hükmü üçüncü kişilere bildirebilir, saldırıda bulunanın özür dilemesine veya sözlerini geri almasına karar verebilir.⁷³⁷

Manevi tazminatın belirlenmesinde olayın özellikleri, kusur ve varsa zarar görenin rızası veya kusurunun dikkate alınacağı yukarıdaki yasal hükümler gereğidir.⁷³⁸ Olay nedeniyle bir adli soruşturma yürütülüyorsa bunun beklenmesi gerekir.⁷³⁹ Mesela Yargıtay'ın, haberin görünen gerçekliğe uygun olması halinde

⁷³² Antalya, s. 175; Aydos, s. 20.

⁷³³ Antalya, s. 174.

⁷³⁴ Antalya, s. 174.

⁷³⁵ Ayan/Ayan, s. 124.

⁷³⁶ Hatemi/Gökyayla, s. 174.

⁷³⁷ Antalya, s. 182 vd.

⁷³⁸ Yarg. 2. HD 01.05.2007 tarih, E.2006/18742, K.2001/7188 “*Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. Eşit kusurlu eş yararına manevi tazminata hükmedilemez.*” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷³⁹ Yarg. 4. HD 07.03.2018 tarih, E. 2016/5227, K. 2018/1608 “*6098 sayılı TBK'nun 74. maddesi (818 sayılı BK'nun 53. maddesi) uyarınca hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değil ise de; hem ilmi, hem de kökleşmiş yargı kararlarında ceza mahkemesince belirlenen maddi olgunun hukuk hâkimini bağlayacağı kabul edilmektedir. Dava konusu olayın özelliği nedeniyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının ...soruşturma sayılı dosyasının halen derdest olduğu anlaşıldığına göre öncelikle soruşturma sonucunun, şayet kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunun beklenmesi ve varılacak sonuca göre bir değerlendirme yapılması gerekir.*” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

manevi tazminata hükmedilemeyeceğine yönelik ilke kararlarında, kanaatimizce hem zarar verenin hem de zarar görenin kusuru dikkate alınmıştır.

Manevi tazminat belirlenirken kişilik hakkı ihlâline sebep olan hukuka aykırı davranışın ağırlığı, şiddeti, gözetilir.⁷⁴⁰ Saldırıda kullanılan araçlar da önemlidir. Mesela ihlâlin medya aracılığıyla yapılması birkaç kişi arasında olup bitmesinden çok farklıdır.⁷⁴¹ Objektif olarak hangi kişilik değerlerinin ihlâl edildiği ve kişilik değerlerinde yol açılan eksilmenin boyutu, saldırının tarz, şekil, yoğunluk ve süresi değerlendirilecektir.⁷⁴² İhlal edilen her bir kişilik değeri için ayrı bir tutar bulunup bunların toplanması gerektiği de söylenmektedir.⁷⁴³ Diğer yandan sübjektif olarak mağdurun yaşadığı elem ve ıstırap değerlendirilmelidir.⁷⁴⁴ Tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarının dikkate alınacağına ilişkin BK'nun 49/2. maddesi TBK'ye alınmamış ise de manevi tazminatın takdirinde bu hususlar göz önünde bulundurulacaktır.⁷⁴⁵

Hükmedilecek para, manevi zarara uğramış olan mağduru tatmin etmelidir.⁷⁴⁶ Ancak yükümlü bakımından ekonomik olarak sarsıcı ve fakirleştirici, mağdur bakımından ise özendirici ve zenginleştirici olmamalıdır.⁷⁴⁷

⁷⁴⁰ Eren, s. 532 vd.; Aydos, s. 21 vd.

⁷⁴¹ Reisoğlu, s. 259; Aydos, s. 14.

⁷⁴² Antalya, s. 178.

⁷⁴³ Antalya, s. 177.

⁷⁴⁴ Eren, s. 532 vd.; Aydos, s. 14.

⁷⁴⁵ Nitekim TBK'nun 58. maddesinin gerekçesindeki: "... hâkimin manevi tazminat miktarını belirlerken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür." şeklindeki ifadeden, bu hususlara yeni yasada yer verilmemesinin bunların hiç dikkate alınmayacağı düzenlenmiş olduğu manasına gelmediği anlaşılmaktadır.

⁷⁴⁶ Bir olayda yerel mahkemece 2016 yılında hükmedilen 6 bin TL manevi tazminatın fazla olduğuna karar verilmiştir. Yarg. 4. HD 07.01.2018 tarih, E. 2016/11022, K. 2018/6687 "*Davacı; davalının yöneticiliğini yaptığı sitede beden eğitimi öğretmeni ve spor koordinatörü olarak çalıştığını, davalının kendisine mobbing uyguladığını iş akdinin feshedildiğini, haksız yere şahsının hırsızlık ile suçladığını ve bu suçlama nedeni ile davalı hakkında iftira suçundan ceza yargılaması sonunda davalının cezalandırıldığını, bu haksız eylem nedeni ile kişilik haklarının zarar gördüğünü belirterek manevi zararının tazmini isteminde bulunmuştur.(....) Somut olaya gelince; olay tarihi, olayın oluş şekli, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile yukarıda anılan ilkeler gözetildiğinde davacı yararına takdir edilen manevi tazminat tutarı fazladır. Daha alt düzeyde manevi tazminata karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru değildir.*" (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷⁴⁷ Antalya, s. 176, Reisoğlu, s. 260.

Yerleşik Yargıtay kararlarına göre manevi tazminat talebinin bölünüp fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması mümkün olmadığı gibi talep edilen tutarın ıslahla artırılması da mümkün olmayacak, yine manevi zararın tespiti için de dava açılmayacaktır.⁷⁴⁸ Öte yandan manevi tazminatın, HMK'nun 107. maddesi ile düzenlenen dava değerinin tam olarak bilinmeyeceği durumlarda açılacak belirsiz alacak davasına konu edilmesi de mümkün değildir.⁷⁴⁹

Mobbing bakımından manevi tazminat genel kurala uygun olarak bir miktar paranın tek seferde ödenmesi şeklinde olmalıdır. Buna ek olarak haklı nedenler varsa diğer giderim şekilleri de uygulanmalıdır. Mesela idare hukuku çevresindeki iş ilişkisinde husumet idareye yöneltilmemişse kararın çalışılan kuruma veya dava işverene karşı açılmadıysa kararın işverene bildirilmesi, önemli bir mevkiye olan davacının işten çıkarıldığı veya istifa ettiği haber yapılmışsa kararın yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.

Tazminat miktarı tayin edilirken öncelikle mobbingin süresi, tacizlerin şiddeti, bu tacizlere kimlerin nasıl katıldığı, tacizlerin hangi kişilik değerlerini ihlâl ettiği değerlendirilmelidir. Daha sonra mağdurun yaşadığı elem ve ıstırap, ne gibi zorluklar yaşadığı, o işyerindeki çalışma süresi, genel kariyeri, konumu gözetilmeli, mobbing nedeniyle fiziksel veya ruhsal sağlığı bozulduysa bu husus sağlık kurulu ve bilirkişiden rapor aldırılarak araştırılmalıdır.

Mobbing tacizcisi kast ile hareket ettiğinden en ağır derecede kusurludur. Mobbinge katılmasa da gerekli önlemleri almadığı için kusurlu bulunan işveren ise ağır ihmal derecesinde kusurludur. Mobbingin sürece yayılan bir olgu olması karşısında burada kanaatimizce hafif ihmalden söz edilemez. Önceki bölümlerde açıkladığımız gibi mağdurun olumsuz kişilik özellikleri, hal ve tavrı mobbingi tetiklemiş ise bu da dikkate alınmalı, hükmedilecek tazminat tutarı daha düşük olmalıdır.

⁷⁴⁸ Yarg. HGK 14.11.2001 tarih, E. 2001/21-993 K. 1001/1019 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷⁴⁹ Yarg. 21. HD 16.02.2015 tarih, E. 2014/26303, K. 2015/2554, Yarg. 17. HD 20.04.2017 tarih, E. 2014/20174, K. 2017/4309 (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

Mobbingin amacı da önemlidir. Mesela mobbing; ayrımcılık tazminatı veya sendikal tazminatı gerektirecek nedenlerle çalışanı işyerinden uzaklaştırmak veya özgür iradesi ile tercih hakkını kullanacağı hususlarda baskı ve boyunduruk altına almak, işyerinde hizipleşmek veya yıldırarak cinsel münasebet tesis etmek amaçlarıyla yapıldıysa daha yüksek tazminata hükmedilmelidir.

Mağdurun işe iade davası açması mobbing nedeniyle manevi tazminat davasının dinlenmesine engel değildir.⁷⁵⁰ Ancak işe iade ile mobbing nedeniyle tazminat istemleri ayrı davalara konu edilmelidir.⁷⁵¹

Mobbing nedeniyle hükmedilecek manevi tazminatın miktarı mutlaka caydırıcı olmalı, mağdura bir iç tatmin sağlamalıdır.

Manevi tazminat için de faiz talep edilebilir. Maddi tazminatta faiz talebiyle ilgili yukarıda açıklanan hususlar burası için de geçerlidir.

5. Davaların Yarışması ve Yığılması

Hukuk düzeni, aynı olay nedeniyle farklı istemlerin konu edildiği birden fazla dava açılabilmesine cevaz verebilir.

Kişilik hakkı ihlâli nedeniyle TMK'nun 25. maddesinde saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması, saldırının tespiti, haksız kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi, maddi tazminat ve manevi tazminat davalarının açılabilceği düzenlenmiştir. Bu davalardan ayrı ayrı açılıp sonuçları birbirine eklenebilenler arasında yığılma, ayrı ayrı açılmayıp sonuçları arasında seçim yapılabilenler arasında yarışma söz konusudur.⁷⁵² Mesela yukarıda bahsettiğimiz gibi Yargıtay işe iade davası

⁷⁵⁰ Yarg. 9. HD. 09.06.2014 tarih, E. 2012/14418, K. 2014/18599 “Mahkemece tarafların delilleri toplanmamıştır. Davacının işe iade davası açmasının çelişki oluşturduğu gerekçesi yerinde değildir. Hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiştir. Mahkemece taraf delilleri toplam değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷⁵¹ Yarg. 9 HD. 06.02.2018 tarih, E. 2017/514, K. 2018/1731 “Davacı, iş güvencesi hükümleri yanında mobbinge dayalı tazminat talebinde bulunmuş olup her iki dava türünün farklı temyiz inceleme sürelerine tabi olması ve iş güvencesi hükümlerine ilişkin uyuşmazlıklara bakma görevi verilen ilk derece mahkeme kararının hatalı görülmesi halinde Yargıtay'ca kesin olarak karar verildiği göz önüne alındığında birlikte görülemeyeceği gözetilerek mahkemece bu dosyada işe iade davasının değerlendirilmesi, tazminat talebinin ise tefrik edilerek ayrı bir esasa kaydedilerek sonuçlandırılması gerekmektedir.”(www.uyap.gov.tr, 03.03.2019).

⁷⁵² Hatemi, s. 69.

açılmış olmasının mobbing nedeniyle manevi tazminat davasının dinlenmesine engel olmadığını kabul ederek bunun çelişki olduğu gerekçesi ile tazminat davasını reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Buna göre Yargıtay, her iki dava arasında yarışma değil, yığılma olduğunu kabul etmektedir.

Çalışmamızda son olarak kişilik hakkının ihlâli nedeniyle açılabileceği düzenlenen davalar arasındaki yarışma ve yığılma ilişkisi incelenecektir.

a) Saldırıya Yönelik Davalar Bakımından

Saldırıya yönelik davalar, saldırının önlenmesi, durdurulması ve tespiti davalarıdır. Saldırı henüz başlamamışsa saldırının önlenmesi, saldırı başladıysa saldırının durdurulması, saldırı sona ermiş ise etkilerinin devam ediyor olması şartı ile saldırının tespiti davası açılacaktır. Görüldüğü üzere saldırıya yönelik davalar, dava anında saldırının taalluk ettiği zamanlara göre açılabilmektedir. Şu halde bu davaların yarışması veya yığılması mümkün değildir.

Ancak ilgili bölümde açıkladığımız gibi saldırı gerçekleşmişse hem durdurma, hem de tekrar edilmemesi için önleme davası açılacağı da savunulmaktadır. İşte bu görüşe göre durdurma ve önleme davaları yığılabilir.

Tespit davasının henüz gerçekleşmemiş ve devam eden saldırılar için de açılabileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre tespit davası, önleme ve durdurma davası ile ayrı ayrı yarışabilecektir. Önleme ve durdurma davasında kişilik hakkı ihlâli zaten tespit edileceğinden bu davaların tespit davasıyla yığılmasına gerek yoktur. Eş deyişle önleme veya durdurma davası açılmışsa ayrıca tespit davası açılmasında hukukî yarar yoktur. Ancak bu davalar devam ederken saldırı artık sona ermişse mahkemeden yalnız tespit hükmü talep edilebilir.

b) Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar Bakımından

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar vekâletsiz iş görme davası ile maddi ve manevi tazminat davalarıdır.

Manevi tazminat davası, diğ er iki davayla ayrı ayrı yığı labilir.⁷⁵³

Maddi tazminat davası ile vekâletsiz iş görme hükümlerine göre haksız kazancın iadesi davası arasında yarışma mı yoksa yığı lma mı oldu ğ u ise tartışmalıdır.

Arpacı'ya göre; bu davaların yığı lması mümkün olamaz. Yani maddi tazminat veya haksız kazancın iadesi arasında tercih yapılmalıdır.⁷⁵⁴

Oğuzman/Seliçi/Özdemir'e göre, mağdurun kendisinin de elde etmek istedi ğ i bir kazancı failin saldırı yoluyla edinmesi halinde bu davalar yarışacaktır.⁷⁵⁵

Hatemi'ye göre; bu iki dava arasında yığı lma de ğ il yarışma vardır. Yazar şu örne ğ i vermektedir: Mağdurun kişilik hakkına saldırı teşkil eden gerçek dışı isnatların bulundu ğ u bir kitabın yayımlanması nedeniyle mağdur kazanç kaybına uğramış, fail ise bu kitap nedeniyle kazanç elde etmiş ise; mağdur ya maddi tazminat davası açarak kazanç kaybının tazminini, ya da vekâletsiz iş görme davası açarak failin edindi ğ i kazancın kendisine verilmesini isteyebilecektir. Her ikisini birden isteyemez.⁷⁵⁶

Dural/Öğüz'e göre; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davasından maddi tazminatı ayıran esas kıstas mağdurun elde etmek istemedi ğ i veya elde edemeyece ğ i kazanç için gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davası açılabilmesidir. Yazara göre bir kimsenin yayımlamayı düşünerek kaleme aldı ğ ı hatıralarına ilişkin nüshalar çalınarak yayımlanırsa yalnız maddi tazminat davası, ancak bunları asla yayımlamayı istememesi halinde ortada bir zarar bulunmadığından yalnız vekâletsiz iş görme davası açılacak, yayımlayanın mağdurun düşündü ğ unden daha çok baskı yapıp satması halinde ise her iki dava yığı lacaktır.⁷⁵⁷

Kanaatimizce bu davaların yarışması da yığı lması da mümkün olmalıdır. Şöyle ki; Hatemi'nin verdi ğ i örnekte davalar yığı labilir. Aksi halde dava hakkının kimseyi zenginleştirme amacına yönelik olmadığı ilkesi abartılmış, bu sefer saldırgana edindi ğ i haksız kazançla aleyhine kurulacak tazminat veya iade hükmünü karşılama imkânı

⁷⁵³ Eren, s. 816; Hatemi, s. 78; Kılıço ğ lu, Basım, s. 351.

⁷⁵⁴ Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku- Gerçek Kişiler*, İstanbul 2001, s. 162.

⁷⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 256.

⁷⁵⁶ Hatemi, s. 79.

⁷⁵⁷ Dural/Öğüz, s. 157.

tanınmış olur. Kaldı ki bu durumda mağdurun uğradığı zarar ile saldırganın elde ettiği haksız kazanç birbirinden bağımsızdır. Yasa'da her iki davanın da açılabilceği düzenlendiğine göre mağdurun zararı ile saldırganın edindiği haksız kazanç arasında tercih yapmaya zorlanması yasal olarak mümkün değildir.

Öte yandan mağdurun elde edebileceği bir kazancın saldırgan tarafından edinilmesi halinde ise mağdura, menfaatine göre seçim hakkı tanınmalıdır. İşte bu halde mahrum kalınan kâr haksız kazançtan ileri gelmektedir. Mahrum kaldığı kâr ile saldırganın haksız kazancından hangisi yüksek ise mağdur yalnız bunu tek bir davayla isteyebilecektir. Mesela bir ünlünün dergiye satmak için çektiği tatil fotoğrafları aşırılıp satılırsa, mağdur ya mahrum kaldığı kârı, ya da saldırganın edindiği kazancı isteyebilir. Her ikisini birden isteyemez. Yani bu halde davaların yarışacağı kabul edilmelidir.

Mobbing bakımından konuya yaklaştığımızda ise; mesela işçiye husumetli üçüncü kişinin sağladığı menfaat üzerine mobbing uygulayarak işçiyi onuru kırılacak şekilde işten çıkarmaya yönelik tertip içinde olan bir işveren düşünelim. İşçi hem üçüncü kişiden işverence temin edilen haksız kazancın iadesini hem de mobbing nedeniyle uğradığı maddi zararın tazminini talep edebilmelidir. Çünkü bu misalde de mağdurun uğradığı zarar, saldırganın edindiği kazançtan bağımsızdır. Ancak işçi alacakları yönünden tazminat veya alacak davası açma imkânı varken gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davası açılmasını doğru bulmuyoruz. Yukarıda da açıklandığı gibi, mesela işveren prim için işçiye emsallerinden çok daha yüksek bir hedef vermiş, işçi emsallerine verilen hedefi tutturmuş ancak kendi hedefini tutturamadığı için prim alamamışsa tazminat, hedefini tutturarak hak ettiği prim alacağı ödenmemişse alacak davası açacaktır. Nitekim bu halde ortada tipik bir tazminat veya alacak hakkı vardır. Doktrinde sebepsiz zenginleşmeye de dayandırılan⁷⁵⁸ gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davası açılmaz. Ayrıca bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davası, mağdura daha yüksek bir edinim de sağlamayacaktır.

⁷⁵⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, 2016, s. 412.

c) Saldırıya ve Saldırının Sonuçlarına Yönelik Davalar Bakımından

Saldırıya yönelik davalar, geleceğe; saldırının sonuçlarına yönelik davalar ise geçmişe yönelik etki doğurur.⁷⁵⁹ Bu iki grup davanın konuları birbirinden tamamen ayrıdır. Bu sebeple saldırı ve saldırının sonuçlarına yönelik davaların, davacının tercih ve seçimine göre ancak kendi aralarında yarışması mümkündür, birbiriyle yarışması mümkün değildir.

Saldırının durdurulması ve önlenmesi davasının hal ve şarta göre saldırının sonuçlarına yönelik davalarla yığılması mümkündür. Mesela saldırgan, mağdurun gizli mektuplarını veya özel görüntülerini para karşılığı bir gazeteye sızdırmışsa; bunlar yayımlanmadan saldırının önlenmesi, yayımlandıktan sonra saldırının durdurulması davası açılabilir. Her iki durumda da mağdurun kazancı edinmek isteyip istememesine göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davası veya maddi tazminat davası, yine mağdurun özel hayatı ihlâl edildiğinden manevi tazminat davası da açılabilir.

Saldırının sonuçlarına yönelik davalar zaten tespit hükmü içerdiğinden tespit davasının bunlarla aynı anda açılmasında hukukî yarar yoktur. Ancak saldırının tespitine ilişkin karar verildikten sonra ayrı bir dava ile saldırının sonuçlarına yönelik davalar açılabilir, tespit davası saldırının sonuçlarına yönelik davalarla bu şekilde yığılabilir.

Mobbing bakımından ise; durdurma ve tespit davası, saldırının sonuçlarına yönelik davaların tümüyle yığılabilecektir. Zira bu halde ortada başlamış bir mobbing vardır ve saldırının sonuçlarına yönelik davalardan yasal şartları oluşmuşlar açılabilir. Ancak saldırının önlenmesi davasının açılabilirdiği halde mobbing henüz başlamadığından mağdurun tazminat davasına konu edilecek bir zararı da henüz doğmayacağından önleme davası ile tazminat davaları yığılamaz. Bu halde, üçüncü kişinin sağladığı menfaat ile mobbing yapmaya hazırlanan işverenden haksız kazancın vekâletsiz iş görme davası ile iadesi talep edilebilir.

⁷⁵⁹ Kılıçoğlu, Basın, s. 332.

SONUÇ

Çalışmamızda öncelikle mobbing, daha sonra kişiliğin korunması incelenmiştir. Bu sayede kişilik hakkı ve kişiliğin korunması konuları sınırlanabildiği gibi bunların mobbingle ilişkilendirilmesi daha anlamlı hale gelmiştir. Nihayet son bölümde kişiliğin korunması araçlarının genel tarifi yapıldıktan sonra mobbing olgusuna uygulanması ele alınmıştır.

Mobbing eski bir olgu fakat yeni bir kavramdır. Mobbinge karşı farkındalığın giderek artması ve mobbingle mücadele de hukuk dünyasında modern bir eğilimdir. Gerçekten de mobbing birçok hukuk disiplini içinde yerini bulabilen, insana dair her türlü soylu değer nezdinde karşılığı olan bir olgudur.

Mobbing, ciddi tahrip edici sonuçları olan bir vaka, büyük bir haksızlıktır.

Mobbing en sinsi ve sessiz saldırıları bünyesinde taşıyabilir. Bu yüzden insanın insana yapabileceği kötülükler içinde mobbing, maddenin sıvı ve gaz hali gibidir. Esasen hukuk düzeninin bahsettiği haklar içinde kişilik hakkı da böyledir. Her ikisinin de içeriğini kesin sınırlarla çizmek mümkün değildir. Mobbing hukuk âleminde kişilik hakkı ile çarpışır. İşte burada doğru ve adil bir takdire varabilmek için gerekli hassasiyeti temin edecek özel kurallara ihtiyaç vardır. Bu sebeple Fransa, Belçika, İsveç'te olduğu gibi, özel bir mobbingle mücadele kanunu çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi halde mobbingle mücadele edilemeyeceği gibi uygulayıcının dikkati de yeterince çekilemeyecektir.

Çıkarılacak mobbingle mücadele kanununda;

- 1- Mobbing nedeniyle doğrudan talep yetkisi tanınmalıdır. Yargı kararlarında mobbingin hukukî bir kavram olmadığı gibi hakkın dayanağını teşkil eden hukukî sebep de olmadığı söylenmektedir. Böyle olunca mobbing nedeniyle hak talepleri sadece kişilik hakkı ihlâline dayanmaktadır. Kişilik hakkının ihlâl edilmesi ise mobbingin sadece mağdurun kişiliği üzerindeki subjektif sonucudur. Mobbingin çalışma örgütünü tahrip eden ve iş barışını bozan tehlikeli bir vaka olduğu kabul edilmek zorundadır. Bu sebeple mobbing,

mağdurun kişiliğinden azade, iş ilişkisinin kuralları içinde dahi hak talep yetkisi veren hukukî bir kavram olmalıdır.

- 2- Çalışanların davranışları yönünden mobbing nedeniyle işveren ve idare için sebep sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu sayede çalışma örgütü içindeki huzursuzluklar ve tacizler yönetim tarafından her zaman bir teyakkuz halinde titizlikle takip edilecek ve gerekli önlemler alınacaktır. Aslında bu, yönetimden beklenen bir lütf değildir, aksine yönetimin görevidir. Çalışma örgütü içinde meydana gelen mobbingten yönetim, yönetim olduğu için sorumlu olmalıdır.
- 3- Çalışanların davranışları yönünden adli yargının görevli olduğu bütün hallerde idareye husumet yöneltilebileceği kabul edilmelidir. Bu husus tazminatın tahsil kabiliyeti bakımından idarenin itibarına yakışır, önemli bir teminattır.
- 4- Maddi tazminatın fesih halinde boşta geçen süre, mahrum kalınan her türlü kazancı kapsayacağı düzenlenmelidir. Mağdurun mobbing nedeniyle ağır hastalığa düşer olması veya intiharı halinde mağdurun yakınlarına da maddi tazminat hakkı tanınmalıdır. Maddi tazminatın içeriği yasa ile belirlenmezse gerçek zarar hiçbir zaman telafi edilemez.
- 5- Manevi tazminatın iş hukukundaki birçok tazminat gibi ücretin belli misli olacağı düzenlenmelidir. Mağdurun mobbing nedeniyle ağır hastalığa düşer olması veya intiharı halinde mağdurun yakınlarına da manevi tazminat hakkı tanınmalıdır. Yasada böyle bir belirleme olmazsamanevi tazminat olarak çoğu zaman sembolik rakamlara hükmedilecektir.
- 6- İşverenin iş akdini mobbing nedeniyle feshetmesi durumunda, sendikal nedenle haksız fesih halinde olduğu gibi iş güvencesi kapsamında bulunmasa da mağdurun işe iade davası açabileceği kabul edilmelidir. Bu sayede mobbing mağdurunun hukuken korunması gerektiği gibi genişletilmiş olur.
- 7- İdare hukuku çevresindeki iş ilişkileri bakımından iptal davası açabilen sendikalara mobbing nedeniyle tazminat davası açma hakkı da tanınmalıdır. Bu sendikalar üyeleri adına parasal istemli davalar açamamaktadır.

- 8- Mobbingin ispatı hususunda yaklaşık ispat kuralı düzenlenmelidir. Yaklaşık ispat adli yargı uygulamasında isabetle kabul edilmiştir. İdari yargı uygulamasında ise yeterince benimsenmemiştir. Bir kısım yargı kararlarında halen mobbingin açık ve net şekilde ispatlanmadığından söz edilmektedir. Bu sebeplerle yaklaşık ispatın yasa ile düzenlenmesi yerinde olacaktır.
- 9- Mobbing nedeniyle iş mahkemesinde açılacak tazminat davalarında mağdurun yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kabul edilmelidir. Mevcut yasal düzenlemeler karşısında işverenin ikametgahı veya işin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.
- 10- Mobbing nedeniyle hükmedilecek tazminatlara son tacizin gerçekleştiği günden itibaren devlet bankalarının mevduata verdiği en yüksek faiz uygulanmalıdır. Mobbing ile mücadelenin değeri bakımından bunun çarpıcı ve önemli olduğunu düşünüyoruz.
- 11- Tazminatla beraber işveren için idari para cezası getirilmelidir. İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili birçok konuda işverene idari para cezası yasalarda düzenlenmiştir. Bunlara mobbing de eklenmelidir.
- 12- Mobbing uygulayanların klinik veya psikolojik tedavi alması sağlanmalı, bundan başka idare hukuku çevresindeki iş ilişkileri ve iş güvencesi kapsamındaki işyerleri için disiplin cezaları getirilmelidir. Mobbinge mücadele için saldırganla da mücadele etmek gerekir.
- 13- Mobbing mağduruna, masrafları tacizciden, mümkün olmazsa rücu hakkı saklı tutularak devletten alınmak üzere klinik veya psikolojik tedavi desteği sağlanmalıdır. Mağdurun bu yollarla tekrar iç huzuruna kavuşması temin edilmelidir.
- 14- Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı bir kurum ihdas edilerek mobbingi takipten sorumlu ve yetkili kılınmalıdır. Mobbing şikâyetleri halinde bu kurum yerinde inceleme yaparak mobbingi tespit etmeli ve mobbing kapsamındaki davranışların giderilmesi için tarafları uzlaştırmaya çalışmalı, uzlaşma sağlanamaz ise mağdur, mobbingin durdurulması için mahkemeye dava açabilmelidir. Kurumun mobbingin

tespitine yönelik işlemine karşı da yargı yolu açık olmalıdır. Saldırıya yönelik davaların mobbing olaylarında uygulanması kolay değildir. Ancak yaşayan mobbinge mücadele edilebilmesi için bu davalardan vazgeçilemez. Saldırıya yönelik davalar mutlaka işler hale getirilmelidir.

- 15- Mobbingin durdurulması davası ile mahkemelerin; çalışanın mali hakları, görev yeri ve iş güvenliğiyle ilgili hususlarda işverene her türlü tedbir ve tasarrufu emredebileceği kabul edilmelidir. Bu öneri de yine saldırıya yönelik davalar için düşünülmüştür. Bu sayede özellikle durdurma davasında hâkim daha emin bir şekilde hüküm kurabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKDEMİR, Pınar; *Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası*, İstanbul 2014.
- AKİPEK, Jale, Güral; *Türk Medeni Hukuku Cilt I Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku*, Ankara 1961.
- AKİPEK, Jale; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ, Derya; *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Birinci Cilt Kişiler Hukuku*, Ankara 2016.
- AKİPEK, Jale; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ, KARAMAN, Derya; *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Birinci Cilt Kişiler Hukuku*, Ankara 2011.
- AKTAY, Nizamettin; ARICI, Kadir; KAPLAN, Tuncay; *İş Hukuku*, Ankara 2006.
- ANTALYA, Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 2, İstanbul 2016.
- ARPACI, Abdülkadir; *Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler*, İstanbul 2001.
- ARIDEMİR, GENÇ, Arzu; *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, İstanbul 2008.
- ATAAY, Aytekin; *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul 1971.
- AYAN, Mehmet; AYAN, Nurşen, *Kişiler Hukuku*, Konya 2014.
- AYAN, Mehmet; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2007.
- AYDOS, Oğuz, Sadık; “*Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı: 2, Ankara 2012, s. 1-36.
- BOZKURT, Fuat; *Kaşgarlı Mahmud Divanü Lügat-it Türk (Türk Dili Divanı)*, Konya 2012.
- BECKERS, Anna; *Bullying aus Täter-, Opfer- und Zuschauerperspektive (Fail, Kurban ve İzleyici Bakış Açısıyla Bullying)*, Tübingen Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsü, Tübingen 2011.
- BELGESAY, Mustafa, Reşit; *Medeni Hukuk I. Umumi Malumat Şahsın Hukuku*, İstanbul 1937.
- BELLİ, Doğan, Bülent; *Basın Yayın Yolu ile Kişilik Hakkına Saldırılıktan Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 2008.

- CANSEL, Erol; ÖZEL, Çağlar; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, Ankara 2017.
- ÇELİK, Nuri; CANIKLIOĞLU, Nurşen; CANBOLAT, Talat; *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2018.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye, Reyhan; “*Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı 1-2, Yıl: 2007, s. 113-146.
- DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklamalı ve Önemli Kararlar*, Cilt: 1, Ankara 2012.
- DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan; *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016.
- EDİS, Seyfullah; *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1979.
- EGGER, August; *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band Einleitung und Personenrecht* (İsviçre Medeni Kanunu'nun Yorumu, I. Bölüm, Giriş ve Kişiler Hukuku). Zürich, 1930.
- ERDOĞAN, İhsan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016.
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.
- ERKAL, Atilla; *İdare Hukukunda Mobbing*, Ankara 2015.
- FİŞEK, Nusret; *Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları*, Modern Yönetim Semineri Türk-İş Yayınları, No: 144, Ankara 1982.
- GÖKALP, Nurten; “*Kişi Olmanın Değerleri ve Değerlerin Kişi Olmadaki Yeri*”, Değerler Eğitimi Dergisi, Cilt: 12, Ankara 2014.
- GÖKTÜRK, Hüseyin, Avni; *Şahsın Hukuku*, Ankara 1942.
- GÜLERCİ, Altan, Fahri; KILINÇ, Ayşe; *6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011.
- GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku*, Ankara 2003.
- HATEMİ, Hüseyin; *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2017.
- HATEMİ, Hüseyin; GÖKYAYLA, Emre; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2011.
- HELVACI, İlhan; *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011.

- HELVACI, Serap; *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2006.
- HELVACI, Serap; AYDIN, Gülşah, Sinem; “*Kişilik Hakkından Doğan Vekâletsiz İş görmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:23, İstanbul 2017.
- KANETİ, Selim; *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul 2007.
- KANTARCI, Nihan, Gizem; *Türk İş Hukuku'nda Mobbing*, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M.; *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; HATEMİ, Hüseyin; SEROZAN, Rona; ARPACI, Abdülkadir; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, İstanbul 2010,
- KURU, Baki; *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara 2013.
- KURU, Baki; YILMAZ, Ejder; ARSLAN Ramazan; *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2004.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; *İş Hukuku*, Ankara 2005.
- OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY, ÖZDEMİR, Saibe; *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 2, İstanbul 2018.
- REİSOĞLU, Safa; *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2014.
- ÖZSUNAY, Ergun; *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul 1979.
- ÖZTAN, Bilge; *Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar)*, Ankara 1997.
- SENYEN – KAPLAN, E. Tuncay; *Bireysel İş Hukuku*, Ankara 2018.
- SEROZAN, Rona; *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul 2014.
- ŞEN, Murat; *Günümüz Problemi Mobbing*,
<https://www.muratsen.org/uluslararasiulusal-tebligler.html>. (20.08.2018).

- SÜZEK, Sarper; *İş Hukuku*, İstanbul 2018.
- ŞENYÜZ, Doğan; *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Bursa 2018.
- TAŞKIN, Ahmet; *Mobbing Davalarında İspat Sorunu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, Ankara 2016.
- TEKİNAY, Selahattin, Sulhi; *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 1992.
- TERCIER, Pierre; PICHONNAZ, Pascal; DEVELİOĞLU, H. Murat; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016.
- TINAZ, Pınar; BAYRAM, Fuat; ERGİN, Hediye; *Çalışma Psikolojisi ve Hukukî Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul 2008.
- TUTAR, Hasan; *Mobbing (Nedenleri ve Başa Çıkma Stratejileri: Kuramsal Yaklaşım)*, Ankara 2015.
- UÇAR, Ayhan; *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003.
- WEISS, G. ; WOLFER, Ernst; *Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht umfassend den Zeitraum 1922-1937(İsviçre Federal Mahkemesi ve Kanton Mahkemelerinin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku'na İlişkin Kararları, 1922'den 1937'ye kadar)*, Zürich 1951.
- YAVUZ, Nihat; *Açıklamalı-Yorumlu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, Ankara 2011.
- ZEVKLİLER, Aydın; *Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, İstanbul 1992.
- Redhouse İngilizce Türkçe Sözlük, 8. Baskı, İstanbul 1971.

İnternet Kaynakları

<https://tr.bab.la/sozluk/almanca-turkce/mobben> (19.08.2018).

de.wikipedia.org/wiki/Mobbing. (19.08.2018).

www.tdk.gov.tr, (19.08.2018),

https://www.anderfuhr-buschmann.de/urteile/bag_8_azr_709_06.htm (28.12.2018).

http://www.psychokrieg.de/artikel/www.psychokrieg.de-Die_45_Mobbing-Handlungen_nach_Leymann.htm (25.08.2018)

<https://www.csgeb.gov.tr/media/6812/tihek.pdf> (16.09.2018).

<http://t24.com.tr/haber/turkiye-insan-haklari-ve-esitlik-kurumu-her-ayrimciliga-bakmiyoruz,677998> (16.09.2018).

<https://de.wikipedia.org/wiki/Person> (30.09.2018).

www.nedirnedemek.com (03.10.2018).

<http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de> (02.01.2019).

https://www.arbeitgeberbasel.ch/fileadmin/dateien/pdf/recht/Fuersorgepflicht_und_Grenzen.pdf (15.09.2018).

https://www.kostenlose-urteile.de/Gericht-der-Europaeischen-Union_T-27517-und-T-37717_Schadenersatz-in-Hoehe-von-10000-Euro-fuer-Mobbing-Opfer.news26172.htm (10.01.2019).