

Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması

K. Ahmet SEVİMLİ*

Özet: 818 sayılı Borçlar Kanununu ilga eden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesiyle işverenin işçiyi koruma borcunun pozitif dayanağı olan ve içeriğini belirleyen yeni ve farklı hükümler, Türk mevzuatına girmiş bulunmaktadır. İşverenin koruma borcunu düzenleyen TBK 417. madde metninde açık şekilde anlatım bulan “işçinin kişiliği” “cinsel ve psikolojik taciz” “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” kavramları, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun konuyu düzenleyen 332. maddesinde bulunmayan kavramlardır. Söz konusu kavramların işverenin işçiyi koruma borcunu yeni dönemde nasıl şekillendireceği bu çalışmada üzerinde durulan temel meselelerden ilkidir. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin İŞK mülga m.77/I fıkrasının neredeyse aynen TBK m.417’ye alınması, işverenin koruma borcunu gerektiği gibi ifa etmemesinden kaynaklanacak sorumluluğunun hukuki nitelik ve sınırları tartışması bağlamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husustur. Makalenin ikinci temel meselesini oluşturan bu değerlendirmenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu göz ardı edilerek yapılması mümkün değildir. Ele alınan bir diğer husus ise işçinin kişilik değerlerinin zedelenmesi halinde başvuruabileceği hukuki yollardır.

Anahtar Sözcükler: Kişilik, kişilik hakkı, kişilik hakları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, genel olarak işçinin kişiliğinin korunması, koruma borcu, gözetme borcu, psikolojik taciz, mobbing, cinsel taciz, ayırimcılık yasağı, dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği, kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk.

Abstract: Protection of Employee’s Personality in General in Light of Turkish Code of Obligations Art.417 and Occupational Health and Safety Act

* Yrd. Doç. Dr. Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.D

After the enactment of Turkish Code of Obligations (TCO No.6098) which repeals Code of Obligations (CO No.818) and Occupational Health and Safety Act (OHSA No.6331), new and different provisions constituting positive grounds for and determining the content of the duty of the employer to protect employee's personality have taken place in Turkish legislation. The concepts of "personality of the employee", "psychological and sexual harassment" and "order in accordance with the requirements of principles of honesty" mentioned explicitly in the wording of TCO Art.417, which regulates the duty of the employer to protect employee's personality, used to be the absent concepts in the Art.332 of the Code of Obligations numbered 818 repealed. The first issue analyzed in this study is the effect of the concepts in question in giving shape to the duty of the employer to protect employee's personality in the new era. The repealed Art.77 sub-art. I of Labour Act -concerning occupational health and safety measures- which has been transferred to TCO Art.417 with almost the same wording is another issue worth scrutinizing in the context of ongoing controversy on the legal characteristic and limits of the liability arising from employer's breach of the duty to protect employee. It is impossible to scrutinize this second basic issue of this study properly if OHSA is ignored. The legal remedies the employee can use in the event of violation of the personality values is another subject examined.

Keywords: Personality, personality right, personality rights, duty of the employer to protect employee's personality, Turkish Code of Obligation, Occupational Health and Safety Act, psychological and sexual harassment, mobbing, prohibition on discrimination, order in accordance with the requirements of principles of honesty, industrial accidents, occupational diseases, legal characteristics of employer's liability.

Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) aynı tarihte yürürlükten kalkmıştır (TBK m.647, 648). Türk Borçlar Kanunu ikinci kısım, altıncı bölüm, birinci ayırımında bulunan "*işverenin borçları*" başlığının, "*işçinin kişiliğinin korunması*" alt başlığında üç madde bulunmaktadır. Söz konusu 417, 418 ve 419. maddelerin madde başlıkları sırasıyla "*Genel olarak*", "*Ev düzeni içinde çalışmada*" ve "*Kişisel verilerin kullanılmasında*" şeklindedir.

Mülga Borçlar Kanununun 332. maddesinin karşılığı olan Türk Borçlar Kanunu madde 417; lafzı, barındırdığı fıkra sayısı, hükme bağladığı hususlar ve içerdiği kavramlar bakımından yeni ve farklı bir norm olarak Türk pozitif hukukuna girmiş bulunmaktadır. Bu çalışmanın odağını da işçinin kişiliğinin genel olarak korunmasını düzenleyen TBK m.417 hükmü oluşturmaktadır¹. Amacımız 818 sayılı Borçlar Kanunu ve İş Kanununun “İş Sağlığı ve Güvenliği” başlıklı beşinci bölüm hükümlerinin ilgası (İSGK m.37/I,ç) sonrasında genel olarak işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyen TBK m.417’nin işverenin işçiyi koruma borcu bakımından ne gibi değişiklikler getirdiğini ortaya koymaya çalışmaktır. Yorum ve değerlendirmelerde, bir kısım işyerleri için 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren; diğer bir kısmı için 30 Haziran 2014 ve nihayet tüm işyerleri için 30 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olacak² İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun³ konuyu yakından ilgilendiren hükümleri de dikkate alınarak tespit ve çıkarımlarda bulunmaya gayret gösterilmiştir.

¹ TBK m.419’a ilişkin açıklamalarımız için Bkz. K. Ahmet **Sevimli**, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011, s.120-139.

² 30 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “Yürürlük” başlıklı 38. maddesi şu şekildedir:

MADDE 38 – (1) Bu Kanunun;

a) 6, 7 ve 8 inci maddeleri;

1) Kamu kurumları ile 50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra,

2) 50’den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra,

3) Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra,

b) 9, 31, 33, 34, 35, 36 ve 38 inci maddeleri ile geçici 4, geçici 5, geçici 6, geçici 7 ve geçici 8 inci maddeleri yayımı tarihinde,

c) Diğer maddeleri yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, yürürlüğe girer.

³ Belirtmek gerekir ki 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu sadece İş Hukuku bağlamında uygulama alanı bulacak bir kanun değildir. İSGK m.2(1) uyarınca kamu ve özel sektöre ait bütün işler ve işyerleri, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekilleri, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlar -aynı maddenin ikinci fıkrasındaki istisnalar hariç- kanunun kapsamındadır. 6331 sayılı Kanun uyarınca “Çalışan”, kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen tüm gerçek kişileri ifade eden bir kavramdır [İSGK m.3(1)b]. Başka bir anlatımla, Kanunun işçilerin yanı sıra memur, sözleşmeli personel ve geçici personel statüsünde çalışanları (657 sK.m.4) da kapsamına aldığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmada yapılan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerine ilişkin tespit ve değerlendirmeler ise işçi işveren ilişkilerine özgüdür.

Genel Olarak İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu (TBK m.417/I)

TBK m.417/I uyarınca “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daba fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”. TBK m.417 genel olarak işverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen normdur. İşverenin işçiyi koruma borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde ortaya konur ve işçinin bağıllık (sadakat) borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir⁴. Evleviyet kuralı⁵ gereği işverenin korumakla yükümlü olduğu değerlere hukuka aykırı müdahaleden kendisinin de kaçınması gerektiği açıktır. Nitekim bu gerçek, işvereni işçinin kişiliğine saygı göstermekle yükümlü tutan TBK m.417/I hükmünde ifade bulmuştur.

Koruma borcunun tanımında, borcun kapsam ve içeriğinin kesin şekilde belirlenmesinden bilinçli şekilde kaçınılır. Bu tutumun arkasında, koruma ve bağıllık borçlarının iş sözleşmesi taraflarının tüm davranışlarıyla ilgili olması nedeniyle içeriğinin önceden sınırlı biçimde belirlenmesi noktasındaki güçlük yatar⁶. Giderek, işverenin koruma borcunun sadece işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğünü ve sağlığını korumakla sınırlı olmadığı; kendisinden ekonomik ve entelektüel anlamda -hemen her zaman- güçsüz konumda olan işçiye bilgi vermeyi, yol göstermeyi, işçinin çıkarlarının zedelenmesini önlemek için uygun çabayı göstermeyi de içerdiği sonucuna varılır⁷.

Bugüne dek, Öğretide, “İş sahibi, akdın bususi balleri ve işin mahiyeti noktasından bakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi

⁴ Sarper **Süzek**, İş Hukuku, İstanbul 2012, s.419; Münir **Ekonomi**, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Yay. No.18, 1987, s.154; Hamdi **Mollamahmutoglu**, Muhittin **Astarlı**, İş Hukuku, Ankara, Turhankitapevi, 2012, s. 637; Ünal **Narmanhoğlu**, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Yay., 2012, s. 321; Tankut **Centel**, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C.I, İstanbul, Beta yay., 1994, s.162-163; İlhan **Uluslan**, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., 1990, s.1.

⁵Kanun metinlerinin yorumunda kullanılan mantık kuralları arasında yer alan evleviyet kuralı hakkında bilgi için Bkz. Kemal **Gözler**, Hukukun Genel Teorisine Giriş, , Ankara, US-A Yay. 1998, s. 178 vd.

⁶ **Centel**, İş Hukuku, s.163; **Narmanhoğlu**, İş Hukuku, s.321; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154; **Süzek**, İş Hukuku, s.419; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, İş Hukuku , s.638-639; Şükran **Ertürk**, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s.89.

⁷ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154 ve a.y. dn.311; Kadriye **Bakırcı**, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul,Yasa Yayıncılık A.Ş., 2000, s.155.

birlikte ikamet etmekte ise sızbi yatacak bir yer tedarikine mecburdur” şeklindeki mülga BK m.332/I hükmünün işçinin tüm kişilik değerlerinin korunması noktasında dayanak olarak kabulünde çekingene davranıldığı; daha çok işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığının korunması bağlamında algılandığı gözlene gelmiştir⁸. Koruma borcunun kapsamına işçinin tüm kişilik değerlerinin korunması dahil edilirken, mülga BK.m.332/I hükmünden çok, borcun hukuki dayanaklarını⁹ oluşturduğu kabul edilen, koruma borcunun işçinin sadakat borcunun karşılığı olması, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurması, borç ilişkisi içinde yer alan koruma yükümlülüğü gibi MK m.2’deki dürüstlük kuralının etkisi¹⁰ ile oluşturulan ilke ve görüşlerden hareket edilmiştir¹¹. Mülga BK m.332’nin karşılığı olan TBK m.417’nin açık anlatımı karşısında işverenin işçiyi koruma borcunun işçinin tüm kişilik değerlerinin korunmasını içerdiği ve bu borcun pozitif dayanağının bulunduğu; bu dayanağın da TBK m.417/I olduğu noktaları tartışmasız hale gelmiş bulunmaktadır.

Kişilik ve Kişilik Hakkı

Genel olarak işverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen bu hüküm uyarınca işveren öncelikle “*hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek*”le yükümlüdür. Kişilik, kişiye bağlı parayla ölçülmesi mümkün olmayan değerlerden oluşan bir bütündür ve Anayasal güvence altındadır (Anayasa m.17 vd.).

Türk ve İsviçre Hukukunda, kişilik değerlerinin tüketici şekilde (*numerus clausus*) sayımından kaçınılır. Bunun nedeni, yaşamın akışına koşut şekilde değişen ve çeşitlenen kişilik değerlerinin ve teknolojinin ilerlemesiyle bunlara yönelen saldırı şekillerinin de başkalaşmasıdır¹². Bu tutum, aynı zamanda kişiliği oluşturan

⁸ **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.20 vd.; **Ufuk Aydın**, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları n.175, 2002, s.103; **Fuat Bayram**, “Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, s.84, 86-87, 126-127.

⁹ Koruma borcunun hukuki dayanaklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.4-19; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.123-129; **Ertürk**, Temel Haklar, s.91-92.

¹⁰ **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.4-6.

¹¹ Bkz.: **Bakırcı**; İşyerinde Cinsel Taciz, s.155; **Emine Tuncay Kaplan**, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi: Prof.Dr. Kamil Turan’a Armağan, C.7, 2003, S.2, s.142; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.83; **Levent Akın**, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, İstanbul, Yetkin Yay, 2001, s.58; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.62; **Ertürk**, Temel Haklar, s.91-92; **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yay., 2012, s.165.

¹² M. Kemal **Oğuzman**, **Özer Seliçi**, **Saibe Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 126-127; **W. Siebert**, “Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler”, Çev. Bilge Öztan, AÜHFD, C.XXVI, Sayı:1-2, 1969, s. 229; **Mustafa Dural**, **Tufan Öğüz**, Türk Özel Hukuku:Cilt II Kişiler Hukuku, 7.bs., İstanbul, Filiz

değerlerin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasının mümkün olmamasıyla da ilişkilidir¹³. Kişilik değerlerinin tüketici şekilde sıralanması mümkün olmamakla birlikte, kişinin yaşamı, beden bütünlüğü, sağlığı, onuru, saygınlığı, özel yaşamı, ismi, görüntüsü ve sesi, ekonomik geleceği¹⁴, işyeri içindeki konumu ve düşünce özgürlüğünün¹⁵ kişilik değerleri arasında yer aldığı noktasında duraksama yoktur. Ancak belirtildiği üzere kişiliği oluşturan değerler bunlarla sınırlı değildir. “*Kişisel değerler ... bir kişiye bireysellik kazandıran ve koruma bakımından özel duygular dahil olmak üzere bireyler arasındaki ilişki gereksinimlerinde korumaya değer her şeyi ifade eder*”¹⁶.

Özel Hukuk Öğretisinde, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki koruyucu hakkı tanımlamak üzere “kişilik hakkı” deyimi kullanılır¹⁷. Kişilik hakkı, özünde savunma sağlayan mutlak bir haktır¹⁸ ve parayla ölçülemeyen (mal varlığı haklarına dahil olmayan) kişilik değerlerini korur. Kişilik hakkının mutlak karakteri göz önünde tutulduğunda, kural olarak, kişilik değerlerine yönecek her müdahalenin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır^{19,20}. Kişilik hakkı, esasen tam bu

Kitabevi, 2004, s.93; Haluk **Tandoğan**, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasını İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFĐ, C.XX, Sayı:1-4, 1963, s.14; Serap **Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2001, s.44-45; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.10.

¹³ Bkz.: **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.9-10.

¹⁴ Emine **Tuncay Kaplan**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011, s.41.

¹⁵ Polat **Soyer**, “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, s.174.

¹⁶ **Yarg. 9. HD**, . 27.2.2002, E. 2001/17762, K. 2002/3061, Karşı Oy Yazısı, www.kazanci.com, (13.12.2012).

¹⁷ **Siebert**, Meseleler, s.223-229; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler, s.124, dn.378; **Helvacı**, Davalar, s. 41; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.92-93; **Arpacı**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2000, s.108; Jale G. **Akipek**, Turgut,**Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası,İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2002, s.359; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.12-14; Öğretideki birden fazla kişilik hakkının varlığını savunan görüşler ve dayanakları için Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s. 42-43 ve a.y. dn.135-140; **Siebert**, Meseleler, s.222-223; **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.360; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.12.

¹⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler, s.125-126; **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.366; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.95; **Helvacı**, Davalar, s.46.

¹⁹ Bilge **Öztan**, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 8. bs., Ankara 2002, s.260; **Helvacı**, Davalar, s.98; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.138; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler, s.143.

²⁰ “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, bâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*” (MK m.24/I). “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*” (MK m.24/II) anlatımındaki sıralanan hukuka aykırılığı kaldırılan nedenler, bu genel kuralın istisnalarını oluşturur. Hukuka

noktada, saldırıda bulunulmamasını istemek yetkisi olarak, etkisini gösterir²¹.

Psikolojik ve Cinsel Tacizin Madde Metninde Ayrıca ve Özellikle Yer Bulması

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere TBK m.417/I'de sözü geçen “psikolojik ve cinsel tacizin” işçinin kişiliğine yönelen saldırılar olduğu noktasında duraksama yoktur. Madde metninde ayrıca belirtilmemiş olsaydı dahi işverenin psikolojik ve cinsel tacize karşı işçiyi korumakla yükümlü olduğu açıktır. O halde ayrıca ve özellikle psikolojik ve cinsel tacizin yer almasının nedeni ve işlevi nedir? sorusu akla gelecektir.

Her şeyden önce, psikolojik ve cinsel taciz, işçinin kişilik değerlerine yönelen sık rastlanan saldırılardır²². İş kazası ve meslek hastalıklarına karşı işçinin korunmasında olduğu gibi bu tür eylem ve olaylardan korunması noktasında, bu iki taciz türünün kanun düzeyinde zikredilmesi bir gereksinimdir. Böylece, Yargı kararlarında birlik ve tutarlılığın yanı sıra açık, net ve ayrıntılı ölçütlerin geliştirilmesi sağlanacaktır²³. İkincisi her iki kavram da öncelikle ABD, sonrasında Avrupa Öğretisi, Yargı kararları ve mevzuatından yer bulmuştur. Psikolojik ve cinsel taciz özellikle Avrupa düzlemindeki uluslararası hukuk belgelerinde hatırı sayılır bir yere sahiptir²⁴. Bu akımdan Türk Hukukunun etkilenmemesi düşünülemez. Öte yandan, iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat talepleri bir kenara bırakıldığında, işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı dışındaki kişilik değerlerine saldırı halinde manevi tazminata hükmedilmesi noktasında İş Yargısının bu güne dek çekimser davrandığı da bir gerçektir. Psikolojik ve cinsel tacize karşı işçinin korunması gereğinin kanun düzeyinde açıkça zikredilmesi, Öğretide isabetli bulunmakta²⁵ ve “ileri hüküm” olarak nitelenmektedir²⁶. Bu düzenleme, söz konusu

aykırılığı kaldıran nedenler hakkında ayrıntılı açıklama ve bu nedenlerin işçi-işveren ilişkisi bakımından incelenmesi için Bkz.: K. Ahmet **Sevimli**, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 64-69, 95-107.

²¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler, s.126, 143.

²² “İşçinin işyerinde karşılaşılabileceği taciz ortamı, temel olarak, psikolojik (mobbing) ve/veya cinsel tacizden oluşur. Bunu TBK m.417/1, ‘özellikle’ sözcüğüyle ifade etmek istemiştir” Tankut **Centel**, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011, s.14; Ayr. Bkz.: Pınar **Tınaz**/Fuat **Bayram**/Hediye **Ergin**, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), İstanbul, Beta Yay., 2008, (Tınaz tarafından kaleme alınan bölüm), s.11-25; Abbas **Bilgili**, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Adana, Karahan Kitabevi, 2010, s.14-16.

²³ Ayr.Bkz.: **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.74-75, 78.

²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Ergin tarafından kaleme alınan bölüm) s.155 vd.; **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.46-66; 109 vd.

²⁵ **Soyer**, Yeni Borçlar Kanunu, s.174; İbrahim **Aydınlı**, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, TÜHİS ih ve İktisat Dergisi, C.19,Kasım 2005, S. 6, s.34.

çekimsizliğin ortadan kalkması yolunda etkili olacaktır.

Eşit Davranma Borcu (Ayrımcılık Yasağı) ve Taciz

Psikolojik ve cinsel taciz, işverenin işçiyi koruma borcuyla olduğu kadar eşit davranma borcu ve iş ilişkisinde geçerli olan ayrımcılık yasaklarıyla da sıkı bağlantı içindedir. Taciz, ayrımcılık yasağının nitelikli ihlali olarak algılanır²⁷. Nitekim 2006/54/EC sayılı ve 5 Temmuz 2006 tarihli İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair (yeniden düzenleme) AB Direktifinin başlangıç bölümü 8. paragrafında “*Taciz ve cinsel taciz, kadın ile erkek arasında eşit muamele ilkesine aykırıdır ve bu Direktifin amaçları bakımından cinsiyet temelli bir ayrımcılık teşkil eder*” anlatımı yer alır. Aynı algı ABD ve Avrupa ulusal hukuklarında da gözlemlenir²⁸. Bu eğilime koşut şekilde İçişleri Bakanlığınca hazırlanarak başbakanlığa sunulan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında da “işyerinde yıldırma” ve “taciz” ayrımcılık türü olarak düzenlenmiştir²⁹ [Tsr. m.4(1)].

Psikolojik ve Cinsel Tacizin Tespiti

Psikolojik ve cinsel tacizin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün değildir. Aşağıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere psikolojik taciz cinsel unsurlar da içerebilir. Hukuki açıdan önemli olan nokta maruz kaldığı eylemlerle işçinin kişilik değerlerinin zedelenmesidir. Nitekim cinsel taciz ile ilgili bir Yargıtay kararındaki³⁰ “*Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup ... sonuçları itibarıyla bir nevi mobbinge dönüşen eylemler*” anlatımı bu gerçeğe işaret eder. Giderek, aşağıda psikolojik taciz ve cinsel taciz için yapılan açıklamaların uygun düştüğü ölçüde (*mutatis mutandis*) bir diğeri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur.

Psikolojik Tacizin Tespiti

İngilizce “mobbing” deyimine karşılık gelmek üzere Türkçe’de; “işyerinde psikolojik taciz”, “işyerinde psikolojik terör”, “işyerinde psikolojik şiddet”, “işyerinde duygusal taciz”, “işyerinde moral taciz”, “işyerinde manevi taciz”, “işyerinde zorbalık”, “yıldırma” ve “işyerinde yıldırmaya yönelik psikolojik saldırı”

²⁶ Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.14.

²⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı, İş Hukuku , s.644; Arzu Arslan Ertürk, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:7, S.27,Eylül 2012, s.49; Tınaz/Bayram/Ergin, Psikolojik Taciz, (Bayram tarafından kaleme alınan bölüm), s.116..

²⁸ Arslan Ertürk, Taslak Değerlendirme, s.48.

²⁹ Taslağın psikolojik tacize ilişkin hükümlerinin değerlendirmesi için Bkz.: Arslan Ertürk, Taslak Değerlendirme, s.49 vd.

³⁰ Yarg. 9 HD, 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544, www.kazanci.com, (13.12.2012).

deyimleri kullanıla gelmiştir³¹. İşyerinde psikolojik taciz olgusu için Türk Dil Kurumu tarafından “Bezdiri” sözcüğü önerilmiştir³². Türk Borçlar Kanununda “psikolojik taciz” deyimini tercih edilerek terminolojideki bu karmaşaya da bir son verilmiştir.

Psikolojik taciz için çeşitli tanımlamalar yapıla gelmiştir. Psikolojik taciz olgusunun dünyada fark edilmesinde önde gelen isim olan **Leymann**, kavramı “*İş yaşamında psikolojik terör ya da mobbing, bir veya birkaç kişinin, genelde tek bir diğer kişiyle sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı temas kurması; bu şekilde temas kurulan kişinin çaresiz ve korumasız bir hale düşürülmesi ve süreklilik gösteren davranışlarla bu konumda bırakılmasıdır. Söz konusu davranışlar sık (istatistiksel olarak en azından haftada bir) tekrarlanır ve uzun bir süre (istatistiksel olarak en az altı ay) boyunca devam eder. Bu düşmanca davranışların sıklığı ve sürekliliği nedeniyle söz konusu kötü muamele dükkate değer zihinsel, psikosomatik ve sosyal ızdıraba neden olur*”³³ şeklinde açıklamaktadır. **Güzel** ve **Ertan** ise, psikolojik taciz için dünyada ve Türkiye’de önerilen tanımlamaları ortaya koyduktan sonra “*İşyerinde psikolojik taciz (mobbing), en yalın anlamıyla, bir topluluk içinde (işyeri, işletme, kamu kurumu) aynı yazgıyı paylaşan iki insandan birinin diğerine uyguladığı psikolojik şiddet ya da psikolojik terördür*”³⁴ tanımını önermektedir.

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağına bakıldığında işyerinde yıldırmanın kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacı ile kasıtlı olarak yapılan eylemler [Tsr. m.2(1)f]; genel olarak tacizin ise, psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olarak tanımlandığı görülür [Tsr.m.2(1)k]. Bu konuda yayınlanan Başbakanlık Genelgesinde³⁵ ise açık bir tanım bulunmamakla birlikte “*kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz ...*” ifadesi yer almaktadır. TBMM **Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu**na göre ise mobbing, sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve

³¹ Bkz.:**Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Tınaz tarafından kaleme alınan bölüm), s.3 vd.

³² **TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri, Nisan 2011, s.6.

³³ Heinz **Leymann**, The Mobbing Encyclopaedia: Bullying; Whistleblowing, Information about Mobbing at the Workplace, <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (Erişim:29.11.2012).

³⁴ Ali **Güzel**, Emre **Ertan**, “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı”, (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.16 (2008/1), s.152-153.

³⁵ İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi konu ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi (RG 19.3.2011/27879)

hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade etmektedir³⁶. Öte yandan Yargıtay tarafından da 2011 tarihli bir kararda alıntılanan Alman Federal İş Mahkemesi kararında psikolojik taciz, “işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır³⁷. Psikolojik tacizin en çok rastlanan ve en açık örnekleri, kendini göstermeyi engelleme; sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, çalışan iş ortamında yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve fiziksel şiddet tehdididir³⁸.

Aktarmaya çalıştığımız psikolojik taciz tanımlarındaki ortak noktalardan hareketle şu sonuca varmak mümkündür: Psikolojik tacizin sebepleri farklılık göstermekle birlikte amacı hemen her zaman işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır³⁹. Eylemlerin TBK m.417/I bağlamında psikolojik taciz olarak kabulü için bir işçi hedef alınarak gerçekleştirilmesi⁴⁰ dahası söz konusu eylemlerin **belli bir süreye yayılması**⁴¹ ve **sistematik** bir karakter göstermesi gerekmektedir. Bu, söz konusu nitelikleri taşımaksızın işçinin kişiliğine yönelik saldırıların TBK m.417/I kapsamında korumasız bırakıldığı anlamına gelmez. İşK. m.24/II hükmünde işveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması, sataşması, şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamları işçi için haklı fesih nedeni olarak sıralanmıştır ve hiçbirinde temadi öngörülmemiştir. Bu da Kanunkoyucunun sıralananlar başta olmak üzere benzer davranışları işçinin kişiliğine yönelik saldırılar olarak gördüğüne delalet eder. Anlaşıldığı üzere bu tür tekel eylemler ile psikolojik taciz arasında farkın hukuki açıdan belirlenmesi bir gereksinimdir. **Kanımızca**, tekel olarak ele alındığında kişilik değerlerine saldırı olarak algılanmayacak eylemlerin belli bir süreye yayılması ve sistematik bir karakter göstermesi halinde kişilik değerlerini zedeleyici bir hal aldığından söz edilebiliyor ise psikolojik tacizin

³⁶ TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu, Rapor, s.6

³⁷ . BAG, 15.01.1997, NZA. 1997, **Yarg. 9 HD, 01.04.2011, E. 2009/8046, K. 2011/9717**, www.kazanci.com, (13.12.2012).

³⁸ Bkz.: **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Tınaz tarafından kaleme alınan bölüm), s.53-58; **TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu**, Rapor, s.15; **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.73-74; **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.14; Abbas **Bilgili**, İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz), Adana, Karahan Kitabevi, 2012, s.10-13.

³⁹ **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Bayram tarafından kaleme alınan bölüm), s.86; **Bilgili**, Mobbing, s.9.

⁴⁰ **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.79-80.

⁴¹ Psikolojik tacizin ne kadar süre devam edeceği veya yoğunluğunun ne kadar olması gerektiği hususunda ise kesin bir ölçü ortaya koymak mümkün değildir. Huriye Reyhan **Demircioğlu**, Kısık Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), GÜHFD, C. XI, S.1-2, 2007, s. 119.

gerçekleştiği sonucuna varmak gerekir⁴².

Yukarıda anılan Alman Federal İş Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere tacizin faili farklılaşabilir. Psikolojik taciz daha çok işveren ya da işveren vekili tarafından ast konumundaki işçilere yönelik olarak gerçekleşir (Düşey Psikolojik Taciz). Ancak psikolojik tacizin mağdur ile benzer görevlerde ve benzer olanaklara sahip, aynı konumdaki iş arkadaşlarından gelmesi (Yatay Psikolojik Taciz); hatta nadir görülen bir durum olmakla birlikte işçilerin yöneticilere (işveren vekillerine) psikolojik tacizde bulunması da mümkündür (Dikey Psikolojik Taciz)⁴³.

Cinsel Tacizin Tespiti

Cinsel taciz için de çeşitli tanımlamalar yapıla gelmiştir. **Aydın** cinsel tacizi “*cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar*”⁴⁴ şeklinde tanımlarken; **Bakırcı** “*mağdurun ya da aile üyelerinden birinin Türk Hukuk mevzuatıyla korunan kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla birlikte rabatsız edici bir çalışma ortamı yaratan/işyerin düzenini bozan, hapsi gerektirecek suç veya ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı, cinsel nitelikli cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı davranışlar*”⁴⁵ olarak ortaya koymaktadır. 23 Eylül 2002 tarih 2002/73/EC sayılı AB Direktifindeki⁴⁶ tanım ise “*Kişinin onurunu çignemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan veya o sonucu doğuran, istenmeyen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavrıdır*”. Öte yandan, 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı AB Direktifi de benzer bir tanıma içermekte olup, bu tanım uyarınca kişinin onurunu çigneme amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde gerçekleşen istenmeyen her türlü sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel cinsel içerikli davranış özellikle yıldırganlık uyandırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı veya saldırgan bir ortam da yaratmakta ise söz konusu eylem cinsel tacizdir (m.2/1,d). TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonuna göre ise cinsel taciz; cinsiyete ve cinselliğe bağlı tüm davranışlarla kişi üzerinde onun haysiyetine zarar verecek veya düşman bir çevre oluşturacak utanç verici, aşağılayıcı, küçük düşürücü davranışlar bütünüdür⁴⁷.

⁴² Bkz. **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.81; **Demircioğlu**, Psikolojik Taciz, s.117.

⁴³ **TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu**, Rapor, s.10, **Demircioğlu**, Psikolojik Taciz, s.118; **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Tınaz tarafından kaleme alınan bölüm), s.36 vd.

⁴⁴ **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.91.

⁴⁵ **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.101; Tanıma getirilen eleştiri için Bkz.: Erdem **Özdemir**, “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11 (2006/4), s.87.

⁴⁶ İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEEC Sayılı Konsey Direktifini Değiştiren 23 Eylül 2002 Tarih ve 2002/73/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi, m.2/2.

⁴⁷ **TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu**, Rapor, s.73.

Mağdura mimik, jest ve sözle cinsel imalarda bulunmak⁴⁸ (söz atmak ve takip ederek söz atmaya devam etmek, bıyık bükme, el kol hareketlerinde bulunmak, failin şehvet duygusuyla mağdura şarkı, türkü vs. söylemesi, fiziksel olarak sandalyesine, masasına ve vücuduna haddinden fazla yaklaşılarak cinsel sataşma ya da önerilerde bulunulması), vücudun cinsel amacı ifade eden veya hatırlatan biçimde ellenmesi⁴⁹, elle sarkıntılık, mağdurun تنها bir yere götürülmek istenmesi, cinsel içerikli film ve fotoğrafların gösterilmesi veya iletişim araçları yoluyla (e-posta, mms, sms vb.) bu içerikteki yazı ya da görsellerin gönderilmesi⁵⁰ cinsel tacize açık örnek oluşturan davranışlardır⁵¹.

Aktarmaya çalıştığımız psikolojik taciz tanımlarındaki ortak noktalardan hareketle şu sonuca varmak mümkündür: Cinsel taciz olarak nitelenecek davranış; (1) cinsel içerikli; (2) yöneldiği kişinin istemediği (rızası hilafına gerçekleşen) türde; (3) ve aşağılayıcı, rencide edici, küçük düşürücü olmalı ya da böyle bir ortam yaratmalıdır. Bu davranışlar karşılığında failin beklentisinin ne olduğunun önemi yoktur. Fail cinsel karşılık almak için bu davranışlarda bulunabileceği gibi mağdurun işyerinden ayrılmasını sağlamak ya da bambaşka bir amaçla bu eylemleri gerçekleştiriyor olabilir⁵².

Olayın cinsel taciz olarak nitelendirilmesinde dikkate alınması gereken, yapılan işin ve işyerinin sosyo-kültürel yapısı ve işçinin pozisyonudur. Davranışın cinsel taciz niteliği taşıyıp taşımadığına karar verilirken sektörün ve işyerinin ortalama sosyo-kültürel değerleri esas alınmalıdır. Bu alandaki örnek kararlardan biri, ABD’de verilen *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* kararıdır. Buna göre, değerlendirme “... tüm koşullar dikkate alınarak davacının pozisyonundaki makul bir kişinin perspektifinden yapılmalıdır...Örneğin koçu tarafından sahaya çıkararken kalçası hafifçe tokatlanan profesyonel amerikan futbolcusunun çalışma ortamı ağır ve yaygın şekilde taciz edici değildir. Ne var ki aynı davranış, koçun sekreteri (erkek ya da kadın) tarafından oldukça taciz edici bir davranış olarak deneyimlenecektir”⁵³. Görüldüğü üzere davranışın muhatabı

⁴⁸ “...güvenlik görevlisi olarak davalıya ait işyerinde çalışırken bir bayan işçinin havanın sıcak olması sebebiyle çalıştığı odanın kapısını açarak havanın sıcaklığından söz etmesi üzerine ‘ateş başına mı vurdu’ sözlerini söyleyerek...” **Yarg. 9. HD, 6.6.2001, 7060/9654**, www.kazanci.com, (13.12.2012).

⁴⁹ “...bayan işçinin elbisesinin fermuarını çekerek boyundan aşağı doğru indirdiği...” **Yarg. 9. HD, 6.6.2001, 7060/9654**, www.kazanci.com, (13.12.2012).

⁵⁰ “... davalının ibraz ettiği, davacının da kendisi tarafından çekildiğini kabul ettiği e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmıştır...” **Yarg. 9. HD, 16.12.2004, 18435/28069**, www.kazanci.com, (13.12.2012).

⁵¹ Örnekler için Bkz.: **TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu**, Rapor, s.34; **Tuncay Kaplan**, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s.46; Mehmet Emin **Artuk**, Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, , S.11 (2006/4), s.30; **Bilgili**, Cinsel Taciz, s.16-17.

⁵² Bkz.:**Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.109 vd, 124 vd.; **Özdemir**, Cinsel Taciz, s.86.

⁵³Supreme Court Of The United States, *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-568.ZO.html>.

olan kişinin ortalama makul bir kişiye göre marjinal nitelikli sosyo-kültürel değerleri esas alınmayacaktır. Ne var ki, böyle bir kişinin maruz kaldığı davranışı istemediğini açıkça belirtmiş olması halinde davranışın tekrarlanması cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir.

Eylemin TCK m.102 ve 105'te düzenlenen "cinsel taciz" ya da "cinsel saldırı" suçlarını oluşturmaması kural olarak Borçlar Hukuku ve dolayısıyla İş Hukuku bağlamında yapılacak değerlendirmeye etkili değildir. TBK m.74 uyarınca hukuk yargıcının ceza mahkemesince verilen beraat kararıyla bağlı olmadığını anımsatalım⁵⁴. Ancak, Ceza mahkemesince TCK m.102-105 suçlarının birini işlendiğine karar verildiği takdirde, hukuk yargıcının fiilin cinsel taciz olmadığına karar vermemesi gerekir⁵⁵. Başka bir anlatımla, eylemin ceza mahkemesince cinsel taciz ya da saldırı olduğunun belirlenmesi meselenin, Özel Hukuk/İş Hukuku boyutuna da etkilidir. Bu durumda TBK m.417/I ve İşK. m.24 ve 25 bağlamında karar verilirken eylemin cinsel taciz niteliği taşıdığı kabul edilecek; ancak hukuk (iş) mahkemesi yargıcı özellikle zarar verenin kusuru bakımından ayrıca değerlendirme yapacaktır.

Cinsel taciz olaylarının baskın çoğunluğunda mağdurun kadın⁵⁶; tacizi gerçekleştirenin (fail) ise erkek olduğu bir gerçektir. Zaten kavramın hukuk metinlerine girmesini sağlayan tarihsel süreçteki ilk toplumsal talebin kaynağı da ABD feminist örgütleridir⁵⁷. Ne var ki bu gerçek, cinsel tacizin kadından erkeğe yönelmeyeceği ya da aynı cinsiyete sahip kimseler arasında da gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez. Nadir olmakla birlikte bu tür olaylara da rastlanmaktadır⁵⁸.

⁵⁴ **Yarg. 9. HD, 15.5.1997, 5328/9066**, Cevdet İlhan **Günay**, İş Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yay., 2005, s.956.

⁵⁵ M. Kemal **Oğuzman**, Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.80; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Sermet **Akman**, Haluk **Burcuoğlu**, Atilla **Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.714.

⁵⁶ Özellikle boşanmış, eşinden ayrı yaşayan, genç, çalışmaya yeni başlamış; alışılmamış mesleklerde çalışan, özürsüz, lezbiyen veya belli bir azınlık ırkına mensup kadınların, cinsel tacize daha sık maruz kaldığı görülmüştür. **Tuncay Kaplan**, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s.46; **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.68 vd.

⁵⁷ **Özdemir**, Cinsel Taciz, s.87

⁵⁸ **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.14 ; **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.73 vd.; **Özdemir**, Cinsel Taciz, s.87-88; "*davacı bayan işçinin işyerinde bazı çalışanlar hakkında ağır ithamlarda bulunduğu, karşı cinsten bir işçiye cinsel içerikli sözler söylediği anlaşılmaktadır... Somut olayda davacının söylediği sözler ve davranışlar sataşma ve cinsel taciz kapsamında kalan sözlerdir. İşverence iş sözleşmesinin feshi bakılı nedenlere dayanmaktadır*" **Yarg. 9 HD, 7.11.2005, 17939/35097**, www.kazanci.com, (13.12.2012)).

İşverenin İşçinin Kişiliğini - Özellikle Psikolojik ve Cinsel Tacize Karşı- Koruma Yükümlülüğünün Kapsamı

Dürüstlük İlkelerine Uygun Bir Düzeni Sağlamak

İşveren işçinin kişilik değerlerinin korunması için “işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla” yükümlüdür (TBK m.417/1). “Dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” ile ne kastedildiği açık değildir. Her şeyden önce MK m.2’de pozitif dayanağını bulan dürüstlük ilkesi tektir; dolayısıyla metindeki çoğul anlatım duraksamaya neden olacak niteliktedir⁵⁹. Dahası, dürüstlük ilkesi, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, en azından, dürüst, güvenilir, orta zekalı bir kimse gibi davranması gereğine işaret eden ilkedir. İşverenin koruma borcunu yerine getirirken, 417. madde metninde bu ifade yer almasa dahi bu ilkeye uygun davranmak zorunda olduğu tartışmasızdır. Medeni Kanunun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır (MK m.5).

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu 328. madde metni ve TBK m.417 gerekçesindeki “.. işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde ‘ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle’ yükümlü olduğu kabul edilmiştir ..” anlatımından hareketle Türk Öğretisinde burada kastedilenin “ahlaka uygun bir düzen” olduğu ileri sürülmektedir⁶⁰. Hukuk metnindeki ahlaka yapılan açık ya da örtülü atıflar her zaman sorun yaratır⁶¹. Ölçü olarak hangi “ahlâk”ın kabul edileceğini saptamak kolay olmayabilir. Kuşkusuz “ahlaka uygun bir düzen”le işçinin ya da işverenin subjektif algısına ve sosyo-kültürel değerlerine dayanan bireysel ahlak anlayışı değil; “genel ahlak” (objektif ahlak) kastedilmektedir⁶². Ne var ki, ahlak kuralları, yazılı ve sistematik bir biçimde derlenmiş olmadıklarından, Yargıcın, “genel ahlâkın ne olması gerektiği” hakkındaki kişisel kanısını, genel ahlâk ölçütü olarak kabul edip uygulaması, kimi zaman kaçınılmazdır⁶³. Davranışın cinsel taciz olarak nitelendirilmesi bakımından yukarıda ortaya koyduğumuz işin ve işyerinin sosyo-kültürel yapısına dair açıklamalarımız burada da dikkate alınmalıdır.

⁵⁹ “..hükümdeki “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” anlatımının doğruluk ve yerindelik derecesi, tartışmaya açıktır. Çünkü, en azından dürüstlük kuralının (MK m.2); bukuken, “dürüstlük ilkeleri” biçiminde, çoğul olarak ifade edilemeyeceği açıktır” **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.14.

⁶⁰ **Tuncay Kaplan**, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s.45; **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.14; Nihat **Yavuz**, Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.1311.

⁶¹ Gerekçede “Ahlaka uygun bir düzen” yerine “insan onuruna yaraşır” bir çalışma ortamı anlatımının kullanılmasının daha yerinde olacağı yönünde Kübra **Doğan Yenisey**, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, Der. M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2012, s.322.

⁶² **Aydın**, Tasarı Değerlendirme, s.26.

⁶³ Bkz.: Rona **Aybay**, Aydın **Aybay**, Hukuka Giriş, İstanbul, İBÜ Yay., 2011, s.10-12, 22-30.

Öte yandan, “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” anlatımından anlaşılması gerekenin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın Onurlu Çalışma Hakkı başlıklı 26. maddesinde ortaya konan koşullara⁶⁴ uygun bir düzen kurmak olduğu Öğretide ileri sürülmektedir⁶⁵. Ahlak kavramı ve “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” anlatımının “ahlaka uygun bir düzen” olarak anlaşılmasına dair hemen yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız sorunlar dikkate alındığında, sözünü ettiğimiz bu son görüşün hükmün yorumunda esas alınması, bizce de daha isabetli olacaktır.

İşçinin Tacizden Korunacağı Alan

TBK m.417/I uyarınca “İşveren, bizmet ilişkisinde .. işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daba fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Her ne kadar Öğretide “işyerinde cinsel taciz” ve “işyerinde psikolojik taciz” deyimleri kullanılmakta ve işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih olanağı veren İşK. m.25/II,d düzenlemesinde “İşçinin ... işyerinde cinsel tacize uğraması..” söz konusu edilmiş ise de Yargıtay’ın da işaret ettiği üzere işçi bakımından fesih hakkının doğumu için “Taciz’in işyerinde gerçekleşmesi şart olmayıp işyeri dışında veya mesai saatleri dışında da olması mümkündür”⁶⁶. Giderek işverenin tacize karşı işçiyi koruma borcunun salt işyeri sınırları içinde değil; bu sınırların dışında da varlığını koruyan bir borç olduğu anlaşılır. Ne var ki, işverenin işyeri dışında meydana gelebilecek tüm tacizlerden işçiyi korumak gibi bir yükümlülüğü yoktur⁶⁷. Ancak yürütülmekte olan iş ile taciz arasında uygun illiyet

⁶⁴ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m.26 (Onurlu çalışma hakkı):

“Âkit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

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

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

⁶⁵ Mustafa **Alp**, “Yeni Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler”, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin birlikte düzenledikleri “17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Sempozyumu 8-9 Haziran 2012, Galatasaray Üniversitesi Aydın Doğan Konferans Salonu, (Bu çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla yayınlanmamıştır).

⁶⁶ **Yarg. 9 HD, 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544**, www.kazanci.com, (13.12.2012); Ayr. Bkz.: **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku, s.322; Psikolojik tacizin işyerinde gerçekleşmesi gerektiği yönünde **Büyükkalç**, Psikolojik Taciz, s.79; **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Tınaz tarafından kaleme alınan bölüm), s.63-64.

⁶⁷ İş saatleri dışındaki işçiye yapılan tacizin, işverenin koruma yükümlülüğünü doğurabilmesi için ciddi ve sık tekrarlanan bir davranış halini alması gerektiği yönünde **Aydın**, Tasarı Değerlendirme, s.33.

bağının kurulabildiği durumlarda; işçinin üstü konumundaki bir işveren vekili ya da görevi nedeniyle işyeri dışında sürekli görüşmek zorunda olduğu bir müşteri veya diğer bir işçiden kaynaklanan tacizlere karşı işverenin işçiyi koruma borcu olduğu ileri sürülebilir. Başka bir anlatımla, işverenin işçiyi işyeri dışında meydana gelebilecek taciz olaylarından da koruma borcu altında olduğundan söz etmek için, işverenin -bu sıfatıyla- meseleye müdahale edebilecek konumda olması gerekli ve yeterlidir.

Psikolojik ve Cinsel Tacize Karşı Gerekli Önlemleri Almak

İşveren kendisi işçinin kişilik değerlerine saygı göstereceği gibi işyeri başta olmak üzere müdahale alanındaki diğer işçilerden veya üçüncü kişilerden -örneğin müşterilerden- gelen taciz ve diğer kişilik hakkı ihlallerine karşı da önlem alacaktır. Madde gerekçesinde bu önlemlere örnek olarak işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurmak, güvenlik personeli buldurmak gösterilmiştir. Öğretide ortaya konan öneriler arasında ise sağlıklı bir iletişim sistemi kurulması, her türlü hiyerarşik düzeyde sorumluluk tesis edilmesi ve işçilere bu alanda eğitim verilmesi, talep ve şikayet prosedürü oluşturulması, işçilere tavsiye ve yardım sağlanması, soruşturma yapılması, işyerinde disiplin ve cezalandırma sistemi kurulması yer almakta ve bu konuda işverenlere yükümlülükler getiren düzenlemelerin yürürlüğe konulması gereğine işaret edilmektedir⁶⁸. Bir Yargıtay kararında⁶⁹ da vurgulandığı üzere “İşçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğradığı yasa gereği işverene bildirilmeli ve gerekli önlemleri alması istenmelidir. İşverence cinsel taciz olayı bilinmekte veya bilinebilecek durumda ise işçinin durumu ayrıca bildirmesine gerek yoktur...İşverenin önlemi, işçinin maruz kaldığı olayın tekrarlanmasını engellemeye yönelik olmalıdır. ...tacizın ağırlığına göre tacizcinin işine son verilmesi de işverence alınması gereken önlemler arasında sayılmıştır...Cinsel taciz işyerinde çalışan bir işçi yerine bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmiş olmasında ise işverenin önlem olarak, müşteriyi uyarma, müşteri ile ilgilenecek bir başka işçi görevlendirme ve eylemin ağırlığına göre müşteri ile ilişkisini kesme gibi yollara başvurması gerekir”.

Dikkat çekmek isteriz ki, işverenin öncelikli yükümlülüğü işçinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamasını sağlamaktır⁷⁰. Tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almak, işçinin tacize uğramamasını sağlamak yükümlülüğünden sonra gelir. Tacizi önlemek için gerekli sistemi kurmayan ve önlemleri almayan işverenin taciz sonrası mağdurun daha fazla zarar görmemesi için harekete geçmesi olumlu; ancak koruma borcunun hakkıyla yerine getirildiğinin kabulü için yeterli değildir.

⁶⁸ **Özdemir**, Cinsel Taciz, s.92; **Tuncay Kaplan**, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s.47.

⁶⁹ **Yarg. 9 HD, 28.1.2010, E. 2008/14529, K. 2010/1463**, www.kazanci.com, (13.12.2012).

⁷⁰ “... işveren; işyerinde ortaya çıkabilecek her tür tacize karşı önceden ... gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmaktadır” **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.15.

“İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa” şeklindeki İşK. m.24/II,d hükmü işverenin önlem alma yükümlülüğünün taciz olayından sonra mağdur işçinin işverene haber vermesiyle başlayacağı izlenimi uyandırır da Yargıtay’ın da işaret ettiği gibi işverence cinsel taciz olayı bilinmekte veya bilinebilecek durumda ise işçinin durumu ayrıca bildirmesine gerek yoktur. Dahası, TBK m.417/1 hükmündeki “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” kurmak ve işçinin tacize uğramaması için gerekli önlemleri almak şeklinde ifade bulan yükümlülükler, işverenin taciz başta olmak üzere tüm kişilik hakkı ihlali risklerini öncesinde ya da ihlal vuku bulduğu anda öğrenebileceği bir iletişim sistemi kurmasını gerekli kılar. Bu bağlamda Öğretide, işyerinde taciz olaylarının olup olmadığı konusunda gerektiğinde memnuniyet anketleri ile araştırma yapılması, taciz tehlikesinin mevcut olduğu görüldüğünde de hemen önlem alınmasının yararlı olacağı ileri sürülmekte ve bu bağlamda yapılacak anketlerin yorumlanması konusunda uzman kişilerden destek alınması önerilmektedir⁷¹.

Öte yandan, psikolojik ve/veya cinsel taciz nedeniyle işçinin sağlığının bozulması yüksek bir olasılıktır⁷². Psikolojik ve cinsel taciz bu boyutuyla bir iş sağlığı ve güvenliği meselesidir⁷³. İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi konulu 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesindeki “psikolojik tacizin önlenmesi ... iş sağlığı ve güvenliği ... açısından çok önemlidir” anlatımı da bu gerçeğin altını çizer niteliktedir. Psikolojik ve cinsel tacizin iş sağlığı ve güvenliği ile bu ilişkisi göz önünde tutulduğunda işyerindeki risk değerlendirmesinde [İSGK m.4 (1)c, 10] bu tür risklerin de göz önünde bulundurulması ve işçilere verilmesi gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitiminde taciz riskinin de konu edilmesinin gereği ortadadır.

Tacizin (Özellikle Cinsel Tacizin) İspatı

Tacizin işverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağıyla sıkı bağlantı içinde olduğunu taciz niteliğindeki davranışların ayrımcılık yasağının nitelikli ihlali olarak algılandığını belirtmiştik. Giderek tacize uğradığı iddiasındaki işçinin, ispat yüküne dair MK m.6’daki genel kurala istisna getiren İşK. m.5/son hükmünden

⁷¹ Nursen **Canıklıoğlu**, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, TİSK Yayın No: 318 , 2012, s.103.

⁷² Bkz.: **Demircioğlu**, Psikolojik Taciz, s.119-120.

⁷³ **Güzel/Ertan**, Taciz, s.152 vd., 161 vd.; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, İş Hukuku , s.644-645; **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Tınaz tarafından kaleme alınan bölüm), s.27-28; **Demircioğlu**, Psikolojik Taciz, s.124; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda psikolojik tacize ilişkin açık hüküm bulunmamasının sorun yaratacağı yönünde **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.97.

yararlanması gerekir⁷⁴. Buna göre, işverenin İşK. m.5 hükümlerine “... *aykırı davranışını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur*” (İşK. m.5/son).

Nitekim Yargıtay'ın da -eşit davranma borcu ve İşK. m.5/son düzenlemesine değinmeksizin- özellikle cinsel tacizin ispatı konusunda bu yönde karar vermekte olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz⁷⁵. Yargıtay kararlarında sıkça başvurulmuş ölçütlerden biri, tacize uğrayan mağdurun olayları ayrıntılı şekilde anlatmasının nedensiz olamayacağıdır. Gerçekten cinsel taciz olaylarının çoğu mağdurun hakkında olumsuz kanı oluşacağı endişesinden ötürü gün yüzüne çıkmaz. Mağdurun buna cesaret edip olayları ayrıntılı ve tutarlı şekilde ortaya koyması çoğu zaman nedensiz olmaz. Bu durumun görgüye dayanmasa da tanık anlatımları, tutanaklar, işyeri içi şikayetler, suç duyurusu ve olay nedeniyle uğranılan psikolojik zarara delalet edecek doktor raporlarıyla desteklenmesi halinde ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumun ortaya koyulduğunun kabulü isabetlidir.

Ne var ki, cinsel taciz iddialarının Öğretide belirtildiği üzere tacizci konumuna sokulan kişiye karşı komplo niteliği taşıması da pek ala mümkündür⁷⁶. Bu noktada mağdur olduğunu iddia eden ile fail konumunda olan kimse arasında nasıl bir menfaat ilişkisinin bulunduğu duyarlı biçimde araştırılmalıdır. Ayrıca ifadenin ayrıntılı olması da tek başına yeterli görülmemekle mutlaka iddiayı destekleyecek ispat vasıtalarının aranması yerinde olacaktır. Yargıtay'ın bu noktada

⁷⁴ **Güzel/Ertan**, Taciz, s.64; **Özdemir**, Cinsel Taciz, s.93; **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Bayram tarafından kaleme alınan bölüm), s.117; **Bilgili**, Mobbing, s.74; Aynı yazar, Cinsel Taciz, s.77-78; Ayr. Bkz.:**Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.202.

⁷⁵ “...*sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibarıyla görgü tanklarıyla ispatı mümkün olmayan olaylardır*” **Yarg. 9 HD, 19.2.1998, E.1997/21644**. “*davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır*” **Yarg. 9 HD, 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544**. “*..bir kadın işçinin namus ve iffetini etkileyebilecek şekilde nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır...*” **Yarg. 9 HD, 28.1.2010, E.2008/14529, K. 2010/1463**. “*..bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır...*” **Yarg. 9 HD, 8.3.2005, E. 2004/13286, K. 2005/7706**. “*...İşyerinde çalışan üç bayan işçinin de ustabaşını suçlayan dilekçeler vererek işyerini terketmeleri dikkat çekicidir. Bayan işçilerin kendilerine sarkıntılık yapıldığı konusu da bu şekilde iftirada bulunmaları da hayatın olağan akışına uygun olmayan bir durumdur...*” **Yarg. 9. HD, 10.4.2001, 412/5944**. “*... genç bir kızca ciddi manada ve kabul edemeyeceği derecede sıkıntılarının bulunduğu ve idareye başvurup sarkıntılık hatta tehdide varan ve bir süre temadi eden cinsel taciz iddiasında samimi olduğu yolunda kanaat basıl oluşmuştur. Yakınları tarafından eylem ciddiye alınarak, davacı iş çıkışında tartaklanmıştır. Tüm birbirini doğrulayan olay zincirinde taciz eylemlerinin gerçek olduğu sonucuna varılarak...*” **Yarg. 9 HD, 10.11.2005, 6471/35643**, www.kazanci.com, (13.12.2012)..

⁷⁶ **Özdemir**, Cinsel Taciz, s.95.

özellikle tanık anlatımlarının ayrı bir duyarlılıkla değerlendirilmesine önem verdiği görülmektedir⁷⁷.

Psikolojik tacizin çoğu zaman gözler önünde gerçekleşmekte ve ispatının cinsel tacize göre daha kolay olduğu düşünülebilir. Ne var ki, ayrımcılığın nitelikli türü olması, cinsel tacizle arasında kesin bir çizgi bulunmaması ve psikolojik tacizin de gizli şekilde gerçekleşeme olasılığı göz önüne alındığında burada ortaya koymaya çalıştığımız ispat kolaylığından psikolojik taciz mağdurunun da yararlanması gerektiği açıktır.

İşK. m.5 düzenlemesi sadece İş Kanunu kapsamındaki işçi –işveren ilişkileri için uygulama alanı bulur. İspata dair bu açıklamalarımızın İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler bakımından ne derece uygulanabilir olduğu ise tartışmalıdır⁷⁸.

İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Alma Borcu (TBK m.417/II): Doğacak Hukuki Sorumluluğun Niteliği ve Sınırları

İşçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığının, işverenin korumak ve saygı göstermekle yükümlü bulunduğu kişilik değerleri arasında yer aldığı kuşkusuzdur. Giderek kişiliği koruma borcunun bu boyutunun ifası bakımından işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması bir zorunluluktur. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu TBK m.417/II'de ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır.

Bu konudaki açıklamalara geçmezden önce anımsatalım: Psikolojik ve cinsel taciz nedeniyle işçinin sağlığının bozulması mümkündür ve bu boyutuyla psikolojik ve cinsel taciz de bir iş sağlığı ve güvenliği meselesidir⁷⁹. İşverenin iş sağlığı ve

⁷⁷ “Yalnızca olayla ilgili tutulan tutanak da savunmayı isbata yeterli değildir. Bu durumda mahkemeye davalının delil listesiyle bildirdiği ve dinlenilmeyen tanıkların celbi suretiyle dinlenmeleri ve toplanan delillerin birlikte değerlendirilerek sağlıklı bir çözüme ulaşılması gerekir.” Yarg. HGK, 12.4.1995, E. 1995/9-112, K. 1995/381. “...davacının iş akdinin fesih sebebi olarak gösterilen sms yoluyla cinsel taciz iddiasına ilişkin olarak davalı işverenlikçe başkaca araştırma yapıp yapılmadığı, çalışanların olayla ilgili bilgilerinin tespit edilip edilmediği, olay hakkında düzenlenen sms içeriğine ilişkin tutanak bulunup, bulunmadığı taraflardan sorulup araştırılmali, varsa soruşturma raporları ve tutanaklar getirilmeli, hatta sms kaydının mevcut olup olmadığı ilgili gsm operatöründen sorularak araştırılıp, bu şekilde olaya ilişkin bilgi ve belgeler toplandıktan sonra gerekirse tanıklar yeniden bu bilgiler ışığında ayrıntılı bir şekilde dinlenerek ortaya çıkacak duruma göre bir karar verilmelidir...” Yarg. 9 HD, 12.10.2010, 32592/28801. “işveren, iş akdinin davacı işçinin aynı işyerindeki bayan işçiye cinsel tacizde bulunması nedeni ile baklı olarak feshedildiğini savunmuştur... baklı fesih ispatına yönelik olarak dinlenmesi istenen tanıklar dinlenip, diğer deliller ile birlikte değerlendirilmeden eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalı olup...” Yarg. 9 HD, 5.3.2008, E. 2007/10576, K. 2008/3716, www.kazanci.com, (13.12.2012).

⁷⁸ Bkz.: Caniklioğlu, Seminer, s.103.

⁷⁹ Bkz. Yuk. 1.5.3.

güvenliği alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmesi gereğine işaret eden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu [İSGK m.5 (1)] hükmü bu noktada gözden kaçırılmamalıdır. Kanımızca özellikle sosyal ilişkilerle ilgili faktörler arasında psikolojik ve cinsel tacizin bulunduğu kuşku yoktur.

İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler

“İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” şeklindeki TBK m.417/II düzenlemesi, “İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” hükmünü içeren İşK. mülga m.77/I ile neredeyse özdeş bir anlatıma sahiptir. Bu şekilde İşK. mülga m.77/I hükmünün özne ve yüklemdeki küçük farklarla aynen Türk Borçlar Kanununa girmesi, işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından sorumluluğunun hukuki niteliği (kusursuz sorumluluk - kusur sorumluluğu) konusundaki tartışmalara yeni bir boyut getirmiş gibi görünmektedir.

Öğretide işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu ileri süren görüşler farklı gerekçelere dayandırılarak gelmiştir. Bu görüş taraftarlarının bir bölümü, “İş sahibi, akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihazı ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.” şeklindeki mülga BK m.332/I düzenlemesinin kendisinin hakkaniyet temeline dayalı bir kusursuz sorumluluk esasını getirmekte olduğunu ileri süre gelmiştir⁸⁰. Diğer bazı yazarlar ise bu alanda kanun boşluğu bulunduğu ve boşluğun kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesiyle doldurulması gerektiği; işverene bağımlılığının işçinin korunmasını zorunlu kıldığı, işverenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğunun bir türü olduğu gerekçelerinden hareketle kusursuz sorumluluk esasını savunmuşlardır⁸¹.

⁸⁰ Hüseyin **Hatemi**, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Miktarının Tayini, İHU, İşK. .73, (no.2); Can **Tuncay**, İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, İHU, SSK.11, (No.2).

⁸¹ Bkz.: **Süzek**, İş Hukuku, s.429-430 a.y. dipnotlarda anılan yazarlar; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, İş Hukuku, s.1251-1252 a.y. dipnotlarda anılan yazarlar; **Akın**, İş Kazası, s.86-87 ve a.y. dipnotlarda anılan yazarlar; Süleyman **Başterzi**, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Bu doğrultudaki bir başka görüş ise mülga BK m.332/I düzenlemesinin kusur sorumluluğunu esas aldığı ancak İşK. mülga m.77/I (1475 sK. m.73/I) dikkate alınarak meseleye yaklaşıldığında İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerinde kusursuz sorumluluk esasının kabulünün mümkün olacağını savuna gelmiştir⁸². Bu görüş uyarınca, TBK m.417'de İşK. m.77/I'ye özdeş bir düzenlemenin getirilmesiyle artık Türk Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmeleri bakımından da kusursuz sorumluluk esasını benimsenmiş görünmektedir. Aynı görüş, pozitif hukukumuza giren yeni bir hüküm niteliğindeki rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların belirlenmesinde gözetilmesini ve zarar veya tazminattan indirilmesini yasaklayan TBK m.55/I düzenlemesinin, varılan bu kanıyı pekiştirdiği sonucuna varmaktadır⁸³.

İşverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu görüşü ise, Öğretide, BK m.332/I'deki "*hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede ... icabeden tedbirler*" ifadesinin kusur sorumluluğuna işaret ettiği, Borçlar Kanunu sistematığında asıl sorumluluk türünün kusura dayanan sorumluluk olduğu, bu ilkenin aşılabilmesi için diğer kusursuz sorumluluk durumlarında olduğu gibi kanunda özel düzenleme bulunması gerektiği ileri sürülerek savunula gelmiştir⁸⁴.

Yargıtay kararlarının işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan sorumluluğunun hukuki nitelmesi bağlamında istikrar kazanmış olduğunu iddia etmek ise güçtür. Farklı dönemlerde verilen kimi kararlarda kusursuz sorumluluk; diğer bazılarında ise kusur sorumluluğu esasını benimsenmiş görünmektedir⁸⁵.

Derneği, Kamu-İş, 2011, s.108 vd.; Ali **Güzel**, Deniz **Ugan Çatalkaya**, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları", (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.34 (2012/3), s.172-173.

⁸² Kenan **Tunçomağ**/Tankut **Centel**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s.129.

⁸³ **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.17; TBK m.55 hükmünün iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan maddi tazminat davalarındaki uygulamasına dair Ayr. Bkz.: Utkan **Araslı**, "Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011, s.150-153.

⁸⁴ Bkz **Oğuzman**, "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", İÜHFEM, 1969 C.XXXIV, S.1-4, s.337; **Selahhatin Sulhi Tekinay**, "İş kazaları ve Meslek Hastalıklarından İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi" MHAD, 1968, S.3. s.91; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.2, s.240; **Süzek**, İş Hukuku,s.430-431 ve a.y. dipnotlarda anılan yazarlar; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, İş Hukuku, s.1253-1254 ve a.y. dipnotlarda anılan yazarlar; **Akın**, İş Kazası, s.87-88 ve a.y. dipnotlarda anılan yazarlar; **Güzel/Ugan Çatalkaya**, Sorumluluğunun Niteliği, s.174.

⁸⁵ Bkz. ve Karş.: **Yarg. 21. HD, 5.4.2012, 4196/5289; Yarg. HGK, 3.2.2010, E. 2010/21-36, K. 2010/67; Yarg. HGK, 17.9.2008, E. 2008/21-556, K. 2008/532; Yarg. 21. HD, 22.5.2007, 4504/8407; Yarg. HGK, 12.11.2003, E. 2003/21-673, K. 2003/641; Yarg. 9.**

Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Sınırları Konusunda Genel Değerlendirme

Mülga Borçlar Kanununda olduğu gibi Türk Borçlar Kanununda da asıl olan kusur sorumluluğudur. “İşveren/ler, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak(la)... yükümlüdür.” ifadesi ister İş Kanunu ister Borçlar Kanununda yer alsın, kanımızca her hangi bir sorumluluk türünü dikte eder niteliğe sahip değildir. Kanun koyucu işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunu TBK m.417 birinci fıkrada ortaya koymuştur. İkinci fıkra hükmü ise işverenin işçinin kişiliğinin bir parçası olan yaşamının, beden bütünlüğünün ve sağlığının korunması için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak bağlamında işçiyi koruma borcunun içeriğini ve sınırını belirler. Her ne kadar kamu hukuku karakterli olsa da İşK. mülga m.77/P’in işverenin iş sağlığı ve güvenliği bağlamında koruma borcunun içeriğini belirlediği Öğretide her iki görüş taraftarlarının bazılarınca ifade edile gelmiştir⁸⁶. Aynı yorum kanımızca iş sağlığı ve güvenliği alanında işverenin yükümlülüklerini düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4-6,10-12,14-18, 20, 22, 23. maddeleri için de geçerlidir. TBK m.417/II hükmünün koruma borcunun bu boyutunu bir sınırlama söz konusu olmaksızın⁸⁷ çok geniş kapsamlı bir şekilde belirlediği tartışmasıdır. Ancak sorumluluğun hukuki niteliğine dair bir düzenleme olmadığı düşüncesindeyiz. Kanımızca sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi için öncelikle dikkate alınması gereken hüküm, yine TBK m.417/P’dir ve 417/I metni, ister “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak (la) ... yükümlüdür” ister “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ... için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür” şeklinde okunsun; düzenlemenin kusursuz sorumluluk esası getirdiğini iddia etmek güçtür.

Lafzi yorumdan ayrılıp hükmü tarihsel metotla⁸⁸ yorumladığımızda da sonuç değişmez: TBK m.417/II hükmünün gerekçesindeki “işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre, işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kaldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür...” anlatımı kanımızca asıl sorumluluk türü olan kusur

HD, 29.12.1981, 11284/15904, www.kazanci.com, (13.12.2012); Ayr. Bkz.: **Akın**, İş Kazası, s.89-94; **Arash**, Hakkaniyet İndirimi, s.143-145.

⁸⁶ İş sağlığı ve güvenliği mevzuatına dahil bulunan, kamu hukuku ağırlıklı yasa hükümlerinin; iş sözleşmesinin metninde yer alması bile, sözleşme içeriğini biçimlendirmek suretiyle, işverenin hukuki (tazminat) sorumluluğu üzerinde etkide bulunduğu yolunda **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.16; Koruma borcunun kodifikasyonu olarak adlandırılacak söz konusu mevzuata uyulmamasını işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde **Akın**, İş Kazası, s.99.

⁸⁷ **Akın**, İş Kazası, s.85, **Güzel/Ugan Çatalkaya**, Sorumluluğunun Niteliği, s.13,16.

⁸⁸ Yorum metotları ve özellikle tarihi yorum için Bkz.: **Gözler**, Genel Teori, s.149 vd.

sorumluluğunu esas alır tarzda kaleme alınmıştır⁸⁹. Dahası 417. maddenin taslaktaki ilk halinden⁹⁰ bugünkü halini almasını sağlayan Adalet Komisyonu değişikliğinin gerekçesinde ise “*Tasarının 416 ncı maddesinin tamamını kapsayan değişiklikle, ... sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar, düzenleme ile sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmış... Kabul edilen madde ile hizmet sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına son verilmiştir.*” ifadesi yer almaktadır. Bu anlatımdan da Kanunkoyucunun niyetinin kusur sorumluluğunu esas alan bir metin yaratmak olduğu sonucuna varmak daha kolay görünmektedir.

Yeri gelmişken belirtelim: TBK m.417/III hükmü uyarınca, TBK m.417 hükümleri dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini için açılacak davaların sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir⁹¹. Ne var ki, bu düzenleme sorumluluğun hukuki niteliğine karar vermek için elverişli değildir. Söz konusu üçüncü fıkra hükmü sorumluluğun hukuki niteliğini değil; borcun kaynağını belirler niteliktedir. Borç ister sözleşmeye aykırılıktan doğsun ister haksız fiilden, hukuki sorumluluğun niteliği kusur esasına dayanabilir ya da kusursuz sorumluluk şeklinde ortaya çıkabilir⁹². Hal böyle olmakla birlikte sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından da asıl olanın kusur sorumluluğu olduğu unutulmamalıdır.

Belirttiğimiz üzere TBK m.417/II iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almak noktasında işverenin borcunun içeriğini ve sınırlarını ortaya koymaktadır. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğü sonrasında işveren “*hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede icabeden tedbirler*”i (mülga BK m.332) değil; “*gerekli her türlü önlemi*

⁸⁹ Gerekçedeki bu anlatımın kusur sorumluluğunun varlığı anlamını taşıdığı ancak gerekçe ile madde metninin uyumsuz olduğu yönünde **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.16; Ayr. Bkz.: **Soyer**, Yeni Borçlar Kanunu, s.175.

⁹⁰ “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ablâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür*” (TBK Tsr m.416/I. “*İşveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kaldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür*” (TBK Tsr m.416/II). “*İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyebilecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir*” (TBK Tsr m.416/III). Bu halıyla tasarı hükmünün hakkaniyet temelinde kusursuz sorumluluk esasını getirmekte olduğu yönünde **Aydın**, Tasarı Değerlendirme, s.27.

⁹¹ Bkz. Aşa. 3.

⁹² **Süzek**, İş Hukuku, s.437; Bkz. ve Karş.: **Doğan Yenisey**, Hizmet Sözleşmesi, s.323-324.

almak”la yükümlüdür. İşK. mülga m.77/I hükmü nedeniyle İş Kanunu kapsamındaki işverenler bakımından durum hali hazırda zaten böyle idi. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğüyle artık gerekli her türlü önlemi alma yükümlüğü İş Kanunu kapsamında olsun olmasın tüm işverenler için bir zorunluluk halini almış bulunmaktadır.

“Gerekli her türlü önlemi almak” yükümlülüğü sadece mevzuatta öngörülen önlemlerle sınırlı olmayıp; bilim ve teknolojinin gerektirdiği her türlü önlemleri de kapsar. Başka bir anlatımla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere işverenin tabi olduğu mevzuatta öngörülün görülmesin işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığına zarar verme potansiyeli bulunan tehlikeleri belirleyip -risk değerlendirmesi yapıp [İSGK m.4 (1)c, 10]- bunlara karşı da koruma sağlamasını gerektirir. “Gerekli her türlü önlem” anlatımı işverenin ekonomik, entelektüel, sosyolojik konum ve düzeyini, iş tecrübesini ve diğer kişisel niteliklerini göz ardı ederek kusur durumunun belirlenmesi gerektiğine işaret eder. İşveren ideal (model) bir işveren gibi davranmak zorundadır. Dolayısıyla salt bu önlemlerin alınmamış olması işverenin kusurlu duruma sokar. Öğretide kusurun objektifleştirilmesi olarak ifade bulan⁹³ bu yorumun sorumluluğun hukuki niteliğini kusursuz sorumluluğa yaklaştırdığı kuşkusuzdur. Ne var ki, bu algılayışta, gerekli her türlü önlem alındığı halde yine de iş kazası meydana gelmiş ise artık işvereni sorumlu tutmak mümkün olmaz.

Öte yandan, İşçi, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak (TBK m.417/II) ve kendisinin sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür [İSGK m.19(1)]. Sorumluluğun niteliği noktasında esas alınan ister kusur sorumluluğu ister kusursuz sorumluluk görüşü olsun, yürütmekte olduğu iş ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet (nedensellik) bağı kurulamıyorsa işverenin sorumluluğundan söz edilemez ve illiyet bağı kesen nedenlerden biri de zarar görenin (işçinin) ağır kusurudur⁹⁴. Ayrıca, işverenin

⁹³ **Süzek**, İş Hukuku, s. 433-434; **Akın**, İş Kazası, s.97-100; Ayr. Bkz.: **Narmanhoğlu**, İş Hukuku, s.323; **Güzel/Ugan Çatalkaya**, Sorumluluğunun Niteliği, s.180-181.

⁹⁴ “Tehlike sorumluluğu, en ağır kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az öncede değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmuyorsa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.” **Yarg. 21. HD, 5.4.2012, 4196/5289**; “İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay’ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre, kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi’nde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.” **Yarg. HGK, 3.2.2010, E. 2010/21-36, K. 2010/67 www.kazanci.com, (13,12,2012); Süzek**, İş Hukuku, s.441-443; **Akın**, İş Kazası, s.47-54.

sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde (tazminat miktarının belirlenmesinde) işçinin illiyet bağımlı kesecek derecede olmasa bile zararın oluşmasında etkili olan ve alınan önlemlere uymamak şeklinde ortaya çıkan müterafık (birlikte bulunan) kusuru da dikkate alınır⁹⁵ (TBK m.52). Ne var ki, “Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez” şeklindeki İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 4(3) düzenlemesi bu bağlamda soru işareti uyandırıcı niteliktedir. Kanımızca, kamu hukuku nitelikli iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı hükümlerinin koruma borcunun içeriğini belirlemede etkili olduğunun kabul edilmesi⁹⁶, hukuki sorumluluğun nitelik ve sınırlarının belirlenmesinde esas olanın özel hukuk karakterli Türk Borçlar Kanunu hükümleri olduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla, İSGK m.4(3) düzenlemesi hukuki sorumluluk açısından işçinin kusurunun dikkate alınmasını engelleyen bir düzenleme şeklinde yorumlanamaz. Söz konusu hüküm, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda düzenlenen idari ve cezai yaptırımlar (İSGK m.25,26) bakımından anlaşılmalıdır.

Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesinin (TBK m.71) İşverenin Sorumluluğuna Etkisi

Kural olarak, işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan sorumluluğuna ilişkin görüşümüz TBK m.112 veya 49 bağlamında kusur sorumluluğu yönünde olmakla birlikte, mülga Borçlar Kanununda düzenleme konusu yapılmış olan tehlike sorumluluğunun TBK m.71’de hükme bağlanmış olmasıyla⁹⁷ belli nitelikteki işyerleri bakımından kusursuz sorumluluğun benimsenmesi mümkün hale gelmiştir. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğü öncesinde Türk Mevzuatında genel olarak tehlike sorumluluğunu düzenleyen pozitif bir dayanak bulunmadığı halde işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olduğu savunulmuş ve geçmiş dönemde birçok Yargıtay kararına dayanak oluşturmuştur⁹⁸. Türk Borçlar Kanunu “Tehlike sorumluluğu ve

⁹⁵ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.2, s.241; **Süzek**, İş Hukuku, s.447-449; **Akın**, İş Kazası, s.201-219.

⁹⁶ Bkz.: Yuk. dn.86.

⁹⁷ TBK m.71 hükmünde düzenlenmiş bulunan tehlike sorumluluğu konusunda bilgi için Bkz.: **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.2, s.185-189; O. Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yay., 2012, s.640-647; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s.354-359; Nüvit **Gerek**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011, s.32-36; Kerem Cem **Sanlı**, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, Der. M. Murat Inceoğlu, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2012, s.70 vd.;

⁹⁸ “... Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir” **Yarg. 21. HD, 5.4.2012, 4196/5289**; “... işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak; sadece kasti veya işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı

denkleştirme” başlıklı 71. maddesinin Türk mevzuatına girmesi, Türk Hukuk Öğretisi ve Yargısı tarafından kabul gören bir teorinin kodifiye edilmesidir. Kaldı ki, öteden beri kusura dayalı sorumluluğu savunanlar bu teorinin varlığını ve geçerliliğini reddetmiş değillerdir; mesele Türk Borçlar Kanununun yürürlüğü ile Türk Hukukunda pozitif dayanağa kavuşan evrensel bir ilkenin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan işveren sorumluluğu bakımından her işyeri için uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Tehlike sorumluluğunun genel hükümlerde düzenlenmesiyle birlikte iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan sorumluluğun niteliği, TBK m.71’de belirtilen türden “önemli ölçüde tehlike arzeden işletmeler”in işverenleri için tehlike temelinde kusursuz sorumluluk haline gelmiştir⁹⁹. Bu hüküm uyarınca “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur” (TBK m.71/I). “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir” (TBK m.71/II). İşverenin kusursuz sorumluluğunu esas alan Yargıtay kararlarında tehlike kuramı (risk nazariyesi) sıkça kullanılan bir ilkedir. Ne var ki, bu kararlarda söz konusu ilkenin, kazanın meydana geldiği işletmenin niteliği tartışmasına girilmeksizin genel olarak uygulanı geldiğini ileri sürmek yanlış olmaz. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğü sonrasında öncelikle işyerinin TBK m.417/II tanımına uygun önemli ölçüde tehlike arzeden işletme niteliği taşıyıp taşımadığı her somut olay için tespit edilmek zorundadır. Ancak bu tespit sonrasında iş kazasından işverenin, tehlike kuramına dayanılarak kusursuz şekilde sorumlu tutulması mümkündür¹⁰⁰.

TBK m.66, 166 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Düzenlemelerinin İşverenin Sorumluluğuna Etkisi

İşverenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü gerektiren bir başka ayrıksı durum da, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m.66 (BK m.55) ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK m.116 (BK m.100) hükmüdür. İşveren, iş kazası Borçlar Hukuku anlamında yardımcı kişi (ifa yardımcısı) niteliğini

veya suç sayılır eylemi meydana gelen zararlara ilişkin olmayıp ‘Tehlike (Risk)’ nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira, işveren iş akdi ile işçisini, iş ve İşyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları karşılamayı da taahhüt etmiş sayılır. İşte bu nedenle kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş ve işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varılmıştır ” Yarg. 21. HD, 22.5.2007, 4504/8407, www.kazanci.com, (13.12.2012).

⁹⁹Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.2, s.241; Süzek, İş Hukuku, s.435; Caniklioğlu, Seminer, s. 104-105.

¹⁰⁰ Bkz. ve Karş.: Gerek, Tehlike Sorumluluğu, s.38-39.

taşımayan bir başka işçi nedeniyle meydana gelmiş ise TBK m.66 temelinde; işçiyi koruma borcunun ifasını başka bir işçiye/işveren vekiline bırakmış ise bu kişinin davranışlarından doğan zarardan TBK m.116 temelinde kusursuz sorumludur¹⁰¹.

Kanımızca, kuramsal olarak istisnai nitelikteki bu sorumluluk, uygulamada özellikle 30 Haziran 2014 tarihinden itibaren tüm işverenler bakımından TBK m.116 bağlamında hemen her zaman asıl sorumluluk olarak ortaya çıkacaktır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işverenlerin bir bölümü 1 Ocak 2013'ten bu yana, çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirmekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük, işverenlerin diğer bir bölümü için 30 Haziran 2014 ve nihayet tüm işverenler için 30 Haziran 2014 itibarıyla geçerli hale gelecektir [İSGK m.6(1)a, 38]. Sıralanan kişilerin işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması borcu bakımından TBK m.116 bağlamında yardımcı kişi (ifa yardımcısı) niteliğini taşıdıkları açıktır. Özellikle iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi veya diğer sağlık personelinin görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemesi nedeniyle diğer işçilerin yaşam, sağlık ve beden bütünlüklerinin zarar görmesi durumunda işveren TBK m.116 uyarınca kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işverenler çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu yükümlülüğü ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden (OSGB) hizmet alarak yerine getirebilirler [İSGK m.6(1)a]. Kanımızca yukarıda vardığımız sonuç, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunan iş güvenliği uzmanı ya da işyeri hekiminin OSGB çalışanı olması durumunda da değişmeyecektir. Bunlar da TBK m.116 anlamında işverenin ifa yardımcısı konumundadırlar. Öte yandan “*İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırması*” şeklindeki İSGK m.4(2) düzenlemesinin bu sonuca varmayı kolaylaştırdığını belirtmek gerekir.

Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Hükümlerinin Uygulanması (TBK m.417/III)

Haksız fiil esaslarına dayalı istemlerde davacı davalının kusurunu ispatla yükümlü iken (TBK m.50/I) sözleşmeye aykırılık temelinde açılan davada davalı kusursuzluğunu ispatla yükümlüdür (TBK m.112). Dolayısıyla bu dava, haksız fiil zamanaşımı süresi yerine (TBK m.72) on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir (TBK m.146). Giderek haksız fiil esaslarına dayalı istemlere göre sözleşmeye aykırılık temeline dayanan davalarda, davacının hemen her zaman daha avantajlı bir konuda olduğu sonucuna varılır.

Bu konuyu düzenleyen TBK m.417/III uyarınca “*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut*

¹⁰¹ **Oğuzman**, İşverenin Sorumluluğu, s.338; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.2, s.241; **Çelik**, İş Hukuku, s.183; **Süzek**, İş Hukuku, s.432-434

bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir". Görüldüğü üzere bu fıkra uyarınca sadece yaşam ve beden bütünlüğü değil; 417. maddede koruma altına alınan tüm kişilik değerleri için açılacak davalarda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri (TBK m.112 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Kişilik değerleri zedelenğinde işçi açısından işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan koruma borcuna aykırı davranışı söz konusudur¹⁰² ve sözleşmeye aykırılık temelinde dava açılması doğaldır. Bunun ötesinde, işverenle aralarında sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen özellikle işçinin ölümü durumunda desteğinden yoksun kalanların açacağı maddi tazminat (TBK m.53) ve ağır bedensel zarara uğraması veya ölümü hâlinde yakınlarının açacağı manevi tazminat davaları da (TBK m.56/II) bu hükümlere tabi kılınmıştır.

"İş sahibinin yukarıki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur." şeklindeki mülga BK m.332/II hükmü, destekten yoksun kalanlara haksız fiile dayalı davalara göre daha avantajlı bir konum sunan sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak talepte bulunma olanağı vermektedir¹⁰³. İşçinin kendisinin açacağı davalar bakımından ise haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık temelinde doğan dava haklarının yarışacağı (telahuku; Bkz. TBK m.60.); başka bir anlatımla işçinin açacağı davada haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanabileceği, kabul görmektedir¹⁰⁴ TBK m.417/III hükmünün yürürlüğü sonrasında hakların yarışması durumu varlığını korumakla birlikte¹⁰⁵, davacıya daha avantajlı bir konum sunan sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanma olanağının açıkça pozitif düzenlemeyle tanınmış olması kanımızca isabetlidir.

İşçinin Başvurabileceği Hukuki Yollar

Genel Hukuki Yaptırımlar

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun kişiliğin korunmasına ilişkin genel düzenlemeleri MK m.23-25; TBK m.27/I ve 58'dir. MK m.23 ve TBK m.27/I, kişinin, kendi hukuki işlemleriyle kişilik değerlerini başkalarının

¹⁰² İşverenin tacizde bulunması durumunun borca aykırılığın yanın sıra hakkın kötüye kullanılması/dürüstlük kuralının ihlali boyutu da bulunur. Bkz. **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Bayram tarafından kaleme alınan bölüm), s.119-139; **Büyükcılıç**, Psikolojik Taciz, s.110-117; **Demircioğlu**, Psikolojik Taciz, s.138-140.

¹⁰³ **Süzek**, İş Hukuku, (2008), s.358-359, 378.

¹⁰⁴ **Oğuzman**, İşverenin Sorumluluğu, s.339; **Süzek**, İş Hukuku (2008), s.358 ve dn.30; **Akın**, İş Kazası, s.94-97; **Sevimli**, Özel Yaşama Müdahale, s.75-77.

¹⁰⁵ **Süzek**, İş Hukuku, s.437.

müdahalesine açabilme sınırını belirler. MK m.24, 25 ve TBK m.58 ise kişisel değerlere yönelen hukuki işlem dışı saldırılara/müdahalelere karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içerir. Kişilik değerlerine saldırılan/taciz edilen kişi, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (MK m.25/I) ve bunlarla birlikte kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir (MK m.25/II). Ayrıca 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 da saklıdır^{106,107} (MK m.25/III).

İşçinin kişiliğine yönelen hukuka aykırı müdahaleler/saldırıları (taciz, yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne zarar vb.) söz konusu olduğunda, bunlar ister bizzat işverenenden ister işyerindeki başka bir kimseden kaynaklansın genel koruma sağlayan bu hükümlerde düzenlenen istemleri (davaları) işverene yöneltebilir. Önleme, son verme ve hukuka aykırılığın tespiti (MK m.25/I) davaları bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı açılabilir gibi; esasen saldırıyı önleyebilecek ya da son verebilecek konumda olan kişiye karşı da açılabilirler ve bu şekilde davayla güdülen amaca ulaşılması mümkün olur¹⁰⁸. Bu davalar bakımından işverenin kusuru da aranmaz; giderek, bilmiyor dahi olsa, işverene karşı, dava açılabilir¹⁰⁹.

Önemle belirtelim ki, işçinin kişiliğe yönelen tehlike iş sağlığı ve güvenliği bağlamında ciddi ve yakın nitelikte ise *saldırı tehlikesinin önlenmesi ve sürmekte olan saldırıya son verilmesi* davalarını açmazdan önce işçinin İSGK m.13'te düzenlenen

¹⁰⁶ Ayrıntılı Bilgi için Bkz.: **Sevimli**, Özel Yaşama Müdahale, s.60 vd., 247 vd.; **Tınaz/Bayram/Ergin**, Psikolojik Taciz, (Bayram tarafından kaleme alınan bölüm), s.105 vd; **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.126 vd.

¹⁰⁷ Buna karşı, kişilik değerlerine saldırı durumunda sebepsiz zenginleşme davasının söz konusu olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Bkz.: **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler, s.156 dn.515; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.329-330; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, s.735-736; Ayr. Bkz.: **Selahattin Sulhi Tekinay**, “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.59; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.141; **Arpacı**, Kişiler, s.162-163; Elde edilen kazancın geri verilmesi davasını sebepsiz zenginleşmeyle ilişkilendiren görüş için Bkz.: **Akipek/Aküntürk**, Kişiler, s.432.

¹⁰⁸ M. Kemal **Oğuzman**, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, 1990, s.23.

¹⁰⁹ Önleme, son verme ve hukuka aykırılığın tespiti davaları bakımından davalının kusurlu olması şart değildir. Bkz.: **Arpacı**, Kişiler, s.151,152,161; **Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir**, Kişiler, s.159, 161, 164, 174; **Akipek/Aküntürk**, Kişiler, s.422-423 **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.142, 143, 144; **Bilge Öztan**, Şahsın Hukuku:Hakiki Şahıslar, 7. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997, s.152, 154; **Helvacı**, Davalar, s.155; **W. Siebert**, Meseleler, s. 220.

özel hüküm niteliğindeki süreci izlemesi daha isabetli olur¹¹⁰. İSGK m.13(1) uyarınca işçi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya olduğu düşüncesinde ise iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edecektir. Talebi yönünde karar verilmesi halinde işçi gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınarak kişiliğine yönelen tehlikeden sakınabilecektir [İSGK m.13(2)]. Kararın talebi yönünde çıkmaması halinde ise işçinin önleme ve son verme davası açması yolunda bir engel bulunmamaktadır.

İşçi, önleme, son verme ve hukuka aykırılığın tespiti davaları dışında MK m.25/III ve TBK m.49, 54, 56, 58, uyarınca maddi ve manevi tazminat davalarını da açabilir¹¹¹. Kişilik değerlerine yönelik saldırı diğer bir işçi ya da işyerindeki bir üçüncü kişiden kaynaklandığında tazminat davalarının yine işverene yöneltilmesi mümkündür. Bu bağlamda işverenin sorumluluğunun pozitif dayanağını TBK m.417, 66 ve 116 hükümleri oluşturur. Saldırıda bulunanın işveren vekili sıfatını taşıması halinde sorumluluğun dayanağı olarak sıraladığımız hükümlerin arasına işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işvereni sorumlu tutan İşK. m.2/IV hükmünü de eklemek gerekir¹¹².

Derhal Fesih

Kişilik değerlerine saldırı söz konusu olduğunda işçinin derhal fesih hakkının doğacağı noktasında kuşku yoktur¹¹³ (TBK m.435; İşK. m.24/II, bent:b,c,d). Özellikle İşK. m.24/II, bent:d hükmündeki işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması durumunda haklı nedenle derhal fesih yetkisi veren düzenlemenin üçüncü kişilerden gelecek psikolojik taciz dahil tüm kişilik hakkı ihlallerinde kıyasen uygulanması gerekir¹¹⁴.

İşverenin, üçüncü kişinin eylemlerinin yarattığı zarardan sorumlu tutulabilmesi ile bu eylemler karşısında hareketsiz kalması nedeniyle mağdur işçi için derhal fesih hakkının doğumu, birbirine karıştırılmaması gereken hukuki kurumlardır. Koruma borcuna aykırılık bağlamında İşK. m.24/II hükümlerine bakıldığında, işverenin en azından ihmal düzeyinde kusurlu sayılabilmesi gerekir ki,

¹¹⁰ Taciz durumunda dahi bu sürecin izleneceği yolunda **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.102; **Bilgili**, Mobbing, s.79-80..

¹¹¹ **Güzel/Ertan**, s.165; **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.15; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, İş Hukuku, s.644, 646.

¹¹² Bkz. Yuk.2.4.

¹¹³ **Güzel/Ertan**, s.165; **Centel**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.15; **Yavuz**, Hizmet Sözleşmeleri, s.1315.

¹¹⁴ Bkz. Yuk.2.5.3; **Sevimli**, Özel Yaşama Müdahale, s.257 vd.; **Büyükkılıç**, Psikolojik Taciz, s.135; **Demircioğlu**, Psikolojik Taciz, s.136; **Bilgili**, Mobbing, s.54.

işçi açısından derhal fesih hakkının doğumundan söz edilebilir¹¹⁵. Başka bir anlatımla, işverenin, diğer işçiler dahil üçüncü kişilerden mağdur işçiye yönelen saldırılara karşı koruma sağlayabilecek konumda olması, durumu bilmesi ve buna rağmen kasten ya da ihmal sonucu koruma sağlamaması, mağdur işçi için derhal fesih hakkı doğurur. Oysa ki, özellikle diğer işçilerin saldırılarının yarattığı zararın karşılanması noktasında, ne TBK m.66 ne de 116 bakımından işverenin kusuru aranmaz. Giderek, alınan tüm önlemlere rağmen gerçekleşen taciz durumundan haberdar olduğunda, gecikmeksizin, tacizin önlenmesi ya da tacize son verilmesi için harekete geçilmişse, mağdur işçinin derhal fesih hakkından söz edilemez. Ne var ki, mağdur işçinin, -tacize son verme noktasında başarıya ulaşılsa bile- işveren harekete geçene dek, taciz nedeniyle meydana gelmiş olan zararı talep etmesi mümkündür. Anımsatalım ki, işverenin öncelikli borcu işçinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamasını sağlamaktır¹¹⁶.

İşK.m.26/II derhal fesih hakkını kullanan tarafın diğer taraftan tazminat isteminde bulunabileceğini açık şekilde düzenlemektedir¹¹⁷. Ancak, aynı hüküm, birtakım sorunlar da doğurabilecek niteliktedir. İşK.m.26 hükmünün, “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğu diğer tarafın öğrendiği gündün başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılabilir...” (İşK.m.26/I), “Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır” (İşK.m.26/II) şeklindeki anlatımından, sözleşmeyi, öngörülen sürede feshetmeyen tarafın tazminat hakkının da bulunmadığı sonucuna varılır¹¹⁸. Ne var ki, meseleye inceleme konumuz açısından yaklaşıldığında, işçinin kişilik değerlerine saldırıdan (taciz) doğan derhal fesih yetkisini kullanmaksızın, tazminat talebini gündeme getirmesi yolunda bir engel yoktur. Dahası, iş sözleşmesi sürerken böyle bir davanın açılması, işveren için geçerli veya haklı fesih nedeni de oluşturmaz (İşK.m.18/III). Kısacası, işçi tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih yetkisini kullanmak zorunda değildir. Ortaya koyduğumuz bu durum ile “...öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır” şeklindeki İşK.m.26/II hükmünün nasıl bağdaştırılacağı tartışmaya açıktır. **Kanımızca**, meselenin çözümüne, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçinin isteyebileceği tazminatın hangi zarara ilişkin olduğunun belirlenmesiyle ulaşılabilir. İşçinin, kişilik değerlerine hukuka aykırı müdahale (taciz) nedeniyle uğradığı zarar -özellikle manevi zarar-, söz konusu müdahale anında ya da en geç müdahalenin fark edildiği

¹¹⁵ Ayr. Bkz.: M. Kemal **Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.50.

¹¹⁶ Bkz.Yuk.:1.5.3.

¹¹⁷ **Saymen**, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.610-611; **Çelik**, İş Hukuku, s.302-303; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.215-216; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.216; **Süzek**, İş Hukuku, s.726; **Centel**, İş Hukuku, s.195.

¹¹⁸ **Oğuzman**, Fesih, s.268; **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.188.

anda doğmuştur. Bu müdahalenin ayrıca işçiye derhal fesih yetkisi vermesi ve işçinin bu yetkisini kullanmasıyla uğradığı zarar ise farklıdır. İşK.m.26/II'deki kuralın, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek zorunda kalması nedeniyle uğradığı zararlara özgü olduğu kabul edilmelidir¹¹⁹. Bir yetkinin kullanılması nedeniyle uğranılan zarardan söz edebilmek için, söz konusu yetkinin varlığını sürdürmesi ilk şarttır. Giderek, işçinin iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalması nedeniyle doğan zararı talep edebilmesi için, altı işgünlük hak düşümü süresinde bu yetkisini kullanmak zorunda olduğu açıktır. Ancak, kişilik değerlerinin zedelenmesi nedeniyle isteyebileceği tazminat, fesih yetkisinin kullanılmasıyla doğrudan ilişki içinde değildir. Böylece, işçinin kişilik değerlerine hukuka aykırı saldırı (taciz) nedeniyle uğradığı zararın tazminini, iş sözleşmesi süresinde veya sonrasında, özellikle de haklı fesih yetkisinin süresinde kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın isteyebileceği kabul edilmelidir.

Buna karşı, fesih yetkisinin kullanılmasına neden olan ve kişilik hakkını zedeleyen davranışın aynı davranış olması nedeniyle, ileri sürdüğümüz türden bir ayırımın benimsenmemesi halinde, işçinin kişilik değerlerine hukuka aykırı müdahale nedeniyle uğradığı zararı iş sözleşmesi sonrasında talep edebilmesi, ancak, derhal fesih hakkını süresinde kullanması halinde mümkün olacak ve dolayısıyla, altı işgünlük sürenin ne zaman başlayacağı önem kazanacaktır¹²⁰. Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan davranış süreklilik gösteriyorsa altı işgünlük hak düşümü süresi de başlamayacaktır. Bu bağlamda Yargıtay'ın özellikle cinsel tacizin süreklilik göstermesi halini oldukça geniş şekilde yorumladığını gözlemlemek mümkündür¹²¹. Kanımızca da, işçinin kişilik değerlerine saldırı halinde sona ermiş olan saldırının etkilerinin MK m.25/1'deki tespit davasının kabulünü gerektirecek tarzda devam ediyor olması, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan davranışın süreklilik göstermesi olarak yorumlanmalıdır.

¹¹⁹ İşK.m.26/II uyarınca tazminat istenebilmesi için, "... fesheden yanın , bir zararının ve söz konusu zarar ile fesih olayı arasında bir nedensellik bağının bulunduğunu kanıtlamış olması ..." gerektiği yönünde **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.216.

¹²⁰ Altı işgünlük hak düşümü süresiyle ilgili bilgi için Bkz.: **Saymen**, İş Hukuku, s.611-613; **Çelik**, Dersler, s.300-302; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.214-215; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.213-214; **Süzek**, İş Hukuku, s.719-721; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, İş Hukuku, s.726-729; **Centel**, İş Hukuku, s.175-176.

¹²¹ "Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup sonuçları itibariyle bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürede fesih hakkının kullanılmadığından da bahsedilemez" **Yarg. 9 HD, 4.11.2010, E. 2008/37500, K. 2010/31544**, www.kazanci.com, (13.12.2012).; "...Somut olayda davalı Şirket Genel Müdürü tarafından davacı kadın işçiye ... hakaret içeren davranışlarda bulun(ul)duğu anlaşılmaktadır ... Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışın feshe kadar süreklilik arzettiği durumlarda ... altı işgünlük fesih süresinin geçtiğinden söz edilemez. Kaldı ki İş Hukukunda işçinin korunması ilkesi maddi olguların bu şekilde yorumunu gerekli kalmaktadır..." **Yarg. 9. HD, 29.1.2002, 2001/15984, 2002/1627**, İşveren Dergisi, C.XXXVII, S.3, Aralık 2002, s.22.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde işçiye fesih hakkı tanıyan özel düzenleme ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer almaktadır. İSGK m.13(4) uyarınca “İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.” İşçinin bu düzenleme uyarınca fesih hakkının doğumu için öncelikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalmış olması ve iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi gerekir [İSGK m.13(1)]. Konuyu düzenleyen İşK. mülga m.83 hükümlerine¹²² göre hakkın kullanılması İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda oldukça kolaylaştırılmış olmakla birlikte yine de işçinin fesih hakkını kullanmazdan önce İSGK m.13(1)’de öngörülen prosedürü tamamlaması gerekecektir. İSGK m.13(4) uyarınca işçi tabii olduğu kanun hükümlerine göre iş sözleşmesini feshedebilecektir. Madde metninde atf yapılan kanun hükmünün İş Kanununa tabii işçiler bakımından haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 24. madde olduğundan kuşku duymamak gerekir^{123,124}. İşK. m.83’ün yürürlüğü döneminde Öğretide ileri sürüldüğü gibi¹²⁵ işçinin İSGK m.13(1)’de öngörülen koşulların oluşmadığı durumlarda -örneğin ciddi ancak yakın olmayan bir tehlikeyle karşılaşması halinde- İşK. m.24/II,f bendi uyarınca işveren tarafından iş koşullarının uygulanmaması sebebine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme seçeneği İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğü sonrasında da varlığını, kanımızca sürdürmektedir. Doğrudan İşK. m.24 uyarınca fesih hakkının kullanımı için, öncesinde kurul ya da işverenin tehlikeden haberdar edilmesi ya da zaten işverenin tehlikeden haberdar olması ve buna rağmen önlem alınmaması yeterlidir. Fesihle ilgili son olarak belirtmek isteriz ki, tehlike gerçekleşip iş kazasına dönüşmezden önce dahi işçiye haklı nedenle derhal fesih olanağı tanıyan bir sistemde tehlikenin gerçekleşmesi -işçinin iş kazasına geçirmesi- halinde bu hakkın tanındığının kabulü evleviyet kuralının bir gereğidir.

Ayrımcılık Tazminatı

Özellikle psikolojik ve cinsel tacizin ayrımcılık yasaklarının nitelikli ihlali olarak kabul görmesinin sonucu, işçinin bu nedenle İşK. m.5/IV’da düzenlenen dört aya

¹²² İşK. m.83 düzenlemesinin eleştirisi için Bkz.: Ömer **Ekmekçi**, “4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler”, Yeni İş Yasası: Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003, s.190-194; **Süzek**, İş Hukuku, s.884-887.

¹²³ Gemi adamları için Den İş K. m.14; Gazeteciler ve Türk Borçlar Kanununa tabii işçiler bakımından TBK m.435.

¹²⁴ Hükmün İşK m.24/I(a) olarak anlaşılması gerektiği yönünde **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, İş Hukuku , s.1223; Bkz. ve Karş.: **Süzek**, İş Hukuku, s.886-887.

¹²⁵ **Süzek**, İş Hukuku, s.885-886.

kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmesidir¹²⁶ Buradaki tazminat götürü bir nitelik taşıyıp, işçinin uğradığı zararlar bağlantısı kurulmamıştır. 5. maddede belirtilen tazminat işverenin ayrımcılık teşkil eden davranışına yönelik bir yaptırımdır¹²⁷. Ayrımcılık taciz niteliği taşıyorsa dahi bu tazminata hükmedilecektir. Ayrımcılığın ötesinde maruz kalınan taciz eylemleri maddi ve manevi zarar doğurabilir. Giderek ayrımcılık yasaklarını da ihlal eden taciz nedeniyle uğranan zarar İşK. m.5'te öngörülen tazminattan fazla ise munzam zarar karşılığı maddi tazminat ve ayrıca manevi tazminatın talep edilebilmesi kabul görmelidir¹²⁸. Ayrımcılığın niteliğine bakılmaksızın yaptırım olarak tek bir maktu tazminata tabi kılındığı bu nedenle ileri sürdüğümüz bu görüşün benimsenemeyeceği itirazında dahi ayrımcılığın taciz şeklinde ortaya çıkması durumunda İşK. m.5'te belirtilen tazminata tavandan karar verilmesi isabetli olacaktır. Bu tür tartışmalara son verilebilmesi ve uygulayıcıların yaşayacakları duraksamanın giderilmesi bakımından TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun 2011 tarihli raporunun sonuç bölümünde belirtildiği gibi "...İş Kanunu'nun konuyla ilgili olabilecek 5, 24, 25, 77 ve 83'üncü maddelerinde ... gerekli değişikliklerin yapılarak, konuyu açıkça düzenleyen hükümler ..." getirilmesi..." bizce de isabetli olur¹²⁹. Bu konuda Öğretide ileri sürülen dikkat çekici önerilerden biri¹³⁰, 5. maddeye ek bir fıkra getirilerek, "ayrımcılık, cinsel taciz biçiminde gerçekleşir ise, bu tazminat işçinin 6 aya kadar ücreti tutarında hükmedilir" şeklinde bir düzenlemeye gidilmesidir.

Sonuç

Bu çalışmada varılan sonuçlar ve saptanan esaslar, şu şekilde sıralanabilir:

1. Bugüne dek mülga BK m.332/I hükmünün işçinin tüm kişilik değerlerinin korunması noktasında dayanak olarak kabulünde çekingen davranıldığı daha çok işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığının korunması bağlamında algılandığı gözlene gelmiştir. Mülga BK m.332'nin karşılığı olan TBK m.417'nin açık anlatımı karşısında işverenin işçiyi koruma borcunun işçinin tüm kişilik değerlerinin korunmasını içerdiği ve bu borcun pozitif dayanağının bulunduğu; bu dayanağın da TBK m.417/I olduğu noktaları tartışmasız hale gelmiş bulunmaktadır.

¹²⁶ Özdemir, Cinsel Taciz, s.91; Tınaz/Bayram/Ergin, Psikolojik Taciz, (Bayram tarafından kaleme alınan bölüm), s.117; Demircioğlu, Psikolojik Taciz, s.138; Tacizin ırk, dil, cinsiyet gibi İş Yasasının 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık nedenlerinden kaynaklanması halinde bu tazminatın istenebileceği yönünde Güzel/Ertan, s.165; Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.644, 646.

¹²⁷ Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, s.11 (2006/4), s.77.

¹²⁸ Demircioğlu, Psikolojik Taciz, s.138.

¹²⁹ TBMM Fırsat Eşitliği Komisyonu, Rapor, s.81

¹³⁰ Özdemir, Cinsel Taciz, s.93.

ii. TBK m.417 uyarınca işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü altındaki işverenin korumakla yükümlü olduğu değerlere hukuka aykırı müdahaleden kendisinin de kaçınması gerektiği açıktır. Nitekim bu gerçek işvereni işçinin kişiliğine saygı göstermekle yükümlü tutan TBK m.417/I hükmünde ifade bulunmuştur.

iii. Psikolojik ve cinsel tacize karşı işçinin korunması gereğinin kanun düzeyinde açıkça zikredilmesi isabetlidir. Bu düzenleme, özellikle işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı dışındaki kişilik değerlerine saldırı halinde tazminata hükmedilmesi bağlamında kolaylaştırıcı bir etkiyi beraberinde getirmektedir.

iv. Psikolojik ve cinsel taciz, ayrımcılık yasağının nitelikli ihlalidir. Giderek tacize uğradığı iddiasındaki işçi, bu nedenle İşK. m.5/IV'da düzenlenen tazminatı isteyebileceği gibi, ispat kolaylığı getiren İşK. m.5/son hükmünden de yararlanabilmelidir. Taciz nedeniyle uğranan zarar İşK. m.5'te öngörülen tazminattan fazla ise münzam zarar karşılığı maddi tazminat ve ayrıca manevi tazminatın talep edilebilmesi kabul görmelidir.

v. Eylemin psikolojik taciz olarak kabulü için bir işçi hedef alınarak gerçekleştirilmesi; dahası söz konusu eylemlerin belli bir süreye yayılması ve sistematik bir karakter göstermesi gerekir. Buradan, tekil olarak ele alındığında kişilik değerlerine saldırı olarak algılanmayacak türde eylemlerin söz konusu nitelikleri taşıdıklarında kişilik değerlerini zedeleyici etki gösterdiği sonucu çıkar. Önemle belirtilmelidir ki bu, söz konusu nitelikleri taşımaksızın işçinin kişilik değerlerini zedeleyen tekil saldırıların TBK m.417/I kapsamında korumasız bırakıldığı anlamına gelmez.

vi. Cinsel taciz olarak nitelenecek davranış ise cinsel içerikli; yöneldiği kişinin istemediği (rızası hilafına gerçekleşen) türde ve aşağılayıcı, rencide edici, küçük düşürücü olmalı ya da böyle bir ortam yaratmalıdır. Olayın cinsel taciz olarak nitelendirilmesinde dikkate alınması gereken, yapılan işin ve işyerinin sosyo-kültürel yapısı ve işçinin pozisyonudur; davranışın muhatabı olan kişinin ortalama makul bir kişiye göre marjinal nitelikli sosyo-kültürel değerleri esas alınmayacaktır. Ne var ki, böyle bir kişinin maruz kaldığı davranışı istemediğini açıkça belirtmiş olması halinde davranışın tekrarlanması cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir.

vii. TBK m417/I metninde yer alan “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” anlatımının “ahlaka uygun bir düzen” olarak anlaşılması halinde çıkacak sorunlar dikkate alındığında, söz konusu ifadenin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın Onurlu Çalışma Hakkı başlıklı 26. maddesinde ortaya konan koşullara uygun bir düzen şeklinde anlaşılması daha isabetli olacaktır.

viii. İşverenin işçiyi - özellikle tacize karşı- koruma borcu salt işyeri sınırları içinde değil; bu sınırların dışında da varlığını koruyan bir borçtur. Ne var ki, işverenin işyeri dışında meydana gelebilecek kişilik hakkına yönelen tüm hukuka aykırı müdahalelerden işçiyi korumak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu yükümlükten söz etmek için, işverenin -bu sıfatıyla- meseleye müdahale edebilecek konumda olması gerekli ve yeterlidir.

ix. İşverenin öncelikli yükümlülüğü işçinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamasını sağlamaktır. Tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almak, işçinin tacize uğramamasını sağlamak yükümlülüğünden sonra gelir. Tacizi önlemek için gerekli sistemi kurmayan ve önlemleri almayan işverenin taciz sonrası mağdurun daha fazla zarar görmemesi için harekete geçmesi olumlu; ancak koruma borcunun hakkıyla yerine getirildiğinin kabulü için yeterli değildir.

x. Psikolojik ve/veya cinsel taciz nedeniyle işçinin sağlığının bozulması yüksek bir olasılıktır. Psikolojik ve cinsel taciz bu boyutuyla bir iş sağlığı ve güvenliği meselesidir. Bu gerçek göz önünde tutulduğunda işyerindeki risk değerlendirmesinde bu tür risklerin de göz önünde bulundurulması ve işçilere verilmesi gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitiminde taciz riskinin de konu edilmesinin gereği ortadadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmesi gereğine işaret eden İSGK m.5 (1)f hükmü, bu noktada gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle sosyal ilişkilerle ilgili faktörler arasında psikolojik ve cinsel tacizin bulunduğu kuşku yoktur.

xi. İşK. mülga m.77/I hükmünün özne ve yüklemdeki küçük farklarla aynen TBK m.417/II hükmü haline gelmesi, işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından sorumluluğunun hukuki niteliği konusundaki tartışmalara yeni bir boyut katmıştır. Kanımızca TBK m.417 hükümlerinden işveren için kusursuz sorumluluk esasının getirildiği sonucuna varmak güçtür. Ne var ki, tehlike sorumluluğunun TBK m.71’de hükme bağlanmış olmasıyla “önemli ölçüde tehlike arzeden işletmeler” bakımından kusursuz sorumluluğun benimsenmesi mümkün hale gelmiştir. Bunun yanı sıra işveren, iş kazası yardımcı kişi (ifa yardımcısı) niteliğini taşımayan bir başka işçi nedeniyle meydana gelmiş ise TBK m.66 (mülga BK m.55) temelinde; işçiyi koruma borcunun ifasını başka bir işçiye/işveren vekiline bırakmış ise bu kişinin davranışlarından doğan zarardan TBK m.116 (mülga BK m.100) temelinde kusursuz sorumlu olacaktır. Dahası, kuramsal olarak istisnai nitelikteki bu sorumluluk, uygulamada özellikle İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun uygulandığı işyerleri bakımında hemen her zaman asıl sorumluluk olarak ortaya çıkacaktır.

xii. İşçinin kişiliğine yönelik hukuka aykırı müdahaleler/saldırıları (taciz, yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne zarar vb.) söz konusu olduğunda, bunlar ister bizzat işverenden ister işyerindeki başka bir kimseden kaynaklansın genel koruma sağlayan MK m.25’te düzenlenen davaları işverene yöneltebilir. Önemle belirtelim ki, işçinin kişiliğe yönelik tehlike iş sağlığı ve güvenliği bağlamında ciddi ve yakın nitelikte ise saldırı tehlikesinin önlenmesi ve sürmekte olan saldırıya son verilmesi davalarını açmazdan önce işçinin İSGK m.13’te düzenlenen özel hüküm niteliğindeki süreci izlemesi daha isabetli olur.

xiii. Kişilik değerlerine saldırı söz konusu olduğunda işçinin derhal fesih hakkının doğacağı noktasında kuşku yoktur. Özellikle İşK. m.24/II,d hükmündeki

işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması durumunda haklı nedenle derhal fesih yetkisi veren düzenlemenin üçüncü kişilerden gelecek psikolojik taciz dahil tüm kişilik hakkı ihlallerinde kıyasen uygulanması gerekir. Bu noktada anımsatalım ki, işverenin, üçüncü kişinin eylemlerinin yarattığı zarardan sorumlu tutulabilmesi ile bu eylemler karşısında hareketsiz kalması nedeniyle mağdur işçi için derhal fesih hakkının doğumu, birbirine karıştırılmaması gereken hukuki kurumlardır.

xiv. İşçinin kişilik değerlerine saldırıdan (Örn.:taciz) doğan derhal fesih yetkisini kullanmaksızın, tazminat talebini gündeme getirmesi yolunda bir engel yoktur. İşçi tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih yetkisini kullanmak zorunda değildir. Ortaya koyduğumuz bu durum ile “...öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır” şeklindeki İşK.m.26/II hükmünün nasıl bağdaştırılacağı tartışmaya açıktır. İşçinin iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalması nedeniyle doğan zararı talep edebilmesi için, altı işgünlük hak düşümü süresinde bu yetkisini kullanmak zorundadır. Ancak, kişilik değerlerinin zedelenmesi nedeniyle isteyebileceği tazminat, fesih yetkisinin kullanılmasyla doğrudan ilişki içinde değildir. Böylece, işçinin kişilik değerlerine hukuka aykırı saldırı nedeniyle uğradığı zararın tazminini, iş sözleşmesi sürerken veya sonrasında, özellikle de haklı fesih yetkisinin süresinde kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın isteyebileceği kabul edilmelidir.

xv. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde işçiye fesih hakkı tanıyan özel düzenleme, İSGK m.13(4)'tür. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşK. mülga m.83 hükümlerine göre hakkın kullanılması oldukça kolaylaştırılmış olmakla birlikte yine de işçinin fesih hakkını kullanmazdan önce İSGK m.13(1)'de öngörülen prosedürü tamamlaması gerekecektir. Öte yandan, işçinin İSGK m.13(1)'de öngörülen koşullar oluşmadığı durumlarda, İşK. m.24/II,f bendi uyarınca işveren tarafından iş koşullarının uygulanmaması sebebine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme seçeneği, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğü sonrasında da varlığını sürdürmektedir. Belirtmek isteriz ki, tehlike gerçekleşip iş kazasına dönüşmezden önce dahi işçiye haklı nedenle derhal fesih olanağı tanıyan bir sistemde, tehlikenin gerçekleşmesi-işçinin iş kazasına geçirmesi- halinde bu hakkın tanındığının kabulü evleviyet kuralının bir gereğidir.

KAYNAKLAR

- AKIN**, Levent; İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yay, İstanbul, 2001.
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut; Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 4.Bası, Beta Yay., İstanbul, 2002.
- ALP**, Mustafa; “Yeni Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler”, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin birlikte düzenledikleri “17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Sempozyumu 8-9 Haziran 2012, Galatasaray Üniversitesi Aydın Doğan Konferans Salonu, (Bu çalışmanın yazıldığı tarih itibariyle yayınlanmamıştır).
- ANTALYA**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2012.
- ARASLI**, Utkan; “Yeni Borçlar Yasası’nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul, Aralık 2011.
- ARPACI**, Abdülkadir; Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, Beta Yay., İstanbul, 2000.
- ARSLAN ERTÜRK**, Arzu; “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:7, S.27, İstanbul, Eylül 2012.
- ARTUK**, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, İstanbul, S.11 (2006/4).
- AYBAY**, Rona/**AYBAY**, Aydın; Hukuka Giriş, İstanbul, İBÜ Yay., İstanbul, 2011.
- AYDIN**, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları n.175, Eskişehir, 2002.
- AYDINLI**, İbrahim; “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S. 6, Ankara, Kasım 2005.
- BAKIRCI**, Kadriye; İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2000.
- BAŞTERZİ**, Süleyman; “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kamu-İş, Ankara, 2011.
- BAYRAM**, Fuat; “Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003.

- BİLGİLİ**, Abbas; İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Karahan Kitabevi, Adana, 2010.
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına ilişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, TİSK Yayın No: 318, Ankara, 2012.
- CENTEL**, Tankut; İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, Cilt I, Beta Yay., İstanbul, 1994.
- CENTEL**, Tankut; “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul, Aralık 2011.
- ÇELİK**, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2012.
- DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan; Kisilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), GÜHFD, C. XI, S.1-2, 2007.
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra; “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, Der. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2012.
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra; “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11, İstanbul, (2006/4).
- DURAL**, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku: Cilt II Kişiler Hukuku, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- EKMEKÇİ**, Ömer; “4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler”, Yeni İş Yasası: Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003.
- EKONOMİ**, Münir; İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İTÜ Yay. No.18, İstanbul, 1987.
- ERTÜRK**, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yay., Ankara, 2002.
- Ferit Hakkı, **SAYMEN**; Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- GEREK**, Nüvit; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul, Aralık 2011.
- GÖZLER**, Kemal; Hukukun Genel Teorisine Giriş, US-A Yay., Ankara, 1998.
- GÜNAY**, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yay., Ankara, 2005.
- GÜZEL**, Ali/ERTAN, Emre; “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı”, (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.16, İstanbul, (2008/1).
- GÜZEL**, Ali/UGAN ÇATALKAYA, Deniz; “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları”, (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.34, İstanbul, (2012/3).

- HATEMİ**, Hüseyin; İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Miktarının Tayini, İHU, İşK. 73, (no.2).
- HELVACI**, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yay., İstanbul, 2001.
- İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi konu ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi (RG 19.3.2011/27879)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- LEYMANN**, Heinz; The Mobbing Encyclopaedia: Bullying; Whistleblowing, Information about Mobbing at the Workplace, <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (Erişim:29.11.2012).
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin; İş Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal; İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yay., İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN**, M. Kemal; “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu”, İÜHFİM, C.XXXIV, S.1-4, İstanbul, 1969.
- OĞUZMAN**, M. Kemal; “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara, 1990.
- OĞUZMAN**, M. Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe; Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- ÖZDEMİR**, Erdem; “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11, İstanbul, (2006/4).
- ÖZTAN**, Bilge; Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 8. Bası, Ankara, 2002.
- ÖZTAN**, Bilge; Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.
- SANLI**, Kerem Cem; “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, Der. M. Murat Inceoğlu, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2012.
- SEVİMLİ**, K. Ahmet; “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul, Aralık 2011.
- SEVİMLİ**, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006.

- SİEBERT, W.;**“Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler”, Çev. Bilge Öztan, AÜHFD, C.XXVI, Sayı:1-2, Ankara, 1969.
- SOYER, Polat;** “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2012.
- SÜZEK, Sarper;** İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2012.
- TANDOĞAN, Haluk;** “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, C.XX, Sayı:1-4, Ankara, 1963.
- TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu,** İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri, Nisan 2011.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla;** Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi;** “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara, 1990.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi;** “İş kazaları ve Meslek Hastalıklarından İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi” MHAD, S.3.,1968.
- TINAZ, Pınar/BAYRAM, Fuat/ERGİN, Hediye;** Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta Yay., İstanbul, 2008.
- TUNCAY, A. Can;** İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, İHU, SSK.11, (No.2).
- TUNCAY KAPLAN, Emine;** “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi: Prof.Dr. Kamil Turan’a Armağan, C.7, S.2, Ankara, 2003.
- TUNCAY KAPLAN, Emine;** “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul, Aralık 2011.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut;** İş Hukukunun Esasları, Beta Yay., İstanbul, 2008.
- ULUSAN, İlhan;** Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul, 1990.
- YAVUZ, Nihat;** Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

