

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ

Doktora Tezi

Çağla ERDOĞAN

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ

Doktora Tezi

Çağla ERDOĞAN

Doç. Dr. Gaye BAYCIK
Tez Danışmanı

Ankara, 2033

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI

İŞ İLİŞKİSİNDE
CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ

DOKTORA TEZİ

Doç. Dr. Gaye Baycık

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof. Dr. Gülriz Uygur**
- 2- Prof. Dr. Levent Akın**
- 3- Doç. Dr. Gaye Baycık**
- 4- Doç. Dr. Hande Bahar Aykaç**
- 5- Doç. Dr. Orhan Ersun Civan**

Tez Savunması Tarihi

15.3.2023

Tez Doğruluk Beyanı Belgesidir.

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,**

Doç. Dr. Gaye Baycık danışmanlığında hazırladığım “İş İlişkisinde Cinsel ve Cinsiyetçi Taciz (Ankara, 2023)” adlı doktora tezimdaki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

15.3.2023

Çağla Erdoğan

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vi
§1. GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I - CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ: OLGULAR, TEORİK TEMELLER, TANIMLAR	11
§2. KADINLARIN İŞ GÜCÜ PİYASASINDAKİ YERİ VE CİNSEL TACİZ OLGUSU	11
I. Kadınların iş gücü piyasasındaki yeri ve genel özellikleri	11
II. İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi taciz deneyimi	15
1. Cinsel ve cinsiyetçi taciz oluşturan davranışlar.....	15
2. İş ilişkisinde cinsel tacizin yaygınlığı: Cinsel tacize ilişkin istatistiksel veriler ve saha araştırmalarından elde edilen bulgular	18
3. Cinsel taciz mağdurları	23
a. Mağdurların kimliği.....	23
b. Mağdurların şikâyetten çekinmeleri	25
c. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin mağdurlar açısından etkileri	28
4. Cinsel taciz failleri	30
III. Cinsel ve cinsiyetçi taciz olgusunu açıklayan görüşler	31
1. Psiko-sosyal görüşler	32
2. Örgütsel görüşler	35
§3. İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZİN HUKUKİ TEMELLERİ VE GELİŞİMİ	40
I. Amerika Birleşik Devletleri'nde iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun teori ve uygulamadaki gelişimi.....	40
1. Cinsel tacizin hukuki temeline dair tartışmalar: ayrımcılık ve haksız fiil görüşleri.....	41
a. MacKinnon'ın ayrımcılık görüşü	41
b. Cinsel tacizi haksız fiil çerçevesinde değerlendiren görüşler.....	45
c. Değerlendirme	53
2. Cinsel tacizden cinsiyet temelli tacize: cinsel taciz teorisinde gelişmeler	56
a. MacKinnon'un cinsel ezilmişliğe ("sexual subordination") odaklanan açıklamaları	56
b. Cinsel taciz öğretisinde gelişmeler: Franke, Abrams ve Schultz'un cinsiyetçiliğe odaklanan açıklamaları.....	61
c. Değerlendirme	71
3. Cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin hukuk uygulamasındaki gelişmeler	74
a. Cinsel tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesi.....	75
b. Quid pro quo cinsel taciz	77
c. Düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz	79

d. Cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayalı tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesi.....	82
e. Hemcinsler arası ve LGBT bireylere yönelik tacize ilişkin gelişmeler	84
f. Düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizin belirlenmesinde “nesnel” makul kişi veya makul kadın ölçütü	88
g. Cinsel tacizin istenmeme (“unwelcomeness”) unsurunun belirlenmesi.....	93
h. İşverenin işveren vekili ve işçilerin eylemlerinden sorumluluğunun belirlenmesi	98
4. #MeToo hareketi sonrasında teori ve uygulamaya yeniden bakmak	103
II. Avrupa’da ve Avrupa Birliği’nde iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi	112
III. Türkiye’de iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi	126
§4. CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ TANIMLARI	134
I. Uluslararası sözleşme ve belgelerde cinsel ve cinsiyetçi taciz	134
1. 111 Sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) ILO Sözleşmesi (1958)	134
2. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) (1979)	137
3. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (1996)	139
4. Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) (2011)	142
5. 190 sayılı Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi (2019).....	145
6. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu Tavsiye Kararı (2019).....	146
II. Yabancı hukuk düzenlerindeki cinsel taciz tanımları ve cinsiyetçi tacizle ilişkisi	149
1. Amerika Birleşik Devletleri	149
2. Avrupa Birliği	151
3. Fransa	153
4. İsviçre.....	159
III. Türkiye’de iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin yargı uygulaması ve kavramın mevzuatta tanımlanmasının gerekliliği	161
1. Yargı uygulamasında cinsel taciz tanımları, cinsel ve cinsiyetçi taciz oluşturan davranış örnekleri	161
a. Yargı kararlarında yer alan cinsel taciz tanımları.....	161
b. Yargı kararlarında düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz örnekleri	165
c. Yargı kararlarında “quid pro quo” cinsel taciz örnekleri	175
d. Yargı kararlarında “adı anılmayan” cinsiyetçi taciz örnekleri	178
2. Öğretide cinsel taciz tanımları ve iş hukuku mevzuatı için cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımı önerisi.....	185
IV. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin yakın kavramlarla ilişkisi ve bunlardan farkı .	193
1. Eşitlik ve ayrımcılık.....	193

2. Psikolojik taciz (mobbing)	197
3. Sataşma.....	207
BÖLÜM II – İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZLE MÜCADELE	214
§5. DEVLETİN İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZLE MÜCADELE ÖDEVİ.....	214
I. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle ilgili mevzuat oluşturma ödevi.....	214
1. Düzenlemelerin ayrımcılık yasağı çerçevesinde mevzuattaki yeri ve kapsamı.....	214
2. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına psikososyal riskler olarak dahil edilmesi	221
II. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadeleyle ilişkin politika ve mekanizmalar oluşturma ödevi	227
1. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadeleyle ilgili genel politika ve mekanizmalar oluşturma	227
2. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele politikası çerçevesinde kesişimsellik	236
III. Adalete erişimin önündeki engelleri kaldırma ödevi	243
1. Adalete erişimin önünde yeni bir engel olarak iş yargılamasında arabuluculuk dava şartı	244
2. Adli yardım uygulamasındaki sorunların giderilmesi	255
§6. İŞVERENİN CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZE KARŞI ÖNLEM ALMA VE TACİZE SON VERME BORCU	263
I. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele borcunun yasal dayanakları, kişi ve yer yönünden kapsamı, işçinin özel yaşamının gizliliğinden kaynaklanan sınırları	263
1. Yasal dayanaklar	263
2. Kişi, yer ve zaman yönünden kapsam	266
a. Kişi yönünden kapsam	266
b. Yer ve zaman yönünden kapsam	270
3. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele ödevinin sınırı olarak işçilerin özel yaşamına saygı hakkı.....	274
a. İşçilerin kişisel ilişkilerine yönelik müdahaleler	275
b. İşçilerin giyim ve dış görünüşlerine yönelik müdahaleler.....	286
c. İşçilerin iletişiminin denetlenmesi.....	290
d. İşçilerin kamera ile gözetlenmesi	296
II. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizi önleme borcu.....	301
1. İşyerinde cinsiyet eşitliğini gözetten bir düzen oluşturmak.....	304
2. Cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı bir politika oluşturmak ve uygulamak	306
3. Risk değerlendirmesine cinsel ve cinsiyetçi taciz risklerini dahil etmek.....	310
4. Cinsel ve cinsiyetçi taciz konusunda bilgilendirme yapmak	312

5. Cinsel ve cinsiyetçi taciz olayları için bir şikâyet mekanizması oluşturmak	316
6. Cinsel ve cinsiyetçi taciz mağdurlarına destek ve danışmanlık sağlamak	321
III. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize son verme borcu ve bu çerçevede sahip olduğu haklar	323
1. Alınacak önlemlerin cinsel ve cinsiyetçi taciz mağdurunun durumunu ağırlaştırmaması gereği ve mağdurun misillemeden korunması	323
2. Tacizci işçiye disiplin yaptırımı uygulanması	327
3. Tacizci işçinin iş sözleşmesinin haklı veya geçerli feshi	335
4. Üçüncü kişiye yönelen tacizler ve tacizcinin üçüncü kişi olması durumu	346
BÖLÜM III – CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZE UĞRAYAN İŞÇİNİN HAKLARI VE TACİZİN İSPATI	351
§7. İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZE UĞRAYAN İŞÇİNİN HAKLARI VE İŞÇİ KARŞISINDAKİ SORUMLULUKLAR	351
I. Cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin kullanabileceği haklar	351
1. Çalışmaktan kaçınma hakkı	351
2. Kişiliği koruyucu davaları açma hakkı	358
3. Maddi ve manevi tazminat hakkı	361
a. Maddi tazminat	364
b. Manevi tazminat	370
4. Ayrımcılık tazminatı hakkı	374
5. İş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı	383
6. İş sözleşmesi cinsel ve cinsiyetçi taciz ile bağlantılı olarak feshedilen işçinin hakları	399
7. Sosyal güvenlik hakları	408
8. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvuruda bulunmak ...	410
II. Cinsel ve cinsiyetçi tacizde işçi karşısındaki sorumlular	413
1. Tacizin işveren veya tüzel kişi işverenin organı tarafından gerçekleştirilmesi	413
2. Tacizin işveren dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilmesi	415
a. İşveren vekili veya ifa yardımcısı	416
b. İşverenin bir diğer işçisi	418
c. İşyeri dışından gelen üçüncü kişi	425
3. Üçlü iş ilişkilerinde durum	426
a. Geçici iş ilişkisi	426
b. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi	429
4. Müteselsil sorumluluk	430
§8. CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZİN İSPATI	432
I. Cinsel tacizin ispatına dair yargı uygulaması	432
1. İşçinin uğradığı tacizi ispatlaması	432

2. Cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin feshinde sebebin ispatlanması.....	437
3. Ceza soruşturma ve kovuşturmasının hukuk yargısına etkisi	445
II. Ayrımcılığın ispatına dair kuralların cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından uygulanması gereği	449
III. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi sorunu	453
§9. SONUÇ	459
KAYNAKÇA.....	483
ÖZET	509
ABSTRACT	511



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKBK	: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi
AVFT	: Association Européenne Contre les Violences Faites aux Femmes au Travail
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: bası
bkz.	: bakınız
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BİK	: Basın İş Kanunu
BK	: Borçlar Kanunu
BM	: Birleşmiş Milletler
Cass. Soc.	: Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi
CEACR	: ILO Committee of Experts on the Application of Conventions (Uzmanlar Komitesi)
CESCR	: BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
CSEP	: Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
Çev.	: Çeviren
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

DİK	: Deniz İş Kanunu
dn.	: dipnot
Ed.	: Editör
GGASŞ	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
GREVIO	: Kadınlara Yönelik Şiddetle ve Aile İçi Şiddetle Mücadele Konusunda Uzmanlar Grubu (İstanbul Sözleşmesi'nin izleme organı)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
ILO	: International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İFEK EEOC)	: ABD İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu (İngilizce kısaltması;
İK	: İş Kanunu
İMİK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İSG	: iş sağlığı ve güvenliği
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İSGÜM	: İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (ÇSGB)
İSK	: İşsizlik Sigortası Kanunu
K	: Kişi (yargı kararlarında kişi adlarının yerine)
ksc.	: kısaca
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
LGBT	: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transseksüel
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
No.	: Sayı

para.	: paragraf
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
vd.	: ve devamı

§1. GİRİŞ

İş ilişkisinde cinsel taciz, çalışma hayatında esasen kadınları etkileyen bir sorundur.¹ Cinsel taciz, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin iş ilişkisindeki bir uzantısını oluşturmaktadır ve aynı zamanda hem kadınların iş gücü piyasasındaki dezavantajlı konumundan kaynaklanmakta hem de bu konumu derinleştirmektedir.² Kadınlar cinsel tacize uğrama ihtimali sebebiyle çalışmaktan çekinebilmekteledir.³ Bu anlamda cinsel taciz, sosyal eşitlik bakımından kadınların önünü kesmektedir.⁴ Cinsel taciz, mağdurların işleri, psikolojileri ve bedenlerinde olumsuz etkilere neden olmaktadır.⁵ Kadınlara göre daha az sıklıkla olmakla beraber, erkekler de cinsel taciz mağduru olabilirler. Erkeklerin uğradığı tacizin altında yine erkekliğe dair toplumsal cinsiyet kalıpları yatmakta ve erkeklerin uğradığı taciz toplumsal cinsiyet rolleriyle açıklanabilmektedir.⁶

İş ilişkisinde cinsel taciz olgusunun izleri daha eski tarihlere dek sürülebilmekle birlikte, konunun kamusal olarak tartışılması ve hukuk gündeminde yer alması 1970'lerden itibaren gerçekleşmiştir. Cinsel taciz kavramsallaştırılana dek, kadınların iş ilişkisinde karşılaştıkları istenmeyen cinsel davranışlardan kaynaklanan adaletsizliği tanımlayabilecek kaynaklar mevcut değildi ve kadınların cinsel taciz karşısındaki tutumları kadınların davranışsal veya psikolojik sorunları olarak görülüyordu. Cinsel tacize karşı hukuki mücadelenin ilk olarak geliştiği ABD'de, cinsel taciz kavramı 1970'lerde kadınların deneyimlerine dayanılarak feminist aktivistler tarafından geliştirilmiş, feminist hukukçular tarafından hukuk gündemine taşınmış ve mahkemeler

¹ MacKinnon, 1979, s. 27. Bakırcı, 2000, s. 68.

² MacKinnon, 1979, s. 9-10.

³ Toksöz, 2012, s. 124-125. Buğra, 2010, s. 12-13.

⁴ MacKinnon, 1979, s. 7.

⁵ MacKinnon, 2016, s. 1017.

⁶ Chamallas, 2013, s. 325-327.

cinsel tacizin cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu kabul etmiştir. Böylelikle kadınların uğradığı zararlar, kadınlar tarafından hukuk alanında tanımlanmıştır.⁷ ABD'deki feminist mücadelenin temelinde, kadınların kendi cinsellikleri üzerindeki kontrolü sağlama yönündeki talebi etkili olmuştur; hukuki korumanın sağlanmasından beklenen amaç muhafazakâr ve ataerkil bir koruma değildir.⁸ Avrupa'da, hem ülkelerin iç hukuklarında hem de Avrupa Sosyal Şartı'nda, iş ilişkisinde cinsel taciz ilk olarak, ayrımcılık olarak değil işçinin onuruna yönelik bir saldırı olarak ele alınmıştır. Avrupa Birliği hukukunda cinsel taciz, 1980'li yıllardan itibaren önce Birlik organlarının karar ve tavsiye kararlarında yer almış, daha sonra direktiflerde yer almıştır. 2000'li yıllarda AB mevzuatının ABD hukukundaki gelişmelerden etkilenmesiyle hem AB direktiflerinde hem de devletlerin ulusal hukuklarında işyerinde cinsel taciz, bir ayrımcılık türü olarak ele alınmaya başlanmıştır. Cinsel tacizin hangi hukuki temelden ele alındığı basit bir tercih olmaktan ziyade, hukuk sistemlerindeki farklılıklardan kaynaklanmaktadır ve tarihsel nedenleri vardır.⁹ Ancak konunun hangi hukuki temelden ele alındığı aynı zamanda konuya ilişkin bakış açısını da etkileyecektir. Tacizin ayrımcılık temelinden ele alınması sorunun kadınların genel deneyimi olduğunu dikkate alırken, sorunu kişinin onuruna aykırılık oluşturan bir haksız fiil temelinden ele almak bireysel bir hak ihlaline odaklanmaktadır.¹⁰

Türkiye'de iş ilişkisinde cinsel taciz, güncelliğini korunmasına ve çalışan kadınları büyük ölçüde etkilemesine rağmen, hem kadınların toplumun geleneksel yapısı sonucu bu konudaki şikâyetlerini dile getirmekten çekinmeleri veya işyerinde açık saçık küfürlü

⁷ MacKinnon, 1987, s. 105. Chamallas, 2013, s. 309. Uygur, 2020, s. 105. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.3 Zippel, 2006, s. 11-14.; örneğin ev hizmetlerinde çalışanların cinsel sömürüye maruz kaldıkları bilinen bir gerçektir; 20. yüzyıl başlarında işçilerin cinsel sömürüye karşı greve gittikleri örnekler mevcuttur.

⁸ MacKinnon, 1987, s. 104. Chamallas, 2013, s. 310

⁹ Nummhauser-Henning, 2012, s. 5.

¹⁰ MacKinnon, 1979, s. 85, 88.

konuşmalar gibi taciz olarak nitelendirilmesi mümkün davranışları kanıksamaları gibi toplumsal sebepler, hem de işyerinde cinsel tacizi engellemeye ve yaptırım uygulamaya yönelik bütüncül bir politikanın yasalarda bulunmaması, işverenlerin ve sendikaların bu soruna yönelik uygulama ve girişimlerinin olmaması sebebiyle hem kamuoyunun genel gündeminde hem iş hukuku uygulaması ve öğretisinin gündeminde konunun ciddiyetine oranla az yer bulmaktadır.¹¹ Kadın cinayetlerinin ve kadınlara yönelik fiziksel şiddetin yoğunluğu, kanımca iş ilişkisindeki ihlallerin daha az dikkat çekmesinin bir nedeni olabilir. İşyerinde cinsel tacize ilişkin en kapsamlı çalışma *Bakırcı*'nın 1998 yılında tamamladığı doktora tezidir.¹² Ancak bu tarihten sonra iş mevzuatı değişmiştir. 2003 yılında çıkan 4857 sayılı İş Kanunu'nda cinsel taciz haklı fesih sebebi olarak açıkça yer almış ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. 2011 yılında çıkan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin işyerinde cinsel tacizi engelleme ve tacize uğrayanların daha fazla zarar görmesini önleme yükümlülüğü düzenlenmiştir. 2012 yılında çıkan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun psikososyal riskleri kapsamına alması ile cinsel taciz ile iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri arasında doğrudan ilişki kurmak mümkün hâle gelmiştir. 2016 yılında kabul edilen 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda taciz, psikolojik ve cinsel tacizi kapsayacak bir biçimde tanımlanmış ve bir ayrımcılık türü olarak belirlenmiştir. İç hukuk mevzuatındaki değişikliklerin dışında, AB mevzuatı ve buna bağlı olarak Avrupa ülkelerinin iç hukukları değişmiştir. ABD'de başlayan *#MeToo* hareketinin dünyaya yayılmasıyla beraber cinsel taciz sorunu hem bir kez daha gündeme gelmiş, hem de sorununun hukuk gündemine ilk kez girdiği tarihlerden beri geçen zamanda aslında çözüme kavuşmadığı görülmüştür. Bu nedenlerle konunun değişen mevzuat ve gelişen deneyim ışığında

¹¹ Toksöz – Erdoğan, 1998, s. 99-104.

¹² Bakırcı, K. 2000. İş Hukuku Yönünden İşyerinde Cinsel Taciz. İstanbul: Yasa Yayınları.

yeniden ayrıntılı olarak ele alınmasına ihtiyaç vardır. Konunun ceza hukuku boyutu bu çalışma kapsamının dışında kalmaktadır.

Kadınların, iş ilişkisinde maruz kaldığı ayrımcılık ve hukuka aykırı muameleler farklı biçimler alabilmektedir. Kadınlar, doğrudan ayrımcılık yanında, cinsiyetçi davranış ve hakaretlere de maruz kalabilmektedirler. Hatta cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi taciz, cinsel tacizden daha yaygın gerçekleşmektedir. Cinsiyetçi davranışlar da cinsel taciz gibi kadınları iş ilişkisinde olumsuz etkilemekte; kadınları utandırmakta, iş ilişkisinde ikinci plana itmekte, çalışma isteklerini azaltmakta ve psikolojik sorunlara yol açmaktadır.¹³ İş ilişkisinde cinsiyetçilik, toplumdaki kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rollerini yeniden üretmektedir. İş ilişkisinin cinsiyetçilikten arındırılması, bu eşitsizlikle mücadele için başlı başına bir amaç olmanın yanında, cinsiyetçilik sürerken cinsel tacizin engellenmesi de mümkün olmadığından cinsel tacizle mücadelenin bir aracıdır. Örneğin, ABD’de cinsel tacizin muhakkak cinsel içerikli bir davranışla ortaya çıkmasının gerekmediği mahkemelerce kabul edilmiştir.¹⁴ Fransa’da İş Kodu’nda cinsiyetçilik açıkça yasaklanmaktadır (L1142-2-1). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) 2019 yılında cinsiyetçiliğin önlenmesi ve cinsiyetçilikle mücadeleye ilişkin bir tavsiye kararı ve rehber ilkeler yayımlamıştır.¹⁵ Cinsel tacizin, cinsiyetçilik ve buna bağlı olarak ortaya çıkan tacizden bağımsız olmadığından yola çıkılarak araştırma konusuna cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayanan tacizler de dahil edilmiştir. Cinsel taciz kavramı altında cinsel içerikli olmayan tacizlerin incelenmenin bu grup tacizi görünür kılmaktan uzak olduğu düşünülerek cinsel içerikli olmayan bu tür tacizleri ifade etmek için “*cinsiyetçi*” taciz ifadesi tercih edilmiş ve çalışmanın

¹³ Schultz, 2018a, s. 20.

¹⁴ Bakırcı, 2000, s. 127-129.

¹⁵ Preventing and Combating Sexism Recommendation CM/Rec20191 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 27 March 2019.

başlığına eklenmiştir. Bu çalışmada cinsiyetçi taciz olarak anılacak tacizleri ifade eden terminolojide birlik bulunmamaktadır. ABD’de cinsel tacizin cinsel içerikli olmayan tacizi de kapsayacak şekilde tanımlanmasını savunan görüşler olduğu gibi, cinsel içerikli olan ve olmayan tacizin birlikte “*cinsiyet temelli taciz*” olarak anılmasına, alt kategoriler olarak ise “istenmeyen cinsel ilgi” (“*unwanted sexual attention*”), “*cinsel zorlama*” (“*sexual coercion*”) ve “*toplumsal cinsiyet tacizi*” (“*gender harassment*”) ifadelerinin benimsenmesine yönelik görüşler mevcuttur.¹⁶ Henüz bir kavram birliğinin bulunmaması karşısında, Fransız hukukundaki ve AKBK tavsiye kararındaki terminolojiden yola çıkılarak ve Türkçede cinsiyetçilik kavramının daha bilinir olduğu düşüncesiyle cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayalı taciz için “*cinsiyetçi*” taciz ifadesi benimsenmiştir. Cinsiyetçi taciz ve cinsel tacizi bir arada ifade etmek üzere ise “*cinsiyet temelli taciz*” ifadesi kullanılacaktır. Ancak cinsiyetçilik ve cinsiyetçi tacize ilişkin araştırmalar, yargı kararları ve öğreti, cinsel tacize ilişkin öğreti ve içtihadı göre daha sınırlı olduğundan incelemenin ağırlığı bir ölçüde kaçınılmaz olarak cinsel tacize ilişkin olacaktır.

İş ilişkisinde cinsel taciz ve cinsiyetçilik, temelde toplumdaki yapısal kadın erkek eşitsizliğinin bir yansıması olmakla beraber, işçinin ekonomik olarak zayıf olması bağlamında sınıfsal bir boyuta sahiptir.¹⁷ İşyerindeki hiyerarşik yapı, hem cinsiyetli niteliğiyle yani erkeklerin üst kademelerde olması nedeniyle hem de doğası gereği başlı başına cinsel tacize elverişli bir ortam yaratmaktadır. İşyerindeki hiyerarşik yapı aynı zamanda, ayrımcılığa, zorbalığa ve psikolojik tacize de zemin hazırlamaktadır.¹⁸ Bu nedenlerle cinsel tacizin, iş ilişkisindeki diğer türlü istismarcı davranışlardan soyutlanarak ele alınması mümkün değildir. İş ilişkisinin daha demokratik bir yapıya

¹⁶ Soucek – Schultz, 2019, s. 252-253.

¹⁷ MacKinnon, 2020, s. 2.

¹⁸ Schultz, 2018a, s. 32-33. Hearn – Parkin, 2001, s. 47-49.

kavuşması ve işverenin mutlak otoritesinin sınırlandırılması cinsel taciz dâhil olmak üzere tüm istismar türlerinin engellenmesi bakımından önem taşır. Bu bağlamda, iş ilişkisinde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması aslında daha geniş anlamda çalışma ilişkilerinde adaletin sağlanması amacının bir parçasıdır.¹⁹

“*Kadın*” homojen bir kategori olmadığı gibi kadın deneyimi de tek tip değildir.²⁰ Kadınların kimlikleri ve deneyimleri, cinsiyet eşitsizliğinin yanında ırk, sınıf, din, etnik köken, engellilik, göçmenlik, yaş gibi değişkenlerden de etkilenir ve bunlar tarafından şekillendirilir. Bu değişkenler kadınların bir kısmının bazı ayrımcılık türlerine daha fazla maruz kalmalarına yol açabilirken bazı kadınlar da zarara uğramayabilirler.²¹ Söz konusu farklılıkları göz ardı etmek, bunlara dayanan ve süregiden eşitsizlik ve baskıların devam etmesine yol açabilecektir.²² Bu bağlamda iş ilişkisinde cinsel taciz bakımından, cinsiyet eşitsizliği ve işyerindeki hiyerarşik yapının yanında sözü geçen dinamiklerin etkisi olabilir. Çeşitli nedenlerle toplumda dezavantajlı konumda olan cinsel taciz mağdurları hem cinsel tacizi bildirmekte hem de bildirmeleri hâlinde karşılaşacakları sonuçlar bakımından daha farklı güçlüklerle karşılaşabilirler. Örneğin işvereniyle aynı konutta ikamet eden bir göçmen işçi, işvereni tarafından taciz edilirse başta barınma sorunu, dil engeli ve göçmenlik statüsü sebebiyle, şikâyetçi olma kararını almak dahil olmak üzere tüm süreci Türkiye vatandaşı olan bir fabrika işçisine göre farklı deneyimleyecektir ve bu süreçte farklı desteklere ihtiyacı olacaktır. Bu çalışmada, tipik istihdam modellerinin dışında çalışmaları ve/veya kimlikleri sebebiyle, cinsel

¹⁹ Conaghan, 2017, s. 19.

²⁰ Bartlett, 1989, s. 834.

²¹ Chamallas, 2013, s. 7.

²² Bartlett, 1989, s. 835. Öte yandan yazara göre, farklılıkların analiz kategorisi olarak ele alınması kalıplaşmış düşünceleri ve bu kategorilerdeki kişilerin marjinalize durumunu yeniden üretme riski barındırmaktadır.

tacize uğramaları hâlinde özel güçlüklerle karşılaşabilecek işçilerin durumlarına ve getirilebilecek çözümlere yer verilmeye çalışılacaktır.

Tarihsel olarak hukuk, kadınların haklarını kısıtlamış ve bazı hakları kadınlara tanımamıştır. Günümüzde de kadınların hukuk alanındaki eşitlik mücadelesine rağmen toplumsal cinsiyet eşitsizliği varlığını sürdürmektedir.²³ Hukukta nötr ve objektif görünen soyut kural ve uygulamalar, gerçek hayatta kadınlar için dezavantaj oluşturabilmektedir. Bunun nedeni, görünüşte tarafsız olan bu kural ve uygulamaların gerçekte ataerkil ideolojinin bakış açısıyla oluşturulmuş olmasıdır.²⁴ Hukuktaki soyutluk ve nesnellik iddiası eşitsizliklere temel oluşturabilir. Eşitsizliklerin önüne geçmek için hukukun gerçek hayattaki etkisinin araştırılması ve eğer soyut norm uygulamada olumsuz sonuçlar doğuruyorsa değiştirilmesi ya da yeniden yorumlanması gerekir.²⁵ Bu nedenle kadın deneyimi, feminist hukuk metodunda temel bir öneme sahiptir. Deneyimin dikkate alınması özellikle, kadın deneyiminin yasalarda dikkate alınmaması sebebiyle yasama veya yargının tanımadığı zararların belirlenmesi bakımından önemlidir. ABD’de cinsel taciz hukukunun gelişimi, kadın deneyimine dayanan bir hak talebinin en belirgin örneğidir. Kadın deneyimine odaklanmak, görünüşte nötr olan norm ve uygulamaların gerçekte içerdiği önyargı ve doğurduğu olumsuzlukları anlamayı sağlar. Hukuk kuralları ve uygulamasının toplumsal cinsiyet bakımından yansımalarını araştırmaya yönelik teknik, feminist hukuk metodolojisinde “*kadın sorusu sormak*” olarak ifade edilmektedir.²⁶ Wishik, kadın sorusu olarak anılan yedi soru sormayı önermektedir:

²³ Uygur, 2020, s. 116.

²⁴ Chamallas, 2013, s. 8. Uygur, 2015, s. 122.

²⁵ Scales, 2019, s. 134-135.

²⁶ Chamallas, 2013, s. 5, 8.

“1. İncelenen öğreti, uygulama veya hukuk alanında, kadınların hangi yaşam deneyimleri, dikkate alınmıştır veya ele alınmaktadır?”

2. Hukuk bu alanda, erkeklere ya da kadınlar ait veya görünürde nesnel olan deneyimler bakımından hangi varsayımlarda bulunmakta, sınıflandırmalar, değerlendirmeler veya tanımlamalar yapmaktadır?”

3. Kadınların yaşam deneyimleri ile hukukun varsayımları veya dayattığı yapılar arasındaki farklılıkların yarattığı uyumsuzluğun, çarpıtmanın ve inkârın konusu nedir?”

4. Bu uyumsuzluk hangi ataerkil çıkarılara hizmet eder?”

5. İlgili hukuk alanında ya da kadınların yaşam deneyiminde hangi reformlar önerilmiştir? Eğer bu reform önerileri kabul edilirse, reform kadınları uygulamada ve ideolojik olarak nasıl etkileyecektir?”

6. İdeal bir dünyada kadının yaşam deneyimi nasıl olmalıdır ve eğer varsa, hukukun gelecekteki durumla ne gibi bir ilişkisi olacaktır?”

7. Şu anki durumundan ideale nasıl ulaşılabilir?”²⁷

“Kadın sorusu” sorulmadığında, kadınlarla ilgili farklılıklar göz ardı edilebilir ve bu durum kadınlar bakımından dezavantaj yaratan yasal düzenlemelere dayanak oluşturabilir. Bu soruyu sormak, kadınların toplumdaki durumunun toplum yapısından veya örgütlenmesinden nasıl etkilendiğini ortaya koyar; böylece cinsiyete dayalı dezavantajların ortaya çıkarılması amaçlanır. Kadın sorusunu sormak aynı zamanda hukukun cinsiyetler karşısındaki tarafsızlık iddiasına da karşı çıkarak hukukun içerdiği eşitsizlik ve önyargıları açığa çıkarır. Yukarıda ifade edildiği üzere, “kadın deneyimi” tek tip olmadığı için bu sorunun “dışlananlar” sorusuna evrilterek sorulması ve

²⁷ Wishik, 1985, s. 73-75.

cinsiyet dışındaki faktörlerin de dikkate alınması gerekir.²⁸ İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi taciz incelenirken, “*kadın sorusu*” veya “*dışlananlar sorusu*” sorularak hukukun göz ardı ettiği veya yeterince dikkate almadığı deneyimler bakımından hukuki çözümler üretilmeye çalışılacaktır.

Bu çalışmada, sorunların tespiti ve özellikle çözüm önerilerinin geliştirilmesinde karşılaştırmalı hukuktan yararlanılacak; ABD, İsviçre ve Fransa hukukları üzerinde durulacaktır. ABD hukuku, ülkenin iş ilişkisinde cinsel tacizle mücadelenin “*doğum yeri*” olması ve hukukun feminist hukukçuların çizdiği teorik çerçeve doğrultusunda şekillenmesi sebebiyle konunun hukuki temellerinin ele alınması bakımından vazgeçilmez bir yere sahiptir. Ancak, Anglosakson hukuk sistemine dahil olan bu ülkede hukuk parlamentodan ziyade mahkemelerle gelişmiştir ve bu yönüyle gelişmelerin öneri olarak aktarılmasında güçlükler bulunmaktadır. Buna karşılık, ABD hukukundaki gelişmeler AB hukukunda ve buna bağlı olarak üye devletlerin hukuklarında yansımalarını bulmuştur. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Fransız hukuku iş ilişkisinde cinsel taciz ve cinsiyetçilik konularında dinamik bir yapıya sahiptir ve son on yılda çeşitli reformlara sahne olmuştur. Fransız iş hukukunda bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca Fransa’da hukukun gelişmesinde konuyla ilgili sivil toplum kuruluşlarının faaliyetleri etkili olmaktadır ve bu yöntemle kadın deneyiminin yasalarda dikkate alınması sağlanmaktadır.²⁹ Bu yönleriyle Fransız hukuku, ülkemizde örnek alınabilecek çözümler barındırmaktadır. İsviçre, AB’ye dahil olmamakla beraber ABD ve AB hukukundaki gelişmelerden etkilenmiştir. Hukukumuzda işverenin cinsel tacize karşı önlem almasının yasal dayanağını oluşturan TBK, İsviçre BK’dan iktibas edilmiştir. İsviçre’de ayrıca Federal Eşitlik Yasası da iş

²⁸ Bartlett, 1989, s. 837-848.

²⁹ Saguy, 2003, s. 37-39. Baldeck – Beckers, 2020, s. 139.

ilişkisinde cinsel taciz tanımı ve yaptırım bakımından çözüm örneği oluşturabilecek düzenlemeler içermektedir.

Açıklanan genel bakış açısı ve yöntemle gerçekleştirilecek inceleme üç ana başlığa ayrılacaktır. “*Cinsel Taciz ve Cinsiyetçi Taciz: Olgular, Teorik Temeller, Tanımlar*” adlı ilk ana başlık altında üç bölüm hâlinde, öncelikle işçilerin cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz deneyimlerine yer verilecek (§2), ardından cinsel ve cinsiyetçi tacizin ayrımcılık ve kişinin onuruna aykırılık olmak üzere hukuki temelleri ve gelişimi ele alınacak, bu bağlamda özellikle ABD’de öğretilerdeki ve yargı uygulamasındaki gelişim ayrıntılı olarak incelenecek (§3), son olarak cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz kavramların uluslararası sözleşmeler ve yabancı ülke hukuklarındaki tanımları ile ülkemizdeki tanımı ile benzer kavramlardan farkı açıklanacaktır (§4). “*İş İlişkisinde Cinsel ve Cinsiyetçi Tacizle Mücadele*” adlı ikinci ana başlık altındaki ilk bölümde öncelikle devletin cinsel tacizin önlenmesindeki rolü ele alınacak (§5), burada esasen tacizin gerçekleşmesinden önceki süreçlere ve şikâyet mekanizmalarına odaklanılacaktır; taciz gerçekleştikten sonraki süreçteki hukuki çözüm önerilerine tekrara düşmemek adına ilerleyen kısımlarda yer verilecektir. Ardından işverenin cinsel tacizi önleme borcu ve bu bağlamdaki yükümlülükleri ve tacize son verme borcu bağlamında sahip olduğu haklar incelenecektir (§6). “*Cinsel ve Cinsiyetçi Tacize Uğrayan İşçinin Hakları ve Tacizin İspatı*” adlı üçüncü ana başlıkta, sırasıyla tacize uğrayan işçinin hakları (§7) ve cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatı (§8) incelenecektir. Son olarak tüm çalışmada varılan sonuçlara ayrı bir başlıkta yer verilecektir (§9).

BÖLÜM I - CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ: OLGULAR, TEORİK TEMELLER, TANIMLAR

Ş2. KADINLARIN İŞ GÜCÜ PİYASASINDAKİ YERİ VE CİNSEL TACİZ OLGUSU

I. Kadınların iş gücü piyasasındaki yeri ve genel özellikleri

İş ilişkisinde cinsel tacizin mağdurları büyük ölçüde kadınlardır. İş ilişkisinde gerçekleştirilen cinsel taciz, çalışmanın somut bağlamı içerisinde gerçekleşir ve bu bağlamla doğrudan bağlantılıdır.³⁰ Kadın iş gücünün hem diğer ülkelerdeki hem de Türkiye’deki genel özellikleri, kadınların çalışma yaşamındaki “*dezavantajlı*” ve ikincil konumunu göstermektedir. Fırsat eşitliğine dair politikalardan yararlanabilen kadınlar meslek sahibi olanlardır ve sayıları daha azdır; kadınların çoğunluğu vasıfsız işlerde düşük ücretle çalışmaktadır. Öncelikle kadınlar, iş gücü piyasası dışındayken piyasaya kolayca çekilebilecek ucuz bir iş gücü kaynağı konumundadır. İşe giriş sürecinde ise kadınlar ayrımcı muamelelere maruz kalmaktadır.³¹ Kadınlar ücretli iş gücüne dahil olabildikleri takdirde çalışmaları yatay ayrışma, dikey tabakalaşma ve gelir eşitsizliğiyle karşılaşmaktadır.³²

Kadınların iş gücüne katılım oranı erkeklere göre çok daha düşüktür. Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) verilerine göre; 2020 yılında, Türkiye’de 15 ve daha yukarı yaştaki istihdam edilenlerin oranı %49,3 olup bu oran kadınlarda %30,9, erkeklerde %68,2’dir.³³ İş gücüne katılan kadınlar daha büyük ölçüde çoğunlukla

³⁰ MacKinnon, 1979, s. 9.

³¹ Ecevit, 1998, s. 267-268. MacKinnon, 1979, s. 9.

³² MacKinnon, 1979, s. 9

³³ TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2021 Bülteni, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=İstatistiklerle-Kadin-2021-45635>, Erişim Tarihi: 23.2.2023.

kadınların yaptığı işlerde çalışmaktadır; buna yatay ayrışma adı verilmektedir.³⁴ İş gücü piyasasındaki toplumsal cinsiyet temelinde yatay ayrışma sonucunda kadın iş gücü emek yoğun, düşük ücretli, vasıfsız işlerde ve ekonomik dalgalanmalardan kolay etkilenen sektörlerde yoğunlaşmıştır. Türkiye’de toplumsal cinsiyet temelli ayrışma hem hizmetler hem de sanayi sektöründe görülebilmektedir. Sanayi sektöründe kadın emeği, hafif sanayi kollarında el emeği gerektiren montaj işlerinde yoğunlaşmaktadır. Dokuma, giyim ve gıda sektörleri, kadın emeğinin yoğunlaştığı alanlardır. Kadınlar, hizmetler sektöründe sosyal refah, bakım, halk sağlığı gibi işlerle ilişkilendirilmektedir. Genel olarak kadınlar, yönetimle ilgili, bilimsel bilgi, sermaye ve teknoloji kontrolü gerektiren işlerin dışında kalmıştır.³⁵ Kadınlar, geçmişte erkeklerin egemenliğinde bulunan sektörlerle girerek çalışmaya başlasalar bile bu işlerde erkeklere göre daha düşük vasıflı işleri yaparlar ve genel olarak erkeklerden dezavantajlı konumda bulunurlar.³⁶

İşyerlerinde, toplumsal cinsiyet temelli dikey ayrışma söz konusudur ve kadın emeği düşük statülü, vasıfsız işlerde yoğunlaşmaktadır. Kadınların yönetici konumda bulunması seyrek karşılaşılan bir durumdur.³⁷ Kadınlar işlerinde genellikle erkeklerin astı konumda çalışmaktadır, kadınların işe alımı, işten çıkarılmaları, terfi ettirilmelerine ilişkin kararlar ve işlerindeki denetimleri erkekler tarafından yapılmaktadır.³⁸ TÜİK’in 2017 verilerine göre, kadın istihdamının çalışma alanlarına göre dağılımı şu şekildedir: yöneticiler %2,4, profesyonel meslek mensupları %15,4, teknisyenler, teknikerler ve yardımcı profesyonel meslek mensupları %4,8, büro ve müşteri hizmetlerinde çalışan

³⁴ MacKinnon, 1979, s. 10.

³⁵ Ecevit, 1998, s. 271, 276.

³⁶ Chamallas, 2013, s. 12.

³⁷ Ecevit, 1998, s. 268.

³⁸ MacKinnon, 1979, s. 12.

elemanlar %9,8, hizmet ve satış elemanları %20, nitelikli tarım, ormancılık ve su ürünlerinde çalışanlar %18,1, sanatkârlar ve ilgili işlerde çalışanlar %5,3, tesis ve makine operatörleri ve montajcılar 3,4, nitelik gerektirmeyen işlerde çalışanlar %20,6'dır.³⁹

Kadınların esas rolü ailede bakım işini üstlenme ve üreme olarak görüldüğünden kadınların çalışmaları erkeklerin çalışmasına göre önemsiz görülmektedir. Bunun sonucunda, kadınların kazancı erkeğine ek olarak görüldüğünden kadınlar erkeklerden daha düşük ücretle çalıştırılmakta, böylece kadınların erkeklere olan ekonomik bağılılığı sürdürülmektedir.⁴⁰ Kadın ve erkekler arasındaki kazanç farklarının sebebi, eğitim, deneyim gibi unsurlardan ziyade iş ve mesleklerdeki ayrışma ve ayrımcılıkla açıklanmaktadır.⁴¹ TÜİK'in Kazanç Yapısı Araştırması, 2018 sonuçlarına göre; 2018 yılında yıllık ortalama brüt kazanç 49 bin 001 TL olmuştur; bu değer, kadınlar için 46 bin 208 TL, erkekler için 50 bin 297 TL olarak tahmin edilmiştir. Kazanç Yapısı Araştırması, 2018 sonuçlarına göre; cinsiyete dayalı ücret farkı toplamda ve tüm eğitim düzeylerinde erkek ücretinin lehine gerçekleşmiştir. Cinsiyete dayalı ücret farkı toplamda %7,7'dir. Bu fark, en fazla %28,8 ile meslek lisesi mezunu erkekler ve kadınlar arasında görülürken en az fark %14,3 ile lise mezunu erkekler ve kadınlar arasında olmuştur.⁴² Kadın ve erkekler arasındaki ücret farkı genel olarak zaman içerisinde azalmakla beraber, bu azalmanın erkeklerin ücretlerindeki düşüşten kaynaklandığı tespit edilmiştir. Özellikle düşük ücretli işlerde bu farkın daha az olduğu görülmektedir.⁴³

³⁹ *İktisadi Kalkınma Vakfı*, 2019, s. 20.

⁴⁰ *Supiot*, 2005, s. 177. *Uygur*, 2015, s. 129.

⁴¹ *Chamallas*, 2013, s. 236.

⁴² <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33732>, Erişim Tarihi: 7.8.2020.

⁴³ *Dunford – Perrons*, 2014, s. 469-470.

Kadın emeği, uzun dönemli güvenceden yoksundur ve piyasa dışına atılması daha kolaydır.⁴⁴ Kadınlar, gebelik sebebiyle işten çıkarılabilmekte veya izinlerinin bitmesinden sonra izin öncesi koşullarda işlerine dönmeleri engellenebilmektedir. Ayrıca, kadınların çocuk, yaşlı veya hasta bakımını üstlenmeleri de çalışma yaşamından çekilmelerine veya çalışmalarının kesintiye uğramasına neden olabilmektedir.⁴⁵ TÜİK verileri de kadınların çalışma hayatında erkeklerin yarısından az süre kaldığını göstermektedir. 2018 yılında kadınların çalışma hayatında kalma süresi kadınlarda 19,0 yıl, erkeklerde 39,3 yıl olmuştur.⁴⁶

Kadınların emek piyasasında daha fazla yer almaları, sendikalaşma oranlarına ve toplu sözleşme sürecine katılımlarına yansımamaktadır.⁴⁷ Kadınlar sendikal örgütlenme içinde daha az yer almaktadır ve örgütlü oldukları takdirde de sendika politikalarındaki etkileri azdır. ÇSGB'nin 2020 yılı Ocak istatistiklerine göre toplam sendikalaşma oranı, %13,82'dir; erkekler bakımından bu oran %15,58, kadınlar bakımından %9,45 olarak gerçekleşmiştir.⁴⁸ ÇSGB'nin 2015 verilerine göre 176 işçi sendikası başkanından 7'si, 925 yönetim kurulu üyesinden 81'i, 541 denetim kurulu üyesinden 44'ü, 585 disiplin kurulu üyesinden 56'sı kadındır.⁴⁹

Atipik istihdam modelleri (yarı zamanlı çalışma, geçici iş sözleşmeleriyle çalışma, evde çalışma ve tele çalışma) kadın işçileri özel olarak etkilemektedir. Emek piyasasının esnekleşmesi kadınlara yeni çalışma olanakları yaratmakla beraber bu yeni istihdam türlerinde çalışma koşulları, ekonomik ve sosyal olanaklar genellikle tipik istihdam modellerine göre daha geridedir. Böylece kadınlar, tipik iş sözleşmesi dikkate alınarak

⁴⁴ Ecevit, 1998, s. 268.

⁴⁵ Supiot, 2005, s. 182.

⁴⁶ <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33732>, Erişim Tarihi: 7.8.2020.

⁴⁷ Supiot, 2005, s. 187.

⁴⁸ ÇSGB, 2021, s. 33.

⁴⁹ ÇSGB, 2016, s. 59.

belirlenmiş haklara ve sosyal sigorta edimlerine hak kazanmakta güçlüklerle karşılaşmaktadırlar.⁵⁰ Örneğin, TÜİK'in 2016 yılı verilerine göre istihdamdaki 15 yaş üzeri erkeklerin yaklaşık %6,5'i kısmi süreli çalışırken, kadınların %19,1'i kısmi süreli çalışmaktadır. Toplam yarı zamanlı istihdamın %56'sını kadınlar oluşturmaktadır.⁵¹

Cinsel taciz ve cinsiyetçilik, kadınların iş gücü piyasasındaki bu dezavantajlı konumunu tek başına açıklamaz; ancak kadınların işyerinde daha düşük konumda çalışması cinsel tacizin gerçekleşmesini kolaylaştırır ve kadınların iş gücü piyasasında bulunduğu dezavantajlı konumu derinleştirir.⁵² Cinsel taciz hem işyerindeki cinsiyet hiyerarşisine uyar hem de bu hiyerarşiyi güçlendirir.⁵³

II. İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi taciz deneyimi

1. Cinsel ve cinsiyetçi taciz oluşturan davranışlar

Cinsel taciz, fiziksel davranış veya eylemlerle ya da sözlü olarak gerçekleştirilebileceği gibi, utanç verici veya saldırgan nitelikte materyaller de taciz aracı olabilir.⁵⁴ Cinsel taciz olarak nitelendirilebilecek davranışların tamamını kapsayan bir liste oluşturmak mümkün olmamakla beraber, ne tür davranışların cinsel taciz olarak algılandığına dair örneklerle konuya açıklık getirilebilir.

İş ilişkisinde tacize uğrayan kadınlar tacizin çok çeşitli biçimlerinden söz etmişlerdir: *“ıslık çalmak, göz dikmek, cinsel imalar, kadınların bedenlerine ilişkin*

⁵⁰ Supiot, 2005, s. 179-180.

⁵¹ Akgeyik, 2017, s. 50-51. 2020 yılı verilerine göre toplam yarı zamanlı çalışanlar kadınların oranı yılında %19,5, erkeklerin ise %9,3'tür, TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2021 Bülteni, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2021-45635>, Erişim Tarihi: 23.2.2023.

⁵² MacKinnon, 1979, s. 9.

⁵³ Acker, 1990, s. 152.

⁵⁴ Hearn – Parkin, 2001, s. 51.

yorumlar, cinsel maceralara dair hikayeler anlatma, ayrıntılı ve açık seçik pornografi betimlemeleri, buluşma için baskı kurma, emme hareketleri yapma, dudak şapırdatma, hayvan sesleri çıkarma, müstehcen el kol hareketleri, istenmeyen dokunma ve sarılmalar, kadınların toplantılardan dışlanması, kadınların çalışmalarının sabote edilmesi, cinsiyetçi ve aşağılayıcı duvar resimleri, kadınların gülümsemelerini isteme, cinsiyetçi şakalar ve karikatürler, kadınların düşmanca eleştirilmesi, abartılı ve alaycı kibarlık, herkesin içinde utandırma, müstehcen telefon konuşmaları, işyerinde pornografik görüntülerin sergilenmesi, çalışanlara açık kıyafetler giymeleri için ısrar etmek, iç çamaşırı gibi uygunsuz hediyeler vermek, sauna gibi yerlere uygunsuz davetlerde bulunmak, kişinin partnerinin cinsel yetersizliğiyle ilgili yorumlarda bulunmak, bayağı ve tehditkar mektuplar, kazara olmuş gibi göstererek cinsel uzuvların sürtülmesi, mağdurun üzerine dayanma veya sürünme, mağdurun üzerine eğilerek veya çok yakın durarak mağdurun kişisel alanını ihlal etme, beklenmedik şekilde cinsel saldırıda bulunma (örneğin koşarak geçerken göğüslerini veya kalçasını kavrama), teşhircilik, cinsel ilişki talep etme, mağduru ısrarlı takip etme ve nitelikli cinsel saldırı.”⁵⁵

Sözü geçen taciz biçimlerinin çoğu cinsel içerikli olmakla beraber, bunlardan kadınların toplantılardan dışlanması, kadınların çalışmasının sabote edilmesi, cinsiyetçi ve aşağılayıcı duvar resimleri, cinsiyetçi şakalar ve karikatürler, kadınların düşmanca eleştirilmesi, abartılı ve alaycı kibarlık, herkesin içinde utandırma gibi davranışlar cinsel içerik taşımayan, ancak cinsiyetçi taciz oluşturan davranışlar olarak nitelendirilebilir. Cinsiyetçi taciz çok farklı biçimler alabilir. Kadınlar konuşurken sözlerinin kesilmesi veya söylediklerinin dinlenmemesi, cinsiyetleri nedeniyle karar alma süreçlerine dahil

⁵⁵ Martha J. Langelan, Back Off! How to Confront and Stop Sexual Harassment and Harassers, 1993, 25-26, aktaran MacKinnon, 2016, s. 1010-1011. McDonald, 2012, s. 4-5.

edilmemeleri, kıyafetleri veya giymeleri gereken kıyafetler konusunda yorumlar, kadınların aile hayatlarını nasıl yönetmeleri gerektiği veya çalışmaktansa evlerine bakmaları gerektiği yönündeki ifadeler gibi cinsiyetçi söylemler ve davranışlara sıkça rastlanabilmektedir.⁵⁶ Görev tanımlarında bulunmadığı hâlde kadın işçilerin yiyecek ve içecek servisi veya temizlik yapmaya zorlanması da cinsiyetçi taciz oluşturabilir.⁵⁷ Erkek işçiler erkekler olarak anılırken kadın işçilerin kızlar olarak anılması, kadınların ailesi olan erkeklerin işlerini ellerinden aldığı söylenmesi veya kadınlar işten ayrılıp evleneceği için kadın işçi istihdamının uygun olmadığı söylenmesi, cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyetçi taciz niteliği taşıyan sözlerdir.⁵⁸ İşyerindeki erkek işçiye bu tür bir muamele yapılmazken hastalık iznindeki kadın işçinin her gün telefonla aranarak rahatsız edilmesi, kadın işçilere işle ilgili gerekli eğitimin, desteğin ve bilginin verilmemesi yoluyla işlerinde başarısız olmalarına neden olma, erkek işçinin üst pozisyonundaki kadın işçinin talimatlarına uymayı reddetmesi, kadın işçilerin kullandığı duşların kapılarına kilit takılmasının reddedilmesi gibi hâller ABD’de mahkeme kararlarına yansımış örneklerdir.⁵⁹ Bir şantiyede çalışan kadın işçilerin su şişelerine ve kadın işçilerden birinin aracının yakıt tankına birkaç erkek işçinin idrarını yapması yine ABD’de yaşanmış bir örnektir.⁶⁰

Son olarak, kadın ve erkeklerin cinsel taciz oluşturan davranışlara ilişkin algılarında farklılıklar bulunmaktadır. Yapılan saha araştırmalarında birtakım davranışların taciz

⁵⁶ Fransa ve Belçika ağırlıklı olmak üzere 2016’da Avrupa ülkelerinde yapılan bu araştırmada kadınlardan konuşurken sözlerinin kesildiğini belirtilenlerin oranı %80; örneklenen diğer üç cinsiyetçi davranışa maruz kaldığını söyleyenlerin oranı %75’tir. *JUMP*, 2016, s. 37-39.

⁵⁷ *Schultz*, 2018a, s. 20.

⁵⁸ *Franke*, 1997, s. 709.

⁵⁹ Hastalık izni örneği, *Hosemann v. Technical Materials, Inc.*, 554 F Supp. 659, D.R.I. 1982; ast konumundaki erkek işçilerin kadın üstün talimatlarına uymaması ve duş kilitleriyle ilgili örnek, *Reynolds v. Atlantic City Convention Center* 53 Fair Empl. Prac. Cas. BNA 1852 D.NJ. 1990, aff’d, 925 F.2d 419, 3d Cir. 1991, *Schultz*, 1998, s. 1718-1722.

⁶⁰ *Hall v. Gus Construction Co.*, 842 US F.2d 1010, 8th Cir. 1988, *Lempen*, 2011, s. 108.

olup olmadığının belirlenmesi istendiğinde kadınlar değerlendirme yaparlarken daha geniş bir yelpazedeki cinsel davranışları cinsel taciz olarak nitelendirirlerken, erkekler yalnızca uç örnekleri cinsel taciz olarak nitelendirmektedirler. Erkekler cinsel tacizi değerlendirirken genellikle erkeğin yani tacizi gerçekleştirenin bakış açısını benimserken kadınlar kadının yani mağdurun bakış açısını benimsemektedirler. Kadın ve erkeklerin cinsel tacize ilişkin bakış açıları kendi çıkarlarını yansıtmaktadır. Bir olayı değerlendirirken görece daha az cinsel taciz algılamak erkeklerin yararına; çünkü genellikle tacizin faili erkeklerdir, buna karşılık kadınlar genellikle taciz mağduru olduğundan görece daha fazla cinsel taciz algılamak kadınların yararına.⁶¹

2. İş ilişkisinde cinsel tacizin yaygınlığı: Cinsel tacize ilişkin istatistiksel veriler ve saha araştırmalarından elde edilen bulgular

İş ilişkisinde cinsiyet temelli tacizin boyutlarını anlamak için başvurulabilecek ilk kaynak bu konuya ilişkin istatistiklerdir. İstatistiklerde esasen cinsel tacize ilişkin veriler bulunabilmektedir; bunun dışında işyerinde zorbalık veya genel olarak tacize ilişkin verilere ulaşmak mümkündür. Türkiye’de resmî kurumların işyerinde cinsiyet temelli taciz olgusuna yönelik istatistikleri bulunmamaktadır. Bu durum, sorunun boyutlarının anlaşılmasını engellemektedir ve aynı zamanda konunun resmi makamlar tarafından ciddiye alınmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Avrupa Birliği’nin yürüttüğü araştırmalar, Türkiye’de cinsel taciz olgusunun görülme sıklığına ilişkin bilgi sağlamaktadır. Avrupa Çalışma Koşulları Anketleri (“*European Working Conditions Surveys*”) Türkiye’yi de kapsamaktadır. 4. Avrupa Çalışma Koşulları Anketine göre, anketin yapılmasından önceki son 12 aylık dönemde

⁶¹ Gutek, 1992, s. 341-343.

cinsel tacize veya istenmeyen cinsel ilgiye maruz kaldığını ifade eden çalışanların Avrupa genelindeki oranı %2'den azdır. Kadınların cinsel tacize uğrama sıklığı erkeklere göre üç kat fazladır. Türkiye'de cinsel tacize uğradığını ifade eden kadınların oranı %6'dır. Söz konusu ankette, Avrupa genelinde, son 12 aylık dönemde kadınların %6'sı erkeklerin %4'ü iş ilişkisinde zorbalık ve tacize maruz kaldıklarını ifade etmişlerdir; 30 yaş altındaki kadınlarda oran %8'e yükselmektedir. Türkiye bakımından oranlar erkeklerde Avrupa ortalamasıyla aynıken kadınlarda %7,5 civarındadır.⁶²

Daha sonraki Avrupa Çalışma Koşulları Anketlerinde ülkeler bazında ayrıştırılmış cinsel taciz istatistikleri yer almamaktadır. Ancak, 5. ankete katılan çalışanların %1'i anketten önceki bir yıl içerisinde cinsel tacize uğradıklarını, %2'si anketten önceki bir ay içerisinde istenmeyen cinsel ilgiye maruz kaldıkları ifade etmişlerdir, kadınların cinsel tacize uğrama sıklığı erkeklerin üç katıdır.⁶³ Bu ankette, 6. anket döneminde, çalışanların %1'i son bir yıl içerisinde cinsel tacize uğradıklarını, %2'si son bir ay içerisinde istenmeyen cinsel ilgiye maruz kaldığını ifade etmişlerdir.⁶⁴ Söz konusu istatistikler, anketin yapılmasından önceki bir yılda karşılaşılan cinsel taciz olaylarını kapsamaktadır; dolayısıyla çalışma hayatı boyunca en az bir kez cinsel tacize uğramış çalışanların oranının daha yüksek olduğu açıktır.

Fransa ve Belçika ağırlıklı olmak üzere Avrupa genelinde, 2016 yazında internet üzerinden 3294 katılımcıyla yapılan bir araştırmada, araştırmaya katılan kadınların %94'ü daha önce işyerinde cinsiyetçi davranışlarla karşılaştıklarını ifade etmişlerdir.

⁶² Eurofound, Fourth European Working Conditions Survey, 2007, s. 36-37.

⁶³ Eurofound, Fifth European Working Conditions Survey, 2012, s. 57

⁶⁴ Eurofound, Sixth European Working Conditions Survey, 2017, s. 65.

Cinsiyetçilikle karşılaşan her dört kadından biri, bu tür davranışlarla sıkça karşılaştığını her dört kadından ikisi bu tür davranışlarla bazen karşılaştığını belirtmiştir.⁶⁵

Cinsel tacizle ilgili saha araştırmaları, cinsel tacizin yaygınlığı ile ilgili bilgi edinilebilecek bir diğer kaynaktır. Türkiye’de bu konudaki araştırma sayısı çok fazla olmamakla birlikte, erişilebilen araştırmalardan elde edilen veriler, özellikle hizmet sektöründe çalışanların karşılaştığı taciz olgusu bakımından bir fikir oluşturabilir. Ele alınacak araştırmaların bir kısmında örneklem grubundaki çalışanlar memur statüsündedir; ancak araştırmalar ele alınırken çalışanların statüsüne ve tabi oldukları yasaya dair bir ayrıma gidilmemiştir; böylece Türkiye’deki cinsel taciz olgusunun daha net bir biçimde ortaya konması amaçlanmıştır.

1996-1997 öğretim yılında Bolu Merkez’de ortaöğretim düzeyinde çalışan 214 kadın ve 199 erkek olmak üzere toplam 413 öğretmenle anket yöntemiyle yapılan bir araştırmada, kadın öğretmenlerin %13,4’ü erkek öğretmenlerin %8’i mesleki hayatları süresince cinsel tacize uğradıklarını belirtmişlerdir. Kadın öğretmenlerin %24,3’ü, erkeklerin %26,8’i çalışma yaşamlarında başkalarının cinsel tacize uğradığına tanıklık etmişlerdir.⁶⁶ Erzurum’da bankacılık sektöründeki cinsel taciz olgusuna ilişkin 82 kadın çalışanla anket yöntemiyle yürütülen ve 2001 yılında yayımlanan araştırmada, katılımcıların %35,4’ü cinsel tacizle uğradıklarını ifade etmişlerdir.⁶⁷ 2004 yılında yayımlanan ve Hatay’da büro işkolunda özel sektör ve kamu işyerlerinde çalışan 200 kadın ve 103 erkekle anket yöntemiyle yürütülen araştırmada, kadınların %49’u erkeklerin %30’u iş ilişkisinde cinsel tacize uğradıklarını belirtmişlerdir.⁶⁸ 2011-2012 kış sezonunda, Ankara ve Trabzon’da alışveriş merkezlerinde satış danışmanı olarak

⁶⁵ *JUMP*, 2016, s. 31.

⁶⁶ *Oktay*, 2001, s. 80, 88.

⁶⁷ *Gerni*, 2001, s. 30.

⁶⁸ *Tengilimoğlu – Tahtasakal*, 2004, s. 30 vd.

alışan 10 kadın işçiyle yarı yapılandırılmış sorularla yapılan görüşmelere dayanan bir nitel araştırmada katılımcıların 2'si cinsel tacize uğradıklarını, 6'sı cinsel taciz olaylarına şahit olduklarını, 9'u işyerinde cinsel tacize uğrayanların olduğunu duyduklarını söylemişlerdir.⁶⁹ Ankara'da barmen olarak çalışan 7 kadın işçiyle derinlemesine mülakat yöntemiyle gerçekleştirilen ve 2018 yılında yayımlanan bir nitel araştırmada, görüşme yapılan işçilerinin tamamı iş ilişkisinde müşterilerin cinsel tacizine uğradıklarını beyan etmişlerdir.⁷⁰

Şubat-Mart 2017'de Mersin Üniversitesi Turizm Fakültesindeki Turizm İşletmeciliği bölümünde okuyan ve otellerde staj yapan 2., 3., ve 4. sınıf öğrencilerinin 168'inin (76 kadın, 91 erkek, 1 kayıp veri) katılımıyla anket yöntemiyle yapılan bir araştırmada, öğrencilere misafirlerden gelen uygunsuz davranışların düzeyini ve eğer karşılaşılsa bu durumdan duydukları rahatsızlığı belirlemeye yönelik sorular yöneltilmiştir. Araştırmada, çok yüksek oranda olmamakla beraber öğrencilerin cinsel tacizle karşılaştığı, erkeklerin kadınlara göre daha yüksek oranda tacize uğradığı sonucuna varılmıştır. Araştırmanın en çarpıcı bulgularından biri, bir kadın ve üç erkek öğrencinin tecavüze uğramış olmalarıdır. Ayrıca, öğrencileri en çok rahatsız eden davranışlar arasında *“misafirlerin kadınları ve erkekleri aşağılayan şakalar yapması ya da sözler söylemesi”* yer almaktadır.⁷¹ Bu durum, öğrencilerin staj sırasında cinsel tacizin yanında cinsiyetçi tacizle de karşılaştıklarının göstergesidir.

Çalışma yaşamında cinsel tacizle ilgili olarak Türkiye'de yapılmış araştırmaların önemli bir kısmı sağlık çalışanlarının deneyimleri üzerinedir. 2002 yılında yayımlanan ve biri üniversite diğeri devlet hastanesi olmak üzere iki hastanede çalışan hemşirelerle

⁶⁹ Şahin – Aydın – Sarı, 2012, s. 70, 72.

⁷⁰ Ünal Reşitoğlu – Tokat, 2018, s. 527-529.

⁷¹ Unur – Şanlı, 2018, s. 152, 156-158.

anket yöntemiyle yapılan bir araştırmada, çalışmaya katılanların %73'ü çalışma hayatlarının herhangi bir noktasında cinsel tacize uğradıklarını ifade etmişlerdir.⁷² 2007'de yayımlanan ve Ankara'da Sağlık Bakanlığı'na bağlı sekiz hastanede anket yöntemiyle yapılan bir araştırmada, anketi dolduran 622 hemşireden %37,1'i işyerinde cinsel tacize uğradıklarını belirtmişlerdir.⁷³ 2008 yılı Nisan ve Mayıs aylarında Sivas'ta bir üniversite hastanesinde ve Adıyaman'da çalışan hemşirelerle, sadece hastalardan gelen tacize yönelik olarak anket yöntemiyle yürütülen bir araştırmada 226 katılımcının %71,7'sinin hastalar tarafından taciz edildiği bulgusuna ulaşılmıştır.⁷⁴ İsmi belirtilmeyen bir Orta Anadolu şehrinde 1000 yataklı bir hastanede çalışan 49 kadın asistan hekimin katıldığı ve 2008 yılında yayımlanan bir araştırmada, katılımcılara çalışma hayatlarının herhangi bir noktasında hasta veya hasta yakınları tarafından taciz edilip edilmedikleri sorulmuş ve katılımcıların %67,3'ü tacize uğradıkları yanıtını vermişlerdir.⁷⁵

Hem istatistikler hem de saha araştırmaları bakımından dikkat çekilmesi gereken bir husus, kişilere doğrudan cinsel tacize uğrayıp uğramadıkları sorulduğunda verilen yanıtların, kişilerin gerçekte karşılaştığı taciz davranışlarına tam olarak denk gelmeyebileceğidir. Kişiler, yaşadıkları taciz içeren davranışları doğrudan cinsel taciz olarak nitelemeyebilirler. Hukuk bilincine dair teoriler, karmaşık davranışların cinsel taciz olarak tanımlanmasına ilişkin süreçte hem kültürel olarak mevcut çerçevenin hem de kişilerin kendi kaynaklarının önemli bir rol oynadığını ifade etmektedir.⁷⁶ Örneğin, Erzurum'da bankacılık sektöründe çalışan kadınlarla yapılan araştırmada, taciz olarak

⁷² Kısa – Dziegielewski – Ateş, 2002, s. 84.

⁷³ Çelik – Şenol Çelik, 2007, s. 201-202.

⁷⁴ Erdemir– Akgün Çıtak – Ulusoy – Geçkil, 2011, s. 29-30..

⁷⁵ Ulusoy – Swigart – Erdemir, 2011, s. 605.

⁷⁶ Uggen – Blackstone, 2004, s. 69.

algılanan davranışlarla karşılaşp karşılaşmadığı sorusuna olumsuz yanıt veren katılımcıların bir kısmı daha sonra tacizle karşılaştıklarını gösteren yanıtlar vermişlerdir. Dolayısıyla bu araştırma bakımından, tacize uğrayanların sayısının ilgili soruya olumlu yanıt verenlerden fazla olduğu anlaşılabilmektedir.⁷⁷ Ayrıca, iş ilişkisinde daha güçsüz pozisyonda olup cinsel tacize uğrayan erkeklerin bu davranışları cinsel taciz olarak yorumlama ihtimali kadınlara göre daha düşüktür; çünkü erkekler genellikle bu davranışları nitelendirmelerini sağlayacak kültürel dayanaklardan yoksunlardır. Heteronormatif erkeklik, erkeklerin kendilerini bu tür davranışların mağduru değil faili ya da bu davranışlara karşı koruyucu olarak görmelerini teşvik ettiği için tacize uğrayan erkeklerin bu durumu cinsel taciz olarak teşhis etme ihtimalleri kadınlara göre daha azdır. Cinsel tacizle ilgili bilinç toplumsal cinsiyet ilişkilerine ilişkin bilinçle bağlantılı olduğu için toplumsal cinsiyet ilişkileriyle ilgili daha eşitlikçi bir tavrı ve davranışı olan erkeklerin taciz olaylarını tespit etmesi daha olasıdır.⁷⁸

3. Cinsel taciz mağdurları

a. Mağdurların kimliği

Cinsel taciz mağdurları daha büyük ölçüde kadınlardır.⁷⁹ Hatta geniş ve çeşitli bir kadın nüfusunun cinsel tacize maruz kaldığı gerçeği, tacizin bu grubun özelliği olan cinsiyet sebebiyle gerçekleştiği görüşünü desteklemektedir.⁸⁰ Örneğin Eurofound'un 4. ve 5. Avrupa Çalışma Koşulları Anketlerine göre kadınların cinsel tacize uğrama sıklığı

⁷⁷ Gerni, 2001, s. 30

⁷⁸ Uggan – Blackstone, 2004, s. 69.

⁷⁹ McDonald, 2012, s. 3. Maass – Cadinu – Galdi, 2014, s. 344.

⁸⁰ MacKinnon, 1979, s. 27.

erkeklerin üç katıdır.⁸¹ Kadınların çalıştıkları sektör ve çalışma koşulları yukarıda ele alındığı üzere cinsel tacizin yaşanma sıklığını etkileyen bir faktör olabilmektedir. Bunun dışında, boşanmış veya eşinden ayrılmış olmak, genç yaşta olmak, engellilik, lezbiyenlik, etnik azınlık gruplara dahil olmak gibi faktörler de taciz riskini artırabilmektelerdir. Bu kişiler bakımından, bir karakteristik özelliklerine dayanan taciz diğer bir özelliklerine dayanan taciz ihtimalini de artırmaktadır.⁸² Ayrıca erkekler kadınları işyerindeki resmi hiyerarşi içerisindeki konumlarından bağımsız olarak taciz edebilmektedir.⁸³

Erkekler de cinsel taciz mağduru olabilmektedir; cinsel taciz mağduru erkekler genellikle baskın “*erkeklik*” imgesine uygun olmayanlardır.⁸⁴ Eşcinsel erkekler ve genç yaştaki erkekler cinsel tacizin hedefi olabilmektedirler.⁸⁵ Özellikle ergenlik yaşlarındaki erkeklerin cinsel taciz mağduru oldukları tespit edilmiştir. Yaşın ilerlemesiyle erkekler bakımından cinsel tacize uğrama sıklığı azalmaktadır. Genç yaştaki erkeklerin işyerindeki ve toplumdaki göreceli güçsüzlükleri sebebiyle hedef alındıkları düşünülmektedir. İşyerinde cinsel tacize uğrayan erkeklerin daha güçsüz konumda bulunduğu ve diğer erkeklere göre daha eşitlikçi toplumsal cinsiyet ilişkilerinin bulunduğu tespit edilmiştir.⁸⁶

Genel olarak, toplumsal cinsiyet rollerine uymayan, başkaldıran konumdaki lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel ve diğer bireyler daha yüksek oranda cinsel

⁸¹ *Eurofound*, Fourth European Working Conditions Survey, 2007, s. 37. *Eurofound*, Fifth European Working Conditions Survey, 2012, s. 57. AB’ye aday ülke olması sebebiyle Türkiye söz konusu anketlerin kapsamında yer almıştır.

⁸² *McDonald*, 2012, s. 7. *Lempen*, 2006, s. 18.

⁸³ *MacKinnon*, 1987, s. 107.

⁸⁴ *Lempen*, 2006, s. 18. *Maass – Cadinu – Galdi*, 2014, s. 345.

⁸⁵ *McDonald*, 2012, s. 7.

⁸⁶ *Uggen – Blackstone*, 2004, s. 84-86.

tacize maruz kalmaktadırlar.⁸⁷ Türkiye’de yürütülen saha araştırmalarında da lezbiyen, gey ve biseksüel bireyler cinsel yönelimlerinin işyerinde bilinmesinin tacize yol açacağından endişelendiklerini belirtmişlerdir.⁸⁸ Trans kadınlar, iş hayatlarına ilişkin deneyimlerini aktarırken işyerlerinde sıklıkla cinsel tacize uğradıklarını ifade etmişlerdir.⁸⁹

b. Mağdurların şikâyetten çekinmeleri

Cinsel taciz mağdurlarının yalnızca çok küçük bir kısmının tacizciler hakkında resmi şikâyet mekanizmalarına başvurduğu bilinmektedir. Yapılan saha araştırmaları, şikâyet oranlarının çok düşük olduğunu tutarlı bir biçimde göstermektedir.⁹⁰ Tacize uğrayanlar, genellikle durumdan kadın iş arkadaşı, aile üyesi veya arkadaşlarına bahsetmektedirler.⁹¹ Mağdurların şikâyetçi olmalarının önüne geçen çeşitli etkenler vardır. İşlerini kaybetme ve/veya misillemeyle karşılaşma korkusu bu sebepler arasındadır. İşyerinde başkaları tarafından nasıl algılanacakları da mağdurları kaygılandırmaktadır; mağdur olarak, “fazla hassas” ya da işyerinde sorun çıkaran kişi olarak görülmek istememek kişiyi şikâyetçi olmaktan alıkoyabilmektedir. Şikâyet mekanizmalarına duyulan güvensizlik de önemli bir etkidir; şikâyetlerinin dikkate alınmayacağından, iddialarına inanılmayacağından ya da “aranmış olmakla” suçlanmaktan korkmak başvuruda bulunmayı engellemektedir. Ayrıca, başvuru ve sonrasındaki inceleme sürecinde katlanmaları gerekecek durumları nahoş bulmak da başvurudan çekinmeye etki edebilmektedir. Kadınlar aynı zamanda hayatlarındaki diğer

⁸⁷ Schultz, 2018a, s. 19.

⁸⁸ Öner, 2015, s. 127-128. Demirdizen – Çınar – Kesici, 2012, s. 326.

⁸⁹ Demirbaş – Kaçan, 2016.

⁹⁰ McDonald, 2012, s. 9.

⁹¹ MacKinnon, 1979, s. 49.

erkeklerin durumu öğrenmelerinden çekinebilmektelerdir. Mağdurların sahip oldukları haklar hakkında yeterince bilgi sahibi olmamaları, dış destek mekanizmalarına erişimlerinin bulunmaması, dava açmak için gerekli ekonomik kaynakların veya dava takibi için gerekli zamanın olmaması da resmi makamlara şikâyetle bulunmanın önüne geçen faktörlerdendir.⁹² Ayrıca, ABD bakımından iş sözleşmelerindeki zorunlu tahkim hükümleri de taciz konusunda şikâyetçi olmama nedenlerine eklenmektedir.⁹³ Kanımca, Türkiye bakımından İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki zorunlu arabuluculuk hükmü de benzer bir etki yaratabilecektir; dava şartı olarak arabuluculuğun cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından diğer olası olumsuz etkilerine ileride devletin adalete erişim önündeki engelleri kaldırma ödevi ele alınırken yer verilecektir.⁹⁴

Türkiye'de yapılmış sınırlı sayıdaki saha araştırmasında şikâyet oranlarının düşük olduğu ve şikâyetçi olmamanın ardında benzer kaygıların bulunduğu ortaya çıkarılmıştır. Örneğin, yukarıda da yer verilen Erzurum ilinde bankacılık sektöründe çalışan kadınlarla yapılan saha araştırmasında hem müşteriler hem de işyerindeki diğer çalışanların tacizine uğrayan kadınların sadece %1,2'si durumu amirlerine şikâyet etmişlerdir; şikâyetçi olmayanların gerekçelerinin başında %12,2 oranında yanlış anlaşılmaktan korkmak gelmiştir. Buna karşılık tacize uğrayanların %9,8'i tacizciye tepki vermişler, %14,6'sı durumu arkadaşlarıyla paylaşmışlardır.⁹⁵ Sivas'ta yürütülen ve yalnızca hastalardan hemşirelere yönelen tacizlerin incelendiği bir saha araştırmasında, resmi şikâyet oranına yer verilmemişse de tacize uğrayan hemşirelerin %29,3'ü meslektaşları veya yöneticilerden sorunun çözümü için yardım istemişlerdir.⁹⁶

⁹² MacKinnon, 1979, s. 49. Lempen, 2006, s. 22. McDonald, 2012, s. 9. Schultz, 2018a, s. 39. Edelman – Cabrera, 2020, s. 14

⁹³ West, 2018, s. 59.

⁹⁴ Bkz. aşağıda §5-III-1.

⁹⁵ Gerni, 2001, s. 35.

⁹⁶ Erdemir – Akgün Çıtak – Ulusoy – Geçkil, 2011, s. 30.

Ankara’da hemşirelerle yapılan ancak taciz failine ilişkin bir sınırlama getirilmeyen bir araştırmada durumu bir yöneticiye şikâyet edenlerin oranı %21,6’dır.⁹⁷ Hangi ilde yapıldığı belirtilmeyen ancak yine taciz failine ilişkin bir sınırlama getirilmeksizin hemşirelerle yapılan bir araştırmada tacizi bildirme oranı %7’dir.⁹⁸ Orta Anadolu’da hangi ilde yapıldığı belirtilmeyen, hasta ve hasta yakınlarından asistan hekimlere yönelen tacizlerin incelendiği bir diğer araştırmada, tacize uğradığında yönetici veya iş arkadaşlarından yardım isteyenlerin oranı %4’tür.⁹⁹ Bolu’da öğretmenlerle yapılan bir araştırmada, tacize uğrayan kadınların %2,2’si amirine sözlü şik yette, %0,4’  yazılı şik yette bulunmuştur; erkeklerin %1’i sözlü şik yette bulunurken yazılı şik yette bulunan olmamıştır.¹⁰⁰ Türkiye genelinde hem amatör hem de profesyonel sporcularla yapılan bir araştırmada, taciz konusunda resmi şik yette bulunan kadınların oranı %4’tür; kadınların resmi şik yette bulunmamalarının başlıca nedenleri, konuyu uzatmak istememeleri (%28), herhangi bir şey yapılacağına inanmamaları (%19.1) ve başkalarının duyacağından korkmalarındır (%10).¹⁰¹ şikâyet oranlarının yüksek olduğu tek araştırma, Hatay’da büro çalışanlarıyla yapılandır; burada kadınların yetkililere şikâyet oranı %91, erkeklerin oranı %62,5’tir.¹⁰²

⁹⁷  elik – şenol  elik, 2007, s. 203.

⁹⁸ Kısa – Dziegielewski – Ateş, 2002, s. 87.

⁹⁹ Ulusoy – Swigart – Erdemir, 2011, s. 607.

¹⁰⁰ Oktay, 2001, s. 86.

¹⁰¹  zen – Emir – Koca, 2018, s. 169-171.

¹⁰² Tengilimoğlu – Tahtasakal, 2004, s. 30 vd.

c. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin mağdurlar açısından etkileri

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin, mağdurların işleri, psikolojileri ve bedenleri üzerinde olumsuz etkileri vardır.¹⁰³ İşteki etkiler genel olarak; işten duyulan tatminin azalması, istifa, işe devamsızlık, belirli bir kariyer alanını terk etme, stres olarak sıralanabilir.¹⁰⁴ Ayrıca taciz mağdurlarının, işteki verimlilikleri ve performansları da olumsuz etkilenmektedir.¹⁰⁵ Kişi kendisi doğrudan tacize uğramasa bile işyerindeki taciz olaylarına tanıklık etmek veya bunlardan haberdar olmak, kişi üzerinde doğrudan tacize uğrayanların yaşadığına paralel olumsuz etkiler doğurmaktadır. Dolayısıyla iş ilişkisinde cinsel taciz, sadece hedefinde bulunan kişiyi değil daha geniş bir grubu etkileyebilmektedir. Bu durumun hukuk alanındaki yansımaları sonucu, ileride tartışılacağı üzere sıklıkla taciz yaşanan bir ortamda çalışmak zorunda olan ancak doğrudan tacize uğramamış diğer kadın işçilerin de tacize uğrayan işçiyle benzer yasal yollara başvurma hakkının doğmasını olabilir.¹⁰⁶

Çalışma ortamında cinsel taciz olgusu, ekip çalışmasında uyumu ve ekibin ekonomik performansını olumsuz etkileyebilmektedir; yani cinsel taciz, bireysel bir sorun olmanın ötesinde sonuçlar doğurmaktadır.¹⁰⁷ Tacizin işletmeler açısından, iş gücü devir oranlarının artması ve buna bağlı olarak yapılan masraflar ve ödenmesi gereken tazminatlar gibi ekonomik sonuçları da vardır.¹⁰⁸ Dolayısıyla işverenin, cinsel tacize karşı tedbir alması ve yaşanan taciz olaylarına tolerans göstermemesi işletmesinin yararına olacaktır.

¹⁰³ Lempen, 2006, s. 23. MacKinnon, 2016, s. 1017. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.9.

¹⁰⁴ MacKinnon, 2016, s. 1017. Maass – Cadinu – Galdi, 2014, s. 346.

¹⁰⁵ Gerni, 2001, s. 37. Kısa – Dziegielewski – Ateş, 2002, s. 87. Çelik – Şenol Çelik, 2007, s. 203. Şahin – Aydın – Sarı, 2012, s. 75. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.10.

¹⁰⁶ Glomb ve diğerleri, 1997, s. 323-324. McDonald, 2012, s. 4. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.10.

¹⁰⁷ Raver – Gelfand, 2005, s. 394-395.

¹⁰⁸ McDonald, 2012, s. 4.

Cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayalı taciz olayları da kadınların çalışma yaşamındaki esenliğine zarar vermektedir. 88 çalışma ve 73.877 çalışanı kapsayan bir toplu analizde, yüksek sıklıkta yaşanan ancak düşük yoğunluklu toplumsal cinsiyete dayanan taciz, cinsiyetçi ayrımcılık, cinsiyetçi çalışma ortamı ve organizasyonun cinsel tacize tolerans göstermesi gibi zarar verici çalışma ortamı deneyimlerinin, düşük sıklıkta yaşanan ancak daha yoğun olan cinsel zorlama, istenmeyen cinsel ilgi gibi davranışlar gibi olumsuz etkiler doğurduğu sonucuna varılmıştır. Bu araştırmada, yüksek sıklıktaki ancak düşük yoğunlukta zararlı deneyimlerin, kadınların işlerine bağlılığına, işten duydukları tatmine ve genel sağlıklarına, yüksek yoğunluklu ancak düşük sıklıktaki olumsuz deneyimlere göre daha çok zarar verdiği tespit edilmiştir. Ayrıca, daha düşük yoğunluklu ancak yaygın ve normalleştirilmiş cinsiyetçilik, iş organizasyonunun bir parçası hâline geldiğinde, daha yoğun ancak izole taciz olaylarına göre daha geniş bir grubu etkilemekte; ancak bu etkiler daha az görünür olmaktadır.¹⁰⁹

Cinsel tacizin mağdura verdiği duygusal zarar, korku, öfke, endişe, çaresizlik hissi ve yabancılaşmayı içerebilmektedir. Psikolojik etkiler, travma sonrası stres bozukluğu, yaşamdan duyulan memnuniyetin azalması, özgüven kaybı, panik, depresyon ve uykusuzluk ve genel anlamda psikolojik esenliğin bozulması şeklinde görülebilir.¹¹⁰ Fiziksel zararlar, tedirginlik, baş ağrısı, uyku sorunları, aşırı yorgunluk, sindirim sistemi sorunları, mide bulantısı, diş gıcırdatma, fazla yeme, kilo kaybı, iştah kaybı, ağlama nöbetleri şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹¹¹

¹⁰⁹ Sojo – Wood – Genat, 2016, s. 16, 24, 32.

¹¹⁰ Maass – Cadinu – Galdi, 2014, s. 346. MacKinnon, 2016, s. 1017. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.9.

¹¹¹ MacKinnon, 2016, s. 1017. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.9.

4. Cinsel taciz failleri

Cinsel taciz olaylarının ezici bir çoğunluğunda erkek failin kadınları taciz ettiği, daha az sayıda olayda erkeklerin hemcinslerini taciz ettiği, kadınların tacizci olduğu olayların ise çok küçük bir azınlık oluşturduğu bilinmektedir.¹¹² Faillerin işyerindeki konumu çeşitlilik gösterebilir; güçlü konumdaki erkek failin güçsüz konumdaki kadın işçiyi taciz etmesi söz konusu olabildiği gibi çalışma arkadaşları, müşteriler hatta astlar da cinsel taciz faili olabilirler.¹¹³

Cinsel taciz faillerinin davranışlarının altında her zaman cinsel istek yatmaz. Örneğin, hemcinslerin cinsel tacizde bulunduğu durumlarda, tacizciler genellikle heteroseksüel erkeklerdir ve geleneksel toplumsal cinsiyet rollerine uygun olmayan eşcinsel erkekleri taciz ederek geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini güçlendirirler. Böylece kendilerinin daha “erkeksi” olduğunu gösterirler. Erkeklerin baskın olduğu işyerlerinde hemcinsler arası taciz, mağdurlara o işyerinde hoş karşılanmadıklarının veya istenmediklerinin gösterilmesinin bir aracı olabilir.¹¹⁴ Böylece cinsel taciz, bazı erkekler için üstün erkeklik konumlarını ve işyerindeki değerli konumlardaki tekellerini korumanın bir aracıdır. Kadınlar yukarıda ifade edildiği üzere daha nadiren de olsa, işyerindeki göreceli güçlü konumlarını pekiştirmek için cinsel tacizde bulunabilmektedirler.¹¹⁵ Yönetici konumdaki kadınlar, işyerindeki cinsiyete dayalı

¹¹² MacKinnon, 2016, s. 1014. MacKinnon’un alıntılardığı oranlara göre; erkeklerin kadınları taciz ettiği olaylar %90, erkeklerin diğer erkekleri taciz ettiği olaylar %9, kadınların taciz faili olduğu olaylar %1 civarındadır. McDonald’ın verdiği rakamlara göreyse, kadınların erkeklerden şikayetçi olduğu olaylar %85, erkeklerin çoğunlukla erkek failleri şikâyet ettiği olaylar %15 civarındadır; kadınların fail olduğu taciz olayları ise küçük bir azınlık niteliğindedir; McDonald, 2012, s. 7.

¹¹³ McDonald, 2012, s. 8. Schultz, 2018a, s. 19.

¹¹⁴ Berdahl, 2007, s. 649. Chamallas, 2013, s. 325-327. Schultz, 2018a, s. 19.

¹¹⁵ Schultz, 2018a, s. 19

hiyerarşiye uyum sağladıklarını göstermek için, zorbaca davranışlarda bulunabilmektelerdir.¹¹⁶

Kadınların diğer kadınlara yönelik düşmanca tavır göstermelerinin kökeninde yine işyerindeki cinsiyete dayalı ayrışmanın yattığı düşünülmektedir. Kadınlar erkek egemen işyerlerinde, diğer kadınlara düşmanca davranarak, işyerindeki erkeklerin onayını almaya çalışabilmekte, kadınların yükselme ihtimallerinin daha az olması aralarındaki rekabeti kızıştırabilmektedir. İşyerindeki erkekler de bu rekabeti veya gerilimi alevlendiren karşılaştırmalar yapmakta veya kendilerine uyum sağlayanlara “ödüller” verebilmektelerdir.¹¹⁷

Kadınlardan erkeklere yönelen cinsel taciz davranışları ise oldukça nadirdir. Pek çok erkek için kadınlardan gelen “istenmeyen” cinsel ilgi yabancı bir kavramdır. Erkekler heteroseksüel ilgiyi istenmeseler dahi bunu pozitif veya nötr bir deneyim olarak görmektedir. Zorlayıcı davranışlar, kadınlar açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir ve bu nedenle cinsel tacizden caydırabilir. Ayrıca, kadınların erkeklere cinsel açıdan agresif bir biçimde yaklaşmalarında fiziksel bir güçlük de vardır.¹¹⁸

III. Cinsel ve cinsiyetçi taciz olgusunu açıklayan görüşler

Cinsiyet temelli tacizi açıklayan görüşler, tacizcilerin davranışlarına açıklamaya yönelik psiko-sosyal görüşler ve tacizin gerçekleşmesine zemin hazırlayan ortamı analiz eden organizasyonel veya örgütsel görüşler olarak iki ana grupta incelenebilir.¹¹⁹ Söz

¹¹⁶ Hearn – Parkin, 2001, s. 73.

¹¹⁷ Mizrahi, 2004, s. 1609.

¹¹⁸ Berdahl, 2007, s. 650.

¹¹⁹ Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.10. Ayrıca cinsel tacizi, insanlar arasında doğal cinsel çekimle açıklayan doğal veya biyolojik görüşler de mevcut olmakla beraber, söz konusu görüşlere itibar etmek

konusu açıklamalar birbirini dışlamamakta, aynı olguyu farklı açılardan açıklamaktadır. Hatta bazı faktörler, her iki grup açıklama kapsamında da yer alabilecek niteliktedir. Öte yandan, örgütsel veya organizasyonel görüşler, tacize elveren çalışma ortamını açıklamayı amaçladığı için, çalışma ortamı hangi şekilde düzenlendiğinde taciz riskinin azaltılabileceğini anlamaya yardımcı olabilir.

1. Psiko-sosyal görüşler

Psiko-sosyal görüşlerden bir kısmı tacizin altında yatan saiklere odaklanırken bir kısmı tacizcilerin kişisel niteliklerini incelemektedir.

Tacizcilerin taciz davranışlarının ardında farklı saikler yatabilir. Cinsel taciz saiklerinden biri cinsel istek olabilir; özellikle cinsel şantaj durumunda cinsel tatmin, tacizin amacını oluşturabilmektedir. Ancak, düşmanca çalışma ortamı oluşturan taciz ve cinsiyetçi taciz olayları cinsel istekle açıklanamamaktadır.¹²⁰ Yukarıda da ifade edildiği üzere, heteroseksüel erkeklerin diğer erkeklerle yönelen tacizleri cinsel istekle açıklanamadığı gibi, tipik olarak feminen özellikler göstermeyen ve toplumsal cinsiyet rollerine uymayan kadınlara yönelen tacizin de bu şekilde açıklanması mümkün görünmemektedir.¹²¹ Ayrıca yapılan bir araştırmada, genel kanının aksine, çekici bulunan kadınlar ve çekici bulunmayan kadınların tacize uğrama sıklığında bir farklılık olmadığı tespit edilmiştir.¹²²

Tacizin altında yatan bir diğer neden, mağdurun üzerinde güç gösterisinde bulunmak olabilir. Güç gösterisinde bulunmaktaki amaç, toplumda kadın-erkek

mümkün olmadığından yer verilmemiştir; bu görüşlere dair haklı eleştiriler için bkz. *MacKinnon*, 1979, s. 90-92. *Bakırcı*, 2000, s. 66-67.

¹²⁰ *Berdahl*, 2007, s. 643. *Maass – Cadinu – Galdi*, 2014, s. 347.

¹²¹ *Berdahl*, 2007, s. 647, 649. *Chamallas*, 2013, s. 325-327.

¹²² *Siebler – Sabelus – Bohner*, 2008, s. 31.

arasındaki güç eşitsizliğiyle doğrudan ilintilidir. Tacizin altında güç gösterisinin yattığı yönündeki görüş, tacizcilerin özellikle kırılgan ve güçsüz konumdaki mağdurlara yöneldiği yönündeki araştırmalarla da uyumludur.¹²³

Tacizin altında yatan bir diğer saik, toplumsal cinsiyet kimliğini korumak veya sosyal statüyü korumak olarak ele alınabilir.¹²⁴ Özellikle, cinsiyetçi taciz veya kadın düşmanı olan diğer davranışlarda failin saiki cinsel tatmin değildir. Örneğin, pornografik görüntüler sergilemek, cinsel şakalar veya imalarda bulunmak gibi örneklerde davranışların amacı cinsel bir yarar elde etmek değildir.¹²⁵ Erkeklerin kendi cinsiyetlerinin genel konumunu veya bulundukları grup içerisindeki konumlarını tehdit altında hissettikleri durumlarda daha fazla tacizde bulundukları tespit edilmiştir. Örneğin yapılan iki araştırmada bilgisayar üzerinden varsayımsal sohbet partnerleriyle yazışan erkekler, feminist görüşleri dile getiren partnerleri geleneksel görüşleri dile getiren partnerlere göre daha fazla taciz etmişlerdir.¹²⁶ Bir görüşe göre hem cinsel hem de cinsiyetçi formlarıyla tüm cinsiyet temelli dayalı taciz türleri, cinsiyete dayalı sosyal

¹²³ *Maass – Cadinu – Galdi*, 2014, s. 348. Erkek egemenliğini korumakla bağlantılı görüşler, sadece erkeklerin tacizci olduğunu ima ettiği ve kadınların tacizci olduğu durumları göz ardı ettiği için ve aynı zamanda kadınların kendilerini koruyacak “iyi erkeklerle” ihtiyaç duyduğu, kadınların erkeklerden ayrı tutularak korunabileceği gibi bir anlamı içerdiği düşüncesiyle eleştirilmiştir; *Berdahl*, 2007, s. 643-644.

¹²⁴ *Berdahl*, 2007, s. 644. *Maass – Cadinu – Galdi*, 2014, s. 348-349.

¹²⁵ *Maass – Cadinu – Galdi*, 2014, s. 348-349.

¹²⁶ İki deney içeren bir araştırmada, deneylerin birinde, katılımcılara bilgisayar üzerinden sözde feminist bir kadın ve geleneksel bir kadınla iletişim kurmaları sağlanmıştır. Feministler, cinsiyete dayalı statü farklılıklarını ve erkeklerin üstünlüğü fikrini sorguladıkları için özellikle tehditkâr görülmektedir. Diğer deneyde ise, erkek katılımcılara kurmaca bir test yapıldıktan sonra atipik birer erkek oldukları söylenmiştir. Her iki deneyde de katılımcılar kendilerini tehdit altında hissettiklerinde, yani feminist kadınla iletişim kurdukları örneklerde ve katılımcının erkekliğinin sorgulandığı hâllerde, iletişim kurdukları kadına gönderdikleri pornografik resim sayısının arttığı tespit edilmiştir; *Maass – Cadinu – Guarnieri – Grasselli*, 2003, s. 857, 866-867. Bir başka araştırmada daha, varsayımsal olarak feminist görüşleri olan “chat” partnerlerinin geleneksel görüşleri olan partnere göre daha fazla taciz edildiği tespit edilmiştir; *Siebler – Sabelus – Bohner*, 2008, s. 31.

statüsünü tehdit altında hisseden tacizcinin, konumunu koruma veya geliştirme isteğinden kaynaklanmaktadır.¹²⁷

Ele alınan temel üç saik, farklı mağdurlara yönelen tacizi açıklayabilir ve her zaman birbirlerini dışlamaz. Örneğin, cinsiyet kimliğini tehdit altında hissetmekle güç gösterisinde bulunma saikleri bir arada bulunabilir.¹²⁸

Tacizcilerin kişisel niteliklerine ilişkin bazı araştırmalar, belirli özelliklerle tacizde bulunma ihtimali arasındaki korelasyonu tespit etmiştir. Otoriteciliğin ("*authoritarianism*") ve düşmanca cinsiyetçiliğin cinsel tacizde bulunma ihtimalinde belirleyici olduğu sonucuna varılmıştır.¹²⁹ Kadın ve erkeği birbirinin hasmı olarak gören görüşlere sahip olanların, cinsel tacizle ilgili uygunsuz görüşleri bulunanların ve kendilerini başkalarının yerine koymakta zorlananların cinsel tacizde bulunmaya daha yatkın olduğu tespit edilmiştir.¹³⁰ Kadınların erkeklerin cinsel yönden hakimiyet kurmalarını kabullendiği veya bundan hoşlandığı yönündeki mitlere inananların da tacizde bulunmaya daha yatkın olduğu görülmüştür.¹³¹ Çeşitli araştırmalarda, cinsel taciz faillerinin toplumsal bilinç eksikliklerinin bulunduğu, olgunlaşmamış, sorumsuz, manipülatif ve istismarcı davranışlarda bulundukları sonucuna varılmıştır. Ayrıca tacizcilerin kadınların eleştirilerine ve kendilerini reddetmelerine olduğundan büyük anlamlar yükledikleri düşünülmektedir.¹³² Son olarak, hem erkek hem de kadınlardan,

¹²⁷ Berdahl, 2007, s. 645.

¹²⁸ Maass – Cadinu – Galdi, 2014, s. 349.

¹²⁹ Pryor, 1987, s. 288. Begany – Milburn, 2002, s. 125.

¹³⁰ Pryor, 1987, s. 288. Dekker – Barling, 1998, s. 15, 17.

¹³¹ Pryor, 1987, s. 277.

¹³² McDonald, 2012, s. 8.

kadınlarla ilgili cinsiyetçi görüşleri olanların cinsel tacize karşı daha müsamahakar olduğu tespit edilmiştir.¹³³

2. Örgütsel görüşler

İş ilişkisinde cinsel tacizi açıklayan örgütsel görüşler, işin ve işyerinin tacize yol açan özelliklerini belirlemeye çalışmaktadır.¹³⁴ Örgütler cinsiyetten arınmış yerler değildir; aynı şekilde cinsiyetten, toplumsal cinsiyetten ve şiddetten arınmış işçi fikri de kurgudan ibarettir. İşçiler ve iş örgütünün unsurları toplumdan soyut değildir.¹³⁵ Örgütlerde hem resmi hem de gayriresmi olarak cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışma söz konusudur. Örgütler içerisinde otorite de cinsiyete dayalı olarak ayrılmıştır, genellikle erkekler diğer erkekler ve kadınlar üzerinde otorite sahibidir.¹³⁶ Bu statü ve güç eşitsizlikleri, toplumdaki güç eşitsizliklerini kopyalar ve bu durum tacizin gerçekleşmesine de zemin hazırlar.¹³⁷ İşverenlerin veya işveren vekillerinin, işçilerin kariyerleri üzerinde mutlak olarak söz sahibi olmaları ve ellerindeki otoritenin gerçek anlamda sınırlanmaması, genel bir taciz ve istismar riski yaratmaktadır. İşyerinde cinsiyetler arası dikey ayrışma sonucu, genellikle erkek olan otorite sahibi işveren ve işveren vekilleri, tek geçim kaynağı işleri olan kadın ve erkek işçiler üzerinde güçlerini sınırsızca kullanabilmektedirler.¹³⁸ Yönetim kademelerinde ağırlıklı olarak erkeklerin bulunduğu, kadınların alt pozisyonlarda bulunduğu işyerlerinde tacizi hoş gören bir

¹³³ Russell – Trigg, 2004, s. 571.

¹³⁴ Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.11.

¹³⁵ Cockburn, 1991, s. 148-149. Hearn – Parkin, 2001, s. 36.

¹³⁶ Hearn – Parkin, 2001, s. 9.

¹³⁷ MacKinnon, 1979, s. 9-18. Cockburn, 1991, s. 142-143. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.11.

¹³⁸ Schultz, 2018a, s. 32.

iklimin oluşması daha olasıdır.¹³⁹ Örneğin, erkek yöneticiler, cinselliği, cinsel tacizi, cinsellik içeren şakaları ve cinsel istismarı otoritelerini korumanın rutin bir yolu olarak kullanabilirler ve bu iş organizasyonunun kültürüyle bütünleşmiş olabilir.¹⁴⁰ İşyerlerinde tacize izin veren bir ortamın bulunması, taciz riskini arttıran etkenler arasındadır.¹⁴¹

Geleneksel olarak “*erkek işi*” olarak görülen sektörlerde çalışan kadınların da daha sık cinsiyet temelli tacize uğradığı tespit edilmiştir.¹⁴² Geleneksel olarak erkeklerin yoğun olduğu işlerde kadınların daha fazla tacize uğramalarının sebebi, çalışma ortamlarında daha fazla sayıda erkek bulunması değildir.¹⁴³ Bu tür işlerde çalışan kadınlara yönelik cinsel ve cinsiyetçi tacizin altında geleneksel toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin kalıplaşmış düşünceler yatmaktadır. Erkekler, kadınları farklı ve ikinci sınıf olarak görmekte ve bu şekilde davranmaktadır. Cinsel taciz, geleneksel olarak erkeklere ait işlerde çalışmaya cüret eden kadınlara erkek dünyası içerisinde yer aldıklarını hatırlatmaktadır. Tacizciler böylece erkeklik ve işteki erkeklere özgü üstünlük duygularını tatmin etmekte, desteklemektedir. Bunun sonucunda, kadınlar bu tür işlerden uzaklaşmakta ve sektörel yatay ayrışma yeniden üretilmektedir.¹⁴⁴

İş organizasyonundaki yatay ve dikey ayrışmanın yanında işin diğer nitelikleri de taciz ihtimali bakımından belirleyici olabilmektedir. Hizmet sektöründe yer alan, satış veya restoran işletmelerinde cinsel tacizin sık yaşandığı bilinmektedir.¹⁴⁵ Günümüzde işçiler iş gücü piyasasına sadece bedensel veya zihinsel emekleriyle değil, “*kişinin*

¹³⁹ Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.11.

¹⁴⁰ Hearn – Parkin, 1995, s. 93.

¹⁴¹ Pryor, 1987, s. 87. Dekker – Barling, 1998, s. 15.

¹⁴² MacKinnon, 2016, s. 1011-1012.

¹⁴³ Schultz, 2018b, s. 45.

¹⁴⁴ Schultz, 2018a, s. 23. Schultz, 2018b, s. 49.

¹⁴⁵ MacKinnon, 2016, s. 1011-1012

tamamı” olarak dahil olmaktadır.¹⁴⁶ Müşteriyle birebir ilişkide bulunmayı gerektiren işlerde cinsel tacizin sıklığını açıklayabilecek bir durum, işçinin, kişiliği, tavrı, bedeni, çekiciliği yani kişisel özelliklerinin, daha kısa bir ifadeyle kişinin tamamının sunulan hizmetin bir parçası hâline gelmesidir. Söz konusu işlerde kadın işçilerin çekiciliklerini ve cinselliklerini emek güçlerinin bir parçası olarak farklı düzeylerde iş güçlerine dahil etmeleri veya cinsel davranışlara müsamaha göstermeleri beklenmektedir.¹⁴⁷ Özellikle kadın işçilerin cinselliklerini emek güçlerine dahil etmeleri beklenen işlere örnek olarak sekreterlik, resepsiyon görevliliği, kabin memurluğu, satış temsilciliği, tanıtım işleri, modellik, spor eğitmenliği, yüz yüze satış işleri, otel, gıda ve turizm sektörlerindeki işler gösterilebilir. Bu işlerin çoğunluğu hizmetler sektörüne dahildir. Genel olarak müşteri ilişkileri içeren işlerin üstü kapalı bir biçimde cinsel emek gücünün satılmasını içerdiği söylenebilir.¹⁴⁸ İşçilerin giymeleri gereken üniformalar veya giymeleri beklenen kıyafetler de kasıtlı olarak cinselliği öne çıkarabilmektedir.¹⁴⁹ İşçinin kişiliğinin tamamının emek gücüne dahil olması, hem işçinin kişiliği ile emek gücü arasındaki hem de işçi ile müşteriler ve işveren arasındaki sınırları muğlaklaştırmaktadır; bu muğlaklık işçileri cinsel taciz karşısında daha savunmasız bırakmaktadır.¹⁵⁰

Cinsel taciz riskinin en ciddi olduğu işlerin daha zayıf düzenlemelere konu olan ve işçilerin daha düşük ücretlerle çalıştığı ev hizmetleri işleri ve göçmenlerin çalıştığı tarım işleri olduğu tahmin edilmektedir.¹⁵¹ Ev hizmetlerinde yapılan çalışmanın çoğunlukla tanıkların yokluğunda ve yalnız yapılması, ayrıca işçinin işverene olan bağımlılık ilişkisinin yoğunluğu ev işçilerinin şiddet ve istismara daha açık olmalarına neden

¹⁴⁶ Cockburn, 1991, s. 158. Gimlin, 2007, s. 356. Fleming, 2017, s. 133.

¹⁴⁷ Budd, 2016, s. 275.

¹⁴⁸ Hearn – Parkin, 2001, s. 36

¹⁴⁹ Cockburn, 1991, s. 158. Bazı hâllerde ise giyim kuşam cinselliği kasten gizleyebilmektedir.

¹⁵⁰ Wolkowitz, 2006, s. 110

¹⁵¹ MacKinnon, 2016, s. 1011-1012. Schultz, 2018a, s. 32

olmaktadır.¹⁵² Ev hizmetlerinde göçmen işçi çalıştırılması dünyada ve Türkiye’de oldukça yaygındır.¹⁵³ Özellikle kayıt dışı çalışan göçmen kadınlar, sınır dışı edilme korkusuyla karşılaştıkları hak ihlallerine, hatta mağduru oldukları suçlara karşı sessiz kalabilmektedirler. Yapılan araştırmalar, ev hizmetlerinde çalışan göçmen işçilerin cinsel tacize uğramalarının yaygın olduğunu göstermektedir.¹⁵⁴

Ev hizmetlerinin dışında da işçilerin izole şekilde ya da diğer işçilerden farklı saatlerde çalışmaları sebebiyle yalnız kaldıkları işlerde, tacizciler işçiye daha kolay ulaşabildikleri ve tanıklar bulunmadığı için taciz riski artmaktadır. Örneğin, otellerde çalışan temizlik görevlileri, gece vardiyasında tek başına çalışan temizlik işçileri gibi işçiler bakımından taciz riski daha fazla olabilmektedir. Ayrıca, işçi tek başına çalışmasa bile işyerinin merkezden uzak olması hâlinde de buradaki denetimin yeterli olmaması sebebiyle bir taciz iklimi oluşabilmektedir. Örneğin, zincir mağazaların veya restoranların şubelerinde üst düzey yöneticilerin bulunmaması ve şube yöneticilerinin sorumluluklarının sınırlı olması, yeterli bilgi düzeyine sahip olmamaları gibi nedenlerle taciz olayları dikkate alınmayabilir.¹⁵⁵

Araştırmalar daha zayıf konumda bulunan kadınlardan farklı olarak taciz davranışlarını “*çeken*” bir diğer grup olduğunu ortaya koymaktadır. Toplumsal cinsiyet kalıplarına uymayan, kendilerinden beklenen rolleri yerine getirmeyen, güçlü ve özgüvenli kadınların da tacize uğrama riski fazladır. Feminist görüşleri dile getiren kadınların da daha sık tacize uğradığı tespit edilmiştir. Bu gruptaki kadınların erkek egemenliğine bir tehdit oluşturmaları nedeniyle tacizle daha fazla karşılaştıkları

¹⁵² ILO, Effective protection for domestic workers: a guide to designing labour laws, 2012, s. 3-4.

¹⁵³ Akalın, 2010, s. 118-119. Toksöz – Erdoğan, 2013, s. 11.

¹⁵⁴ Coşkun, 2017, s. 1306

¹⁵⁵ EEOC, 2016, s. 29.

düşünülmektedir.¹⁵⁶ Yönetici pozisyonlarda yer alan ve güç sahibi kadınlar erkekler tarafından tehdit olarak görülebilmektedir.¹⁵⁷ Yönetici pozisyonlardaki kadınlar Türkçeye karşıt güç tacizi olarak çevrilebilecek olan “*contrapower harassment*” adı verilen taciz davranışlarıyla karşılaşmaktadırlar. Yönetici pozisyonundaki kadınların yönetici olmayan kadınlara göre, daha fazla taciz davranışıyla karşılaştıkları tespit edilmiştir. Erkek yöneticiler bakımından, yönetici pozisyonunda bulunmak tacize uğrama ihtimali açısından bir etki yaratmamaktadır.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Berdahl, 2007, s. 647, 649. Maass – Cadinu – Galdi, 2014, s. 345, 349.

¹⁵⁷ Hearn – Parkin, 1995, s. 94.

¹⁵⁸ McLaughlin – Uggen – Blackstone, 2012, s. 636-637.

§3. İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZİN HUKUKİ TEMELLERİ VE GELİŞİMİ

I. Amerika Birleşik Devletleri'nde iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun teori ve uygulamadaki gelişimi

Amerika Birleşik Devletleri'nde cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi pek çok yönden istisnaidir. Cinsel tacize ilişkin hukuk, doğrudan kadınların cinsel alanlarına yönelen ihlallere ilişkin deneyimlerinden doğmuştur; iktidar sahibi erkeklerin bu deneyime dair algısından değil. Burada, cinsel taciz, cinsiyet temelli bir taciz olarak görülür ve mağdurlar da toplumsal cinsiyet gruplarının mensupları olarak tacize uğramış olarak değerlendirilir.¹⁵⁹ ABD'de cinsel taciz kavramı 1970'lerde feminist aktivistler tarafından geliştirilmiş, feminist davacılar ve hukukçular tarafından kavramın içeriği doldurulmuş ve feminist akademisyenler geliştirdikleri geniş kapsamlı öğretiyle bu gelişmeleri desteklemişlerdir.¹⁶⁰ 1964 tarihli ABD Medeni Haklar Yasası'nın ("1964 *Civil Rights Act*") çalışma hayatında cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan 7. başlığı, cinsel tacize karşı mücadeledeki hukuki temeli sağlamıştır. Söz konusu hüküm, işverenlerin işe giriş, çalışma koşulları ve fesihte çalışanlar arasında ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde ayırım yapmalarını yasaklamaktadır. Bu düzenlemede cinsel tacizi açıkça yasaklayan herhangi bir ifade yer almamaktadır.¹⁶¹ Feminist hukukçular, iş ilişkisinde işe alım ve fesihten ayrımcılığa karşı korumanın yeterli olmadığını ve kadınların çalışma hayatındaki gerçeklikle örtüşmediğini tespit etmişlerdir. Kadınların gündelik olarak karşılaştıkları, ruh hâllerini ve başarılarını etkileyen aşağılama, saldırı ve küçük düşürücü hareketler ayrımcı işe alım ve fesih

¹⁵⁹ MacKinnon, 2016, s. 1009.

¹⁶⁰ Chamallas, 2013, s. 309.

¹⁶¹ Edelman, 2016, s. 60.

kararlarından daha yaygındır. Bu nedenlerle feminist hukukçular, söz konusu davranışların ayrımcılık olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁶² Mahkemeler, başlangıçta cinsiyet ayrımcılığının cinsel tacizi kapsamadığı gerekçesiyle veya işvereni işveren vekilleri veya işçilerin cinsel taciz eylemlerinden sorumlu tutmakta tereddüt ettiği için, cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu yönündeki talepleri reddetmiş; ancak zaman içerisinde, özellikle 1980’den sonra ABD İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu’nun (“*Equal Employment Opportunities Commision*”) (İFEK) cinsel tacizi ayrımcılık sayan rehber ilkeleri kabul etmesinin ardından, cinsel tacizi ayrımcılık olarak kabul etmiştir.¹⁶³ Bu kısımda gelişim çizgisi kısaca açıklanan cinsel taciz hukuku daha ayrıntılı olarak incelenecektir. Öncelikle, ilk iki başlıkta cinsel tacizin hukuki temeline dair tartışmalar (1) ve cinsel taciz teorisinin cinsiyetçi tacizi de kapsayacak şekilde gelişmesini sağlayan tartışmalar (2) aktarılacaktır. Ardından, teorisinin uygulamaya dönüştüğü ve dönüm noktası olarak sayılabilecek mahkeme kararlarına ve ABD İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu’nun rehber ilkelerine yer verilecektir (3). Son olarak, cinsel taciz hukukunun #MeToo hareketiyle görünürlük kazanan eksiklik ve aksaklıklarına ilişkin görüşlere yer verilecektir (4).

1. Cinsel tacizin hukuki temeline dair tartışmalar: ayrımcılık ve haksız fiil görüşleri

a. MacKinnon’ın ayrımcılık görüşü

Catharine MacKinnon, 1979 yılında yayımladığı “*Sexual Harassment of Working Women*” başlıklı kitabında cinsel tacizin ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınmasını savunmuştur. Geniş ve kendi içinde farklılıklar barındıran bir kadın nüfusu cinsel tacize

¹⁶² Yuracko, 2019, s. 284.

¹⁶³ Edelman, 2016, s. 60-61.

maruz kalmaktadır. Bu durum, kadınların grup özellikleri olan cinsiyetleri nedeniyle tacize uğradığı yönündeki bir analizi desteklemektedir. Dolayısıyla taciz yapısal bir özellik taşımaktadır ve bu nedenle hukuk önünde iki birey arasındaki basit bir haksızlık olarak değil, ayrımcılık olarak değerlendirilmesi uygundur.¹⁶⁴

MacKinnon, öncelikle kadınların cinsel tacize ilişkin deneyimlerini ve ardından mahkemelerin o döneme kadarki cinsel taciz içtihadını değerlendirmiştir. Bu bağlamda kadın deneyimlerinden yola çıkarak iki cinsel taciz türü belirlemiştir. Bunlar “*quid pro quo*” olarak anılan ve çalışma koşulu hâline gelen tacizlerdir. Kısaca açıklanacak olursa “*quid pro quo*” tacizde mağdur, cinsel isteklere boyun eğmek ve işini (veya işiyle ilgili yararları) kaybetmek ya da işiyle ilgili bir yarardan mahrum kalmak arasında seçim yapmaya zorlanır. Burada mağdurun talebi yerine getirmesi, ekonomik tehdit veya vaatlerle baskı altına alındığı gerçeğini değiştirmez.¹⁶⁵ Tacizin çalışma koşulu hâline gelmesi durumunda, kişinin sadece kadın olduğu için maruz kaldığı cinsel içerikli davranışlarla çalışma ortamı çekilmez hâle getirilir. Söz konusu davranışlar, dokunma, cimcikleme, öpme, göz dikme, hakkında yorumlar yapılması gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Burada “*quid pro quo*” tacizden farklı olarak açık bir tehdit veya vaat yoktur.¹⁶⁶ Bu tür taciz düşmanca çalışma ortamı oluşturan taciz olarak da anılmaktadır.

Mahkemeler daha önceleri, cinsel taciz şikâyetlerinin ABD Medeni Haklar Yasası’nın işverenlerin, ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde ayırım yapmasını yasaklayan 7. başlığı kapsamında cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu iddialarını reddederken cinsel tacizi; kişisel, münferit veya doğal eylemler olarak nitelemişlerdir. Bir davranışı kişisel olarak nitelendirmek, bu ihlali hukuk önünde ele alınamayacak

¹⁶⁴ *MacKinnon*, 1979, s. 27.

¹⁶⁵ *MacKinnon*, 1979, s. 32-37.

¹⁶⁶ *MacKinnon*, 1979, s. 40.

kadar küçük, kendine özgü ve kişisel hâle getirir. Buna karşılık, bir davranışı doğal veya biyolojik olarak nitelendirmek, o davranışı hukukun erişemeyeceği kadar büyük, sabit, değişmez, evrensel ve toplum öncesi (*“presocial”*) hâle getirir. Bu tutumlar, cinsel tacizi bir yandan önemsizleştirirken bir yandan değişmez olarak gösterir ve böylece değişim sağlamayı imkânsız, önemsiz veya istenmez gösterir.¹⁶⁷

Cinsel taciz, grup (cinsiyet) temelli değil kişisel bir ihlal olarak görüldüğünde, ayrımcılık olarak ele alınmaz. Bu durumda aynı zamanda tacizin çalışma ortamıyla olan bağlantısı da görülmez kılınır. Olay her ne kadar işyerinde gerçekleşse, taraflar çalışma ilişkisinden kaynaklanan bir hiyerarşi içinde bulunsa ve taciz sonucunda çalışma katlanılmaz hâle gelse veya iş fırsatları kaybedilse bile, taciz ve iş ilişkisiz kılınır. Böylece, işverenin taciz davranışından sorumlu tutulmasının önüne geçilir; çünkü taciz davranışı iki bireysel işçi arasında gerçekleşmiş olan uygunsuz bir davranış olarak görülür. Ancak ampirik araştırmalar kadınların deneyiminin *“bireysel/kişisel”* davranış açıklamasından uzak olduğunu göstermektedir. Kadınlar anlatımlarında, üst konumdaki erkeğin ast konumdaki kadınları taciz ettiklerini ve kadınların işlerinde etkilere veya misillemelere yol açan aynı taciz kalıbını yinelemektedirler.¹⁶⁸

Cinsel tacizin, kişisel veya biyolojik olduğu yönündeki argümanlar aynı zamanda tacizin Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı anlamında işveren politikası oluşturmadığını desteklemek amacıyla kullanılmıştır. Buna göre, kişisel bir hukuksuz davranış iş ilişkisinin dışında kalır ve işverenin politikaları biyolojik gerçeklikleri kontrol edemez. Taciz davranışının işveren politikası olup olmadığı sorusu, dolaylı olarak da olsa, söz konusu davranışın istihdamla ilgisi konusunu gündeme getirmeye yarar. Burada yanıtlanması gereken soru, işyerinde gerçekleşen davranışların işverene

¹⁶⁷ MacKinnon, 1979, s. 83.

¹⁶⁸ MacKinnon, 1979, s. 85-87.

atfedilebilecek “işyeri davranışları” hâline gelmesini neyin sağlayacağıdır. Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığına ilişkin olağan standartlarına göre, işverenin politikası açıkça vekillerinin davranışlarını kapsar ve işveren, vekillerinin davranışlarından sorumludur. Burada işveren vekilinin davranışının şirket politikalarından değil kişisel düşüncelerinden kaynaklanması, işverenin sorumluluğu bakımından fark yaratmaz. İşveren ve davranışı gerçekleştiren işçi arasındaki sorumluluk dağılımı, işverenin olaya dahli veya göz yummasının derecesine göre değişiklik gösterecektir. Cinsel taciz, tam anlamıyla ayrımcılık olarak değerlendirildiğinde işverenin belirli bir ölçüde sorumlu tutulması hususunda şüpheye yer kalmayacaktır. Zira cinsel taciz, mağdur olan işçinin işini veya istihdam fırsatlarını etkilemektedir ve işveren bu mağduriyetlerin giderilmesini sağlamalıdır.¹⁶⁹

MacKinnon’a göre haksız fiil hukuku, cinsel tacizin tüm boyutlarını ele almaya imkân vermez. Haksız fiil hukuku, kamusal ve paylaşılan bir sosyal varoluşa yönelik ihlalleri (yani cinsel taciz bağlamında çalışma hayatında cinsiyete yönelen ihlalleri) değil şahsa yönelik ihlalleri gidermeye uygundur. Haksız fiil hukukunda, mağdur belirli bireysel bir kadındır; ancak gerçekte kadının bir işçi olarak toplumsal statüsüne yönelik bir ihlal mevcuttur.¹⁷⁰ Haksız fiil hukuku temelde, başkalarının tek seferlik kasıtlı davranışları veya yetersizlikleri sebebiyle meydana gelen zararların tazminini amaçlar. Bu tür olaylarla ancak ufak bir olasılıkla karşılaşılır. Öte yandan cinsel taciz, bireylerin kendine özgü özellikleri veya koşulları ne olursa olsun, tek bir özellikte yani kadın olmakta buluşan çok sayıda bireyin karşılaştığı grup temelli bir zarardır. Haksız fiil

¹⁶⁹ *MacKinnon*, 1979, s. 92-94.

¹⁷⁰ *MacKinnon*, 1979, s. 88.

hukuku, kişilerin uğradığı zararların tazminini amaçlarken, ayrımcılık hukuku bu tür zararların yinelenmemesini sağlamak üzere toplumu değiştirmeyi amaçlamaktadır.¹⁷¹

Cinsel taciz, çalışan kadınları işlerinde tehdit eder; kadınların işe girmelerine, işten keyif almalarına ve işlerini korumalarına engel olur. Tacizin cinsel nitelikli olması onun işle olan bağlantısını ortadan kaldırmaz. Cinsel taciz, temel istihdam kararlarını ve çalışma atmosferini etkilediği ölçüde işle bağlantılıdır ve çalışma hayatında ayrımcılık oluşturur. Cinsel taciz, istenmeyen cinsel ilgiye maruz kalma bakımından kadınlar aleyhine bir ayırım/farklılık yaratır. İstihdamdaki bu ayrımcılık, cinsel bir koşul dayatmanın kendisinden kaynaklanır. Zira bu durumda kadınlar cinsel isteklere boyun eğmek ile cinsel isteklere karşı koyarak işleriyle bağlantılı misillemeler arasında bir seçim yapmak zorunda bırakılırlar. Taciz, ABD Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı anlamında bir çalışma koşulu oluşturur; yarattığı eziyet verici talep ve dikkat dağınıklığıyla kadınların işlerini önemli ölçüde zorlaştırır. Kadınları cinsel koşulları hoş görmek veya bunlara uymak ile işten ayrılmak arasında seçime zorlayarak çalışma performansını engeller. Erkekler ise bu tür yüklerle karşılaşmazlar. Kadınların tacizden kaçma isteği aynı işte uzun süre kalarak kıdem kazanmalarına da engel olur.¹⁷²

b. Cinsel tacizi haksız fiil çerçevesinde değerlendiren görüşler

MacKinnon'ın cinsel tacizin haksız fiil değil, ayrımcılık temelinde ele alınması gerektiği yönündeki görüşlerini açıklamasından sonra az sayıda feminist hukukçu tacizin haksız fiil hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁷³ Anita Bernstein ve Rosa Ehrenreich sırasıyla 1997 ve 1999 yıllarındaki

¹⁷¹ MacKinnon, 1979, s. 171-172.

¹⁷² MacKinnon, 1979, s. 208-210.

¹⁷³ Ehrenreich, 1999, s. 37-38. Lempen, 2006, s. 29.

makalelerinde, cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, fiziksel görünüş, hatta kişisel husumetten kaynaklanan her türlü tacizi kapsayacak bir tür haksız fiil talebinin uygun olacağı yönünde görüş bildirmişlerdir. Söz konusu görüşlerin ortaya çıkmasında ayrımcılık temelini, hemcinsler arası tacize uygulanmasındaki güçlükler etkili olmuştur.¹⁷⁴ *Robin West*, 2004 yılında yayımlanan bir kitap bölümünde, cinsel tacizi ayrımcılık olarak nitelendirmenin tacizden kaynaklanan gerçek zararlarla örtüşmediğini ifade etmiş ve tacizin haksız fiil hukuku çerçevesinde ele alınmasını önermemekle beraber kişiliğe verilen bir zarar olduğunu ileri sürmüştür. *Martha Chamallas*, 2007 yılındaki bir makalesinde cinsel tacizi aynı zamanda haksız fiil olarak değerlendirmenin olanaklarını tekrar tartışmıştır; ancak yazar haksız fiil hukukunun ayrımcılık temelini yerini almasını değil ek bir mücadele aracı olmasını savunmaktadır. Ayrıca her iki yazar da haksız fiile ilişkin görüşlerini #MeToo hareketi çerçevesinde yeniden ortaya koymuşlardır.

Bernstein, “*Treating Sexual Harassment with Respect*” başlıklı makalesinde, özel olarak düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizleri ele almaktadır. Makalenin temel savı, mahkemelerin düşmanca çalışma ortamını değerlendirirken mağdurun davranıştan rahatsızlığını belirlemekte kullandığı makul insan ölçütü yerine davranış failine odaklanan saygılı insan ölçütünün benimsenmesinin gerektiğidir.¹⁷⁵ Yazara göre, taciz bir kişinin diğeri üzerinde uyguladığı haksız bir davranış anlamına gelir. Haksız fiil hukukundaki çözümler, tacizin söz konusu niteliğiyle örtüşür. Buna karşılık, ABD Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı kusur yerine çalışma koşullarına odaklanmaktadır.¹⁷⁶ Düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz bir tür nezaketsizlik veya saygısızlık oluşturur. Saygı kavramının kullanılması, hem 7. başlık kapsamındaki

¹⁷⁴ *Chamallas*, 2013, s. 329.

¹⁷⁵ *Bernstein*, 1997, s. 446.

¹⁷⁶ *Bernstein*, 1997, s. 448.

ayrımcılık hem de haksız fiil olarak cinsel tacizi bir arada dikkate alır ve her ikisinde de kullanılabilecek bir kusur anlayışı sağlar. Saygı kavramı, düşmanca bir çalışma ortamının yaratılması veya sürdürülmesinde neyin yanlış olduğunu diğer kavramlardan daha iyi açıklar. İnsanın doğuştan gelen değeri anlamındaki saygı, bütün insanların hakkıdır ve cinsel taciz saygı idealine zarar verir.¹⁷⁷ Saygılı insan ölçütünün uygulanması, diğer kişi onuruna yönelen haksız fiillerdeki gibi olacaktır. Buna göre, öncelikle davacı davalının saygılı insan ölçütüne uygun davranmadığını ortaya koyacak; sonrasında davalı bu ölçüte uyduğunu veya davacının rahatsızlığının aşırı hassaslığından kaynaklandığını ileri sürecektir. Davacının sorumluluğunun doğması, davalının hassasiyetini bilmesine veya bilebilir durumda olmasına dayanacaktır. Böylece, saygılı insan ölçütü hem objektif hem de sübjektif koşulları dikkate alacaktır.¹⁷⁸ Saygılı insan ölçütünün bir avantajı da mağdurun tepkisini değil failin davranışını dikkate almasıdır.¹⁷⁹ Cinsiyete dayalı olmayan tacizler veya hemcinsler arası cinsel tacizler, fail saygılı insan ölçütüne uygun davranmadığı hâlde Medeni Haklar Yasası anlamında ayrımcılık olarak kabul edilmeyebilir.¹⁸⁰ Yazara göre, düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz, temelde kişinin onuruna yönelen bir saldırdır ve istihdamda ayrımcılık aslında bir haksız fiildir.¹⁸¹ Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı bir haksız fiil düzenlemesi değilse de, cinsel taciz davaları haksız fiil veya haksız fiil benzerleri çerçevesinde yer almaktadır. Dolayısıyla, özel hukuk karakterli bu davaları ele alırken davacı, davalı, zarar ve davalının zarardan sorumlu tutulmasının gerekçeleri incelenmektedir. *Bernstein*'a göre, cinsel tacizle mücadelenin farklı yönleri vardır. Tacizin grup temelli niteliğine dair kaygıların ifade edileceği alanlar, yasama, işyerleri,

¹⁷⁷ *Bernstein*, 1997, s. 450-452.

¹⁷⁸ *Bernstein*, 1997, s. 503.

¹⁷⁹ *Bernstein*, 1997, s. 507.

¹⁸⁰ *Bernstein*, 1997, s. 505.

¹⁸¹ *Bernstein*, 1997, s. 509-510.

sendikalar ve kamuoyudur; mahkemeler ise yargısal işlevlerle ilgili olarak kullanılmalıdır.¹⁸²

Bernstein'dan sonra *Rosa Ehrenreich*, “*Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*” başlıklı makalesinde cinsel taciz ve ayrımcılık içermeyen diğer tacizler bakımından haksız fiil hukukunun işletilmesini savunmuştur. Yazara göre, *Bernstein* yukarıda ele alınan görüşlerinin devamında gelebilecek açık hamleyi yapmamış; haksız fiil hukukunun Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığına bir ek ve bir alternatif sunabileceği ileri sürmemiştir.¹⁸³ *Ehrenreich* cinsel taciz ve işyerinde gerçekleşen diğer tacizler bağlamında haksız fiil hukukunun uygulanmasını savunmaktadır. Yazara göre, sadece ayrımcılığa odaklanan bir bakış açısı yerine hem haksız fiilleri hem de ayrımcılığı dikkate alan bir yaklaşım benimsenmelidir. Böylece, hem cinsel tacizin kadınları daha çok etkilediği gerçeği hem de cinsel veya cinsiyetçi nitelikli olsun olmasın her türlü tacizin olumsuz etkileri dikkate alınmış olur.¹⁸⁴ Ayrıca, cinsel tacizi ayrımcılık olarak ele almak, hemcinsler arası tacizi açıklamakta yetersiz kalmaktadır.¹⁸⁵ Cinsel tacize ilişkin öğretide, tacizin yol açtığı zararın niteliği ile tacizin gerçekleştiği bağlam karıştırılmaktadır. Cinsel tacizin yarattığı zarar, diğer kişinin onuruna yönelen bir zarardır; fakat bu zarar işyerinde kadınlara yönelik ayrımcılık

¹⁸² *Bernstein*, 1998, s. 1242-1244. *Bernstein*, 1998 yılında yayımladığı ikinci makalede *Abrams*'ın eleştirilerine yanıt vermektedir. *Abrams*'a göre hukukta bir kavramın yerine yenisini getirerek, yani makul insan ölçütünün yerine saygılı insan ölçütünü getirerek, gerçek bir değişim yaratmak güçtür. Ayrıca, saygınlık kavramı da geçmişte, toplumsal cinsiyet, sınıf ve ırk yönünden ayrımcı içerikte kullanılmıştır. *Bernstein*, cinsel tacizi onur kırıcı davranış olarak ele alırken davranışın işyeri bağlamında gerçekleştiğini ve hiyerarşik yönünü dikkate almamaktadır; bu onur kırıcı davranış, sokakta evde veya diğer sosyal ortamlarda da gerçekleşebilir. Yazara göre, sistematik olmayan saygısızlık sorununu çözmek, sistematik olan cinsiyet ayrımcılığını engellemekten çok daha az aciliyet arz eden bir sorundur. Cinsel tacizin politik ve cinsiyetli karakterine vurgu yapmamak aynı zamanda, tacizi değerlendirmeyi ve önlemeyi de güçleştirecektir. *Abrams*, 1998, s. 1180-1187.

¹⁸³ *Ehrenreich*, 1999, s. 38-39.

¹⁸⁴ *Ehrenreich*, 1999, s. 15.

¹⁸⁵ *Ehrenreich*, 1999, s. 11-14.

bağlamında gerçekleşmektedir.¹⁸⁶ Cinsel tacizden kaynaklanan zararın niteliği ve bağlamını birbirinden ayırmak, her türlü tacizi kapsayan bir kavrayış sağlayacaktır.¹⁸⁷ Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı cinsel tacizin gerçekleştiği ayrımcılık bağlamını dikkate alırken, haksız fiil davaları kişiliğe yönelik zararı ele alır. Pek çok davacının hâlihazırda yaptığı gibi hem ayrımcılık iddiasında bulunup hem de haksız fiil davası açmak mümkündür.¹⁸⁸ Ayrımcılık oluşturan tüm davranışlar aynı zamanda kişiliğe zarar verir ve bu yönüyle ayrımcılık kişiliğe yönelen zararların bir alt kümesidir. Ancak, kişiliğe zarar veren her türlü davranışın ayrımcılık olduğu söylenemez. İşyerindeki her türlü ciddi tacize karşı yargı yoluna başvurabilmek mümkün olmalıdır; ancak bu yargı yolu her türlü zarar için Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı olamaz.¹⁸⁹

Robin West, 2004 yılındaki “*Unwelcome Sex*” başlıklı kitap bölümünde, daha güçlü konumdaki erkeklerin kadınlara dayattığı istenmeyen cinsellik olgusunun hukuken tanınmayan bir olgu olmaktan çıkıp bir medeni ve anayasal hak ihlali olarak tanınmasını feminist bir zafer olarak nitelendirmekle beraber; bu olgunun tanınma sürecindeki hızlı değişimin, istenmeyen cinselliğin yarattığı zararın niteliğini belirsiz hâle getirdiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, cinsel tacizi ayrımcılık olarak nitelendirmek, bu olgunun yarattığı gerçek zararı açıklamaktan uzaktır. Zararı tanımlamaktaki eksiklik, bir yandan davacıların sadece psikolojik sorunlar yaşadığı davalarda yargıçların tanıyabileceği bir zarar tanımı yapılmadığı için davacıların elini zayıflatmış, bir taraftan da yargı uygulamasında ortaya çıkan sorunların çözümünü güçleştirmiş ve cinsel taciz teorisini güçsüz kılmıştır. Ayrıca cinsel taciz hukukunun tacizden kaynaklanan zararın ne

¹⁸⁶ *Ehrenreich*, 1999, s. 16.

¹⁸⁷ *Ehrenreich*, 1999, s. 20.

¹⁸⁸ *Ehrenreich*, 1999, s. 54. Yazar aynı zamanda, cinsel taciz konusundaki haksız fiil hukuku içtihadını incelemekte ve haksız fiil hukukunun mağdurlara daha elverişli bir giderim sunmasını sağlamaya yönelik önerilerde bulunmaktadır, s. 36-52.

¹⁸⁹ *Ehrenreich*, 1999, s. 63.

olduğuna dair tutarlı ve inandırıcı bir açıklama sunulmadan uygulanması feminist hareketin başlangıçtaki hedeflerine uygun olmayan sonuçlar yaratabilir.¹⁹⁰ Yazar, bu bağlamda üniversite ve ordu gibi kurumlarda yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cinsel taciz olarak nitelendirilerek yasaklanmasını ve tacizin istenmeme unsurunun göz ardı edilmesinin muhafazakâr amaçlara hizmet edeceği uyarısında bulunmaktadır.¹⁹¹ *West*'e göre cinsel taciz, kişinin ruhsal bütünlüğüne yani kişiliğine yönelik bir zarar oluşturur. İşyerinde veya okulunda istemediği cinsel ilişkiye, cinsel ilgiye ve cinselleştirmeye katlanmak durumunda kalan kadın veya kız çocuğu, yaşadığı acıya karşı koymak üzere harekete geçmemektedir. Harekete geçmemesinin ardında işini korumak, daha sonraki saldırıları engellemek, öğretmeniyle olan ilişkisini korumak, kendisinin ve çocuklarının ekonomik güvencesini korumak gibi nedenler yatabilir. Kadınların rıza göstermek durumunda kaldığı istenmeyen cinsellik veya cinsel taciz sürekli bir acı kaynağıdır. Bu durumdaki kadınlar kendi fiziksel veya cinsel zevklerine dayanan seçimler yapmak yerine tacizcinin zevkine uygun seçimler yapmış olurlar. Böylece istenmeyen cinsel ilişki veya tacize rıza göstermek durumunda kalan kadınlar hem bedenlerine yabancılaşır hem de fiziksel acıya katlanırlar ve aynı zamanda kişilikleri zarar görür. Çalışma yaşamında kadınların öncelikle yetkinlikleri, ayrıca özerklikleri ve kişisel bütünlükleri zarar görür. Son olarak, başkasının zevki uğruna acıya katlanmak durumunda kalan kişi bir özne değil nesne konumuna gelir.¹⁹² Yazar teknik hukuk açısından cinsel tacizin haksız fiil olarak ele alınması yönünde bir görüş bildirmemişse de, tacizin bir kişilik hakkı ihlali olduğunu ortaya koymaktadır ve #MeToo hareketi sonrasında 2018 yılındaki cinsel tacizin yaptırımsız kalma nedenlerini irdedelediği “*Manufacturing Consent: Why is it so difficult to wage a legal campaign*

¹⁹⁰ *West*, 2004, s. 138-139.

¹⁹¹ *West*, 2004, s. 148.

¹⁹² *West*, 2004, s. 141-145.

against sexual harassment?” başlıklı makalesinde ayrımcılık nitelemesinin kafa karıştırıcı olduğunu ve tacize uğrayan kişilerin deneyimleriyle uyumsuz olduğunu ifade etmiş ve cinsel tacizin haksız fiil olarak ele alınmamasının da kamuoyundaki kafa karışıklığında etkili olabileceğini ifade etmiştir.¹⁹³

Martha Chamallas, 2007 yılındaki “*Discrimination and outrage: The migration from civil rights to tort law*” başlıklı makalesinde cinsel tacizle mücadelede haksız fiil hukukunun Medeni Haklar Yasası’nın kapsamadığı alanlarda bir boşluk doldurma işlevinden öte bir rol üstlenmesinin gerekliliğini savunmuş; fakat bunun Medeni Haklar Yasası kapsamında gelişmiş olan cinsel taciz hukukunun bazı kurum ve kavramlarının haksız fiil hukukuna aktartılmasıyla mümkün olabileceğini ifade etmiştir.¹⁹⁴ Yazara göre cinsel taciz, ne tipik bir haksız fiil ne de tipik bir ayrımcılık vakasıdır.¹⁹⁵ Cinsel tacizin tek bir yönü yoktur ve bu nedenle sınıflandırması zordur. Cinsel taciz sonucunda manevi zararlar, gelir kayıpları ve beden bütünlüğünün bozulması şeklinde çeşitli zararlar ortaya çıkabilmektedir. Cinsel tacizi salt bireysel bir zarar veya grup temelli bir zarar olarak sınıflandırmak mümkün değildir. İşyerinde bir kadın cinsel tacize uğradığında diğer kadınlar da bundan rahatsızlık duyar ve kendilerini saldırıya açık hissederler. Kadınlar cinsel taciz aracılığıyla nesneleştirilirler ve kendilerine işyerlerindeki aşağı konumları hatırlatılır. Buna karşılık, taciz her ne kadar grup özellikleriyle bağlantılı olarak gerçekleşse de tacizi doğrudan yaşayanlar bireylerdir.¹⁹⁶

Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı doğrudan ekonomik zarara yol açan hâllerle mücadeleyi hedeflemiş ve süregiden ayrımcılığı sona erdirmeyi amaçlamıştır. Yasada, ihlali gerçekleştiren kişiler değil, işverenler sorumlu tutulmuştur. Ücret kayıplarının

¹⁹³ West, 2018, s. 61-63.

¹⁹⁴ Chamallas, 2007, s. 2119.

¹⁹⁵ Chamallas, 2007, s. 2139.

¹⁹⁶ Chamallas, 2007, s. 2147-2150.

karşılanması dışındaki tazminat hakları ilk kez yasada 1991 yılında yapılan değişiklikle getirilmiş ve böylece işini kaybetmemiş olan cinsel taciz mağdurları da manevi tazminat hakkına kavuşmuştur. Yasada düzenlenen tazminatlara bir üst sınır getirilmiştir. Söz konusu değişikliklere rağmen, düzenlemenin temelinde maddi zararı karşılamak yattığı için cinsel taciz olaylarında sorumluluğu kurmak zordur; maddi kayıp yaratan hâllerde tek bir davranış sorumluluğu kurmaya yeterken cinsel tacizde davranışı ciddi ve yaygın olma şartı aranmaktadır.¹⁹⁷

Chamallas'a göre göre, *MacKinnon*'ın 1970'li yıllarda cinsel tacizle mücadele için bir mecra ararken haksız fiil hukukundan uzak durarak çözümü Medeni Haklar Yasası'nda aramasının haklı nedenleri vardı. Haksız fiil hukuku sistematik cinsel tacize yanıt vermekten uzaktı ve aynı zamanda ahlakçı bir bakış açısı mevcuttu.¹⁹⁸ Mahkemelerce cinsel taciz, cinsel talep ("*sexual solicitation*") olarak değerlendiriliyordu ve genel olarak "*istemekten zarar gelmez*" anlayışı hakimdi.¹⁹⁹ Ancak zamanla cinsel taciz hukukunda yaşanan gelişmelerin haksız fiil hukukuna aktarılmasıyla bu hukuk alanı cinsel tacizle mücadelede anlamlı bir rol üstlenebilir. Öncelikle, cinsel tacize karşı verilen hukuki mücadele "*istemekten zarar gelmez*" inancını değiştirmiştir. Düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizde, taciz sürecinin tamamının tek tek olaylardan daha tehlikeli olabileceği ve olayın bağlamının önemli olduğu ortaya konmuştur. Ayrıca cinsel tacizin tek bir amacının olmadığı, pek çok zaman cinsel arzulardan kaynaklanmadığı ve işyerinde cinsiyete dayalı ayrışmayı sürdürmek veya hiyerarşiyi korumak gibi farklı amaçları olabileceği ortaya konmuştur. Cinsel tacizin belirlenmesinde getirilen objektif makul kişi ölçütü farklı bakış açılarının dikkate alınmasını sağlamıştır. Medeni Haklar Yasası bağlamında cinsel tacize karşı

¹⁹⁷ *Chamallas*, 2007, s. 2140-2142.

¹⁹⁸ *Chamallas*, 2007, s. 2168-2169.

¹⁹⁹ *Chamallas*, 2007, s. 2156-2159.

mücadelede ortaya çıkan tüm bu yenilikler haksız fiil hukukuna aktararak, namus temelli bir bakış açısından insan onuru temelli bir bakış açısına geçiş sağlanabilir. Örneğin, cinsel taciz kasten duygusal acı verme haksız fiili olarak değerlendirildiğinde, davranışın ayrımcılık yaratmasının bu haksız fiilin şartlarından acımasız davranış (“*ourtrageousness*”) ölçütünü karşıladığı kabul edilebilir.²⁰⁰

Chamallas’a göre, haksız fiil hukuku Medeni Haklar Yasası’nın eksik kaldığı bazı hâllerde fayda sağlayabilir; makalenin yazıldığı dönemde henüz tartışmalı olan hemcinsler arası tacize veya kişinin cinsiyetine ilişkin kalıp yargılara uymadığı için uğradığı tacize yanıt verebilir; ayrıca çok boyutlu tacizleri ele almaya da uygundur. Haksız fiil hukukunda, tacizcinin niyetinin önem taşımaması bu hukuk dalının avantajlarından biri olabilir. Ayrıca haksız fiil hukukunda tazminatlarda bir üst sınır bulunmaması uygulamadaki bir diğer yarar olacaktır. Öte yandan yazar, haksız fiil hukukunun söz konusu faydalarının kuramsal olduğunu ve *MacKinnon*’ın uyarılarının geçerliliğini koruduğunu ifade etme; ancak o zamandan beri hukuki manzaranın büyük değişime uğradığını da eklemektedir.²⁰¹ Yazar, haksız fiil hukukunun cinsel tacizle mücadeledeki olası yararlarına ilişkin görüşlerini *#MeToo* hareketi sonrasında geliştirerek yinelemiştir; söz konusu görüşlere aşağıda ilgili başlıkta yer verilmiştir.

c. Değerlendirme

Cinsel tacizin, ayrımcılık olarak veya haksız fiil çerçevesinden ele alınması salt yarışan haklar arasında tercihe dayalı bir teknik hukuk sorusu değildir; aynı zamanda politik bir tercihi yansıtmaktadır. *MacKinnon*, cinsel tacizi iki kişi arasındaki münferit bir olaydan kaynaklanan bir sorun olarak değil, bir grup olarak kadınların karşılaştığı ve

²⁰⁰ *Chamallas*, 2007, s. 2172-2176.

²⁰¹ *Chamallas*, 2007, s. 2118, 2177-2179.

iş yaşamlarındaki yerlerini sarsan yapısal bir sorun olarak ele almıştır. Böylece, yazar toplumdaki cinsiyet eşitsizliği ve iş ilişkisinde gerçekleşen cinsel taciz arasındaki ilişkiyi kurmuş, tacizin eşitsizliği derinleştirdiğini ve tacize uğrayan kadınlar bakımından iş yaşamında ortaya çıkardığı ayrımcı sonuçları ortaya koymuştur. *MacKinnon*’un geliştirdiği ayrımcılık görüşü, cinsel tacize dair bakış açısında köklü bir değişim yaratmıştır. Cinsel taciz sorununa bir defa ayrımcılık merceğinden baktıktan sonra sorunun grup temelli boyutunu göz ardı etmek mümkün görünmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, *MacKinnon*’dan sonra cinsel tacizin ayrımcılık yerine haksız fiil temelinden ele alınması gerektiğini savunan feminist hukukçular az sayıdadır. *Bernstein* doğrudan haksız fiil hukukunun uygulanmasını savunmamış olmakla beraber, cinsel tacizin grup temelli niteliğine ilişkin mücadelenin yerinin mahkeme olmadığını ifade etmiştir. *Ehrenreich*, haksız fiil görüşünde bir adım daha ileri atarak, haksız fiile dayanan davaların Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı bağlamında açılacak davalara bir ek veya alternatif olarak ele alınması gerektiğini savunmuştur. *Chamallas* haksız fiil hukukunun ayrımcılık hukukunun eksik kaldığı noktalarda tamamlayıcı bir rol üstlenebileceğini savunmakla beraber, haksız fiil hukukunun ancak ciddi bir değişim geçirmesi ve cinsel taciz hukukunda yaşanan gelişmelerin bu alana aktarılması yoluyla cinsel tacizle mücadelede etki gösterebileceğini ifade etmektedir. Her üç yazarın da cinsel taciz hukukundaki eksiklikleri gidermek üzere haksız fiil hukukuna yönelmelerinin nedenleri arasında görüşlerini bildirdikleri tarihlerde cinsel tacize ilişkin hukuk uygulamasının hemcinsler arası tacizi tanımaktaki ikircikli tutumu yer almaktadır. Ancak aşağıda inceleneceği üzere, günümüzde hemcinsler arası tacize ilişkin sorun ABD Yüksek Mahkemesi’nin yakın tarihli kararlarıyla çözülmüş, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayanan cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmiştir. Yazarların işaret ettiği sıkıntıların bir kısmı, Medeni Haklar Yasası bağlamındaki tazminat sorumluluğunun kısıtlılıklarına ilişkindir. *West*, cinsel tacizden

kaynaklanan davalarda doğrudan haksız fiil hukukunun uygulanmasını savunmamakla birlikte, cinsel taciz sebebiyle oluşan zararın bir kişilik hakkı ihlali olduğunu ve cinsel tacizi ayrımcılık olarak ele almanın kafa karıştırıcı olduğunu ifade etmektedir. Haksız fiil hukukunun sağlayabileceği ek yararlarla ilişkin tartışmalar #MeToo hareketi sonrasında tekrar canlanmışsa da söz konusu görüşler cinsel tacizin ayrımcılık yarattığı görüşüne karşı çıkmamakta ve haksız fiil hukukundan bir fayda beklenebilmesi için bu hukuk dalının birtakım değişimler geçirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Genel olarak feminist hukukçular arasında, cinsel tacizin ayrımcılık yarattığı görüşü kabul görmekte, haksız fiil hukukuna başvurulması nadiren savunulmaktadır.

Kanımca, cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu göz ardı etmek ve konuyu sadece haksız fiil temelinde ele almak, bu sorunun toplumsal boyutunun dikkatte alınması ve böylece kalıcı çözümlerinin üretilmesinin önünde engel teşkil edecektir. Hukukumuzda da cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, ABD’de cinsel tacizin haksız fiil veya ayrımcılık olarak değerlendirilmesine ilişkin tartışmanın hukukumuzda pratikte tam bir karşılığı yoktur. ABD’de haksız fiil ve ayrımcılığa ilişkin davaların, farklı usuller izlenerek ayrı ayrı açılmasının gerekirken, hukukumuzda hem ayrımcılığa dayanan tazminat talepleri hem de haksız fiilden (veya olayın koşullarına göre sözleşmeye aykırılıktan) kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri tek bir davada birleştirilerek iş mahkemesinde dava açılabilir.

2. Cinsel tacizden cinsiyet temelli tacize: cinsel taciz teorisinde gelişmeler

a. *MacKinnon'un cinsel ezilmişliğe (“sexual subordination”) odaklanan açıklamaları*²⁰²

MacKinnon'a göre cinsel taciz özünde cinsiyet ve kadının ikincil konumuyla bağlantılıdır. Erkekler, cinsel amaçlı yaklaşımlar ve cinsel suiistimal yoluyla, işyerindeki kadınlar üzerindeki nüfuzlarını güçlendirirler.²⁰³ Yazar, cinsiyet ayrımcılığı yasağı bakımından iki temel yaklaşım tespit etmekte ve cinsel tacizin her iki yaklaşım yönünden de ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmektedir. Kısaca açıklanacak olursa “*farklılıklar yaklaşımı*” olarak adlandırılan yaklaşımda, cinsiyet ayrımcılığı cinsiyetler arasındaki her türlü farklı muameleyi değil, yalnızca haklı nedenleri olmayanları, bir başka ifadeyle keyfi farklı muameleleri yasaklar. “*Eşitsizlik yaklaşımı*” ise, kadın ve erkeğin toplumsal konumlarının basitçe farklı olmadığını, eşitsiz olduğunu ve toplumdaki erkek ve kadın rolleri arasında hiyerarşik bir yapı olduğunu dikkate alır. Bu yaklaşımda, cinsiyet ayrımcılığı yasağının amacı kadınların toplumdaki aşağı konumu ile kadınları dezavantajlı duruma getiren uygulamaları besleyen toplumsal yapıları ortadan kaldırmaktır.²⁰⁴

Eşitsizlik yaklaşımına göre, kadınların erkekler tarafından taciz edilmelerinin nedeni salt kadın olmalıdır ve bu kadın cinselliğinin toplumsal anlamından kaynaklanmaktadır.²⁰⁵ Cinsel taciz, kadınların cinsel yönden erkeklerin esareti altında ve aynı zamanda emek piyasasının en altında bulunduğu birbirine geçmiş yapıyı

²⁰² “*Subordination*” ifadesi, *MacKinnon'un* cinsellikle ilgili açıklamaları bağlamında, bastırılmışlık s. 151, boyun eğme s. 160, tabi kılma s. 161 olarak, “*sexual subordination*” ise cinsel ezilmişlik s. 178 veya cinsel boyun eğme s. 231 olarak tercüme edilmiştir, *MacKinnon*, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, 2015. *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, s. 128, 136, 137, 153.

²⁰³ *Lempen*, 2006, s. 34. *Yuracko*, 2019, s. 285.

²⁰⁴ *MacKinnon*, 1979, s. 101-103. Farklılıklar yaklaşımı ve liberal eşitlik anlayışı konusunda bkz. *Scales*, 2019, s. 127-135.

²⁰⁵ *MacKinnon*, 1979, s. 174.

sürdürür. Tarihte, bu güçlerin kadınlar üzerindeki etkisi sınıflara göre farklılık göstermiştir. “İffetli” kadınların çalışmalarına izin verildiği takdirde “sapık”ların kurbanı olacakları gerekçesiyle, ekonomik olarak daha iyi durumdaki kadınlar kazançlı işlerden dışlanmışlardır. Üst sınıftakiler için uygunsuz görülen ve küçümsenen hizmetçilik işleri daha alt sınıflardaki eğitimden ve pazarlanabilir becerilerden yoksun kadın işçilere kalmıştır. Bu işlerde çalışan kadınlar, erkeklere göre daha güvencesiz koşullarda ve düşük ücretlerde çalıştırılmışlar ve hem ekonomik hem de cinsel olarak işverenin insafına terk edilmişlerdir. Bu konumun tam olarak gerçekten tarihte kaldığından da söz edilemez. Eğer “aşağı cinsiyet” konumunu (“inferior sex status”) pekiştiren ve ifade eden geleneksel dinamiklerin varlığını sürdürmesine izin verilirse, cinsiyet ayrımcılığına karşı koruma anlamını yitirecektir. Cinsel talepleri reddeden bir kadının işe alınması, terfi etmesi veya hak ettiği ücreti alması engellenebildiği sürece; mesleki eğitim ve eğitime eşit erişim güvencesinin gerçekliği olmayacaktır. Bu hâlde yasal eşitlik vaadi bir hayalden ibaret kalacaktır.²⁰⁶

Cinsel tacizi açıklayan bir diğer husus toplumdaki geleneksel cinsiyet rolleridir. İdeal erkeklik tahakküm ve agresiflikle tanımlanırken, ideal kadınlık itaatkarlık, pasiflik ve erkeklerden gelen girişimleri kabul etmekle tanımlanmıştır. Toplumdaki erkeklik algısındaki temel unsurlardan biri, kadınları “fethetmektir”. Kadınlar da erkeklerin astı hâline gelmeye veya kendilerini bu şekilde görmeye şartlanmaktadırlar. Cinsel taciz, tüm kadınları cinsel obje olarak gören toplumsal kalıp yargıların bir parçasıdır. Cinsel taciz, cinselliğin toplumsal anlamı bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturur. Söz konusu roller toplumda ne kadar benimsenmiş olursa olsun, bunların sosyal ve ekonomik kaynakların dağıtımında herhangi bir rolü olamaz. Bu kalıp yargıların sosyal

²⁰⁶ MacKinnon, 1979, s. 174-178.

ve ekonomik alanda varlığını sürdürmesine izin verildiği takdirde kadınların ekonomik özgürlüklerine kavuşmaları mümkün olmaz.²⁰⁷

Kadınlar toplumda büyük ölçüde cinsellik üzerinden tanımlanmaktadır; bu durum cinsel tacizin cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmalarının bir diğer nedenidir. Cinsel taciz davranışları kadın cinselliğini tanımlayan özelliklere, yani ikincil cinsel özelliklerine ve cinsel rol davranışlarına yönelir. Bu yönüyle kadın cinselliğine yönelik bir saldırı, aynı zamanda kadınlığa yönelik bir saldırıdır. Cinsel taciz, kadınların salt kadın olmaları sebebiyle karşılaştıkları bir saldırıdır. Cinselliğe dayalı bir ayrımcılık aynı zamanda cinsiyete dayalı bir ayrımcılık veya onun alt kategorisini oluşturur. Cinsel taciz, erkek cinsel rolünde vücut bulan erkek ayrıcalığının açık bir dışavurumudur ve çalışma bağlamında da erkeklerin işyerinde bulundurduğu güç ile desteklenir.²⁰⁸

Farklılıklar yaklaşımından ele alındığında cinsel taciz, kadınları erkeklerden ayrı olarak hedef alması sebebiyle cinsiyet ayrımcılığı oluşturur. Taciz, kadınları erkeklerden farklı şekilde kısıtlar, erkek işçilerin cinsellikle ilgili şartlara maruz kalmaksızın elde ettiği imkanlardan kadınları mahrum bırakır. Böylece kadınlar açısından, cinsellik içeren ayrı çalışma standartları oluşturulmuş olur. Cinsel taciz, kadınların çalışma deneyimini erkeklerinkine göre daha zararlı, stresli, güvencesiz ve ekonomik yönden daha elverişsiz kılar; bu farklılığın işin niteliği veya çalışmanın performansı gibi makul hiçbir gerekçesi yoktur. Pek çok durumda, mağdurun cinsiyeti farklı olsaydı cinsel tacize maruz kalmayacağı sonucuna varılabilir. Bu bağlamda, kadınlar kendilerine yönelik cinsel talepleri karşılamış olsalar dahi bu davranışın mağduru olurlar. Talepleri karşılayan mağdurlar, işlerindeki bir diğer çıkarlarının zedelenmiş olup olmamasından bağımsız olarak, işlerinde cinsel bir standarda uymak

²⁰⁷ MacKinnon, 1979, s. 178-180.

²⁰⁸ MacKinnon, 1979, s. 182-192.

durumunda bırakıldıkları için salt bu talepten ötürü zarar görmektedirler.²⁰⁹ Hatta cinsel taleplere boyun eğmek zorunda kalan kadınlar, bu talepleri etkili bir şekilde reddedebilmiş kadınlarla eşit derecede veya onlardan daha fazla zarar görürler.²¹⁰

Son olarak, cinsel taciz kadın ve erkekler üzerinde farklı etkiler yaratmaktadır. Kadınların hem cinsel tacize uğrama ihtimali erkeklerden çok daha fazladır hem de tacizin kadınlar üzerindeki etkisi daha ağırdır. Cinsel tacizin, grup temelli ayrımcılık oluşturması için, o işyerindeki tüm kadınların tacize uğraması gerekmez; tacizin mağdur olan kişinin kadın olması sebebiyle gerçekleşmiş olması yeterlidir. Ayrıca, davranışları cinsiyet ayrımcılığı yaratan failin amaç ve saiklerinin önemi bulunmamaktadır.²¹¹

MacKinnon hemcinsler arası tacizi de hem farklılıklar hem de eşitsizlik yaklaşımı bakış açılarıyla değerlendirmiştir. Farklılıklar yaklaşımında, hemcinsler arası taciz, cinsiyete dayalı farklı bir muamele söz konusu olduğundan ayrımcılık oluşturacaktır. Eşitsizlik yaklaşımında da eşcinsel kişilerin tacize uğraması ayrımcılık oluşturur; zira burada kadınların erkeklerin tacizine uğramalarıyla kıyaslanabilir bir durum vardır. Mağdurun eşcinsel olduğu durumda, baskın grubun ikincil konumdaki gruba yönelik tacizi söz konusudur.²¹² Cinsel yönelime dayanan cinsel taciz bir cinsiyet ayrımcılığıdır. Öncelikle, eşcinsel kadın ve erkekler, gerçek veya varsayılan partnerlerin cinsiyeti sebebiyle tacize uğramaktadır; eğer kendilerinin veya partnerlerinin cinsiyeti farklı olsaydı bu davranışlara maruz kalmayacakları söylenebilir. Ayrıca eşcinsel kadın ve erkekler, cinsellikte cinsiyetler arası eşitsiz rollerin doğallığı ve kaçınılmazlığına

²⁰⁹ *MacKinnon*, 1979, s. 192-197.

²¹⁰ *MacKinnon*, 1987, s. 110.

²¹¹ *MacKinnon*, 1979, s. 197-207.

²¹² *MacKinnon*, 1979, s. 203-204.

uymayarak toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin cinsel yönüne meydan okudukları için, bu kişilere yönelen taciz ayrımcılık oluşturur.²¹³

Mağdurun cinsel yöneliminden bağımsız olarak hemcinsler (erkekler arası) cinsel taciz ve saldırılar toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanan ciddi bir sorundur. Özellikle, tamamen erkeklerden oluşan topluluklardaki ağır hiyerarşik yapı, cinsel taciz ve saldırılara zemin hazırlar. Erkekler, toplumda üzerinde egemenlik kurdukları kişilere cinsel taciz ve saldırıda bulunabilirler; burada önce kadın ve çocuklar ardından diğer erkekler hedef olurlar. Erkeklerin diğer erkeklerin cinsel taciz ve saldırılarının hedef hâline gelmelerinde, fiziksel özellikleri, etnik kökenleri, engellilik hâlleri, gerçek veya dışarıdan algılanan cinsel yönelimleri gibi özellikleri belirleyici olabilir.²¹⁴ Erkekler, diğer erkekleri taciz ederek mağduru “kadın” rolüne sokar ve “erkekliğini” elinden alırlar. Genellikle, geleneksel toplumsal cinsiyet kalıplarına uymayan erkekler cinsel tacizin hedefi olurlar. Erkeklerin, cinsel taciz mağduru olabileceğini reddetmek, erkek egemenliğini güçlendirmeye hizmet edecektir. Zira böylece bir yandan erkeklerin cinsel yönden zarar görmeyecekleri ve dolayısıyla üstün oldukları algısı güçlendirilirken bir yandan da kadınların cinsel tacize uğraması normalleştirilir.²¹⁵

Son olarak kadınların (örneğin şirket yöneticisi veya eğitim bağlamında öğretim üyesinin) cinsel taciz faili olmaları durumunda, failin cinsiyeti onun sorumluluktan kaçmasına neden olmamalıdır. Bu durumlarda, kadın fail geleneksel olarak erkeklere ait olan bir güce erişmiş ve erkeklere göre tanımlanmış bu mevkiinin getirdiği koruma ve meşruiyeti elde etmiştir. Kadın fail, içinde bulunduğu mevki erkeklerin cinsiyet rolünü

²¹³ MacKinnon, 1997, s. 33-34.

²¹⁴ MacKinnon, 1997, s. 17-19.

²¹⁵ MacKinnon, 1997, s. 20-21.

oynamak için kullanıyor, yani tacizde bulunuyorsa, erkeklerle aynı şekilde yaptırma uğramalıdır.²¹⁶

b. Cinsel taciz öğretisinde gelişmeler: Franke, Abrams ve Schultz'un cinsiyetçiliğe odaklanan açıklamaları

1990'lı yılların ikinci yarısında feminist öğreti, cinsel tacizin neden ayrımcılık oluşturduğu ve işyerinde nasıl bir etki doğurduğuna ilişkin yeni açıklamalar getirmiştir. Katherine Franke, Kathryn Abrams ve Vicki Schultz, açıklamalarında cinsel taciz sorununun kaynağı olarak, cinsiyetçiliği ve cinsiyete dair kalıp yargıları merkeze almışlardır.²¹⁷

Katherine Franke, 1997 yılında yayımladığı “*What’s Wrong With Sexual Harassment?*” başlıklı makalesinde öncelikle, öğreti ve yargı uygulamasındaki cinsel taciz anlayışlarını tespit edip ve eleştirmekte, ardından cinsel tacizi bir “cinsiyetçilik teknolojisi” (“*technology of sexism*”) olarak kavramsallaştırmaktadır. Yazarın incelediği bakış açıları, arzu temelli bakış açısı ve cinsel tacizi cinsiyet ayrımcılığı olarak gören bakış açısıdır. Cinsiyet ayrımcılığı bakış açısını kendi içerisinde; şekli eşitlik ilkesini esas alan görüş, cinsellik karşıtı görüş ve cinsel tahakküm görüşü olarak sınıflandırmaktadır.²¹⁸

Özellikle yargı uygulamasında, cinsel tacizi cinsel arzuların dışı vurumu olarak gören kavrayış, aslında tacizi cinsiyet açısından heterojen işyerinin kaçınılmaz bir sonucu ve kadınların kamusal alana katıldıkları için ödemeleri gereken bir bedel olarak

²¹⁶ MacKinnon, 1979, s. 202.

²¹⁷ Ehrenreich, 1999, s. 11. Lempen, 2006, s. 38. Yuracko, 2019, s. 288.

²¹⁸ Franke, 1997, s. 700-705. Yuracko, 2019, s. 289.

görmektedir.²¹⁹ Bu bakış açısında, mağdur karşı cinsten olsaydı tacize uğramayacağı sonucuna varılmaktadır ve buna göre taciz kişinin cinsel yönelimin bir ifadesidir. Yazara göre, cinsel tacizin altında yatan neden ister arzu olsun ister olmasın, davranışın cinsiyet ayrımcılığı oluşturma nedeni toplumsal cinsiyet rollerini dayatmasıdır.²²⁰ Ayrıca bu bakış açısı, mağdur erkeklerin erkeklik rollerine uygun olmadıkları için taciz edildikleri ve arzuya dayanmayan hemcinsler arası tacizi açıklayamamaktadır.²²¹

Ayrımcılık bakımından baskın anlayış, şekli eşitlik anlayışıdır. Bu bağlamda cinsel taciz de kişinin cinsiyetinden dolayı karşılaştığı farklı bir muamele olduğu için ayrımcılık oluşturur. Bu yaklaşım da failin eşcinsel olmadığı hemcinsler arası tacizleri açıklamakta yetersiz kalmaktadır.²²² Bir diğer yaklaşıma göre, cinsel tacizin ayrımcılık oluşturma sebebi, davranışın cinsel niteliğinden kaynaklanmaktadır.²²³ Franke'ye göre cinsel tacizin ayrımcılık oluşturma nedeni davranışın cinsel nitelikli olması değil, cinsel davranışların toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargılarını dayatması ve sürdürmesidir. İşyerinde cinselliğin her türlü dışavurumunu (*örneğin çalışanlar arasında cinsel veya romantik ilişki yasağı gibi*) yasaklamak soruna aşırı tepki göstermektir ve bu tür bir paternalist yaklaşım kadınların kendi cinselliklerine dair kontrol kapasitelerini yadsır veya sorgulamaya açar.²²⁴ Son olarak, cinsel tacizi bir cinsel ezilmişlik olarak değerlendirdiği için ayrımcı bulan görüş, cinsel tacizi şekli eşitlik anlayışı veya cinsellik karşıtı görüşe göre daha iyi açıklamakla beraber, tacizin biyolojik bir kategori olarak erkeklerin biyolojik bir kategori olarak kadınlara karşı gerçekleştirdiği bir eylem olduğu

²¹⁹ Franke, 1997, s. 700.

²²⁰ Franke, 1997, s. 732-734.

²²¹ Franke, 1997, s. 739.

²²² Franke, 1997, s. 705-714.

²²³ Franke, 1997, s. 715-716.

²²⁴ Franke, 1997, s. 745-746. Parantez içindeki italik kısım örnek sağlamak amacıyla tarafımdan eklenmiştir.

Kabulüne çok fazla dayanmaktadır. Dolayısıyla bu görüş de hemcinsler arası tacizi açıklamakta eksik kalmaktadır.²²⁵

Franke'ye göre cinsel taciz, bir cinsiyetçilik teknolojisidir. Teknoloji, bir görevi yerine getirme yöntemi veya belirli bir alanın özelleşmiş yönü olarak tanımlandığına göre cinsel taciz hem cinsiyetçi amaçları yerine getirme yöntemi hem de cinsiyetçi ideolojinin özel olarak somutlaştırılmasıdır.²²⁶ Cinsiyetçilik, kadınları feminenleştirir ve cinselleştirirken erkekleri de etkilemektedir; kadınlar heteroseksüel nesneler, erkekler de heteroseksüel özneler olarak görülürler. Cinsel taciz, hetero-patriyarkal amaçları gerçekleştirmenin çok etkili bir yöntemi olabilir. Cinsiyetçilik kadın ve erkekleri aynı şekilde etkilememekle beraber herkesin üzerinde etki doğurur; “*gerçek*” kadın ve erkeklerin nasıl olması gerektiğine dair bakış açısını sağlamlaştırır. Cinsel taciz, bir taraftan erkek işlerini yapmaya kalkışan kadınları kendi ait oldukları yere gönderirken, geleneksel olarak kadın işlerinde çalışan kadınlara da çalışan olarak değil cinsel obje olarak muamele etmenin bir aracıdır. Öte yandan, yerleşik erkeklik algısına uymayan, bir başka ifadeyle yeterince erkek olmayan erkekler de düzene uymadıkları için hemcinslerinin tacizine uğrayabilirler. Bu yönüyle cinsel taciz, farklı olanı cezalandıran ve norma uymaya zorlayan bir disiplin yöntemidir.²²⁷ Cinsel taciz, bir tür düzenleyici uygulama olarak, kadın ve erkeklerin nasıl olmaları gerektiğiyle ilgili bir bakış açısını

²²⁵ *Franke*, 1997, s. 760-761.

²²⁶ *Franke*, 1997, s. 693.

²²⁷ *Franke*, 1997, s. 763-766. *Franke*'ye göre, eşcinsel üstün astını taciz etmesi örneğinde, erkeklerin kadınları taciz etmesi örneğindeki gibi bir toplumsal cinsiyet rolünün uygulanması söz konusu değildir. Bu durumda, mağdur cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu değil, doğrudan ayrımcılığa uğradığını ileri sürmelidir. Yine fazla maskülen bir ortamda erkeklerin birbirlerine cinsel içerikli şakalar yapmaları durumunda, sadece davranışlardan rahatsız olmak buranın düşmanca bir çalışma ortamı oluşturduğu anlamına gelmeyebilir. Somut olaya göre davranışların, farklı olanı hizaya getirmek için yapılması durumunda bir düşmanca çalışma ortamı oluşabilir ve dolayısıyla ayrımcılık söz konusu olabilir. Öte yandan fazla maskülen veya feminen her ortam için Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığını işletmek uygun bir tercih değildir. Bazı davranışlar işyerinde uygunsuz olmakla beraber ayrımcılık oluşturmaz ve bu durumda haksız fiil hükümlerine başvurulabilir, s. 766-778.

işler, tatbik eder ve kontrol altında tutar. Bu yönüyle cinsel taciz, bir cinsiyet ayrımcılığı teknolojisi işlevi görür.²²⁸

Kathryn Abrams, 1998 yılında yayımladığı “*The New Jurisprudence of Sexual Harassment*” başlıklı makalesinde *Bernstein* ve *Franke*’nin yukarıda yer verilen makalelerini değerlendirmekte, ardından kendi görüşlerini ortaya koymaktadır. *Abrams*, *Franke*’nin cinsel tacize getirdiği açıklamaları tamamen reddetmemekle beraber cinsel ezilmişlik perspektifini savunmakta ve yazarı cinsel tacizin gerçekleştiği bağlam olan işyerini yeterince dikkate almadığı için eleştirmektedir.

Giderek daha fazla kadının çalışma hayatına girmesiyle kadınların yaptığı işler çeşitlenmiştir; çalışma hayatı aynı zamanda kadınlar açısından dönüştürücü etki yaratmıştır. Kadınlar, çalışma hayatında hem işverenlerin hem de diğer işçilerin direnciyle karşılaşmıştır. Cam tavanlar ve yapışkan zeminler, kadınların çalışmalarına karşı çıkışın birer ifadesi ve kadınların iş gücünde kalmaktan vazgeçirmenin aracı olarak düzenlenmiştir. Bazı cinsel taciz türleri de kadınların iş hayatında varlığına karşı çıkan pozisyonda rol oynamıştır.²²⁹

Özellikle, erkeklerin baskın oldukları işlerde cinsel taciz kadınların işe girmesine direncin bir ifadesidir. Bu durumlarda, özellikle cinsel tacizin ağır türlerine maruz kalan kadınlar işten ayrılmak veya işteki pozisyonlarını değiştirmek zorunda kalmaktadırlar. İşyerindeki eril kontrolü sürdürmeyi amaçlayan diğer tacizler daha az barizdir; üstler veya iş arkadaşları, kadınlara doğrudan teklifte bulunarak veya işle ilgili özellikleri yerine kadınların cinselliklerini vurgulayan bir tavır takınarak onları cinselleştirirler. Böylece, kadınlara ciddiye alınmadıkları, eşit olmadıkları ve ne iş yaparlarsa yapsınlar geleneksel kadın rollerine göre değerlendirildikleri gösterilir. Ayrıca yeterince feminen

²²⁸ *Franke*, 1997, s. 771.

²²⁹ *Abrams*, 1998, s. 1195-1197.

görülmeven kadınlar bu tacizlerle hizaya getirilirler. Bu tür cinsel tacizlerin ayırt edici özelliğı kadınların bir grup olarak hedef alınmasıdır. Cinsel tacize doğrudan hedef olan kadın işiyle ilgili zararlarla karşılaşmaktadır; öte yandan taciz tüm kadınlara bir grup olarak gönderilen mesaj niteliğini taşır.²³⁰

Cinsel taciz bazen de kadınların işyerindeki varlığına doğrudan direnmeyi amaçlamaz; işyerindeki eril kuralların üstünlüğünü teyit eder. Bazı tacizler, işyerindeki cinsiyet hiyerarşisini dayatmayı amaçlar; geleneksel olarak kadın işi yapanların aşağılanması, feminen olmayan kadının, maskülen olmayan erkeğin taciz edilmesi gibi. Bu tür tacizlerde, genel toplumsal cinsiyet dinamikleri etkili olabilir; bazen taciz işyerindeki toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin görünümünün bir ifadesidir. Kadınları aşağılayan konuşmalar, pornografik görüntü paylaşımı bu duruma örnek gösterilebilir. Söz konusu tacizler, işyerindeki erkeklere rahat bir ortam sağladığı gibi, işyerini bu tür erillğe uygun bir alan gibi gösterir. Failler, davranışlarının uygunsuzluğunu veya mağdura zarar verdiğini düşünmeksizin, kendilerini bu şekilde ifade etmeye yetkili görürler. Bu davranışlar, bir grup olarak kadınlara yönlendirilebileceğı gibi, davranış veya duruşlarıyla eril kurallara tehdit olarak görülen kadınlara da yönlendirilebilir. Kısaca amaç, işyerindeki eril normları tahkim etmektir. *Abrams*'ın, *MacKinnon*'dan ayrıldığı temel nokta da budur. *MacKinnon*, cinsiyetçiliğın eril normları ayrıcalıklı hâle getirdiğini savunmuş ve işyeri gibi pek çok kurumu da bu normların yapılandırıldığını belirtmiştir; ancak cinsel tacizi, eril normları tahkim etme çabasının ifadesi veya sonucu olarak tanımlamamıştır.²³¹ *Abrams*'a göre cinsel tacizi işyerindeki erkek kontrolünü

²³⁰ *Abrams*, 1998, s. 1207-1208.

²³¹ *Abrams*, 1998, s. 1209-1214.

koruma ve eril normları güçlendirme aracı olarak tanımlamak, çeşitli taciz türlerini açıklamakta bir esneklik sağlar.²³²

Cinsel taciz, somut düzeyde mağdurları dezavantajlı bir duruma sokarken soyut düzeyde mağdurlara ciddi işçiler olarak görülmediklerini hissettirebilir. Sadece mağdurlar değil, kadın işçiler genel olarak çalışma ortamının düşmanca ve öngörülmez olduğunu hissedebilirler. Doğrudan tacize hedef olmayan kadın işçiler de rahatsız olabilir ve işyerine yabancılaşabilirler. Taciz, işçileri sadece işçi olarak değil, kadın ve erkek olarak şekillendirir. Cinsel taciz, işyerini toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin bulunduğu ve eril kurallarının çalışma ortamını şekillendirdiği erkek kontrolünün bir alanı olarak kalıcılaştırır. Erkekler maskülenliğe ve kadınlar feminenliğe doğru itilirler. Cinsel taciz, yalnızca cinsiyet ve toplumsal cinsiyet hiyerarşisini tahkim etmez, aynı zamanda çalışmanın getirdiği ekonomik kendine yeterlilik gibi imkanları tehlikeye atar. Cinsel taciz, hem toplumsal cinsiyet kurallarının baskın olduğu toplumda hem de kişisel eylemlilik (“*personal agency*”) durumunun gerçekleştirilmesinin güç olduğu işyeri ortamında kişisel özneliğe yönelen bir saldırdır.²³³

Abrams’ın görüşleri hemcinsler arası tacize uygulandığında, eril normlara uymayan erkekleri disipline etmeyi amaçlayan taciz, Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı uyarınca dava edilebilirlik açısından açıklaması en kolay olan türdür. Yazar, erkeklerin kendi aralarında yaptığı eril şakalaşmaların ayrımcılık oluşturmadığı yönünde *Franke*’ye katılmaktadır. Öte yandan eşcinsel erkeklerin gerçekleştirdiği *quid pro quo* tacizi ayrımcılık olarak görmesiyle, *Franke*’den ayrılmaktadır. *Abrams*’a göre, eğer davranış tek taraflıysa veya hedefin cinsel özneliğini yadsıyan bir biçimde arzularını hiçe saydıysa ya da eril cinsel özneliğine dair basmakalıp yargıları işyerinde tahkim

²³² *Abrams*, 1998, s. 1217.

²³³ *Abrams*, 1998, s. 1218-1220.

ettiye ayrımcılık olarak hukuki muamele görmelidir. Cinsiyetçilik, kişinin cinsel özne olarak konumunu sarsar ve bir erkeğin diğer bir erkeğin öznelğine saygı duymaması bu şekilde değerlendirilebilir. Hemcinsler arası bu tacizler de cinsiyetçiliği güçlendirir.²³⁴

Vicki Schultz, 1998 yılında yayımladığı “*Reconceptualizing Sexual Harassment*” başlıklı makalesinde, cinsel arzu-tahakküm paradigması olarak andığı görüşlere karşılık, düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizin, salt cinsel içerikli tacizler olarak anlaşılmasına karşı çıkarak, cinsiyet veya toplumsal cinsiyet temelli ancak cinsel içerikli olmayan tacizleri kapsayan bir düşmanca çalışma ortamı yaratan taciz anlayışını savunmaktadır. Yazara göre, mevcut cinsel taciz paradigması, bir taraftan cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayalı taciz biçimlerini kapsamaması nedeniyle yeterince kapsayıcı değilken, bir taraftan toplumsal cinsiyet hiyerarşisine katkıda bulunmayan cinsel ifadelerin yasaklanmasına hizmet etmesi nedeniyle gereğinden fazla kapsayıcıdır.²³⁵

Cinsel tacize ilişkin teori ve uygulama, ilk olarak cinsel kayırmacılık veya korkutma içeren *quid pro quo* tacize ilişkin olarak MacKinnon’ın yukarıda açıklanan görüşleri bağlamında gelişmiştir. Buna göre cinsel tacizin sorunlu olmasının nedeni, cinsel nitelikli olması ve heteroseksüel cinsel ilişkinin erkek tahakkümü ve kadınların ezilmişliğinin devam ettirilmesinin temel mekanizması olmasıdır.²³⁶ Daha sonra, düşmanca çalışma ortamı oluşturan taciz, mevcut paradigmaya uygun olarak cinsel anlamda düşünülmüş ve böylece cinsiyet temelli düşmanca davranışlar, taciz tanımının kapsamı dışında kalmıştır.²³⁷ Pek çok mahkeme, cinsel içerikli olmayan düşmanca

²³⁴ Abrams, 1998, s. 1226-1229. Yazara göre, lezbiyen kadınların gerçekleştirdiği *quid pro quo* taciz de benzer şekilde ele alınabilir; s. 1229, dn. 312.

²³⁵ Schultz, 1998, s. 1689.

²³⁶ Schultz, 1998, s. 1701-1705. Schultz, 2003, s. 2080.

²³⁷ Schultz, 1998, s. s. 1710.

Çalışma ortamına ilişkin davaları reddetmiştir.²³⁸ Taciz davranışının cinsel içerikli niteliğine odaklanmak, mahkemeleri kadınları yanlış nedenlerle korumaya yönlendirmektedir. Böylece, taciz hukuku kadınların güçlenmelerini desteklemek ve işçiler olarak eşitliğini sağlamak yerine, kadınların iffetlerini veya hassasiyetlerini korumak üzere kullanılmaktadır. Bu tür paternalist bir yaklaşımın yararı, cinsel olarak saf ve dolayısıyla korunmaya değeri görülen kadınlarla sınırlıdır. Bazı mahkemeler, cinsel korumadan yararlanmak için fazla açık saçık davrandığını, fazla yaşlı veya fazla güçlü olduğunu düşündükleri kadınların taciz iddialarını reddetmiştir. Kadınların uygun mağdur görüntüsüne bürünebilmek için kendilerini cinsel yönden saf, hatta pasif ve iş arkadaşlarının cinsel yırtıcılığının kurbanı olarak göstermeleri gerekmektedir.²³⁹

Schultz, düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizi açıklamak üzere, cinsel arzu-tahakküm paradigması olarak andığı görüşün yerine yetkinlik veya liyakate odaklanan bir paradigma ("*competence centered paradigm*") önermektedir. Yazara göre, radikal feminist gelenekteki görüşlerin aksine, erkeklerin işyerinde kadınları taciz etmelerinin temelinde yatan saik, kadınları tahakküm altına almak ve sömürmek değildir. İş ilişkisindeki cinsiyet temelli tacizlerin pek çoğunun temelinde, üst düzeydeki ve yüksek ücretli işlerin erkeklerin yetkinlik alanında kalmasını sağlama amacı yatmaktadır. Yetkinliğe odaklanan paradigmaya göre taciz, kadınlar ve "*daha az*" erkek görülen erkeklerden gelen tehdit karşısında, erkeklik üzerinden tanımlanan alanlar olarak daha ayrıcalıklı işlere ve işteki yetkinliğe sahip çıkmanın bir aracıdır. İş ilişkilerindeki cinsiyet temelli yatay ve dikey ayrışma sonucunda, erkekler daha yüksek gelir getiren ve daha prestijli işlerde çalışırlar. Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığının temel amacı işyerindeki cinsiyet temelli ayrışmanın ortadan kaldırılmasıdır. Erkekler, düşmanca ve

²³⁸ *Schultz*, 1998, s. 1716.

²³⁹ *Schultz*, 1998, s. 1729-1732.

cinsiyetçi çalışma ortamları yaratarak daha iyi işlerin kendilerinde kalmasını sağlayabilirler. Cinsel taciz, cinsiyetler arasındaki farklılıkları güçlendirmeye yönelik daha geniş çaplı bir taciz örüntüsünün bir parçasıdır. Taciz kadınların, geleneksel olarak kadın işi olmayan işlerden dışlanmalarını sağlayarak kadınların erkek işlerini yapamayacak alt sınıf işçiler oldukları görüşünü destekler ve kadınlara da bu işlere ait olmadıklarını hatırlatır. *Schultz*'a göre taciz, toplumdaki eşitsizliğin işyerine yansımından ibaret değildir; erkeklerin kadınlara işyerinde eşit muamele etmeyerek daha iyi işleri, daha yüksek kazancı ve nüfuzu ellerinde tutmalarının bir yöntemidir.²⁴⁰

Düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizin, yalnızca cinsel içerikli tacizi değil toplumsal cinsiyet beklentilerinden kaynaklanan her türlü davranışı kapsamı gerekir. Bu tür davranışlar, kadınları ve bazı erkekleri küçümseme amacını gütmektedir. Yetkinliğe odaklanan bakış açısı, kadınların işyerinde karşılaştıkları düşmanca davranışlara ilişkin daha bütünsel bir kavrayış sağlar. Cinsel içerikli olmayan tacizlere pek çok zaman cinsel taciz eşlik eder ve cinsel tacizin de amacı kadınların dışarı yönelik yetkinlik imajını ve işçi olarak kendilerine güvenlerini sarsmaktır. İşyerinde üst konumunda olan kadınlar, özellikle geleneksel olarak kadın işi olarak görülmeyen işlerde, cinsel içerikli olmayan tacizlere maruz kalabilirler. Ayrıca, kadınların cinsel tacize karşı direnç göstermeleri hâlinde, cinsel içerikli olmayan taciz biçimleri misilleme amacıyla kullanılabilir. Düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizin amaçlarından biri, kadınları işten uzaklaştırmaktır. Taciz aynı zamanda erkekler için, kadınları farklı ve aşağı konumdaki işçiler olarak göstererek, kadınlarla aynı ortamda çalışmayı kabullenmenin bir aracı olabilir. Tacizin bir diğer amacı, verili toplumsal cinsiyet sınırlarını aşmaya cüret eden kadınları cezalandırmak olabilir. Tacizi, yetkinliğe odaklanan bir perspektiften açıklamak, Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığını

²⁴⁰ *Schultz*, 1998, s. 1756-1761.

temelindeki işyerinde cinsiyet temelli ayrışmayı ortadan kaldırma amacına yeniden döndürecektir.²⁴¹

Düşmanca çalışma ortamı oluşturan taciz iddiaları incelenirken cinsel içerikli olan ve olmayan davranışlar bir arada ele alınmalıdır. Ayrıca ayrımcı davranışlar tacizlerle birlikte ortaya çıkabilir. Mahkemeler, incelemeleri sırasında şirketin genel yapısını ve yapısal eşitsizlik bulunup bulunmadığını dikkate almalıdır. Taciz belirlenirken nihai soru davranışların cinsiyete dayalı ayrımcı çalışma ortamı yaratıp yaratmadığı olmalıdır. Düşmanca çalışma ortamı, yetkinlik veya liyakate yönelik bir saldırı olarak görüldüğünde davranışın istenmeme unsurunun araştırılmasına gerek kalmayacaktır.²⁴²

Schultz'un yetkinlik temelli perspektifi aynı zamanda, hemcinsler arası tacizi açıklayabilmektedir. Eşcinsel kimlikleri, evli olmamaları, eşlerinden az kazanç elde etmeleri, çocuklarının bakımını üstlenmeleri, duygusal olmaları, kadın hareketini desteklemeleri gibi çeşitli özellikleri nedeniyle işyerinde uygun görülen erkek kişiliğine uymayan ve bu nedenle baskın gruba tehdit olarak görülen erkekler tacize uğrayabilmektelerdir. Bu tür tacizler de çalışma hayatındaki cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmaya hizmet eder.²⁴³ Son olarak, tacizi açıklarken yetkinlik temelli bir perspektif benimsemek, cinselliğin bazı zararsız dışavurumlarının düşmanca çalışma ortamı yaratan taciz olarak nitelendirilmesini engeller. *Schultz*'a göre, cinsel sözlerin aynı zamanda ayrımcı bir ortam yaratması önem taşımaktadır. Ayrıca yazar bu görüşünü, yalnızca düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizler bakımından ileri sürmektedir ve *quid pro quo* tacizi değerlendirmesinin dışında tutmaktadır.²⁴⁴

²⁴¹ *Schultz*, 1998, s. 1798-1802.

²⁴² *Schultz*, 1998, s. 1800-1802.

²⁴³ *Schultz*, 1998, s. 1774-1777.

²⁴⁴ *Schultz*, 1998, s. 1789-1795.

Schultz, 2018 yılında yayımladığı “*Reconceptualizing Sexual Harassment, Again*” başlıklı makalesinde, çalışma yaşamındaki cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmayı tacizin hem sebebi hem de sonucu olduğu yönündeki değerlendirmesini yinelemekle beraber, işyerindeki hiyerarşinin doğası gereği tacizi beslediğini ifade etmektedir. Yazara göre, işverenlerin ve yöneticilerin işe alım, terfi, ücret, değerlendirme ve işten çıkarma konularında işçiler üzerinde sahip oldukları sınırsız ve öznel otorite ayrımcılığa ve aynı zamanda cinsiyete dayalı tacize zemin hazırlamaktadır. Yöneticilere, öznel değerlendirmelerine dayalı olarak kullanabildikleri yetkiler vermek, işçiler üzerindeki otoritenin keyfî şekilde veya kötüye kullanılmasına imkân vermekte hatta teşvik etmektedir. Yazara göre, erkeklerin işyerindeki gücü genel olarak iddia edildiğinin aksine yüksek testosteron düzeyleri veya toplumdaki genel partiyarkal düzenle değil, iş organizasyonunda pek çok erkeğe şirketlerin, hatta yasaların verdiği kontrolsüz ve sınırsız nesnel otoriteyle açıklanabilir.²⁴⁵ Yazar, cinsel tacizi sona erdirmek için hem işyerlerindeki cinsiyete dayalı ayrışmanın ortadan kaldırılmasını hem de iş ilişkisindeki hiyerarşinin yeniden yapılandırılmasının gerektiğini ifade etmektedir. İş ilişkisindeki gereksiz hiyerarşinin ortadan kaldırılması, büyük çaplı iş hukuku reformunu, iş ilişkisindeki üstlerin otoritesini yeniden şekillendirecek ve sınırlandıracak sorumluluk hukuku kurallarının yanında aktivizmi gerektirmektedir.²⁴⁶

c. Değerlendirme

MacKinnon, 1979 yılında yayımladığı *Sexual Harassment of Working Women* adlı kitabında cinsel taciz teorisini temelde “*quid pro quo*” tacizler üzerinden geliştirmiştir. Yazar cinsel tacizi kadınların cinsel yönden erkeklerin baskısı altında olmalarıyla

²⁴⁵ *Schultz*, 2018b, s. 49-53.

²⁴⁶ *Schultz*, 2018b, s. 61-63.

açıklamaktadır. Toplumdaki geleneksel cinsiyet rollerine göre erkek fetheden, kadın itaat eden konumda olması cinsel tacizi açıklar. İş ilişkisi bağlamında, cinsel taciz hem mevcut cinsel baskıyı hem de kadınların emek piyasasındaki aşağı konumunu sürdürür. Hemcinsler arası taciz toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle açıklanabilir; buna göre erkekler, üzerinde egemenlik kurdukları kadınların dışında zayıf olarak gördükleri erkekleri de taciz etmektedirler. 1990'lı yıllarda cinsel tacize ilişkin teorik tartışmalar canlanmış ve özellikle düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz bağlamında, kadınların cinsel yönden baskı altında bulunmalarından ziyade cinsiyetçiliğe odaklanan yeni görüşler ortaya çıkmıştır. *Franke*'ye göre cinsel tacizi, kadının cinsel ezilmişliğine odaklanarak açıklamak, tacizin erkeklerin kadınlara karşı gerçekleştirdiği bir eylem olduğu bakışına fazlasıyla yaslanarak hemcinsler arası tacizi açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Yazara göre cinsiyetçilik, kadın ve erkekleri farklı şekillerde etkilemekle beraber herkes üzerinde etki doğurur. Cinsel taciz, bir cinsiyetçilik teknolojisi olarak kadınları ve düzene uymayan erkekleri cezalandırmaya yarayan bir disiplin yöntemi olarak işlev görür. *Abrams*, *Franke*'yi cinsel tacizin bağlamını oluşturan işyerini yeterince dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirmektedir; yazara göre cinsel taciz geleneksel olarak erkek işi olarak görülen işlerde kadınların işyerindeki varlığına direncin ifadesini oluşturabilir veya genel olarak işyerindeki erkek egemenliğini teyit etmeyi amaçlar. Yazar, *MacKinnon*'ın cinsel ezilmişlik bakış açısına karşı çıkmamakla beraber, *MacKinnon*'dan farklı olarak cinsel tacizi eril normları tahkim etme çabasının ifadesi veya sonucu olarak tanımlamaktadır. *Schultz*, “*quid pro quo*” tacizi açıklayan cinsel ezilmişlik bakış açısının düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizler bakımından yetersiz kaldığını savunmaktadır. Bu durumda, bir yandan cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi tacizler koruma kapsamının dışında kalmakta bir yandan da tacizin cinsel niteliğine odaklanmak kadınların güçlenmesini sağlamak yerine “*iffetlerini*” koruma amacına yönelmektedir. Yazara göre, düşmanca çalışma ortamı oluşturan taciz,

yetkinlik ve liyakate odaklanan bir bakış açısıyla açıklanabilir. Buna göre, cinsel taciz kadınları tahakküm altına almayı ve sömürmeyi değil, üst düzey ve yüksek gelir getiren işlerin erkeklerin yetkinlik alanında kalmasını sağlamayı amaçlar. Erkekler taciz ile oluşturdukları düşmanca çalışma ortamı sayesinde iyi işlerin kendilerinde kalmasını sağlayabilirler. Düşmanca çalışma ortamı yaratan taciz bakımından hem cinsel içerikli hem de cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyetçi tacizler dikkate alınmalıdır. Yetkinlik temelli bakış açısı geleneksel cinsiyet rollerine uymayan erkeklere yönelik hemcinsler arası tacizi açıklar; zira bu tür tacizler çalışma yaşamındaki cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmayı desteklemektedir. *Schultz*, daha sonra 2018 yılında iş ilişkisinde tacize dair analizine, işverenlerin ve üst düzey yöneticilerin işçiler üzerindeki sınırsız ve kontrolsüz otoritelerini dahil etmiş; ayrımcılık ve cinsiyete dayalı tacizin ortadan kaldırılabilmesi için iş ilişkisindeki hiyerarşinin sınırlandırılması ve yeniden yapılandırılmasını savunmuştur. Kanımca, *MacKinnon*'ın görüşleri ve daha sonra 1990'larda ortaya çıkan yeni görüşler arasında tam bir çelişki söz konusu değildir. Daha yeni görüşler daha ziyade düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizi cinsiyetçilikle açıklamaktadır. *MacKinnon*'ın cinsel tacize ilişkin açıklamalarına getirilebilecek bir eleştiri, analizinin işyeri bağlamını yeterince dikkate almaması olabilir. Bu bağlamda, *Schultz*'un iş ilişkisindeki hiyerarşinin doğası gereği ayrımcılık ve tacize zemin hazırladığı ve sorunun çözümü için hiyerarşinin yeniden yapılandırılmasına ve sınırlandırılması gerektiğine dair görüşleri, iş ilişkisi ile işverenin yönetim hakkını dikkate aldığı için, cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin teoride önemli bir eksikliği gidermektedir.

3. Cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin hukuk uygulamasındaki gelişmeler

ABD’de gelişen cinsel taciz hukuku, başka ülkelerden hukukçular için İsviçreli hukukçu *Karine Lempen*’in ifadesiyle adeta bir laboratuvar oluşturmaktadır.²⁴⁷ ABD’deki hukukun gelişimini ve teorik tartışmaları, yargı uygulamasındaki gelişimden bağımsız olarak ele almak mümkün değildir; bu bağlamda cinsel taciz hukuk uygulamasındaki gelişmeler, kronolojik sıralama gözetilmekle beraber tematik olarak gruplandırılarak kısaca ele alınacaktır. Ancak hukuk uygulamasındaki gelişmeler açıklanmadan önce, bu gelişimin yasal dayanağını oluşturan ABD Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığının kapsamı ve yasa kapsamındaki başvuru usulleri hakkında kısaca bilgi verilmesi gerekmektedir.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, iş ilişkisinde cinsel taciz Medeni Haklar Yasası’nın işverenin iş ilişkisinde cinsiyet dahil çeşitli nedenlerle ayrımcılık yapmasını yasaklayan 7. başlığının kapsamında ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. 15 ve daha fazla çalışanı olan işverenler bu yasanın kapsamındadır. Bu yasa kapsamında cinsiyet ayrımcılığına (dolayısıyla cinsel tacize) uğradığını ileri süren çalışanların, işverenlerine karşı dava açmadan önce öncelikle İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu’na başvurarak şikâyetçi olmaları gerekmektedir. Komisyona başvuruda bulunmak için 180 günlük zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Bu zamanaşımı süresi eyalet yasalarıyla artırılabilir. Federal çalışanlar bakımından zamanaşımı süresi 45 gün olarak belirlenmiştir. İFEK’e yapılan başvurudan sonra inceleme tamamlandığında Komisyon yasanın ihlal edip edilmediğini belirleyemediyse başvurucaya dava hakkına ilişkin bir bildirim vermektedir (“*notice of right to sue*”). Komisyon, yasanın ihlal edilmiş olabileceği sonucuna varırsa, işveren ve çalışan arasında gönüllü bir uzlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır. Eğer uzlaşma sağlanamazsa kurum kendisi doğrudan dava

²⁴⁷ *Lempen*, 2006, s. 49.

açabilmektedir. Kurum dava açmayacak olursa, başvurucuya yine dava hakkına ilişkin bir bildirim vermektedir. Bu belgenin alınmasından sonra işverene dava açmak için 90 günlük zamanaşımı süresi işlemektedir. Son olarak, yasa kapsamında yalnızca işverenlere dava açılması mümkün olup, taciz eylemini gerçekleştiren işveren vekili, işçi ve diğer üçüncü kişilerin 7. başlık altında dava edilmesi mümkün değildir. Tacizcinin üçüncü kişi olduğu hâllerde de dava edilecek kişi işverendir.²⁴⁸

a. Cinsel tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesi

ABD’de 1970’li yıllarda, MacKinnon’un yukarıda açıklanan görüşleri doğrultusunda cinsel tacizin Medeni Haklar Yasası’nın işverenlerin, ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde ayırım yapmasını yasaklayan 7. başlığı anlamında ayrımcılık oluşturduğunu ileri süren davalar açılmaya başlanmıştır. Önceleri, federal istinaf mahkemeleri, bu iddiaya şüpheyle yaklaşmış ve cinsel taciz oluşturan davranışları işyeriyle ilgisi olmayan kişisel davranışlar olarak nitelendirmiştir. Mahkemeler, söz konusu ayrımcılık iddialarını aynı zamanda işverenlerin işyerindeki her türlü cinsel uygunsuz davranıştan sorumlu tutulmalarına yol açacak riskli bir durum olarak görmüştür.²⁴⁹

Cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu kabul eden federal istinaf mahkemesi düzeyinde ilk karar, 1976 yılında *Barnes v. Costle* davasında verilmiştir. *Quid pro quo* olarak anılan cinsel tacizi konu edinen bu davada, müdürünün cinsel taleplerini yerine

²⁴⁸ Title VII of the Civil Rights Act of 1964, <https://www.eeoc.gov/statutes/title-vii-civil-rights-act-1964>, <https://www.eeoc.gov/filing-charge-discrimination>, <https://www.eeoc.gov/what-you-can-expect-after-you-file-charge>, <https://www.eeoc.gov/filing-lawsuit>, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 2.7.2021.

²⁴⁹ MacKinnon, 2016, s. 1024. Yuracko, 2019, s. 286. ve orada yer verilen kararlar, *Corne v. Bausch and Lomb, Inc.*, 390 F. Supp. 161, 162 D. Ariz. 1975, vacated, 562 F.2d 55, 9th Cir. 1977. *Barnes v. Train*, No. 1828-73, 1974 WL 10628, D.D.C. Aug. 9, 1974. *Miller v. Bank of America*, 418 F. Supp. 233 N.D. Cal..1976, rev’d, 600 F.2d 211 9th Cir.1979.

getirmesi hâlinde çalışma koşullarının iyileşeceği vaat edilen kadın işçinin işyerinde çalıştığı pozisyon, işçinin müdürün taleplerini reddetmesi üzerine ortadan kaldırılmıştır. Mahkeme, işçinin işini elinde tutmasının cinsel taleplere boyun eğmesi koşuluna bağlı tutulduğunu ve söz konusu koşulların işçiye dayatılma sebebinin işçinin cinsiyeti olduğunu tespit ederek, işçinin uğradığı cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir.²⁵⁰

1964 tarihli Medeni Haklar Yasası'yla kurulan ve yasa kapsamındaki işe girişte ve istihdamda ayrımcılık iddialarını incelemekle görevli olan İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun (İFEK) 1980 yılına ait Rehber İlkelerinde, cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu düzenlenmiş, hem *quid pro quo* olarak anılan cinsel kayırmacılık veya şantaj şeklinde gerçekleşen cinsel taciz, hem de düşmanca çalışma ortamı yaratan taciz tanımlanmıştır.²⁵¹ Günümüzde de güncelliğini koruyan bu tanıma göre: “Cinsiyete dayalı taciz VII. başlığın 703. bölümünün ihlalidir. İstenmeyen cinsel amaçlı yaklaşımlar, cinsel taleplerde bulunma ve cinsel içerikli sözlü veya fiziksel diğer davranışlar, (1) bu tür davranışlara itaat etmek açıkça veya üstü kapalı şekilde kişinin istihdamının bir şartı veya koşulu hâline getirildiğinde, (2) kişinin bu tür bir davranışa boyun eğmesi veya davranışı reddetmesi, ilgili kişiyi etkileyen istihdam kararlarının temeli olarak kullanıldığında, (3) bu tür bir davranış kişinin çalışma performansını makul olmayan şekilde etkileme veya korkutucu, düşmanca veya saldırgan bir çalışma ortamı yaratma amacı taşıdığı veya bu sonucu doğurduğunda, cinsel taciz oluşturur.”²⁵²

²⁵⁰ MacKinnon, 2016, s. 1024. Yuracko, 2019, s. 287. Barnes v. Costle, 561 F.2d 983, D.C. Cir. 1977, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/561/983/419011/> Erişim Tarihi: 2.7.2021.

²⁵¹ Lempen, 2006, s. 55-56. Code of Federal Regulations, EEOC Guidelines on Sexual Harassment, 29 CFR § 1604.11.

²⁵² Martin Jr., 1981, s. 408-409

1986 yılında ise ilk kez ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) düzeyinde bir kararla cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu kabul edilmiştir. *Meritor Savings Bank v. Vinson* davasında düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizin Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı anlamında ayrımcılık oluşturduğuna hükmedilmiştir.²⁵³

b. Quid pro quo cinsel taciz

1982 yılında *Henson v. City of Dundee* kararında, federal istinaf mahkemesi ABD Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığının hem *quid pro quo* tacizi hem de düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizi de kapsadığını ifade etmiştir ve her iki tür tacizin de koşullarını sıralamıştır. Karara konu olayda, davacı her iki tür tacize de maruz kaldığını ileri sürmüştür. Karara göre *quid pro quo* cinsel tacizin ispatı için dört unsur gerekir; (1) çalışanın korunan bir gruba mensup olması, (2) çalışanın istenmeyen cinsel tacize maruz kalması, (3) şikâyet edilen tacizin cinsiyete dayalı olması, (4) çalışanın şikâyet ettiği taciz karşısındaki yanıtı sonucunda çalışanın kazancının, çalışma koşullarının veya haklarının somut şekilde etkilenmiş olması gerekir. Çalışanın tacizi kabul veya reddetmesi, işle ilgili bir yararın elde edilmesinin açık veya gizli şartını ya da işiyle ilgili somut bir zararın nedenini oluşturmaktadır.²⁵⁴

Dundee kararında işaret edildiği üzere *quid pro quo* tacizde, cinsel isteği yerine getirme karşılığı menfaat sağlanacağı vaadinin veya isteğin reddedilmesi hâlinde zarara uğranacağı yönündeki tehdidin açıkça ifade edilmiş olması gerekmez; ima edilmesi yeterlidir. Örneğin *Nichols v. Frank* kararında ima yoluyla gerçekleştirilen *quid pro quo* tacizin ciddi ve yaygın bir mesele olduğu ifade edilmiştir. Davaya konu olayda yönetici

²⁵³ Yuracko, 2019, s. 287.

²⁵⁴ *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897, 11th Cir. 1982, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/682/897/278427/>. Erişim Tarihi. 13.9.2021. *Quid pro quo* cinsel taciz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bakırcı, 2000, 109-124.

pozisyonundaki kişinin aynı konuşma içerisinde işle bağlantılı konuların konuşulmasının ardından çalışanın kendisine oral seks yapmasını istemesinin, sözü geçen işle ilgili yararların elde edilmesinin cinsel isteği gerçekleştirme koşuluna bağlı tutulduğu anlamına geldiğine hükmedilmiştir.²⁵⁵

1994 yılında verilen bir kararda, davacının *quid pro quo* tacizi kanıtlamak için gerçekleşmiş bir ekonomik zararı ispatlamasına gerek olmadığına hükmedilmiştir. *Karibian v. Columbia University* kararına konu olan olayda davacı, işini kaybedeceği korkusuyla yöneticisinin cinsel isteklerine boyun eğmiş ve bu süreçte işinde yükselmiş ve ücretine zam almıştır. Mahkeme, *quid pro quo* tacizin oluşması için çalışanın çalışma koşullarının ve işle ilgili menfaatlerine ilişkin bir kararın cinsel isteklerin karşılanmasına bağlanmasını yeterli bulmuştur. Buna göre, işveren işçinin çalışma koşullarının herhangi bir unsurunu işçinin istemediği cinsel istekleri karşılama şartına tabi kıldıktan sonra cinsel taciz oluşur. İşçinin işverenin cinsel talebin, karşılaması veya reddetmesi, cinsel tacizin ortaya çıkmasında etkili değildir.²⁵⁶

Öte yandan, 1998 yılında ABD Yüksek Mahkemesi, *Burlington Industries Inc v. Ellerth* kararında cinsel isteklere boyun eğmeme hâlinde zarara uğranacağı yönündeki tehditlerin hayata geçirilmemesi hâlinde, *quid pro quo* değil düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel tacizin söz konusu olduğu sonucuna varmıştır. Düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizde, davranışların ciddi veya yaygın olduğunun ispatı gerekmektedir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin, cinsel tacizin ispatını güçleştiren bir

²⁵⁵ *Nichols v. Frank*, 732 F. Supp. 1085, D. Or. 1990, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/732/1085/2253150/> Erişim Tarihi: 13.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1052-1053.

²⁵⁶ *Karibian v. Columbia University*, 14 F.3d 773, 2nd Cir. 1994, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/14/773/613728/> Erişim Tarihi: 16.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1053-1054.

tutum benimsediği ve cinsel tacizle mücadele açısından yukarıda ele alınan *Nichols* ve *Karibian* kararlarındaki varılan noktadan geride bir tutum benimsediği söylenebilir.²⁵⁷

c. Düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz

Henson v. City of Dundee kararında, *quid pro quo* tacizin yanında düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizin unsurları da belirlenmiştir. Bu unsurların ilk üçü düşmanca her iki tür tacizde aynıdır; ancak dördünü unsur değişiklik göstermektedir. Söz konusu koşullar: (1) çalışanın korunan bir gruba mensup olması, (2) çalışanın istenmeyen cinsel tacize maruz kalması, (3) şikâyet edilen tacizin cinsiyete dayalı olması, (4) şikâyet edilen tacizin çalışma koşullarını veya çalışmaya ilişkin hakları etkilemesidir. Mahkeme tacizin, çalışma koşullarını değiştirecek ve istismar içeren çalışma koşulları oluşturacak ölçüde yaygın olmasını aramıştır. Tacizin mağdurun psikolojik esenliği etkileyecek kadar ciddi ve yaygın olup olmadığı koşulların tamamına göre belirlenecektir. Karara göre, düşmanca çalışma ortamına maruz kalan çalışanın, bu ortamdan dolayı ayrıca somut bir zararının oluştuğunu ispatlaması gerekmez.²⁵⁸

ABD Yüksek Mahkemesi, cinsel tacizi ayrımcılık olarak kabul ettiği ilk kararını verdiği *Meritor Savings Bank v. Vinson* davasında aynı düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacize ilişkin ilkeler ortaya koymuştur. Davaya konu olan olayda, bankada çalışan kadın işçiyi işe alan amiri, işçiyi yemeğe davet etmiş ve yemekte cinsel ilişki yaşamak için bir motele gitmeyi önermiştir. Kadın işçi önce teklifi reddetmiş ancak sonradan işini kaybedeceği korkusuyla kabul etmiştir. Bundan sonraki birkaç yıllık zaman diliminde, amiri kadın işçiden cinsel taleplerde bulunmuş, diğer çalışanların

²⁵⁷ *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 1998, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/742/>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1054-1055.

²⁵⁸ *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897, 11th Cir. 1982.

önünde onu okşamış, işçiyi tuvalete kadar takip edip kendisini teşhir etmiştir. Bu süre içinde kadın işçi ve amir 40-50 kez birlikte olmuşlar, hatta amir birkaç sefer de zor kullanarak cinsel saldırıda bulunmuştur. İşçilerin çalıştığı banka savunmasında, Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığına göre düşmanca çalışma ortamı yaratan davranışların ekonomik veya somut bir zarara yol açması gerektiğini, çalışma ortamının salt psikolojik yönlerini ilgilendirmediğini ileri sürmüştür. Bankanın iddialarını reddeden Yüksek Mahkeme'ye göre düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz, Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı kapsamında dava edilebilecek bir ayrımcılık türü oluşturur ve bu düzenleme yalnızca ekonomik veya somut ayrımcılığa özgü değildir. Mahkeme'ye göre 7. başlıkta kadınlara ve erkeklere yönelik her türlü eşit olmayan muamele yasaklanmaktadır. Yüksek Mahkeme, kararında aynı zamanda yukarıda yer verilen *Henson* kararına atıfla düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizin çalışma koşullarını değiştirecek ve istismar içeren çalışma koşulları oluşturacak ölçüde yaygın olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁵⁹

1993 yılında *Harris v. Forklift Systems* kararında ABD Yüksek Mahkemesi yukarıda anılan *Meritor Savings Bank v. Vinson* kararındaki ilkeler yinelenildikten sonra, dava edilebilecek davranışların belirlenmesinde bir standart belirlenmiştir. Karara göre salt saldırgan olan ancak çalışma koşullarını etkilemeyen davranışlar 7. başlık anlamında dava hakkı vermez. Objektif olarak düşmanca veya taciz içeren bir çalışma ortamı oluşturacak kadar ciddi veya yaygın olmayan, yani makul bir kişinin düşmanca bulmayacağı bir ortam 7. başlığın amacının dışındadır. Ayrımcı bir şekilde taciz içeren bir çalışma ortamı işçilerin psikolojik esenliğini ciddi ölçüde etkilemese dahi işçilerin performansını düşürebilir, işçilerin işlerine devam etmekten caydırabilir veya

²⁵⁹ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 1986, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/57/#68> , Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*2016, s. 1058-1059. *Yuracko*, 2019, s. 288.

kariyerlerinde ilerlemelerine engel olabilir. Olayda bu tür somut etkiler bulunmasa dahi, ayrımcı davranışın çalışanlara ırk, cinsiyet, din veya ulusal kökenleri nedeniyle zarar veren düşmanca bir ortam yaratacak kadar ısrarlı veya ciddi olması dahi tek başına 7. başlıkta öngörülen işyerinde eşitlik kuralını ihlal eder. Psikolojik zarara uğramak düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel tacizin bir unsuru değildir.²⁶⁰

İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun Rehber İlkelerine göre, istidam ile ilgili fırsatlar veya menfaatlerin kişinin işverenin cinsel yaklaşma veya cinsel taleplerini kabul etmesi nedeniyle sağlanması hâlinde işveren, söz konusu istihdam fırsatını veya menfaatini hak ettiği hâlde bunlardan yararlandırılmayan diğer kişilere karşı yasadışı cinsiyet ayrımcılığı yapmaktan sorumlu tutulabilir.²⁶¹ Cinsel kayırmacılık olarak anılan bu durum olayın özelliğine göre *quid pro quo* veya düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel taciz olarak değerlendirilebilmektedir. İFEK'e göre rızaya dayalı romantik bir ilişkiye dayanan münferit ayrıcalıklı muameleler haksız olsa da ABD Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı anlamında ayrımcılık oluşturmaz; zira burada kişiler cinsiyetlerinden kaynaklanmayan bir sebepten farklı muameleye tabi tutulmuşlardır.²⁶² Öte yandan kadın işçi, işle ilgili bir menfaati elde etmek için istemediği cinsel isteklere boyun eğmeye zorlanırsa, söz konusu menfaati elde edebilecek yeterliliğe sahip diğer kadın işçiler, cinselliğin bu menfaati elde etme koşulu olduğunu ispatlayabilirler. Bu hâlde, cinselliğin menfaati elde etmenin zımni bir koşulu hâline getirildiği *quid pro quo* cinsel taciz ortaya çıkar. Cinselliğin işle ilgili menfaati elde etmenin koşulu olduğunun ispatlanmadığı hâllerde hem kadın hem erkek işçiler, cinsel kayırma nedeniyle

²⁶⁰ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 1993, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/17/>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1064-1065. *Yuracko*, 2019, s. 288.

²⁶¹ 29 Code of Federal Regulations, Part 1604 - Guidelines On Discrimination Because Of Sex.

²⁶² EEOC Policy Guidance on Employer Liability under Title VII for Sexual Favoritism, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-employer-liability-under-title-vii-sexual-favoritism>, Erişim Tarihi: 17.9.2021.

gördükleri farklı muamelenin ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürebileceklerdir. İşyerinde yaygın cinsel kayırmacılık olaylarının varlığı hâlinde ise, yöneticiler, kadınları “*cinsel oyuncak*” olarak gördüklerini göstermekte ve kadınlar için küçük düşürücü bir atmosfer yaratmaktadırlar. Bu davranışlardan rahatsız olan kadın ve erkek işçiler, taleplerin kendilerine yönelip yönelmemesinden ve kayırılan işçilerin cinsel talepleri gönüllü olarak karşılayıp karşılamadığından bağımsız olarak ABD Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığına aykırı şekilde düşmanca çalışma ortamının varlığını ileri sürebilirler.²⁶³

d. Cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayalı tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesi

İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu’nun 1980 yılına ait Rehber İlkelerinde özel olarak cinsel tacizle ilgili tanımlar getirilmekle beraber, Komisyon cinsel içerikli hareket ve ifadeler içermeyen ancak çalışanlara cinsiyetleri nedeniyle yöneltilecek davranışların yeterince yapısal veya yaygın olması kaydıyla ABD Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı anlamında ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmektedir.²⁶⁴ Mahkemeler de aynı doğrultuda ayrımcılık oluşturan cinsiyete dayalı tacizin cinsel içerikli olmasını aramamaktadır.

1985 yılına kadar, 7. başlık anlamında cinsel taciz iddiasında bulunabilmek için davranışın mutlaka cinsel içerikli olması gerektiği yönünde görüşler bulunmakla beraber 1985’te Columbia Bölgesi Federal İstinaf Mahkemesi, *McKinney v. Dole*

²⁶³ EEOC Policy Guidance on Employer Liability under Title VII for Sexual Favoritism, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-employer-liability-under-title-vii-sexual-favoritism>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. Cinsel kayırmacılık şeklinde gerçekleşen cinsel taciz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bakırcı*, 2000, 117-120, 130-131.

²⁶⁴ EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harassment, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-current-issues-sexual-harassment#FOOTNOTE%2012>, Erişim Tarihi: 17.9.2021.

davasında cinsel tacizin mutlaka cinsel içerikli olmasını arayan dar tanımını reddetmiştir. Söz konusu karara konu olan olayda, kadın işçi erkek yöneticinin cinsel taleplerini reddettikten sonra sözlü hakaretlere ve fiziksel saldırıya maruz kaldığını ileri sürmüştür. Davalı taraf, fiziksel saldırının cinsiyet ayrımcılığı oluşturamayacağı savunmasında bulunmuştur. Mahkeme, bir işçi veya bir grup işçinin cinsiyeti nedeniyle farklı muamelelere tabi tutulmasının ABD Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığındaki eşit çalışma koşulları ilkesini ihlal ettiğini ifade ettikten sonra bir yöneticinin bir işçiye cinsiyeti nedeniyle fiziksel şiddet uygulamasının yeterince yaygın olması hâlinde, yasadışı bir çalışma koşulu türü hâline geleceğini belirtmiştir. Cinsel talepler ve fiziksel şiddetin bir arada bulunduğu bir örüntü, cinsiyet ayrımcılığı anlamına gelebilir. Ayrıca ayrımcı muamelenin mutlaka şiddet biçiminde gerçekleşmesi gerekmez, işçinin cinsiyeti sebebiyle gerçekleştirilen şiddet tehdidi veya sözlü saldırılar ayrımcılık oluşturabilir.²⁶⁵

1988 yılında verilen bir karara konu olan olayda, üç kadın işçi çalıştıkları yol inşaatı işinde, işyerindeki erkek işçilerin sözlü saldırılarına ve aynı zamanda cinsel taleplerine maruz kalmışlardır. Sözlü saldırılar arasında incitici isimler takılması da vardır; örneğin güneş alerjisi olan bir işçiye “*Herpes*” ismi takılmıştır. Kadın işçilerden birinin aracında, camdaki tozlara şoför tarafında “*cavern cunt*” (*mağara amcık*), diğer kadın işçinin oturduğu yolcu tarafında “*dumb bitch*” (*aptal kancık*) yazılmıştır. Kadın işçiler sözlü tacizin yanında, fiziksel tacize ve başka rahatsız edici davranışlara maruz kalmışlardır. Erkek işçilerden biri kendisini teşhir etmiş, kadın işçilere cinsel içerikli resimler gösterilmiş, erkek işçilerden biri kadın işçilerden birinin su şişesine idrarını

²⁶⁵ *Iris McKinney, v. Honorable Elizabeth Dole, Secretary of Transportation, Etal*, 765 F.2d 1129 D.C. Cir. 1985, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/765/1129/414091/>, Erişim Tarihi: 21.9.2021. Aynu yönde *Marguerite Hicks v. the Gates Rubber Company* 833 F.2d 1406, 10th Cir. 1987, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/833/1406/8088>, Erişim Tarihi: 21.9.2021. *Schultz*, 1998, s. 1733.

yapmış, yine birkaç erkek işçi kadın işçilerden birinin otomobilinin benzin tankına idrar yapmışlardır. Kadın işçilerin kullandığı kamyonun şoför kabinine karbonmonoksit sızıntısı olduğu yönündeki şikâyetleri dikkate alınmamış, daha sonra erkek işçiler kamyonu kullandığında arıza derhal giderilmiştir. Kadın işçiler işlerinden istifa edene kadar sözlü tacizler sürmüştür. Mahkeme kararında, taciz olaylarının ve eşitsiz muamelenin işçilerin kadın olmalarından kaynaklandığını tespit ederek, kadınlara yönelik tehditkâr ve düşmanca davranışların, cinsel davranışlar haricindeki davranışlardan kaynaklanabileceğini ifade etmiştir. Cinsiyete dayalı tacizin varlığı için rahatsız edici davranışların cinsel içerikli olması gerekmez, davranışın yöneltildiği kişi tarafından istenmemesi ve rahatsız edici bulunması gerekir.²⁶⁶

e. Hemcinsler arası ve LGBT bireylere yönelen tacize ilişkin gelişmeler

ABD mahkemeleri 1990’larda erkeklerin diğer erkekleri taciz ettiği dava örnekleriyle karşılaşmıştır. Söz konusu davalarda genellikle çalışanlarının tamamının veya büyük çoğunluğunun erkek olduğu işyerinde çalışan erkek işçiler, diğer erkeklerin aşağılayıcı ve acımasız davranışlarından şikâyetçi olmuşlardır. Tacize uğrayanların bir kısmı eşcinsel veya eşcinsel olduğu düşünülen ya da diğer işçiler tarafından efemine görülen erkeklerdir. Tacizciler, heteroseksüel ve cinsel bir motivasyonu olmadığı görülen erkeklerdir.²⁶⁷ Bu tür davalara bakan mahkemeler daha erken tarihli kararlarında hemcinsler arası cinsel tacizi değerlendirirken, cinsel arzuya dayanan bir yaklaşımı esas almış ve heteroseksüel erkeklerin zayıf gördükleri veya eşcinsel olduğunu bildikleri ya da düşündükleri erkeklere yönelen tacizlerinin Medeni Haklar

²⁶⁶ Darla G. Hall, Patty J. Baxter and Jeannette Ticknor, v. Gus Construction Co., Inc. and John Mundorf, 842 F.2d 1010, 8th Cir. 1988, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/842/1010/295321/>, Erişim Tarihi: 21.9.2021.

²⁶⁷ Chamallas, 2013, s. 325.

Yasası'nın 7. başlığını ihlal eden cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturmadığına hükmetmiştir.²⁶⁸

1998 yılında ABD Yüksek Mahkemesi *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, kararında geçmiş kararlardan farklı bir yaklaşım benimseyerek hemcinsler arası cinsel tacizin varlığı için tacizcinin mutlaka cinsel bir arzuyla hareket etmesini aramamıştır.²⁶⁹ Söz konusu karara konu olan olayda davacı denizdeki bir petrol kuyusunda tamamı erkeklerden oluşan bir ekipte çalışmaktadır. Ekip üyeleri davacıyı fiziksel ve sözlü olarak taciz etmişler, hatta nitelikli cinsel saldırı girişiminde bulunmuşlardır. Davacıya yönelen bu davranışların nedeni kesin olarak belirlenememekle beraber, davacı kısa boylu, ufak yapılı, kıdemsiz ve ekibin baskın üyelerine uymayı sevmeyen bir işçidir.²⁷⁰ Davayı inceleyen Yüksek Mahkeme kararında, bir davranışın cinsel içerikli olmasının tek başına bu davranışın 7. başlık anlamında ayrımcılık oluşturacağı sonucunu yaratmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme cinsel tacizin üç farklı şekilde ispatlanabileceğini kabul etmiştir; buna göre ilk olarak cinsel taciz oluşturan davranışın mağdura yönelik cinsel arzudan kaynaklandığı ve dolayısıyla mağdurun cinsiyetinden kaynaklandığı ortaya konulabilir. İkinci olarak, taciz davranışının bir cinsiyetten olan kişileri aşağılama, dışlama veya onlara sıkıntı verme amacı taşıdığı ispatlanabilir. Son olarak, işyerindeki kadın ve erkeklere farklı muamele edildiği ispatlanabilir. Karar, hemcinsler arası tacizin ayrımcılık oluşturabileceğini ortaya koyması açısından önemlidir. Öte yandan, somut olaydaki davacının maruz kaldığı davranışların ayrımcılık

²⁶⁸ *Schultz*, 1998, s. 1777-1783, ve orada örneklenen *Goluszek v. Smith* 697 F. Supp. 1452, N.D. Ill. 1988, *Martin v. Norfolk Southern Railway Co.* 926 F. Supp. 1044, N.D. Ala. 1996, *McWilliams v. Fairfax County Board of Supervisors* 72 F.3d 1191 4th Cir. 1996, *Dillon v. Frank* 952 F.2d 403, 6th Cir. 1992.

²⁶⁹ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 1998, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/75/>, Erişim Tarihi. 30.9.2021.

²⁷⁰ *Chamallas*, 2013, s. 326.

olduğunu ispat etmesi açısından güçlükler barındırmaktadır; zaten davacı Yüksek Mahkeme kararından sonra sulh olmuştur.²⁷¹

Oncale kararı somut olaydaki tacize yönelik açıklamalar içermemesiyle önemli teorik soruları cevapsız bırakmış ve hemcinsler arası tacize açıklama getirme fırsatını kullanmamıştır.²⁷² Hatta, bu kararın, hemcinsler arası taciz bakımından eşitliğe aykırı bir sonuç doğurduğu ileri sürebilir; zira *Oncale* kararı uyarınca heteroseksüel bir erkeğin eşcinsel bir erkek tarafından taciz edilmesinde tacizcinin eşcinsel olduğunun ispatıyla davranışın cinsel arzudan kaynaklandığı ve dolayısıyla cinsel tacizin varlığı ispatlanabilmektedir. Ancak eşcinsel bir erkeğin heteroseksüel erkek tarafından taciz edilmesi hâlinde kararda benimsenen üç ispat yöntemi de sonuç vermeyecektir.²⁷³

ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Oncale* kararındaki belirsiz tutumundan sonra, Mahkeme'nin işçileri cinsiyete dair kalıp yargılar temelinde değerlendirmenin 7. başlık anlamında cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğuna hükmettiği 1989 yılına ait *Price Waterhouse v. Hopkins* kararı hemcinsler arası tacize uğrayan davacılar tarafından uğradıkları tacizin ayrımcılık oluşturduğuna dair dayanak gösterilmeye başlanmıştır.²⁷⁴ Söz konusu dava aslında hemcinsler arası tacize ilişkin değil, bir kadın işçinin uğradığı ayrımcılığa ilişkindir. Davacı kadın işçi, çalıştığı şirkete ortak olmak için 88 erkek adayla birlikte aday gösterilmiş ancak başarılarına rağmen ortak olarak kabul edilmeyerek ertesi yıl değerlendirmeye bırakılmış ve bir şirket yetkilisi davacıya gelecekte ortak seçilme şansını artırmak için daha feminen yürümesini ve konuşmasını, makyaj yapmasını, saçını yaptırtmasını ve takı takmasını önermiştir. Kadın işçi izleyen yıl ortaklığa aday gösterilmemesi üzerine ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla dava

²⁷¹ Yuracko, 2019, s. 291-292.

²⁷² Chamallas, 2013, s. 326.

²⁷³ Ramakrishnan, 2011, s. 338-340.

²⁷⁴ Yuracko, 2019, s. 292-293.

açmıştır.²⁷⁵ Yüksek Mahkeme'nin kararında cinsiyete dair kalıp yargıların dayatılmasının ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmesi, hemcinsler arası tacize ilişkin davalar için bir dayanak noktası oluşturmuştur. Örneğin, 2001'de 9. Federal İstinaf Mahkemesi, *Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises* kararında diğer işçiler tarafından efemine görüldüğü için taciz edilen erkek davacının uğradığı tacizlerin, davacının erkeklere uygun olmayan şekilde davrandığı inancına dayandığına ve 7. başlık anlamında cinsiyete dayalı taciz oluşturduğuna hükmetmiştir. Böylece cinsiyete dair kalıp yargıların ayrımcılık oluşturduğuna dair görüş, hemcinsler arası ve cinsel yönelime dayanan tacizlerden kaynaklı davalara bir dayanak oluşturmuştur.²⁷⁶

ABD İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu 2012 ve 2015 yıllarında verdiği iki kararda, sırasıyla cinsiyet kimliğine dayanan ayrımcılığın ve cinsel yönelime dayanan ayrımcılığın Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı bağlamında cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğuna ve yasak olduğuna hükmetmiştir.²⁷⁷ 2017 yılında 7. Federal İstinaf Mahkemesi, *Hively v. Ivy Tech Community College* kararında İFEK'le aynı yönde bir tutum benimseyerek cinsel yönelime dayanan ayrımcılığın 7. başlık anlamında dava edilebilir bir cinsiyet ayrımcılığı türü oluşturduğuna hükmetmiştir.²⁷⁸ Nihayet 2020 yılında, ABD Yüksek Mahkemesi *Court Bostock v. Clayton County* kararında İFEK ve Federal İstinaf Mahkemesi'yle aynı tutumu benimsemiştir. Karara konu olan üç olayda,

²⁷⁵ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 1989, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/>, Erişim Tarihi: 1.10.2021.

²⁷⁶ *Yuracko*, 2019, s. 294. *Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises, Inc.*, 256 F.3d 864 9th Cir. 2001, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/256/864/526495/>, Erişim Tarihi: 4.10.2021.

²⁷⁷ EEOC, *Macy v. Holder*, No. 0120120821, 2012, https://www.eeoc.gov/sites/default/files/migrated_files/decisions/0120120821%20Macy%20v%20DOJ%20ATF.txt, Erişim Tarihi: 4.10.2021. EEOC *Baldwin v. Foxx*, No. 0120133080, 2015, https://www.eeoc.gov/sites/default/files/migrated_files/decisions/0120133080.pdf, Erişim Tarihi: 4.10.2021.

²⁷⁸ *Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana*, No. 15-1720, 7th Cir. 2017, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/15-1720/15-1720-2017-04-04.html>, Erişim Tarihi: 4.10.2021. *Yuracko*, 2019, s. 295.

kıdemli bir işçinin eşcinsel veya transseksüel olduğunu açıklamasından hemen sonra işten çıkarılması söz konusudur. Mahkemeye göre eğer işçinin cinsiyeti farklı olsaydı işverenin vereceği karar değişecek idiyse yasa ihlal edilmiştir. Yasadan çıkan anlam oldukça basittir: bir bireyin eşcinsel veya transseksüel olması istihdam ile ilgili kararların alınmasıyla ilgili değildir. Bunun nedeni bir kişiye transseksüel veya eşcinsel olması nedeniyle ayrımcılık yapmanın, cinsiyet ayrımcılığından bağımsız olarak yapılmasının imkânsız olmasıdır. Örneğin bir işveren eşcinsel erkek işçiyi, erkeklere çekim duyması nedeniyle işten çıkaracak olursa, işveren bu işçiye kadın işçiler gerçekleştirdiğinde hoş gördüğü davranışlar veya kadın işçilerde bulunduğu hoş gördüğü özellikler nedeniyle ayrımcılık yapmaktadır. 7. başlık, kişiyi cinsiyeti nedeniyle işten çıkarmayı yasa dışı kılan geniş bir dil kullanmaktadır ve işçinin eşcinsel veya transseksüel olması nedeniyle işten çıkarılması yasaya aykırıdır.²⁷⁹ Söz konusu gelişmelerin ışığında, cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği nedeniyle tacize uğrayan işçilerin de 7. başlık anlamında cinsiyet ayrımcılığına uğradığı yönünde bir içtihadın gelişmesi beklenebilir.

f. Düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizin belirlenmesinde “nesnel” makul kişi veya makul kadın ölçütü

ABD mahkemeleri düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizin belirlenmesinde ne davacının ne tacizle suçlanan kişinin sübjektif bakış açısını esas almıştır. Davacının bakış açısının benimsenmeme nedeni, davacının taciz oluşturduğunu ileri sürdüğü davranışa aşırı hassas veya kendisine özgü bir tepki verdiği hâllerde davacı bakış açısının dikkate alınmasının haksız şekilde sorumluluk doğurabilecek olmasıdır. Buna

²⁷⁹ *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. 2020, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/590/17-1618/case.pdf>, Erişim Tarihi: 4.10.2021.

karşılık, tacizcinin bakış açısının benimsenmesi, yasanın sağladığı korumanın alanını yalnızca kasti misilleme içeren en açık davalarla sınırlandıracaktır. Bu nedenlere mahkemeler “*nesnel*” bir ölçüt benimsemişlerdir; ancak bu ölçütün “*nesnelliği*” değişkendir.²⁸⁰

6. Federal İstinaf Mahkemesi’nin 1986 yılındaki *Rabidue v. Osceola* kararında, “*nesnel*” makul kişi ölçütü adeta makul erkek ölçütü olarak uygulanmıştır.²⁸¹ Karara konu olan olayda, davacı kadın işçi çalıştığı işyerindeki yönetici pozisyonundaki tek kadındır ve erkek işçiler ortak kullanım alanlarına pornografik görüntüler asmakta, erkek amirlerden biri kadın işçilere sürekli olarak “*kaltak, amcık, orospular, memeler*” gibi aşağılayıcı şekillerde hitap etmektedir. Davacı kadın işçi işten çıkarılmasının cinsiyet ayrımcılığı olduğunu ileri sürmüş ve işverenin davranışlarının önyargılı olduğunu ortaya koymak için işyerindeki düşmanca çalışma ortamını kanıt göstermiştir. Mahkemeye göre, düşmanca çalışma ortamını değerlendirilirken makul bir kişinin benzer koşullar altında benzer bir duruma göstereceği tepkinin göz önünde bulundurulması gerekir. Ayrıca davacının, bu düşmanca çalışma koşulları sebebiyle belirli bir seviyede zararının olduğunu ortaya koyması gerekir. Bu ispat ilkelerini benimseyen mahkemedeki çoğunluk görüşü, somut olayda makul bir işçinin işyerindeki ortamdan ciddi şekilde etkilenmeyeceği yönünde olmuştur. Buna göre toplum, çok izlenen saatlerdeki televizyon yayını dahil olmak üzere medyadaki grafik cinsel tasvirleri hoş görmektedir ve davacı cinsel davranışların yaygın olduğu bir tesiste işe girerken cinsel taciz riskini göze almıştır.²⁸²

²⁸⁰ Chamallas, 1992, s. 97.

²⁸¹ Bakırcı, 2000, s. 141.

²⁸² *Vivienne Rabidue, v. Osceola Refining Company, a Division of Texas-americanpetrochemicals, Inc.*, 805 F.2d 611, 6th Cir. 1986, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/805/611/171261>, Erişim Tarihi: 5.10.2021. Chamallas, 1992, s. 98. MacKinnon, 2016, s. 1068-1069.

Rabidue kararının kısmi karşı oy yazısında yargıç *Keith*, mahkemelerin kişiler arasında cinsiyet dahil belirgin sosyolojik farklılıkları dikkate almalarına imkân verecek mağdur odaklı bir nesnel ölçüt benimsemesini önermiştir. Bu tür bir makul kadın ölçütü makul kişi ölçütünden, kadınların toplumdaki uygun davranış standardının belirlenmesinde önemli bir rol oynamadığını ve yaygın standartların erkek imtiyazlarını yansıtabileceğini tanınmasıyla ayrılmaktadır. *Keith*'e göre toplumdaki standartlar kadınların potansiyelini bastıran bir cinsiyet eşitsizliği sistemi üzerinde inşa edilmiştir ve kadınlar bakımından zayıflatıcı sonuç doğurmaktadır. Yargıca göre hukukta ayrımcılık tanımı 7. başlık uyarınca haklarının korunmasının amaçlandığı daha güçsüz grupların bakış açıları dikkate alınarak şekillendirmelidir.²⁸³

Rabidue kararından sonra mahkemelerin bir kısmı çoğunluk görüşü yönünde karar vermeyi sürdürürken bir kısmı karşı oy yazısındaki tutumu benimsemiştir. ABD İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu, yayımladığı politika rehberinde açıkça makul kadın ölçütünü benimsememekle beraber makul kişi ölçütünün bir boşlukta uygulanmaması gerektiğini, iddia edilen taciz olayının gerçekleştiği koşulların dikkate alınmasının gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre benzer bir ortamda benzer koşullar altındaki makul kişinin bakış açısı benimsenmelidir. Makul kişi ölçütü, kabul edilebilir davranışa ilişkin kalıp yargıları değil, mağdurun bakış açısını göz önünde bulundurmalıdır.²⁸⁴

1991 yılında 9. Federal İstinaf Mahkemesi *Ellison v. Brady* kararında makul kadın ölçütünü benimsemiştir. Karara konu olan olayda, davacı kadın çalışan işyerindeki Sterling Gray adlı erkek çalışanın kendisine olan yoğun ilgisini içeren üç mektup

²⁸³ *Chamallas*, 1992, s. 99-100.

²⁸⁴ EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harassment, 03-19-1990, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-current-issues-sexual-harassment>. Erişim Tarihi: 5.10.2021. *Chamallas*, 1992, s. 100. *Bakırcı*, 2000, s. 143-143.

almıştır. Mektupların içeriğinde Gray'in davacıyla ilişkide olduğunu düşündüğünü gösterir ifadeler de yer almıştır. Gray'le tam bir tanışıklığı dahi olmayan davacı bu mektuplardan korkmuş ve Gray'in davranışlarına son vermesini istemiştir. Gray davacının kendisine ilgi duymadığını ve davranışlarına son vermesi yönündeki isteğini dikkate almamıştır. Gray davranışlarının zararsız olduğunu ve zorlama içermediğini, sadece davacının sevgisini kazanmayı amaçlayan aşk mektupları olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme değerlendirmesinde cinsel tacizin ciddiyetini ve yaygınlığını değerlendirirken mağdurun bakış açısına odaklanılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, mağdurun bakış açısının anlaşılabilmesi kadın ve erkeklerin farklı bakış açılarını incelemeyi de gerektirir. Pek çok erkeğin sakıncasız gördüğü davranışları kadınlar rahatsız edici bulabilirler. Kadınların bakış açıları arasında farklılıklar olabilmekle beraber, pek çok kadın erkeklerin genellikle taşımadığı kaygılar taşımaktadır. Kadınlar cinsel saldırıların esas hedefi olduklarından, cinsel içerikli davranışlardan rahatsızlık duymak için daha güçlü nedenleri vardır. Daha hafif türdeki cinsel taciz davranışlarıyla karşılaşan kadınlar, bunların şiddet içeren bir cinsel saldırının habercisi olabileceğinden haklı olarak kaygı duyabilirler. Mahkeme bu bakış açısıyla makul kadının bakış açısı ölçütünü benimsemiştir; çünkü mahkemeye göre cinsiyet körü makul kişi ölçütü erkeklerden yana taraflı olma ve kadın deneyimini sistematik olarak göz ardı etme eğilimindedir. Makul kadın ölçütü, kadınlara erkeklerden daha fazla koruma sağlamaz, aksine cinsel tacizi toplumsal cinsiyet bilinciyle incelemek kadınların işyerine erkeklerle eşit konumda katılımına olanak tanır. Mahkeme somut olayda Gray'in davranışlarının cinsel taciz oluşturduğuna hükmetmiştir.²⁸⁵

²⁸⁵ *Kerry Ellison, v. Nicholas F. Brady*, 924 F.2d 872, 9th Cir. 1991, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/924/872/224242/>, Erişim Tarihi: 5.10.2021. *Chamallas*, 2013, s. 316-217. *MacKinnon*, 2016, s. 1072-1073.

“*Makul kadın*” ölçütü, “*makul kişi*” ölçütünün erkek bakış açısını yansıtan niteliğine bir tepki olarak ortaya çıkmış olmakla beraber feminist yazarlar bu ölçütün de birtakım başka riskler barındırabileceğini ileri sürmüştür. “*Makul kadın*” ölçütüne getirilen itirazlardan biri, bu ölçütün özcülük riskini barındırması ve mahkemelerin bu ölçütü sabit bir içerikle değerlendirerek kadınlara ilişkin kalıp yargıları yeniden üretebilecek olmasıdır. Makul kadın ölçütünün mahkemelerce muhafazakâr bir bakış açısıyla değerlendirilmesi aynı zamanda bu gelişmenin ters tepmesine ve 7. başlığın ahlakçı değer yargılarıyla okunmasına yol açabilir. Son olarak, makul kadın ölçütü, bu ölçütün kadın grubunun baskın üyelerinin niteliklerinin (beyaz, varlıklı, heteroseksüel) grubun tamamını temsil eder şekilde yorumlanması sakıncasını barındırmaktadır.²⁸⁶ Makul kadın ölçütüne getirilen bir diğer eleştiri, eşcinsellere yöneltilen hemcinsler arası taciz iddialarına ilişkindir. Buna göre tacizle itham edilen kişinin cinsel yönelimini gizlemeyerek açıkça yaşayan bir eşcinsel olduğu hâllerde, homofobik çalışanların salt bu sebeple cinsel tacize uğradıklarını ileri sürmeleri mümkündür. Bu tür taciz iddiaları değerlendirilirken, tacize uğradığını ileri süren kişinin cinsiyetine göre benimsenecek makul kadın veya makul erkek ölçütünün toplumdaki homofobik önyargıları barındırabilir ve böylece haksız sonuçlara yol açabilir.²⁸⁷ Öte yandan, makul kadın ölçütünü eleştiren yazarlar genellikle, mahkemelerin söz konusu sakıncaları giderecek bir alternatif ölçüt oluşturmalarının olası olmadığını ifade etmektedirler.²⁸⁸

²⁸⁶ Chamallas, 2013, s. 318-319.

²⁸⁷ Halley, 2004, s. 195-196. Rocha, 2015, s. 208-209. Sözü geçen sorun ve Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığının cinsel yönelime dayalı ayrımcılığına karşı açık bir koruma sağlamaması nedeniyle eşcinsel çalışanların cinsel yönelimleri sebebiyle işten çıkarılabilecekleri ve bu nedenle işyerinde cinsel yönelimlerini gizlemek zorunda hissedecekleri yönünde bkz. Ramakrishnan, 2011, s. 353-354.

²⁸⁸ Chamallas, 2013, s. 319.

ABD Yüksek Mahkemesi ise, açıkça makul kadın ölçütünü benimsemiş değildir.²⁸⁹ Mahkeme, *Harris v. Forklift Systems* kararında düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizin objektif olarak düşmanca veya taciz içeren bir çalışma ortamı oluşturacak kadar ciddi veya yaygın olmasını, yani makul bir kişinin ortamı düşmanca bulmasını, aynı zamanda davacının sübjektif olarak bu ortamdan olumsuz etkilenmiş olmasını aramıştır.²⁹⁰ Böylece *Ellison* kararında vurgulanan cinsiyet eşitliği anlayışından uzaklaşılsa da daha sonraki kararlarda *Ellison* davasında ortaya konulan ilkelerin etkisi görülebilmektedir.²⁹¹ Mahkeme daha sonra 1998 ve 2006 yılındaki kararlarında cinsel tacizin davacının konumundaki makul kişinin bakış açısına göre değerlendirilmesini ve böylece olayın gerçekleştiği ortamın dikkate alınmasını aramıştır; böylece toplumsal cinsiyet perspektifinin değerlendirilmesine izin vermiştir.²⁹²

g. Cinsel tacizin istenmeme (“unwelcomeness”) unsurunun belirlenmesi

Cinsel tacizin unsurlarına ilişkin temel ilkelerin ortaya konduğu *Henson v. City of Dundee* kararında istenmeme unsuru “işçinin (davranışın yapılmasını) tahrik veya teşvik etmemesi ve çalışanın (davranışı) nahoş veya saldırgan bulması” şeklinde açıklanmıştır.²⁹³ Bu karara göre, istenmeme unsuru hem sübjektif hem de objektif olarak değerlendirilecektir, yani cinsel davranışa maruz kalan kişinin davranışı istememesi yeterli değildir; kişi aynı zamanda (genelde erkek olan) üçüncü kişileri bu

²⁸⁹ Chamallas, 2013, s. 318.

²⁹⁰ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 1993, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/17/>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*, Sex Equality, 2016, s. 1064-1065.

²⁹¹ *MacKinnon*, 2016, s. 1073.

²⁹² Chamallas, 2013, s. 318.

²⁹³ *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897, 11th Cir. 1982, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/682/897/278427/>. Erişim Tarihi: 13.9.2021. *Fitzgerald*, 2004, s. 95.

davranışı istemediğine ikna etmek durumundadır.²⁹⁴Daha sonra ABD Yüksek Mahkemesi *Meritor Savings Bank v. Vinson* kararında cinsel davranışa rıza göstermenin davranışı istemekle aynı anlama gelmediğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, değerlendirilmesi gereken husus cinsel tacize uğradığını ileri süren kadın işçinin cinsel ilişkiye katılımının iradi (*voluntary*) olup olmaması değil, kendisine yönelen cinsel talepleri isteyip istememesidir.²⁹⁵ Kadınların iş ilişkisinde ekonomik baskı altında “istemedikleri” cinsel ilişkiye girmeleri cinsel eşitlik haklarının ihlali anlamına gelmektedir. Böylece kadınların fiziksel şiddet söz konusu olmasa da kendilerini mecbur hissettikleri için cinsel ilişkiye girmeleri, istedikleri için girdikleri cinsel ilişkiden ayırt edilmiştir.²⁹⁶ Bir başka ifadeyle ABD Yüksek Mahkemesi, bir kadının aslında istemediği hâlde, şiddet tehdidi olmadan rızası hilafına cinsel ilişkiye girebileceğini ve bunun yine istenmeyen ilişki olduğunu kabul etmiştir.²⁹⁷

İFEK’e göre, tacizde bulunduğu iddia edilen kişinin davranışlarının istendiğini düşünmek için, (örneğin geçmişte mağdurla ilişkisinin bulunması gibi) herhangi bir nedeni varsa mağdurun davranışı istemediğini bildirmesi önem taşımaktadır. Cinsel davranışın istenmediğinin kanıtlanması bakımından, tacize uğrayan kişinin açıkça itiraz etmesi veya şikâyetçi olması zorunlu değilse de faydalıdır. Komiteye göre mağdur, misillemelerden korktuğu için şikâyetçi olmayabilir veya şikâyetinde bulunmakta

²⁹⁴ *Fitzgerald*, 2004, s. 96.

²⁹⁵ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 1986, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/57/#68> , Erişim Tarihi: 17.9.2021.

²⁹⁶ *MacKinnon*, 2016, s. 1075.

²⁹⁷ *Fitzgerald*, 2004, s. 94.

gecikebilir; öte yandan mağdurdan şikâyetçi olmama veya şikâyetle gecikme nedeninin açıklanması beklenmektedir.²⁹⁸

Vinson kararında cinsel davranışın istenip istenmediği belirlenirken cinsel taciz iddiasında bulunan kişinin cinsel açıdan kışkırtıcı konuşmalarının veya giysilerinin konuyla bağlantılı olduğu ve değerlendirmede dikkate alınabileceği belirtilmiştir.²⁹⁹ Bu bakış açısı toplumda kabul gören davranışlar dışına çıkan kadın işçilerin taciz iddialarının reddedilmesine neden olabilmektedir. Örneğin, *Reed v. Shepard* davasında, 7. Federal İstinaf Mahkemesi davacının küfürlü konuşmaları, müstehcen şakaları, cinsel şakalara dahil olması ve sutyen giymemesini gerekçe göstererek, davacının maruz kaldığı bayağı şaka ve ifadeler, kafasının zorla işyerindeki erkeklerin kucaklarına konması, sandalyesinin altından çekilmesi, böbreklerinin yumruklanması, asansörde kelepçelenmesi, kelepçelenerek kafasının tuvalete sokulması gibi bir dizi fiziksel saldırıya varan davranışın düşmanca çalışma ortamı oluşturmadığı sonucuna varmıştır.³⁰⁰

Öte yandan, cinsel taciz iddiaları değerlendirilirken taciz iddiasında bulunan işçinin geçmişteki genel davranışlarının ve kişiliğinin değil, somut olaydaki davranışları hoş karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar da mevcuttur.³⁰¹ Örneğin, çalıştığı birimdeki tek kadın olan işçinin ortama ayak uydurma çabasıyla işyerinde küfürlü konuştuğu ve müstehcen şakalar yaptığı bir örnekte, davacı

²⁹⁸ EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harassment, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-current-issues-sexual-harassment#FOOTNOTE%2012>, Erişim Tarihi: 17.9.2021.

²⁹⁹ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/57/#68>, Erişim Tarihi: 17.9.2021.

³⁰⁰ *Reed v. Shepard* 939 F2d 484 7th Cir. 1991, *Schultz*, 1998, s. 1729-1732.

³⁰¹ Örneğin, *Swentek v. US AIR, Inc.*, 830 F.2d 552, 4th Cir. 1987, EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harassment, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-current-issues-sexual-harassment#FOOTNOTE%2012>, Erişim Tarihi: 17.9.2021.

kadın işçinin maruz kaldığı “*orospu, kancık*” gibi küfürlü hitaplar, çalıştığı alana cinsel içerikli resimler asılması, erkek işçilerden birinin kendisini iki sefer teşhir etmesi, erkek işçilerin davacı yanlarındayken atölyenin çatısından idrarlarını yapmaları gibi çeşitli taciz davranışlarını istediğini kabul eden mahkeme kararı, 7. Federal İstinaf Mahkemesi tarafından bozulmuştur. İstinaf Mahkemesi kararında, işçinin küfürlü konuşmalarının ona karşı gerçekleştirilen taciz davranışlarıyla karşılaştırılamayacağına ve maruz kaldığı tacizleri haklı göstermeyeceğine, ayrıca işvereni sorumluluktan kurtarmayacağına hükmetmiş; davacının işyerinde çok sayıda erkekle çalışan tek kadın olduğunun ve güç asimetrisinin gözetilmesi gerektiğine işaret etmiştir.³⁰² Bir başka kararda, iş hayatı dışında müstehcen dergilerde fotoğrafları basılmış bir kadın işçinin işyerinde çalışma arkadaşları ve amirlerinden gelen cinsel imalardan rahatsız olmayacağı yönündeki karar 8. Federal İstinaf Mahkemesi tarafından, işçinin işyerinde cinsel içerikli konuşmaları olmadığı da belirtilerek bozulmuştur.³⁰³

ABD mahkemelerinin cinsel tacizin istenmeme unsurunun belirlenmesinde benimsediği değerlendirme yöntemi, cinsel tacizden şikâyet eden kadının davranışlarının ve karakterinin yargılanması sonucunu doğurmuş ve bu da mahkeme ya da jürinin kadınlara ilişkin beklentilerine uygun davranmayan kadınların (*Reed* örneğinde olduğu gibi) cinsel tacize karşı korumadan yararlanmalarını engellemiş veya güçleştirmiştir.³⁰⁴ Söz konusu değerlendirme yöntemi, her zaman örneklenen *Reed* kararındaki gibi olumsuz sonuçlar doğurmasa bile istenmeme unsuru ciddi sorunlar barındırmaktadır. *Fitzgerald*’a göre istenmeme unsurunun belirlenmesindeki yöntem,

³⁰² *Mary J. Carr, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, 32 F.3d 1007, 7th Cir. 1994, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/32/1007/633405/>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1077-1078.

³⁰³ *Lisa Ann Burns, v. Mcgregor Electronic Industries, Inc.*, 955 F.2d 559, 8th Cir. 1992, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/955/559/448229/>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1078-1079.

³⁰⁴ *Estrich*, 1991, s. 827-830. *Chamallas*, 2013, s. 311.

kadınların giyimlerinden veya konuşmalarından gerçek niyetlerinin anlaşılabilceği düşüncesine dayanmaktadır ve kadınların istemediklerini ifade ettikleri davranışlara zımnen rıza gösterdikleri sonucuna varılabilmektedir.³⁰⁵ Tacize maruz kalan kadını, tacizi istemediğini kanıtlamakla yükümlü kılmak aynı zamanda kadınların aksini kanıtlamadıkları müddetçe cinsel yönden erkeklerin “kullanımına açık” oldukları varsayımını içermektedir.³⁰⁶ Ayrıca, kadınların maruz kaldıkları taciz davranışını rahatsız edici bulduklarını ve istemediklerini dışarıdan objektif olarak anlaşılır şekilde göstermeleri beklenmektedir. Her ne kadar, davranıştan rahatsızlık duyduğunu gösterme açısından resmi bir şikâyetle bulunma zorunluluğu bulunmadığı İFEK ilkelerinde ortaya konmuşsa da uygulamada, resmi şikâyetle bulunmak cinsel taciz iddiasıyla açılan davayı kazanmanın önemli bir belirleyicisi olmaktadır. Oysa gerçekte, kadınların çok küçük bir azınlığı şikâyet mekanizmalarını işletebilmektedir. Son olarak, cinsel tacizde istenmeme unsurunun aranması, cinsel tacize cinsel arzu paradigmasıyla bakıldığını göstermektedir; oysa gerçekte cinsel taciz genellikle arzuyla değil kadınlara yönelen düşmanlıkla ilişkilidir ve cinsiyete dayalı tacizin cinsel içerikli olan ve olmayan türleri bir arada bulunur. Cinsel tacizdeki istenmeme unsuru, örneğin ırka ve dine dayalı tacizlerde aranmamakta, bu davranışların istenmediği varsayılmaktadır.³⁰⁷ Yazara göre, istenmeme unsurunun ispatından kaynaklanan sorunlar, cinsel ilgi değil düşmanlık içeren taciz davranışlarının istenmediği varsayılarak, cinsel ilgi içeren davranışların istendiğinin bu davranışları gerçekleştiren kişi tarafından kanıtlanması aranarak çözüme kavuşturulabilir.³⁰⁸

³⁰⁵ Fitzgerald, 2004, s. 98-99.

³⁰⁶ Fitzgerald, 2004, s. 97.

³⁰⁷ Fitzgerald, 2004, s. 99-103.

³⁰⁸ Fitzgerald, 2004, s. 104-105.

Estrich'e göre, istenmeme unsurunun hem *quid pro quo* hem de düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizin unsurları arasından kaldırmak gerekir. *Quid pro quo* taciz yönünden bu unsurun kaldırılması, rızaya dayalı ilişkileri yasaklamayacak, yalnızca işle ilgili menfaatlerin (veya zarar görmemenin) cinsellik koşuluna bağlanmasını engelleyecektir. Düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizler bakımından, istenmeme unsuru farklı nedenlerle gereksizdir. Mahkemeler düşmanca çalışma ortamını nesnel bir ölçüte göre değerlendirmektedir. Eğer bir çalışma ortamı düşmanca bulunmuyorsa, zaten bu durumda işverenin sorumluluğu doğmayacaktır. Nesnel ölçütle düşmanca çalışma ortamının bulunduğu tespit edildikten sonra istenememe unsurunun araştırılması, aslında failin değil mağdurun davranışları ve kişiliğine odaklanılarak, mağdurun bu ortamdaki korunmaya değer olup olmadığı araştırmasına dönüşmektedir.³⁰⁹

h. İşverenin işveren vekili ve işçilerin eylemlerinden sorumluluğunun belirlenmesi

1986 yılında cinsel tacizi ilk kez ele aldığı *Meritor Savings Bank v. Vinson* kararında ABD Yüksek Mahkemesi, işverenin işveren vekilleri ve işçilerin cinsel taciz oluşturan eylemlerinden sorumluluğu konusunu açıklığa kavuşturamamış; ancak alt derecedeki mahkemelerin sorumluluğu belirlerken temsil ilişkisini dikkate almaları yönünde genel bir yol göstermiştir.³¹⁰ Söz konusu kararda Mahkeme aynı zamanda, işverenin işveren vekilinin işçiyi taciz ettiği hâllerde tacize karşı etkili politika ve şikâyet mekanizmaları varsa işverenin sorumluluktan kurtulabileceğine işaret etmiştir.³¹¹ *Vinson* kararını izleyen yıllarda mahkemeler genel olarak *quid pro quo* tacizde işvereni kusursuz olarak sorumlu tutma eğiliminde olmuştur. İşveren

³⁰⁹ *Estrich*, 1991, s. 832-833.

³¹⁰ *Yuracko*, 2019, s. 296.

³¹¹ *Edelman*, 2016, s. 60. *Edelman – Cabrera*, 2020, s. 10.4.

vekillerinin veya diğer işçilerin düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizi söz konusu olduğunda mahkemeler, mağdurun şikâyeti aracılığıyla durumdan açıkça haberdar olmayan işverenin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda ikiye ayrılmıştır. Böylece, mağdurun tacize uğradığı ancak kimsenin sorumlu tutulmadığı örnekler ortaya çıkmıştır.³¹²

ABD Yüksek Mahkemesi, 1998 yılında verdiği *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth* ve *Faragher v. Boca Raton* kararlarında işverenin işveren vekilinin gerçekleştirdiği düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizden sorumlu tutulması konusunda kriterler gelişmiştir. Her iki kararda da aynı şekilde geçen bu kriterlere göre; işveren, bir işveren vekili (“*supervisor*”) tarafından gerçekleştirilen ve mağdurun işinde (istenmeyen bir nakil veya iş akdinin feshi gibi) somut bir etki yaratan hâllerde kusursuz sorumludur. Eğer işveren vekilinin gerçekleştirdiği düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz sonucunda somut bir zarar ortaya çıkmamışsa işveren iki unsurunu içeren kurtuluş kanıtını ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Buna göre işveren sorumluluktan kurtulmak için (a) cinsel taciz davranışını engellemek ve derhal yaptırım uygulamak üzere makul özeni gösterdiğini ve (b) davacı işçinin, işveren tarafından sağladığı önleyici veya düzeltici (“*corrective*”) imkanlardan yararlanmaktan veya zararı başka türlü engellemekten makul sebepleri olmaksızın kaçındığını ispatlamalıdır.³¹³

İşverenin yukarıda açıklanan çerçevede ortaya çıkabilecek kusursuz sorumluluğu dışında kendi kusurundan sorumluluğu söz konusu olabilir. Söz konusu kararlarda ortaya konan ilkelere göre; işveren düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizden haberdar olmuş veya haberdar olması gerekiyorsa ve buna rağmen olayı araştırmamışsa,

³¹² MacKinnon, 2016, s. 1089-1090. Grossman, 2000, s. 679.

³¹³ Grossman, 2000, s. 674-675. Yuracko, 2019, s. 297. *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 1998, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/742/>. *Faragher v. Boca Raton*, 524 U.S. 775 1998, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/775/>, Erişim Tarihi: 15.10.2021

önlem almamışsa ve yeniden gerçekleşmesini engellememişse, işveren doğrudan kendi kusurundan sorumlu olur. İşverenin kendi ihmalinden kaynaklanan kusur sorumluluğu, tacizin diğer işçiler, işveren vekilleri veya müşteri gibi üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde ortaya çıkabilir.³¹⁴ Çalışma arkadaşı olan işçiler tarafından gerçekleştirilen tacizde, bu işçilerin birbiri üzerinde otoriteleri bulunmadığı ve dolayısıyla işle ilgili somut bir zarara yol açamayacaklarından hareket eden ABD Yüksek Mahkemesi, federal istinaf mahkemelerinin tamamının hâlihazırda benimsemiş olduğu işverenin ihmalinden sorumlu olacağı yönündeki ilkeyi kabul etmiştir.³¹⁵

Uygulamada işverenler, 1980'lerden itibaren cinsel tacizden kaynaklanan sorumluluk riskinden kaçınabilmek için taciz karşıtı politikalar, şikâyet mekanizmaları, yönetici ve işçiler için eğitim programları oluşturmaya başlamıştır. 1986 yılında *Vinson* kararında, etkili mekanizmaların işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırılabileceğinin belirtilmesi üzerine işverenler mevcut politika ve şikâyet mekanizmalarını cinsel taciz iddialarında savunma aracı olarak kullanmaya başlamışlardır. *Ellerth* ve *Faragher* kararlarının verildiği 1998 yılına gelindiğinde şirketlerin %95'inin cinsel taciz şikâyet mekanizmaları mevcuttur.³¹⁶ Buna karşılık, sosyolojik hukuk çalışmaları, tacize uğrayanların şikâyet mekanizmalarını işletmekte son derece çekingen davrandığını ortaya koymaktadır. Ayrıca mağdurlar şikâyetçi olsalar dahi, bunları ele alan insan kaynakları çalışanlarının önceliği mağdurların haklarını korumaktan ziyade işverene dava açılmasını engellemek olabilir; bu çalışanların genelde aynı zamanda hem şikâyeti

³¹⁴ *Grossman*, 2000, s. 689-690.

³¹⁵ *Yuracko*, 2019, s. 297. *Faragher v. Boca Raton*, 524 U.S. 775, 1998, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/775/>, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

³¹⁶ *Edelman – Cabrera*, 2020, s. 10.13.

karara bağlama hem de işvereni sorumluluktan koruma görevleri bulunduğu için bir çıkar çatışması ortaya çıkmaktadır.³¹⁷

Ellerth ve *Faragher* kararlarında Mahkeme cinsel tacizle ilgili şikâyet mekanizmalarının kurulmasını açıkça zorunlu kılmamışsa da söz konusu mekanizmaların bir savunma aracı olarak gerekli olduğunu ortaya koymuştur.³¹⁸ Bu kararlar, işverenlerin etkili ve sıkı şekilde uygulanan cinsel taciz politikaları oluşturdukları ve işçilerin misilleme tehdidi olmaksızın erişebilecekleri adil şikâyet mekanizmaları kurdukları varsayımına dayanmaktadır.³¹⁹ Böylece, işverenler mahkemeleri tatmin eden ancak gerçekte işçilerin cesaretini kıran şikâyet sistemleri kurmaya teşvik edilmişlerdir.³²⁰ İşverenlerin kurduğu mekanizmaların etkili ve adil olduğu varsayımından yola çıkan mahkemeler, çeşitli kararlarında tacize uğrayan işçilerin misilleme korkusuyla şikâyetçi olmadıkları yönündeki iddialarını reddetmiş ve şikâyetçi olmaları gecikmeleri de makul olmayan gecikme olarak nitelendirmiştir.³²¹

ABD Yüksek Mahkemesi'nin benimsediği sorumluluk ilkeleri işverenler bakımından adeta bir güvenli liman olarak görülebilir.³²² *Lauren Edelman*, işyerlerinde cinsel tacize ilişkin şikâyet mekanizmaların genelde cinsel tacizi engelleme bakımından işlevsel olmayan ve içtihatla ortaya konan gerekliliği yerine getirmeye yönelik sembolik yapılar olduğunu ileri sürmektedir. ABD mahkemeleri çeşitli kararlarında söz konusu mekanizmaların yetersizliğini dikkate almayabilmekte, uygulamada yetersiz olan mekanizmaları yasal yükümlülüğü yerine getirmek için yeterli sayabilmekte veya

³¹⁷ *Edelman – Cabrera*, 2020, s. 10.14.

³¹⁸ *Yuracko*, 2019, s. 297.

³¹⁹ *Edelman*, 2016, s. 63.

³²⁰ *Weiss*, 2019, s. 320.

³²¹ *Grossman*, 2000, s. 700-703. ve orada örneklenen kararlar. İşçinin misilleme korkusuyla şikâyetçi olmamasının inandırıcı dayanakları bulunmadığı yönünde daha yakın tarihli bir karar örneği için bkz. *McKinnish v. Donahoe* 40 F. Supp. 3d 689, W.D.N.C. 2014, *Edelman*, 2016, s. 186-187.

³²² *Grossman*, 2000, s. 674.

mekanizmanın yeterliliğine dair yüzeysel bir değerlendirme yapabilmektedir. Böylece mahkemeler, salt mekanizmaların varlığından ayrımcılık yapılmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkemeler söz konusu sembolik yapıları derinlemesine incelemeyerek aynı zamanda ayrımcılık karşıtı politikaların uygulamada göz ardı edilmesine, işçilerin başvurmaktan korktukları şikâyet mekanizmalarına, cinsiyete veya ırka göre farklı şekilde uygulanan disiplin politikalarına ve beyaz erkeklerin kadınlara veya azınlıklara göre daha lehte değerlendirildiği öznel vasıf değerlendirmelerine göz yummuş olmaktadır.³²³

Son olarak, ABD Yüksek Mahkemesi işveren vekili (*“supervisor”*) tanımını daraltarak işverenlerin düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel tacizde sorumluluktan kurtulmasını kolaylaştırmıştır. Mahkeme’nin *Faragher* ve *Ellerth* kararlarında ortaya koyduğu ilkelere göre, işveren vekili, işçi üzerinde gündelik yönetsel yetkileri olan kişiydi ve yukarıda açıklanan kurtuluş kanıtını ortaya koyamadığı takdirde bu kişilerin taciz davranışlarından dolayı kusursuz sorumluluğu ortaya çıkabilirdi. 2013 yılındaki *Vance v. Ball State University* kararında ABD Yüksek Mahkemesi, işveren vekili sayılan kişilerin tanımını daraltmıştır; buna göre işçi üzerinde gündelik yönetsel yetkileri bulunmasına rağmen mağdur işçinin işi bakımından somut değişiklik yapma yetkisi bulunmayan kişiler aslında işveren vekili değil, çalışma arkadaşı olan işçilerdir. Bu hâlde işverenin kusursuz sorumluluğuna değil, ancak kusur sorumluluğuna gidilmesi mümkün olur.³²⁴

³²³ *Edelman*, 2016, s. 175-177, 207.

³²⁴ *Edelman*, 2016, s. 60-61. *Vance v. Ball State University*, 570 U.S. 421, 2013.

4. #MeToo hareketi sonrasında teori ve uygulamaya yeniden bakmak

2017 yılının Ekim ayında, onlarca kadının ABD’li film yapımcısı Harvey Weinstein hakkındaki cinsel taciz iddialarının basında haberleştirilmesi üzerine, film sektöründeki 80’den fazla kadın Weinstein’ı bu tür davranışlarla suçlamışlardır. Bundan kısa bir süre sonra oyuncu Alyssa Milano’nun Twitter’da “*Eğer cinsel tacize veya saldırıya maruz kaldıysanız ‘ben de’ (‘me too’) yazın.*” şeklindeki paylaşımı üzerine milyonlarca kişi sosyal medyada #MeToo etiketiyle kendi deneyimlerini anlatmışlar ve böylece hareket adeta bir patlama yaratmıştır. İlk başta sessizliğini bozanlar medya ve eğlence sektöründe çalışanlar olmakla beraber harekete olan ilgi giderek artmıştır.³²⁵ #MeToo hareketi, cinsel tacizin en ağır biçimlerinin dahi günümüzde hâlâ bütün sektörlerde ve bütün istihdam seviyelerindeki kadınlar için ciddi bir problem olduğunu göstermiştir. Ayrıca bu hareket hukukun mevcut hâliyle cinsel taciz sorununu çözmekten uzak olduğunu görünür kılmıştır.³²⁶ Öte yandan #MeToo hareketinin varlığını cinsel taciz hukukuna ve bu hukukun ortaya çıkmasına yönelik mücadelelere borçlu olduğu söylenebilir.³²⁷ #MeToo hareketi, cinsel tacize ilişkin hukuki tartışmalara yeniden canlılık kazandırmış ve aynı zamanda bazı yasa değişikliklerinin gerçekleştirilmesinin önünü açmıştır.

Cinsel taciz hukukunun mevcut hâlinin barındırdığı temel sorunlardan bazıları, Medeni Haklar Yasası’nın kapsamına, zamanaşımı sürelerine ve başvuru usulüne ilişkindir. Pek çok çalışan yasanın kapsamının dışında kalmaktadır; örneğin ev hizmetlerinde çalışanlar, geçici işçiler, bağımsız çalışanlar, çiftlik çalışanları, stajyerler ve 15’ten az çalışanı olan diğer işverenlerin çalışanları kapsam dışında kalanlar

³²⁵ Law, 2019, s. 38.

³²⁶ Yuracko, 2019, s. 301. Wood, 2019, s. 395. Chamallas, 2018, s. 68.

³²⁷ MacKinnon, 2020, s. 3

arasındadır. Bu gruptan freelance çalışanlar, danışmanlar, satıcılar gibi kişiler ABD çalışma gücünün %10'unu oluşturmaktadır. Ayrıca ordu ve federal yargıda çalışanlar kapsamın dışındadır.³²⁸ California ve New York gibi bazı eyaletlerde *#MeToo* hareketi sonrasında korumanın kapsamını genişleten yasalar kabul edilmiştir.³²⁹

Cinsel tacize uğrayanların dava açmadan öncelikle İFEK'e başvurmaları gerekmektedir. Bu başvurular için zamanaşımı süresi Medeni Haklar Yasası'nda 180 gün olarak belirlenmiştir, bazı hâllerde süre 300 güne çıkabilmektedir. Bu süreler, ABD hukukundaki en kısa zamanaşımı süreleridir ve pek çok mağdur bakımından yaşadıklarını sindirmek, düşünmek ve ne yapacaklarına karar vermek için çok kısa kalmaktadır. Özellikle cinsel saldırı hâlinde, travmayı henüz geçirmeden zamanaşımı süresi dolabilmektedir.³³⁰

Medeni Haklar Yasası bakımından söz konusu olan bir diğer sorun, taciz işveren vekili, işçiler veya diğer üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilse dahi bu yasa kapsamında sadece işverenin dava edilebilmesidir. İşveren dışındaki kişilere haksız fiil hukuku kapsamında dava açılmasına engel bulunmamakla beraber, bu yöntem yaygın değildir.³³¹

İş sözleşmelerinde yer alan zorunlu tahkim şartları, işveren aleyhinde beyanda bulunmayı yasaklayan hükümler ve uzlaşma hâlinde bağitlanan gizlilik sözleşmeleri cinsel tacize uğrayanların hak aramalarının önündeki önemli engeller arasında

³²⁸ *Williams – Singh – Mezey*, 2019, s. 385. *Clarke*, 2020, s. 26.

³²⁹ *Clarke*, 2020, s. 33.

³³⁰ *White*, 2018-2019, s. 1022. *Williams – Singh – Mezey*, 2019, s. 386. *MacKinnon*, 2020, s. 8. *Clarke*, 2020, s. 31.

³³¹ *Wood*, 2019, s. 398, 412. *Clarke*, 2020, s. 30 dn. 95. Eyaletlerde farklı kurallar getirilebilmektedir; örneğin Kaliforniya eyaletindeki Adil İstihdam ve Barınma yasası uyarınca söz konusu kişilere de dava açılabilir, *MacKinnon*, 2020, s. 9 dn. 26.

sayılmaktadır.³³² Giderek daha çok sayıda işveren, çalışanlara cinsel taciz iddialarının mahkemede değil tahkimle çözüleceğine dair sözleşmeler imzalattırmaktadır.³³³ Tahkimde hem uyuşmazlığın işçi lehine çözülme ihtimali düşüktür hem de uyuşmazlık işçi lehine çözülsün bile hükmedilen tazminat tutarları mahkemede dava sonucunda hükmedilen tutarlardan azdır. Hakemin ve uygulanacak usulün belirlenmesinde genellikle işverenler söz sahibi olduklarından, tahkimde işverenlerin önemli avantajları olmaktadır. Ayrıca zorunlu tahkim, haklı iddiaların bastırılmasına ve genellikle tahkimde varılan uzlaşmaların parçası olan gizlilik sözleşmeleri sebebiyle kamuya açık bilgilerin sınırlandırılmasına yol açabilmektedir.³³⁴ Çeşitli eyaletlerde ve federal düzeyde cinsel taciz iddialarını zorunlu tahkime tabi tutulmasını yasaklamaya yönelik yasama çalışmaları ortaya çıkmıştır; New York eyaletinde bu yönde bir yasa kabul edilmiştir.³³⁵

ABD’de pek çok uyuşmazlık uzlaşmayla (“*settlement*”) çözülmekte ve uzlaşmaya ilişkin sözleşmede davacı eğer dava açmışsa davasından vazgeçmeyi, aynı olayla ilgili ileride dava açmamayı kabul etmekte, karşılığında işveren de bir miktar para ödemeyi veya olumlu bir referans mektubu gibi başka bir değeri vermeyi kabul etmektedir. Söz konusu sözleşmeler genellikle bir gizlilik hükmü içermekte ve tarafların sözleşmenin içeriğini açıklamasını yasaklamaktadır. Dava açmak yerine uzlaşmak dava sürecinin getirdiği zorlukları içermediği, mağdurun özel hayatını ve kariyerini korumaya elverişli olduğu için mağdurun yararına olabilmekle beraber, Harvey Weinstein’ın da dahil olduğu bazı örneklerde, gizlilik anlaşmaları tacizcilerin uzun yıllar bir yaptırımla karşılaşmadan başkalarını taciz etmeyi sürdürmelerine imkân tanıyabilmektedir. Saldırının gizlenmesinin gelecekteki mağdurları riske attığı hâllerde bazı mahkemeler

³³² Yuracko, 2019, s. 301. MacKinnon, 2020, s. 9. Clarke, 2020, s. 32. Miazad, 2020, s. 461.

³³³ Williams – Singh – Mezey 2019, s. 386. Clarke, 2020, s. 32.

³³⁴ McCullough, 2019, s. 2658-2659.

³³⁵ McCullough, 2019, s. 2675-2685.

uzlaşma sözleşmelerindeki gizlilik hükümlerini uygulamayı reddedebilmektedir. Ayrıca bazı eyaletlerde, cinsel taciz ve cinsel saldırı hâlinde uzlaşma sözleşmelerindeki gizlilik hükümlerinin icrasını sınırlayan yasalar kabul edilmiştir.³³⁶

Cinsel tacize uğrayanların çok büyük bir kısmı işyeri bünyesindeki şikâyet mekanizmalarını kullanmaktan ve dava açmaktan çekinmektedirler. Bunun altında yatan temel nedenlerden biri şikâyetle bulunmaları hâlinde misillemeye karşılaşma korkusudur.³³⁷ ABD Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı çalışanları misillemeye karşı korumakla beraber, yargı uygulaması korumayı sıkı şartlara bağlamıştır. Misillemeye karşı koruma, ancak kişi federal bir kuruma hâlihazırda başvurmuşsa veya tacizin yasaya aykırı olduğuna dair makul inançları varsa devreye girmektedir. Bu şartlar karşısında işçi tacizden çok erken şikâyetçi olduğu ve bunun üzerine misilleme olarak işten çıkarıldığı takdirde, mahkeme tacizi yeterince ciddi veya yaygın görmezse işçinin işten çıkarılmasının hukuka uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Eğer işçi şikâyetinde çok gecikecek olursa, işverenin sunduğu düzeltici imkanlardan yararlanmadığı için *Ellerth* ve *Faragher* kararlarında yer alan sorumluluk ilkeleri gereği işveren sorumluluktan kurtulmaktadır. Bir başka ifadeyle, işverenlerin gerekli önlemleri aldıkları ancak işçinin bunlardan yararlanmadığı yönündeki kurtuluş kanıtı getirebilme imkanı, işçileri mümkün olduğunca erken konuşmaya itmekte ancak misillemeye karşı koruma erkenden yapılan şikâyetleri kapsamamaktadır.³³⁸ Ayrıca misillemeye ilişkin hukuk genel olarak işveren ve işveren vekillerinden kaynaklanan misillemeler dikkate alınarak geliştirilmiştir; oysa iş arkadaşlarının davranışları da sessizlik ve ayrımcılık ortamının yaratılmasında işveren vekilleri kadar etkili olabilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, *Vance* kararında işveren vekili tanımını daraltmıştır ve bu dar tanım

³³⁶ *Fisk*, 2020, s. 477-482.

³³⁷ *Schultz*, 2018a, s. 39. *Wood*, 2019, s. 400, 412. *Clarke*, 2020, s. 30. *Edelman*, 2020, s. 447.

³³⁸ *Schultz*, 2018a, s. 39. *White*, 2018-2019, s. 1029-1032. *Weiss*, 2019, s. 320. *Clarke*, 2020, s. 31.

karşısında işveren vekili değil de iş arkadaşı olarak nitelendirilecek işçilerin kapsamı genişlemiştir. İş arkadaşlarının misilleme davranışları konusunda ise işverenin sorumluluğunu belirleyen genel bir ilke bulunmamaktadır. Farklı federal istinaf mahkemeleri, bu konuda birbirinden farklı standartlar geliştirmiştir.³³⁹

Sayılan tüm güçlükler rağmen dava açtıkları takdirde davacıları, yargı uygulamasından kaynaklanan farklı sorunlar beklemektedir. Davacının cinsel taciz iddiasını kanıtlayabilmek için tacizin cinsiyetinden kaynaklandığını, tacizin ciddi veya yaygın olduğunu, tacizin istenmediğini ve işverenin sorumlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Daha önce açıklandığı üzere cinsel tacizin yanında cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayanan taciz yasak olduğu hâlde, mahkemeler cinsel arzuya ve cinsel zararlara odaklanabilmekte ve bu durum cinsel tacizin aslında işyerindeki cinsiyetçiliğin bir yansıması olduğunun gözden kaçırılmasına neden olabilmektedir. Yukarıda yargı uygulamasını hemcinsler arası tacizdeki gelişimi açıklanırken işaret edildiği üzere cinsel arzuya odaklanmak heteroseksüel tacizcilerin eşcinsel çalışanlara yönelik tacizlerin yasal korumanın kapsamı dışında kalmasına neden olabilmektedir.³⁴⁰

Mahkemeler, tacizin objektif olarak düşmanca veya taciz içeren bir çalışma ortamı oluşturacak kadar ciddi veya yaygın olma unsurunu değerlendirirken katı bir anlayış benimseyebilmekte ve bu katı standarda uymayan taciz iddialarını reddedebilmektedir. Cinsel tacizin istenmeme unsuru araştırılırken mağdurun özel hayatına ve tacize verdiği tepkiye yersiz bir ilgi gösterilebilmektedir. Yukarıda makul kişi/kadın ölçütü ve istenmeme unsuru açıklanırken yargı uygulamasına dair eleştirilere yer verildiğinden, burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.³⁴¹ Ancak, #MeToo hareketinin, sosyal

³³⁹ Brake, 2019, s. 7-11.

³⁴⁰ Clarke, 2020, s. 27-28. Bkz. yukarıda §3.-I-3-e.

³⁴¹ Schultz, 2018a, s. 43. White, 2018-2019, s. 1019-1022. Wood, 2019, s. 401-404. Clarke, 2020, s. 29-30. Bkz. yukarıda §3.-I-3-f ve g.

normlar üzerine kurulu olan makullük ve istenmemeye ilişkin hukuk normlardaki değişim ihtiyacını gösterdiği söylenebilir.³⁴²

İşverenin üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumluluğunu belirleyen kurallar da cinsiyete dayalı taciz mağdurlarının karşısında yer almaktadır.³⁴³ Yukarıda işverenin üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği tacizden sorumluluğu kısmında daha ayrıntılı açıklandığı üzere, işverenin kusursuz sorumluluğu, ancak işveren vekilinin işçiye karşı somut bir eylemde bulunması veya tacizi gerçekleştirenin en üst düzeydeki işveren vekillerinden olması hâlinde mümkündür. Diğer işveren vekillerinin eylemlerinden sorumlulukta işverenin cinsel taciz davranışını engellemek ve derhal yaptırım uygulamak üzere makul özeni gösterdiği ve davacı işçinin, işveren tarafından sağladığı önleyici veya düzeltici tedbirlerden yararlanmaktan veya zararı başka türlü engellemekten makul sebepleri olmaksızın kaçındığı şeklinde kurtuluş kanıtı getirme imkânı vardır. Tacizcinin işveren vekili olmadığı hâllerde, işçinin işverenin ihmalini kanıtlaması gerekmektedir. İşverenin sorumluluğu belirleyen bu karmaşık yapı, davaların önemli bir kısmında cinsel taciz hukukunu etkisiz kılmaktadır.³⁴⁴ Bu bağlamda, tacizde de diğer ayrımcılık türlerinde olduğu gibi işverenin kusursuz sorumluluğunu kabul eden bir yasal düzenleme ile Yüksek Mahkeme'nin içtihadının ortadan kaldırılması önerilmektedir.³⁴⁵

İşverenin işveren vekillerinin taciz eylemlerinden sorumluluğu bağlamında getirebileceği kurtuluş kanıtı sebebiyle, işyerinde bir cinsel taciz politikası bulunan işverenlerin işçilerinin cinsel taciz davalarını kazanmaları neredeyse imkânsız hâle

³⁴² MacKinnon, 2020, s. 9.

³⁴³ MacKinnon, 2020, s. 8.

³⁴⁴ White, 2018-2019, s. 1024-1027. Clarke, 2020, s. 30.

³⁴⁵ Schultz, 2018a, s. 44.

gelmiştir.³⁴⁶ Yukarıda işverenin işveren vekili ve işçilerin eylemlerinden sorumluluğu başlığında da açıklandığı üzere, işyerlerindeki cinsel tacize karşı politikalar ve şikâyet mekanizmaları genellikle işlevsel olmaktan uzaktır. Bazı işletmelerde cinsel tacize karşı politikalar ve mekanizmalar tamamen göstermelik olabilirken bazı işletmelerde bu mekanizmaların ciddi işlevleri vardır. Ayrıca işletmede yüksek önemi olan çalışanlar bu politikaları görmezden gelebilmektedirler.³⁴⁷ Pek çok zaman cinsel tacize ilişkin politikalar, tacizi gerçekten engellemeyi değil, işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yöneliktir. Buna karşılık, #MeToo hareketi sonrasında pek çok işletme aceleyle cinsel tacize karşı politikalar oluşturmuş veya mevcut politikalarını güncellemiştir. Bu çaba iyi niyetli de olsa #MeToo öncesindeki deneyim, bu politikaların kayda değer bir etki yaratmayacağını göstermektedir.³⁴⁸

Cinsel veya cinsiyetçi tacize ilişkin davalarda zararın tazminiyle ilgili sorunlar da mevcuttur. Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı uyarınca mağdurların işe iade ve kazanç kaybının tazmini gibi hakları vardır ancak cinsel tacizde her zaman bu tür somut zararlar ortaya çıkmamaktadır. Çalışanların manevi zararlarını tazmini için dava açma hakları vardır. Ayrıca işverene yaptırım uygulamak üzere cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkündür; ancak bunun için davacının işverenin davranışlarının federal yasayı ihlal etme riskini algıladığı hâlde ayrımcılık yaptığını ispat etmesi gerekmektedir. Manevi tazminat ve cezalandırıcı tazminatın toplamı 300.000 ABD dolarını geçemez. Bu tür sınırlamalar hem kişilerin dava açma isteğini hem de cinsel taciz hukukunun caydırıcı etkisini azaltmaktadır.³⁴⁹

³⁴⁶ Wood, 2019, s. 405. Edelman, 2020, s. 455.

³⁴⁷ Edelman, 2020, s. 446-447. Schultz, 2018b, s. 42.

³⁴⁸ Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.12., 10.15, 10.17.

³⁴⁹ Wood, 2019, s. 410. Clarke, 2020, s. 27.

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacizin nedenlerine, yaygınlığına ve sonuçlarına ilişkin büyük bir bilgi birikimi bulunmakla beraber, sorunun çözümünün ne olduğunun tam olarak bilinemediği #MeToo hareketiyle birlikte daha görünür hâle gelmiştir. Bir görüşe göre, çözüm yolu iş organizasyonun tüm seviyelerinde cinsiyet eşitliğinin gerçek anlamda sağlanmasından geçmektedir.³⁵⁰ Yasal düzenlemeler ve yargı uygulamasındaki sorunların giderilmesi gerekli olmakla beraber, iş ilişkisinde cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik başka birtakım önlemlerin alınması gerektiği açıktır. Bu bağlamda cinsel ve cinsiyetçi tacizin kökeninde yatan nedenleri ortadan kaldırmaya yönelik geniş çaplı değişimlere ihtiyaç vardır. *Schultz*’a göre tacizin altında yatan iki temel neden, cinsiyetler arası eşitsizlik ve emek piyasasında cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışma ile iş ilişkisinde öznel ve keyfi otorite kullanımıdır.³⁵¹ *Schultz*’un #MeToo hareketi sonrasında kaleme aldığı ve iş ilişkisinde ayrımcılık alanında uzman dokuz hukuk profesörünün daha imzasını taşıyan bildiride yer alan öneriler bu bağlamda alınabilecek önlemler bakımından yol göstericidir. Cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmayı ortadan kaldırmak üzere işlerde her seviyede, özellikle yönetici pozisyonlarında kadın erkek sayılarında eşitliğin sağlanması ile geleneksel kadın ve erkek işi ayrımının ortadan kaldıracak şekilde kişilerin geleneksel olarak kendi cinslerinden olmayan işlere çekilmesini sağlayacak önlemlerin alınması dikkat çekici bir öneridir.³⁵² İşverenin ve işveren vekillerinin işçiler üzerindeki kontrolsüz ve nesnel otoritesinin sınırlanması için daha açık, objektif ve hesap verilebilir işe alma, işten çıkarma, değerlendirme ve

³⁵⁰ *Edelman – Cabrera*, 2020, s. 10.17.

³⁵¹ *Schultz*, 2018b, s. 61-63.

³⁵² *Schultz*, 2018a, s. 25.

yönetim sistemleri benimsenmesi önerilmektedir.³⁵³ Ayrıca ırkçı taciz ve cinsel tacizin keştiği hâllerin özel olarak ele alınması önerisi ABD bağlamında önemlidir.³⁵⁴

Son olarak cinsel tacizle mücadelede ayrımcılık karşıtı hukuk mevzuatından ve uygulamasından kaynaklanan eksiklik ve aksaklıklar, tacizin haksız fiil hukuku kapsamında ele alınmasına ilişkin tartışmalara da yeniden canlılık kazandırmıştır. Örneğin *West*'e göre işyerinde cinsel tacizin hukuken bir ayrımcılık olarak ele alınması, tacizin kişisel bir zarar ve haksız fiil niteliğinin unutulmasına neden olmaktadır. 1970'lerde feminist hareketin cinsel tacizi ayrımcılık olarak değerlendirmekte ve mahkemeleri bu yönde düşünmeye sevk etmekte haklı nedenleri vardı. Geçmişte haksız fiil hukukunda, cinsel davranışın doğasına ilişkin ahlakçı varsayımlar mevcuttu; hatta modern haksız fiil hukuku hâlâ zararın sistemik ve ekonomik yönüne dair kavrayıştan yoksundur. Cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu savunan hareket, hukukta ve kamuoyu bilincinde, tacizin kadınların ikincil konumunun temel noktalarından birini temsil ettiği konusunda ciddi bir değişim yaratmış olsa da bu stratejinin birtakım fırsat maliyetleri ortaya çıkmıştır. Yazara göre, kamuoyunda cinsel taciz konusundaki kararsızlık kısmen, tacizin haksız fiil hukuku bağlamında kişisel bir zarar değil ayrımcılık olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. İlk olarak, ayrımcılık nitelemesi basitçe kafa karıştırıcıdır. Ayrıca istenmeyen dokunma, fiziksel saldırı gibi tacizlerin fiziksel bütünlüğü ihlal etmesi sebebiyle, tacize uğrayan kişilerin deneyimiyle de uyumsuzdur.³⁵⁵ *Chamallas*'a göre haksız fiil hukuku toplumsal değişim sayesinde cinsiyet eşitsizliğini güçlendirmek yerine eşitsizliği ortadan kaldırmaya yararlı bir yönde gelişebilir. Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı doğrudan tacizi gerçekleştiren kişi işverenden başka biriyse doğrudan bu kişiye dava açma imkânının bulunmaması,

³⁵³ *Schultz*, 2018a, s. 34.

³⁵⁴ *Schultz*, 2018a, s. 28-29.

³⁵⁵ *West*, 2018, s. 61-63.

işverenin kurtuluş kanıtıyla sorumluluktan kurtulabilmesi gibi birtakım sorunlar barındırmaktadır. Öte yandan haksız fiil hukukunun mevcut hâlinde işverenlerin işçilerinin gerçekleştirdiği, kasıtlı şekilde kavga çıkarmak gibi cinsel içerikli olmayan haksız fiillerden kusursuz sorumluluğu kabul edilirken cinsel taciz ve saldırılarda kusursuz sorumluluk kabul edilmemektedir. Bunun nedeni, cinsel içerikli haksız fiillerin bir güç suiistimalinden ziyade şehvetten kaynaklandığı düşüncesidir. Bu nedenle hukukun mevcut hâlinde işverenlerin kendi kusurlarından (ihmallerinden) kaynaklanan sorumluluklarına gitmek, kusursuz sorumluluğa gitmekten daha kolaydır. Haksız fiil hukukunda ayrıca rıza ve öngörülebilir zarar kavramlarından kaynaklanan sorunlar vardır ve bu nedenlerle haksız fiil hukukundan çözüm beklemek için erkendir.³⁵⁶

II. Avrupa’da ve Avrupa Birliği’nde iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi³⁵⁷

Avrupa’da, ABD’deki ayrımcılık yaklaşımından farklı olarak cinsel taciz konusu geleneksel olarak kadının hatta işçinin onuruna aykırı bir davranış olarak ele alınmıştır.³⁵⁸ Söz konusu bakış açısının izi, ulusal hukuklarda ve aşağıda ele alınacak AB belgelerinde sürülebilir. Ayrıca, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’da cinsel tacizin önlenmesi, Şart’ın onurlu çalışma hakkı başlıklı 26. maddede ele alınmıştır. Avrupa’da cinsel tacize yönelik bakış açısının ABD’dekinden farklı olarak ayrımcılığa değil kişinin onuruna odaklanmasının hem tarihsel ve kültürel farklılıklardan hem de hukuk düzenlerindeki farklılıklardan kaynaklanan sebepleri vardır. Ayrıca Avrupa ve ABD’de hukuki gelişim ve değişim birbirinden farklı yollar izlemektedir; ABD’de

³⁵⁶ Chamallas, 2018, s. 54-58.

³⁵⁷ Bu kısımda kullanılan Avrupa Birliği kavramı, 1 Aralık 2009’da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması öncesinde mevcut olan Avrupa Toplulukları kavramını karşılayacak şekilde kullanılmıştır.

³⁵⁸ Friedman – Whitman, 2003, s. 242. Baer, 2004, s. 582. Nummhauser-Henning, 2012, s. 1.

cinsel taciz konusundaki hukuki gelişimin mimarı yukarıda açıklandığı gibi büyük ölçüde mahkemeler olurken, Avrupa’da AB’nin itici gücünü oluşturduğu yasa değişiklikleri etkili olmuştur.³⁵⁹

ABD’de cinsel tacizle mücadele ırk ayrımcılığına karşı mücadele modeli üzerinden gelişmiştir. Bu ülkede, ayrımcılık karşıtı hukukunun gelişiminde ırk eşitliğini sağlama amacı yatarken, Avrupa’da benzer bir mücadeleden söz etmek mümkün değildir. Irk ayrımcılığını ortadan kaldırmayı amaçlayan medeni haklar hareketinin etkisiyle ortaya çıkan 1964 Medeni Haklar Yasası aynı zamanda cinsel tacizle mücadelenin yasal dayanağını oluşturmuştur.³⁶⁰ Yasaların aynı zamanda kültürel ve siyasi gelenekleri yansıtan kültürel semboller olduğu söylenebilir. ABD’de Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığındaki düzenlemelerin ve olumlayıcı eylem (“*affirmative action*”) politikalarının varlığı, ırkçılık veya cinsiyetçilik gibi grup temelli ayrımcılığın önemli bir eşitsizlik kaynağı olarak görülmesine katkı sağlamaktadır. Amerikalıların, cinsel taciz dahil olmak üzere bir dizi eylemi ayrımcılık olarak kavramsallaştırmaları daha olasıdır.³⁶¹

Avrupa’da cinsel tacizin kişi onurunun ihlali olarak anlaşılmasının tarihsel ve kültürel nedenleri vardır. Günümüzdeki onur (“*civil dignity*”) kavramının modernite öncesi aristokratik şeref (“*honour*”) kavramıyla bağlantıları vardır. Örneğin, Almanya ve Fransa’daki hukuk gelenekleri, güçlü ve görünür aristokrasinin eşitlikçi hareketlerin hedefi hâline gelerek aristokrasinin bir nevi tüm topluma yayıldığı toplumlarda gelişmiştir. Bir başka ifadeyle, şeref kavramı devrim hareketleriyle topluma yeniden dağıtılmıştır.³⁶² İnsan onuruna dair Avrupa hukuk kültürü büyük ölçüde 2. Dünya

³⁵⁹ Zippel, 2006, s. 84.

³⁶⁰ Friedman – Whitman, 2003, s. 243-244. Baer, 2004, s. 588.

³⁶¹ Saguy, 2003, s. 12.

³⁶² Whitman, 2000, s. 1385-1386, 1398.

Savaşı sonrasında bir üründür.³⁶³ Cinsel tacizin kişinin onurunun zedelenmesi olarak algılanması, 1945 sonrası Avrupa’da gelişen ve insan onurunun en ağır zararlara atıfta bulunduğu zarar kavramıyla ilişkilidir. Günümüzde onur kavramı, ağır bireysel hak ihlallerine ilişkin bir standart hâline gelmiştir.³⁶⁴ Bu bağlamda, anayasalar söz konusu kültürel ve tarihsel şartların açık yansımalarını içermektedir. Örneğin, AB Temel Haklar Şartı’nın birinci maddesinde “*İnsan onuru ihlal edilemez; saygı gösterilmeli ve korunmalıdır.*” hükmü yer alırken ve Almanya Anayasası’nın birinci maddesinde insan onurunun korunması düzenlenmişken, ABD Anayasası’nda insan onurundan bahsedilmemektedir.³⁶⁵

Avrupa’da ve AB hukukunda cinsel tacizi kişi onuru çerçevesinden ele alan bakış açısının tarihsel ve kültürel kökenleri genel hatlarıyla açıklanmış olmakla beraber, Avrupa ülkelerinin bakış açılarında tam bir yeknesaklıktan söz edilemeyeceğine işaret edilmelidir. Örneğin ABD ve Fransa’da cinsel taciz hukukunun gelişimini inceleyen sosyolog Saguy’a göre Fransa’da eşitsizlikler, daha ziyade bir hiyerarşi ve sınıf farklılığı penceresinden algılanmaktadır. Bunun gerekçelerini toplumsal tarihteki sınıf çatışması ve güç suiistimaline ilişkin düşünceler ile bu bakış açısının Sosyalist ve Komünist Partiler aracılığıyla sürdürülmesi yatmaktadır.³⁶⁶ Sol düşüncelerin daha yaygın olduğu diğer Avrupa ülkeleri bakımından da bu açıklama önem arz edebilir.

Avrupa ülkeleri ve ABD’de iş hukuku düzenlerindeki farklılıklar cinsel tacize bakış açısını etkileyen faktörler arasındadır. Avrupa’da keyfi fesihlere karşı koruma, ABD’de sağlanan korumaya nazaran gelişmiştir ve aynı zamanda işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini belirleyen gelişmiş yapılar ve mevzuata uygunluğu

³⁶³ Whitman, 2000, s. 1396.

³⁶⁴ Baer, 2004, s. 588.

³⁶⁵ Baer, 2004, s. 589.

³⁶⁶ Saguy, 2003, s. 12-13.

denetleyen kamu kurumları mevcuttur.³⁶⁷ Söz konusu iş hukuku kurumlarının cinsel tacize karşı belirli bir ölçüde koruma sağladığı ve bu nedenle iş hukuku araçlarının dışındaki çözümlere yönelmeye ihtiyaç duyulmamış olduğu düşünülebilir. Buna karşılık ABD’de yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, iş ilişkisinde cinsel tacize karşı başvurulacak iki ana hukuki yol, haksız fiil hukuku veya ayrımcılığa karşı koruyan Medeni Haklar Yasası olarak görülmüş ve bunlardan ayrımcılığa karşı koruma mekanizmaları gelişen cinsel taciz hukukunun dayanağını oluşturmuştur. Gerçekten *MacKinnon*’a göre toplu iş sözleşmelerinde cinsel tacizin yasaklanmasına ilişkin hükümler konulması ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında cinsel tacizin işyeri stresi olarak değerlendirilmesi mümkün olmakla beraber bu yol izlenmemiştir.³⁶⁸

Feshe karşı koruma Avrupa’da gelişmişken, ABD’de büyük ölçüde fesih serbestisinin bulunması aynı zamanda emek piyasasının özelliklerini de etkilemiştir. Avrupa’da feshe karşı sağlanan güçlü koruma işçinin aynı işte daha uzun süre çalışması anlamına gelmektedir. Bu nedenle işçiler kötü çalışma koşullarının düzeltilmesini talep etmektedir ve dolayısıyla işyerinde işçinin onurunun korunması önem arz etmektedir. İş güvencesi ve işyerinde genel olarak tacizden korunmak bir madalyonun iki yüzü gibidir. Buna karşılık, ABD’de emek piyasası Avrupa’ya göre çok daha esnektir. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olağan olduğu gibi yeni bir iş bulmak da olağandır. Dolayısıyla işe giriş ve iş sözleşmesinin feshindeki ayrımcılığın önlenmesi, iyi çalışma koşullarının sağlanmasına göre daha fazla önem kazanmaktadır. Ayrımcılık, daha hareketli bir toplumda olağan olarak daha fazla vurgulanan bir sorunken, kişinin onuru daha durağan bir toplumda önem kazanan bir sorundur.³⁶⁹

³⁶⁷ *Nummhauser-Henning*, 2012, s. 6.

³⁶⁸ *MacKinnon*, 1979, s. 159.

³⁶⁹ *Friedman – Whitman*, 2003, s. 265-267.

Avrupa’da açıklanan sosyo-kültürel yapı ve yasal çerçeve, mobbing veya psikolojik tacizin hukuk düzeninde yer bulmasını sağlamıştır. İsveç’te yaşayan Alman asıllı çalışma psikoloğu *Heinz Leymann* tarafından ilk kez 1980’li yıllarda kullanılan mobbing kavramı, işveren, işveren vekilleri ve işçiler arasındaki çatışmalı iletişim biçimlerini tanımlar. Mobbing, uzun dönemli ve kişiyi marjinalize etmeyi veya onu istifaya zorlamayı amaçlayan sistematik doğrudan veya dolaylı saldırıları ifade etmektedir.³⁷⁰ Leymann, aynı zamanda cinsel tacizi iş ilişkisindeki diğer şiddet biçimlerinden sadece biri olarak görmüştür.³⁷¹ Benzer şekilde Fransız psikiyatr *Marie-France Hirigoyen* de Türkçede “*Manevi Taciz: Gündelik Hayatta Sapkın Şiddet*” başlıklı kitabında manevi taciz kavramını hem özel hayattaki hem de çalışma hayatındaki duygusal istismar davranışlarını ifade etmek üzere kullanmıştır.³⁷² *Hirigoyen*, cinsel tacizi manevi tacizin bir üst basamağı olarak ele almış ve cinsel tacizin mağdurlarının genellikle kadınlar olduğunu ifade etmiştir.³⁷³ Öte yandan yazar, manevi tacizi ve bu bağlamda cinsel tacizi kişiler arası bir sapkın şiddet, tacizcileri de sapık olarak niteleyerek konunun cinsiyetçilik ve cinsellikle bağlantısını kurmamış, böylece sorunun cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanan yapısal nedenlerle olan bağlantılarını zayıflatmıştır.³⁷⁴ 1990’lı yılların ikinci yarısında söz konusu kavramlar Almanya, Fransa, Birleşik Krallık, İspanya ve İsveç gibi Avrupa ülkelerinde kamuoyunun ilgisini çekmiş ve yasal düzenlemelere konu olmuştur.³⁷⁵ Örneğin,

³⁷⁰ Zippel, 2006, s. 9. Tınaz, 2006, s. 12.

³⁷¹ Deveaud-Plédran, 2011, s. 55.

³⁷² Zippel, 2006, s. 9.

³⁷³ Hirigoyen, 2015, s. 85.

³⁷⁴ Saguy, 2003, s. 128, 146.

³⁷⁵ Zippel, 2006, s. 115.

mobbing teorisi Alman hukukuna işverenin gözetme borcu kapsamında girmiş, Fransa'da 2002 yılında yasal düzenlemeye kavuşmuştur.³⁷⁶

Susanne Baer'e göre cinsiyet ayrımcılığını eşitlikle değil kişi onuruyla bağlantılı olarak ele almak, evrensel ve nihai olarak ahlaki bir kategoriye referans alır; böylece uğranılan haksızlığı tarafsız bir şekilde tanımlamayı vadeder. Böylece kişi onurunu esas alan bakış açısı, cinsiyete dayalı mağduriyeti açıkça ifade etmek ve buna karşı yasa geliştirme gerekliliğinden kaçınır. Bu hâlde, süregiden eşitsizlik konuya dair kavrayışın temel bir unsurunu oluşturmaz. Saygısızlık veya kişi onurunun ihlali toplumsal olarak baskın grupların da karşılaşılabileceği ihlallerdir. Ayrıca, kişi onuruna odaklanmak, kişilerin korumak istedikleri ayrıcalıklarına zarar vermez. Ancak kişi onuru ve ayrımcılık temellerini birbiriyle çelişkili olarak görmek ve cinsel tacizi bu iki kavramdan birini temel alarak kavramsallaştırmak yerine kişi onuru ve ayrımcılığın karşılıklı bağlarını dikkate alan bir kavramsallaştırma daha uygun olacaktır.³⁷⁷ Gerçekten de, kişi onuru kavramının Avrupa'da hukuk kültüründe yerleşik olması ve buna bağlı olarak genel olarak işçinin onurunun korunmasına yönelik hukuk düzenlemelerinin varlığı ile cinsel tacizin ayrımcılık olarak görülmesi teoride birbirini dışlamaz; ancak uygulamada durum teoriden farklı şekilde gelişmiştir.³⁷⁸ Örneğin Fransa'da *Hirigoyen*'in Manevi Taciz kitabının basımından sonra cinsel tacizle mücadeleyi amaçlayan AVFT derneğinin yardım hattına gelen aramalar 13 kat artış göstermiş, arayan kadınlar genellikle manevi tacize uğradıklarını ifade etmişler, ancak dernek çalışanları anlatılanlardan arayanların cinsel tacize uğradıkları sonucuna varmıştır. Dolayısıyla manevi taciz hakkında gelişen bilinç, bir taraftan kadınların yaşadıklarını manevi taciz adı altında ifade etmelerini kolaylaştırırken bir taraftan

³⁷⁶ *Friedman – Whitman*, 2003, s. 266-267.

³⁷⁷ *Baer*, 2004, s. 587, 592.

³⁷⁸ *Friedman – Whitman*, 2003, s. 271-272.

manevi taciz kavramı cinsiyeti dikkate almadığı için kadınların cinsiyetleri nedeniyle daha fazla hedef alındıkları veya cinsiyete özgü ihlallere maruz kaldıkları iddialarının ağırlığını kaybetmesine neden olmuştur.³⁷⁹ Ayrıca, aşağıda açıklanacağı üzere AB düzeyinde cinsel tacizle ilgili politikaların oluşturulduğu süreçte, 1990'larda üye devletler cinsel tacizin cinsiyete özgü ve cinsiyet ayrımcılığı oluşturan bir sorun olduğu konusunda uzlaşamadıkları için feminist talepler adeta seyreltilmiş ve cinsel taciz kadın ve erkeklerin onurunu ihlal eden davranışları içerir şekilde tanımlanmıştır.³⁸⁰ Genel olarak AB'de aşağıda incelenecek düzenlemelerin yapılmasından sonra dahi, bir ayrımcılık türü olarak taciz, işyerinde mağduriyetlerin veya şiddetin önlenmesine ilişkin daha genel kuralların arkasında gizli kalmakta ve böylece daha genel mobbing veya zorbalık davranışlarıyla adeta yarışmaktadır.³⁸¹ Benzer şekilde, Federal Eşitlik Yasası ile cinsel tacizin tanımlandığı ve yaptırıma bağlandığı İsviçre'de, yargı uygulamasında cinsel tacizin mobbing kavramı içerisinde kaybolduğu ve böylece sorunun ayrımcılıkla bağlantısının kurulamadığı eleştirisi mevcuttur.³⁸²

Avrupa'da cinsel taciz geleneksel olarak kişi onuruna aykırılık temelinden ele alınmış olsa da ABD'de yaşanan gelişmeler Atlas Okyanusu'nun karşı kıyısında etkilerini göstermiştir. Avrupalı aktivistler, sendikalarındaki kadınlar ve Avrupalı politika belirleyiciler, ABD'de gelişen cinsel taciz kavramını ödünç almışlardır. 1980'li yıllarda bazı AB üyesi devletlerde medya ve sendikalar aracılığıyla cinsel tacize ilişkin farkındalık yaratılmaya çalışılsa da konu ne ulusal düzeyde ne de AB düzeyinde geçerlilik kazanmıştır. Bu dönemde, Birleşik Krallık'ta *WaSH (Women against Sexual Harassment)*, Hollanda'da *Hands Off* ve Fransa'da sadece ulusal düzeyde değil AB

³⁷⁹ Saguy, 2003, s. 128-129.

³⁸⁰ Zippel, 2006, s. 98.

³⁸¹ Nummhauser-Henning, 2012, s. 11.

³⁸² Lempen, 2008, s. 157-161.

düzeyinde reform sağlamayı amaçlayan AVFT (*Association Européenne Contre les Violences Faites aux Femmes au Travail*) adlı sadece cinsel taciz sorunuyla ilgilenen üç kadın örgütü kurulmuştur.³⁸³ Ayrıca, 1980’li yıllarda Birleşik Krallık ve İrlanda’da, henüz AB’nin cinsel tacizi ayrımcılık olarak ele almasından önce, mahkemeler cinsel taciz olaylarına cinsiyet ayrımcılığı yasalarını uygulamışlardır.³⁸⁴ AB üyesi olmayan İsviçre’de de 1996 yılında yürürlüğe giren Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Federal Yasa’da ABD örneği izlenerek cinsel taciz, cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak ele alınmıştır.³⁸⁵

1980’lerde Avrupa Birliği, ulus devletlere göre daha az kurumsal bir yapıda olduğu ve lobi faaliyetleriyle politikalarının etkilenmesine daha açık olduğu için cinsel taciz konusunda değişim için uygun bir alan sunmaktaydı. Bu dönemde kendi ülkelerinde dirençle karşılaşan Fransız ve Hollandalı aktivistler, lobi faaliyetlerini AB’ye yönlendirmişlerdir. Birlik düzeyindeki temel tartışma cinsel tacizin AB müdahalesini gerektiren bir sorun olup olmadığına toplanmış ve üye devletler AB’nin bu alana girmesine direnmişlerdir. AB’nin cinsel taciz konusunda adım atabilmesinin dayanağını 76/207/EEC sayılı Eşit Muamele Direktifi ve konunun aynı zamanda bir iş sağlığı ve güvenliği meselesi olarak ele alınabilmesi oluşturmuştur. Bu şartlar altında AB’nin konudaki ilk adımlarını 1984 yılında Bakanlar Komitesinin Kadınlara Yönelik Olumlu Eyleme dair Tavsiye Kararı, 1986 yılında Parlamentonun kadına yönelik şiddet konusundaki kararları oluşturmuştur.³⁸⁶

1990’lı yıllarda üye devletler cinsel taciz konusunda fikir birliğine varamadığından AB’nin konuya ilişkin müdahalesi bağlayıcı olmayan kurallar (*soft law*) belirlemek

³⁸³ Zippel, 2006, s. 88-89.

³⁸⁴ Zippel, 2006, s. 87. Nummhauser-Henning, 2012, s. 10.

³⁸⁵ Lempen, 2006, s. 119, 130.

³⁸⁶ Zippel, 2006, s. 94-96.

şeklinde gerçekleşmiştir. Bu dönemde Komisyon devletlerin politikaları gönüllü olarak benimsemesini desteklemiştir. 1990 yılında Konsey, işyerinde kadın ve erkeklerin onurunun korunmasına yönelik bir karar almış, 1991 yılında ise bunu Komisyonun işyerinde kadın ve erkeklerin onurunun korunmasına ilişkin 92/131/EEC sayılı tavsiye kararı ve taciz ile cinsel tacize ilişkin uygulama ilkeleri çıkarılması izlemiştir.³⁸⁷ Söz konusu kararda cinsel taciz bir yandan, kişinin onurunun korunması bağlamında ele alınırken kararın birinci maddesinde tacizin belirli koşullar altında 76/207/EEC sayılı direktifteki eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturabileceği belirtilmiştir.³⁸⁸ Kararın alınmasında cinsel tacize karşı mücadele eden *AVFT*, *Hands Off*, *WaSH*'ın lobicilik faaliyetleri ile LGBT'lere yönelik ayrımcılığa karşı lobicilik faaliyetlerinin etkisi olmuştur. Tavsiye kararındaki kişi onuru vurgusu ABD'deki hukuk gelişiminden farklılık gösterdiği gibi, ABD'ye göre daha erken bir tarihte cinsel yönelime dayalı taciz dikkate alınmış ve bu tür tacizin çalışanların onurunu zedelediği ifade edilmiştir. Ayrıca kararda sosyal tarafların, işyerlerini cinsel taciz ile kadın ve erkeklerin onurunu etkileyen cinsiyete dayalı davranışlardan arınmış bir çalışma ortamı sağlamaya yönelik hükümleri toplu sözleşmelere dahil etmeleri önerilmiştir. Bu dönemde cinsel taciz daha görünür hâle gelmekle beraber, devletlerin cinsel tacizin cinsiyete özgü bir sorun olduğu konusunda fikir birliğine varamaması sonucunda feminist talepler adeta seyrelemiştir.³⁸⁹

Avrupa Birliği düzeyinde cinsel taciz konusundaki düzenlemeler bağlayıcı nitelik taşımadığı hâlde 1989-2000 yılları arasında 15 üye devletten 12'si cinsel tacizle ilgili yasal düzenlemeler yapmış ve düzenlemelerinde AB'nin cinsel tacizin kişinin onuruna aykırılık oluşturduğu bakış açısını benimsemiştir. Bazı üye devletler, cinsel tacizin

³⁸⁷ Nummhauser-Henning, 2012, s. 5. Lerouge, 2019, s. para. 8.

³⁸⁸ Saguy, 2003, s. 41.

³⁸⁹ Zippel, 2006, s. 97-99. 92/131/EEC: Commission Recommendation of 27 November 1991 on the protection of the dignity of women and men at work.

tavsiye kararında ifade edildiği üzere ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmemiştir. Fransa, İsveç ve İspanya, başlangıçta cinsel tacize ilişkin düzenlemelerini sadece yetki istismarı hâllerıyla sınırlayarak, AB'nin önerisine rağmen işçiler arasındaki taciz olaylarını düzenlemelerinin kapsamı dışında bırakmıştır. Önceden sorunu ayrımcılık bağlamında ele alan Birleşik Krallık ve İrlanda kişi onuruna aykırılık yaklaşımını ayrıca kabul etmiştir.³⁹⁰Fransa, Almanya, Belçika ve İspanya'da kadın erkek eşitliğine ilişkin ulusal kurumlar, farkındalık yaratılması, politika geliştirilmesi ve AB'nin cinsel tacize ilişkin uygulama ilkelerinin tanıtılmasında önemli rol oynamıştır. Üye devletlerde mahkemelerin AB'nin cinsel tacize ilişkin kurallarına dair uygulama birbirinden farklılık göstermiş, bazı mahkemeler bu kuralları dikkate alırken bazıları göz ardı etmiştir. AB'de sendikalar ve toplu iş sözleşmeleri cinsel tacize ilişkin Birlik politikalarının uygulanmasını bir ölçüde sağladıysa da bu oldukça yetersiz düzeyde kalmış, pek çok toplu iş sözleşmesinde cinsel taciz yer bulmamıştır.³⁹¹

2002 yılına gelindiğinde Birlik hukukunda cinsel taciz ve cinsiyete dayanan taciz ilk kez 2002/73/EC sayılı direktifte, üye devletler açısından bağlayıcı şekilde ayrımcılık olarak tanımlanmıştır. Daha sonra söz konusu direktifi ilga eden İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2006/54/EC sayılı direktif aynı bakış açısını korumuştur. Direktife göre taciz ve cinsel taciz ile kişinin bu tür davranışları reddetmesi veya bunlara boyun eğmesine dayanan her türlü aleyhteki muamele ayrımcılık oluşturmaktadır (m. 2/2-a). Böylece AB hukukunda cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmekle beraber, direktifteki taciz ve cinsel taciz tanımlarında, tacizin kişi onuruna aykırı muamele oluşturduğu düzenlenmiştir. Söz konusu tanımlara göre cinsel taciz, “*bir kişinin onurunu zedeleme*

³⁹⁰ Zippel, 2006, s. 100-103, 112.

³⁹¹ Zippel, 2006, s. 106-110.

amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde, özellikle tehditkâr, düşmanca, küçük düşürücü, utanç verici veya saldırgan bir ortam yaratan sözlü, sözsüz veya fiziksel istenmeyen her türlü cinsel davranıştır” (m. 2/1-d) ve taciz “bir kişinin cinsiyeti ile ilgili istenmeyen davranışların, kişinin onurunu çiğneme ve yılgınlık uyandırıcı, hasmane, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir çevre yaratma amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde ortaya çıkması hâli”dir (m. 2/1-c). Böylece AB’nin cinsel tacize yaklaşımı, ayrımcılık bakış açısına yönelmiş olmakla beraber, tanımda cinsel taciz oluşturan davranışların kişinin onurunu zedeleme amacını taşıması veya bu sonucu doğurması ifadesine yer verilerek kişi onuruna aykırılık bakış açısı da terk edilmemiş ve çift yönlü yaklaşım benimsenmiştir.³⁹² Terfi dahil olmak üzere istihdam edilme ve mesleki eğitime erişim, ücret dahil olmak üzere çalışma şartları ve mesleki sosyal güvenlik planları direktif kapsamında eşit muamele ilkesinin uygulanması gereken alanları oluşturmaktadır (m. 1).

Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Tedarikinde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2004/113/EC sayılı direktifte de paralel düzenlemelerle cinsel taciz ve cinsiyete dayalı taciz yasaklanarak ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Her iki direktifte de aynı zamanda ayrımcılık, eşitlik ilkesinin uygulanmasını sağlamak üzere hukuki süreçlere başvuranların misillemeye karşı korunması, mağdurlara ödenecek tazminatlarda önceden üst sınır belirlenmemesi ve ayrımcılık ilkesinin ihlal edildiğine dair olguları ortaya koyduklarında ispat yükünün tersine çevrilmesine dair hükümler mevcuttur (2006/54/EC sayılı direktifte sırasıyla m. 24, 18 ve 19 ve 2004/113/EC sayılı direktifte sırasıyla m. 10, 8 ve 9).

³⁹² Nummhauser-Henning, 2012, s. 1-3. Lerouge, 2019, s. para. 11. Direktiflerin çevirileri için bkz. <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/çalışma-mevzuatı-ile-ilgili-avrupa-birliği-direktifleri.pdf>, Erişim Tarihi: 18.5.2022.

Direktiflerin AB üye devletlerinin iç hukuklarına aktarılması, çoğunlukla cinsiyet ayrımcılığına karşı özel yasaların çıkarılması veya ayrımcılıkla ilgili mevcut yasalara direktifteki tanımların eklenmesiyle gerçekleştirilmiştir. Üye devletlerde cinsel taciz, genellikle konunun sadece özel cinsiyet eşitliği yasalarında düzenlenmesi nedeniyle ayrımcılık olarak kavramsallaştırmıştır.³⁹³ Bazı üye devletlerde, ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler iş mevzuatı içerisinde yapılmıştır; bazılarında, konu hem ayrımcılıkla mücadele ile ilgili yasalar hem de iş mevzuatında düzenlenmektedir. Taciz ve cinsel taciz, ayrıca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının kapsamında yer alabilmektedir. Bu tür hâllerde birbiriyle yarışan haklar söz konusu olabilmektedir. Ayrıca bazı üye devletlerde, genel mobbing veya zorbalık olgusunun cinsel ve cinsiyete dayalı ayrımcı tacizin görünmez hâle gelmesine neden olduğu bir kez daha hatırlatılmalıdır.³⁹⁴

Üye devletlerin çoğunda ayrımcılık oluşturan taciz ve cinsel tacizin içinde bulunduğu ayrımcı uygulamaları denetleyen eşitlik kurumları mevcuttur; ancak kurumların yetkileri geniş farklılıklar göstermektedir. Bazı devletlerde kurumlar bağlayıcı kararlar verebilirken bazılarında mahkemede dava açma yetkileri mevcuttur. Ayrıca eşitlik kurumlarına paralel olarak, mağdurun dava açma imkânı vardır; bu davalar iş ilişkisi bağlamında iş mahkemelerinde, mal ve hizmetlere erişim bağlamında ise hukuk mahkemeleri veya ticaret mahkemelerinde görülmektedir. Bunun yanında tacizciye karşı ceza yargısına veya idari süreçlere başvurma imkânı bulunabilmektedir. Tacizi kamusal bir suç olarak ele alan anlayış, kişi onuruna aykırılık yaklaşımından beslenmektedir ve bazı hâllerde mobbing veya zorbalık suç hâline getirilmekte, bu suç tacizi de zımnen kapsamaktadır.³⁹⁵ Cinsel taciz ve cinsiyete dayalı taciz alanında toplu iş sözleşmelerinin rolü yeni direktiflerden önceki dönemde de olduğu gibi son derece

³⁹³ Nummhauser-Henning, 2012, s. 11, 15.

³⁹⁴ Nummhauser-Henning, 2012, s. 27-28.

³⁹⁵ Nummhauser-Henning, 2012, s. 18, 20-21.

sınırlı kalmıştır. Öte yandan, 2007 yılında Avrupa’da sosyal taraflar arasında iş ilişkisinde taciz ve şiddete ilişkin bir çerçeve anlaşma imzalanmıştır.³⁹⁶

AB direktiflerinin yürürlüğe girmesinden önce de üye devletlerin hukuklarında cinsel taciz yasaklanmakla birlikte, direktifler tacizin ayrımcılık olarak tanımlanmasını sağlamıştır. Bu durum, hukuk uygulayıcı ve mağdurlar açısından konunun daha açık olmasını da beraberinde getirmektedir. Ayrıca 2006/54/EC sayılı direktif, cinsel taciz ve cinsiyete dayalı taciz bakımından ispat yükünün tersine çevrilmesi, ulusal hukuklardaki tanımların genişletilmesi, örneğin cinsiyete dayalı tacizin düzenlenmesinin sağlanması veya failin niyetinin dikkate alınmaması gibi faydalar getirmiştir. Tazminatlarda üst sınırın kaldırılması ve uzmanlaşmış kuruluşların tacizin dahil olduğu ayrımcı uygulamalar bakımından yetki sahibi olması bu düzenlemelerin sağladığı yenilik ve yararlar arasındadır. Öte yandan, yasal düzenlemeler cinsel tacize ilişkin farkındalıkta radikal bir değişiklik yaratmamıştır. Cinsel taciz mağdurları damgalanma korkusuyla şikâyetçi olmaktan çekinebilmektedir. Ayrıca mobbing kavramı cinsel tacizle birlikte gelen damgalanmadan kaçınmayı sağlayabileceği için mağdurlar gerçekte cinsel taciz olan davranışları mobbing olarak bildirebilmekte, bu durum toplumsal cinsiyetten kaynaklanan yapısal eşitsizliklerin görünmez kalmasına neden olabilmektedir. Kişinin onuruna odaklanan yaklaşımlar aynı şekilde ayrımcılığı görünmez kılma riskini barındırmaktadır. Bu bağlamda direktifte yer alan onur kavramının, cinsel ve cinsiyete dayalı taciz tanımlarına sunduğu katkının tartışılır olduğu ve tanımın onur kavramı çıkarılarak yeniden düzenlenmesi savunulabilirse de salt tanım değişikliğinin sağlayacağı fayda şüphelidir. Ayrıca Avrupa’daki çifte veya karmaşık yaklaşımdan kaynaklanan sorunların çözümü için bu iki yaklaşımın birbirinden farklı mevzuatta düzenlenmesi, yani ayrımcı tacizlerin ayrımcılığa karşı mevzuatta, buna karşılık kişinin

³⁹⁶ Nummhauser-Henning, 2012, s. 29-30.

onuruna yönelen diğ er zararların iş mevzuatında düzenlenmesi mümkün olabileceği ileri sürülmektedir.³⁹⁷

AB’de güvenceli esneklik çağında ayrımcılık yaklaşımı, özellikle işe giriş, mesleki eğitim ve terfi bakımından daha da önem kazanmaktadır.³⁹⁸ Benzer şekilde “*gig ekonomisi*” döneminde platform temelli çalışma modelleri bakımından mal ve hizmet tedarikinde eşit muamele ilkesinin uygulanması ve bu bağlamda cinsiyete dayalı ve cinsel tacizle mücadele önem kazanacaktır. Zira platform temelli çalışmanın pek çok türünde, mahkemeler çalışanların işçi statüsünde olduğuna h kmetse de bağımlılık unsurunun sağlanmadığı, dolayısıyla çalışanların işçi olarak değerlendirilemeyeceği çalışma modellerinin de bulunması veya zamanla ortaya çıkması mümkündür.³⁹⁹

Avrupa Parlamentosu 2018 yılında işyerinde, kamusal alanlarda ve AB’deki siyasi yaşamda mobbing ve cinsel tacizin önlenmesi ve bunlarla mücadele konulu bir karar almış ve kararda mevcut düzenlemelerin uygulanması ve izlenmesinin sağlanmasına dair çağrılarının yanında yenilikçi öneriler yer almıştır. Kararda cinsel taciz tanımının sosyal ve teknolojik değişimlere uygun olarak yenilenmesi gerektiği ifade edilmiş ve Avrupa Komisyonuna bu yönde bir çağrıda bulunulmuştur. Ayrıca  ye devletler ve Avrupa Komisyonu gebeliğe ve anneliğe dayanan taciz olgusunu tanımaya davet edilmiştir.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Nummhauser-Henning, 2012, s. 30-34.

³⁹⁸ Nummhauser-Henning, 2012, s. 34.

³⁹⁹ Platform  alışanlarının hukuki statüsüne ilişkin değerlendirmeler ve çeşitli olasılıklar hakkında bkz. *Dulay Yangın*, 2020b, s. 1222-1229.

⁴⁰⁰ European Parliament resolution of 11 September 2018 on measures to prevent and combat mobbing and sexual harassment at workplace, in public spaces, and political life in the EU, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018IP0331>. Erişim Tarihi: 1.12.2021.

III. Türkiye’de iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi

Türkiye’de iş mevzuatında cinsel taciz kavramının açıkça yer alması için 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu’nu beklemek gerekmiştir. Öte yandan, hem 3008 sayılı hem de 1475 sayılı İş Kanunu dönemlerinde Yargıtay, işçinin “sarkıntılık” davranışını işverene bildirimsiz fesih hakkı veren ahlaka ve iyi niyet kurallarına aykırı hâller kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 3008 sayılı İş Kanunu döneminde 1966 yılında verdiği bir karara göre: “*Fabrikada iğneci olarak çalışan davacının başka bir işçinin karısına iğne yapmak üzere evine gittiği sırada sarkıntılık etmesi (...) 16ncı maddede yazılı ahlak ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı davranış sayılmalıdır.*”⁴⁰¹ Aynı dairenin 1475 sayılı İş Kanunu döneminde 1993 yılında verdiği bir karara göre de: “*Davacının, davalıya ait işyerinde kuaför olarak çalışmakta iken saçlarını yaptırmaya gelen yine davalıya ait işyerinde çalışan kadın personele elle sarkıntılık ettiği ve bu nedenle aynı davranışa muhatap olan kişilerle birlikte durumun şikâyet yoluyla işverene duyurulduğu ve yapılan soruşturma sonucu disiplin kurulunca oybirliği ile verilen karar gereği davacının işten çıkarıldığı toplanan delillerin birlikte değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı, İş Kanunu’nun 17/II maddesi uyarınca işverene iş aktini derhal fesih yetkisi verir.*”⁴⁰² Ayrıca bu yönde bir karara rastlanmamış olmakla beraber, her iki yasa döneminde de işverenin veya işveren vekilinin işçiye karşı cinsel tacizde bulunması, işçinin şeref ve namusuna dokunacak söz ve davranışlar kapsamında işçiye haklı nedenle derhal fesih sebebi verir (3008 s. İK m. 15/II-b, 1475 s. İK m. 16/II-b). İşverenin işçiye cinsel

⁴⁰¹ Yargıtay 9. HD. 4.10.1966, 92131/9195, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 5.12.2021.

⁴⁰² Yargıtay 9. HD. 10.6.1993, 1992/14786, K. 1993/10068, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 5.12.2021. 1475 sayılı Kanun döneminden işçinin cinsel tacizde bulunmasının haklı nedenle derhal fesih sebebi sayıldığı daha fazla karar örneği için bkz. Bakırcı, 2000, s. 164. Bazı kararlarda ise cinsel taciz, sataşmanın özel bir türü olarak, 1475 sayılı İK m. 17/II-ç kapsamında haklı fesih sebebi olarak değerlendirilmekteydi. Savaş, 2012, s. 78-79.

tacizden koruma borcunun dayanağını, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yasanın 332. maddesinde düzenlenen işçiyi gözetme borcu oluşturmaktadır. Ancak maddede bu yönde açıkça bir hüküm bulunmayıp, gözetme borcunun geniş yorumlanması yolu ile bu sonuca varılmaktadır.⁴⁰³ Bu dönemde, cinsel tacize uğrayan işçinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre maddi ve manevi tazminat davaları ile Medeni Kanun hükümlerine göre kişiliği koruyucu davaları açma hakkı mevcuttu.⁴⁰⁴

Bu dönemde, öğretide cinsel tacizin hukuki temelini hem cinsiyet ayrımcılığı hem de kişilik hakları kuramına dayandırılabilceği, ancak kişilik hakları kuramının daha geniş bir koruma sağladığı ileri sürülmüştür. Ancak buna göre de kişilik hakları temelini sağlayacağı koruma yetersiz kaldığından tacizin hem kişilik hakları hem de ahlak ve iyi niyet kurallarının ihlali olarak ele alınması gerekir. Bu kuramın yetersiz kaldığı yerlerde de cinsel tacizin değerlendirilmesinde cinsiyet ayrımcılığı veya genel olarak eşit davranma borcundan yararlanılabilir.⁴⁰⁵ Benzer yönde bir görüşe göre de ayrımcılık temeli hemcinsler arası tacizi açıklamakta yetersiz kalmakta, Fransız hukukunda hâkim olan cinsel tacizi yetkinin kötüye kullanılması olarak ele alan görüş de düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizleri açıklayamamaktadır. Kişilik haklarının ihlalinden yola çıkmak işçiye en kapsamlı korumayı sağlayacaktır; ancak bazı hâllerde toplumsal yaşam ve işyerinin dinamiklerine göre eşit davranma ilkesinden de yararlanılabilir.⁴⁰⁶

4857 sayılı İş Kanunu'nda cinsel taciz, işçi açısından işverenin tacizde bulunması (m. 24/II-b) ve üçüncü kişinin veya diğer bir işçinin tacizde bulunduğunu bilmesine rağmen işveren tarafından önlem alınmaması (m. 24/II-d) hâllerinde haklı nedenle

⁴⁰³ Bakırcı, 2000, s. 155-156.

⁴⁰⁴ Bakırcı, 2000, s. 190-201.

⁴⁰⁵ Bakırcı, 2000, s. 22.

⁴⁰⁶ Aydın, 2002, s. 94-95.

derhal fesih sebebi sayılmıştır. İşçinin bir diğer işçiye cinsel tacizde bulunması ise işverene haklı nedenle derhal fesih sebebi veren hâllerden sayılmıştır (m. 25/II-c). 24. madde gerekçesine göre: “Maddeye ‘cinsel taciz’e ilişkin olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, işçinin işyerinde başka bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen onun gerekli önlemleri almaması durumunda, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Buradaki ‘gerekli önlemler’ sözü ile anlatılmak istenen, işverenin, olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi, sözgelimi işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi ya da tacizin ağırlığı karşısında tacizci işçinin işine son vermesidir.” 25. maddenin gerekçesinde yasa hükmünden farklı bir açıklama yer almamaktadır.

Yeni yasada cinsel taciz yalnızca haklı nedenle derhal fesih sebepleri arasında düzenlenmiş; işe giriş, mesleki eğitim ve terfiler bağlamında herhangi bir hüküm yer almamıştır. Ayrıca cinsel taciz tanımlanmadığı için kavramın kapsamını belirleme görevi yargıya düşmektedir⁴⁰⁷ Yasada cinsiyete dayalı veya cinsiyetçi tacize dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasanın 5. maddesinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmakla birlikte taciz ve ayrımcılık arasında bağ kurulmamışsa da öğretide, işverenin gerçekleştirdiği cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu ve bu nedenle ayrımcılık hâlinde uygulanan tazminat yaptırımının uygulanabileceği isabetli olarak ileri sürülmüştür.⁴⁰⁸ Bir başka görüşe göre, cinsel taciz öncelikle bir kişilik hakkı ihlali olarak ele alınmalıdır; ancak bazı olaylarda cinsiyet ayrımcılığı ve eşit işlem borcuna

⁴⁰⁷ Süral, 2012, s. 272-274.

⁴⁰⁸ Yıldız, 2008, s. 109. Bilgili, 2010, s. 58-60. Yuvalı, 2012, s. 111. Özdemir, 2014, s. 98. Manav Özdemir, 2016, s. 210-211. Erkanlı Başbüyük, 2020, s. 250-251. Ayrımcılık tazminatı konusunda görüş bildirmemekle beraber cinsel tacizin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları ile sıkı ilişki içerisinde olduğu ve tacizin ayrımcılık olarak değerlendirildiği yönünde, Sevimli, 2013, s. 114. Cinsel tacizin her durumda cinsiyete dayanan farklı davranış oluşturduğu ve ayrımcılık yasağının nitelikli ihlali olduğu yönünde, Baycık, 2018, s. 276-277.

aykırılık temeline dayanılabilir.⁴⁰⁹ Buna karşılık bir başka görüşe göre, cinsel tacizde işin ifasına yönelik bir ayrımcılık söz konusu olmadığı ve ayrımcılık tazminatı için yasada öngörülen üst sınır cinsel taciz olayları bakımından uygun olmadığı için ayrımcılık tazminatı talep edilemez.⁴¹⁰ Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olmakla beraber, yargı kararlarında cinsel taciz ve ayrımcılık arasında ilişki kurulmadığı, cinsel tacizin kişilik hakkı ihlali temelinden ele alındığı görülmektedir, Yargıtay’a göre: *“İşyerinde cinsel taciz derecesine varan davranışlara karşı işçinin korunması işverenin koruma yükümlülüğü içinde önemli bir yer tutar ve işçilere yönelik cinsel taciz işçinin kişilik haklarına karşı yapılmış hukuka aykırı bir davranıştır.”*⁴¹¹

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda cinsel taciz konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan, işçinin işverenin veya işveren vekilinin tacizine uğraması ya da işçinin diğer bir işçinin tacizine uğradığını bilen işverenin bu konuda önlem almaması hâllerinde işçi bakımından, işçinin bir diğer işçiyi taciz etmesi hâlinde ise işveren bakımından haklı nedenle derhal fesih hakkının bulunacağı şüphesizdir. Zira haklı nedenle derhal fesih hakkı, ilişkiye devam etmenin çekilmez hâle gelmesiyle ortaya çıkar.⁴¹² Yargıtay da Basın İş Kanunu’na tabi işçilerle ilgili olarak bu hususu ifade etmiştir: *“5953 sayılı Yasada düzenlenmemiş olan her konu için boşluğun, doğrudan 4857 sayılı İş Kanunu ile doldurulması yerine, konunun çalışma yaşamıyla ilgili gerçek bir ihtiyaca cevap vermesi aranmalıdır. (...) gazetecinin işyerinde cinsel tacizde bulunması, işyerinde hırsızlık yapması gibi hâller, bu defa da işverenin haklı feshine imkân veren örnekler olarak açıklanabilir.”*⁴¹³ Öte yandan DİK ve BİK’e tabi

⁴⁰⁹ Dursun Ateş, 2019, s. 511.

⁴¹⁰ Ergin B., 2007, s. 153.

⁴¹¹ Yargıtay 9. HD. 4.11.2010, 2008/37500, 2010/31544, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁴¹² Süzek, 2021, s. 691.

⁴¹³ Yargıtay 9. HD. 22.1.2015, 2013/8444, 2015/1828, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 9.2.2022.

işçilerin hakları tabi oldukları kanunlara göre değişiklik gösterecektir; bu farklılıklara ilerde yeri geldikçe değinilecektir.

2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişiliğinin korunması başlıklı 417. maddesinde işverenin işçilerin psikolojik cinsel tacize uğramaları ve bu tür tacizlere uğrayanların daha fazla zarar görmemesi için önlem alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Madde gerekçesine göre: *“İşveren, bu amaçla, işçilerin derhal yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür.”* Yasada işçinin kişiliğinin korunması, işçinin onuru dahil olmak üzere manevi bütünlüğünü ifade eder anlama gelmektedir; öte yandan kişi onuruna dair açık bir ifade yasada yer almamaktadır.⁴¹⁴

2012 yılında yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ve ilgili yönetmeliklerde cinsel tacize dair açık herhangi bir düzenleme yer almamakla beraber, yasanın 4. maddesinde işverenin genel olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu yasaya dayanılarak çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'ne göre psikososyal tehlikelerin risk değerlendirmesinde dikkate alınması gerekir (m. 8/3-4).⁴¹⁵ Benzer şekilde İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te işyeri hekimlerinin görevleri arasında *“psikososyal riskler açısından çalışanların fiziksel ve zihinsel kapasitelerini dikkate alarak iş ile çalışanın uyumunun sağlanması ve çalışma ortamındaki stres faktörlerinden korunmaları için araştırmalar yapmak”* sayılmıştır.⁴¹⁶ ÇSGB İSGÜM'ün 2016 yılında yayımladığı Psikososyal Risk

⁴¹⁴ Sürat, 2012, s. 277.

⁴¹⁵ RG No. 28512, 29.12.2012.

⁴¹⁶ RG No. 28713, 20.07.2013.

Faktörleri Bilgilendirme Rehberi’nde cinsel taciz, mobbing sayılan davranış türleri arasında yer almış, bu konuda ayrıca ayrıntılı bilgiye yer verilmemiştir.⁴¹⁷ Ayrıca ÇSGB’nin İşyerlerinde Psikolojik Taciz Bilgilendirme Rehberi’nde cinsel tacize hem psikolojik tacize benzeyen kavramlar arasında hem de psikolojik taciz kapsamında gerçekleşebilecek davranışlar arasında yer verilmiştir.⁴¹⁸ 2011 yılında çıkarılan “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu Başbakanlık Genelgesi’nde⁴¹⁹ psikolojik taciz hem iş sağlığı ve güvenliği hem de çalışma barışının sağlanması bakımından ele alınmıştır; buna karşılık cinsel tacize ve cinsiyetçi tacize yönelik olarak bu tür bir siyasi irade gösterilmemiştir. Bu düzenlemeler, cinsel tacizin ve cinsiyetçi tacizin, mobbing veya psikolojik tacizle karıştığı veya bu taciz türlerine göre geri planda kaldığı için görünmez hâle gelmesine ilişkin AB’ye üye devletlerin hukukları bağlamında dile getirilen sorunun hukukumuzdaki bir görünümünü oluşturmaktadır.

2016 yılında yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda taciz, “*psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış*” olarak tanımlanmaktadır (m. 2/1-j). Taciz ve işyerinde yıldırma aynı zamanda yasa kapsamına giren ayrımcılık türlerinden sayılmaktadır (m. 4). Yasanın kapsamına giren ayrımcılık temelleri, “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş*” olarak sınırlı şekilde sayılmıştır. Böylece, cinsel tacizin yasada cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık

⁴¹⁷ ÇSGB İSGÜM, 2016, s. 20.

⁴¹⁸ ÇSGB, 2017, s. 13, 16.

⁴¹⁹ RG No. 27879, 11.3.2011.

kapsamına alındığı söylenebilir;⁴²⁰ bu bakış açısı cinsel tacizin doğası gereği cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğunu kabul eden görüşlerle uyumludur. Ayrıca cinsiyete dayalı taciz ve psikolojik taciz de ayrımcılık oluşturur; o hâlde bu çalışmada cinsiyetçi taciz olarak anılan kişiye cinsiyeti nedeniyle yönetilen ancak cinsel içerikli olmayan tacizler yasada kavramsallaştırılmıştır ve ayrıca bu tacizlerin ayrımcılık sayılması yasal dayanağa kavuşmuştur. Yasanın genel gerekçesinde AB müktesebatına uyum sağlama amacından söz edilmiş ve 2006/54/EC sayılı direktif uyum sağlanması gereken temel metinler arasında sayılmıştır. Mevzuatta cinsel tacizin ayrımcılık olarak nitelendirilmesini sağlayan bu düzenlemede AB hukukunun etkisinin bulunduğu açıktır. Yeni yasal dayanak, iş hukuku uygulayıcıları tarafından dikkate alındığı ve uygulandığı takdirde cinsel tacizle mücadeleye ivme kazandırabilecek niteliktedir. Öte yandan, yukarıda ele alınan teorik çerçevede, bu yönde açık bir yasal düzenleme bulunmasa dahi cinsel ve cinsiyetçi tacizlerin, doğaları gereği cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu hatırlatılmalıdır.

İş hukukunun özel kaynaklarından olan toplu iş sözleşmelerinde cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik hükümler ve bu bağlamda cinsel taciz konusu son derece sınırlı olarak yer bulmuştur.⁴²¹ Bu durumun kadın istihdam oranının düşüklüğü, kadın istihdamının yapısından kaynaklanan düşük sendikalaşma oranı, sendika üyesi kadınların toplumsal cinsiyete dayalı geleneksel işbölümü nedeniyle çalışma saatleri dışındaki zamanlarda bakım ve ev işleri gibi sorumluluklarını yerine getirmek durumunda olmaları nedeniyle sendika organlarında görev üstlenmelerinin ve sendikal faaliyetlere katılmalarının mümkün olmaması, kadınların toplu pazarlık sürecinde yer

⁴²⁰ Senyen Kaplan, 2020, s. 201. Erkanlı Başbüyük, 2020, s. 251. Demir, 2021, s. 298.

⁴²¹ Urhan, 2014, s. 140. Bağtladığı toplu iş sözleşmelerinde cinsel tacize ilişkin hüküm bulunan sendikalara örnek olarak Petrol-İş ve Türkiye Gazeteciler Sendikası örnek gösterilebilir.

almamaları gibi yapısal nedenleri vardır.⁴²²Ayrıca örneğin, “*İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi*” konulu Başbakanlık Genelgesi’nde, “*Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.*” hükmü yer alırken cinsel tacizle mücadele ile ilgili olarak benzer bir siyasi irade ortaya konmamıştır.

⁴²² Toksöz, 1994, s. 440-441. Toksöz – Erdoğan, 1998, s. 124. Ünlütürk Ulutaş - Pala, 2012, s. 295, 302. Urhan, 2014, s. 17-21. Erdoğan, 2022, s. 506-508.

§4. CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZ TANIMLARI

I. Uluslararası sözleşme ve belgelerde cinsel ve cinsiyetçi taciz

1. 111 Sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) ILO Sözleşmesi (1958)

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nun Türkiye’nin 1967 yılında taraf olduğu 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi’nde cinsel ve cinsiyetçi taciz açıkça kavramına açıkça yer verilmemektedir. Sözleşme’nin 1. maddesine göre: *“Bu sözleşme bakımından ‘Ayrım’ deyimi; Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı; İlgili üye memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tesbit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, ifade eder. Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz. Bu sözleşme bakımından ‘İş’ ve ‘Meslek’ terimleri, mesleki eğitime, bir işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını kapsar.”* Görüldüğü üzere 111 sayılı Sözleşme’de cinsiyet temelinde ayırım yapılması yasaklanmıştır. Ancak ILO Uzmanlar Komitesi, sözleşmeyi yorumlarken cinsel tacizin sözleşme anlamında cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğunu kabul etmiştir.⁴²³

ILO Uzmanlar Komitesi 1988 yılında, İş ve Meslekte Eşitlik başlıklı genel araştırmasında (*General Survey*), cinsel tacizi bir ayrımcılık biçimi olarak ele almıştır. Genel araştırmada, bazı hükümetlerin, işçi ve işveren kuruluşlarının dikkatlerini sözleşme kapsamındaki cinsiyet ayrımcılığının özel bir türü olan cinsel taciz veya

⁴²³ Bakırcı, 2000, s. 53, 96-97.

istenmeyen cinsel ilgiye yönelttiği ifade edildikten sonra söz konusu davranışlarla ilgili şu açıklamalarda bulunulmuştur: *“Bu davranışlar kişinin giyimi, fiziği, yaşı aile durumu gibi hâllerle ilgili aşağılamaları, sözleri, şakaları, imaları, uygunsuz yorumları; kişinin onurunu zedeleyen küçümseyici veya ataerkil tavırları; tehdit içersin veya içermesin istenmeyen açık veya imalı davet ve istekleri; cinsellikle bağlantı şehvetli bakışları veya diğer jestleri; dokunma, okşama, cimcikleme veya saldırı gibi gereksiz fiziksel temasları içerir. Davranışın cinsel taciz olarak nitelendirilmesi için, davranışın ek olarak şu özelliklerden birini göstermesi gerekir: makul bir biçimde çalışma veya işe alınma koşulu olarak algılanmak; bu alanda alınan kararları etkilemek veya iş performansına zarar vermek; bu davranışlara maruz kalan kişiye utanç vermek, aşağılamak veya korkutmak. İstenmeme niteliğinin faili tarafından yanlış anlaşılmasının mümkün olmadığı her davranış cinsel taciz olarak kabul edilecektir. Cinsel taciz, işçi ve işletme için potansiyel bir tehdittir. Cinsel taciz, yalnızca işçilerin bireysel bütünlüğünü ve esenliğini etkilemez, aynı zamanda endüstriyel ilişkilerin üzerine kurulduğu temelleri sarstığı ve üretkenliği engellediği için işverenin de amaçlarına aykırıdır.”*⁴²⁴

ILO Uzmanlar Komitesi’nin 1996 yılındaki İş ve Meslekte Eşitlik başlıklı genel araştırmasında (*General Survey*), cinsel tacizin ortadan kaldırılmasının, cinsiyet ayrımcılığı politikalarından bağımsız olarak yasamanın ve diğer politikaların temel bir parçası olması gerektiği ifade edildikten sonra çeşitli devletlerin cinsel tacizle mücadelelerindeki gelişmeler örneklenmiştir.⁴²⁵ Bu çalışmada, ayrımcılık temelleri arasında cinsel yönelim de incelenmiştir. Raporda her ne kadar Sözleşme’de açıkça cinsel yönelime dayalı ayrımcılık yasaklanmamış olsa da giderek daha fazla üye devletin işçileri cinsel yönelim ayrımcılığına karşı koruyan yasal önlemleri kabul

⁴²⁴ ILO, Equality in Employment and Occupation - General Survey by the CEACR, 1988, s. 43.

⁴²⁵ ILO, Equality in Employment and Occupation - Special Survey in Respect of Convention No. 111, 1996, s. 66.

ettiğine işaret edilerek, bu kriterin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir; ardından cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa mevzuatında yer veren veya mevzuatında yasak yer almamakla beraber içtihat yoluyla aynı sonuca varılan devletler örneklenmiştir. Raporda, cinsel yönelime dayalı her türlü ayrımcılığa karşı özel bir koruma sağlanması için bu ayrımcılık temelinin ulusal mevzuatta açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴²⁶

Uzmanlar Komitesi, 111 sayılı Sözleşme'ye ilişkin Türkiye hakkındaki denetimlerinde genel içtihadına uygun olarak cinsel tacizle ilgili mevzuatı denetlemiştir. Komite, 2019 yılındaki doğrudan talebinde ("*direct request*"), hükümetten iş ilişkisinde cinsel taciz tanımı, uygulanan yaptırımlar ve mevcut giderim yöntemleri hakkında bilgi istediğini hatırlattıktan ve hükümetin yanıtını özetledikten sonra, hükümetten hem İş Kanunu'na hem de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tüm çalışanları kapsayacak şekilde kamu ve ev hizmetleri dahil olmak üzere özel sektördeki erkek ve kadın çalışanlara yönelik "*quid pro quo*" cinsel tacizi ve düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel tacizi açıkça tanımlayan ve yasaklayan açık hükümler eklemeyi ve etkili tazmin ve giderim mekanizmaları ile uygun yaptırımları sağlamayı değerlendirmesini talep etmiştir.⁴²⁷ ILO Uzmanlar Komitesinin bu güncel denetiminden, Komitenin cinsel tacizin hem düşmanca çalışma ortamı oluşturan hem de "*quid pro quo*" olarak anılan

⁴²⁶ ILO, Equality in Employment and Occupation - Special Survey in Respect of Convention No. 111, 1996, s. 109. Raporda aynı zamanda, cinsel yönelime dayalı ayrımcılık, yaşam tarzıyla yakın bağlantısı olan son derece geniş bir kavramdır ve sadece cinsel azınlıkları etkilemez ve heteroseksüeller de cinsel azınlıklar tarafından ayrımcılığa uğrayabilir ifadelerine yer verilmişse de bu iddiayı temellendirecek örneklerle yer verilmemiştir.

⁴²⁷ Direct Request CEACR - adopted 2019, published 109th ILC session 2021 - Discrimination Employment and Occupation Convention, 1958 No. 111 - Turkey Ratification: 1967, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:4015390, Erişim Tarihi: 27.2.2021. Komite, 2020 yılındaki denetiminde de 2019 yılındaki taleplerini yineleyerek Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'ndaki düzenlemenin hem *quid pro quo* hem de düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizi kapsayıp kapsamadığını sormuştur. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4061438,102893 Erişim Tarihi: 28.9.2022.

türlerinin açıkça tanımlanması ve yasaklanmasının, ayrıca cinsel taciz mağdurlarının yararlanabileceği şikâyet ve giderim mekanizmalarının oluşturulmasının 111 sayılı Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükler arasında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) (1979)

Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde cinsel tacize ilişkin bir tanıma yer verilmemektedir.⁴²⁸ Sözleşme'nin 11. maddesinde istihdam alanında kadınlara yönelik ayrımcılığa son verilmesi için tanınması gereken haklar yer almaktadır; maddenin 1. fıkrasının c bendine göre kadınlara *“Mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile, çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı”*, f bendinde göre *“Sağlığın korunması ve doğurganlık yeteneğinin korunması da dahil, çalışma şartlarında güvenlik hakkı”* tanınmalıdır. Söz konusu bentler, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin (CEDAW Komitesi) 19 ve 35. Genel Tavsiye Kararlarıyla beraber değerlendirildiğinde taraf devletlere kadınlara yönelik cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı uygun ve etkili önlemleri alma ödevini yüklemektedir.⁴²⁹

CEDAW Komitesi, 1992 yılında yayımladığı 19 sayılı Genel Tavsiye Kararı'nın 11. maddesinde kadınların, cinsel taciz gibi toplumsal cinsiyete dayalı şiddete maruz kalmaları hâlinde istihdamda eşitliğin ciddi şekilde zedelenebileceğini ifade etmektedir.

⁴²⁸ Sözleşme Türkiye bakımından 20.12.1985'te yürürlüğe girmiştir. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en, Erişim Tarihi: 13.3.2020.

⁴²⁹ Lempen, 2019, s. 305

Söz konusu maddede cinsel tacizin, istenmeyen ve cinselliğe dayanan fiziksel temas ve yakınlaşma, cinsellik barındıran ifadeleri, pornografi göstermeyi, cinsel talepleri içeren sözler veya davranışları kapsadığı belirtilmektedir. Bu tür davranışlar utanç verici olabilir ve bir sağlık ve güvenlik sorunu oluşturabilir. Söz konusu davranışlar iki hâlde aynı zamanda ayrımcılık oluşturabilir; bu hâllerden birincisi bu davranışlara maruz kalan kadının davranışlara itirazının kendisini işiyle ilgili istihdam ve terfi süreçleri dahil olmak üzere dezavantajlı duruma sokacağına makul gerekçelerle inanmasıdır. Cinsel taciz davranışlarının düşmanca bir çalışma ortamı yaratması da ayrımcılık oluşturur.

CEDAW'ın 5. maddesi taraf devletlere *“her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek”* için gereken her türlü önlemi alma ödevini yüklemektedir. CEDAW'ın istihdamda eşitliğe ilişkin 11. maddesi, sözleşmenin 5. maddesi ışığında yorumlandığında, sadece dar anlamda cinsel tacizi değil aynı zamanda, cinsiyetlerden birinin daha aşağı ya da birinin daha üstün olduğu düşüncesine veya kadın ve erkelerin basmakalıp rollerine dayanan cinsiyetçi davranış ve sözlerin önlenmesini içermektedir. Bu bağlamda, analık iznini kullanan bir kadına yönelik düşmanca ifadeler veya geleneksel olarak erkek işi olarak görülen işlerde çalışan kadınlara yönelik mobbing cinsiyetçi davranışlara örnek gösterilebilir.⁴³⁰

CEDAW Komitesi, devletlerin mevzuatlarında cinsel tacizi geniş bir biçimde tanımlamasını ve hem ceza hukukunda hem de özel hukuk alanında yasaklamasını gerekli görmektedir.⁴³¹ CEDAW Komitesine benzer şekilde BM Ekonomik, Sosyal ve

⁴³⁰ Lempen, 2019, s. 306.

⁴³¹ Lempen, 2019, s. 306 ve orada zikredilen CEDAW Komitesi kararları.

Kültürel Haklar Komitesi de cinsel tacizin geniş tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir. Komite, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin adil ve uygun çalışma şartlarına ilişkin 7. maddesine dair 23 sayılı Tavsiye Kararı'nda cinsel taciz tanımına ilişkin kriterlere yer vermiştir.⁴³² Buna göre, mevzuat tacizi geniş bir biçimde tanımlamalı ve cinsel tacizi açıkça anmalıdır. İşyerinde cinsel tacize ilişkin özel bir tanım yapılması yerinde olacaktır ve mevzuat cinsel tacizin suç olarak kabul etmeli ve uygun şekilde cezalandırmalıdır.

CEDAW'da iş ilişkisinde cinsel tacizin önlenmesi sözleşme metninde açıkça yer almamakla beraber, sözleşme devletlere kadın-erkek eşitliğinin sağlanması bağlamında cinsel tacizi önleme yükümlülüğü vermektedir. CEDAW Komitesi'nin kararlarından, mevzuatta cinsel tacizin geniş bir biçimde tanımlanması gerektiği anlaşılmaktadır; bu tür bir tanımın aynı zamanda cinsiyetçi tacizi de içermesi sözleşmenin amacıyla uyumlu olacaktır.

3. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (1996)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın (GGASS) "Onurlu çalışma hakkı" başlıklı 26. maddesinde cinsel taciz tanımlanmamakla beraber, taraf devletlerin çalışanlara yönelik cinsel tacizle mücadelede bulunmasına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Bu maddeye göre: *"Akit 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, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı; 2-*

⁴³² CESCR General Comment No. 23 2016 on the right to just and favourable conditions of work article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/23 para. 48.

Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler.” Şart’ın ekine göre ise 26. madde “*Taraflarca kanun çıkartılmasını gerektirmez şeklinde anlaşılır. 2. fıkranın, cinsel tacizi kapsamadığı anlaşılır.”*

GGASS’de cinsel taciz tanımına yer verilmemiş, taraf devletlere cinsel tacizle mücadeleyle ilişkin ödevler getirilmiştir. Cinsel taciz tanımı ve devletin tacizle mücadele kapsamındaki ödevleri, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından yapılan değerlendirmelerde somutlaştırılmaktadır. Komite, Türkiye hakkında yaptığı 2014 yılındaki değerlendirmede cinsel tacizi, bir veya daha fazla kişiye yönelik ayrıcalık tanıyan veya misilleme niteliğindeki davranışların veya diğer ısrarlı davranış biçimlerinin benimsenmesi ile nitelenen, bu kişilerin onurlarını zedeleyebilecek veya kariyerlerine zarar verebilecek eşit muamele ihlali olarak tanımlamıştır. Komite, aynı zamanda, düşmanca bir çalışma ortamı yaratan tacizin, kabul edilen veya görünen nedenlerine bakılmaksızın ayrımcılık oluşturan davranışlarla aynı şekilde yasaklanması ve bastırılması gerektiğini ifade etmiştir.⁴³³

Komiteye göre, işveren hem kendi çalıştırdığı kişilere karşı hem de kendisi tarafından çalıştırılmasa bile sorumluluğu altında çalışanlar tarafından veya kendi sorumluluğunda bulunan mülklerde kendisi tarafından çalıştırılmayan yüklenici,

⁴³³ Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Conclusions 2014 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2014/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

bağımsız çalışan, ziyaretçi, müşteri gibi kişilerin tacizine uğrayan kişilere karşı sorumlu tutulabilmelidir.⁴³⁴

Cinsel tacize karşı koruma, kişinin taciz hâlinde bağımsız bir makama başvurma, yeterli tazminat elde etme ve bu yollara başvurduğu için misillemekten korunma haklarını da içermelidir. Mağdurun hem maddi hem de manevi zararları karşılamak talebinde bulunabileceği etkili yargı yolları bulunmalıdır.⁴³⁵ Tazminat yaptırımları mağdurun zararlarını karşılamalı, aynı zamanda işveren bakımından caydırıcı bir etki yaratmalıdır.⁴³⁶ Cinsel tacize uğraması sebebiyle haksız feshe uğrayan veya iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalan işçilere işe iade hakkı tanınmalıdır.⁴³⁷

Komite denetimlerinde ispat yüküyle ilgili olarak, çalışanların etkili bir biçimde korunmasının, usul yönünden ispat yükünde bir tür değişiklik gerektirdiğini ve mağdurun tacizin varlığına ilişkin yeterli izlenimi yaratması ve yargıç veya yargıçların kişisel kanaatlerinin oluşması hâlinde, mahkemenin mağdur lehine karar verebilmesine imkân tanınması gerektiğini ifade etmiştir.⁴³⁸

Taraf devletler cinsel tacizin önlenmesi için yeterli önleyici tedbirlere başvurmalıdır. Özellikle, çalışanlara cinsel taciz hakkında ve mevcut yasal başvuru

⁴³⁴ Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Conclusions 2003 - Italy - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2003/def/ITA/26/1/EN>. Conclusions 2010 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2010/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

⁴³⁵ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Conclusions 2010, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2010/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

⁴³⁶ Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Conclusions 2014 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2014/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

⁴³⁷ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Conclusions 2005 - Moldova - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2005/def/MDA/26/1/EN>. Conclusions 2005 - Lithuania - Article 26-1 <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2005/def/LTU/26/1/EN>. Conclusions 2016 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

⁴³⁸ Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Conclusions 2003 - Slovenia - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2003/def/SVN/26/1/EN>. Conclusions 2010 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2010/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

yolları hakkında bilgi verilmelidir. Devletler işyerlerinde veya işle ilgili olarak bilgilendirme, bilinçlendirme ve önleme kampanyaları düzenlemelidir.⁴³⁹

4. Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) (2011)

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) taraf devletlere cinsel tacize yaptırım uygulama yükümlülüğü getirmektedir.⁴⁴⁰ Sözleşme'nin cinsel taciz başlıklı 40. maddesine göre: *“Taraflar bir şahsın onurunu ihlal etme etkisi yaratan veya bu maksatla gerçekleştirilen, ve özellikle de aşağılayıcı, düşmanca, hakaretamiz, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratırken, her türlü istenmeyen, cinsel mahiyette sözlü veya sözlü olmayan veya fiziksel davranışın cezai veya diğer yasal yaptırıma tabi olmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır.”*

İstanbul Sözleşmesi'ne Dair Açıklayıcı Rapor'da 40. maddedeki tanımla ilgili olarak şu ifadeler yer almaktadır: *“207. Bu madde cinsel tacizin cezai veya “diğer” hukuki yaptırımlara tabi olması ilkesini getirmektedir. Başka bir deyişle metni hazırlayanlar, bu özel ihlalin faili olan kişinin karşılaşılabileceği sonuçları belirleme işini Taraflara bırakmak istemişlerdir. Genel olarak tercih edilen, bu madde kapsamına giren eylemlerin ceza kanunu kapsamında ele alınması iken, metni hazırlayanlar birçok hukuk sisteminin cinsel tacizin medeni kanun veya iş kanunu kapsamında ele alındığını da kabul etmişlerdir. Sonuç olarak, Taraflar, yasaların cinsel taciz eylemini ele alması*

⁴³⁹ Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Conclusions 2010 Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2010/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

⁴⁴⁰ İmza tarihi: 11.5.2011, Onay tarihi: 14.3.2012, Yürürlük tarihi: 1.8.2014, <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/turkey>, Erişim Tarihi: 4.2.2021.

koşuluyla, böyle durumların ceza kanunu kapsamında mı, idari ve diğer yaptırımlar kapsamında mı ele alınacağını kendileri belirleyeceklerdir.

208. Bu hükmün kapsamındaki davranışlar çok yönlüdür. Asıl olarak üç davranış biçimi söz konusudur: Mağdur tarafından arzu edilmeyen, cinsel içerikli sözel, sözel olmayan ve fiziksel davranış. Sözel davranış, fail tarafından ifade edilen veya iletilen şakalar, sorular, yorumlar gibi sözler veya seslerdir, bunlar sözel olarak veya yazıyla ifade edilebilir. Diğer taraftan, sözel olmayan davranış, failin, söz veya ses olmayan, örneğin yüz ifadesi, el hareketleri veya kimi sembollere başvurma gibi eylemleridir. Fiziksel davranış, failin, mağdurun bedeni ile temas ettiği durumları da içermek üzere cinsel içerikli herhangi bir davranıştır. Madde 36'da olduğu gibi, bu hükmün kapsamında yer alabilmek için bu davranış biçimlerinden herhangi birinin cinsel içerikte olması gerekir. Ayrıca, bu davranışların mağdurun isteği hilafına olması gerekir; yani bu eylemler fail tarafından dayatılıyor olmalıdır. Dahası, aynı eylem ve davranışların mağdurun onurunu zedeleme gibi bir amaç gütmesi veya bu sonucu vermesi gerekir. Örneğin söz konusu fiil sindirici, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratıyorsa, bu kapsamda yer alır. Amaçlanan, tek öğelerine bakıldığında yaptırım gerektirmeyebilecek belirli davranış biçimlerinin kapsanmasıdır.

209. Tipik olarak, yukarıda belirtilen eylemler gücün kötüye kullanımı, ödül vaadi veya misilleme tehdidi gibi yollarla gerçekleştirilmektedir. Birçok durumda mağdur ile fail birbirini tanımaktadır ve aralarındaki ilişki de hiyerarşi ve güç açısından farklılıklarla belirlenmektedir. Bu maddenin uygulanma kapsamı yalnızca istihdamla sınırlı değildir. Bununla birlikte, yükümlülüğün gereklerinin, davranışın gerçekleştiği özel durumlara göre değişebileceğini de unutmamak gerekir.”

İstanbul Sözleşmesi'ndeki tanımın failin amaçlarına değil, davranışın mağdurun üzerindeki etkisine odaklandığı görülmektedir. Sözleşme'de cinsel tacizin ortaya çıkabileceği çok çeşitli biçimler dikkate alınmıştır ve tacizin hem düşmanca ortam yaratan biçimi hem de korkutma yoluyla gerçekleştirilen biçimini kapsayabilecek bir tanım getirilmiştir. Sözleşmenin cinsel tacizle ilgili maddesi istihdamla sınırlı bir uygulama alanına sahip olmamakla beraber, devletin cinsel tacize yaptırım uygulamakla ilgili yükümlülüğünün gerekleri davranışın gerçekleştiği bağlama göre değişebilmektedir.

Türkiye, 2021 yılında Cumhurbaşkanı kararıyla İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmiş, karara karşı açılan yürütmeyi durdurma talepli iptal davası Danıştay 10. Dairesi tarafından reddedilmiş ve bu karara yönelik temyiz başvurusu da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir.⁴⁴¹ Çekilme kararı ve bunun üzerine verilen Danıştay kararlarının hukuka aykırılığına ilişkin anayasa hukuku tartışmalarına yer vermek bu çalışmanın kapsamını aşacaktır;⁴⁴² ancak çekilme kararının kadın erkek eşitliğinin sağlanması ve kadına şiddetle mücadele açısından sözleşmenin doğrudan

⁴⁴¹ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine ilişkin 19.03.2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, RG No. 31429, 20.03.2021. Yürütmeyi durdurma talebinin reddine ilişkin Danıştay 10. Daire, 28.6.2021, 2021/1747 sayılı karar, <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/guncelKararlar/2021-06-29-09-20-9539359.pdf>, Erişim Tarihi: 22.2.2023. İptal talebinin reddine ilişkin Danıştay 10. Daire, 28.4.2022, 2021/1493, 2022/2489, https://www.evrensel.net/files/uploads/sozlesme_karar_220719_164252.pdf, Erişim Tarihi: 22.2.2023. Danıştay İDDK'nın 10. Daire Kararını onadığı yönündeki haber için bkz. <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/turkiye-resmen-istanbul-sozlesmesinden-cikti-2017804>, Erişim Tarihi: 22.2.2023. Danıştay İDDK'nın gerekçeli kararına erişilememiştir.

⁴⁴² Gözler, K. (2021). Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler). <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>, Erişim Tarihi: 1.9.2021. Aslan, V. (2021). İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi, <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakki>, Erişim Tarihi: 1.9.2021. Gözler, K. (2021). İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 Tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı), <https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm> adresinden alındı, Erişim Tarihi: 1.9.2021. Şirin, T. – Orcan, N. U. (2022). Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (50), s. 241 - 278.

düzenlemediği bir alan olan iş hukuku bağlamında dahi zafiyet yarattığı kanaatindeyim.⁴⁴³ Ayrıca, sözleşmeden çekilme kararına rağmen sözleşmenin izleme organı olan GREVIO'nun geçmişte Türkiye hakkında yaptığı denetimlerde yer alan eleştiri ve tavsiyeler bu çalışma bakımından güncelliğini korumaktadır ve bu nedenle çalışmada bunlardan yararlanılmıştır. GREVIO'nun eksikliğine işaret ettiği hususlar Sözleşme'den çekilmenin yarattığı sorunların örnekleri olarak da değerlendirilebilir.

5. 190 sayılı Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi (2019)

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 2019 yılında Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin 190 sayılı Sözleşme'yi (Şiddet ve Taciz Sözleşmesi) kabul etmiştir.⁴⁴⁴ Sözleşme'de cinsel tacize ilişkin bir tanım yer almamakla beraber, “şiddet ve taciz” ile “toplumsal cinsiyet temelli şiddet” tanımları yer almaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesine göre “*çalışma dünyasında 'şiddet ve taciz' tek sefer veya tekrarlanan şekilde gerçekleştirilen, fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik zarar vermeyi amaçlayan ya da bu sonucu doğuran bir dizi kabul edilemez davranış ve uygulamayı ve bunlara dair tehdit anlamına gelir ve toplumsal cinsiyet temelli şiddet ve tacizi de kapsar.*” Sözleşmede toplumsal cinsiyet temelli şiddet ve taciz, “*kişilere cinsiyetleri veya toplumsal cinsiyetleri nedeniyle yöneltilen veya belirli bir cinsiyet veya toplumsal cinsiyet grubundaki kişileri orantısız biçimde etkileyen ve cinsel tacizi*

⁴⁴³ Buna ilişkin bir örnek olarak, aşağıda incelenecek olan iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurma bir dava şartı olarak düzenlenmesinin, iş ilişkisinde kadına yönelik şiddet vakaları bağlamında İstanbul Sözleşmesi'nin kapsamındaki şiddet olaylarıyla ilgili zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yasaklanmasını zorunlu kılan m. 48 hükmüne aykırı olmasıydı, *Bakırcı*, 2019, s. 380. Kadın işçinin şiddete maruz kaldığı olaylarda, Anayasa 90/son gereği arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açması mümkün olabilirdi ancak bu imkan ortadan kalkmıştır, *Erdoğan*, 2022, s. 513.

⁴⁴⁴https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:10661612591214:::P11300_INSTRUMENT_SO RT:1 Erişim Tarihi: 4.2.2021.

kapsayan şiddet ve taciz” olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme, taraf devletlerin cinsiyet temelli taciz ve şiddet dahil olmak üzere, çalışma dünyasında şiddet ve tacizi tanımlayan ve yasaklayan yasa ve düzenlemeleri kabul etmelerini gerektirmektedir (m. 7).

Sözleşme’de toplumsal cinsiyet temelli şiddet ve taciz, hem cinsel tacizi hem de cinsel içerikli olmayan taciz ve şiddeti kapsayacak şekilde, bir tür çatı kavram olarak tanımlanmıştır. Sözleşmenin başlangıç kısmında, toplumsal cinsiyet temelli şiddet ve tacizin, kadın ve kız çocuklarını orantısız şekilde etkilediğine işarete edilmekte ve toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargılar, kesişen ayrımcılık biçimleri, toplumsal cinsiyet temelli eşitsiz güç ilişkileri dahil olmak üzere sorunun altında yatan nedenleri ve risk faktörlerinin üstesinden gelecek, bütüncül ve toplumsal cinsiyete duyarlı bir yaklaşımın çalışma dünyasında şiddet ve tacizi sona erdirmek için elzem olduğu ifade edilmektedir.

Sözleşme’de kapsam, temel ilkeler, koruma ve önleme, uygulama ve giderim, rehberlik, eğitim ve farkındalık yaratmaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Türkiye söz konusu 190 sayılı Sözleşme’ye taraf olmamışsa da sözleşme ve tavsiye kararında yer alan ilkeler, çalışma konusu hakkında yol göstericidir.

6. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu Tavsiye Kararı (2019)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2019 yılında Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu bir tavsiye kararı almıştır.⁴⁴⁵ Kararda, genel olarak üye

⁴⁴⁵ Preventing and Combating Sexism, Recommendation CM/Rec20191 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, <https://rm.coe.int/cm-rec-2019-1e-sexism/1680a217ca>, Erişim Tarihi: 5.2.2021.

devletlerin cinsiyetçiliği ve cinsiyetçiliğin kamu alanı ve özel alandaki dışavurumlarını engellemeleri, bunlarla mücadele etmeleri ve bunun için gerekli mevzuat, politika ve programları tavsiye kararı ekinde yer alan tanım ve rehberlerden yola çıkarak kabul etmeleri tavsiye edilmektedir. Ayrıca devletlerin kararın uygulanmasını izlemeleri ve Avrupa Konseyinin yetkili komitelerine bu alandan uygulanan tedbirler ve kaydedilen ilerleme hakkında bilgi verilmesi önerilmektedir. Son olarak, Tavsiye Kararı ve eklerinin tercüme edilmesi ve ilgili yetkili ve paydaşlara yaygınlaştırılması önerilmiştir.

Karar ekindeki uygulama rehberinde yer alan tanıma göre cinsiyetçilik: *“Bir kişinin veya bir grup kişinin cinsiyeti nedeniyle aşağı olduğu fikrine dayanan, kamusal veya özel alanda, çevrimiçi veya çevrimdışı gerçekleştirilen ve aşağıdaki amaçlara veya etkilere sahip; (i.) kişi veya bir kişi grubunun onurunu veya temel haklarını ihlal eden; veya, (ii.) kişi veya bir kişi grubunun fiziksel, cinsel, psikolojik veya sosyo-ekonomik zarara uğramasıyla sonuçlanan; veya (iii.) Korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utanç verici veya saldırgan bir ortam oluşturan; veya (iv.) bir kişi veya bir kişi grubunun özerkliğine ve insan haklarının tam olarak gerçekleşmesine engel oluşturan; veya (v.) toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargıları sürdüren veya güçlendiren her türlü hareket, jest ve mimik, görsel anlatım, sözlü veya yazılı ifade, uygulama ve davranıştır.”*

Kararın bağlayıcı niteliği bulunmamakla beraber, ekindeki uygulama rehberinde işaret edildiği üzere cinsiyetçilikle, cinsiyetçi kural, davranış ve söylemlerle mücadele etmek İstanbul Sözleşmesi ve CEDAW’dan kaynaklanan yükümlülüklerdir. Her iki sözleşme de toplumsal cinsiyet kalıpları, toplumsal cinsiyet eşitsizliği, cinsiyetçilik ile kadınlar ve kız çocuklarına yönelik şiddet arasındaki bütüncül ilişkiyi tanımaktadır. Cinsiyetçilikle mücadele etmek, üye devletlerinin insan haklarını, toplumsal cinsiyet eşitliğini güvence altına alma ve kadın ve kız çocuklarına yönelik şiddeti engelleme

yönündeki pozitif yükümlülüklerinin bir parçasıdır. Söz konusu yükümlülük aynı zamanda İstanbul Sözleşmesi'nden kaynaklanmaktadır.⁴⁴⁶

Cinsiyetçilik ve cinsiyetçi davranışlar, siber alan dahil olmak üzere insan faaliyetlerinin tamamında gerçekleşebilmektedir. Cinsiyetçilik, bireysel olarak veya kolektif olarak deneyimlenebilir. İlgili kişi veya kişi grubu doğrudan hedef alınmamış olsa dahi, cinsiyetçi reklamlar veya işyerinde çıplak kadın resimlerinin gönderilmesi gibi davranışlar yoluyla deneyimlenebilir. Cinsiyetçiliğin deneyimlendiği ve süregittiği üç düzey vardır; bireysel, kurumsal (örneğin aile, iş veya eğitim ortamı) ve yapısal düzey (örneğin toplumsal cinsiyet eşitsizliği, sosyal normlar ve davranışlar yoluyla). Kişiler ve gruplar ciddiye alınmayacakları, dışlanacakları, hatta sorumlu tutulacakları korkusuyla cinsiyetçi davranışları şikâyet etmediklerinde, cinsiyetçilik sessizleştirici bir rol oynamaktadır.⁴⁴⁷

Cinsiyetçilik ve cinsiyetçi davranışlar temelini toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargılardan almaktadır. Bu kalıp yargılar, mevcut eşitsiz güç yapılarını pekiştirmekte ve kadın ve erkekler arasındaki kaynak dağıtımını olumsuz yönde etkilemektedir. Kadın ve erkekler arasındaki süreklilik arz eden ücret ve emeklilik aylığı farklılıkları tipik bir örnektir. Toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargılar, kadın ve erkeklere uygun rolleri belirleyen sosyal yapılarıdır; bunlar kültürel önyargılardan, geleneklerden, adetlerden ve pek çok zaman dini inanç ve ibadetlerin yorumlanmasından kaynaklanır. Toplumdaki uygun rolünü sorgulayan veya bundan sapan kadınlar cinsiyetçilik ve kadın

⁴⁴⁶ Appendix to Recommendation CM/Rec20191 Guidelines for preventing and combating sexism: measures for implementation, s. 4.

⁴⁴⁷ Appendix to Recommendation CM/Rec20191 Guidelines for preventing and combating sexism: measures for implementation, s. 4.

düşmanlığıyla; erkekliğe ilişkin baskın algılara meydan okuyan erkekler cinsiyetçilikle karşılaşabilirler.⁴⁴⁸

Raporun ekindeki uygulama rehberinde, cinsiyetçiliğin etkileri açıklandıktan sonra devletlere yönelik genel ve hedeflenen alanlara özel önemler sıralanmaktadır. Genel önlemler arasında, mevzuat ve politikaya yönelik önlemler ile farkındalık yaratmaya yönelik tedbirler yer almaktadır. Özel önlemler, arasında işyerinin de bulunduğu çeşitli alanlara yönelik olarak sıralanmıştır.

II. Yabancı hukuk düzenlerindeki cinsel taciz tanımları ve cinsiyetçi tacizle ilişkisi

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda cinsel taciz, 1964 tarihli Medeni Haklar Yasası'nın işverenlerin, ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temelinde ayırım yapmasını yasaklayan 7. başlığı kapsamında cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ABD hukukunda cinsel tacizin cinsiyete dayalı bir ayrımcılık türü olarak kabul görmesi feminist hukukçuların ve aktivizmin çabasıyla gerçekleşmiş ve mahkemeler tarafından cinsel taciz bir ayrımcılık türü olarak kabul edilir hâle gelmiştir.⁴⁴⁹

1964 tarihli Medeni Haklar Yasası'yla kurulan bu yasa kapsamındaki işe girişte ve istihdamda ayrımcılık iddialarını incelemekle görevli olan İstihdamda Fırsat Eşitliği

⁴⁴⁸ Appendix to Recommendation CM/Rec20191 Guidelines for preventing and combating sexism: measures for implementation, s. 5.

⁴⁴⁹ *Saguy*, 2003, s. 26-27. *MacKinnon*, 2016, s. 1002. *Yuracko*, 2019, s. 284.

Komisyonunun Rehber İlkeleri'nde cinsel tacize ilişkin tanımlar yer almaktadır.⁴⁵⁰ 2016 yılına ait güncel ilkelerde yer alan tanıma göre “*Cinsiyete dayalı taciz VII. başlığın 703. bölümünün ihlalidir. İstenmeyen cinsel amaçlı yaklaşımlar, cinsel taleplerde bulunma ve cinsel içerikli sözlü veya fiziksel diğer davranışlar, (1) bu tür davranışlara itaat etmek açıkça veya üstü kapalı şekilde kişinin istihdamının bir şartı veya koşulu hâline getirildiğinde, (2) kişinin bu tür bir davranışa boyun eğmesi veya davranışı reddetmesi, ilgili kişiyi etkileyen istihdam kararlarının temeli olarak kullanıldığında, (3) bu tür bir davranış kişinin çalışma performansını makul olmayan şekilde etkileme veya korkutucu, düşmanca veya saldırgan bir çalışma ortamı yaratma amacı taşıdığına veya bu sonucu doğurduğunda, cinsel taciz oluşturur.*”

Böylece ABD hukukunda, “*quid pro quo*” olarak anılan, kişinin cinsellik karşısında bir menfaat elde edeceği vaadiyle veya talep edilen cinsel davranışı gerçekleştirmezse zarar göreceği tehdidiyle gerçekleştirilen cinsel taciz ve düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel taciz olmak üzere iki tür taciz tanımlanmıştır.⁴⁵¹ Yukarıda açıklandığı üzere ABD hukukunda hemcinsler arası cinsel taciz de aynı kapsamda değerlendirilmektedir;⁴⁵² ABD Yüksek Mahkemesi, 1998 yılındaki *Onacle v. Sundowner Offshore Services* kararında, hemcinsler arası tacizi tanımıştır.⁴⁵³ Benzer yönde İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu, 2016 yılındaki özel araştırma raporunda cinsiyete dayalı taciz başlığında hem cinsel tacizi hem de cinsel içerikli olmayan ancak

⁴⁵⁰ Code of Federal Regulations, Title 29 – Labor, Part 1604 - Guidelines On Discrimination Because Of Sex, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2016-title29-vol4/xml/CFR-2016-title29-vol4-part1604.xml>, Erişim Tarihi: 5.2.2021.

⁴⁵¹ Özdemir, 2014, s. 93. Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.4.

⁴⁵² Chamallas, 2013, s. 326.

⁴⁵³ Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.5. Yuracko, 2019, s. 292.

cinsiyetçi davranışları bir arada ele almıştır. Raporda ayrıca, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim temelli tacize de yer verilmiştir.⁴⁵⁴

Cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayanan tacizler, İFEK Rehber İlkeleri'nde açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, İFEK cinsel içerikli olmayan ancak çalışanlara cinsiyetleri nedeniyle yöneltilen davranışlar yeterince yapısal ve yaygın nitelik taşıyorsa ayrımcılık olarak değerlendirmektedir.⁴⁵⁵ ABD mahkemeleri geçmişte aksi yöndeki kararlarına karşılık 1985 yılından beri, cinsel içerikli olmayan tacizleri cinsel taciz kapsamında değerlendirmekte ve ayrımcılık olarak nitelemektedir.⁴⁵⁶

2. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği hukukunda cinsel tacize ilişkin güncel tanım İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin (Yeniden Düzenleme) 5 Temmuz 2006 Tarih ve 2006/54/EC sayılı Direktif'te yer almaktadır. Direktif'in giriş bölümünde cinsel tacizle ilgili şu tespitlerde bulunmaktadır: *“(6) Taciz ve cinsel taciz, kadın ile erkek arasında eşit muamele ilkesine aykırıdır ve bu Direktifin amaçları bakımından cinsiyet temelli bir ayrımcılık teşkil eder. Bu ayrımcılık biçimleri yalnızca iş yerinde değil, aynı zamanda istihdam, mesleki eğitim ve terfi olanaklarına ulaşma bağlamında da ortaya çıkar. Bu yüzden bunlar yasaklanmalıdır ve etkin, orantılı ve caydırıcı cezalara tabi tutulmalıdır. (7) Bu bağlamda işverenler ve mesleki eğitimden sorumlu olanlar cinsiyet temelli ayrımcılığın bütün biçimleriyle mücadele etmek için ve özellikle istihdam, mesleki eğitim ve terfi*

⁴⁵⁴ EEOC, 2016, s. 8-10.

⁴⁵⁵ EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harassment, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/policy-guidance-current-issues-sexual-harassment#FOOTNOTE%2012>, Erişim Tarihi: 17.9.2021.

⁴⁵⁶ Bkz. yukarıda §3-I-3-d.

olanaklarına ulaşma konusunda ve işyerinde taciz ve cinsel tacize karşı ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak tedbir almaları hususunda teşvik edilmelidir.”⁴⁵⁷

Söz konusu Direktif’e göre: “*cinsel taciz, bir kişinin onurunu zedeleme amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde, özellikle tehditkâr, düşmanca, küçük düşürücü, utanç verici veya saldırgan bir ortam yaratan sözlü, sözsüz veya fiziksel istenmeyen her türlü cinsel davranıştır*” (m. 2/1-d). Direktif’te aynı zamanda genel anlamda bir taciz tanımı yer almaktadır: “‘*Taciz*’: Bir kişinin cinsiyeti ile ilgili istenmeyen davranışların, kişinin onurunu çiğneme ve yılgınlık uyandırıcı, hasmane, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir çevre yaratma amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde ortaya çıkması hâli”dir. (m. 2/1-c) Direktif’te ayrıca taciz ve cinsel taciz ile kişinin bu tür davranışları reddetmesi veya bunlara boyun eğmesine dayanan her türlü aleyhteki muamelenin direktif anlamında ayrımcılık kapsamında olduğu düzenlenmektedir (m. 2/2-a).

Dolayısıyla 2006/54/EC Sayılı Direktif’te hem cinsel taciz hem de cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi taciz biçimi yer almakta ve ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Bu iki tür tacizin cinsel içerikli olup olmasının yanında, unsurları ve ortaya çıkma koşulları bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Genel taciz tanımında, davranışın hem kişinin onuruna aykırılık oluşturması hem de saldırgan bir ortam yaratması aranmaktadır. Bu tanım karşısında, öğretide bir görüşe göre çoğu zaman tek bir davranışın Direktif anlamında cinsiyete dayalı taciz olarak değerlendirilmesinde güçlük bulunmaktadır. Ancak tek bir davranış mağdur bakımından düşmanca, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratıyorsa tek bir davranış taciz olarak nitelendirilebilir.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ <https://ailevecalisma.gov.tr/media/1324/çalışma-mevzuatı-ile-ilgili-avrupa-birliği-direktifleri.pdf> , Erişim Tarihi: 5.2.2021.

⁴⁵⁸ Robin-Olivier, 2016, s. 251.

Cinsel taciz bakımından kişi onuruna aykırılık ve düşmanca ortam yaratma koşulları birlikte aranmamakta, davranışın düşmanca bir ortam yaratması, kişi onuruna aykırılığın özel bir türü olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle, cinsel taciz cinsellik içerek tek bir davranıştan da ibaret olabilir. Buna karşılık cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi tacizde, tek bir davranışın taciz olarak sınıflandırılması daha güçtür.⁴⁵⁹ Bir örnekle açıklamak gerekirse, aynı vasıftaki kadın ve erkeklerin birlikte çalıştığı bir laboratuvarında, kullanılan araç-gereci temizleme işinin bir sefer bir kadın işçiye verilmesi cinsiyetçi taciz oluşturmaz; ancak temizlik işleri asla erkek işçilere verilmezken bu işin sürekli olarak erkeklerle aynı vasıftaki kadın işçilere yaptırılması cinsiyetçi taciz hâlini alabilir. Buna karşılık, aynı örnekte işverenin veya işveren vekilinin kadın işçiye aklının ancak temizliğe yeteceğini söyleyerek temizlik işinde görevlendirmesi durumunda, cinsiyetçi taciz tek bir davranışla ortaya çıkar.

Taciz ve cinsel taciz tanımlarındaki istenmeme unsuru, mağdurun bakış açısının ayrımcı tacizlerde dikkate alınması gerektiğini gösterir niteliktedir; hangi davranışların kabul edilebilir hangisinin rahatsız edici olduğunu her birey kendisi belirleyecektir. Öte yandan, taciz edici davranışın ne olduğunun tespiti tamamen sübjektif ölçüte göre belirlenmeyecek olup, bir objektif ölçü getirilerek, davranışın “*tehditkâr, düşmanca, küçük düşürücü, utanç verici veya saldırgan bir ortam yaratma*”sı aranmaktadır.⁴⁶⁰

3. Fransa

Fransız hukukunda cinsel taciz tanımı İş Kodu’nun en son 2021’de değişikliğe uğrayan L1153-1 sayılı maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin güncel metnine göre: “*Hiçbir işçi aşağıdaki davranışlara maruz bırakılamaz: 1. Cinsel veya*

⁴⁵⁹ Robin-Olivier, 2016, s. 255.

⁴⁶⁰ Nummhauser-Henning, 2012, s. 14.

cinsiyetçi anlam taşıyan tekrarlanan söz ve davranışlardan oluşan ve aşağılayıcı ya da utanç verici özellikleri nedeniyle kişinin onurunu zedeleyen veya korkutucu, düşmanca veya saldırgan bir durum oluşturan cinsel taciz. Bu tür cinsel taciz aynı zamanda a) Aynı işçi, birlikte planlanmış bir şekilde veya içlerinden birinin kışkırtmasıyla birden çok kişiden gelen tür söz ve davranışlara maruz kaldığında, bu kişilerin her biri tekrarlayan davranışlarda bulunmasa bile, b) Aynı işçi, birlikte planlanmış olmasa bile, bu sözlerin ve davranışların tekrarlanma özelliği taşıdığını bilen birden çok kişiden arka arkaya gelen bu tür söz ve davranışlara maruz kaldığında, ortaya çıkar. 2. Tekrarlanan davranışlardan oluşmasa bile her türlü ağır baskı oluşturan ve gerçekten veya görünüşte, failinin ya da üçüncü bir kişinin yararına cinsel nitelikli bir eylem elde etme amacıyla gerçekleştirilen cinsel taciz.”⁴⁶¹

Fransız İş Kodu’nda böylece, iki tür cinsel taciz tanımlanmış olmaktadır. Bunlardan ilki düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel tacizdir; söz konusu tacizin oluşması için davranışın tekrarlanması aranmaktadır. Öte yandan ABD hukukunda “*quid pro quo*” olarak anılan cinsel şantaj olarak Türkçeleştirilebilecek taciz veya ağır baskı oluşturan

⁴⁶¹ “Aucun salarié ne doit subir des faits : 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; Le harcèlement sexuel est également constitué : a- Lorsqu’un même salarié subit de tels propos ou comportements venant de plusieurs personnes, de manière concertée ou à l’instigation de l’une d’elles, alors même que chacune de ces personnes n’a pas agi de façon répétée; - Lorsqu’un même salarié subit de tels propos ou comportements, successivement, venant de plusieurs personnes qui, même en l’absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ; 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d’obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l’auteur des faits ou au profit d’un tiers.” Bu düzenlemeden önce Fransız Anayasa Mahkemesi’nin Ceza Kodu’ndaki cinsel taciz tanımını iptal etmesi üzerine İş Kodu’nda yeniden yapılan 2012’de yapılan ilk düzenleme, tanımların belirsizliği sebebiyle eleştiri konusu olmuştu, Miné, 2013, s. 37. Leborgne-Ingelaere, 2012, para. 13. Mevcut düzenlemeye göre daha az ayrıntı içeren önceki madde metninin Türkçesi şu şekildeydi: “Hiçbir işçi, 1. Cinsel anlam taşıyan tekrarlanan teklif ve davranışlardan oluşan ve aşağılayıcı ya da utanç verici özellikleri nedeniyle kişinin onurunu zedeleyen veya korkutucu bir durum oluşturan cinsel tacize, 2. Tekrarlanan davranışlardan oluşmasa bile her türlü ağır baskı oluşturan ve gerçekten veya görünüşte, failinin ya da üçüncü bir kişinin yararına cinsel nitelikli bir eylem elde etme amacıyla gerçekleştirilen cinsel tacize maruz bırakılamaz.”

cinsel tacizin ortaya çıkması için tek bir davranış yeterlidir.⁴⁶² 2021 yılında yapılan ve esas amacı İş Kodu'ndaki tanımı Ceza Kodu'ndaki tanımla uyumlu hale getirmek olan değişiklikle birlikte tekrarlanan cinsiyetçi davranışlar da düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz kavramına dahil edilmiştir. Düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizde tekrarlanan davranışlar farklı farklı kişilerden kaynaklanabilir. Bir diğer ifadeyle grup hâlinde gerçekleştirilen cinsel tacizler kodifiye edilmiştir.⁴⁶³ Düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizin tek bir kişiyi doğrudan hedef alması aranmamaktadır.⁴⁶⁴

Fransız hukukundaki cinsel taciz tanımı, davranışların tekrarlanması koşulunun aranması nedeniyle 2006/54 sayılı AB Direktifi'nde yer alan tanımdan ayrılmaktadır.⁴⁶⁵ Direktif'te cinsel tacizin oluşması için belirli bir ağırlık ve tekrarlanma şartı aranmadığından bu tanım, İş Kodu'nda yer alan tanımdan daha geniştir ve işçinin daha lehinedir. Dolayısıyla, tek bir davranıştan oluşan taciz söz konusu olduğunda doğrudan AB Direktifi'nde yer alan tanıma dayanarak talepte bulunmak mümkündür.⁴⁶⁶ Geçmişte, cinsel tacizin oluşması için tekrarlanan davranışların aranması sebebiyle Fransız Yargıtayı, işe alım sürecinde adaya erotik fotoğraflar ve toplantıda tanga tipi iç çamaşırı giymesi yönünde mesaj gönderilmesi şeklindeki davranışı zevksiz bir şaka olarak nitelendirerek, cinsel taciz oluşturmadığına hükmetmiştir.⁴⁶⁷ Buna karşılık, Fransız Yargıtayı 2017 yılında verdiği bir kararında tek bir davranışın cinsel taciz olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Söz konusu kararda, tacizde bulunan müdür, güneş yanığından şikâyet eden işçiye “kendisiyle odasında uyumasını” ve bunun işçinin

⁴⁶² Miné, 2013, s. 37. Leborgne-Ingelaere, 2012, para. 13.

⁴⁶³ Leborgne-Ingelaere, 2021, s. 929 vd. Abry-Durand, 2022, s. 244 vd.

⁴⁶⁴ Cour d'appel Orléans, 7.2.2017, no. 15/02.566, Baldeck – Beckers, 2020, s. 140.

⁴⁶⁵ Leborgne-Ingelaere, 2012, para. 6. AVFT, 2018, s. 22-23. Baldeck – Beckers, 2020, s. 141.

⁴⁶⁶ AVFT, 2018, s. 22-23.

⁴⁶⁷ Cass. soc., 14.11.2007, No. 06-45.263, aktaran Leborgne-Ingelaere, 2012, s. 1402 vd.

iyileşmesini sağlayacağını söylemiştir. Yargıtay, tek davranıştan oluşan bu sözleri, tekrar şartı aramaksızın cinsel taciz olarak nitelemiştir.⁴⁶⁸

İş Kodu'nda yer alan cinsel taciz tanımında, taciz ve ayrımcılık arasında doğrudan bir ilişki kurulmamıştır ve bu iki kavram farklı hukuki rejimlere tabidir Öte yandan, Fransa'da ayrıca 27 Mayıs 2008 tarihli ve 2008-496 sayılı, ayrımcılıkla mücadele alanında AB hukukuna uyuma ilişkin çeşitli hükümler içeren yasada (ksc. Ayrımcılık Karşıtı Yasa) cinsel taciz ayrımcılıkla bağlantı olarak ayrıca tanımlanmıştır. Ayrımcılık Karşıtı Yasa'nın birinci maddesine göre ayrımcılık, *"kişinin maruz bırakıldığı ve kişinin onurunu çiğneme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran ya da korkutucu, düşmanca, küçük düşürücü veya saldırganca bir ortam yaratan ilk fıkrada belirtilen nedenlere dayalı davranış ve cinsel anlam taşıyan her türlü davranış"*ı kapsar. Söz konusu Yasa'da, cinsiyet ve diğer temellere dayalı taciz (din, inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim, ırk veya etnik köken) ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Ayrımcılık Karşıtı Yasa'daki tanım böylece İş Kodu'ndaki tanımı tamamlamaktadır.⁴⁶⁹ Bir görüşe göre, Fransız hukukunda cinsel tacizin 2012 yılındaki reformdan itibaren güçlendirilmiş olan kendine özgü bir hukuki rejime tabi olması ve İş Kodu'nda hem bireysel hem toplu iş ilişkileri hem de iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinde cinsel tacize ilişkin düzenlemelerin yer alması, AB Direktiflerini iç hukuka aktarmaktan öteye gitmeyen AB üye devletlerindeki göre daha gelişmiş bir koruma sağlamaktadır.⁴⁷⁰ İş Kodu'nda ayrı bir hükümle, işçiye cinsel tacize uğramış veya cinsel talepleri reddetmiş olması veya cinsel tacizle ilgili tanıklık etmesi nedeniyle ayrımcılık yapılması ayrıca yasaklanmıştır (L1153-2 ve L1121-2).

⁴⁶⁸ Cass. Soc. 17.5.2017, no.15-19300, aktaran AVFT, 2018, s. 23.

⁴⁶⁹ Laulom, 2012, s. 102.

⁴⁷⁰ Lerouge, 2019, para. 29.

Fransız İş Kodu'nda cinsiyetçi davranışlar ayrı bir hükümde yasaklanmaktadır. 2015 yılında eklenen L1142-2-1 sayılı maddeye göre: *“Hiç kimse kişinin cinsiyetiyle bağlantılı ve kişinin onurunu zedelemeyi amaçlayan veya bu sonucu doğuran ya da korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utanç verici veya saldırgan bir ortam yaratan her türlü davranış olarak tanımlanan cinsiyetçi davranışlara maruz bırakılamaz.”* İş Kodu'na eklenen bu hüküm, cinsel taciz ve ayrımcılık kavramlarının kapsamına tam olarak girmeyen *“sıradan cinsiyetçiliği”* kodifiye etmeyi amaçlamaktadır. Zira sosyal gerçeklikte yaşanan sorunlarla ilgili harekete geçebilmek için önce bunların adlandırılması gerekmektedir. Ancak, açıklıktan uzak bu kavramın içeriğini belirleme görevi büyük ölçüde mahkemelere bırakılmıştır.⁴⁷¹ Paris İstinaf Mahkemesi bir kararında, cinsel içerikli şakalar ve cinsel ilişki taleplerinin cinsiyetçi davranış değil, cinsel taciz oluşturduğuna hükmetmiş ve cinsel taciz ile cinsiyetçi davranışlar arasındaki ayrımı bir ölçüde açıklığa kavuşturmuştur.⁴⁷² Angers İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda bir kadın işçinin maruz kaldığı cinsel taciz, evine gelen rahatsız edici telefonlar, arabası ve evinin kapısına zarar verilmesine dair şikâyetleri, şikâyet edilen işçiler hakkında delil olmadığı gerekçesiyle dikkate alınmamış; hastalık iznine ayrılan kadın işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından mesleki yetersizlik gerekçesiyle feshedilmiştir. İstinaf Mahkemesi, işverenin cinsel tacizden şikâyet eden işçinin bu iddiaları yokmuş gibi çalışmaya devam etmesini istemesini, mağdurun sözlerini göz ardı etmesini ve cinsel tacizden şikâyet ettiği için iş sözleşmesinin feshedilmesini cinsiyetçi davranış olarak nitelemiştir. Ayrıca geçmişte bir başka kadın işçinin yaşadığı olaylar sonrasında gerçekleştirilen iş teftişi sırasında, işyerinde cinsiyetçi bir iklim olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, işyerinde günlük olarak tekrarlayan şekilde cinsiyetçi şakalar

⁴⁷¹ Leborgne-Ingelaere, 2019, para. 9-10. Leborgne-Ingelaere, 2016, para. 13. Bu tanımın ayrımcılık ve cinsel tacizden farklı bağımsız bir kavram olduğu yönünde, Abry-Durand, 2022, s. 244 vd.

⁴⁷² Cour d'appel de Paris, 29.5.2019, no. 17/0714, www.lamyline.fr, Erişim Tarihi: 2.5.2020.

yapılmakta ve bayağı bir dil kullanılmaktadır. Soruşturmada erkek işçilerin de bayağı dil ve küfürlü konuşmalardan rahatsız olduğu ortaya çıkmıştır. İşveren bu ortama son vermek için harekete geçmeyerek zımni olarak bu davranışlara izin vermesi sebebiyle söz konusu cinsiyetçi davranışlardan sorumlu tutulmuştur.⁴⁷³ Bourges İstinaf Mahkemesi bir kararında, bir erkek işçinin dolabına ismini kapatır şekilde erkek cinsel organı resmi çizilmesini cinsiyetçilik olarak nitelendirmiş ve olayda ekip başı resmi hemen silerek ortadan kaldırdığı hâlde işverenin konuya ilişkin bilinçlendirme çalışması yapmamış olmasını işverenin önleme görevini ihlali olarak değerlendirmiştir.⁴⁷⁴

2021 yılında cinsel taciz kavramında yapılan değişikliklerle, tekrarlanan cinsiyetçi davranışlar cinsel taciz tanımına dâhil edilmiştir. Bu değişiklik sonrasında, tekil cinsiyetçi davranışların L1142-2-1 hükmü kapsamında kalacağı; davranışların tekrarlanması hâlinde “*cinsel tacizin*” oluşacağı söylenebilir. Yeni tanım bir kavram karmaşasına yol açtığı için eleştirilmiştir. Öte yandan “*cinsiyetçi davranışları*” düzenleyen özel bir hukuki rejim bulunmamaktadır. 2021’de yapılan değişiklik sonrasında, tekrarlanan cinsiyetçi davranışlara maruz kalanlar, cinsel tacizin tâbi olduğu ispat rejiminden yararlanabilecektir. Buna karşılık cinsiyetçi davranışlar hakkında kolaylaştırılmış bir ispat düzenlemesi yer almamaktadır. Ayrıca cinsiyetçi davranışlar tekrarlanarak cinsel tacize dönüştüğünde mağdur veya bu konuda tanıklık edenler de özel korumalardan yararlanacaktır.⁴⁷⁵

Fransız İş Kodu’nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerinde, cinsel taciz işverenin önlemesi gereken psikososyal riskler arasında sayılmakta (L4121-2),

⁴⁷³ Cour d'appel d'Angers, Chambre Sociale, 13.1.2022, no. 19/00516, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 26.2.2022.

⁴⁷⁴ Cour d'appel de Bourges, 10.3.2021, no. 21/00289, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 26.2.2022.

⁴⁷⁵ *Leborgne-Ingelaere*, 2021, s. 929 vd. Fransız hukukunda taciz mağdurları ve tanıklarının feshe karşı korunmaları hakkında bkz. aşağıda §7-I-6, cinsel tacizin ispatı konusunda bkz. §8-II.

işyerlerinde kurulan ekonomik ve sosyal komitelerin görevleri arasında cinsel tacizin ve diğer psikososyal risklerin önlenmesi yer almaktadır (L2312-9). Ayrıca, en az 250 çalışanı olan işyerlerinde işçilere cinsel taciz ve cinsiyetçilik hakkında rehberlik etmek ve onları bilgilendirmek için bir kişinin görevlendirilmesi zorunludur (L1153-5-1).

4. İsviçre

İsviçre’de cinsel taciz tanımı 1996 yılında yürürlüğe giren Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Federal Yasa’da (ksc. Federal Eşitlik Yasası) yer almakta ve ayrımcılıkla bağlantılı olarak düzenlenmektedir. Yasa’nın “Cinsel taciz; ayrımcılık” başlıklı 4. maddesine göre: *“Ayrımcı davranış, kişinin işyerindeki onuruna saldırı oluşturan istenmeyen her türlü cinsel davranış ve toplumsal cinsiyete dayalı diğer her türlü davranış ve özellikle kişiden cinsel bir yarar elde etme amacıyla tehdit edilmesi, menfaat sözü verilmesi, kısıtlama getirilmesi veya baskı kurulması anlamına gelir.”*

İsviçre hukukunda cinsel taciz tanımı hem ABD hem de AB hukukundan etkiler taşımaktadır. Federal Eşitlik Yasası’ndaki tanım AB hukukunda olduğu gibi, cinsel tacizin kişinin onuruna aykırılık oluşturduğunu ifade etmektedir. Öte yandan İsviçre, ABD örneğini takiben cinsel tacizi çalışma alanındaki fırsat eşitliğiyle bağlantılı olarak düzenlemiştir.⁴⁷⁶

Federal Eşitlik Yasası’nda yer alan cinsel taciz tanımında, belirleyici unsurlarından ilki davranışın maruz kalan kişi tarafından istenmemesidir. Failin amacı, davranışın cinsel taciz olarak nitelenmesinde genel olarak belirleyici değildir. Öte yandan cinsel şantaj şeklinde gerçekleşen tacizde failin cinsel bir yarar elde etme amacı önem taşımaktadır. Ayrıca, failin ayrımcılık gütme amacının varlığı veya yokluğu dikkate

⁴⁷⁶ Lempen, 2006, s. 129-130.

alınmaz. İsviçre mahkemelerinin davranışın istenmeme unsurunu objektif “aynı durumda aynı cinsiyetten makul bir kişinin hassasiyetleri” kriteri üzerinden belirlediği kararları olduğu gibi, mağdurun sübjektif durumunu dikkate aldığı kararları da mevcuttur.⁴⁷⁷

İsviçre hukukundaki tanım, hem cinsel şantaj şeklinde gerçekleşen cinsel tacizi hem de düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizi kapsamaktadır.⁴⁷⁸ Madde metninde nüfuzun kötüye kullanılmasını içeren cinsel şantaj durumuna örnek olarak yer verilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kabul ettiği üzere madde metninde sınırlı sayma yapılmamıştır. Maddede yer alan tanım, nüfuzun kötüye kullanılmasını içeren cinsel şantajın yanında aynı zamanda kişinin onuruna aykırılık oluşturan ve nüfuzun kötüye kullanılmasını içermeyen ancak çalışma ortamında düşmanca bir iklim yaratan cinsel taciz davranışlarını da kapsamaktadır. Bunlara örnek olarak, uygunsuz şakalar veya açık saçık fotoğrafların sergilenmesi gösterilebilir.⁴⁷⁹ Rahatsız edici dokunmalar ve davetler madde kapsamına girmektedir.⁴⁸⁰

Federal Eşitlik Yasası’nın 4. maddesinin başlığı “*Cinsel taciz; ayrımcılık*” olmakla beraber madde içeriğinde “*kişinin işyerindeki onuruna saldırı oluşturan istenmeyen her türlü cinsel davranış ve toplumsal cinsiyete dayalı diğer her türlü davranış*” ifadesine yer verilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında, cinsiyetçi ifadelerin 4. madde kapsamında olduğunu yinelemiştir.⁴⁸¹ Öte yandan, İsviçre hukukunda da cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi davranış ve sözler içeren taciz ile psikolojik taciz kavramı

⁴⁷⁷ Lempen, 2011, s. 103-105.

⁴⁷⁸ Wyler – Heinzer, 2014, s. 346. Aubert, 2003, s. 1729. Lempen, 2006 s. 102. Deveaud-Plédran, 2011, s. 131. Dunand – Tornare, 2015, s. 37.

⁴⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, 4C_289/2006, 5.2.2007, www.swisslex.ch, 31.3.2021. Lempen, 2011, s. 102. Dunand, 2013, s. 288. Aubert, 2003, s. 1729.

⁴⁸⁰ Lempen, 2006, s. 142.

⁴⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 126 III 395, 04.07.2000. 4C.187/2000, 06.04.2001. 4C.60/2006, 22.05.2006, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 10.3.2021. Lempen, 2011, s. 103.

arasında bir karışma söz konusu olabilmektedir.⁴⁸² Bu konuya aşağıda cinsel ve cinsiyetçi taciz ile mobbing ayrımında ayrıntılı olarak yer verilecektir.

Son olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinde işverenin işyerinde cinsel tacizi ve cinsel tacize uğrayanların daha fazla zarar görmesini engelleme borcu düzenlenmektedir.

III. Türkiye’de iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin yargı uygulaması ve kavramın mevzuatta tanımlanmasının gerekliliği

1. Yargı uygulamasında cinsel taciz tanımları, cinsel ve cinsiyetçi taciz oluşturan davranış örnekleri

a. Yargı kararlarında yer alan cinsel taciz tanımları

Hukukumuzda iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin düzenlemeler İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu’nda yer almakla beraber, söz konusu yasaların hiçbirinde cinsel taciz kavramı tanımlanmamıştır. Bu durum karşısında cinsel tacizi tanımlama görevi yargı organına düşmekle birlikte Yargıtay’ın az sayıda kararında cinsel taciz tanımının yapıldığı görülmektedir. Çalışma kapsamında incelenen bölge adliye mahkemeleri kararlarında cinsel taciz tanımına rastlanmamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2010 yılında verdiği bir kararında cinsel tacizle ilgili olarak doğrudan ilgili AB Direktifi’ndeki tanıma yer vermiştir: “*Avrupa Parlamentosu ve Konseyi cinsel tacizin önlenmesi konusunda 2002/73 sayılı Direktifte cinsel tacizi insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her*

⁴⁸² Lempen, 2011, s. 109.

türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış olarak tanımlanmıştır.”⁴⁸³ Söz konusu 2002/73/EC sayılı AB Direktifi’nde cinsel taciz aynı zamanda ayrımcılık olarak nitelendirilmiş, ancak Mahkeme kararında bu hususa değinmemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2018 yılında verdiği bir kararda, cinsel taciz ve ayrımcılık arasında ilişki kuran şu ifadelere yer vermiştir: “4857 Sayılı Kanun ile 6098 Sayılı Kanun ‘cinsel tacizden’ bahsetmekle birlikte cinsel tacizin tanımını yapmamış, kapsamını belirlememiştir. Bununla birlikte (...) 2002/73/EEC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifinde cinsel taciz ‘cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık’ olarak kabul edilmiştir. 2002/73 Sayılı Direktifin temel noktaları; cinsel tacizin tanımlanması, cinsel tacize dair önleyici tedbirlerin alınması, yargısal ve idari prosedürler, cinsel taciz mağdurlarının zararlarının telafi edilmesi, eşit istihdam şartları sağlanması olarak ifade edilebilir. Direktifin 2. maddesinin ikinci fıkrası, tacizi ve cinsel tacizi cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık olarak nitelendirmekte ve böyle bir davranışın kadın ve erkek arasında ayrımcılık oluşturacağını kabul etmektedir. Buna göre, cinsel taciz insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış olarak tanımlanmıştır. (...) 6701 Sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 2. maddesinin (j) bendinde ise genel olarak taciz “Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” olarak tanımlanmıştır. Şu hâlde cinsel tacizi cinsel anlam taşıyan veya cinsel temele dayalı ve

⁴⁸³ Yargıtay 9. HD. 4.11.2010, 2008/37500, 2010/31544, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

istenmeyen davranışlar olarak tanımlayabiliriz.”⁴⁸⁴ Böylece Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, isabetli şekilde cinsel tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilmesine kapı aralayacak bir tutum benimsemiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Hukuk Genel Kurulu kararından bir yıl sonra, 2019 yılındaki bir kararında cinsel tacizi tanımlamış ve bu olguyla ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur, aynı değerlendirmeler daha sonraki kararlarda da yer almıştır: “*Cinsel tacizin tanımı, akademik çevrelerde tartışıldığı kadar girift değildir. İlgili kaynaklarda cinsel taciz genel olarak ‘kişiye yönelik tehdidi içeren, onu aşağılayan ve küçük düşüren, duygusal ve psikolojik olarak çökmesine sebep olan, kişinin iradesi dışında kendisine yönelik gerçekleştirilen sözel, fiziksel ve/veya başka türlerde cinsel içerikli herhangi bir davranış’ olarak tanımlanmaktadır. Cinsel taciz, muhatabının kişilik haklarına ve çalışma özgürlüğüne saldırıdır. İşyerinde cinsel taciz, bireysel olarak mağdurlar üzerinde çok boyutlu yıkıcı etkilere sahip olmanın yanı sıra ailesel, kurumsal ve toplumsal düzeylerde de derin etkiler bırakan bireysel ve toplumsal bir sorun niteliğini taşımaktadır. (...) Cinsel taciz, karşı cinse yönelik olabileceği gibi, hem cinse karşıda yönelebilir. Ancak cinsel taciz ağırlıklı olarak erkek işçi tarafından kadın işçiye karşı ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde iş alanlarının gelişmesi, kadınların okuma, bilgi ve becerilerinin artması, birçok meslek dalında yapılacak işe daha yatkın ve işin niteliğine göre erkeklerden daha becerikli olmaları sonucunda birçok kadın iş hayatında yer almaya başlamış, her alanda kadın işçilerin sayısı artmaya başlamıştır. Her alanda çalışma hayatına atılan, her kademedede başarı ile yer alan kadın işçilerimizin çalışma yaşamındaki en büyük engel işin fiili, fiziki zorlukları değil, işyerinde, iş hayatında karşılaştıkları, muhatap oldukları cinsel tacizlerdir. Bugün ülkemizde ve sanayileşmiş*

⁴⁸⁴ Yargıtay HGK. 30.5.2018, 2015/7-3171, 2018/1143. Aynı tarihte verilen diğer bir kararda da cinsel tacizle ilgili aynı değerlendirmeler yer almaktadır; Yargıtay HGK. 30.5.2018, 2015/7-2875, 2018/114. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

ülkelerin çoğunda işyerinde cinsel taciz sorunu önemle üzerinde durulan ve yasal düzenlemelerle engellenmeye çalışılan bir alan hâline gelmiştir.”⁴⁸⁵Kararda yer verilen değerlendirmeler genel olarak isabetli olmakla beraber, cinsel taciz tanımında “duygusal ve psikolojik olarak çökme” ifadesine yer verilmesi taciz tanımını daraltıcı şekilde anlaşılabileceği için eleştiriye açıktır. Örneğin, ABD hukukunda düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizde psikolojik zarara uğramanın tacizin zorunlu bir unsuru olmadığı, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından 1993 yılındaki *Harris v. Forklift Systems* kararında açıkça ifade edilmiştir.⁴⁸⁶ Esasen Yargıtay’ın psikolojik zarara uğramanın cinsel tacizin zorunlu bir kriteri olarak aradığı bir karara rastlanılmamıştır. Ancak Yüksek Mahkeme’nin uygulamada aramadığı bir kriterle kararda yer vererek olası yanılırlı değerlendirmelerin kapısını aralamış olması eleştiriye açıktır.

Cinsel tacizin özü itibariyle kişinin cinsiyetine dayandığı düşünüldüğünde, ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmelidir. TİHEKK’te yasada sayılan ayrımcılık temellerine dayanan cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu düzenlenmiş (m. 4) ve böylece cinsel tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş, somut yasal dayanağa kavuşmuştur. Buna ve yukarıda incelenen Hukuk Genel Kurulu kararında cinsel taciz ve ayrımcılık arasında ilişki kurulmasına rağmen, 9. Hukuk Dairesi ne yukarıda ele alınan 2019 yılına ait kararında ne de daha sonraki kararlarında cinsel taciz ve ayrımcılık arasında açıkça ilişki kuran bir değerlendirmeye yer vermiştir. Benzer şekilde çalışma kapsamında incelenen bölge adliye mahkemesi kararlarında da bu yönde bir değerlendirmeye rastlanılmamıştır. Söz konusu kararlarda cinsel taciz-ayrımcılık

⁴⁸⁵ Yargıtay 9. HD. 13.2.2019, 2015/35411, 2019/3553. Aynı yönde Yargıtay 9. HD. 25.3.2019, 2015/35803, 2019/6594. Yargıtay 9. HD. 25.9.2019, 6572/16671. Yargıtay 9. HD. 27.11.2019, 2017/13804, 2019/21067. Yargıtay 9. HD. 10.2.2020, 2017/14071, 2020/1819, www.kazanci.com.tr. Yargıtay 9. HD. 13.6.2019, 2016/3907, 2019/1329, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 31.1.2022

⁴⁸⁶ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 1993, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/17/>, Erişim Tarihi: 17.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1064-1065. *Yuracko*, 2019, s. 288.

ilişkinin kurulmamış olmasında, cinsel taciz mağdurlarının davalarında bu yönde talepte bulunmamış olmalarının etkisi yadsınamaz. Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve ilgili bölge adliye mahkemelerinin hukuk dairelerinin Hukuk Genel Kurulu'nun açtığı yolu izleyerek, kararlarındaki genel değerlendirmeler arasında cinsel tacizin aynı zamanda ayrımcılık oluşturduğunu açıkça ifade etmesi ve böylece ayrımcılık tazminatı taleplerinin önünü açmasına bir engel bulunmamaktadır.

b. Yargı kararlarında düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz örnekleri

Cinsel taciz oluşturan davranışlar farklı biçimler alabilmektedir; cinsel taciz fiziksel temas içerebildiği gibi sözlü veya yazılı cinsel ifadeler veya imalar şeklinde gerçekleşebilmektedir. Cinsel tacizin birden fazla türü aynı olayda bir arada bulunabilir. Cinsel tacizin ispatı ileride ayrı bir başlık olarak ele alınacağından bu kısımda, davranışların ispatının ayrıntısına girilmeden yargı kararlarında varlığı tespit edilen taciz olaylarından örnekler verilecektir.

Fiziksel temas veya buna yönelik teşebbüsün bulunduğu hâllerde olayda cinsel tacizin varlığı konusunda tereddüde genellikle yer kalmamaktadır. Tamamı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarına yansıyan ve fiziksel temas içerek cinsel taciz örnekleri olarak; tacizde bulunan işçinin gece mağdurun masası başında yalnız olduğu saatte yanına gelmesi ve mağdurun ayağa kalkması üzerine zorla asansöre sokmaya çalışması;⁴⁸⁷ tacizcinin mağduru sıkıştırması ve göğüslerine dokunması;⁴⁸⁸ tacizcinin mağdur depoda yemek pişirirken arkadan gelip poposunu sıkması ve göğüslerini çıkarmaya çalışması, bağırarak mağdurun ağzını eli ile kapatmaya çalışıp, mağdurun

⁴⁸⁷ Yargıtay 9. HD. 25.3.2019, 2015/35803, 2019/6594, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁴⁸⁸ Yargıtay 9. HD. 10.2.2020, 2017/14071, 2020/1819, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

boğazını sıkması ve şiddet uygulaması;⁴⁸⁹ tacizcinin mağdura sarılarak onu öpmeye çalışması⁴⁹⁰ gibi olaylar sıralanabilir. Bir başka olayda mağdur kendisini taciz eden amirinin *“bir gün mağazaya kendisini 08.00’de çağırdığını, oysa işyerinin 09.30’da açılması gerektiğini, davacının yine de gelmesinde ısrar ettiğini, kendisinin iş olduğunu düşünerek gittiğini, davacının ofiste kendisine arkadaşlık teklif ettiğini, kabul etmediğini, ısrarcı olması üzerine gidip lavaboya kendisini kilitletiğini, davacının kapıyı zorla tornavida ile açtığını, kendisinin bağırarak aşağıya indiğini, kapı önünde müşteriler olduğundan davacının davranışlarına devam edemediğini”* ifade etmiştir.⁴⁹¹

Teşhircilik, cinsel tacizin tereddüde yer bırakmayan bir diğer örneğidir. Samsun BAM 7. Hukuk Dairesi kararına konu olan bir olayda, tacizci işçi alkol alarak cinsel organını mağdura göstermiş, işveren tacizcinin iş sözleşmesini işyerinde alkol kullanımı nedeniyle feshetmiştir; ancak olayda aynı zamanda cinsel taciz unsurlarının bulunduğu açıktır. Olayda mağdur işçi, şikâyet dilekçesinde *“Üniversite öğrenci girişinde 15:00-23:00 nöbet vardiyasında iken aynı vardiyada görevli olan davacının 19:30’da görev yerini terk ettiğini, 22:00’de içkili şekilde geri döndüğünü, davacının nöbet yerinde kapıları kapatmak suretiyle dışarı çıkmasını engellediğini ve cinsel organını gösterdiğini, kendisinin ise yere düşen anahtarla kapıyı açarak kaçtığını”* ifade etmiştir.⁴⁹² Bu örnekte, tacizcinin kapıyı kilitleyerek mağdurun dışarı çıkmasını engellemeye çalıştığı dikkate alındığında, mağdur işçi kaçmayı başarmasaydı olayın cinsel saldırıya dönüşebileceği düşünülebilir. Ancak fail mağduru alıkoymaya çalışmasaydı da salt teşhircilik eylemi cinsel taciz oluştururdu. Benzer şekilde, kadınların soyunma odalarının gözetlenmesinde eylemin cinsel içerikli niteliğinde şüphe

⁴⁸⁹ Yargıtay 9. HD. 12.10.2009, 115/26672, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁴⁹⁰ Yargıtay 9. HD. 2.4.2018, 2017/22597, 2018/7248, www.kazanci.com.tr. Yargıtay 9. HD. 11.02.2009, 2007/36469, 2009/2201, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 31.1.2022

⁴⁹¹ Yargıtay 9. HD. 31.3.2011, 2009/10227, 2011/9523. www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 31.1.2022.

⁴⁹² Samsun BAM 7. HD. 6.10.2020, 984/1483, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 7.2.2022.

olmaması gerekir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, erkek işçinin, kadın işçilerin soyunma odalarını gözetlemesinin işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı veren bir cinsel taciz davranışı olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu olayda iki kadın işçi işverene şikâyetle bulunmuş ve soyunma odasını gözetleyen işçinin kimliğini bildirmişlerdir.⁴⁹³

Cinsel içerikli konuşmalar veya cinsel imalar yargı kararlarına yansıyan diğer örnekleri oluşturmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında davacı işçinin iş sözleşmesinin cinsel taciz sebebiyle haklı nedenle derhal feshedildiğine hükmederken taciz sözlerine ilişkin şu ifadelere yer vermiştir: *“Süregelen tacizlerde davacı işçinin, diğer işçinin elini tuttuğu, farklı tarihlerde ‘seni rüyamda gördüm, seni rüyamda başka yerinden öperken gördüm’ ve ‘benimle konuşmuyorsan hastalarla da konuşmayacaksın’ şeklinde ifadeler kullandığı ve böylece diğer işçiyi temadi eder bir biçimde sürekli taciz ettiği, söz konusu taciz eylemlerinin katlanılamaz bir boyuta ulaşması üzerine taciz edilen işçi tarafından dilekçeyle (...) iş yerindeki bir yetkiliye bildirildiği anlaşılmıştır.”*⁴⁹⁴ Aynı Dairenin bir diğer kararında taciz davranışları şu şekilde özetlenmiştir: *“Dosya içerisinde bulunan cinsel tacize uğradığı ileri sürülen mağdurenin 18.07.2008 tarihli dilekçesinde davacının kendisine yönelik olarak ‘...çok güzelsin, seninle bir sene önce tanışmak isterdim, o zaman bekar olurdum ve seninle bir ilişkiye başladım...’ dediğini, sonrasında kendisinin ondan uzak durmaya başladığını, 11.07.2008 tarihinde kendisini ofise çağırdığını,zorla elini tutmaya çalıştığını ve kendisinin ona ... sözlü olduğunu, onun da evli olduğunu söylediğini, akşam kendisine ‘Yarın resmini getirmeyi unutma. İyi geceler’ şeklinde mesaj çektiğini, ertesi gün tehdit ederek kimseye söyleme seni işten attırırım dediğini, sana buradan ev tutarım dediğini, defalarca evine davet ettiğini, yemek yerken karşısına geçip dikkatli*

⁴⁹³ Yargıtay 7. HD. 10.11.2014, 12153/20578, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁴⁹⁴ Yargıtay 9. HD. 1.11.2011, 2009/25790, 2011/42197, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 5.2.2022.

bir şekilde kendisine baktığını, rahatsız olduğunu vurguladığında kendisine 'zaten pazartesi gideceksin, bırak da doya doya bakayım, senle biraz vakit geçirelim' dediğini, 'kontörün yoksa alayım, ihtiyaçlarını karşılayayım' dediğini, karısını değil kendisini sevdiğini, karısıyla baba ve annesinin zoruyla evlendiğini söylediğini, defalarca cep telefonu ile kendisinin resmini çekmeye çalıştığını, elini tutmak istediğini, gözlerinin derinliklerinde kaybolduğunu söylediğini, 'benden hiç mi hoşlanmıyorsun, zaten hep çakallardan hoşlanırsın. Kesin sözlün de öyledir' dediğini... ifade ettiği anlaşılmıştır."

Olayda söz konusu davranışlarda bulunan işçinin iş sözleşmesinin cinsel taciz nedeniyle haklı nedenle derhal feshedildiğine hükmedilmiştir.⁴⁹⁵ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında cinsel taciz ifadesini kullanmamakla beraber davacının sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğine hükmederken taciz oluşturan sözler ile ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *"Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının mağaza çalışanlarından ...'yı kasa hattında çalışırken telefonla arayarak 'kameradan seni izliyorum çok güzel gözükyörsün', 'benim biricik kasiyerim, en güzel kasiyerim', 'parfümünden etkilendiği', 'mini şortun kendisine çok yakıştığı' şeklinde sözler söylediği, ...'nın rahatsız olduğu ve durumu işyeri yetkililerine bildirdiği anlaşılmıştır. İşyerinde bir işçinin aynı yerde çalıştığı diğer işçiye huzursuzluk verip, tacize varacak sözler söylemesi anlayışla karşılanamaz."*⁴⁹⁶ Adana BAM'ın kararına konu olan bir olayda, tacizci işçinin davranışları davalı işveren tarafından fesih bildiriminde şu şekilde özetlenmiştir: *"2 bayan stajyerin 03.10.2017 tarihinde işverenliğimize şikâyetle bulundukları, söz konusu şikâyetle sizin 27.09.2017 tarihinde bir bayan stajyere yönelik olarak 'Seni o elbiseyle görsem kesin aşık olurdum.', 'Whatsapp profiline de baktım. Arkan dönüktü tanımadım, fotoğrafı büyüttüm, kalçalarına baktım bu olsa olsa K2'in*

⁴⁹⁵ Yargıtay 9. HD. 11.4.2012, 2010/5209, 2012/12363, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁴⁹⁶ Yargıtay 22. HD. 4.7.2017, 2015/16467, 2017/16074, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

kalçaları olur dedim.’ şeklinde beyanda bulunduğunuz, bayan stajyere çeşitli tarihlerde mesajlar gönderdiğiniz, ayrıca tüm bu davranışlarınızın yanında stajyeriniz olmasına rağmen sürekli olarak bayan stajyeri kendi çalışma alanınızda tutmaya çalıştığınız... bunun üzerine savunmanıza başvurulmuş olup; savunmanızda bayan stajyere şaka mahiyetinde elbisesinin çok güzel olduğunu söylediğinizi ifade etmiş bulunmaktasınız.” Mahkeme olayda yazışmaları, tanık beyanlarını ve davacının sicil dosyası içerisindeki beyanları birlikte değerlendirerek feshin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir.⁴⁹⁷

Cinsel içerikli ifadelerin yazılı olarak gönderildiği hâllerde cinsel tacizin tespitinde güçlük bulunmamaktadır. Sakarya BAM 9. Hukuk Dairesinin kararına konu olan bir olayda, *“davacının (...) işyerinde olumsuz tutum ve davranışlarda bulunduğu, dolayısı uyarıldığı, davacının yapılan uyarılardan sonra aynı işyerinde müşteri temsilcisi olarak görev yapan KI’ya cep telefonu ile anal seks yapma vs. cinsel içerikli mesajlar gönderdiği, işyeri ortamında da küçük düşürücü tavır ve davranışlarda bulunduğu, aynı şekilde işyerinde çalışan diğer bayanlara da benzer nitelikli mesajlar gönderdiği ancak davacıdan çekindiklerinden dolayı şikâyetle bulunmadıkları”* ifade edilmiş ve davacının eyleminin haklı fesih gerektirecek ağırlıkta olduğuna hükmedilmiştir.⁴⁹⁸ Samsun BAM 7. Hukuk Dairesi davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması sebebiyle feshedildiği olayda feshi haklı bulmuştur; olayda davacının feshe konu eylemleri şu şekilde özetlenmiştir: *“Davalı bakanlık tanığı ve aynı zamanda davacının kendisine SMS gönderdiği iddia edilen KI beyanında ‘... kendisi bana başkalarına ait telefonlarla çirkin içerikli mesajlar göndermiştir. Ben mesajlarda davacının ismi olduğunu gördüğüm için anladım. Mesajlarda sen hastanede çalışmayı*

⁴⁹⁷ Adana BAM, 7. HD. 7.2.2019, 2018/2818, 2019/219, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 7.2.2022.

⁴⁹⁸ Sakarya BAM, 9. HD. 18.11.2020, 2019/3042, 2020/1476, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 7.2.2022.

değil Çömlekçi'de (Trabzon'da hayat kadınlarının fazlaca bulunduğu yer) çalışmayı hak ediyorsun. ' demiştir. ”⁴⁹⁹

Cinsel içerikli veya pornografik görüntüler göstermek cinsel tacizin kolayca tespit edilebileceği hâllerdendir. Bursa BAM 3. Hukuk Dairesinin kararına konu olan bir olayda cinsel görüntü gösterme eylemi başka pek çok taciz eylemiyle birlikte gerçekleşmiştir; ancak bu eylem tek başına gerçekleştirilseydi dahi cinsel taciz oluşturduğu sonucuna varılabilirdi. Söz konusu kararda cinsel taciz ve bu nedenle haklı fesih sebebi oluşturduğuna hükmedilen davranışlar şu şekildedir: *“Davalı işyerinde çalışanlar K1, K3, K2'in davacının kendisine sözlü tacizde bulunduğunu, bu kişilerden K2'e ve K3'ya taciz içeren mesajlar attığına ilişkin yazılı dilekçe ile işverene başvurmaları üzerine davacının iş akdinin (...) feshedildiği, fesih bildiriminde davacının davalı tanığı K1'ü mesai çıkışında aracı ile evine götürürken adı geçen tanığa eşinin kendini aldattığını söyleyip, eşinin olduğunu iddia ettiği uygunsuz (çıplak) fotoğraflar gösterdiği, davalı tanığı K3'ya ise 'bana evet deme ihtimalin yüzde kaç, siyah pantolon giymişsin popon çok güzel of' şeklinde mesajlar gönderdiği, aynı işyerinde çalışan K2'e de gözlerin güzel, güzel ve gençsin şeklinde mesajlar gönderdiği, davacının bu eylemlerinin davalı tarafça cinsel taciz olarak değerlendirilip 4857 sayılı Kanunun 25/II-c maddesi gereğince iş akdinin feshedildiği görülmüştür. Yargılama sırasında dinlenen ve fesih bildiriminde adı geçen davalılar tanığı K3 ve K1 şikâyet dilekçelerinde ve fesih bildiriminde yer alan hususları doğruladıkları, tanık K1 diğer çalışan K3'ya davacı K4'in eninde sonunda benim sevgilim olmayı kabul edecek şeklinde beyanlarda bulunduğunu ifade etmiştir. ”⁵⁰⁰*

⁴⁹⁹ Samsun BAM, 7. HD. 30.4.2018, 1686/2147, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 7.2.2022.

⁵⁰⁰ Bursa BAM, 3. HD. 16.7.2018, 2384/2025, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 7.2.2022.

Yazılı mesajlarda açıkça cinsel bir ifade yer almamakla beraber olayın koşullarından bunların cinsel amaçlarla gönderildiği anlaşılabilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu tür bir olayda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Davacının dosyada dökümü bulunan SMS yazışmalarına göre aynı gün içerisinde, saat 10.44’de olayın muhatabı kadın işçiye ‘..Hayırlı sabahlar.’ diyerek SMS gönderdiği, Muhatabın, ‘Hayırlı sabahlar abi, hayırdır mesaj hakkını bitirmeye mi çalışıyorsun’ diyerek cevap verdiği, Davacının 11.16’da ‘Kızıyorsan atmayayım’ diyerek tekrar SMS gönderdiği, Muhatabın cevap vermemesi üzerine, gece saat 22.08’de muhataba ‘Mesaja cevap vermedin, işdeki komşu, hayırlı geceler mesaja karşıysan mesaj gönderme yaz komşu’ diyerek SMS gönderdiği, Bunun üzerine muhatabın ‘Hayırlı akşamlar abi, ben iş hakkındaki konuşmalar için veriyorum numaramı personele, iş dışında bir şey yoksa mesaj atmazsan sevinirim.’ diye cevap yazdığı, Davacının 22.37’de gönderdiği SMS ile muhataba ‘Bu yazdıklarımız aramızda kalsın’ diyerek tekrar mesaj attığı, Muhatabın ‘Bu yazdıkların aramızda kalmayacak’ diyerek işverene şikâyetle bulunacağını mesaj ile bildirdiği, Davacının bunun üzerine aynı gece gönderdiği özür mesajlarından birisinde ‘...Tamam hakkını helal et bir an bastırduğım duygularıma yenildim...’ bir diğesinde ise ‘...yaptığım bu günahtan dolayı tövbe edeceğim, bir an gaflete düştüm...’ şeklinde açıklama yapmıştır. (...) Mesaj içeriklerinden, özellikle ‘..Tamam hakkını helal et bir an bastırduğım duygularıma yenildim...’, ‘...yaptığım bu günahtan dolayı tövbe edeceğim, bir an gaflete düştüm..’ şeklindeki mesajlarından davacının muhatap kadın işçiye karşı cinsel dürtülerle yaklaştığı, çok açık bir şekilde ortadadır.”⁵⁰¹ 22. Hukuk Dairesi de bir kararında, benzer şekilde cinsel tacizin açıkça cinsel ifadeler söz konusu olmasa bile ortaya çıkabileceği yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur: “*Somut olayda, davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından, davacının çalıştığı projelerde**

⁵⁰¹ Yargıtay 9. HD. 25.9.2019, 6572/16671, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

farklı tarihlerde bayan mesai arkadaşlarına karşı iş ilişkisini aşan davranışlar sergilediği, uygunsuz saatlerde telefonla aradığı, mesaj atarak rahatsız ettiği, uygunsuz tekliflerde bulunduğu, diğer çalışanlara sinkaflı hakaret ettiği ve kendisine karşılık vermeyen bayan çalışanların vardiyalarını buna göre belirlediği gerekçesiyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-(c), (d) ve (e) hükümlerine dayanılarak feshedilmiştir. Her ne kadar mahkemece davacıya isnat edilen eylemlerin bayan iş arkadaşlarına cinsel tacizde bulunma boyutunda olmadığı, herhangi bir cinsel ifade içermeyen mesaj gönderme şeklinde olduğu, tüm iddiaların soyut düzeyde kaldığı gibi bir değerlendirme yapılmışsa da; dosya içerisinde mesaj kayıtlarının bulunduğu, söz konusu mesajlarda davacının bayan iş arkadaşını evine çağırdığı, rahatsız ettiği ve taciz ettiğinin sabit olduğu, diğer bayan personelleri de taciz ettiğine dair duyumlar olduğu, taciz eyleminin gerçekleşmesi için açıkça cinsel ifadeler içermesinin gerekmediği, dolayısıyla davacının eylemlerinin haklı neden ağırlığında olduğu anlaşılmıştır.”⁵⁰²

Olayda açıkça cinsel içerikli bir söz veya davranış olmasa bile durumun koşullarından davranışların cinsel taciz oluşturduğu sonucuna varılabilir. 22. Hukuk Dairesinin kararına konu olan bir olayda haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak sayılan cinsel taciz davranışlarıyla ilgili şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: “Somut olayda, davacının iş yerinde stajyer olarak bulunan bir lise öğrencisini öncelikle bakış yolu ile rahatsız ettiği ve son olarak telefon numarasını yazarak bu kağıdı anılan öğrencinin eline sıkıştırdığı, tanık anlatımları ve şikâyet dilekçesi içeriği ile sabittir. Davacı feshe konu eylemi yazılı savunmasında kaçamaklı olarak kabul etmiştir. Evli ve çocuk sahibi olan davacı işçinin, kendisinden yaşça çok küçük olan stajyer öğrencinin eline telefon numarasının yazılı olduğu kağıdı sıkıştırması mahkeme gerekçesinde belirtildiği şekilde arkadaşlık etmek için insanlar arası medeni ilişkiler kavramı içerisinde

⁵⁰² Yargıtay 22. HD. 25.4.2019, 2017/21606, 2019/9567, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

değerlendirilemez.”⁵⁰³ 9. Hukuk Dairesinin kararına konu olan bir olayda, iş sözleşmesi feshedilen işçinin davranışları, kendisini şikâyet eden kadın işçi tarafından şu şekilde aktarılmıştır: *“Dosya içinde yer alan kadın işçi ...'nin işverene sunduğu 04.03.2014 tarihli şikâyet dilekçesinde evli olduğu hâlde davacının kendisine söylenmemesi gereken sözler söylediğini, davacının kendisini izlediğini, bir şey mi oldu dediğinde nerede kasa açarsa yerinin orası olduğunu söylediğini, yanlış anlamış olabileceğini düşünerek 3-4 gün beklediğini ancak davacının diğer günlerde de aynı bakışları ve aynı sözleri devam ettirdiğini, 'kendisine kıyamadığını, çok sıcak kanlı olduğunu, ona çok sıcak geldiğini' söylediğini, gözlerini hiç ayırmadan baktığını ve 'her defasında kendisini izlemenin onu mutlu ettiğini' söylediğini, konuşmadığında niye konuşmuyorsun bir şey mi oldu diyerek üstüne geldiğini belirtip kendisinin yanlış tanınmaması amacıyla gereğinin yapılmasını talep etmiştir.”* Olayda tanık anlatımlarının da şikâyetçi işçiyi doğruladığını ifade eden Mahkeme, işçinin iş sözleşmesinin cinsel taciz nedeniyle feshedilmesini haklı bulmuştur.⁵⁰⁴ Aynı Daire, bir şirketin otelde gerçekleştirilen şirket etkinliği sırasında yaşanan bir taciz olayı ile ilgili olarak *“22 Ekim 2011 günü akşamı gala yemeği ile başlayan ve gece 00.30 sularında kadın işçinin odasının aranarak odaya gelip su almak isteğiyle sonuçlanan davranışlarının sırnaşık nitelikte süreklilik arzeden ve kadın işçiyi rahatsız eden söz ve eylemler bütününi oluşturduğu, bu eylemlerin psikolojik ve cinsel taciz boyutunda olduğu”* ve haklı fesih sebebi teşkil ettiği yönünde hüküm kurmuştur.⁵⁰⁵ Yine Dairenin bir diğer kararında ise, kadın işçiyi uygunsuz saatlerde aramak doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak nitelendirilmiştir: *“davacı işçinin aynı işyerinde çalışan bayan işçiyi işyeri telefonu ile gece vakitlerinde defalarca aradığı anlaşılmaktadır. Bu durum davacının da kabulündedir. Aramaların iş icabı*

⁵⁰³ Yargıtay 22. HD. 22.05.2012, 2011/18189, 2012/10828, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 5.2.2022.

⁵⁰⁴ Yargıtay 9. HD. 13.6.2019, 2016/3907, 2019/13291, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 5.2.2022.

⁵⁰⁵ Yargıtay 9. HD. 4.2.2013, 2012/26702, 2013/3953, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

*olduğu, sevkıyat nedeni ile aradığı yolunda getirilen açıklamalar ise, aranan bayan işçinin işyerindeki konumu ve görevi dikkate alındığında inandırıcı değildir. Davacı işçinin, bu davranışı doğruluk ve bağlılığa uymamaktadır.”*⁵⁰⁶ Yargıtay cinsel içerikli olmamakla beraber karşı tarafa rahatsızlık veren ilgi gösterilerini veya “arkadaşlık tekliflerini” durumun koşullarına göre sataşma olarak nitelendirilerek haklı fesih nedeni veya bu ağırlıkta değilse geçerli fesih nedeni olarak değerlendirmektedir. Söz konusu örneklere ileride, sataşma ve cinsel taciz ilişkisi başlığı altında ayrıntılı olarak yer verilecektir.⁵⁰⁷

Bu kısımda son olarak, Yargıtay’ın hemcinsler arasında gerçekleşen cinsel taciz olaylarıyla ilgili az sayıda kararının bulunduğu değinilmelidir. İşverenin bir kadın işçinin iş sözleşmesini diğer kadın işçilere cinsel tacizde bulunduğu gerekçesiyle feshettiği bir olayla ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi olayı cinsel taciz olarak nitelemeksizin şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Dosya içeriğine göre, kalıphane şefi olarak yaklaşık 2,5 yıldır çalışan davacı hakkında işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından işverene, üretim numunelerinin beraber çalıştığı kadın işçiler tarafından giyilmesi sırasında, davacının işin gereği temas sınırlarını aşan davranışlar sergilediği bunun izahının kadınlar arasında olması nedeniyle güç olduğu, duyulan rahatsızlığın belli edildiği, ancak davacının aldırılmaz davrandığı, bu tür davranışlarını erkek işçilerin görebileceği şekilde ve onların da yanlarında yaptığı ifade edilerek şikâyet dilekçeleri verilmiştir. İşyerinde çalışan kadın bir işçi ise kendisinin işyerinden istifa ederek ayrılma nedeninin davacının şaka sınırlarını aşan davranışları olduğunu dilekçesinde belirtmiştir. Şikâyet dilekçesi veren ve hâlen işyerinde çalışan iki işçi yargılama sırasındaki beyanlarında durumu doğrulamıştır. (...) Kendisi de kadın olan*

⁵⁰⁶ Yargıtay 9. HD. 1.7.2008, 2007/22753, 2008/18639, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵⁰⁷ Bkz. aşağıda §4-IV-3.

*davacının, birlikte çalıştığı diğer kadın işçilere yaptığı işin gereklerinin üzerinde, işverene şikâyetle bulunacak kadar rahatsızlık veren davranışlarının işverene haklı fesih olanağı tanıyacak ağırlıkta bulunduğu belirtilen delil durumuna göre açıktır.*⁵⁰⁸ Aynı Dairenin olaydaki fail ve mağdurun cinsiyetini belirtmediği bir kararında, yine cinsel taciz nitelendirilmesi yapılmaksızın davacının iş sözleşmesinin işyerinde çalışan başka işçinin pantolonunu ve iç çamaşırını çıkartarak işyerinde gezdirmesi eylemi nedeniyle feshedilmesi haklı nedenle fesih olarak nitelendirilmiştir.⁵⁰⁹ 7. Hukuk Dairesi diğer erkek işçilerin cinsel tacizde bulunduğu şikâyet ettiği bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin İK m. 25/II-c uyarınca haklı nedene dayandığı ifade edilmiştir.⁵¹⁰ Örneklenen son iki kararda tacizde bulunan işçinin cinsiyetine açıkça değinilmemişse de incelenen diğer kararlarda kadın işçinin cinsiyeti özel olarak belirtilirken erkeklerin cinsiyetinin belirtilmediği dikkate alınarak taciz olaylarının erkekler arasında gerçekleştiği çıkarımında bulunulmuştur.

c. Yargı kararlarında “quid pro quo” cinsel taciz örnekleri

Yargıtay’ın “quid pro quo” cinsel tacizleri isimlendirmeksizin tespit eden az sayıda kararı mevcuttur. 9. Hukuk Dairesinin 2005 yılındaki bir kararına konu olan olayda, davacı bölge müdürü konumundaki işçi, kadın bir sekreteri taciz ettiği için iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir. Karara göre: “İşyerinde sekreter olarak çalışan bayan işçinin işverene gönderdiği 7.5.2002 tarihli mektupta davacının eylemleri yer ve zaman belirtilerek açıklanmıştır. İlk olarak işyerinde ve bayan işçinin odasında bu eylemlere giriştiği, ardından çeşitli yerlerde davacı ile birlikte görüldüğü ve baskı sonucu bu

⁵⁰⁸ Yargıtay 9. HD. 14.12.2009, 10121/35042, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵⁰⁹ Yargıtay 9. HD. 2.11.2021, 7658/15262, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵¹⁰ Yargıtay 7. HD. 27.1.2016, 2015/36406, 2016/1501, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

eylemlerine göz yumduğu yazılı olarak ifade edilmiştir. Bir süre sonra davacının kıskançlık krizlerine girerek bayan işçinin başka erkeklerle konuşmasını yasakladığı ve işyerinde odasına gelenleri göndermesini istediği bu yönde bayan işçiye baskı yaptığı da anılan yazıda açıklanmıştır. Son olarak bayan işçiyi işten çıkarmakla tehdit ettiği bu şekilde ilişkiye zorladığı hususu da bayan işçinin yazısında yer almıştır. Sözü geçen bayan işçi bu hususları mahkemede de tekrarlamıştır. (...) şikâyet dilekçesinin içeriği ve davalı tanığı beyanına göre davacının sekreter olarak çalışan bayan işçiye karşı işyerindeki konumunu da kullanarak baskı oluşturmak suretiyle duygusal ilişkiye zorladığı anlaşılmaktadır. (...) Davacı işçi, daha sonra bayan işçinin rızasıyla bu tür eylemlerine devam etmişse de, davacının işyerinde haiz olduğu yönetici konumu sebebiyle baskı oluşturarak bu eylemlere giriştiği ve son dönemlerde bayan işçinin karşı çıkmaları üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ve en nihayetinde bayan işçinin baskılar sonucu istifa ettiği ve aynı gün cinsel taciz iddialarıyla ilgili durumu davalı işverene bildirdiği anlaşılmaktadır.”⁵¹¹Kararda, tacize uğrayan işçinin başlangıçtaki rızasının, yönetici konumdaki işçinin baskısına dayandığı yönündeki tespit isabetlidir. Gerçekten MacKinnon’ın yukarıda yer verilen görüşlerine göre de mağdurun cinsel isteklere boyun eğmesi, ekonomik tehdit veya vaatlerle baskı altına alındığı gerçeğini değiştirmez.⁵¹²

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2010 yılında verdiği bir karara konu olan olayda “davacı işçi 2005 yılı Aralık ayında yıl sonu toplantısı nedeniyle şirket çalışanları ile birlikte Kıbrıs’a gittiklerinde genel müdürün kendisine cinsel ilişki teklifinde bulunduğunu, yine 26-29 Aralık günlerinde Bolu Kartalkaya’da yapılan şirketin satış toplantılarına son gün genel müdüründe katıldığını ve gala günü alkol aldığını, imzalaması gereken evrakları odasında imzalayacağını belirterek davacıyı odasına

⁵¹¹ Yargıtay 9. HD. 8.3.2005, 2004/13286, 2005/7706, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵¹² MacKinnon, 1979, s. 32-37.

çıkma mecbur bıraktığını, odaya geldiklerinde ise iş konusunu konuşmadığını ve davacıyı içki içmeye zorlayıp, öpmeye çalıştığını, ağlayarak odayı terk ettiğini, genel müdürün istediklerini elde edemeyince kötü davranmaya ve küçük düşürmeye başladığını, hakkı olmadığı hâlde yıl sonu performans notunu düşük vererek istifaya zorladığını, olayları işyerine aksettirince ücretsiz izine ayırdıklarını ve geçici olarak pazarlama departmanında işe başlattıklarını, farklı departmanlarda çalışmasının kendisini rahatlatacağını düşündüğünü ama öyle olmadığını, olayın duyulması üzerine dedikoduların yayıldığını, bakışlar kendisine yönelecek diye yemekhaneye dahi inemediğini, yaşananlara ve baskılara dayanamayarak sinir krizi geçirdiğini ve depresyon teşhisi konulduğunu, çalışamayacağını anlayınca akdi haklı nedenle kendisinin feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ve yıllık izin alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.” Yüksek Mahkeme kararında, esas olarak davacı işçinin feshinde hak düşürücü sürenin geçip geçmediği ve cinsel tacizin ispatı hususunu incelemiştir; ancak “quid pro quo” tacizi de açıkça isimlendirmeksizin işaret eden değerlendirmelere yer vermiştir: “Davacının arkadaşı olan tanıklar davacı gibi işyerinde çalışırken tacize uğrayıp performans notu düşük gösterilen başka bir işçinin ismini de bildirmişlerdir. Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup davacının olayların vahameti neticesinde psikolojik bunalıma girmesi, daha evvel performansına ilişkin olumsuz bir değerlendirme bulunmamasına rağmen bu olaylardan sonra performans notunun düşürülmesi, 21.7.2006 tarihinde işyerine ihtarnâme çekerek işverenden amiri hakkında soruşturma başlatılarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi ve akabinde 1.8.2006 tarihinde de iş akdini bu olaylar nedeniyle feshetmesi nedeniyle temadi eden ve sonuçları itibarıyla bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemez.”⁵¹³Bu karara

⁵¹³ Yargıtay 9. HD. 4.11.2010, 2008/37500, 2010/31544, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

konu olan olayda ise, “*quid pro quo*” tacizin bir başka görünümü söz konusudur ve tacize uğrayan işçi talepleri reddettiği için performans notunun düşürülmesi şeklinde bir yaptırımla karşılaşmış ve sonrasında sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmiştir.

Ele alınan kararların her ikisinde de mağdur kendisine yönelen cinsel talepleri nihai olarak reddetmiştir ve Yüksek Mahkeme’nin cinsel tacizi tespit eden kararları isabetlidir. Öte yandan, mağdurun işine yönelik tehditler veya vaatler karşısında cinsel talepleri kabul ettiği durumların da “*quid pro quo*” cinsel taciz oluşturacağı hatırlatılmalıdır. Bu hâlde, taleplere boyun eğen mağdurlar itaatkâr bir cinsel objeye indirgenmekte, ekonomik çaresizliklerinden faydalanılmakta ve maddi tehditlerle cinsel taleplere boyun eğmeleri sağlanmaktadır. Bu durumda mağdurlar cinsiyetleri sebebiyle cinsel dayatmalara maruz kalmakta ve başlı başına cinsel taleplerle karşılaştıkları için zarar görmektedirler; burada işlerindeki başka bir çıkarın zedelenmiş olması cinsel tacizin koşullarından biri değildir.⁵¹⁴ İş ilişkisinde işçiden cinsel taleplerde bulunmanın ve dolayısıyla cinselliği işin bir koşulu hâline getirmenin, mağdurun talebe verdiği cevaptan bağımsız olarak, cinsel taciz oluşturduğunu açıklıkla ifade edecek bir cinsel taciz tanımının mevzuata eklenmesi, bu tür tacizlere uğrayan işçileri haklarını arama yönünde teşvik edebilecektir.

d. Yargı kararlarında “adı anılmayan” cinsiyetçi taciz örnekleri

Yargı kararlarına yansıyan az sayıda olayda cinsiyetçi taciz örnekleri görülebilmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına konu olan olayda davacı işçinin iş sözleşmesi İK m. 25/II-c-e bentleri (işçinin başka işçiye cinsel tacizde bulunması ve işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin

⁵¹⁴ MacKinnon, 1979, s. 195-197.

meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması) uyarınca feshedilmiştir. Davacının açtığı işe iade davasında, davalı işveren işçinin “*amiri konumunda bulunduğu bayan çalışma arkadaşlarına karşı sürekli cinsel içerikli konuşmalar yaparak, revirde çalışan hemşirelere karşı hemşirelerin ahlaksızla ünlü oldukları gibi sözler sarf ederek, çalışan bayan işçilerin bel ölçülerini almaya kalkışmak gibi davranışlarda bulunduğu, çalışan bayanların amiri durumunda olmasını manevi baskı aracı olarak kullandığının, istediği karşılığı alamadığı bayan işçilere karşı diğer çalışanların yanında aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlarda bulunduğu, kendisine yakın olmak zorunda kalan bayan işçilere karşı görevini kötüye kullanarak hoşgörülü davrandığını ve ayrımcılık yaptığını*” ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme “*olayda davacı işçi davalı şirkette veteriner hekim olarak çalışmakta iken işyerinde çalışma arkadaşlarına işyeri disiplinine uymayacak şekilde ve toplumun genel ahlak yapısına ters düşecek tarzda argo ve adaba aykırı sözler kullandığı, cinsel tacizde bulunduğu*” için sözleşmesinin feshini haklı bulmuştur.⁵¹⁵Olayda hem düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel tacizin hem “*quid pro quo*” tacizin hem de cinsiyetçi tacizin unsurları bir arada görülmektedir. Davacının istediği karşılığı alamadığı işçilere yönelik kötü muamelesi “*quid pro quo*” taciz olarak değerlendirebilir, hemşirelerin ahlaksızlıkla ünlü olduğu yönündeki ifadeler ise cinsiyetçi taciz olarak görülmelidir. Davacının, davalı işveren tarafından ileri sürülen diğer davranışları düşmanca çalışma ortamı oluşturan taciz örnekleridir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin konu olan bir olayda, davacı psikolojik tacize uğradığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuş ilk derece mahkemesi talebi reddetmiştir. Kararda incelenen somut olayda: “[davacının amiri konumundaki Ortak/Avukat] ile davacı arasında geçen bir görüşme esnasında

⁵¹⁵ Yargıtay 22. HD. 17.2.2012, 2011/9083, 2012/2166, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.2.2022.

[davacının amiri]'in 'madem beni tanımak istiyorsun, o zaman sana kendi özel hayatımdan bir anektot anlatayım' diyerek üniversitede okuduğu yıllarda evlenmeden önce bir seks ortağının olduğunu, bu seks ortağına bir Cuma gecesi görüşmek için mesaj attığını, onun da kendisine 'bakarız' diye cevap verdiğini, seks ortağının Cuma akşamı geldiğinde kendisiyle görüşmek istediğini, hatta arkadaşlarıyla olduğu mekana bile geldiğini, ancak kendisinin seks ortağı ile görüşmediğini çünkü kimsenin kendisine 'hayır' ya da 'bakarız' diyemeyeceğini, kendisinin reddedilemeyeceğini" söylediği iddiası ile (...) aynı kişinin çalışanlarla yapılan bir kutlama esnasında herkesin duyabileceği şekilde '[davacının eski işvereni avukatlık bürosu]'in azgın karılarından artık çok sıkıldığını' dile getirdiği, kadınlarla çalışmayı sevmediğini ve istemediğini, kadınların yönetici pozisyonuna geldiklerinde vahşileştiklerini, elinde olsa kadınlarla çalışmayacağını belirttiği ve davacının masadan kısa bir süre ayrılıp döndüğünde ise [davacının amiri]'in '...nerede kalmıştık [davacının eski işvereni avukatlık bürosu]'in azgın karılarından bahsediyorduk..' dediğine dair (...) iki olay bu sözleri söyleyen [davacının amiri] ve tanıklar tarafından doğrulanmıştır." Yüksek Mahkeme, olayın salt psikolojik taciz açısından değerlendirilmesini hatalı bularak davacının maruz kaldığı davranışların yakışsız, taciz edici, onur kırıcı olduğuna, kişilik haklarını zedelediğine ve manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵¹⁶ Olayda davacının amiri

⁵¹⁶ Yargıtay 9. HD. 27.12.2017, 2015/33818, 2017/2216, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.2.2022. Köşeli parantez içerisindeki açıklamalar tarafımdan eklenmiştir. Karardaki karşı oy yazısında olayda aynı zamanda psikolojik tacizin unsurlarının da bulunduğu ifade edilmiştir: "Departman amiri olan ... tarafından yoğun ve uzun soluklu günlük çalışma temposu içerisinde rahatsız edici, incitici, ruhsal dengeyi bozucu ve bayan kimliğine saldırı nitelikli davranışlara maruz kalmıştır. Eğitimi itibarıyla donanımlı, başarılı, gayretli ve uzmanlık alanında yoğun çalışma konusunda istekli olan davacının, departman toplantılarında ve günlük çalışmalarında amiri konumundaki ... tarafından özel hayatına dair yakışsız anlatımlarda bulunularak ve daha önce çalıştığı bürodaki bayanlardan söz edilirken eğitimine ve çalışılan ortamın düzeyine yakışmayacak biçimde nitelemelerde bulunulmasından etkileneceği tartışmasızdır. Konuşulanların yakın çalışma ortamında kişiyi rahatsız ve huzursuz edeceği, güven duygusunu zedeleyerek performansını düşüreceği de şüphesizdir. Sicil amiri de olan şahsın, davacının sicilini düzenlerken de olumlu açıklamalarda bulunduğu ancak çalışma şevkini kırıcı, hedefine ulaşmasını engelleyici düzeyde düşük not verdiği de bir gerçektir. ... Yaşananlar bir bütün olarak

konumundaki kişinin anlattığı cinsel anekdot ve davacıyı kastederek “azgın karı” nitelendirmesinde bulunması düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel taciz oluşturmaktadır. Öte yandan amir konumundaki kişinin genel olarak kadınlarla çalışmayı sevmediği, kadınların yönetici pozisyonlarda vahşileştikleri ve elinde olsa kadınlarla çalışmayacağı şeklindeki ifadeleri cinsiyetçi taciz örnekleri oluşturmaktadır. Somut olayda davacı tarafından kendisinin amir konumundaki kişiyle çalışan tek kadın olduğu ifade edilmiş olmakla beraber, farazi olarak söz konusu amirle birlikte çalışan başka kadın işçiler olsa ve amir bu sözleri bu kadın işçilerin huzurunda sarf etseydi, bu işçilerin de cinsiyetçi tacize maruz kaldıkları sonucuna varılabilirdi.

9. Hukuk Dairesinin bir başka kararına konu olan olayda, işyerinde çalışan bir kadın işçiyi taciz eden işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshetmiş; işçinin işe açtığı işe iade davası ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiş, Yüksek Mahkeme feshin haklı olduğuna hükmetmiştir: *“Davacının işverenin davalı işyerinde çalışan evli bir kadının resmini cep telefonunda masaüstü resmi yaptığına ilişkin savunma talebine karşılık ‘... aşırı saygı duymamdandır ...’ yönünde samimi ve inandırıcılıktan uzak bir açıklama yaptığı ve bunun üzerine işverence 24.09.2013 tarihinde davacıya yazılı uyarı verilerek davranışların tekrarında iş akdinin feshedileceği bildirilmiştir. Keza, davalı işyerinde çalışan ve işbu davada tanık olarak da dinlenen bayan işçinin 16.12.2013 tarihli şikâyet dilekçesinde de, davacının uygun olmayan saatlerde ve kendi görev alanı ile alakalı olmayan servis ulaşımı ile alakalı konularda telefon ile arayarak taciz ettiği, bu konuda davacıyı uyarmasına rağmen telefon ile tacizlerinin devam ettiğini, ayrıca servisteki davranışlarından huzursuzluk duyduğunu belirterek gereğinin yapılmasını istemiş, duruşmadaki beyanında da davacının şikâyet konu eylemlerini*

değerlendirildiğinde; yoğun ve yakın çalışma ortamı içinde davacının amirinden kaynaklanan olaylar mobbing düzeyine ulaşmıştır.”

doğrulamıştır. Diğer davalı tanığı da görgüye dayalı olarak davacının işyerinde kadın çalışanlara karşı uygunsuz saatlerde arama, mesaj atma, cep telefonuna ekran resmi yapma v.s. gibi eylemlerinin bulunduğunu ve bu konularda işverence defalarca sözlü olarak uyarıldığını beyan etmiştir. Bu açıklamalar karşısında davalı işveren, feshe konu olayları ve haklı feshi gerek yazılı, gerekse tanık deliline dayanarak ispat etmiş olup, Mahkemece taciz iddiasının salt cinsel içerik ve boyutta ele alınıp buna göre dosya içeriği ile bağdaşmayan ve yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.”⁵¹⁷ Yargıtay’ın tacizi salt cinsel taciz olarak değerlendirmeyerek geniş bir bakış açısı benimsemesi isabetlidir. Olayda davacı işçinin taciz içeren davranışlarını cinsiyetçi taciz olarak nitelendirmek mümkündür. Davalı tanığı, söz konusu davranışların işyerindeki kadın çalışanlara yöneldiğini ifade etmiştir; dolayısıyla failin saikinin kadınlara rahatsızlık vermek olduğu düşünülebilir. Öte yandan, bu davranışlar tek bir kişiye yönelseydi dahi cinsiyetçi taciz oluştururdu. Zira olayda örneklenen davranışlar kişinin cinsiyetinden bağımsız olarak rahatsız edici olmakla beraber, kadınlar taciz ve şiddete ilişkin olası kişisel deneyimleri ve/veya diğer kadınlara yönelen taciz ve şiddete ilişkin toplumsal tanıklıkları nedeniyle, bunları özellikle tehditkâr ve huzursuz edici bulabilirler; davranışın arkasından gelebilecek daha olumsuz başka davranışlardan korkabilirler.

Adana Bölge Adliye Mahkemesi’nin verdiği bir karara konu olan olayda, davacının iş sözleşmesi işyerindeki stajyer kız öğrencilere rahatsızlık verdiği gerekçesiyle davalı işveren tarafından İK m. 25/II-c-d bentleri (işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması ve işverenin başka işçisine sataşması) uyarınca haklı nedenle derhal feshedilmiş, ilk derece mahkemesi feshin geçersizliğine karar vermiştir. Davalı işverenin istinaf dilekçesinde davacının davranışları, “kurumda stajyer olarak dava dışı

⁵¹⁷ Yargıtay 9 HD. 7.5.2015, 9188/16811, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 5.10.2017.

iki kız öğrencinin 24/11/2015 tarihinde kuruma vermiş oldukları dilekçe ile davacının; izin almadan stajyerlerin masasına oturarak özel hayatı ile ilgili anlatımda bulunduğu, geçmiş dönemde hasta yakınları ile uzun süreli ilişkiler yaşadığı, kadınların görüldüğü gibi [olmadığını], kadınların ahlaksız olduğunu, iş yerine gelen tesettürlü bir bayanın pardösüsünü çıkardığından içinde yalnızca iç çamaşırları olduğuna da şahit olduğunu, kadın erkek arasında 10-15 yaş fark olması gerektiğini, genç bir kadının evli ve çocuklu bir erkeğe aşık olabileceği gibi iş hayatıyla bağdaşmayan konuşmalar gerçekleştirdiği ve ayrıca öğrencileri iş çıkışı iki kere arabasıyla evlerine bırakmak istediği aynı öğrencileri bir akşam gece kulübüne götürme teklifinde bulunduğu” şeklinde özetlenmiştir. Adana BAM, “davacı işçinin işyerindeki stajyerlerle konuşması ile rahatsız etme eyleminin cinsel taciz ve sataşma niteliği boyutunda olmadığı, eylemle feshin sebebi arasında orantısızlık bulunduğu, davacının eyleminin haklı nedenle iş akdinin feshi ağırlığında olmadığı ancak geçerli nedenle feshin boyutunda olduğu, mahkeme gerekçesindeki davacının iş akdinin geçerli feshi olmadığı gerekçesinin yerinde olmadığı, düzeltilmesi gerektiği, davacıya kıdem ihbar tazminatına hükmedilmesinin yerinde olduğu” yönünde karar vermiştir.⁵¹⁸ 9. Hukuk Dairesinin yukarıda incelenen kararında ortaya koyduğu standart doğrultusunda, Adana BAM’ın kararına konu olan olayda da tacizin mahkeme tarafından salt cinsel boyutuyla ele alınmayarak bu davranışların taciz boyutuna ulaştığına ve feshin haklı nedene dayandığına hükmedilmeliydi. Hatta, bu karara konu olan olayda cinsiyetçilik 9. Hukuk Dairesi kararındaki olaya göre çok daha bariz şekilde yapılmıştır; kadınların görüldüğü gibi olmadığı, ahlaksız olduğu ve başörtülü kadınların iç çamaşırlarına ilişkin ifadeler açık cinsiyetçi ifade örnekleridir. Davacının özel hayatına ve kadın-erkek ilişkilerine dair konuşmaları, stajyer öğrencileri gece kulübüne götürme tekliflerinin henüz mesleğe

⁵¹⁸ Adana BAM 7 HD. 28.12.2017, 272/183, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 14.2.2022. Köşeli parantez içerisindeki açıklama tarafımdan eklenmiştir.

dahi başlamamış kız öğrenciler için ürkütücü olduğu ve taciz edici olduğu açıktır; kanımca burada haklı feshe sebebiyet verecek ağırlıkta bir davranış vardır.

Kişinin cinsiyetine dayanan ancak cinsel içerikli olmayan (cinsiyetçi) tacizlerin cinsel tacizle bir arada bulunduğu hâllerde, faile uygulanacak fesih yaptırımını ve mağdurun hakları, olaydaki cinsiyetçi tacizin tespit edilip edilmemesinden etkilenmemekte, cinsel tacize bağlanan hukuki sonuçlar her iki tür tacize ilişkin de çözüm sağlamaktadır. 22. Hukuk Dairesinin yukarıda incelenen davacı veteriner hekimle ilgili kararı bu duruma örnek gösterilebilir. Bazı hâllerde, cinsiyetçi taciz açıkça bu şekilde nitelendirilmemekle beraber, bu davranışlar salt cinsel boyutuyla ele alınmayarak taciz davranışı olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda, tacize maruz kalan mağdurun açtığı davada, 9. Hukuk Dairesinin yukarıda incelenen davacı avukata ilişkin kararında olduğu gibi, manevi tazminata hükmedilebilmektedir. Ayrıca, bu tür tacizler, cinsiyetçi taciz olarak anılmasa dahi, yukarıda incelenen ikinci 9. Hukuk Dairesi kararında olduğu gibi, bu davranışlarda bulunan işçinin sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebileceğine hükmedilebilmektedir. O hâlde ilk bakışta, incelenen bu iki karar bakımından olayın cinsiyetçi veya cinsiyete dayalı taciz olarak adlandırılıp adlandırılmamasının bir fark yaratmayacağı düşünülebilir. Ancak, bu tür tacizlerin mağdurun cinsiyetine dayalı olduğunun kabul edilmesi, hem kadınlara yönelik yapısal bir sorunun görünür hâle gelmesine katkıda bulunacak hem de cinsiyetçi tacizin ayrımcılık oluşturduğu kabul edildiği takdirde mağdurların ayrımcılık tazminatına hak kazanmalarına olanak sağlayabilecektir.⁵¹⁹ Ayrıca son olarak ele alınan Adana BAM kararında, stajyer öğrencilere yönelik açık bir cinsiyetçi taciz örneğinde bu davranışlar, failin sözleşmesinin feshi bakımından haklı fesih ağırlığında görülmemiştir. Dolayısıyla, hem bu tür yanılığlı değerlendirmelerin önüne geçilebilmesi, hem de açıklandığı üzere

⁵¹⁹ Erdoğan, 2022, s. 464-465.

cinsiyetçiliğin oluşturduğu yapısal sorunun görünü hâle gelmesi ve mağdurların ayrımcılık tazminatı talep etme imkanının ortaya çıkabilmesi için cinsiyete dayalı veya cinsiyetçi taciz kavramının yaygınlaştırılması fayda sağlayabilir. Esasen TİHEKK’te taciz, *“psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış”* olarak tanımlanmış (m. 2/1-j); cinsiyet, yasadaki ayrımcılık temelleri arasında sayılmış (m. 3/2); taciz, yasada ayrımcılık türü olarak nitelendirilmiştir (m. 4/1-g). Bu düzenlemeler karşısında, aslında hem cinsiyetçi veya cinsiyete dayalı taciz kavramı hem de bu tür tacizlerin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi yasal dayanağa sahiptir. Öyleyse, İş Kanunu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu arasında ilişki kuran açık bir düzenleme İK’ya eklenerek hukuk uygulayıcılarının TİHEKK’te yer alan düzenlemeleri de dikkate almaları sağlanabilir. Ayrıca TİHEKK’te de üç farklı maddenin bir arada değerlendirilmesi yoluyla değil, açık ve net olarak konunun düzenlenmesi ve bir tanım getirilmesi fayda getirebilir.

2. Öğretide cinsel taciz tanımları ve iş hukuku mevzuatı için cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımı önerisi

4857 sayılı İş Kanunu’nda cinsel taciz ilk kez açıkça haklı fesih sebepleri arasında düzenlenmiş, TBK’da işverenin cinsel tacize karşı önlem alma yükümlülüğüne yer verilmiş ve nihayet TİHEKK’te cinsel tacizin ayrımcılık türleri arasında sayılmış olmakla beraber, söz konusu yasaların hiçbirinde cinsel taciz tanımına yer verilmemiştir. Ayrıca cinsiyetçi taciz kavramı da mevzuatta yer almamaktadır. Cinsel taciz kavramının mevzuatta tanımlanmasının Türkiye’nin taraf olduğu CEDAW, GGASS ve 111 sayılı ILO Sözleşmesi’nden kaynaklanan yükümlülükleri arasında

olduğuna yukarıda yer verilmiş; cinsel tacize dair yargı uygulaması incelenirken mevzuatta açık tanımlar yapılmasının getireceği olası faydalara değinilmişti. Bu kısımda, iş hukuku öğretisinde daha önce yapılmış cinsel taciz tanımlarına örnekler verilecek; iş hukuku anlamında kabul gören cinsel taciz kavramı ile TCK anlamında cinsel taciz ve cinsel saldırı suçlarının farkına yer verilecek ve son olarak cinsel ve cinsiyetçi taciz kavramlarına ilişkin tanım önerileri getirilecektir.

İş hukuku öğretisinde cinsel tacize ilişkin pek çok tanım getirilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu, 765 sayılı Ceza Kanunu ve 743 sayılı Medeni Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde yapılmış bir tanıma göre: “*mevcut mevzuat ağısından işyerinde cinsel taciz, mağdurun ve ailesi üyelerinden birinin Türk Hukuk mevzuatıyla (TMK ve TCK ile) korunan kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla beraber rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan/işyeri düzenini bozan hapsi gerektiren suç veya ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı, cinsel nitelikli, cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı davranışlar*”dır.⁵²⁰ Bir diğer tanıma göre cinsel taciz, “*cinsel anlam taşıyan veya cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar*” anlamına gelmektedir.⁵²¹ Bu iki tanımın cinsiyetçi tacizleri kapsadığı görölmektedir. Diğer tanımlar cinsiyetçi tacizi kapsamamaktadır. Öğretide bir görüşe göre mevzuatta cinsel taciz, 2002/73 sayılı AB Direktifi’ne paralel şekilde “*insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış*” şeklinde tanımlanmalıdır.⁵²² Cinsel tacize ilişkin geniş bir bakış ağısı içeren ve örnekler getiren bir tanıma göre: “*İşyerinde cinsel taciz, dokunma ve okşamayı da içine alan, istenmeyen cinsel yakınlaşmalardır. Bu davranışlar mağdur*

⁵²⁰ Bakırcı, 2000, s. 101.

⁵²¹ Süzek, 2021, s. 415.

⁵²² Özdemir, 2006, s. 90-91. Özdemir, 2014, s. 95-96.

açısından istenmeyen ve küçük düşürücü nitelik taşırlar. İşyerinde bunu gerçekleştiren kimsede mağdura yönelik, mağdurun olumlu bir cevap vermesi ve/veya sessiz kalması sonucunda iş ilişkisinin devamı, terfi veya diğerlerine göre daha olumlu, daha lehe davranışla karşılaşacağı yolunda örtülü bir teklif de bulunmaktadır. Cinsel tacizin kapsamına sadece fiziksel temas ya da imalı sözler girmez. Bunların yanı sıra açık resimler göstermek, cinsel içerikli fıkralar anlatmak ya da fail tarafından mağduru hedef alan şehvet duygusuyla söylenen şarkı türkü ya da şehvet içeren davranışlar da cinsel taciz olarak kabul edilir.”⁵²³ Bir diğer tanıma göre iş ilişkisi bakımından cinsel taciz, “işçinin rızası olmaksızın, işveren veya amiri konumundaki kişi veya diğer bir işçi yahut işyeri ile bağlantılı üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen, işçinin onuruna ve kişiliğine zarar veren, maddi ve manevi değerlerine saldıran cinsel içerikli ve nitelikli her çeşit sözlü, sözlü olmayan veya fiziksel davranış”tır.⁵²⁴ Bir başka tanıma göre “cinsel taciz, rıza olmaksızın sözle, gözle veyahut bedensel birtakım eylemlerle bireyin veya bireylerin cinselliğine, edep ve iffetlerine yönelik her türlü rahatsız edici davranıştır.”⁵²⁵ Bir diğer tanıma göre cinsel taciz “cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar”dır.⁵²⁶ Geniş kapsamlı bir tanıma göre işveren işçiyi “cinsel anlam taşıyan veya cinsel temalı istenmeyen tavır ve davranışlara” karşı korumalıdır.⁵²⁷ Bir görüş cinsel tacizi salt kadınları dikkate alır şekilde tanımlamaktadır: “Cinsel taciz, işyerinde arzu edilmeyen, kadın onurunu zedeleyebilecek ve işçi için tehlike oluşturabilecek cinsel ilgidir.”⁵²⁸

⁵²³ Yıldız, 2008, s. 100.

⁵²⁴ Dursun Ateş, 2019, s. 521.

⁵²⁵ Yuvalı, 2012, s. 107.

⁵²⁶ Aydın, 2002, s. 91.

⁵²⁷ Arıcı, 2022, s. 155.

⁵²⁸ Senyen Kaplan, 2020, s. 200.

Öğretide cinsel tacizi, yukarıda yer verilen diğer cinsel taciz tanımlarından farklı olarak fiziksel teması içeren cinsel davranışları dışarıda tutarak tanımlayan görüşler de mevcuttur: “*Türk İş Hukuku bakımından cinsel taciz, işçiden, cinsel temas olmaksızın, cinsel çıkar sağlamak amacıyla, kişiliğine, ruhsal ve vücut bütünlüğüne yönelik, aşağılatıcı, onur kurucu her türlü davranış olarak tanımlanabilir. Manevi tacizden farklı olarak cinsel, taciz için fiilin tekrarı şart olmayıp bir defalık bile olsa cinsel amaç taşıyorsa cinsel taciz olarak nitelendirilmektedir.*”⁵²⁹ Benzer bir başka görüş de “*fiziksel temasın bulunmadığı ve cinsel anlam içeren sözlerin sarf edildiği ya da davranışlarda bulunulduğu durumların cinsel taciz*” olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁵³⁰

Türk Ceza Kanunu’nda cinsel taciz ve cinsel saldırı suçları, düzenlenmekte, ancak bu kavramlar yasada tanımlanmamaktadır. TCK m. 102/1’in ilk cümlesinde cinsel saldırı suçunun basit hâli, ikinci cümlesindeyse hafif şekli (sarkıntılık) düzenlenmektedir: “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*” TCK m. 102/2’de cinsel saldırı suçunun nitelikli hâli düzenlenmektedir: “*Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.*” Cinsel saldırı suçun oluşması için, genel olarak, vücut teması şeklinde gerçekleşen bir cinsel davranışın bulunması gerekir.⁵³¹ Cinsel saldırı suçunun basit hâlinin ortaya çıkması için, “*mağdurun rızası*

⁵²⁹ Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 201.

⁵³⁰ Öktem Songu, 2018, s. 118.

⁵³¹ Taner, 2017, s. 82.

bulunmamasına karşın cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli olan sarkıntılık boyutunu aşan fakat vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna varmayan vücut teması”nın bulunması gerekir.⁵³² Sarkıntılık boyutunda kalan cinsel saldırı suçu, *“kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli ve ani gelişen (kesiklik gösteren) cinsel davranış”* ile ortaya çıkar.⁵³³ TCK m. 105’te cinsel taciz suçu düzenlenmektedir: *“Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına filin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* Maddenin ikinci fıkrasında suçun: *“a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle”* işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı sebepler olarak düzenlenmektedir. Cinsel saldırı suçunun basit ve hafif şekilleri ile cinsel taciz suçunu birbirinden ayıran ölçütü vücut teması oluşturmaktadır.⁵³⁴ Cinsel taciz suçu, sözlü veya yazılı olarak ya da başka herhangi bir hareketle ortaya çıkabilir. Örneğin, kişiyi internet ortamında takip etmek, bıyık burmak gibi imalı işaretler yapmak, araya üçüncü kişiyi sokmak, mesaj göndermek, kişinin vücuduna temas etmeksizin eteğini kaldırmak gibi davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturur.⁵³⁵

İş hukuku bağlamında hem yargı uygulamasında hem de öğretide, TCK’daki düzenlemelerden farklı olarak, ceza hukuku anlamındaki cinsel saldırı ve cinsel taciz

⁵³² *Taner, 2017, s. 145.*

⁵³³ *Taner, 2017, s. 161.*

⁵³⁴ *Taner, 2017, s. 144. Artuk, 2006, s. 36.*

⁵³⁵ *Taner, 2017, s. 414. Artuk, 2006, s. 30.*

suçlarının birlikte “*cinsel taciz*” başlığı altında ele alındığı görülmektedir. Ayrıca, yukarıda ele alınan uluslararası sözleşmeler ve yabancı hukuk örneklerinde iş ilişkisinde cinsel taciz bakımından, vücuda temas içeren fiiller ve temas içermeyen fiiller arasında ayırım yapılmamaktadır. Öğretideki isabetli bir görüşe göre; TCK anlamındaki cinsel taciz, cinsel saldırının basit, hafif ve nitelikli hâllerinin birbirinden ayırt edilmesi ceza adaletinin sağlanması için önem arz etmekle beraber, iş hukuku bağlamında bu farklı suç tiplerine denk gelecek ayrı ayrı tanımlar yapılmasında herhangi bir hukuki yarar yoktur.⁵³⁶ Zira iş ilişkisindeki cinsel davranış ister vücut teması içersin ister içermesin ortaya çıkacak hukuki sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Öte yandan davranışın TCK anlamında hangi suç tipini oluşturduğu veya ağırlığı manevi tazminatın takdirinde dikkate alınabilir.

Mevzuata eklenecek cinsel taciz tanımının düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel tacizin yanında, mağdur kendisine yönelen cinsel isteklere olumlu yanıt bile vermiş olsa oluşan “*quid pro quo*” cinsel tacizi kapsamasının gerektiği yukarıda ifade edilmişti.⁵³⁷ AB ve Avrupa’da cinsel taciz hukukunun gelişimi açıklanırken belirtildiği üzere, AB’de 2006/54/EC sayılı Direktif’te cinsel taciz bir yandan kişi onuruna aykırılıkla ilişkilendirilirken bir yandan ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Benzer şekilde bir Avrupa Konseyi sözleşmeleri olan İstanbul Sözleşmesi ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda cinsel taciz kişi onuruyla ilişkilendirilmiştir. Kişi onuruna aykırılığa odaklanmak cinsel tacizin yarattığı ayrımcılığın gölgelenmesine neden olabilmektedir. AB hukuku bakımından, 2006/54/EC sayılı direktifteki cinsel taciz tanımında yer alan kişi onuru ifadesinin kavramı tanımlamaya bir katkı sağlayıp sağlamadığı şüpheli olmakla beraber, bu ifadenin metinden çıkarılmasının da ayrımcılığın gölgelenmesini

⁵³⁶ Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 142. Sevimli, 2013, s. 119.

⁵³⁷ Bkz. yukarıda §4-I-1 ve §4-III-1-d.

engellemeye fayda sağlayıp sağlamayacağı belirsizdir.⁵³⁸ AB hukuku bağlamında yapılan tartışmalar ışığında ve cinsel tacizin esas belirleyici unsurunun davranışın istenmemesi olduğu düşüncesiyle kişi onuru ifadesine mevzuatta yapılacak yeni bir tanımda yer verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan, tanımda kişi onuru ifadesinin yer alıp almamasının, cinsel tacize ilişkin algı ve hukuk uygulamasında ciddi bir fark yaratmayacağına da bir kez daha işaret edilmelidir.

Cinsiyetçi tacizin, cinsel tacizden ayrı olarak tanımlanarak mevzuata eklenmesi, bu kavramın görünürlük kazanması ve cinsiyetçilikle mücadele için fayda sağlayabilir. ABD ve İsviçre hukuklarında ayrı bir cinsiyetçi taciz tanımı yer almayıp, bu kavram cinsel taciz ana başlığı altında değerlendirilirken, Fransız hukukunda ayrı bir cinsiyetçi davranış tanımı yapılmış, 2006/54/EC sayılı AB Direktifi'nde de cinsiyete dayalı taciz tanımı yapılmıştır. AKBK'nın Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu Tavsiye Kararı'nda oldukça geniş bir cinsiyetçilik tanımı mevcuttur. Cinsiyetçilik kavramı, cinsiyetçi tacizden daha geniştir; örneğin tavsiye kararındaki tanıma göre toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargıları sürdüren veya güçlendiren davranışlar cinsiyetçilik oluşturur. Ancak, bu davranışlar muhatabı açısından rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratmıyorsa tacizden bahsedilemez. Örneğin, kadın işçi görev tanımında olmayan çay servisi işini yapması yönündeki talimatı benimsemiş olabilir. Dolayısıyla aşağıda yer verilecek cinsiyetçi taciz tanımı, AKBK tavsiye kararındaki cinsiyetçilik tanımından daha dardır. ABD'de cinsel nitelik taşımayan cinsiyetçi tacizin cinsel tacizin gölgesinde kaldığına dair eleştirilere yukarıda değinilmişti.⁵³⁹ İsviçre'de, cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi tacizlerin, mobbing kavramı ile karıştığında dair

⁵³⁸ Bkz. yukarıda §3-II. *Nummhauser-Henning*, 2012, s. 30-34.

⁵³⁹ Bkz. yukarıda §3-I-2-b.

tespitler mevcuttur.⁵⁴⁰ Öte yandan ABD’de cinsel taciz ifadesinin yanında cinsel içerikli olmayan tacizler için ikinci bir kavram benimsemenin sakıncalı bir belirsizlik yaratabileceği yönündeki uyarılar da mevcuttur. ABD’de iki farklı kavramın benimsendiği California eyaletinde işverenlerin önleme ve eğitim programları bağlamında yine dar anlamda cinsel tacizi esas aldığı ve cinsel içerikli olmayan tacizin ikinci planda kaldığı tespit edilmiştir. Eyalet yasalarında iki farklı kavramın yer aldığı üç eyalette, mahkemelerin taciz türlerine göre iki farklı talep ve kanıt rejimi benimsediği ve cinsel içerikli olmayan tacizler bakımından cinsel taciz ifadesini kullanmanın davayı kaybetme sonucunu doğurabileceği gözlemlenmiştir.⁵⁴¹ ABD’de mahkemelerin benimsediği farklı talep ve kanıt rejiminden kaynaklanan bu sakıncalar, hukukumuzda yasal düzenlemeyle cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz aynı hukuki rejime tabi kılındığı takdirde söz konusu olmayacaktır. Cinsiyetçi tacize ilişkin ayrı bir tanım getirilmesi sorunun görünür hâle gelmesi açısından fayda sağlayacaktır.

Yukarıda ele alınan uluslararası sözleşmeler ve yabancı ülkelerin hukuklarında yapılan tanımlar ışığında mevzuata eklenmesi önerilen cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz tanımları şu şekildedir:

“Cinsel taciz: tehditkâr, düşmanca, küçük düşürücü, utanç verici veya saldırgan bir çalışma ortamı yaratmayı amaçlayan veya bu etkiyi doğuran, sözlü, sözsüz veya fiziksel istenmeyen her türlü cinsel davranıştır. Ayrıca, failin ya da üçüncü bir kişinin yararına cinsel bir yarar elde etme amacıyla işçinin tehdit edilmesi, işçiye menfaat sözü verilmesi, kısıtlama getirilmesi, baskı kurulması veya cinsel içerikli taleplere itaatin açıkça veya zımnen istihdam ya da çalışma koşulu hâline getirilmesi, işçinin cinsel taleplere verdiği yanıtın bağımsız olarak cinsel taciz oluşturur.

⁵⁴⁰ Bkz. aşağıda §4-IV-1.

⁵⁴¹ Soucek – Schultz, 2019, s. 253-257.

Cinsiyetçi taciz: işçinin cinsiyetiyle bağlantılı veya bir kişinin veya bir grup kişinin cinsiyeti nedeniyle aşağı olduğu fikrine dayanan yılgınlık uyandırıcı, korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utanç verici veya saldırgan bir çalışma ortamı yaratmayı amaçlayan veya bu etkiyi doğuran her türlü hareket, jest ve mimik, görsel anlatım, sözlü veya yazılı ifade, uygulama ve davranıştır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz, ayrımcılık oluşturur.”

IV. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin yakın kavramlarla ilişkisi ve bunlardan farkı

1. Eşitlik ve ayrımcılık

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ayrımcılık oluşturduğuna dair görüşlere ve TİHEKK’in yürürlüğe girmesi sonucunda bu görüşün hukukumuz bakımından da yasal dayanağa kavuştuğuna yukarıda değinilmişti. Bu kısımda, İş Kanunu’ndaki düzenleniş biçiminin etkisiyle birbirinin yerine geçer şekilde kullanabilen dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı kavramları yönünden cinsel ve cinsiyetçi taciz değerlendirilecektir. Ayrıca cinsiyet temelli bu tacizler, birden çok ayrımcılık temeline dayanan çoklu ayrımcılığın bir görünümü olabileceği gibi, kişinin cinsiyetine dayanan farklı ayrımcı davranışlarla birlikte ortaya çıkabileceğine de işaret edilecektir.

Eşitlik kavramının iki farklı görünümü vardır. Bunlardan biri bütün insanların hukuk önünde eşit değerde olmasını ifade eder ve temelde ayrımcılık yasakları ile ifadesini bulur. Eşitliğin bir diğer görünümü, keyfilik ve adaletsizliğe karşı durarak hakkaniyeti sağlar. İkinci anlamda eşitlik önceleri kanun önünde eşitlik olarak ifade edilirken zaman içerisinde temel hakların özel alana uygulanması ile özel hukuk

işlemleri bakımından geçerlilik kazanmıştır.⁵⁴² Ayrım yasağının konusunu kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştirilmesi mümkün olmayan (ırk, etnik köken, renk, cinsiyet, anadil, fiziksel görünüş, engellilik, sağlık durumu, cinsel yönelim gibi) veya değiştirilmesi istenemeyecek (din, siyasi inanç, sendika üyeliği gibi) nitelikleri ve değerleri oluşturur.⁵⁴³ Eşitliğin ikinci görünümünü oluşturan dar anlamda eşit davranma borcu, kişilere imtiyaz tanınmamasını ve aynı veya eşit durumdaki kişilerin keyfi olarak farklı işleme tabi tutulmamasını ifade eder.⁵⁴⁴ İş hukuku bağlamında, dar anlamda eşit davranma borcu işçilere her türlü farklı muameleyi yasaklamaz; ancak muameledeki farklılığın işle ilgili, objektif kriterlere dayandırılmasını gerekli kılar.⁵⁴⁵ Bu bağlamda, cinsel ve cinsiyetçi tacizin kişinin cinsiyetine dayalı bir davranış olduğu ve dar anlamda eşit davranma borcunun değil, ayırım yasaklarının ihlali bağlamında ele alınması gerektiği açıktır.

Ayrım yasağına aykırılık ve dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık, ayrımcılığın ispatında diğer işçilerle karşılaştırma yapma gerekliliği bakımından birbirinden ayrılır. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın belirlenmesinde, işçinin diğer işçilere göre farklı bir muameleye tabi tutulduğunun ortaya konulması gerekir; dolayısıyla işçinin durumunun diğer işçilerle kıyaslanması gerekir. Ayrımcılığın tespiti başkalarıyla kıyaslamayı zorunlu kılmaz; ayrımcı saikle gerçekleştirilen davranış, başka bir işçiyle kıyasa gerek kalmaksızın ayrımcılığın tespiti için yeterli olur.⁵⁴⁶ Başka işçilerle karşılaştırma, ayrımcılığın ispatının zorunlu bir

⁵⁴² Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 876-877. Heper, 2022, s. 142.

⁵⁴³ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 882-884. Süzek, 2021, s. 469. Aykaç, 2016, s. 56. Ugan Çatalakaya, 2019, s. 157. Heper, 2022, s. 144. Söz konusu ayırım yasakları öğretide “mutlak ayırım yasakları” olarak da ifade edilmektedir. Tuncay, 1982, s. 123 vd.

⁵⁴⁴ Süzek, 2021, s. 469. Aykaç, 2016, s. 57. Ugan Çatalakaya, 2019, s. 158.

⁵⁴⁵ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 899.

⁵⁴⁶ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 886. Narmanlıoğlu, 2012, s. 326. Ugan Çatalakaya, 2019, s. 160-161.

unsuru olmamakla beraber, bazı hâllerde ispatı kolaylaştırıcı olabilmektedir; bu durumda da kıyaslama mutlaka işyerinde çalışan bir diğer işçiye göre değil, ayrımcılığa uğrayan işçinin ayrımcılık olmasaydı içinde bulunacağı varsayımsal duruma göre yapılabilir.⁵⁴⁷ Cinsel taciz ve cinsiyetçi tacizin ispatı, ayrımcılığın ispatıyla aynı şekilde başka işçilerle karşılaştırma yapılmasını gerektirmez.⁵⁴⁸ Bu davranışlar kişilerin cinsiyetine dayalı olarak gerçekleştirildikleri için başka işçilerle kıyasa gerek kalmaksızın aynı zamanda ayrımcılık oluşturur. Dolayısıyla işyerinin tek işçisinin taciz edilmesi ayrımcılık olacağı gibi işyerinde çalışan kadın ve erkek işçilerin tamamının taciz edilmesi veya sadece kadın ya da sadece erkek işçilerin taciz edilmesi gibi varsayımsal örneklerde de işyerinde çalışan ve tacize maruz kalan işçilerin sayı ve cinsiyetlerinden bağımsız olarak tacizin aynı zamanda ayrımcılık oluşturduğu sonucuna varılacaktır.⁵⁴⁹

Cinsel ve cinsiyetçi taciz, cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturmakla beraber; birden çok ayrımcılık temeline dayalı olarak da ortaya çıkabilir. TİHEKK m. 2/1-ç’de çoklu ayrımcılık “*ayrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olması durumu*” olarak tanımlanmıştır. Çoklu ayrımcılık kavramı ve türleri üzerinde terminoloji ve literatür birliği bulunmamakla beraber, çoklu ayrımcılık üç grupta incelenebilir. Ardışık veya sıralı ayrımcılık (“*sequential multiple discrimination*”) olarak anılabilecek çoklu ayrımcılık türlerinden ilki, kişinin farklı zamanlarda farklı nedenlerle ayrımcılığa uğramasıdır; örneğin kişinin bir olayda ırkı bir olayda engellilik hâli nedeniyle ayrımcılığa uğraması gibi. Cinsel ve cinsiyetçi taciz bağlamında, kişinin

⁵⁴⁷ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 161.

⁵⁴⁸ Demir, 2021, s. 298.

⁵⁴⁹ ABD hukukunda biseksüel amirin hem kadın hem de erkekleri taciz ettiği durumda, tacizin ayrımcılık oluşturmayacağı yönündeki görüş ve tartışmalar için bkz. Schultz, 1998, s. 1703 vd. Dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının birbirinden ayrılarak değerlendirilmesi bu tartışmayı hukukumuz bakımından gereksiz kılmaktadır.

bir olayda bu tür tacizlere uğraması, bir başka olayda engellilik durumu, dini inancı gibi farklı bir temelde ayrımcılığa uğraması örneklenebilir. Katma çoklu ayrımcılık olarak anılabilecek (“*additive multiple discrimination*”) kişinin tek seferde birden çok temelde ayrımcılığa uğraması anlamına gelmektedir. Bu durumda da aynı olaydaki farklı temeldeki ayrımcılıkların ayrı ayrı ispatı mümkün olabilir.⁵⁵⁰ Örneğin engelli bir kadın işçinin ücret artışı yapılırken ayrımcılığa uğraması hâlinde hem diğer kadın işçilere hem de engelli erkek işçilere göre daha düşük oranda zam aldığı ortaya konabilir. Cinsel ve cinsiyetçi taciz bağlamında, kişinin etnik kökeni, cinsel yönelimi, mezhebi veya dini inancı gibi özelliklerinin, cinsiyet temelli taciz oluşturan sözlerle birlikte anılması, tacizlerin aynı anda birden çok temele dayandığının göstergesi olabilir. Hem ardışık çoklu ayrımcılık hem de katma çoklu ayrımcılıkta ayrımcılık temelleri birbirinden ayrıştırılarak değerlendirilebilir.⁵⁵¹ Kesişimsel (“*intersectional discrimination*”) olarak anılabilecek diğer çoklu ayrımcılık türünde, kişinin uğradığı çoklu ayrımcılık basitçe iki farklı temelde ayrımcılığın toplamından ibaret değildir; ortaya çıkan bu ayrımcılık, nitelik yönünden farklılaşmaktadır. Bu hâlde ortaya çıkan ayrımcılık, iki farklı ayrımcılığın toplamı olarak açıklanamamaktadır.⁵⁵² Örneğin, ABD’deki siyah kadınların uğradığı ayrımcılık, ırk ve cinsiyet olmak üzere en az iki baskı sistemi içerisinde yer almalarının ürünü olarak görülmektedir. Her iki baskı sistemi birbiriyle kesişerek siyah kadınlara özgü deneyimler ortaya çıkarmaktadır. Siyah kadınların ırkçılığa ilişkin deneyimi cinsiyetleri tarafından ve cinsiyetçiliğe ilişkin deneyimi de ırkları tarafından biçimlendirilmektedir.⁵⁵³ Cinsel taciz sözleri zaman zaman mağdurun ırkına ilişkin ifadeler içerebilmekte, yargılamalar sırasında siyah kadınların ifadeleri

⁵⁵⁰ Fredman, 2016, s. 26.

⁵⁵¹ Fredman, 2016, s. 28.

⁵⁵² Fredman, 2016, s. 27.

⁵⁵³ Crenshaw, 1992, s. 1468.

daha az inandırıcı bulunmakta, siyah kadınların cinselliğine ilişkin mitler nedeniyle karşılaştıkları aşağılama ve zarar açtıkları davalarda jüri üyeleri tarafından hafife alınabilmektedir. Ayrıca siyah kadınlar, siyah erkeklerden gelen tacizler karşısında topluluk bağlarına zarar vermemek ve siyah erkeklere ilişkin olumsuz önyargıları beslememek adına sessiz kalabilmektedirler.⁵⁵⁴ Kişinin uğradığı cinsel ve cinsiyetçi taciz, iki farklı baskı sisteminin kesiştiği bir alanda ortaya çıkabilir. Bir cinsel veya cinsiyetçi taciz olayında çoklu ayrımcılık tespit edilebildiği takdirde, mahkemenin tazminata hükmederken bu durumu dikkate alması uygun olur. Öte yandan kesişimsellik konusu, yalnızca tazminatların belirlenmesinde değil, devletin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadeledeki politikalarının oluşturulmasında da dikkate alınması gereken bir husustur.

Son olarak cinsel ve cinsiyetçi tacizin bir arada ve ayrıca cinsiyete dayalı başka ayrımcılıklarla birlikte ortaya çıkabileceğine işaret edilmelidir.⁵⁵⁵ Örneğin, kadın işçi bir olayda cinsel tacize, bir olayda cinsiyetini hedef alan bir hakarete maruz kalırken aynı zamanda terfi etmesine izin verilmiyor, aynı işi yaptığı erkek işçilere göre daha düşük ücret alıyor olabilir. Bu tür örneklerde de hepsi cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturan hâllerin birlikte değerlendirilmesi ve tazminatların belirlenmesinde dikkate alınması uygun olur.

2. Psikolojik taciz (mobbing)

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin psikolojik tacizden ayırt edilmesi, çeşitli yönlerden önem taşır. Bu tür kişinin cinsiyetine dayanan ve ayrımcılık oluşturan tacizlerin, psikolojik taciz adı altında görünmez hâle gelmesinin önüne geçilmesi, toplumsal

⁵⁵⁴ Crenshaw, 1992, s. 1469-1672.

⁵⁵⁵ Schultz, 1998, s. 1800.

cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanan yapısal sorunun tespiti ve soruna çözüm üretilebilmesi bakımından önemlidir.⁵⁵⁶ Ayrıca her üç tür tacizde de mağdurların haklı nedenle derhal fesih, maddi-manevi tazminat gibi hakları benzerlik gösterse de psikolojik tacizin cinsel ve cinsiyetçi tacizden farklı olarak hiçbir zaman tek bir davranışla ortaya çıkmaması ve bir süreç oluşturması nedeniyle, tacize uğrayan işçinin ne zaman tacize uğramış sayılacağı ve dolayısıyla haklı nedenle derhal fesih hakkının ve diğer haklarının ne zaman doğduğunun tespiti için bu ayrımı yapmak gerekir. Ayrıca, cinsel ve cinsiyetçi taciz her zaman cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturur ve bu nedenle ileride açıklanacağı üzere, cinsiyet temelli bu tacizlere uğrayan işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekir.⁵⁵⁷ Buna karşılık, psikolojik taciz, her zaman dar anlamda eşit davranma borcunun ihlalini oluştursa da her zaman ayrımcılık oluşturmaz ve bu nedenle mağdurun ayrımcılık tazminatı hakkı her zaman söz konusu olmaz.⁵⁵⁸

Mobbing kavramını ilk kez ortaya koyan Leymann'a göre, “*Çalışma yaşamında ruhsal terör veya mobbing, bir veya birden fazla kişi tarafından genellikle bir kişiye sistematik olarak yöneltilen düşmanca ve etik dışı iletişimdir. Mobbingin karşılıklı olup taraflardan biri ezilene kadar gerçekleştiği hâller de mevcuttur. Bu tür davranışlar sıklıkla (neredeyse her gün) ve uzun bir süre boyunca (en az altı ay) gerçekleşir ve bu sıklık ve süre nedeniyle ciddi ruhsal, psikosomatik ve sosyal ıstıraba yol açar. Bu tanım geçici çatışmaları dışlamakta ve psikososyal durumun psikiyatrik ve/veya psikosomatik*

⁵⁵⁶ Avrupa ülkelerinde cinsel tacizin mobbing kavramı altında görünmez hâle gelmesi sorunu hakkında bkz. yukarıda §3-II.

⁵⁵⁷ Yıldız, 2008, s. 109. Yuvalı, 2012, s. 111. Özdemir, 2014, s. 98. Manav Özdemir, 2016, s. 210-211. Erkanlı Başbüyük, 2020, s. 250-251. Erdoğan, 2022, s. 466-467.

⁵⁵⁸ Dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık ayrımı yapmaksızın psikolojik tacizin işverenin eşit davranma ve ayırım yapmama borçlarına aykırılık oluşturduğu yönünde, İzmirlioğlu, 2020, s. 1810-1812. Limoncuoğlu, 2013, s. 64-66. Psikolojik tacizin işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğu ve bu davranışa maruz kalan işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanacağı yönünde, Yuvalı, 2012, s. 116-117.

hastalıklı durumlara yol açtığı geçiş alanına odaklanmaktadır."⁵⁵⁹Türkiye’de mobbing veya psikolojik taciz kavramını ilk kez tanıtan *Tınaz*’a göre: “*Mobbing, işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terördür. Kavram, çalışanlara üstleri, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları ifade eden anlamlar içermektedir.*”⁵⁶⁰ *Leymann*, mobbing davranışlarını beş gruba ayırarak incelemiş ve örneklemiştir: bunlar mağdurun (1) yeterli şekilde iletişim kurmasını etkileyen davranışlar (örneğin, yönetimin iletişim kurma imkanı vermemesi, susturma, işteki görevlerle ilgili sözlü saldırılar, sözlü tehditler, kişiyi reddetmeye yönelik sözler), (2) mağdurun sosyal temasta bulunmasını etkileyen davranışlar (örneğin, iş arkadaşlarının kişiyle konuşmaması veya konuşmalarının yönetim tarafından yasaklanması, kişinin uzaktaki bir odada izole edilmesi, yok sayılması), (3) mağdurun itibarını korumasını etkileyen davranışlar (örneğin, kişi hakkında dedikodu yapılması, kişinin alaya alınması, kişinin engellilik durumu, etnik kökeni, hareket veya konuşma biçimiyle dalga geçilmesi), (4) mağdurun iş durumunu etkileyen davranışlar (örneğin, kişiye hiç iş verilmemesi veya anlamsız görevler verilmesi) ve (5) mağdurun fiziksel sağlığını etkileyen davranışlardır (örneğin, tehlikeli işler verilmesi, fiziksel tehditler veya saldırılar ve aktif cinsel taciz davranışları).⁵⁶¹

Hukukumuzda, psikolojik taciz kavramı yasa düzeyinde ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer almış; ancak yasada psikolojik taciz tanımlanmaksızın, işverenin işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramalarını önleme ve bu tür tacizlere uğrayanların daha fazla zarar görmelerini engellemek üzere önlem alma yükümlülüğü

⁵⁵⁹ *Leymann*, 1990, s. 120.

⁵⁶⁰ *Tınaz*, 2006, s. 11.

⁵⁶¹ *Leymann*, 1996, s. 170.

düzenlenmiştir (m. 417/1). TİHEKK’te taciz kavramı *“Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı”* (m. 2/1-j) ve *“İşyerinde yıldırma: Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri”* (m. 2/1-g) ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁶² Yasa kapsamındaki bu davranışların yasada sınırlı olarak sayılan ayrımcılık temellerine dayanması gerekmekte ve bu ayrımcılık temelleri *“cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş”* olarak sıralanmaktadır (m. 3/1, m. 4). Ancak genel anlamda psikolojik tacizin muhakkak ayrımcılık temellerine dayanması gerekmez ve kişi İK ve TBK’ya dayanan haklarından yararlanabilir; psikolojik tacizin ayrımcılık temeline dayanması TİHEKK’te düzenlenen haklardan yararlanmak için aranacak bir şarttır.⁵⁶³

Psikolojik taciz eylemleri pek çok yargı kararına konu olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 yılında verdiği bir kararında psikolojik tacizi tanımlamıştır: *“Ülkemizde yaygın olarak kullanılan ifadeyle 'işyerinde psikolojik taciz' (mobbing), Türk Dil Kurumu'nun 'Bezdiri' olarak tanımladığı olgu; sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işyerinde bir veya birkaç kişinin, istenmeyen kişi olarak ilan ettikleri kişiyi, dışlayarak, sözlü ya da fiziksel tacizde bulunarak mutlak itaate zorlamak, yıldırma ve bezdirmektir. Mobbingi, bir*

⁵⁶² Yasada hem işyerinde yıldırma hem de psikolojik taciz kavramının düzenlenmesinin karışıklık yaratabileceği ve terminoloji birliğini bozduğu yönünde ve her iki kavramın aslında örtüştüğü yönünde bkz. Demir, 2021, s. 280-281, 300.

⁵⁶³ Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca, 2021, s. 392-393. Demir, 2021, s. 301-302.

veya bir grup işçinin aynı işyerindeki bir başka işçiye zarar vermek amacıyla sistemli ve süreklilik arzedecek biçimde küçümseyici, aşağılayıcı, dışlayıcı ve korkutucu hareketler bütünü olarak tanımlamak mümkündür.”⁵⁶⁴ Aynı kararda aynı zamanda psikolojik taciz davranışları örneklenmiştir: “Öğretide genel olarak mobbing kapsamına giren durumlar; kendini göstermeyi engellemek; sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, çalışanın iş ortamında yokmuş gibi davranılması, çalışanların ve işverenlerin işçiyle konuşmaması, iletişimin kesilmesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi, fiziksel şiddet tehdidi, cinsel taciz, mağduru çalışma yaşamında yalnızlaştırma, alaya alınma gibi davranışlar olarak belirlenmiştir.”

Yargı kararları ve öğretide yapılan tanımlarda, psikolojik tacizin üç temel unsuru ortaya konmaktadır; bunlar davranışların sistematik olması, belirli bir süre tekrarlanması ve kasıtlı olmasıdır. Anlık olarak gerçekleşen bir davranış tek başına psikolojik tacize vücut vermez; burada sürekli ve sistematik olarak tekrarlanan davranışların varlığı aranır.⁵⁶⁵ Psikolojik taciz davranışlarındaki kast unsuru, mutlaka bu davranışların yöneltildiği işçiye iş sözleşmesini feshetmeye zorlama şeklinde anlaşılmamalıdır; psikolojik taciz davranışının altında kıskançlık, ego tatmini veya işyerinde kimin hâkim olduğu göstermek gibi amaçlar yatabilir. Kast unsurunda önemli olan husus işçiye zarar verme amacının bulunmasıdır.⁵⁶⁶ Psikolojik taciz sürecinde gerçekleştiren davranışlar

⁵⁶⁴ Yargıtay 9. HD. 12.2.2013, 2010/38293, 2013/5390, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. Yargıtay kararlarında yer alan çeşitli psikolojik taciz tanımları için bkz. Savaş Kutsal, 2016, s. 621-623.

⁵⁶⁵ Ekmekçi – Yiğit, 2020, s. 297-298. Özdemir, 2014, s. 74. Aslan Ertürk, 2014, s. 293-298. İzmirlioğlu, 2020, s. 1803-1804. Öğretideki bir görüşe göre, psikolojik taciz failin kimliğinden ve amacından bağımsız olarak işçiye yönelen sistematik psiko-sosyal saldırıdır, Savaş, 2007, s. 46-47.

⁵⁶⁶ Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca, 2021, s. 394-395. Ekmekçi – Yiğit, 2020, s. 297. Ünal, 2013, s. 25. Özdemir, 2014, s. 75-76. İzmirlioğlu, 2020, s. 1804. Psikolojik tacizin belirlenmesinde işverenin kötü niyetinin ve kastının aranmamasının gerektiği; süreklilik ve sistematiklik unsurları birleştiğinde psikolojik taciz oluşacağı yönünde bkz. Demir, 2021, s. 284.

tek tek ele alındığında hukuka aykırılık teşkil etmeyebilir; ancak sürecin tamamı hukuka aykırıdır.⁵⁶⁷

Psikolojik tacize ilişkin tanımlar ışığında, cinsel tacizi psikolojik tacizden ayırmakta büyük bir güçlük bulunmamaktadır. Cinsel taciz, öncelikle cinsel nitelikli olmasıyla psikolojik tacizden ayrılır. Ayrıca cinsel taciz bakımından, süreklilik, sistematik olma ve kast unsurları aranmaz. Cinsel taciz, psikolojik tacizden farklı olarak mağdur tarafından istenmeyen tek bir cinsel nitelikli davranışla ortaya çıkabilir.⁵⁶⁸ Bu bağlamda cinsel tacizin “*quid pro quo*” niteliğinde olması veya düşmanca çalışma ortamı yaratması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. İşçiye örneğin işverenin cinsel isteklerini yerine getirmesi karşılığında işini koruyabileceğinin söylenmesi gibi tek bir “*quid pro quo*” taciz oluşturan söz cinsel taciz oluşturacağı gibi, işçinin kalçasına, göğüslerine dokunulması, pornografiye maruz bırakılması, cinsel içerikli sözler söylenmesi gibi tekil davranışlar da düşmanca çalışma ortamı oluşturan cinsel taciz oluşturur. Ayrıca psikolojik tacizden farklı olarak cinsel tacizde failin mağdura zarar verme kastının bulunması zorunlu değildir. Bu bağlamda hem 2006/54/EC Sayılı AB Direktifi’ndeki hem de İstanbul Sözleşmesi’ndeki cinsel taciz tanımlarına göre, cinsel taciz oluşturan davranışın failinin mağdurun onurunu zedeleme amacının bulunmasının zorunlu olmadığı, davranışın bu amacı taşımasının veya bu sonucu doğurmasının arandığı hatırlatılmalıdır.⁵⁶⁹ Benzer şekilde ABD hukukundaki düşmanca çalışma ortamı yaratan cinsel taciz tanımında davranışın korkutucu, düşmanca veya

⁵⁶⁷ Süzek, 2021, s. 417.

⁵⁶⁸ Süzek, 2021, s. 417. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 747-748. Lempen, 2011, s. 109-110. Witzig, 2018, s. 544. Savaş, 2007, s. 40. Bilgili, 2010, s. 21. Manav Özdemir, 2016, s. 202.

⁵⁶⁹ Bkz. yukarıda §4-I-4 ve §4-II-2.

saldırgan bir çalışma ortamı yaratma amacı taşıması veya bu sonucu doğurması aranmıştır.⁵⁷⁰

Hem *Leymann*'ın verdiği psikolojik taciz örneklerinde hem de yukarıda yer verilen Yargıtay kararında cinsel taciz, psikolojik taciz sürecinde ortaya çıkabilecek bir davranış olarak yer almıştır. Gerçekten de sistematik, sürekli ve kişiyi yıldırma amaçlayan ve pek çok farklı davranıştan oluşan psikolojik taciz süreci içerisinde başka rahatsız edici davranışların yanında mağdura aynı zamanda cinsel tacizde bulunulması mümkündür. Bu hâlde, cinsel taciz davranışı ortaya çıktığı andan itibaren buna ilişkin aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek hukuki sonuçlar doğacak ve işçi ilgili haklarını kullanabilecektir. Olayda psikolojik tacizin sistematik olma ve süreklilik gösterme unsurları henüz gerçekleşmemiş olsa dahi, cinsel tacize uğrayan işçi ilgili haklarını kullanabilir. Ayrıca, psikolojik taciz sürecinde aynı zamanda cinsel tacize uğramış olan işçinin açacağı davada cinsel taciz olgusunu ayrıca ileri sürmesi yararına olacaktır. Bu durumda hem cinsel tacize dayanan ayrımcılık tazminatı talep edilmesi söz konusu olabilir; hem manevi tazminat talepleri bakımından psikolojik ve cinsel taciz birlikte değerlendirildiğinde daha yüksek bir tutara hükmedilebilir. Kaldı ki, psikolojik taciz bakımından aranan süreklilik, sistematik olma ve kast unsurlarının olayda bulunmadığına hükmedilse dahi, işçi cinsel taciz olgusuna dayanan haklarından yararlanabilir. Örneğin, yukarıda daha önce cinsiyetçi taciz hakkındaki yargı kararları incelenirken de yer verilen bir Yargıtay kararına konu olan olayda, bir avukatlık ortaklığında çalışan kadın işçi avukat psikolojik tacize uğradığını ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Yargıtay kararında avukata uygulanan baskının psikolojik taciz boyutuna ulaşmadığı sonucuna varmış; ancak davacı işçinin amiri konumundaki avukatın kadınlarla çalışmak istemediğine dair sözleri, davacı avukatı

⁵⁷⁰ Bkz. yukarıda §4-II-1.

kast ederek sarf ettiği “*azgın karı*” ve cinsel yaşamına dair anekdotlar anlatarak hiçbir kadının kendisini reddedemeyeceğini söylemesi gibi davranışların yakışsız, taciz edici, onur kırıcı olduğunu ifade ederek, davacının kişilik haklarını zedelediğine ve manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁷¹

Cinsiyetçi taciz veya cinsiyete dayalı taciz ile psikolojik taciz arasında ayırım yapmak daha güçtür. Ancak, psikolojik tacizde aranan sistematik olma, süreklilik arz etme ve kast unsurları burada da ayırım yapmayı kolaylaştıracaktır. Cinsiyetçi taciz, tek bir davranışla, anlık olarak ortaya çıkabilir, sürekli ve sistematik olması gerekmez. Örneğin, işverenin kadınların zekalarına hakaret eden tek bir söylemi cinsiyetçi taciz oluşturabilir. Ayrıca, cinsiyetçi tacizde failin, mağdura zarar verme kastının bulunması gerekmez. Cinsiyetçi taciz davranışı bu amacı gütmese de mağdur tarafından rahatsız edici bulunması yeterlidir. Burada, hem 2006/54/EC Sayılı AB Direktifi’ndeki cinsiyete dayalı taciz tanımında hem de AKBK’nın Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu Tavsiye Kararı’ndaki cinsiyetçilik tanımında, failin amacının ve davranışın mağdur üzerindeki etkilerinin kümülatif değil alternatif olarak dikkate alan bir bakış açısının benimsendiğine işaret edilmelidir.⁵⁷² Benzer şekilde Fransız İş Kodu’nun cinsiyetçi davranışları yasaklayan L1142-2-1 maddesinde de cinsiyetçi davranışların amacının veya mağdur üzerindeki sonucunun onur kırıcı olması aranmıştır.⁵⁷³ Örneğin, bir işveren vekilinin aynı vasıflara sahip kadın ve erkek işçilerin çalıştığı laboratuvarında kullanılan araç-gereci temizleme işini, sürekli olarak kadınlara vermesinin altında kadın işçilere rahatsızlık verme amacı yatmıyor olabilir. İşveren vekilinin temizlik işlerini sürekli olarak kadın işçilere vermesinin nedeni, toplumsal

⁵⁷¹ Yargıtay 9. HD. 27.12.2017, 2015/33818, 2017/2216, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.2.2022. Bkz. yukarıda §4-III-1-d.

⁵⁷² Bkz. yukarıda §4-I-6 ve §4-II-2.

⁵⁷³ Bkz. yukarıda §4-II-3.

cinsiyete dair kalıp yargıları nedeniyle bu işin kadınlara uygun olduğunu veya kadınların bu işi daha iyi yapacağını düşünmesi olabilir; ancak bu davranış muhatabı kadınlar tarafından rahatsız edici ve aşağılayıcı bulunuyorsa cinsiyetçi taciz ortaya çıkar. Aynı davranış psikolojik taciz olarak ele alındığında kast unsuru yönünden psikolojik taciz oluşturmadığı sonucuna varılır.

Gerçekte cinsiyetçi taciz olarak nitelendirilebilecek bir davranış, psikolojik taciz veya mobbing olarak nitelendirildiğinde, mağdurun ayrımcılığa uğradığı gerçeğinin yanında bu davranışların iş ilişkisindeki cinsiyet temelli ayrışmayı sürdürmekteki işlevi ve geniş olarak da toplumdaki cinsiyet eşitsizliği göz ardı edilmektedir.⁵⁷⁴ Örneğin, İsviçre’de Cenevre İstinaf Mahkemesi’nin kararına konu olan bir olayda saatçilik sektöründe çalışan ve cinsiyeti nedeniyle erkek çalışma arkadaşları tarafından taciz edilen bir işçi, olayda diğer işçilerin kadın işçinin dengesini bozmayı amaçlayan bir stratejiyle hareket etmedikleri, bir başka ifadeyle psikolojik tacizin kast unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle davayı kaybetmiştir. Olayda mağdur işçi de cinsel taciz değil mobbing iddiasında bulunmuştur.⁵⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, spor haberciliğinde uzman bir ajansta çalışan kadın gazeteci, yeni bir editörün göreve başlamasının ardından iş hayatının kötüye gittiğini, ilginç işlerin kendisinden alındığını, herkesin önünde eleştirildiğini, evliliği hakkında sorular sorulduğunu, iş arkadaşlarının kendisine bebek, güzel çocuk gibi isimlerle seslendiğini ve kahve yapmasını istediklerini ileri sürmüştür. Mahkeme olayda, ifadelerin cinsel içerikli olmaması sebebiyle mağdurun cinsel taciz iddiasını, davranışların mağduru dışlamayı amaçlamadığı gerekçesiyle psikolojik taciz iddiasını reddetmiştir.⁵⁷⁶ İsviçre hukukunda

⁵⁷⁴ *Lempen*, 2008, s. 150-151.

⁵⁷⁵ Cour d’appel des prud’hommes de Geneve, 15.2.2008, C/30751/2006, aktaran, *Lempen*, 2011, s. 110.

⁵⁷⁶ İsviçre Temyiz Mahkemesi, 4C.276/2004, 12.10.2004, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 6.3.2022. *Lempen*, 2008, s. 158-159.

ayrı bir cinsiyetçi taciz tanımı bulunmayıp cinsel içerikli olmayan cinsiyetçi davranışlar cinsel taciz kapsamında değerlendirildiği hatırlatılmalıdır.⁵⁷⁷ Cinsiyetçi tacizin yasada ayrıca düzenlenmesi, hem cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz ayrımının hem de cinsiyetçi taciz ve mobbing ayrımının yapılabilmesi bakımından fayda sağlayabilir.

Psikolojik tacizin kişinin cinsiyeti nedeniyle gerçekleştirilmesi hâlinde, psikolojik taciz ve cinsiyetçi taciz arasında ayrım yapmak güçleşecektir. Örneğin, işverenin işyerindeki kadın işçileri yıldırarak istifaya zorlamaya çalışması veya bir grup erkek işçinin birlikte çalıştıkları kadın işçi(ler) üzerinde hakimiyet kurmak amacıyla psikolojik taciz uygulaması söz konusu olabilir. Psikolojik tacizin kişinin cinsiyetine dayandığı, örneğin sadece kadınların hedef alınmasından veya bu sürecin büyük ölçüde kişinin cinsiyetine yönelik aşağılama ve rahatsız edici davranışlarından oluşmasından anlaşılabılır. Aslında, bu hâlde psikolojik taciz sürecinin aslında cinsiyetçi tacizler silsilesinden oluştuğunun kabulü gerekir. İlk bölümde de örneklediği üzere cinsiyetçi taciz olarak görülebilecek, kadınların toplantılardan dışlanmaları, kadınlara söz verilmemesi veya sözlerinin kesilmesi, çalışmalarının sabote edilmesi, cinsiyetçi ve aşağılayıcı cinsiyetçi şakalar veya karikatürler, kadınların düşmanca eleştirilmesi, abartılı ve alaycı kibarlık, herkesin içinde utandırma gibi davranışlar, psikolojik taciz sürecinde ortaya çıkabilir. Bu durumda, cinsiyetçi taciz ortaya çıktığında cinsiyetçi niteliği açık olan veya olmayan davranışlar bütünü psikolojik taciz için aranan kast, sistematik ve sürekli olma niteliğini taşımasa da işçinin salt cinsiyetçi tacize uğramış olması nedeniyle başvurabileceği haklarını kullanabilmesi gerekir. Cinsiyetçi taciz davranışı olarak örneklenen davranışlar her zaman tek bir seferde cinsiyetçi tacizin oluşmasına yol açmaz. Örneğin, bir kadın işçinin sözünün birkaç kez kesilmesi nezaketsizlikten kaynaklanabilir ancak bunun sürekli hâl alması ve sadece kadınlara

⁵⁷⁷ Bkz. yukarıda §4-II-4.

yönelmesi durumunda cinsiyetçi taciz ortaya çıkabilir. Buna karşılık, örneğin tek bir işçiyi hedef alsın almasın kadınlara hakaret etmek veya kadınların öldürülmeyi ya da tecavüzü hak ettiği gibi nefret içerikli sözler tek bir seferde cinsiyetçi taciz oluşturur.

İşyerinde kadınlara (ya da LGBT bireylere veya toplumdaki erkek algısına uymayan erkeklere yönelik) psikolojik tacizin mutlaka cinsiyetçi tacizlerden oluşan bir sürecin bulunduğu anlamına gelmeyeceğine işaret edilmelidir. Psikolojik tacize uğrayan kadın işçi, işverene karşı açılmış bir iş davasında tanıklık ettiği, geçmişte işyeri sendika temsilciliği yaptığı, işe iade davasını kazanarak işyerinde yeniden çalışmaya başladığı için, cinsiyetiyle ilgisi olmayan bir nedenle hedef hâline getirilmiş olabilir. Bu durumda, psikolojik tacizin kişinin cinsiyetinden kaynaklandığı söylenemeyecektir. Ancak, örneğin işveren aleyhinde tanıklık yaptığı için kendisine ağır işler verilen, iş arkadaşlarının kendisiyle konuşması yasaklanan, başkalarından uzak, ısıtma, havalandırma, nem sorunu olan bir odada çalıştırılan işçinin odasına cinsiyetçi karikatürler asılırsa bu durumda psikolojik taciz sürecinde aynı zamanda bir cinsiyetçi taciz davranışı oluşmuş olur. Burada da kişi cinsiyetçi tacize maruz kaldıktan sonra, psikolojik tacizin koşulları henüz oluşmamış olsa bile, ilgili haklarını kullanabilmelidir.

3. Sataşma

Sataşma kavramı İK'da tanımlanmamakla beraber, yasada haklı fesih sebepleri arasında düzenlenmiştir. İK m. 24/II-c uyarınca işverenin işçiye ve aile üyelerinden birine sataşması, işçiye haklı nedenle fesih hakkı verirken; İK m. 25/II-d uyarınca işçinin işverene, işverenin aile üyelerinden birine veya işverenin işçisine sataşması işverene haklı nedenle fesih hakkı vermektedir. Öğretide sataşma *“başkasının kişilik*

*haklarına saldırı oluşturan her türlü söz ve davranış” olarak tanımlanmaktadır.*⁵⁷⁸

Tehdit, hakaret, darp gibi davranışlar sataşma kapsamında kalır ve sataşmanın suç teşkil etmesi gerekmez.⁵⁷⁹

Cinsel tacizin sataşma kavramından ayrılmasında teorik olarak bir güçlük bulunmamaktadır. Cinsel tacizde kişilik haklarına saldırı oluşturan söz ve davranışların cinsel nitelikte olması, bu kavramı sataşmadan ayırır. Buna karşılık, öğretide bir görüş Türk Ceza Kanunu’ndaki cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarına ilişkin düzenlemelerden yola çıkarak, cinsel tacizin TCK’daki cinsel taciz suçunun tanımına paralel şekilde fiziksel teması içermeyen cinsel davranışları kapsayacak şekilde tanımlanması; buna karşılık fiziksel temas içeren ve TCK anlamında cinsel saldırı oluşturan davranışların İK anlamında sataşma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁸⁰ Yukarıda, cinsel taciz tanımlanırken TCK’da düzenlenen farklı suç tiplerinin iş hukukuna taşınmasında ve cinsel saldırı ile cinsel tacizin ayrı ayrı düzenlenmesinde bir hukuki yarar bulunmadığı ifade edilmişti. Yargıtay uygulaması ve öğretideki çoğunluk görüşü fiziksel temas içeren ve içermeyen cinsel davranışları cinsel taciz başlığı altında ele almaktadır.⁵⁸¹ Fiziksel temas içeren cinsel davranışları cinsel taciz değil sataşma olarak ele almak, hukuki yarar barındırmamanın ötesinde, bu davranışların “cinsiyetli” ve cinsel niteliğinin görünmez hâle gelmesi sakıncasını yaratır. Cinsel tacizin mağdurlarının büyük çoğunluğu kadınlardır. Bu çalışma boyunca savunulduğu üzere, cinsel taciz kişiye yönelik bireysel ve basit bir haksızlıktan ibaret değildir; kişiye cinsiyeti nedeniyle yöneltilir, altında toplumdaki kadın-erkek eşitsizliğinin getirdiği yapısal sebepler vardır ve bu yönleriyle aynı zamanda ayrımcılık oluşturur. Fiziksel

⁵⁷⁸ Süzek, 2021, s. 697. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 745. Ekmekçi – Yiğit, 2020, s. 689.

⁵⁷⁹ Süzek, 2021, s. 699. Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca, 2021, s. 666-667. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 745.

⁵⁸⁰ Öktem Songu, 2018, s. 117-118.

⁵⁸¹ Bkz. yukarıda §4-III-1 ve 2.

temas içeren cinsel tacizleri, kişilik haklarına aykırılık oluşturan fiziksel şiddet veya sözlü saldırılarla birlikte ele almak, cinsel tacizin “cinsiyetli” ve ayrımcılık oluşturan yönünü görünmez kılar.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, muhatabına rahatsızlık veren ancak cinsel nitelikte olmayan veya cinsel niteliği ispatlanamayan, arkadaşlık teklifi veya ilgi gösterilerinin de aralarında bulunduğu davranış ve sözlerin, cinsel taciz olarak değil, sataşma olarak sınıflandırıldığı görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre: *“Somut olayda, işyerinde çalışan işçi M. Y.’ın 21.3.2007 tarihli dilekçesiyle davacının kendisine arkadaşlık teklif ederek rahatsızlık verdiğini, cep telefonuna ahlaksız mesajlar gönderdiğini, işyerinde elini tutmaya çalıştığını ayrıca tehditlerde bulunduğunu, elle tacizde bulunmaya teşebbüs ettiğini, bu sebeple davacıdan şikâyetçi olduğunu davalı işverene belirtmesi üzerine, 22.3.2007 tarihinde davacının savunmasının alınmak istendiği fakat bundan imtina ettiği ve sözleşmenin feshedildiği anlaşılmaktadır. M. Y. 9.4.2007 tarihinde de Sincan Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetle bulunmuş, yapılan soruşturma sonucunda davacı hakkında cinsel taciz suçlamasından ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş, fakat kişilerin huzur ve sükununu bozmaktan kamu davası açılmıştır. Ceza davasında davacı her ikisi de bekar olduğundan M. Y.’a arkadaşlık teklifinde bulunduğunu bu sebeple birkaç kere telefonla M.’yi aradığını kabul etmiştir. Tüm veriler birlikte değerlendirildiğinde davacının işyerinin diğer bir işçisine karşı davranışlarının sataşma boyutuna ulaştığı, davacı işçinin bu davranışları sebebiyle davalı işverenin iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu, yargılama sırasında davacı vekilince sunulan 22.3.2007 tarihli suçlamaların asılsız olduğuna dair M. Y.’a ait olan dilekçeye dayanılarak feshin haksız olduğunun kabul edilemeyeceği anlaşıldığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü*

bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁸² Benzer nitelikte başka bir olaya ilişkin kararda da yine Yüksek Mahkeme aynı değerlendirmelerde bulunmuştur: “iş yeri tutanakları, tanık anlatımları ve davacı hakkında ‘kişilerin huzur ve sükununu bozma’ suçundan yürütülen ceza davası kayıtlarından davacının aynı iş yeri çalışanı.... ‘yi iş yeri ortamı içerisinde takip edip rahatsız ettiği, davacının ceza dosyası tahkikat aşamasında şüpheli sıfatı ile verdiği ifadesinde aynen ‘....’ye karşı hislerim vardı, onun da bana karşı hisleri olduğunu öğrenmek için konuşmak istedim,’nin iş yerindeki hal ve hareketleri bana karşı tutumundan, bana bir şey hissettiğini düşündüm’ dediği, bu suretle davacının iş yerinde diğer çalışan olan ..’ye yönelik ‘sataşma’ niteliğinde kabul edilen takip etme, konuşmaya çalışma, rahatsız etme ve bu davranışlarını devam ettirmesi sebebiyle davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haklı sebeple feshedildiği anlaşıldığından, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken, mahkemece kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁸³

Yukarıda yer verilen kararlardan ilkinde şikâyetçi olan kadın işçinin, elle taciz ve cep telefonuna gönderilen ahlaksız mesajlarla iddiaları cinsel taciz olarak nitelendirilebilirse de bunların ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. Her iki kararda da davacılar hakkında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan dava açılmış olması, mağdurlara yönelen arkadaşlık tekliflerinin medeni insan ilişkileri sınırını aşarak rahatsız edici bir ısrara dönüştüğünün göstergesidir.⁵⁸⁴ Bu ısrarlı davranışlar, cinsel içerikli olmadığından, davranışın cinsel taciz değil, mevcut mevzuat kapsamında sataşma olarak nitelendirilmesi isabetlidir. Ancak bu davranışlar, cinsel içerikli

⁵⁸² Yargıtay 9. HD. 26.1.2012, 2009/37100, 2012/1985, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵⁸³ Yargıtay 9. HD. 21.3.2016, 2014/35142, 2016/6683, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵⁸⁴ Huzur ve sükunu bozma suçunu düzenleyen TCK m. 123’e göre: “Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

olmamakla beraber karşı tarafın cinsiyetine dayandığından, cinsiyetçi taciz olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir. Öte yandan, muhatabı tarafından kabul görmeyen her türlü ilgi gösterisi veya arkadaşlık teklifi sataşma veya cinsiyetçi taciz olarak değerlendirilemez. Burada, medeni insan ilişkileri çerçevesinde olağan olan teklif ve ilgiyi rahatsız edici davranışlardan ayıran hususlar, uygun üslup kullanmak ve eğer teklif kabul görmediyse ısrarcı olmamaktır.

Yargıtay'ın aralarında sosyal ilişki bulunmayan çalışanlar arasındaki ilgi gösterilerini de sataşma olarak değerlendirildiği görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında: *“İşyerinde bir işçinin aynı yerde çalıştığı, ancak tanımadığı diğer işçiye huzursuzluk verip, tacize varacak sözler söylemesi anlayışla karşılanamaz,”* değerlendirmesine yer verilmiş ve somut olayda *“Davacının aynı işyerinde çalışmak dışında hiçbir sosyal bir münasebeti bulunmadığı belirlenen kadın işçiye gönderdiği ‘...çok cici ve tatlı birisin ve sıcak kanlısın, seni kardeşim gibi görüyorum ve arkadaş olmak isterim seninle, yanlış anlama senin yaşında kızım var’ sözleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde muhatabını taciz edici nitelikte olup, işçinin işverenin başka bir işçisine sataşma olduğu işverenin davacının bu eylemi nedeni ile yaptığı feshin haklı nitelikte olduğu”* sonucuna varılmıştır.⁵⁸⁵ 7. Hukuk Dairesi de benzer bir olayda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Davalı alt işveren işçisi olarak çalışan davacının asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçiye 'Facebook' adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı hâlde ortak arkadaşların olması sebebiyle gördüğü resmini beğenmesi ve ‘... çok sade ve güzelsin’ şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir*

⁵⁸⁵ Yargıtay 9. HD. 12.10.2015, 20326/28093, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

*nedenin bulunduğu kabulü gerekmektedir.*⁵⁸⁶ Her iki kararda da davranışların cinsel taciz oluşturmadığı değerlendirmeleri isabetlidir. İlk kararda, davacının muhatabına yönelik “yanlış anlamama” uyarısı, tam da muhatabın rahatsız olduğu hususu işaret etmektedir. İkinci karar yönünden, sataşmanın saldırgan bir davranış gerektirmesi nedeniyle olaydaki davranışın sataşma olmadığı, dolayısıyla haklı veya geçerli nedenle fesih sebebi yaratacak ağırlıkta olmadığı; ancak işçinin davranışlarının istenmediği yönünde uyarılmasına rağmen bu davranışlarda ısrar etmesi hâlinde haklı fesih sebebi olabileceği kanaatindeyim.⁵⁸⁷ Ayrıca, ele alınan kararların değerlendirilmesinden işçinin işyerinde çalışan ancak daha önce bir sosyal ilişkisinin bulunmadığı bir diğer kişiye ilgi göstermesi veya arkadaşlık teklif etmesinin her zaman sataşma oluşturacağı gibi genel bir sonuca varılmamalıdır. Burada da işçinin üslubu ve karşı taraftan yanıt gelmediğinde veya olumsuz yanıt geldiğinde ısrarcı olmamak, medeni insan ilişkilerini sataşmadan ayıran unsur olmalıdır. Ülkemizde kadına yönelik şiddet olgusu ve kadınların emek piyasasında karşılaştıkları güçlüklerin oluşturduğu sosyolojik çerçeveye bu tür davranışların nasıl algılandığı ve işçide yarattığı etkiler üzerinde belirleyicidir ve göz ardı edilmemelidir.⁵⁸⁸ Öte yandan, işçinin işyerinde çalışan bir başka işçiyle tanışmak istemesini veya ona ilgisini gösterecek bir iltifatta bulunmasını her zaman başlı başına sataşma ve dolayısıyla haklı nedenle derhal fesih oluşturacak bir davranış olarak değerlendirmek, işyerinde işçiler arasındaki ilişkileri dolaylı olarak yasaklamak gibi bir sonuç doğurur. Bu tür aşırı yasaklar, hem işverenin işçilerin işyerindeki sosyal yaşamlarına yönelik geniş bir müdahale alanı açar, hem de genel olarak cinsel tacizle mücadeleye karşı tepkiye sebep olarak mücadeleyi zayıflatır. Ayrıca, erkeklerin zararsız

⁵⁸⁶ Yargıtay 7. HD. 10.3.2016, 2015/43589, 2016/6048, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵⁸⁷ Sataşma fiili özü itibarıyla bir saldırı içerdiğinden, söz konusu karardaki fiilin geçerli fesih sebebi olamayacağı yönünde, *Doğan Yenisey*, 2018, s. 517.

⁵⁸⁸ *Doğan Yenisey*, 2018, s. 518.

ifadelerin cinsel taciz veya sataşmayla suçlanma sonucunu doğuracağı endişesi, üst düzey yöneticilerin kadınları işyerinden dışlamalarına yol açabilir ve bu da iş ilişkisindeki cinsiyete dayalı ayrışmayı derinleştirerek kadın işçilere zarar verir.⁵⁸⁹ İşverenin cinsel tacize karşı önlem alma borcunun sınırlarına ve işçilerin sosyal yaşamına yönelik geniş müdahalesinin sakıncalarına ilerde işverenin işyerinde cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı önlem alma borcu başlığında ayrıntılı olarak yer verilecektir.⁵⁹⁰

Cinsiyetçi tacizin iş mevzuatında tanımlanmamış olması karşısında, her ne kadar cinsiyete dayalı taciz kavramı TİHEKK'te yasal dayanağını bulsa da bu tür tacizler İş Kanunu'ndaki fesih sebeplerinden sataşma kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Gerçekten de sataşmanın hakaret içermesi zorunlu olmayıp, sözün sarf edildiği kişinin ruhsal yapısında etki doğurabilecek olması yeterlidir.⁵⁹¹ Cinsiyete dayalı hakaretler sarfetmek veya geleneksel toplumsal cinsiyet yargılarını yansıtan sözler veya atasözleri söylemek veya nefret söyleminde bulunmak; örneğin kadınların işyerinde yerlerinin olmadığını, kadınların karnından sıpayı sırtından sopayı eksik etmemek gerektiğini veya bazı kadınların karşılaştıkları şiddet eylemlerini hak ettiklerini söylemek fesih sebebi yapılacak olursa yasal dayanağı, sataşmaya ilişkin düzenlemeler oluşturacaktır. Bu hâlde, ayrımcı sözlere maruz kalan mağdurun ayrımcılık tazminatı hakkının doğabileceği hatırlatılmalıdır. Olması gereken hukuk açısından cinsiyetçi tacizlerin ayrımcı niteliğinin görünür kılınabilmesi için bu kavramın ayrıca yasada tanımlanmasını uygun olacağı yinelenmelidir.

⁵⁸⁹ Schultz, 2003, s. 2064. Schultz, 2018a, s. 35.

⁵⁹⁰ Bkz. ilerde §6-I-3-a.

⁵⁹¹ Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 762.

BÖLÜM II – İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZLE MÜCADELE

§5. DEVLETİN İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZLE MÜCADELE ÖDEVİ

I. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle ilgili mevzuat oluşturma ödevi

1. Düzenlemelerin ayrımcılık yasağı çerçevesinde mevzuattaki yeri ve kapsamı

Mevzuatta cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin tanım ihtiyacına ve tanım önerilerine yukarıda yer verilmişti. Bu kısımda, olması gereken hukuk açısından söz konusu düzenlemelerin mevzuattaki yeri ve kapsamına ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte iş ilişkisinde ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler İş Kanunu yanında ikinci bir yasal dayanak bulmuştur. Öncelikle, cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin tanımların bu yasalardan hangisinde yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmelidir.

TİHEKK’te ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin düzenlemeler yapılmakta, ardından Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümler yer almaktadır. TİHEKK’te cinsel taciz ve cinsiyet temelli taciz hâlihazırda ayrımcılık türleri arasında sayılmakta; ancak bu kavramlar tanımlanmamaktadır (m. 4/1-g). Yasada yer alan sınırlı sayıdaki temellerde ayrımcılığa uğrayanların TİHEK’e başvuru hakkı bulunmakta ve Kurum başvuru üzerine gerçekleştirdiği inceleme sonucunda ihlal tespit ettiğinde buna dair karar vermekte ve idari para cezası uygulayabilmektedir (m. 17/7). TİHEK’in ayrımcı uygulamaya son verilmesine veya mağdura tazminat ödenmesine karar verme yetkisi yasada düzenlenmemiştir.⁵⁹²

⁵⁹² Demir, 2021, s. 123.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımlarının TİHEKK'te yapılmasının sağlayacağı temel yarar, düzenlemenin bütün işçileri ve hatta bu çalışmanın konusunu oluşturmayan memurları, serbest meslek sahiplerini, eğitim, sağlık gibi özel hukuka ve kamu hukukuna tabi çok çeşitli faaliyet ve hizmetleri kapsamasıdır.⁵⁹³ Yasanın istihdam ve serbest meslek başlıklı 6. maddesi de hem özel hukuk hem kamu hukukuna tabi çalışma ilişkilerinde hem de serbest mesleklerin düzenlenmesine ilişkin faaliyetlerde ayrımcılığı yasaklamaktadır. TİHEKK m. 6'ya göre: *“İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. (...) (5) 22/5/2003*

⁵⁹³ TİHEKK m. 5'te ayrımcılık yasağının kapsamı geniş şekilde düzenlenmektedir, söz konusu maddeye göre: *“1 Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar. 2 Birinci fıkra belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. 3 Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. 4 Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz.”*

tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır.” Bu itibarla, İş Kanunu’na tabi olsun olmasın bütün işçiler ve mesleki eğitim kapsamındaki kişiler TİHEKK’te düzenlenen ayrımcılık yasağının kapsamındadır. Yasada ayrımcılık yasağının işe ve mesleki eğitime giriş aşamasından itibaren düzenlenmesi de bu yasanın İK’dan daha geniş kapsamlı koruma getirdiği bir alandır. Cinsel ve cinsiyetçi taciz de yasa kapsamında ayrımcılık olarak değerlendirileceği için söz konusu tanımların bu yasada açıkça yapılması, bütün işçileri işe giriş aşamasından itibaren kapsayan bir düzenlemenin ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Cinsel ve cinsiyetçi tacize dair düzenlemelerin salt TİHEKK’te yapılması birtakım sorunları barındırabilir. Öncelikle TİHEKK’te kabul edilen ayrımcılık temelleri yönünden sınırlı sayı ilkesi geçerlidir ve bu sınırlar “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş*” temellerinden ibarettir. Yasada idari yaptırımların düzenlenmesi nedeniyle, kamusal yaptırımların uygulanmasına temel olacak ayrımcılık türlerinin sınırlı olarak sayılması isabetli görülebilir;⁵⁹⁴ ancak yasada cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, göçmenlik statüsü gibi sık rastlanabilecek ayrımcılık temellerinin dışarıda tutulması eleştiriye açıktır.⁵⁹⁵ Cinsel ve cinsiyetçi tacizin her zaman cinsiyet temeline dayanması nedeniyle yasada kabul edilen ayrımcılık temellerindeki eksikliklerin bir sakınca yaratmayacağı düşünülebilirse de, bu durum çoklu ayrımcılık ve çoklu ayrımcılık içeren taciz bakımından önem arz eder. Zira işçinin uğradığı taciz, yasada cinsiyet temelinin yanında, göçmenlik statüsü gibi yasada yer verilmeyen ayrımcılık temellerinden birine dayanabilir.

⁵⁹⁴ *Süzek*, 2021, s. 495.

⁵⁹⁵ *Karan*, 2020, s. 111. *Demir*, 2021, s. 494. *Erdoğan*, 2022, s. 444.

TİHEKK'te bütün işçileri kapsayan açık cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımları yer alsa dahi, kurumun yaptığı inceleme sonucunda ancak idari para cezası verme yetkisi bulunduğu için işçiler tazminat taleplerini ancak kendi tabi oldukları yasaya göre ileri sürülebileceklerdir. Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde götürü bir tazminat yaptırımını düzenlenmemiştir ve tazminat yönünden bu yasalarda yeni bir düzenlemeye gidilmediği takdirde TİHEKK'te yapılacak bir tanımın tüm işçileri kapsamamasından sağlanacak fayda sınırlı kalacaktır. Ayrıca, hukuk uygulayıcıları, uyuşmazlıkların çözümünde TİHEKK'ten önce iş mevzuatına odaklanmaktadırlar. Yukarıda incelenen cinsel tacizle ilişkin yargı kararlarında yalnızca bir HGK kararında TİHEKK'e atıfta bulunulduğu görülmüştür.⁵⁹⁶ Daha önce de açıklandığı üzere, TİHEKK mevcut düzenlemeleriyle hem cinsel hem de bu çalışmada cinsiyetçi taciz olarak anılan cinsiyet temelli tacizlerin ayrımcılık olarak alınmasına imkân sunduğu hâlde, henüz yargı organı tarafından bu değerlendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla, TİHEKK'te yapılacak düzenlemenin İK'da yapılacak bir düzenlemeye göre uygulamada daha geç etki doğuracağı öngörülebilir. Bundan doğacak sakınca, eğer düzenleme TİHEKK'te yapılacak olursa, İK'ya bu düzenlemelere atıfta bulunan bir hükmün eklenmesiyle giderilebilir.

TİHEK'in uygulayabildiği yaptırımın idari para cezası olmasının yarattığı eksikliğin⁵⁹⁷ yanında Kuruma erişimle de ilgili birtakım güçlükler bulunmaktadır. TİHEKK m. 17/5 uyarınca: *“4857 sayılı Kanunun 5inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir.”* Bu hükümde kastedilen şikâyet usullerinin İK m. 91/2 hükmü

⁵⁹⁶ Yargıtay HGK. 30.5.2018, 2015/7-3171, 2018/1143. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁵⁹⁷ İdari para cezası tutarları da caydırıcı olmaktan uzaktır, Ünal, 2018, s. 509-510.

uyarınca işçinin iş müfettişlerinin yapabileceği denetime başvurması mı yoksa ayrımcılık tazminatı talebiyle dava açması mı olduğu öğretide tartışmalıdır.⁵⁹⁸ TİHEKK Uygulama Yönetmeliği m. 45/1-c uyarınca dava konusu olmuş başvurular işleme konulmadığına göre, 17. maddede kastedilen şikâyet usulünün dava açmak olarak anlaşılması mümkün değildir.⁵⁹⁹ Öte yandan, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile işçinin şikâyet etmesine imkan veren İK m. 91/2 hükmü değiştirildiği ve 92. maddedeki şikâyetle ilgili ifadeler de yasadaki çıkarıldığı için TİHEKK m. 17/5'teki düzenleme anlamını yitirmiştir.⁶⁰⁰ Son olarak, bir cümleyle ifade etmek gerekirse, TİHEK'in bağımsızlığı ve üyelerinin seçimi usulüne dair sorunlar mevcuttur.⁶⁰¹

Cinsel ve cinsiyetçi tacize dair tanım TİHEKK'te yapılsa bile, mevcut düzenlemeler karşısında, tazminat talep eden işçilerin yargıya başvurmaları gerekmektedir. Bir kez yargıya başvuran işçinin daha sonra TİHEKK Uygulama Yönetmeliği m. 45/1-c uyarınca Kuruma başvurması mümkün bulunmamaktadır. Kısaca, TİHEKK'te yapılacak düzenlemelerin işçilerin diğer yasalar uyarınca açılacak davalarda yasal bir dayanak oluşturmak dışında, doğrudan TİHEK'e yapılacak başvurularla ilgili işlevinin oldukça sınırlı kalacağı söylenebilir.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımının İş Kanunu'nda yapılmasının sağlayabileceği temel yarar, bu yasada ayrımcılık yasağı ihlaline hâlihazırda bir götürü tazminat yaptırımının bağlanmış olmasıdır (m. 5). Ayrımcılıkla ilişkisi kurularak yasaya

⁵⁹⁸ Söz konusu tartışmalar için bkz. *Demir*, 2021, s. 104-111. Hükümden anlaşılması gereken işçinin ayrımcılık tazminatı talebiyle dava açması değildir; *Süzek*, 2021, s. 498. *Ünal*, 2018, s. 505-508. *Akyiğit*, 2022, s. 221.

⁵⁹⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG No. 30250, 14.11.2017.

⁶⁰⁰ *Ünal*, 2018, s. 507-508. İK m. 91/2'nin 6111 sayılı Kanun'la eklenen 2. fıkrası: "30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 10 uncu maddesine istinaden iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikayetleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüklerince incelenir."

⁶⁰¹ *Karan*, 2020, s. 97-98.

eklenecek cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımları, bu davranışlara maruz kalanların ayrımcılık tazminatı taleplerinin önünü açacaktır. Aslında ayrımcılık tazminatı taleplerinin hem teorik hem de TİHEKK'ten kaynaklanan yasal dayanağı hâlihazırda bulunmakla beraber, henüz bu yönde bir uygulama gelişmiş değildir. İK anlamında ayrımcılık temelleri bakımından sınırlı bir sayma yapılmamış olması da düzenlemenin İK'da yapılmasının bir diğer avantajı olarak görülebilir. Son olarak, İK'daki ayrımcılık tazminatı düzenlemesinin işe girişte gerçekleştirilen ayrımcılıklara uygulanabilir nitelikte olmadığı hatırlatılmalıdır.⁶⁰² Olması gereken hukuk açısından, ayrımcılık tazminatının işe giriş aşamasındaki ayrımcılığı⁶⁰³ ve dolayısıyla cinsel ve cinsiyetçi tacizi kapsar şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımlarının İş Kanunu'na eklenmesinin doğuracağı temel sakınca, bu düzenlemenin tüm işçileri kapsamamasıdır. Öte yandan bu sorun, İK'nın ilgili hükümlerinin, tabi oldukları yasaya bakılmaksızın tüm işçilere uygulanacağı yönünde bir düzenleme ile giderilebilir. Yasada hâlihazırda asgari ücret (m. 39) ve analık hâlinde çalışma ve süt izni (m. 74) hükümleri yönünden bu yönde düzenlemeler getirilmiştir. Cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımlarının İK'nın ayrımcılık yasağına ilişkin 5. maddesine eklenmesi; ayrımcılık yasağının işe giriş aşamasını kapsayacak şekilde yeniden kaleme alınması ve hükmün maddede yer alan götürü tazminat dahil olmak üzere tabi olduğu yasaya bakılmaksızın tüm işçiler bakımından uygulanacağı yönünde bir düzenleme getirilmesi, farklı yasalara tabi tüm işçilerin ayrımcılık, cinsel ve

⁶⁰² Süzek, 2021, s. 487. Narmanlıoğlu, 2012, s. 331. Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 214. Doğan Yenisey, 2006, s. 68. Süzek, 2008, s. 28. Yıldız, 2008, s. 198. Urhanoğlu Cengiz, 2009, s. 41. Tuncay, 2011, s. 767. Baysal, 2010, s. 75. Ertürk – Gürsel, 2011, s. 437-440. Yuvalı, 2012, s. 171.; Ugan Çatalkaya, 2019, s. 193-195. Erdoğan, 2022, s. 446. Aksi görüşte; Gülmez, 2010, s. 247-248. Ünal, 2018, s. 442. Demir, 2021, s. 429. Çankaya, 2021, s. 195-198.

⁶⁰³ Yıldız, 2008, s. 198. Yuvalı, 2012, s. 171. Erdoğan, 2022, s. 446.

cinsiyetçi tacize karşı eşit şekilde korunmasını sağlayacak olumlu bir adım olacaktır.⁶⁰⁴ Bu tür bir düzenleme, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun sendikal ayrımcılığa ilişkin 25. maddesinin tabi olduğu yasa fark etmeksizin tüm işçileri kapsamıyla paralellik taşıyacaktır. Sendikal ayrımcılığa karşı korumalar tüm işçiler bakımından aynı şekilde düzenlenirken, diğer ayrımcılık türlerine karşı korumanın sadece İK'ya tabi işçiler için düzenlemesi eşitlik ilkesine uygun değildir.⁶⁰⁵ İK'da yapılacak düzenlemelerle tüm işçiler bakımından ayrımcılığa karşı sağlanacak yeknesak korumanın kapsamının, bu düzenlemelerin aynı zamanda çırak ve stajyerlere kıyasen uygulanarak genişletilmesi sağlanabilir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun sadece işçiler bakımından değil, memurlar, serbest çalışanlar hatta eğitim, sağlık gibi alanlardaki ayrımcılıklar bakımından da yetkili olması sebebiyle Kuruma ilişkin yasadaki cinsel ve cinsiyetçi taciz yasağının çok daha geniş bir toplum kesimi açısından yarar sağlayabileceği düşünülebilirse de Kurumun yetkilerinin sınırlılığı ve bağımsızlığına dair kaygılar karşısında bu yarar sınırlı kalabilir. Kurumun yapısı ve işleyişine dair reformlar önermek bu çalışmanın kapsamını aştığı gibi bu tür reformların sağlanması İK'ya yukarıda açıklanan özellikleri içeren bir hükmün eklenmesinden daha fazla güçlük barındırmaktadır. Dolayısıyla cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımlarının yukarıda önerilen şekilde ayrımcılıkla ilişkisi kurularak tüm işçileri, hatta ve çırak ve stajyerleri kapsayacak şekilde İK'da yapılması isabetli olacaktır. İK'daki götürü ayrımcılık tazminatı düzenlemesi de dikkate alındığında bu düzenlemenin İK'da yapılması işçiler bakımından daha faydalı olabilir.

⁶⁰⁴ Öğretide İK'da yapılacak bir değişiklikle ayrımcılık yasağı ve yaptırımlara ilişkin düzenlemelerin kıyasen BİK, DİK ve TBK'ya tabi işçilere de uygulanmasının sağlanması gerektiği isabetli olarak ileri sürülmüştür; Yıldız, 2008, s. 351.

⁶⁰⁵ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 206.

Cinsiyet temelli tacizlerle mücadele için mevzuatta öngörülecek düzenlemelerin, eğer devam ediyorsa cinsel tacizin sona erdirilmesini sağlaması, işçinin uğradığı maddi ve manevi zarar için uygun tazminat sağlaması, potansiyel tacizciler için caydırıcı özellik gösterirken işvereni de önlem almaya teşvik etmesi gerekmektedir.⁶⁰⁶ Bu bağlamda, sadece cinsel ve cinsiyetçi tacizin mevzuatta ayrımcılık olarak nitelendirilmesi ve bu davranışlarla karşılaşan işçilerin ayrımcılık tazminatına hak kazanmasının sağlanması yeterli olmayıp, ayrımcılıkla ilgili yaptırımların da gözden geçirilerek, tazminatlara failer açısından caydırıcılık ve mağdur için de onarım sağlayacak nitelik kazandırılması uygun olacaktır. Ayrıca, cinsel veya cinsiyetçi tacize uğradıktan sonra, bu davranışları bildirmesi üzerine iş sözleşmesi feshedilen işçinin işe iadesi ile ilgili de sorunlar mevcuttur. Bu hususlarda, mevcut hukuk düzenlemelerine ve olması gereken hukuk açısından çözüm önerilerine tekrara düşmemek adına ileride cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin hakları ele alınırken yer verilecektir.

2. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına psikososyal riskler olarak dahil edilmesi

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi taciz aynı zamanda bir işçi sağlığı ve güvenliği sorunudur. CEDAW Komitesi, 19 sayılı Genel Tavsiye Kararı'nda cinsel tacizin bir sağlık ve güvenlik sorunu yaratabileceğini açıkça ifade etmiştir.⁶⁰⁷ ILO kadınları erkeklerden daha çok etkileyen psikososyal risk faktörlerinin risk analizine dahil edilmesi ve bu risklerin bertaraf edilmesine yönelik önlemler alınmasını tavsiye

⁶⁰⁶ *McCann*, 2005, s. 30.

⁶⁰⁷ CEDAW Committee General recommendation No. 19: Violence against women, 1992, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf. *Lempen*, 2019, s. 314.

etmektedir.⁶⁰⁸ 2019 yılında 190 sayılı Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi'nin kabul edilmesiyle ilk kez bağlayıcı bir sözleşmede iş ilişkisinde tacizin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı anlamında risk olarak değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Türkiye'nin taraf olmadığı bu sözleşmenin 9. maddesine göre: *“Her Üye, işverenlerin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve taciz de dahil olmak üzere, çalışma yaşamında şiddet ve tacizi önlemek için sahip oldukları kontrol ile orantılı olan uygun adımları atmasını ve, makul şekilde uygulanabilir olduğu ölçüde, özellikle; (a) İşçi ve temsilcilerine de danışarak, şiddet ve tacizle ilgili bir işyeri politikası benimsemeleri ve uygulamaları, (b) İş sağlığı ve güvenliği yönetiminde şiddet ve tacizi ve bunlarla ilişkili psikososyal riskleri dikkate almaları, (c) İşçi ve temsilcilerinin katılımıyla tehlikeleri belirlemeleri ve şiddet ve taciz risklerini değerlendirmeleri ve bunları önlemek ve kontrol etmek için önlemler almaları, ve (d) İşçilere ve ilgili diğer kişilere, bu maddenin (a) bendinde belirtilen politikaya ilişkin işçiler ve ilgili diğer kişilerin hak ve sorumlulukları da dahil, şiddet ve tacizle ilgili belirlenmiş tehlike ve riskler ve bunlarla ilişkili önleme ve koruma önlemleri hakkında, uygun görüldüğü şekilde erişilebilir biçimlerde, bilgi ve eğitim sağlamalarını gerektiren kanun ve düzenlemeleri kabul eder.”*⁶⁰⁹

ILO'nun Şiddet ve Tacize ilişkin 206 sayılı Tavsiye Kararı 199 sayılı Sözleşme'yi destekler ve açıklar niteliktedir. Kararın 8. maddesine göre, işyeri risk değerlendirmesi, psikososyal riskler dahil olmak üzere, şiddet ve taciz risklerini arttıran faktörleri dikkate almalıdır. Özellikle, uygun olduğu ölçüde çalışma koşullarından, iş organizasyonundan ve insan kaynakları yönetiminden kaynaklanan; müşteriler, hizmet sağlayıcıları,

⁶⁰⁸ ILO, 10 Keys for Gender Sensitive OHS Practice - Guidelines for Gender Mainstreaming in Occupational Safety and Health, 2013, s. 11.

⁶⁰⁹ Sözleşmenin gayriresmi Türkçe çevirisi için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms_719975.pdf.

kullanıcılar, hastalar, halktan kişiler gibi üçüncü kişileri içeren; ayrımcılık, güç ilişkilerinin istismarı, toplumsal cinsiyet ile şiddet ve tacizi destekleyen toplumsal normlardan kaynaklanan riskler dikkate alınmalıdır. Türkiye her ne kadar 190 sayılı ILO Sözleşmesi'ne taraf olmasa da Sözleşme ve ilgili Tavsiye Kararı'nda taciz ve risk değerlendirmesi arasında ilişki kuran hükümler yol göstericidir. Özellikle, risk değerlendirmesinde sadece işyerindeki koşullar ve işyerine dışarıdan gelen kişilerden kaynaklanan tehlikelerin değil; toplumsal cinsiyet normlarının ve tacizi destekleyen toplumsal kurallarının da dikkate alınmasının gerekmesi faydalı ve yeni bir yaklaşım içermektedir.

Türkiye'de cinsel ve cinsiyetçi tacizin bir işçi sağlığı ve iş güvenliği sorunu olarak ele alınması, sorunla çok yönlü bir mücadele için gerekli olduğu gibi pozitif hukukta da yasal dayanağa sahiptir. Cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi açıklanırken de ifade edildiği üzere, ülkemizde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda psikososyal risklere açıkça değinilmemekle birlikte, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'ne göre psikososyal tehlikelerin risk değerlendirmesinde dikkate alınması gerekir (m. 8/3-4).⁶¹⁰ Buna karşılık, ÇSGB'nin risk değerlendirme rehberlerinde tacize son derece sınırlı şekilde yer verilmiştir.⁶¹¹ İş sağlığı ve güvenliği mevzuatında cinsel ve cinsiyetçi tacizin de dahil olduğu psikososyal risklerle ilgili daha açık düzenlemelere ve ÇSGB'nin de bu konuda rehberlik sağlayacak kaynaklar üretmesine ihtiyaç vardır.

Psikososyal riskler, çalışma koşullarından ve zihinsel işleyişle etkileşme ihtimali bulunan organizasyonel ve ilişkisel çeşitli kaynaklardan doğabilen ve işçinin zihinsel, bütünlük ve sağlığını tehdit eden riskler olarak tanımlanabilir.⁶¹² Cinsel tacizin dışında,

⁶¹⁰ RG No. 28512, 29.12.2012.

⁶¹¹ Bkz. yukarıda §3-III.

⁶¹² Vallery – Leduc, 2017, s. 9. Serrand-Mitton, 2018, s. 11.

stres, psikolojik taciz, mesleki tükenmişlik, bağımlılık ve şiddet de psikososyal riskler arasında sıralanmaktadır.⁶¹³ Psikososyal risklerde, genellikle klasik iş sağlığı ve güvenliği risklerinden farklı olarak tek bir neden sonuç ilişkisi bulunmamakta ve stres gibi zaman içerisinde etki eden risklerin hangi aşamada çalışanların sağlığını etkileyeceğinin belirlenememektedir.⁶¹⁴ Ayrıca bu riskler, sübjektif nitelikleri nedeniyle de klasik iş sağlığı ve güvenliği risklerinden ayrılır.⁶¹⁵ Psikososyal riskin yasal tanımının bulunmaması, bu kavramların hukuk alanında kavranmasını da güçleştirir.⁶¹⁶

Fransız hukukunda, İş Kodu'nun iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerinde psikososyal riskler tanımlanmamakla birlikte bu risklerin önlenmesine yönelik düzenlemeler mevcuttur.⁶¹⁷ Örneğin Fransız İş Kodu'nun L4121-1 maddesinde işverenin işçilerin fiziksel ve zihinsel sağlığını korumak üzere önlem alması gerektiği düzenlenirken, risklerden korunma ilkelerinin yer aldığı L4121-2 maddesinin 7. bendinde psikososyal risklerin önlenmesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre işveren, tutarlı bir bütün içinde, teknik, iş organizasyonu, çalışma koşulları, sosyal ilişkiler ve çevre faktörlerinin etkisini, özellikle tanımlandığı gibi psikolojik taciz ve cinsel tacizle bağlantılı riskler ile cinsiyetçi davranışlarla ilgili riskleri entegre ederek önlemleri planlamalıdır.⁶¹⁸ Benzer bir düzenlemenin İSGK'ya eklenmesi, cinsel ve cinsiyetçi taciz dahil olmak üzere, mevzuatın psikososyal riskleri doğrudan düzenlemesi için faydalı bir adım olacaktır.

⁶¹³ Kandemir, 2017, s. 26. Serrand-Mitton, 2018, s. 5-6.

⁶¹⁴ Vallery – Leduc, 2017, s. 44.

⁶¹⁵ Lerouge, 2014, s. 5.

⁶¹⁶ Serrand-Mitton, 2018, s. 47.

⁶¹⁷ Vallery – Leduc, 2017, s. 23.

⁶¹⁸ Fransız hukukunda işyeri stresi önemli bir psikososyal risk faktörü olarak ele alınmaktadır. Stres kaynaklı intiharlarda işverenin sorumluluğu doğabilmektedir. Örneğin, Renault kararında işveren stresli çalışma koşulları yarattığı için işçinin intiharından sorumlu tutulmuştur, Cour. Cass. Chambre civile 2, 19.9.2013, 12-22.156, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027982002>, Erişim Tarihi: 26.2.2023. Özdemir, 2014, s. 16-17.

Psikososyal risklerin salt yasada anılması yeterli olmayıp, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının her yönüyle bu riskleri dikkate alacak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gerekecektir. Örneğin iş sağlığı ve güvenliği kurullarının görevlerinin ve yapısının söz konusu riskleri önlemeye elverişli şekilde düzenlenmesi uygun olur. Fransız hukukunda 2017 yılında yapılan bir değişiklikle geçmişteki hijyen, güvenlik ve çalışma koşulları komitelerinin yerini alan ekonomik ve sosyal komitelerin mobbing, cinsel taciz ve cinsiyetçi uygulamaları önlemeye yönelik olarak, gerekli olduğu her türlü girişimi teşvik etme ve özellikle öneri getirme hakkı açıkça düzenlenmiştir; işverenin bu önerileri reddetmesi hâlinde, gerekçesini göstermesi gerekir (L2312-9).

İş sağlığı ve güvenliği alanında kadınların temsiline ve katılımının sağlanması, kadınları çok daha fazla etkileyen psikososyal riskler olan cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadelede fayda sağlamanın yanında, hem toplumsal cinsiyet rollerinden dolayı kadın ve erkekler bakımından farklı sıklıklarda ve şekillerde ortaya çıkabilen diğer psikososyal risklere karşı tüm işçiler bakımından gerekli korumanın sağlanması hem de kadın ve erkeklerin biyolojik ve özellikle anatomik yapılarındaki farklılıklar sebebiyle ortaya çıkan farklı iş sağlığı ve güvenliği ihtiyaçlarının karşılanabilmesi yönünden gereklidir.⁶¹⁹ Fransız hukukunda, ekonomik ve sosyal komitelerde kadın ve erkeklerin işyerindeki oranlarına uygun temsili yasayla zorunlu kılınmıştır; buna göre komite için aday listelerinde kadın ve erkeklerin seçmen listesindeki oranlara uygun sayıda olması ve yukarıdan aşağı arka arkaya farklı cinsiyetten kişiler gelecek şekilde sıralanması zorunludur (L2314-30). Hukukumuzda İSG kurullarının üyeleri seçim yoluyla göreve gelmemektedir; nihai olarak İSG kurullarının daha demokratik bir yapıya

⁶¹⁹ Biyolojik etmenler ve toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklanan nedenlerle kadın ve erkeklerin maruz kaldığı iş sağlığı ve güvenliği risklerinin farklılaşması konusunda bkz. *Belin – Zamparutti – Tul – Hernandez – Graveling*, 2011, s. 35-37. *Gervais ve diğerleri*, 2014, s. 13-14. *Cruz Rios – Chong – Grau*, 2017, s. 54. *Erdoğan*, 2022, s. 481-482.

kavuşturulması ve seçim usulünde benzer bir düzenlemenin getirilmesi yararlı olabilir; ancak mevcut mevzuat çerçevesinde İSGK’da yapılacak bir düzenlemeyle işverenin kurulu oluştururken cinsiyet eşitliğini gözetmesi zorunlu kılınabilir.⁶²⁰ İSGK uyarınca görev yapan çalışan temsilcilerinin belirlenmesi bakımından da cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmalıdır. Mevcut yasal düzenleme uyarınca, *“işveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla”* yasada belirtilen sayıda çalışan temsilcisi belirlemektedir (İSGK m. 20/1). *“İşyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcileri çalışan temsilcisi olarak da görev yapar”* (İSGK m. 20/5). İSGK m. 2/1’de işyerindeki çalışanların cinsiyetlerine uygun oranla temsilini sağlayacak şekilde belirleneceği ifade edilmeli ve buna paralel şekilde STİSK m. 27’de yapılacak bir değişiklik ile de sendika temsillerinin atanmasında işyerinde çalışanların cinsiyetlerine uygun oranda temsilcinin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme yapılmalıdır.

Psikososyal risklerin işveren tarafından gereğince önlenmemesinin, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkının doğmasına da sebebiyet verebileceğine işaret edilmelidir; bu konuya ileride cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin hakları açıklanırken ayrıntılı olarak yer verilecektir.

⁶²⁰ Erdoğan, 2022, s. 486.

II. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadeleye ilişkin politika ve mekanizmalar oluşturma ödevi

1. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadeleye ilgili genel politika ve mekanizmalar oluşturma

Devletin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele etmek üzere, genel bir politika benimsemesi ve bu politikayı hayata geçirmeye yönelik yasal düzenlemeleri yapması ve gerekli mekanizmaları oluşturmaları gerekmektedir. Bu kısımda, öncelikle cinsel ve cinsiyetçi tacizle sorunun ortadan kaldırılması için istihdamda cinsiyet eşitliğine ve iş ilişkisinde demokrasinin sağlanmasının önemine kısaca değinilecek; ardından uluslararası belgelerden yola çıkılarak devletin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele ile ilgili geliştirmesi gereken genel politikanın unsurlarına ve mağdurlara destek sağlamaya yönelik mekanizmalara yer verilecektir. İşverenin işyerinde cinsiyet temelli tacizin önlenmesine ilişkin geliştirmesi gereken politikalar ve bunların özellikleri ile taciz gerçekleştikten sonra mağdurun hakları ve ispat konusu, olan ve olması gereken hukuk açısından aşağıda ele alınacaktır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz sorunu, toplumdaki cinsiyet eşitsizliği ve istihdamda buna bağlı olarak ortaya çıkan yatay ve dikey ayrışmadan bağımsız olarak düşünülemez. Dolayısıyla, cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadelenin genel olarak toplumda ve istihdamda cinsiyet eşitliğini sağlayamaya yönelik politika ve çabalarla birlikte yürütülmesi gerekmektedir. Bu tür genel politikalara dair öneriler getirmek bu çalışmanın sınırlarını aşacak olmakla beraber, özellikle CEDAW'ın gerçek anlamda hayata geçirilmesi için CEDAW Komitesinin Türkiye ile ilgili periyodik raporlarında işaret ettiği düzenlemelerin yapılması önemli bir adım olacaktır. Ayrıca İstanbul Sözleşmesi'ne yeniden taraf olunması ve Sözleşme'nin içeriğinin GREVIO denetimi doğrultusunda hayata geçirilmesi, kadına yönelik şiddetle mücadele için gerekli olduğu

gibi, devletin kadın-erkek eşitliği ilkesine bağlılığının yeniden ortaya konması anlamına gelecektir.

İstihdam alanında cinsiyet eşitliğini sağlanması, ancak bu alanda cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmayı ortadan kaldırılması ile gerçekten mümkün olabilir. Her türlü işte ve özellikle yönetici pozisyonlarda kadın ve erkeklerin eşit sayıda bulunmasının sağlanması hedeflenmelidir. Bu amaçla, işe girişte cinsiyet temelli ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve geleneksel olarak kadın veya erkek ağırlıklı işlerin bütünleştirilmesi gerekir.⁶²¹ CEDAW Komitesinin 2016 yılındaki periyodik raporunda işaret edildiği üzere, Türkiye’de kadın istihdam oranı düşüktür; işsizlik oranı kadınlarda erkeklerden daha yüksektir; kadın ve erkekler arasında ücret eşitsizliği vardır ve önemli sayıda kadın, güvencesiz şekilde kayıt dışı istihdam edilmektedir.⁶²² ILO Uzmanlar Komitesi de 111 sayılı Sözleşme’ye ilişkin 2020 yılındaki denetiminde, kadınların iş gücüne katılımının artırılması için yeterli eğitim ve mesleki eğitime erişimlerinin desteklenmesi gerektiğini hatırlatmış ve CEDAW Komitesinin 2016 yılındaki denetimine atıfta bulunarak, Türkiye’de kadınların istihdama katılımındaki artışın çok yavaş ilerlediğini belirtmiş ve hükümetin bu alandaki çabalarını artırmasını, kadınların eğitime ve mesleki eğitime, üst düzey pozisyonlar dahil olmak üzere, kayıtlı ve ücretli işlere erişimlerinin desteklenmesini, toplumda kadınların tam zamanlı işlerde çalışmalarıyla ilgili ön yargılarla mücadele etmesini, hem kadın hem de erkeklerin iş ve aile yaşamlarını uyumlu hâle getirebilmeleri için çocuk bakım ve aile ile ilgili hizmetlerin geliştirilmesini talep etmiştir.⁶²³

⁶²¹ *Schultz*, 2018a, s. 25.

⁶²² CEDAW Committee Concluding observations on the seventh periodic report of Turkey, 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/233/44/PDF/N1623344.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 15.8.2022.

⁶²³ Observation CEACR - adopted 2020, published 109th ILC session 2021 Discrimination Employment and Occupation Convention - Türkiye,

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi taciz, iş ilişkisinin hiyerarşik yapısından bağımsız değerlendirilemez.⁶²⁴ Demokrasi “fabrika” kapılarının dışında bırakılamaz; işçinin işyerinde hiçbir söz hakkı bulunmazken, kamusal alanda özgür bir vatandaş olması mümkün değildir. İşyerinde yönetime katılım, aynı zamanda işçinin onurunun korunmasının gereğidir.⁶²⁵ İşverenin işçiler üzerindeki otoritesinin sınırlandırılması ve iş ilişkisinin daha demokratik bir yapıya kavuşturularak sosyal diyalogun sağlanması hem işçinin kişiliğinin korunması hem de adil çalışma koşullarının sağlanması için önem arz eder. Bir başka ifadeyle sosyal diyalog, işçinin diğer hakların korunması ve geliştirilmesini sağlayan bir güvence niteliği taşır.⁶²⁶ Sosyal diyalog, sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmeleriyle ya da işçilerin yönetime katılmalarına yönelik mekanizmaların kabulü yoluyla sağlanabilir. Türkiye’de sendikalaşma düşük yoğunluktadır (%14,32); toplu iş sözleşmelerinin kapsamındaki işçilerin sayısı sendikalı işçilerin sayısının yaklaşık üçte ikisidir (%9,5).⁶²⁷ Sosyal diyalogun bir diğer yöntemi olan yönetime katılma, işçilerin sadece işletmesel kararlar hakkında bilgi edinme hakkından, işçi temsilciliğinin işletmesel kararlarla ilgili onayının alınmasına varan bir yelpazedeki farklı düzeylerde gerçekleşebilir.⁶²⁸ Türkiye’de mevzuatta işçi

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4061413,102893, Erişim Tarihi: 15.8.2022.

⁶²⁴ Schultz’un bu yöndeki görüşleri için bkz. yukarıda §3-I-2-b.

⁶²⁵ Hyman, 2016, s. 13-14.

⁶²⁶ Sur, 2021, s. 26.

⁶²⁷ ÇSGB Ocak 2022 istatistiklerine göre sendikalaşma oranı %14,32, toplu sözleşmesi kapsamındaki işçilerin oranı %9,5’tir, <https://arastirma.disk.org.tr/?p=8614>, Erişim Tarihi: 15.8.2022. Anayasa’da sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı garanti altına alındığı halde, yasalarda bu hakların kullanılmasını kısıtlayan düzenlemeler mevcuttur. Yasada sadece işkolu sendikacılığına izin verilmesi, toplu iş sözleşmesi yetkisi alınabilmesi için aranan ikili baraj, STİSK ek m. 2’de yer alan çerçeve anlaşma protokolü düzenlemesi, grev hakkını kısıtlayıcı yasal düzenlemeler, söz konusu hakların hayata geçmesinin önündeki engellerin kısa bir özetidir. Caniklioğlu, 2013, s. 313-314. Baycık, 2014, s. 216-217. Baştzeri, 2016, s. 18, 141-142. Çelik A., 2017, s. 170, 182, 188-189. Uçkan Hekimler, 2019, s. 911-912. Erdoğan, 2021, s. 770-772.

⁶²⁸ İşletmesel kararların alınmasında bilgi edinme hakkında işçilerin kararın içeriğine müdahaleleri mümkün değildir; danışılma hakkında, işçilerin görüşlerinin alınmasını zorunlu olmakla beraber

temsilciliği kurumuna yer verilmemiş, yönetime katılma mekanizmaları genel olarak düzenlenmemiştir; işçilerin yönetime sınırlı olarak katılabildiği alanlar iş sağlığı ve güvenliği kurulları ve yıllık ücretli izin kurullarından ibarettir. İşyeri sendika temsilciliği kurumu mevzuatta düzenlenmekle birlikte, sendika temsilcileri yalnızca toplu iş sözleşme yetkisinin bulunduğu işyerlerinde görev yapar ve yetkileri de oldukça sınırlıdır. Dolayısıyla Türkiye’deki çalışma ilişkilerinde bir demokrasi eksikliğinden söz etmek mümkündür.⁶²⁹ Mevzuatta işyerinde yönetime katılımı sağlayacak değişikliklerin yapılması gereklidir; bu aynı zamanda Türkiye’nin taraf olduğu Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile üstlenmiş olduğu bir yükümlülüktür.⁶³⁰ Öte yandan bu değişikliklerin işçilerin bu yönde talep ve mücadelesi olmadan gerçekleşmesinin mümkün olmadığına ve günümüzde demokratik yapının sağlanmasının sermaye yapısının çokuluslu hâle gelerek değişmesinden de kaynaklanan yeni güçlüklerle karşı karşıya olduğuna işaret edilmelidir.⁶³¹

görüşlerin bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Dinlenilme hakkı, işçi temsilcilerin görüşlerinin alınmamasının kararın geçersizliğine yol açmasını ifade eder. Gerçek anlamda yönetime katılma hakkında, işveren işletmesel kararı uygulamadan önce işçi temsilciliğinin onayını almak zorundadır veya işçi temsilciliğinin alınan kararı veto etme hakkı vardır. Bu son tür yönetime katılma dünyada da sınırlı olarak hayata geçmektedir *Engin*, 2012, s. 9-10.

⁶²⁹ *Süzek*, 2021, s. 55. *Sur*, 2021, s. 50. *Yıldız*, 2021b s. 62. *Erdoğan*, 2021, s. 773.

⁶³⁰ GGASŞ m. 22’ye göre: “*Akit Taraflar, çalışanların işletmede çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, ulusal mevzuat ve uygulama uyarınca çalışanların ya da temsilcilerinin; a- çalışma koşullarının, işin örgütlenmesinin ve çalışma ortamının düzenlenmesi ve iyileştirilmesine; b- işletmede sağlığın ve güvenliğin korunmasına; c- işletmede sosyal ve sosyo-kültürel hizmetlerin ve olanakların örgütlenmesine; d- bu konulardaki düzenlemelere ilişkin uyumun denetimine katılma olanağı veren önlemler almayı ya da bunları özendirmeyi; taahhüt ederler.*” Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Türkiye hakkındaki 2014 ve 2016 yılındaki denetimlerinde, ülkedeki durumun 22. maddeye uygun olmadığını tespit etmiştir; Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Conclusions 2014 - Turkey - Article 22, <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2014/def/TUR/22/EN>. Conclusions 2016 - Turkey - Article 22, <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/TUR/22/EN>., Erişim Tarihi: 15.10.2022.

⁶³¹ *Hyman*, 2016, s. 13, 18-20. Ekonominin globalleşmesi ve çok uluslu şirketlerin güç kazanması sebebiyle geleneksel yöntemlerin yetersiz kalması ve geliştirilen yeni yöntemler konusunda bkz. *Sur*, 2021, s. 30-41. Mevzuatta düzenlenmemekle beraber, Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı şirketlerin işyerlerinde uygulamada, işçi temsilciliğinin hayata geçtiği örnekler ve bunların hukuki niteliği konusunda bkz. *Yıldız*, 2021b, s. 63-70.

Devletin, 190 sayılı Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi'ni onaylayarak taraf olması ve uygulaması cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadelede önemli bir adım olacaktır. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmasa da sözleşme ve onu açıklayan 206 sayılı Tavsiye Kararı, genel politika önlemleri bakımından yol göstericidir. Ayrıca, CEDAW Komitesinin denetimlerinde vardığı sonuçlar da dikkate alınmalıdır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz sorununun boyutlarının ve mücadelenin sonuç verip vermediğinin anlaşılabilmesi için bu konuda istatistiklerin tutulması ve yayımlanması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türkiye'de bu konuda resmi istatistikler bulunmamakta; ancak akademik çalışmalardan bilgi edinilebilmektedir. ILO'nun 206 sayılı Tavsiye Kararı'na göre istatistiklerin, cinsiyete, taciz türüne, sektöre ve 190 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen kırılgan gruplara göre ayrıştırılması gerekir (m. 22). Benzer şekilde, CEDAW Komitesi cinsel tacizle ilgili istatistikler tutulmasını gerekli görmektedir.⁶³² İstanbul Sözleşmesi'nin izleme mekanizması olan GREVIO da Türkiye ile ilgili denetiminde, cinsel tacizle ilgili veri yokluğuna işaret etmiş yetkilileri işyerinde cinsel taciz mağduru kadınların sayısı, mağdurlar tarafından yapılan şikâyetler ve bu şikâyetlerin sonuçları ile ilgili veri toplamaya davet etmiştir.⁶³³

Cinsel ve cinsiyetçi taciz mağdurlarına destek sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesi bakımından ILO'nun 206 sayılı Tavsiye Kararı'nın 17. maddesinde sayılan kurum ve mekanizmaların kurulması uygun olacaktır. Buna göre, cinsiyet temelli taciz ve şiddete maruz kalan mağdurların, emek piyasasına yeniden girişleri için destek sağlanmalı, erişilebilir danışma ve bilgi hizmetleri sunulmalı, 24 saat faaliyet

⁶³² Lempen, 2019, s. 306.

⁶³³ GREVIO, Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of Istanbul Convention – Turkey, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>, Erişim Tarihi: 7.3.2020, para. 132-133.

gösteren telefon hatları kurulmalı, acil durum hizmetleri sağlanmalı, tıbbi bakım ve psikolojik destek sağlanmalı, sığınmaevlerinin de dahil olduğu kriz merkezleri kurulmalı ve mağdurlara destek sağlayacak uzmanlaşmış polis birimleri kurulmalı veya polis memurları özel olarak eğitilmelidir. ILO Tavsiye Kararı'nda sayılan destek mekanizmaları, İstanbul Sözleşmesi'nde yer alan mekanizmalarla paralellik göstermektedir.

Acil durum hizmetleri, tıbbi bakım ve sığınmaevlerine erişim, ilk bakışta iş ilişkisinde cinsiyet temelli taciz olaylarına yabancı sayılabilecek hizmetler olarak görülebilirse de mağdurun işverenin konutunda ikamet eden bir ev işçisi olması durumunda veya cinsel saldırı hâllerinde bu hizmetlerin varlığı işçi için büyük önem arz edecektir. Her ne kadar Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'den çekilmişse de GREVIO'nun Türkiye hakkında 2018 yılında yaptığı denetim, bu mekanizmalardaki sorunları ortaya koymaktadır. Türkiye'de kadın sığınmaevlerinin sayısı yetersizdir; sığınmaevlerine erişime ilişkin prosedür bazı güçlükler barındırmakta ve sığınmaevine erişimi geciktirebilmektedir.⁶³⁴ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı Alo 183 Sosyal Destek Hattı, Türkçe, Kürtçe ve Arapça dillerinde hizmet vermektedir; ancak genel bir sosyal destek hattı niteliğindedir; GREVIO, İstanbul Sözleşmesi'nde özel eğitilmiş personelin çalıştığı, İstanbul Sözleşmesi'nde yer alan tüm şiddet türlerine özgü ve ilgili olabilecek dillerde daha özel telefon hatları kurulması çağrısında bulunmuştur.⁶³⁵ ÇSGB'ye bağlı Alo 170 Çalışma Hayatı İletişim Merkezi, Türkçe, Almanca, Arapça ve İngilizce hizmet sunmaktadır.

⁶³⁴ GREVIO, Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of Istanbul Convention – Turkey, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>, Erişim Tarihi: 7.3.2020, para. 169-176.

⁶³⁵ GREVIO, Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of Istanbul Convention – Turkey, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>, Erişim Tarihi: 7.3.2020, para. 181-183.

İş teftişlerinde cinsel ve cinsiyetçi taciz sorunlarının dikkate alınması gerekmektedir. CEDAW Komitesine göre, devletler cinsel tacizle ilgili kurallara uygunluğu sağlamak üzere düzenli teftişler yapmalı; iş teftişini ve eşitlikle ilgili kurumları, iş ilişkisinde cinsel taciz şikâyetlerinde re'sen soruşturma yapmaya yetkilendirmelidir.⁶³⁶ ILO'nun 206 sayılı Tavsiye Kararı'na göre de iş müfettişleri ve diğer yetkili kurumların çalışanları, çalışma dünyasında psikososyal riskler, toplumsal cinsiyet temelli şiddet ve taciz dahil olmak üzere, taciz ve şiddet ile belirli gruplardaki işçilere yönelen ayrımcılığı tanımak ve ele almak üzere toplumsal cinsiyete duyarlı eğitimden geçmelidir. İş teftişinden, iş sağlığı ve güvenliğinden, eşitlik ve ayrımcılık yasağından sorumlu kurumların yetkileri, çalışma dünyasında şiddet ve tacizi kapsamalıdır (m. 20-21).

İş teftişi, ülkemizde olduğu gibi diğer ülkelerde de genel olarak, iş sağlığı ve güvenliği teftişi ve diğer çalışma koşulları teftişi olarak ayrılmaktadır.⁶³⁷ Cinsel ve cinsiyetçi tacizin aralarında bulunduğu psikososyal risklerin hangi tür teftişe dahil edileceği sorulabilir. Kanımca, her iki tür teftişte de konunun farklı yönleri değerlendirilmelidir. İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili teftişte bu risklerin, risk değerlendirmesine dahil edilip edilmediği denetlenmelidir. İş müfettişleri teftişte, işçi, işçi temsilcileri (hukukumuzda işyeri sendika temsilcisi veya İSGK uyarınca belirlenen çalışan temsilcisi) ve işveren ile psikososyal risklerle ilgili görüşmeli ve bu konuda gözlemlerde bulunmalıdır.⁶³⁸ AB'de Kıdemli İş Müfettişleri Komitesi ("*Senior Labour Inspectors' Committee*"), psikososyal risklerle ilgili olarak önlemeyi esas alan bir yaklaşım benimsemekte ve bu hususta rehberlik etmektedir.⁶³⁹ Kıdemli İş Müfettişleri

⁶³⁶ Lempen, 2019, s. 307.

⁶³⁷ Velazquez, 2014, s. 25.

⁶³⁸ Velazquez, 2014, s. 41.

⁶³⁹ Velazquez, 2014, s. 29.

Komitesi'nin psikososyal risklerin önlenmesine yönelik risk değerlendirmesi ve risk yönetimi önlemlerinin kalitesini ölçmeye ilişkin rehberi, Türkiye açısından da örnek teşkil edebilir. Öte yandan bu rehberde, yukarıda cinsel taciz hukukunun Avrupa'daki gelişimi aktarılırken de işaret edilen cinsel tacizin, mobbing ve genel olarak tacizle karışması sorunu mevcuttur. Rehberin cinsiyete duyarlı bir şekilde gözden geçirilerek uygulanması uygun olur.⁶⁴⁰ Genel iş teftişi ise, cinsel ve cinsiyetçi taciz gerçekleştikten sonraki şikâyetler üzerine denetim yapmaya odaklanabilir.

Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele bakımından devletin üzerine düşen diğer görev, toplumun çeşitli kesimlerini eğitmek ve bu kişilerde farkındalık yaratmaktır. CEDAW Komitesine göre yargı mensupları toplumsal cinsiyete dair kalıp yargılar konusunda duyarlı hâle getirilmelidir.⁶⁴¹ 206 sayılı ILO Tavsiye Kararı'na göre devlet, hâkim ve savcılar, iş müfettişleri polis, memurları ve ilgili diğer kamu görevlilerini çalışma hayatında taciz ve şiddetle ilgili görevlerini yerine getirirken toplumsal cinsiyete duyarlı rehberler ve eğitimler aracılığıyla desteklemelidir (m. 23/b). İstanbul Sözleşmesi'nde sözleşme kapsamında yer alan suçlarla ilgilenen meslek mensuplarının, şiddetin tespiti ve önlenmesi, kadın erkek eşitliği, mağdurların ihtiyaçları ve ikincil travmalardan korunmaları hakkında eğitime tabi tutulması gerektiği düzenlenmiştir (m. 15). GREVIO, Türkiye ile ilgili raporunda bu eğitimlerin içeriğinin cinsiyet eşitliği ilkesine dayanması ve eğitimlerin sürekliliğinin sağlanmasının gerektiğini hatırlatmış ve

⁶⁴⁰ Senior Labour Inspectors' Committee Working Group: New and Emerging Risks EMEX: Guide For Assessing The Quality of Risk Assessments and Risk Management Measures with Regard to Prevention of Psychosocial Risks, 2018. Rehberde cinsel taciz değil genel olarak taciz tanımlanmakta s. 5, psikososyal risklerin önlenmesine yönelik önlemlerde ise taciz ve zorbalık başlığında sadece zorbalıkla ilgili bilgiler verilmektedir s. 13.

⁶⁴¹ Lempen, 2019, s. 307.

yetkilileri eğitimlerin içeriğinin belirlenme ve uygulanma sürecine kadın sivil toplum örgütlerinin uzmanlığını dahil etmeye davet etmiştir.⁶⁴²

Devlet aynı zamanda, cinsel ve cinsiyetçi tacizin de aralarında bulunduğu tacizler ve şiddetle mücadele konusunda, işverenler ve çalışanlar ve bunların örgütlerini, eğitim programları ve rehberler aracılığıyla desteklemeli; taciz ve şiddetle ilgili uygulama rehberleri ve risk değerlendirme araçları geliştirmelidir (206 sayılı ILO Tavsiye Kararı m. 23/b-c).

206 sayılı ILO Tavsiye Kararı'na göre, göçmen işçilerin dilleri de dahil olmak üzere, ülkede konuşulan çeşitli dillerde cinsiyete dayalı şiddet ve taciz başta olmak üzere şiddet ve tacizin kabul edilemez olduğunu aktaran, ayrımcı tutumları ele alan, mağdurların, şikâyetçilerin, tanıkların ve ifşacıların ("*whistle-blower*") damgalanmalarını engellemeye yönelik bilgilendirme kampanyaları yürütmelidir (m. 23/d). İstanbul Sözleşmesi'nin 13. maddesinde de benzer şekilde üye devletlerin insan hakları ve eşitlik kurumları ile sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği hâlinde, Sözleşme'de düzenlenen şiddet türleri ve bunların önlenmesi ihtiyacına ilişkin farkındalık yaratma kampanyalarını düzenleyeceği veya destekleyeceği düzenlenmiştir. Çalışma hayatı özelinde, şiddet ve tacizden arınmış, sağlıklı, güvenli ve uyumlu işyerlerini teşvik etmeye yönelik kampanyalar yürütülmelidir (206 sayılı ILO Tavsiye Kararı m. 23/g).

Eğitim programlarının toplumsal cinsiyete duyarlı olarak düzenlenmesi devletin üzerine düşen bir diğer görevdir. 206 sayılı ILO Tavsiye Kararı'na göre, her düzeyde eğitim ve mesleki eğitimde cinsiyete dayalı taciz ve şiddet başta olmak üzere şiddet ve tacizle ilgili toplumsal cinsiyete duyarlı müfredat ve eğitim materyalleri geliştirilmelidir

⁶⁴² GREVIO, Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of Istanbul Convention – Turkey, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>, Erişim Tarihi: 7.3.2020, para. 120.

(m. 23/e). İstanbul Sözleşmesi'nin buna paralel 14. maddesine göre taraf devletler her seviyedeki resmi müfredata eğitim materyallerine kadın erkek eşitliğini, kalıp yargılara dayanmayan cinsiyet rollerini, karşılıklı saygıyı, kişiler arası ilişkilerde çatışmacı olmayan uzlaşmazlık çözüm yollarını, kadına yönelik şiddeti ve kişi bütünlüğü hakkını dahil edecek; ayrıca söz konusu eğitimin ilkelerinin resmi olmayan eğitim kurumları, spor, kültür ve boş zaman faaliyetleri ile medya alanında yaygınlaştırılması için çabalayacaktır. GREVIO, Türkiye ile ilgili denetiminde, pek çok ders kitabının kadın ve erkekleri patriyarkal ve eşitsiz toplumsal cinsiyet rollerine hazırlama zihniyetiyle yazıldığını tespit etmiş ve eğitim materyallerinin kadın ve erkeklere dair kalıp yargılardan arındırılması yönünde çabaların sürdürülmesini teşvik etmiştir.⁶⁴³

2. Cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele politikası çerçevesinde kesişimsellik

Kişinin uğradığı cinsel veya cinsiyetçi tacizin, cinsiyetin yanında başka ayrımcılık temellerine dayanabileceği, ayrıca tacizin iki farklı baskı sisteminin bir ürünü olarak (kesişimsel ayrımcılık) ortaya çıkabileceği ve bu durumun mağdur lehine hükmedilecek tazminatların tespitinde dikkate alınmasının gerekli olduğuna yukarıda değinilmişti.⁶⁴⁴ Bu kısımda kesişimsellik teorisine daha ayrıntılı olarak yer verilecek ve ardından devletin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele politikalarının oluşturulmasında bu teoriden yararlanılmasının gerekliliği üzerinde durulacaktır.

ABD'de kaynağını 1980'lerde feminist teorinin siyah kadınları dışlayıcı olduğu eleştirisinden yola çıkan feminist kesişimsel yazın, kasıtlı olmayan düşünce alışkanlıkları ve bilinçsiz uygulamaların feminizm içinde beyaz egemenliğine neden

⁶⁴³ GREVIO, Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of Istanbul Convention – Turkey, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>, Erişim Tarihi: 7.3.2020, para. 107-111.

⁶⁴⁴ Bkz. yukarıda §4-IV-1.

olduğunu ve siyah kadınları marjinalleştirdiğini ileri sürmüştür. Örneğin hem feminizm içerisinde hem de genel hukuk dilinde mevcut bir alışkanlıkla “kadınlar ve azınlıklardan” söz edilir. Dildeki bu kullanım kadınların beyaz, azınlıkların siyah olduğu imasını içerir ve siyah kadınların durumunu gözden uzak tutar.⁶⁴⁵ Bu görüşleri hukuk alanına taşıyan *Kimberlé Crenshaw*, siyah kadınların beyaz kadınlar ve siyah erkeklerin yaşadıklarıyla hem benzer hem de farklı şekillerde ayrımcılığa uğrayabildiklerini ifade etmiştir. Siyah kadınların deneyimi bazen beyaz kadınlarınkine bazen de siyah erkeklerinkine benzemektedir. Siyah kadınlar genellikle çifte ayrımcılığa maruz kalmakta ve bu ayrımcılık ırk ve cinsiyet ayrımcılığının bileşik etkilerini içermektedir. Siyah kadınlar “siyah kadın” olarak ayrımcılığa uğramaktadır ve bu cinsiyet ve ırk ayrımcılığının toplamına eşit değildir.⁶⁴⁶ Bir grubun içindeki en ayrıcalıklı kesimin deneyimine odaklanmak, grubun içindeki farklı temellerde ayrımcılıklarla karşılaşan, dezavantajlı konumdaki kesimleri dışlar ve bu kişilerin karşılaştığı birbirinden ayrıştırılamayan ayrımcılıklarla ilgili talepleri gölgeler.⁶⁴⁷

Siyah kadınların uğradığı çift yönlü ayrımcılığı açıklayarak yola çıkan kesişimsellik teorisi, kısaca kişilerin birden fazla ve kesişen kimlikleri temelinde ayrımcılığa uğrayabileceklerini ifade etmektedir.⁶⁴⁸ Ayrımcılığı tek temelde ele almak, kişilerin birden çok kimliğinin bulunduğunu göz ardı eder; ayrıca grupların kendi içinde homojen olduğu yönünde hatalı bir varsayımı içerir. Ayrımcılığı tek bir kimliğe dayanır şekilde incelemek aynı zamanda güç/iktidar yapılarının ilişkileri şekillendirdiği gerçeğini göz ardı eder. Örneğin beyaz bir kadın, ten rengi itibarıyla egemen

⁶⁴⁵ *Chamallas*, 2013, s. 96.

⁶⁴⁶ *Crenshaw*, 1989, s. 149. ABD hukukunda Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığı uyarınca ayrımcılık iddiası ya cinsiyet ya da ırk ayrımcılığına dayanılarak ileri sürülebilmekte ve her iki ayrımcılık temeline dayanmaya izin vermemektedir. *Chamallas*, 2013, s. 97.

⁶⁴⁷ *Crenshaw*, 1989, s. 140.

⁶⁴⁸ *Campbell*, 2015, s. 480.

konumdayken cinsiyeti itibariyle egemen konumda değildir.⁶⁴⁹ Kesişimsel analiz, birincil olarak kimliklerle ve kategorilerle ilgilenmez; esasen politik ve siyasi eşitsizliklere vurgu yapar.⁶⁵⁰ İlişkisel anlamda ayrımcılık, bir grup veya kişisel özelliğe değil, güce/iktidara odaklanır ve ancak kişinin toplumdaki konumunun belirlenmesi ile tanımlanabilir ve ayrımcılık ancak bu yolla ortadan kaldırılabilir.⁶⁵¹ Kesişimsellik teorisi, maddi eşitliğin sağlanması bakımından önem arz eder. Sosyo-ekonomik dezavantaj yaratan, önyargı veya şiddet içeren, kişileri dışlayan veya marjinalize eden, uyum sağlanması gereken güç/iktidar ilişkilerinin analiz edilerek ortaya çıkardıkları dezavantaj ve önyargıların ortadan kaldırılabilmesi için bu teoriden yararlanılması fayda sağlayabilir.⁶⁵²

Bazı uluslararası sözleşmeler, doğrudan kesişimsellik ifadesini kullanmamakla beraber, devletin yükümlüklerini kesişimsel bir bakış açısıyla tanımlamaktadır. Örneğin, Türkiye'nin taraf olmadığı 190 sayılı Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre: *“Her Üye, bir veya daha fazla kırılgan gruba veya çalışma yaşamında şiddet ve tacizden orantısız şekilde etkilenen kırılganlık durumlarındaki gruplara ait işçi veya diğer kişilere yönelik olanların yanı sıra kadın işçilere yönelik olanlar da dahil, istihdam ve meslek konusunda eşitlik ve ayırım gözetmeme hakkını sağlayan kanun, düzenleme ve politikaları kabul eder.”* Sözleşme böylece kişinin birden çok özelliği nedeniyle aynı anda ayrımcılığa uğrayabileceğine işaret etmekte ve devletin eşitliği sağlamaya yönelik mevzuat ve politikaları belirlerken dezavantajlı konumda bulunan bu kişilerin durumlarının gözetmesini gerektirmektedir. 190 sayılı Sözleşmeyi açıklayıcı nitelikteki

⁶⁴⁹ Fredman, 2016, s. 30.

⁶⁵⁰ Cho – Williams Crenshaw – McCall, 2013, s. 797.

⁶⁵¹ Fredman, 2016, s. 33.

⁶⁵² Fredman, 2016, s. 37-38.

ILO'nun Şiddet ve Tacize ilişkin 206 sayılı Tavsiye Kararı'nın 9. maddesinde şiddet ve tacize daha açık sektörlerde, çalışma koşullarında ve işlerde çalışan işçileri örnekleyerek (gece çalışması, izole şekilde çalışma, sağlık, konaklama, sosyal hizmet işleri, acil durum hizmetleri, ev hizmetleri, taşıma hizmetleri, eğitim ve eğlence), üye devletlerin bu koşullarda çalışan işçilere yönelik uygun önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir. Kararın 10. maddesine göre, üye devletler göçmen işçileri ve özellikle kadın göçmen işçileri, göçmenlik statülerine bakılmaksızın, geldikleri, transit geçtikleri ve vardıkları ülkelerde çalışma dünyasında şiddet ve tacizden korumak için uygun yasal önlemleri ve diğer önlemleri almalıdır. Ayrıca kayıt dışı ekonomide taciz ve şiddetin önlenmesi için bu alandaki işçi, işveren ve kuruluşlara kaynak ve destek sağlanmalıdır (m. 11). Kararın 23/c hükmüne göre de devletin şiddet ve tacizle ilgili uygulama rehberleri ve risk değerlendirme araçları geliştirirken, kırılgan grupların durumlarını özellikle dikkate alması gerekir.

Türkiye'nin çekildiği İstanbul Sözleşmesi'nin devletin genel yükümlülüklerini düzenleyen 12. maddesine göre de: *“Bu bölüm uyarınca alınan tüm tedbirlerle, belirli şartlar nedeniyle hassas konuma gelmiş insanların ihtiyaçları göz önüne alınacak ve karşılanmaya çalışılacak ve tüm tedbirlerin merkezinde mağdurların insan hakları yer alacaktır.”*

CEDAW metninde birden fazla temelde ayrımcılığı yasaklamaya yönelik bir ifade bulunmamakla beraber, sözleşmenin giriş bölümünde kesişimsel bakış açısını yansıtan ifadeler yer almaktadır; örneğin yoksulluk hâlinde *“kadınların yiyecek, sağlık, eğitim, öğretim ve iş bulma ve sair ihtiyaçlarının karşılanması bakımından en az imkana sahip oldukları”* endişesi ifade edilmekte; *“Apartheid'in, ırkçılığın her şeklinin, ırk ayırımının, sömürgeciliğin, yeni sömürgeciliğin, saldırganlığın, yabancı devlet işgal ve hakimiyetinin ve ülkelerin iç işlerine müdahale etmenin ortadan kaldırılmasının,*

erkekler ile kadınların eşit haklardan yararlanmaları için gerekli olduğu” ifade edilmektedir. Sözleşme’de kırsal kesimde yaşayan kadınların haklarının sağlanmasına özel bir önem verilmektedir (m. 14).⁶⁵³ CEDAW Komitesi, 28 sayılı Tavsiye Kararı’nda keşişimselliğin devletin genel yükümlülüklerinin kapsamının anlaşılması için temel bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, kadınların cinsiyet ve toplumsal cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğramaları, kadınları etkileyen ırk, etnik köken, din veya inanç, sağlık, statü, yaş, sınıf, kast, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi diğer faktörlerle ayrılmaz şekilde bağlıdır. Cinsiyet veya toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık, bu tür gruplara dahil olan kadınları erkeklere göre daha farklı ölçüde veya daha farklı şekillerde etkileyebilir. Üye devletler bu tür keşişen ayrımcılık türlerini ve kadınlar üzerindeki birleşik etkilerini tanımalı ve yasaklamalıdır. Devletler aynı zamanda, bu tür durumları ortadan kaldırmaya yönelik politika ve programlar benimsemelidir.⁶⁵⁴

Kesişimsellik teorisinin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele bağlamındaki yeri bakımından, çalışmanın girişinde verilen örnek hatırlatılacak olursa, ev hizmetlerinde çalışan ve işverenin konutunda ikamet eden bir göçmen işçi, işvereni tarafından taciz edilirse barınma sorunu, dil engeli ve göçmenlik statüsüne ilişkin nedenlerle, şikâyetçi olmaktan çekinebilecek, şikâyetçi olmak istese dahi şikâyet mekanizmalarına erişimle ilgili bilgi sahibi olmayabilecek veya dil engeli nedeniyle bu mekanizmalara erişemeyebilecektir.⁶⁵⁵ Bu kısımda farklı nedenlerle kırılgan gruplara dahil olan tüm işçiler yönünden çözümlere yer verilmesi çalışmanın sınırlarını aşacaksa da bu örnek üzerinden çeşitli öneriler getirilebilir.

⁶⁵³ *Fredman*, 2016, s. 35.

⁶⁵⁴ CEDAW Komitesi’nin benimsediği keşişimsel yaklaşım konusunda bkz. *Campbell*, 2015, s. 494-499.

⁶⁵⁵ *Belin – Zamparutti – Tull, – Hernandez – Graveling*, 2011, s. 81, 91.

İstanbul Sözleşmesi'nin 19. maddesi mağdurların mevcut destek mekanizmaları ve hukuki önlemler bakımından anladıkları dilde yeterli bilgiye zamanında erişiminin sağlanması için gerekli adımların atılması gerektiğini düzenlemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere Alo 183 Sosyal Destek Hattı, Türkçe, Kürtçe ve Arapça dillerinde Alo 170 Çalışma Hayatı İletişim Merkezi, Türkçe, Almanca, Arapça ve İngilizce hizmet sunmaktadır. Bu destek hatlarının hizmet dilleri ülkedeki göçmen işçilerin uyrukları dikkate alınarak; örneğin Rusça ve Gürcüce dillerini kapsayacak şekilde genişletilebilir. Göçmen işçilerin izin zamanlarını geçirdikleri bilinen yerlerde uygun dillerde bilgilendirici broşür dağıtılması gibi çalışmalar yapılabilir.⁶⁵⁶

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin denetim mekanizması olan BM Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi, Türkiye hakkında yaptığı denetimde, göçmen işçilerin avukatlık ücretlerini karşılayamadıkları takdirde haklarına kavuşamadıklarına; belgesiz göçmen işçilerin, düzensiz göç durumlarına dair cezalandırma korkusuyla karşılaşmadan Sözleşme'de garanti alınan haklarının ihlaline karşı nadiren giderim yollarına başvurabildiklerine; işçilerin misilleme, sınır dışı edilme tehdidi, idari para cezasıyla karşılaşma korkusuyla şikâyetçi olamadıklarına; göçmen işçilerin haklarına dair yeterli bilgi ve hukuki danışmanlık mekanizmalarının yokluğuna dair endişelerini ifade etmiş ve düzensiz olanlar dahil olmak üzere göçmen işçilerin vatandaşlarla aynı şekilde hak arayabilmelerini sağlayacak yönde, kayıt dışı çalışma sebebiyle para cezası verilmesi ve şikâyetçi olma hâlinde sınır dışı edilme riskinin artması gibi engelleri ortadan kaldırmanın da aralarında bulunduğu gerekli düzenlemelerin yasal olarak ve uygulamada yapılmasını önermiştir. Komite ayrıca,

⁶⁵⁶ İş sağlığı ve güvenliğine dair bilgilerin göçmen işçilerin dilinde sağlanması gerektiği yönünde, *Belin – Zamparutti – Tull, – Hernandez – Graveling*, 2011, s. 91. *Civan*, 2017a, s. 259-260.

düzensiz olanlar dahil göçmen işçilerin Sözleşme'deki hakları ihlal edildiğinde başvurabilecekleri yasal yollar hakkında bilgilendirilmesine yönelik adımların atılmasını tavsiye etmiştir.⁶⁵⁷ Öğretide de kayıt dışı çalışan göçmen işçilerin, sınır dışı edilme korkusuyla karşılaştıkları ihlaller karşısında sessiz kaldıklarına işaret edilerek, düzensiz göçmen işçilere uygulanan idari para cezalarının kaldırılması isabetle önerilmiştir.⁶⁵⁸

Ev hizmetlerinde çalışma bakımından, bu işçilerin kayıt dışı çalışmaları temel bir sorundur. Bu işçilerin kayıt altına alınması, aynı zamanda daha güvenli çalışma koşullarına kavuşmalarını kolaylaştırabilir. 189 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 14. maddesi üye devletlerin ev işçilerinin sosyal güvenlik koruması bakımından diğer işçilerden daha olumsuz koşullarda bulunmamasını sağlama ödevi yüklemektedir. Dünyada, ev işçilerini zorunlu sosyal sigortalar kapsamına alan, sosyal güvenlik prim oranlarında farklılaşmaya izin veren, birden çok işverenle ve kısmi çalışmayı kapsama alan ve hizmet makbuzları yoluyla sosyal güvenlik kurumlarına bildirimini sağlayan ülkeler ev işçilerini en yüksek oranda kayıt altına alabilmiştir.⁶⁵⁹ Ev işçilerinin sözleşmelerinin yazılı yapılmasının sağlanması ve devletin örnek bir iş sözleşmesi hazırlaması, (189 sayılı ILO Sözleşmesi m. 7, 201 sayılı ILO Tavsiye Kararı m. 6) işçilerin hak arayabilmelerini kolaylaştırır. Ev işçileri, İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulduklarından, Türk Borçlar Kanunu'nda tabidir; burada düzenlenen haklarının bir kısmı İş Kanunu'ndaki düzenlemelerle paralel olmakla beraber, bazı hakları İş Kanunu kapsamına göre geridedir. Ancak bu işçilerin hakları ne olursa olsun haklarından

⁶⁵⁷ Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. 2016. Concluding observations on the initial report of Turkey, para. 38-30, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2021/01/18/CMW_C_TUR_CO_1_eng.pdf, Erişim Tarihi: 10.10.2022.

⁶⁵⁸ Civan, 2017a, s. 260.

⁶⁵⁹ ILO, Formalizing Domestic Work, 2016, s. 20. Söz konusu yöntemle ev işçilerini yüksek oranda kayıt altına alabilen ülke örnekleri, Arjantin, Uruguay, İtalya, İspanya, Belçika, Fransa'dır.

haberdar olmamaları ve bunlardan yararlanamamaları temel sorundur.⁶⁶⁰ İşçileri hakları hakkında bilgilendirecek kampanyaların düzenlenmesi faydalı olabilir. Cinsel taciz bağlamında, ILO'nun 189 sayılı Ev İşçileri Sözleşmesi ve 201 sayılı Ev İşçileri Tavsiye Kararı'ndaki hükümler yol gösterici olabilir. 201 sayılı Tavsiye Kararı'nda ev hizmetlerinde çalışan işçilerin taciz, istismar ve şiddetten korunması için alınabilecek önlemler arasında işçilerin bu ihlalleri şikâyet edebilecekleri mekanizmaların kurulması, söz konusu şikâyetlerin gereğince soruşturulmasının ve kovuşturulmasının sağlanması ve bu ihlallere maruz kalan işçilerin başka bir yerde barınmasını ve rehabilitasyonunu sağlayacak, geçici barınmayı ve sağlık hizmetini de içeren programların tesisi sayılmıştır (m. 7).

III. Adalet erişimin önündeki engelleri kaldırma ödevi

Cinsel tacize uğrayan işçilerin şikâyetçi olmak ve hak aramaktan çekindikleri bilinmektedir.⁶⁶¹ Devletin taciz mağdurlarının, uygun ve etkili giderim yöntemlerine, adil ve etkili şikâyet ve uyuşmazlık çözüm yolu mekanizmalarına ulaşmalarını sağlaması gerekir (190 sayılı ILO Sözleşmesi m. 10). Bu bağlamda, cinsiyete dayalı taciz ve şiddet konusunda uzman mahkemeler, hızlı ve etkili işleyiş, şikâyetçiler ve mağdurlar için hukuki danışmanlık ve yardım, ülkede konuşulan dillerde rehberler ve diğer bilgi kaynaklarının sağlanması, ispat yükünün tersine çevrilmesi atılması gereken adımlar arasındadır (206 sayılı ILO Sözleşmesi m. 16). Söz konusu önlemlerden toplumun bilgilendirilmesi, hakimlerin eğitilmesine dair hususlara yukarıda genel politika önlemleri arasında yer verilmişti; ispat yükü konusu ise çalışmanın son bölümünde incelenecektir. Bu kısımda öncelikle cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan

⁶⁶⁰ Toksöz – Erdoğan, 2013, s. 24.

⁶⁶¹ Bkz. yukarıda §2-II-3-b.

işçilerin adalete erişiminde geçmişten beri mevcut engellere bir diğerini ekleyen dava şartı olarak arabuluculuk kurumunun yarattığı sorunlara yer verilecek, ardından adli yardım kurumuna dair bazı öneriler getirilecektir.

1. Adalete erişimin önünde yeni bir engel olarak iş yargılamasında arabuluculuk dava şartı

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK), (iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları hariç) iş sözleşmesinden kaynaklanan alacak, tazminat ve işe iade talebiyle açılan tüm davalarda dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılmaktadır (m. 3/1). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) göre arabuluculuk: *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır (m. 2/1-b). Bir başka ifadeyle *“Arabuluculuk, tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sâhip olmayan bir üçüncü kişinin (arabulucu) yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözeterek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlemeleridir.”*⁶⁶² Arabuluculuk aşamasında uzlaşmaya varılamadığında dava açılması mümkündür (İMK m. 3/2).

⁶⁶² Namlı, 2016, s. 155.

Dava şartı olarak arabuluculuğun getirilmesindeki temel amaç, yargının iş yükünü azaltmak ve uyuşmazlık çözümünü hızlandırmaktır; yasanın genel gerekçesinde yargının iş yükü ve davaların sonuçlanma sürelerine dair ayrıntılı istatistikler verilmiştir.⁶⁶³ Yasanın genel gerekçesine göre: “İş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısı, tarafların konuyu müzakere ederek anlaşmaları suretiyle sonuçlandırılmasına uygundur. ... Tasarıyla kabul edilen önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun, iş uyuşmazlıklarının kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı düşünülmekte ve böylece adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca bu yöntemin, maddi ya da şekli başka herhangi bir uyuşmazlığın doğmasını engellemek suretiyle uyuşmazlığı temelinden sonlandırması ve böylece sosyal barışa katkı sağlaması beklenmektedir. Arabuluculuk müzakerelerinin gizli olması dikkate alındığında, iki tarafın sırlarını korumaya elverişli bu yöntemde tarafların örselenmeden uyuşmazlığı sona erdirme imkanına sahip olacakları düşünülmektedir.”

Yargının iş yükünün ağır olduğu ve yargılama sürelerinin uzun olduğuna dair gerekçe haklı olmakla beraber; buna getirilen çözüm iş uyuşmazlıklarının artmasının sebeplerini gidermeye yönelik değil, sonucu ortadan kaldırmaya yönelik olmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, ülkemizde sendikal örgütlenme oranları düşüktür ve sosyal diyalog sağlayan mekanizmalar bulunmamaktadır.⁶⁶⁴ Bunlara ek olarak iş teftişi özellikle müfettiş sayısının azlığı nedeniyle yetersiz kalmaktadır.⁶⁶⁵ İş sözleşmesinin devamında ve sona ermesinde işverenin iş mevzuatına uygun davranmasını sağlayabilecek sendikal örgütlenme, sosyal diyalog ve iş teftişi mekanizmalarındaki

⁶⁶³ Özveri, 2020, s. 918. Yazıcı Tıktık, 2021, s. 149-151. Erdoğan, 2021, s. 774.

⁶⁶⁴ Bkz. yukarıda §5-II-1.

⁶⁶⁵ Süzek, 2021, s. 958. Yıldız, 2018, s. 742-743.

sorunlar karşısında, işçinin haklarını korumak için iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra dava yoluna başvurmaktan başka bir çözümü kalmamaktadır.⁶⁶⁶

Uyuşmazlıkları, hızlı, masrafsız ve kolayca sona erdiren alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adaletten ve hakkaniyetten uzak sonuçlar doğurabilmektedir. Karar alıcılar, bu süreçlerde hangi değerlerin pazarlığa açılarak riske atıldığının ve tarafların eşit kaynaklara ve güce sahip olmadığının farkına varmayabilir veya dikkate almayabilir.⁶⁶⁷ İş uyuşmazlıklarının konusunun teknik anlamda üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir olması, iş mevzuatıyla korunan değerlerin pazarlığa elverişli olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, arabuluculuk dava şartı olarak arabuluculuk dava şartı, hem iş uyuşmazlıklarının serbestçe pazarlığa elverişli menfaatlere ilişkin olduğu hem de uyuşmazlığın taraflarının eşit olduğuna dair iki hatalı varsayım üzerine kuruludur.

Yasanın gerekçesinde iş uyuşmazlıklarının konusunun tarafların üzerinde serbestçe müzakeresine uygun olduğu ifade edilmektedir. Bu bakış açısı, iş uyuşmazlıklarının konusunun özel hukuk alanındaki parasal menfaatlerden ibaret olduğu görüşüne dayanmaktadır. Oysa iş uyuşmazlıklarının konusu işçinin menfaati değil, işçinin haklarına ilişkindir.⁶⁶⁸ Doğmuş haktan feragat edilebileceğine dair bakış açısı da iş ilişkilerini arabuluculuğa elverişli kılmaz zira işçinin pek çok hakkından vazgeçmesi emredici hükümlerle yasaklanmıştır.⁶⁶⁹ İş mevzuatı aynı zamanda emredici hükümlerle işçinin temel hak ve özgürlüklerini işyerinde işverene karşı korumaktadır; sendika

⁶⁶⁶ Erdoğan, 2021, s. 774.

⁶⁶⁷ Edwards, 1986, s. 778.

⁶⁶⁸ Ekmekçi – Özekes – Atalı – Seven, 2019, s. 259. Özveri, 2020, s. 934. İş uyuşmazlıklarının konu itibarıyla zorunlu arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde, Namlı, 2016, s. 160. Soyer, 2018, s. 30-31. İş uyuşmazlıklarının konusunun arabuluculuğa uygun olduğu yönünde bkz. Manav Özdemir, 2015, s. 207. Şahin Emir – Kazmaz Tepe, 2018, s. 1486.

⁶⁶⁹ Ekmekçi – Özekes – Atalı – Seven, 2019, s. 248-249.

hakkı, ifade özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği, inanç özgürlüğü, ayrımcılık yasağı gibi.⁶⁷⁰ Örneklenen bu haklar, medeni ve siyasi haklar ile çalışma yaşamının kesiştiği alanda yer alan temel haklardır.⁶⁷¹ Ancak sosyal haklar kategorisinde yer alan, adil ücret, azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerine ilişkin haklar, işçinin kötü muameleden korunması gibi haklar da işçilerin temel hakları arasında sayılmalıdır.⁶⁷² Arabuluculuk, hakların korunmasında yargının üstlendiği işlevleri yerine getirebilecek bir mekanizma değil, bir pazarlık sürecidir.⁶⁷³ Arabuluculuk sürecinde, işçilerin temel hakları dahil olmak üzere her türlü hakkı müzakereye açılmaktadır.⁶⁷⁴ Elbette, burada müzakere genellikle doğrudan hakkın çiğnenmesine ilişkin değildir; ancak hakkın ihlali hâlinde ödenmesi gereken tazminatların müzakereye açılması ile gerçekleştirilen ihlaller yaptırımsız kalabilir veya ihlalin ağırlığına nazaran hafif bir yaptırımla karşılaşabilir. İşçinin haklarının müzakere konusu olabileceğini bilen işverenin bu haklara uymamayı tercih etmesi de mümkündür.⁶⁷⁵ Bir başka ifadeyle mutlak emredici kurallar dahil olmak üzere, iş hukukunun tüm kuralları ve bunlara uyulmadığı takdirde uygulanacak yaptırımlar pazarlık konusu hâline geldiğinde, iş hukukunun emrediciliği ve etkinliği uygulamada ortadan kalkacaktır.⁶⁷⁶ Ayrıca ücretin asgari ücretin altında ödenmiş olması hâlinde ücretin arabuluculuk aşamasında pazarlığa açılması hâlinde doğrudan asgari ücret pazarlığa açılmış hâle gelecektir.

⁶⁷⁰ Doğan Yenisey, 2016, s. 175. Köme Akpulat, 2018, s. 419. Yasanın zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında tuttuğu iş kazalarından doğan tazminat davalarının dahi arabuluculuğa tabi tutulması gerektiği yönünde, Canbolat, 2018, s. 98.

⁶⁷¹ Atkinson, 2018, s. 126.

⁶⁷² Alston, 2004, s. 486. Creighton, 2004, s. 268. İşçi haklarının insan hakları veya temel haklar olarak nitelendirilmesinin önemi ve yöntemleri konusunda tartışmalar için bkz. Erdoğan, 2021, s. 753-759.

⁶⁷³ Erdoğan, 2021, s. 775.

⁶⁷⁴ Doğan Yenisey, 2016, s. 175. Köme Akpulat, 2018, s. 419.

⁶⁷⁵ Erdoğan, 2022, s. 512.

⁶⁷⁶ Doğan Yenisey, 2016, s. 178. Alpagut, 2018, s. 121-122.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan, cinsel ve cinsiyetçi taciz aynı zamanda bir ayrımcılık oluşturmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, taciz ve oluşturduğu ayrımcılığın yaptırımsız kalma ihtimali dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasıyla artmıştır. Taciz mağdurlarının genel olarak şikâyetçi olmaktan çekindikleri önceden ifade edilmişti; bu bağlamda mağdurun, arabuluculuk sürecinde tacize ilişkin iddialarını hiç ortaya koymaması ihtimal dahilindedir. Özellikle ispat güçlüğü, mağduru bu konuda sessiz kalmaya ve diğer işçilik hakları için anlaşmaya itebilir. Daha az olası olmakla beraber, işçinin elinde deliller varsa arabuluculuk sürecinde tazminat elde edebilir; bu hâlde arabuluculuk sürecinin gizliliği mağdurun lehine de olabilir. Öte yandan, bu durumun işyerindeki çalışma düzeni bakımından bir dezavantajı mevcuttur; taciz mahkeme kararıyla tespit edildiğinde, karar işyerindeki benzer durumdaki işçiler için bir örnek oluşturabilecekken, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma bu işlevi yerine getiremez.⁶⁷⁷ Gerçekten de, işçilerin adalete erişimine dair bir araştırmada yargı kararlarının işçiler yönünden çift yönlü güçlendirici etkisi bulunduğu sonucuna varılmıştır; işçinin işverene açtığı davayı kazanması diğer işçileri dava açarak hak aramaya teşvik edebilmektedir. Ayrıca mahkeme deneyimi işçilerde güven uyandırmakta, işçiler mahkemeleri “*objektif, eşitlikçi ve kendilerini ifade edebilecekleri*” bir yer olarak görmekte; mahkeme deneyimi işçilere hak arama yönünde tutum kazandırmaktadır. Arabuluculuk, mahkeme deneyiminin bu çifte güçlendirici etkisine sahip olamaz; zira arabuluculuktan çıkan sonuç tarafların haklı veya haksız olmalarına değil, pazarlık güçlerine bağlıdır. Henüz arabuluculuğun uygulanmaya başlanmadığı ancak gündemde olduğu dönemde yapılan araştırmaya katılan işçiler de

⁶⁷⁷ Erdoğan, 2022, 2022, s. 512. Arabuluculuk sürecinin gizli olması nedeniyle hem sosyal adaletsizliğe ilişkin verilerin hem de adaletin sağlandığı örneklerin gizli kalacağı yönünde Alpagut, 2018, s. 122.

arabuluculuğun haklarını alamayacakları ve haklılıklarını tespit ettiremeyecekleri bir sistem olarak değerlendirmişlerdir.⁶⁷⁸

İş uyuşmazlığının tarafları arasında bir güç asimetrisi mevcuttur. Maddi anlamda eşit olmayan işçi ve işveren arasında, zorunlu olarak başvuru arabuluculuk iş hukukunun yapısına uygun olmaktan uzaktır.⁶⁷⁹ Her ne kadar, tarafların arabulucuda anlaşması zorunlu değilse de işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliği işçiyi kendisi için elverişsiz koşullarda anlaşmak zorunda bırakabilir. İşçinin ekonomik yönden işveren karşısındaki güçsüzlüğü pazarlık gücünün de daha az olmasına yol açar; işçi yargılama sürecinin masraflarını üstlenemeyecek veya yargılama sürecini bekleyemeyecek durumda olabilir. Ayrıca işçiler hakları konusunda yeterince bilgi sahibi olmayabilirler.⁶⁸⁰ Çeşitli nedenlerle iş piyasasında daha dezavantajlı konumda bulunan işçiler yönünden bu güç asimetrisi daha da derinleşebilir.⁶⁸¹ Dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması başladıktan sonra yapılan iki saha araştırmasında taraflar arasındaki güç asimetrisinin sözü edilen etkilerini doğrulayan gözlemler yer almaktadır; İstanbul'da 278 uzman arabulucunun yanıt verdiği e-posta üzerinden yapılan bir araştırmada, arabulucular işçinin ekonomik olarak zayıf taraf olmasının haklarından taviz vermesine yol açtığına dair değerlendirmelerde bulunmuşlardır.⁶⁸² Altı arabulucu ile yüz yüze görüşme yöntemiyle yapılan ve katılımcıların 234 dosyaya dair bilgilerini paylaştıkları bir diğer araştırmada da arabulucular, arabuluculuk süresince işçilerin

⁶⁷⁸ Hatipoğlu Aydın, 2018, s. 140-141, 174-175, 202-203.

⁶⁷⁹ Namlı, 2016, s. 160. Uyuşmazlığın taraflarının eşit olmadığı yönünde, Güzel, 2016, s. 1132-1133. Soyer, 2018, s. 29-30. Alpagut, 2018, s. 117. Mutlay, 2018, s. 65. Köme Akpulat, 2018, s. 416. Ekmekçi – Özkes – Atalı – Seven, 2019, s. 248. Oğuz, 2019, s. 143.

⁶⁸⁰ Doğan Yenisey, 2016, s. 177-178. Alpagut, 2018, s. 120.

⁶⁸¹ Bakırcı, 2019, s. 376-377.

⁶⁸² Peksan – Delen – Yorgun, 2020, s. 335-336. Öte yandan araştırmaya katılan arabulucuların %42,4'ü işçinin işverene göre zayıf konumda olduğu değerlendirmesinde bulunurken, katılımcıların 56,1'i arabuluculukta tarafların eşit konumda olduğu görüşündedir.

haklarından vazgeçmek zorunda kaldıkları yönünde görüş bildirmişlerdir.⁶⁸³ Yapısal olarak işveren lehine işlemeye elverişli olan zorunlu arabuluculuk sistemi, işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğini daha da derinleştirmektedir ve bu yönüyle eşitlik ilkesine aykırıdır.⁶⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, arabuluculuğu dava şartı hâline getiren düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığına dair başvuruyu reddettiği kararında, işçinin işveren karşısında zayıf konumda olduğunu belirtmekle beraber, tarafların eşit olduğu ve arabulucunun eşitliği gözetmekle görevli olduğuna dair HUAK hükümlerine dayanarak işçinin arabuluculuk sürecinde baskı altına alınamayacağı sonucuna varmıştır.⁶⁸⁵ Mahkeme'nin bu değerlendirmesi, maddi değil şekli eşitliği dikkate alan bir bakış açısını esas almaktadır.⁶⁸⁶

İş uyuşmazlıklarının konusu ve tarafları arasındaki güç dengesizliği nedeniyle zorunlu arabuluculuğa elverişli olmamasının yanında, arabuluculukla ilgili düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını zedelediğine dair eleştiriler de mevcuttur. Dava şartı olarak arabuluculuğu hak arama özgürlüğüne aykırı bulan görüşler, temelde ilk arabuluculuk toplantısına katılmayan tarafın yargılama ücretine mahkûm edilmesinin ve HUAK m. 18/5 uyarınca arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varılan konular hakkında dava açılmasının mahkemeye erişim hakkını engellemesine dayanmaktadır.⁶⁸⁷ Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine sebep olan tarafın davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin

⁶⁸³ *Gün*, 2021, s. 938-939.

⁶⁸⁴ *Erdoğan*, 2021, s. 779.

⁶⁸⁵ AYM, 11.7.2018, 2017/178, 2018/82.

⁶⁸⁶ *Güzel*, 2019, s. 73-75. *Erdoğan*, 2022, s. 511.

⁶⁸⁷ *Güzel*, 2016, s. 1137. *Namlı*, 2018, s. 1323. *Korkmaz*, 2018, s. 949-950. *Yücel*, 2018, s. 1372-1373, 1376-1377. *Oğuz*, 2019, s. 142, 146. *Bakırcı*, 2019, s. 373-374. Aksi yönde, *Erdoğan E.*, 2017, s. 1236-1239.

tamamından sorumlu tutulacağına ilişkin düzenlemeyi, dava şartı olarak arabuluculuk kurumunun işlerliğini sağlamayı amaçlayan kuralın hak arama hürriyetinin özüne dokunan bir nitelik taşımadığı ve ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sebebiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme, ayrıca arabuluculuk aşamasında anlaşmayı zorunlu kılmadığı, arabuluculuk sürecinin en fazla dört hafta süreceği, arabulucuya başvurulmadan açılan davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesi hâlinde eksikliğin tamamlanmasından sonra dava açılabileceği ve arabuluculuk sırasında hak düşürücü sürelerin duracağı ve zamanaşımı sürelerinin işlemediği gerekçeleriyle, arabuluculuk dava şartının hak arama özgürlüğünün özüne dokunan bir sınırlama getirmediğine karar vermiştir.⁶⁸⁸ Dava şartı olarak arabuluculuğun hak arama özgürlüğünün özünü zedelediği ve getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu gerekçesine katılmak mümkün değildir. Bu değerlendirme yukarıda da belirtildiği üzere, öncelikle maddi değil şekli eşitliği esas aldığı için hatalı varsayımlar üzerine kuruludur ve iş sözleşmesinin tarafları arasındaki güç dengesizliğini dikkate almamaktadır. AYM, kararında hak arama özgürlüğünün kısıtlandığını kabul etmekte; ancak bunun yargının iş yükünü azaltma amacı açısından ölçülü bir önlem olduğu sonucuna varmaktadır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, zorunlu arabuluculuk yargının iş yükünün azaltılması açısından arabuluculuğun gönüllü olmaktan çıkarılıp zorunlu hâle getirilmesi sebebiyle elverişli, hak arama özgürlüğünü daha az sınırlayıcı araçların mevcudiyeti karşısında gerekli ve salt ilk arabuluculuk toplantısına katılmamanın tüm yargılama giderlerine katlanma sonucunu doğurması sebebiyle oranlı bir önlem değildir.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ AYM, 11.7.2018, 2017/178, 2018/82.

⁶⁸⁹ *Güzel*, 2019, s. 67-87. *Heper*, 2022, s. 354-356. AYM'nin dört üyesi (Serruh Kaleli, Osman Alifeyyaz Paksüt, Celal Mümtaz Akıncı ve Hasan Tahsin Gökcan) da karşı oy yazılarında ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama sonucunda haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamına mahkûm edilmesinin yargıya başvurmaktan çekinmeye neden olabileceğini ifade etmektedir.

Öğretide HUAK m. 18/5'teki düzenlemenin sakıncalarını bir ölçüde giderebilecek şekilde, arabuluculuk anlaşma tutanağının maddi hukuk açısından bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve bu itibarla sözleşmelerin geçerlilik denetimine tabi olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, anlaşma tutanağının TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olması hâlinde kesin hükümsüzlüğü ileri sürülebileceği gibi, TBK'nın irade sakatlıkları ve aşırı yararlanmaya ilişkin hükümleri uyarınca denetimi mümkündür.⁶⁹⁰ İş hukuku bağlamında, arabuluculuk sonunda anlaşma tutanağının emredici hükümlere aykırılığının denetimi TBK m. 420 ve İK m. 32 uyarınca gerçekleştirilebilecektir. TBK m. 420 düzenlemesi ibraname başlığını taşımakla beraber, aslında işçinin işvereni ibra etmesini yasaklamaktadır. İK m. 32 iş sözleşmelerinin sona ermesinde işçiye ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülebilen tüm menfaatlerinin eksiksiz olarak ödeneceğini düzenlemektedir. Arabuluculuk anlaşma tutanağı işçinin alacaklarından vazgeçmesi sonucunu doğurduğunda, tutanağın söz konusu emredici düzenlemelere aykırılık sebebiyle geçersizliği ileri sürülebilecektir.⁶⁹¹ Öte yandan, uygulama bu görüş yönünde gelişse dahi, bu çözüm yolu zorunlu arabuluculuktan kaynaklanan tüm sakıncaları gidermekten uzak kalacaktır; zira bu geçerlilik denetimi tüm arabuluculuk anlaşma tutanakları yönünden değil, anlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülerek dava açılması hâlinde gerçekleşebilecektir. Başta arabuluculukta anlaşmayarak dava açma imkânı varken bu imkândan bilgi veya ekonomik güç asimetrisi nedeniyle yararlanamayan işçinin daha sonra arabuluculuk tutanağının geçersizliği iddiasıyla dava

⁶⁹⁰ Kar, 2018, s. 414-415, 423-425. Mutlay, 2018, s. 42, 51. Akkan, 2018, s. 16, 22. Şahin Emir – Kazmaz Tepe, 2018, s. 1498. Badur, 2021, s. 66-70. Elbir, 2021, s. 306. Heper, 2022, s. 361-362.

⁶⁹¹ Mutlay, 2018, s. 45. Kar, 2018, s. 416-418. Şahin Emir – Kazmaz Tepe, 2018, s. 1501-1503. Özveri, 2020, s. 927-928. Elbir, 2021, s. 307. Arabuluculuk anlaşma tutanağının TBK m. 420'de aranan şartları taşımasının gerektiği; ancak dava şartı olarak arabuluculuğun ibra yasağını anlamsız kıldığı yönünde, Köme Akpulat, 2018, s. 398-399. TBK m. 420'de yer alan denetimin arabuluculuk anlaşma tutanağı hakkında uygulanmayacağı yönünde, Çil, 2018, s. 52.

açması da güçlükler barındırmaktadır. Bir diğer görüşe göre, TBK m. 420 ve İK m. 32 yürürlükte olduğu müddetçe işçinin hakları tam olarak ödenmek zorunda olduğundan, HUAK m. 18/5'in iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı anlaşmalar bakımından uygulanması mümkün değildir ve bu halde arabuluculukta anlaşmaya varılan konularda dava açılabilir; çünkü HUAK hükmü sözü geçen İK ve TBK hükümlerini zımnen veya açıkça ilga etmediği gibi bunlara göre özel hüküm niteliğinde de değildir.⁶⁹² Bu görüş ilk görüşe göre daha doğrudan bir çözüm sunmaktadır; ancak yine yargı uygulamasında benimsendiği ölçüde anlam kazanacaktır.

Yargı organının tek işlevi uyuşmazlık çözmekten ibaret değildir; yargı aynı zamanda anayasa ve yasaların içerdiği ilke ve kuralları yorumlayarak ve uygulayarak gerçekliği bu değerlerle uyumlu kılmaya çabalar; içtihatlar yoluyla hukuk yaratır ve normları belirler.⁶⁹³ Yargının hukuk yaratması, teknolojik ve toplumsal değişimlerden hızla etkilenen iş hukuku bakımından özellikle önem taşır; iş hukukunun gelişiminde pozitif düzenlemelerden çok hukuku değişen koşullara göre yorumlayan ve uygulayan içtihat rol oynamaktadır.⁶⁹⁴ Uyuşmazlıkların yargıda değil, arabuluculuk yoluyla çözülmesi, iş hukukunun gelişmesi bakımından bir durgunluk yaratma riskini de beraberinde getirmektedir.⁶⁹⁵ Örneğin, İK m. 24/II-d'de *“işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınma”*ması işçi için haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak düzenlenmekle beraber Yargıtay, işçi işverene durumu bildirmese bile tacizden haberdar olan işverenin önlem almamasının fesih sebebi oluşturacağına hükmetmektedir: *“İşyeri, işverenin hakimiyet alanını oluşturur ve işverenin işçiyi gözetim borcu, cinsel içerikli bu*

⁶⁹² Ekmekçi – Özekes – Atalı – Seven, 2019, s. 253, 263.

⁶⁹³ Fiss, 1984, s. 1085. Edwards, 1986, s. 679. Doğan Yenisey, 2016, s. 172. Alpagut, 2018, s. 116. Köme Akpulat, 2018, s. 420. Heper, 2022, s. 350.

⁶⁹⁴ Güzel, 2016, s. 1338-1339. Alpagut, 2018, s. 116.

⁶⁹⁵ Doğan Yenisey, 2016, s. 178.

saldırı kimden gelirse gelsin işçiyi korumayı gerektirir. İşçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması hâlinde, bu durum kanun gereği işçi tarafından işverene bildirilmeli ve gerekli önlemlerin alınması 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. Bu yönde önlemin yetersiz kalması da işçiye haklı fesih imkânı verir.”⁶⁹⁶ Cinsel ve cinsiyetçi taciz bağlamında, herhangi bir yasa değişikliği olmaksızın cinsiyetçi taciz olgusunun yargı organı tarafından tanınmasının, cinsel ve cinsiyetçi tacizlerin ayrımcılık olarak nitelendirilerek bu davranışlara maruz kalan işçiler lehine ayrımcılık tazminatı hükmedilebileceği görüşü yukarıda ifade edilmişti.⁶⁹⁷ Uyuşmazlıkların mahkemelerden uzaklaştırılarak gizli yürütülen müzakerelerde çözülmesi, yargı organının bu tür gelişmelere kaynaklık etme ihtimalini azaltmaktadır.

İş hukukundaki uyuşmazlıkları adil şekilde çözmekten uzak olan zorunlu arabuluculuk cinsel ve cinsiyetçi taciz bağlamında Türkiye’nin taraf olduğu CEDAW’dan kaynaklanan yükümlülüklerle de uyumsuzdur. CEDAW Komitesi, pek çok devletin iş hukukunun da aralarında bulunduğu hukuk alanlarında alternatif

⁶⁹⁶ Yargıtay 22. HD. 25.11.2014, 23315/33270. İş hukukunda ayrımcılık yasağı bağlamında bir başka örnek, İK m. 5’te yasaklanan ayrımcılık türlerinden biri olmamakla beraber, Yargıtay’ın “cinsel tercih” olarak ifade ettiği cinsel yönelime dayanan ayrımcılığın yasak olduğuna hükmetmesidir. Yargıtay 9. HD. 12.02.2009, E. 2007/36963, K. 2009/2271, *Erdoğan*, 2022, s. 443, 512. Yargının hukuk yaratması bakımından toplu iş ilişkileri alanında son derece önemli bir örnek Yargıtay’ın STİSK uyarınca yasa dışı grev olarak nitelendirilen bu nedenle işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine yol açacak iş bırakma eylemlerini yasa dışı grev olarak değil, uluslararası sözleşmeleri ve bunların denetim mekanizmalarının kararlarını dikkate alarak toplu eylem hakkı ve demokratik bir hakkın kullanımı olarak nitelendirilmesi olmuştur, Yargıtay 7. HD, 11.6.2014, 7358/13055, www.kazanci.com.tr. *Erdoğan*, 2021, s. 777-778. İş sözleşmesinin geçersizliğinin geçmişe yürümemesi, belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlanması, ibranamelerin geçerliliğinin denetlenmesi, alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını engelleyecek kurallara bağlanması gibi örneklerde de yargı iş hukukunun gelişimi ve işçinin korunmasına katkı sağlamıştır; *Alpagut*, 2018, s. 116.

⁶⁹⁷ Bkz. yukarıda §4-III-1-a, d.

uyuşmazlık çözüm yollarını başvuruyu zorunlu tutan veya ihtiyari olarak imkan tanıyan sistemler benimsediğine işaret ettikten sonra, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının esneklik sağlayabilecek ve adalet arayan kadınlar bakımından adalete erişim masraflarını veya sürelerini kısaltabilecek olmakla beraber, haklarının daha fazla ihlal edilmesi ve faillerin de cezasız kalmasıyla sonuçlanabileceğini ifade etmektedir. Komite'ye göre taraf devletler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukukun tüm alanlarında kadınların yargısal ve diğeri çözüm yollarına erişimini kısıtlamamasını sağlamalı ve kadınların haklarının daha fazla ihlal edilmesini engellemelidir. Ayrıca kadına yönelik şiddet olayları, hiçbir surette alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına sevk edilmemelidir.⁶⁹⁸ Dolayısıyla cinsel ve cinsiyetçi taciz olayları bakımından zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adalete erişimin kısıtlanması nedeniyle CEDAW'la uyumlu değildir.⁶⁹⁹

2. Adli yardım uygulamasındaki sorunların giderilmesi

Kişi haklı dahi olsa yargılama giderlerinden çekindiğı için mahkeme önünde hak arayamaması mahkemeye erişim hakkını fiilen engellenmesi anlamına gelir. Kişinin ekonomik güçsüzlüğü nedeniyle mahkemede dava açamaması veya avukat yardımından yararlanamaması hak kayıplarına yol açabilir. Bu durumun önüne geçilmesi için kişinin yargılama giderlerinden muaf tutulmasını sağlamak gerekir.⁷⁰⁰ Adli yardım kurumu, kişinin varlık seviyesinden bağımsız olarak mahkemeye erişim hakkını güvenceye

⁶⁹⁸ CEDAW Committee General Recommendation No. 33 on Women's access to justice, 2015, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_776_7_E.pdf, Erişim Tarihi: 15.10.2022.

⁶⁹⁹ *Lempen*, 2019, s. 306.

⁷⁰⁰ *Atalay*, 2017b, s. 2410-2411. *Aktepe Artık*, 2014, s. 100-101.

almayı amaçlar.⁷⁰¹ Böylece adli yardım, mahkeme önünde hak aramayı belirli bir varlık seviyesine sahip kişilere özgü bir ayrıcalık olmaktan çıkararak sosyal adalete hizmet eder.⁷⁰² Adli yardım, bu yönüyle adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görülebilir. Her ne kadar AİHS m. 6/3'te ücretsiz avukat yardımından yararlanmak yalnızca ceza yargılaması bakımından mutlak bir hak olarak düzenlenmişse de AİHM belirli koşullar altında hukuk davalarında da ücretsiz olarak avukat yardımından yararlanma hakkının tanınmasının gerekli olabileceğine hükmetmektedir.⁷⁰³ Mahkemeye göre hukuk davalarında, kişinin avukat masraflarını karşılamayacak durumda olması hâlinde iç hukukta avukatla temsil zorunluluğu varsa veya davanın ya da yargılama sürecinin karmaşıklığı nedeniyle kişinin kendini etkili biçimde savunamayacak durumdaysa devletin ücretsiz avukat sağlaması gerekir.⁷⁰⁴ AİHM'e göre, yargılama giderleri bakımından da, mahkeme masraflarının yüksekliği nedeniyle ödenememesi ve bu nedenle dava açılmaması adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir.⁷⁰⁵

Hukukumuzda mahkemede avukatla temsil zorunluluğu bulunmamakla beraber, usul hukukunun veya maddi hukukun karmaşıklığı bir uzman yardımından yararlanmayı yani avukatla temsili uygulamada gerekli kılabilmektedir. Ayrıca, yargılama için ödenmesi gereken harçlar ve HMK uyarınca gider avansının peşin olarak ödenmesinin gerekmesi de mahkemeye erişimi güçleştirebilmektedir.⁷⁰⁶ İşçilerin çok büyük ölçüde iş

⁷⁰¹ Çelik Ö., 2020, s. 314.

⁷⁰² Kılınç, 2011, s. 2.

⁷⁰³ Çelik Ö., 2020, s. 289.

⁷⁰⁴ Aktepe Artık, 2014, s. 101-103. Karan, 2017, s. 417. Çelik Ö., 2020, s. 304. Öte yandan AİHM'e göre adli yardım mekanizmasının kurulması zorunlu olmayıp, mahkemeye erişim hakkının kolay kullanılabilmesi basit bir yargılama sisteminin benimsenmesi de mümkündür. Ancak, usul ne kadar kolaylaştırılırsa kolaylaştırılsın bu alanda eğitim almamış kişiler açısından karmaşık olduğu açıktır. Aktepe Artık, 2014, s. 102.

⁷⁰⁵ Karan, 2017, s. 417. ve orada örneklenen AİHM kararları; Bakan - Türkiye, No. 50939/99, 12.6.2007. Mehmet ve Suna Yiğit - Türkiye, No. 52658/99, 17.7.2007; İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu - Türkiye No. 19986/06, 10.4.2012.

⁷⁰⁶ Karan, 2017, s. 417. Çelik Ö., 2020, s. 304.

sözleşmesinin sona ermesinden sonra, yani ücret gelirlerinden yoksun kaldıkları bir dönemde dava açtıkları düşünüldüğünde, adli yardım kurumu iş yargısının işleyişi için önem arz etmektedir. İşçilerin adalete erişimine ilişkin bir araştırmada hem işçiler hem de iş davalarına bakan avukatlar yargılama masraflarının ve özellikle HMK uyarınca peşin alınan gider avansının yargılama masraflarını artırmasının adalete erişimi güçleştirdiğini ifade etmişlerdir. Araştırmaya katılan avukatlar, yargılama giderlerini karşılayamadıkları için dava açmaktan vazgeçen işçilerden veya bilirkişi ücretini karşılayamadıkları için bilirkişi raporuna itiraz etmekten vazgeçen müvekkillerinden söz etmişlerdir.⁷⁰⁷ Emek piyasasında genel olarak daha dezavantajlı konumda bulunan kadın işçiler bakımından bu güçlüklerin daha da derinleşmesi olasıdır. Dolayısıyla, taciz mağduru işçiler bakımından adli yardımdan yararlanabilmek mahkemeye erişimi sağlamak bakımından büyük önem arz edecektir. Cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz bağlamında, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 23 sayılı Tavsiye Kararı'nda, devletlerin iş ilişkisinde fiziksel, zihinsel ve cinsel tacize uğrayanların adalete erişimini sağlamaya yönelik, adli yardımın da dahil olduğu politikalar geliştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁰⁸

Adli yardım HMK'nın 334-340. maddelerinde düzenlenmektedir. HMK m. 334/1'e göre *"Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler."* Bu düzenlemede, adli yardımdan yararlanmanın ödeme gücünden yoksunluk ve talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması olmak üzere iki şarta

⁷⁰⁷ Hatipoğlu Aydın, 2018, s. 131-135.

⁷⁰⁸ CESCR General Comment No. 23 2016 on the right to just and favourable conditions of work article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/23 para. 48.

bağlandığı görülmektedir. HMK yasalaştığında, talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması şartı, talebin başlangıçta haklı olduğu kanaatine varılması şeklinde düzenlenmişti. Daha sonra 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı yasayla yapılan bir değişiklikle bu şart hafifletilmiş ve adli yardımın kabulü kolaylaştırılmıştır; yasanın gerekçesinde de AİHM kararlarıyla uyumun sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.⁷⁰⁹

Adli yardımdan yararlanma şartlarından olan ödeme gücünden yoksunluk, yargılama giderlerini karşılayan kişinin sıkıntıya düşmesi olarak anlaşılmalıdır; kişinin sürekli bir geçim sıkıntısı çekmesi aranmamalıdır. Ortalama geçim düzeyine sahip kişiler de yargılama giderleri nedeniyle önemli maddi sıkıntı çekecekse adli yardıma başvurabilmelidir.⁷¹⁰ Önceki yasa döneminde aranan fakirlik belgesi HMK döneminde aranmamakta olup, adli yardım talebinde bulunan kişinin mali durumunu gösteren belgeleri mahkemeye sunması gerekmektedir.⁷¹¹ Uygulamada, ödeme gücünden yoksunluk şartının sıkı bir şekilde yorumlandığı ve böylece adli yardımdan yararlanmanın güçleştirildiği anlaşılmaktadır. Türkiye'ye karşı AİHM'e yapılan başvurularda söz konusu sorunun örneklerine rastlanmaktadır. Örneğin, bir olayda, iş kazası nedeniyle açacağı tazminat davasında adli yardıma başvuran ve hiçbir geliri olmayan, muhtarlıktan fakirlik belgesi bulunan başvurucunun talebi, ev sahibi olması ve altı çocuk babası olarak ailenin ihtiyaçlarını karşılayabilmesi sebebiyle reddedilmiştir. Bir başka örnekte, emekli aylığıyla geçinen ve fakirlik belgesi sunan ancak kendisini avukatla temsil ettiren bir kişinin adli yardım talebi reddedilmiştir. Bir diğer örnekte başvuru mahkemeye fakirlik belgesi sundukları hâlde kendilerini avukatla temsil

⁷⁰⁹ Aktepe Artık, 2014, s. 114-115. Karan, 2017, s. 421. Çelik Ö., 2020, s. 318.

⁷¹⁰ Atalay, 2017b, s. 2417-2418. Aktepe Artık, 2014, s. 110. Zor duruma düşme kavramının her zaman yoksulluk anlamına gelmeyeceği yönünde, Arslan – Yılmaz – Taşpınar Ayvaz – Hanağası, 2021, s. 770.

⁷¹¹ Karan, 2017, s. 421.

ettirdikleri gerekçesiyle adli yardım talepleri reddedilmiştir. Söz konusu kararların tamamında AİHM, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷¹² Yukarıda değinilen işçilerin adalete erişimine ilişkin araştırmada da katılımcı avukatlar, adli yardımın yaygın bir uygulama olmadığını ve işlevsiz olduğu düşünüldüğü için genellikle başvurulmadığını; adli yardım taleplerinin işçinin evi olması veya sigortalı bir işte çalışıyor olması gibi gerekçelerle reddedildiğini ifade etmişlerdir.⁷¹³

Genel olarak kadınların adalete erişimi bağlamında, CEDAW Komitesi de Türkiye'ye ilişkin periyodik değerlendirmesinde asgari ücretle çalışan kadınların adli yardıma uygun bulunmadığı, adli yardıma uygun olunan hâllerde bunun ispatının zahmetli olduğu tespitinde bulunmuştur; Komite, yeterli gelire sahip olmayan kadınlara (asgari ücret kazanıyor da olsalar) adli yardım sağlanması önerisinde bulunmuş, kırsal veya uzak alanlara ücretsiz adli yardım kliniklerinin kurulmasını önermiştir.⁷¹⁴ Benzer şekilde GREVIO şiddet mağduru dar gelirli kadınların adli yardım taleplerinin reddedildiğini ve adli yardıma uygunluğun ispatının zahmetli olduğunu tespit etmiş; adli yardım başvuru sürecinin kolaylaştırılarak, adli yardım bürolarında görevli avukatlara kadına yönelik şiddetle ilgili eğitim verilerek ve adli yardım bürolarında şiddet mağduru kadınların ihtiyaçları konusunda farkındalık yaratarak adli yardım koşullarının iyileştirilmesini önermiştir.⁷¹⁵ CEDAW Komitesi ve GREVIO raporlarından da ödeme gücünden yoksunluk kriterinin sıkı bir şekilde arandığı anlaşılmaktadır. Özellikle ödeme gücünden yoksunluk kriteri bağlamında, mahkemelerin adli yardıma erişimi

⁷¹² Söz konusu davalar sırasıyla *Tunç – Türkiye*, No. 20400/03, 21.2.2008; *Serin – Türkiye*, No. 18404/04, 18.10.2008; *M. ve S. Yiğit – Türkiye*, 52658/99, 17.7.2007, aktaran *Aktepe Artık*, 2014, s. 110-113.

⁷¹³ *Hatipoğlu Aydın*, 2018, s. 137.

⁷¹⁴ CEDAW Committee Concluding observations on the seventh periodic report of Turkey, 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/233/44/PDF/N1623344.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 15.8.2022, para. 22-23.

⁷¹⁵ GREVIO, Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of Istanbul Convention – Turkey, 2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>, Erişim Tarihi: 7.3.2020, s. 104.

kolaylaştıracak daha esnek bir yorum yöntemini tercih etmesinin gerektiği anlaşılmaktadır.⁷¹⁶ Öğretide ayrıca ayrımcılık mağdurları bakımından harçtan muafiyet getirilmesi veya harçlar bakımından adli yardım sağlanmasının gerektiği isabetle ifade edilmektedir.⁷¹⁷ Bu çözüm önerisi, aynı zamanda ayrımcılık oluşturan cinsel ve cinsiyetçi taciz davranışlarının mağduru işçilerin mahkemeye erişimini kolaylaştırabilecek niteliktedir.

Adli yardım bağlamında CEDAW Komitesi'nin Kadınların Adalete Erişimine Dair 33 sayılı Genel Tavsiye Kararı'ndaki diğer önerilerin bir kısmı bu çalışma konusu bağlamında sağlanması gereken adli yardımın nitelikleri bakımından yol göstericidir. Karara göre, adli yardım hizmeti kadınların ihtiyaçlarına yanıt verebilmeli, yargılamanın ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları dahil olmak üzere yargılama benzeri süreçlerin tamamında zamanında, sürekli ve etkili bir biçimde sağlanmalıdır. Adli yardım sağlayan avukatların, nitelikli ve toplumsal cinsiyete duyarlı olması sağlanmalıdır. Devletler, kadınlarda adli yardım ve adli yardımdan yararlanma koşulları hakkında farkındalık yaratan programlar geliştirmeli ve bu programlarda bilgi ve iletişim teknolojileri etkili bir şekilde kullanılmalıdır. Genel olarak, kadınlara adalet sistemi konusunda destek ve bilgi sağlamak üzere adli yardım sağlayan yetkin devlet dışı kuruluşlarla işbirliği yapılmalıdır.⁷¹⁸

Son olarak göçmen işçiler bakımından adli yardıma ve tercüme hizmetine değinilmelidir. HMK m. 334/3 uyarınca yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılılık şartına bağlanmıştır. Bu düzenleme adalete erişimleri zaten güç olan

⁷¹⁶ Aktepe Artuk, 2014, s. 119.

⁷¹⁷ Karan, 2017, s. 417.

⁷¹⁸ CEDAW Committee General Recommendation No. 33 on Women's access to justice, 2015, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_776_7_E.pdf, Erişim Tarihi: 15.8.2022.

göçmen işçilerin cinsel veya cinsiyetçi taciz mağduru olduklarında mahkemeye erişimini kısıtlayabilecek niteliktedir. Öğretide, adli yardımdan yararlanmada karşılıklılık şartının insan haklarıyla bağdaşmadığı ve düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği isabetle savunulmaktadır.⁷¹⁹ Anayasa Mahkemesi de yabancı uyruklu bir kişinin bireysel başvurusunda, adli yardım talebini değerlendirirken, talebin sadece karşılıklılık esasına uyulmadığı için reddedilmesinin bireysel başvurunun ruhuyla bağdaşmadığına hükmetmiştir.⁷²⁰ Göçmen işçiler bakımından dikkate alınması gereken bir diğer husus da mahkemede tercüme hizmetine ilişkindir. AİHS m. 6/3'te ceza yargılamasında ücretsiz tercüman hakkı düzenlenmişken hukuk yargılaması bakımından bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. HMK m. 263'te Türkçe bilmeyen tanığın tercümanla dinleneceği açıkça düzenlenmekle beraber davanın tarafları bakımından bir düzenleme yer almamaktadır. Mahkemenin dilini bilmeyen tarafın tercüman aracılığıyla dinlenmesi gerektiği açıktır.⁷²¹ Adli yardımın kapsamını düzenleyen HMK m. 335'te de tercüman giderleri yer almamıştır. Öğretide bir görüşe göre, mahkeme dilini bilmeyen tarafın tercüme giderlerini karşılaması gerekir; ancak bu giderlerin adli yardım kapsamında sağlanması da mümkün kılınmalıdır.⁷²² Bir diğer görüşe ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı hukuk yargılamasında da tanınmalıdır; ancak bu düzenleme yapılırken, adli yardıma paralel şekilde ödeme gücünden yoksunluk veya talebin ilk bakışta dayanaktan yoksun olmamasına ilişkin ölçütler getirilebilir ya da tercüme giderleri yargılama sonunda haksız çıkan tarafa yüklenebilir.⁷²³ CEDAW Komitesi de Türkiye'ye ilişkin denetiminde kadınların genel olarak adalete erişimindeki dil

⁷¹⁹ Çelik Ö., 2020, s. 320.

⁷²⁰ AYM, *Nadali Agheli Kohne Shahri*, No. 2014/12633, 9.9.2015, para. 16-20, Çelik Ö., 2020, s. 320.

⁷²¹ Tanrıver, 2004, s. 212. Aktepe Artık, 2014, s. 120-121.

⁷²² Tanrıver, 2004, s. 212.

⁷²³ Aktepe Artık, 2014, s. 123.

engellerine işaret ederek, özellikle Kürtçe ve Arapça dilleri dahil olmak ücretsiz adli yardım sağlanmasını önermiştir.⁷²⁴



⁷²⁴ CEDAW Committee Concluding observations on the seventh periodic report of Turkey, 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/233/44/PDF/N1623344.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 15.8.2022, para. 22-23.

§6. İŞVERENİN CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZE KARŞI ÖNLEM ALMA VE TACİZE SON VERME BORCU

I. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele borcunun yasal dayanakları, kişi ve yer yönünden kapsamı, işçinin özel yaşamının gizliliğinden kaynaklanan sınırları

1. Yasal dayanaklar

İşverenin iş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı önlem alma ve tacize son verme borçları hem işçiyi gözetme borcuyla hem de eşit davranma borcuyla ilişkili olup yasal dayanakları her iki borca ilişkin düzenlemelerde bulunabilir. Yukarıda Türkiye’de iş ilişkisinde cinsel tacize ilişkin hukukun gelişimi açıklanırken de değinilen bu yasal düzenlemelere kısaca tekrar yer verilecektir.

İsviçre hukukunda Medeni Kanun’un kişiliğin saldırıya karşı korunmasına ilişkin hükümlerinin işverenin cinsel tacize karşı gözetme borcunun kaynakları arasında görülmektedir. İsviçre MK m. 28’in karşılığı olan TMK m. 24’e göre: “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. 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.*” Kişilik hakları kavramına cinsel özgürlük dahildir ve cinsel özgürlük mutlak nitelik taşır. Cinsel özgürlüğün ihlali sadece ilgilinin rızasıyla hukuka uygun hâle gelir; başka hiçbir özel veya kamusal yarar cinsel özgürlüğe saldırının hukuka uygunluk nedeni olamaz.⁷²⁵ Cinsel taciz, bu düzenleme anlamında bir kişiliğe saldırı oluşturur ve tacizin

⁷²⁵ Tercier, 1984, s. 58-59. Cinsel tacizin TMK m. 23, 24, 25’i ihlal ettiği yönünde Aydın, 2002, s. 89.

istenmeme unsuru da kişilik hakkı zedelenen kişinin davranışa rıza göstermiş olma ihtimalini dışlar.⁷²⁶

İşverenin cinsel tacize karşı önlem alma ve cinsel tacize son verme borcu doğrudan TBK m. 417’de işçiyi gözetme borcu kapsamında düzenlenmiştir, işçinin kişiliğinin korunması başlıklı maddenin birinci fıkrasına göre: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” Öğretide maddedeki “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” ifadesinin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki “*moralité*” ifadesine uygun olarak ahlaka uygun bir düzen olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.⁷²⁷ Öte yandan, ahlak kavramı sorun yaratmaya elverişlidir; burada işçinin veya işverenin subjektif ahlak anlayışı dikkate alınamaz. Anlaşılması gereken objektif ahlak olmakla beraber bu değerlendirmelerin yargıcın kişisel kanısından etkilenmesi zaman zaman kaçınılmaz olabilir.⁷²⁸ Yasanın gerekçesinde de işçilerin rahatça ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanmasının amaçlandığı ve bunun ölçüsünün ahlaka uygun bir düzen olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme, TMK m. 24’te (İsviçre MK m. 28) korunan değerlerle aynılarını korumakla beraber, daha ileride bir koruma sağlayarak işverene sadece bu değerlere saygı duymayı değil; bu değerlere diğer işçiler, işveren vekilleri veya üçüncü kişilerden gelebilecek saldırılara karşı işçiyi korumak için önlem alma borcunu yüklemektedir.⁷²⁹ Bu düzenleme maddede sayılan davranışların iş ilişkisinde

⁷²⁶ Lempen, 2006, s. 195.

⁷²⁷ Süzek, 2021, s. 415. Madde gerekçesinde de işverenin işyerinde ahlaka bir düzen sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir.

⁷²⁸ Sevimli, 2013, s. 120.

⁷²⁹ Wyler – Heinzer, 2014, s. 314. Thévenoz, 1987, s. 289. Aubert, 2003, s. 1728. Deveaud-Plédran, 2011, s. 124. Dunand – Tornare, 2015, s. 33-34.

gerçekleşmesini önleme ödevini işverene yükleyerek aynı zamanda işvereni başkalarının davranışlarından sorumlu tutmaktadır.⁷³⁰ TBK m. 417’de korunan değerler arasında işçinin fiziksel ve zihinsel sağlığı, özel yaşamı, kişisel özgürlükleri, saygınlığı ve cinsel özgürlüğü yer almaktadır.⁷³¹ Cinsel tacizin kişinin cinsel özgürlüğüne bir saldırı olduğu bakış açısıyla, hükümdeki ahlaka uygunluk ifadesinden ataerkinin şekillendirdiği geleneksel genel ahlak anlaşılmalıdır.

İSGK m. 4’te işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu genel olarak düzenlenmiştir. Yasada aralarında cinsel ve cinsiyetçi tacizin bulunduğu psikososyal riskler anılmamış da olsa, bunların İSGK bağlamında çalışanların sağlık ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüğü gereği önlenmesi gerektiği açıktır.⁷³² Yukarıda psikososyal risklerin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına dahil edilmesi gerektiği açıklanırken bu konuya ayrıntılı olarak yer verildiğinden tekrara düşmemek adına, buradaki açıklamalar sınırlı tutulmuştur.

İş Kanunu, işverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize önlem alma borcunun bir diğer yasal dayanağını oluşturmaktadır. İK m. 24/II’nin (b) bendinde işverenin işçiye tacizde bulunması ve (d) bendinde işçiye bir başka işçi veya üçüncü bir kişinin tacizde bulunması ve durum işverene bildirildiği hâlde işverenin önlem alınmaması işçi açısından haklı fesih sebebi olarak düzenlenmektedir. Dolayısıyla işveren, öncelikle kendisi tacizde bulunmama, ardından işçiler tacize uğradığında önlem alma borcu altındadır. İK m. 25/II-c’de ise işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunması işveren açısından bir haklı fesih sebebi olarak düzenlenerek, cinsel tacize son verme borcu

⁷³⁰ Wyler – Heinzer, 2014, s. 314.

⁷³¹ Brunner – Bühler – Waeber – Bruchez, 2004, s. 141. Lempen, 2006, s. 196. Dunand, 2013, s. 274-276. Dunand – Tornare, 2015, s. 33.

⁷³² Cinsel taciz bakımından iş sağlığı ve güvenliği kural ve esaslarının uygulanacağı yönünde, Özdemir, 2014, s. 97. Cinsel tacizin de aralarında bulunduğu psikososyal risklere karşı İSGK bağlamında önlem alınması gerektiği yönünde, Kandemir, 2017, s. 106-107.

altında olan işverene borcunu yerine getirmesine elverişli bir hukuki araç sunulmuştur. İş Kanunu aynı zamanda cinsiyet temelli tacizlerin ayrımcılıkla ilişkisinin kurulması için de yasal dayanak sunmaktadır. Cinsel ve cinsiyetçi taciz, iş ilişkisinde ayrımcılığı yasaklayan İK m. 5 kapsamında değerlendirilebilir.⁷³³

Cinsel ve cinsiyetçi taciz kavramlarının ayrımcılıkla ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir diğer yasal dayanak TİHEKK'tir. Yasada taciz hem psikolojik hem cinsel tacizi kapsayacak şekilde tanımlanmış (m. 2/1-j), taciz yasa kapsamındaki ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır (m. 4). TİHEKK, kapsamına aldığı ayrımcılık temelleri bakımından sınırlı sayma yapmış olmakla beraber (m. 3/2), cinsiyet bu bağlamda ayrımcılık temellerinden sayıldığından cinsel ve cinsiyetçi taciz yasa kapsamında ayrımcılık oluşturmaktadır. Böylece, cinsel taciz yasada cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık kapsamına alınmıştır.⁷³⁴

2. Kişi, yer ve zaman yönünden kapsam

a. Kişi yönünden kapsam

TBK m. 417 düzenlemesi tabi olduğu yasaya bakılmaksızın tüm işçiler yönünden uygulanabilir niteliktedir. İK, BİK ve DİK'te işverenin işçiyi gözetme borcu konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla genel hüküm niteliğindeki TBK m. 417 hükmünün her üç kanun kapsamındaki işçiler yönünden de uygulanması gerekmektedir.⁷³⁵ İSGK “*kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere*

⁷³³ Yıldız, 2008, s. 109. Yuvalı, 2012, s. 111. Özdemir, 2014, s. 98. Manav Özdemir, 2016, s. 210-211. Baycık, 2018, s. 276-277. Erkanlı Başbüyük, 2020, s. 250-251.

⁷³⁴ Demir, 2021, s. 298. İşverenin işçiyi cinsel tacize karşı koruma borcunun kaynaklarından birinin TİHEKK olduğu yönünde, Arıcı, 2022, s. 155.

⁷³⁵ Sözek, 2021, s. 231.

tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” (m. 2/1). Kanun kapsamına girmeyen kişi ve faaliyetler m. 2/2’de düzenlenmektedir.⁷³⁶ İşverenin İSGK uyarınca, çırak ve stajyerler bakımından da cinsel ve cinsiyetçi tacizin de aralarında bulunduğu psikososyal riskleri önleme yükümlülüğü vardır. İSGK, ev hizmetlerinde çalışan işçileri kapsam dışında tutmuşsa da işveren zaten TBK uyarınca bu kişiler bakımından cinsel tacizle ilgili önlem almak zorundadır. Bu çalışmanın kapsamında bulunmayan kamu görevlileri yönünden de işverenin İSGK uyarınca cinsel ve cinsiyetçi tacizi önlemekle yükümlü olduğu hatırlatılmalıdır. İşverenin henüz iş sözleşmesinin kurulmadığı aşamada dahi işverenin işçi adayını kişiliğine yönelik saldırılardan koruma borcu bulunmaktadır.⁷³⁷ Bu borcun kapsamına aday cinsel ve cinsiyetçi tacizden korumak da dahildir.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz davranışları, işveren vekili gibi hiyerarşik üst konumunda bulunan kişiler, diğer işçiler veya üçüncü kişilerden kaynaklanabilir. Üçüncü kişiler, işverene iş sözleşmesiyle bağlı olmayan ancak işyerinde bulunan, müşteriler, tedarikçiler veya işverenin başka bir tür sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu kişiler olabilir. İşverenin tüm bu kişilerden gelebilecek tacizlere karşı önlem alması ve taciz gerçekleştiğinde tacize son vermek veya tekrarlanmasını engellemek üzere harekete geçmesi gerekmektedir.⁷³⁸

Bu kısımda esas olarak vurgulanmalıdır ki; işverenin cinsel tacize karşı önlem alma borcunun kişi yönünden kapsamı, işçinin yaptığı işin veya işyerinin niteliğine göre

⁷³⁶ “Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz: a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri. b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri. c) Ev hizmetleri. ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar. d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.”

⁷³⁷ Brunner – Bühler – Waeber – Bruchez, 2004, s. 140. Lempen, 2006, s. 197. Dunand, 2013, s. 273. İsviçre Federal Mahkemesi, TF 2C_103/2008, 30.06.2008.

⁷³⁸ Lempen, 2006, s. 197.

değişiklik göstermez. İşçinin cinsel çekiciliğinin veya cinselliğinin şu veya bu ölçüde emek gücüne dahil olduğu işlerde işverenin *quid pro quo* tacize ve diğer işçiler ya da işveren vekillerden kaynaklanan düşmanca çalışma ortamı yaratan tacize karşı önlem alması gerektiği açıktır. Bu tür işlerde, müşterilerden işçilere yönelen tacizler bakımından işverenin sorumluluğunun doğup doğmayacağı ABD hukukunda tartışma konusu olmuştur. Söz konusu tartışma, ABD’de argoda kadın memesi anlamına gelen “*Hooters*” adlı bir restoranda cinsel açıdan provakatif kıyafetlerle çalışan kadın garsonların, işverenin müşterilerin garsonlara cinsel içerikli yorumlar yapmak ve tekliflerde bulunmakta serbest hissettiği bir çalışma ortamı yarattığı iddiasıyla açtıkları cinsel taciz davalarından kaynaklanmaktadır.⁷³⁹ İşçinin cinsel çekiciliğinin veya cinselliğinin emek gücüne dahil olduğu diğer işlere örnek olarak, kumarhanelerde vücudu gösteren kıyafetler giyilmesini gerektiren kokteyl garsonluğu, kumar masasında kart dağıtma işi, striptiz ve benzeri dansları yapan dansçılar, fuhuşun yasal olduğu eyaletlerde genelevlerde çalışanlar gösterilmiştir.⁷⁴⁰

Öğretide bir görüş, cinsel çekiciliğin önem taşıdığı bu işte bilerek ve gönüllü olarak çalışan kadınların, müşterilerden gelecek taciz riskini kabullendiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla işverenin, müşterilerin gerçekleştirdiği cinsel tacizlerle ilgili sorumluluğu olamaz.⁷⁴¹ Buna karşılık, işçinin riski kabul ettiği şeklinde bir savunmaya itibar edilemeyeceği isabetle ileri sürülmüştür. “*Risk savunması*”na itibar edildiği takdirde, işverenin bu tür işlerde çalışan işçiler bakımından gözetme borcu ortadan kaldırılmış olur. Bu argüman aynı zamanda sınıf ayrımcılığı oluşturur; zira eğitim alabilen ekonomik olarak avantajlı kadınlar bu işlerde çalışmamaktadır. Söz konusu görüş kabul edildiği takdirde, “*Hooters*” restoranında çalışan işçinin müşterinin kendisine

⁷³⁹ Söz konusu davalar uzlaşmayla “*settlement*” sonuçlanmıştır. *Timmons*, 1995, s. 1108-1109.

⁷⁴⁰ *McGinley*, 2006, s. 97.

⁷⁴¹ *Timmons*, 1995, s. 1145-1147.

dokunmasına ve bedeninde dair müstehcen yorumlarda bulunmasına rıza gösterdiği varsayılır. Dolayısıyla tacizde bulunan erkekler, işveren ve genel olarak da toplum, tacizle ilgili sorumluluktan kurtulurken, erkeklerden gelen cinsel taciz davranışlarını düzeltme sorumluluğu kadınların omuzlarına yüklenmiş olur. Ayrıca, “*risk savunması*”nı kabul etmek, cinselliğin veya cinsel çekiciliğin emek gücüne dahil olmadığı işlerde çalışan kadınlara sağlanan korumayı da geriye götürecektir; bu savunma kabul edildiği takdirde örneğin cinsiyetçi bir ortamda çalışmayı kabul etmiş kadının taciz iddiaları da dinlenemez hâle gelecektir.⁷⁴²

Kadın işçilerin cinsel çekiciliklerinin veya cinsel güçlerinin emek gücüne dahil olduğu işlerde hangi davranışın taciz oluşturacağı, işin niteliğine göre elbette değişiklik gösterecektir. Örneğin, striptiz gibi danslar yapan bir işçi yönünden tezahüratlar, uzun uzun bakılmak işin bir parçası olarak nitelendirilebilecekken, agresif seslenmeler, ısrarlı takip, dokunmak iş tanımına dahil görülemez ve bu tür davranışlar işçi tarafından istenmiyorsa taciz gerçekleşmiş olur.⁷⁴³ İşçinin cinsel tacize uğrama riskinin arttığı işlerde işveren gerekli önlemleri de almalıdır.⁷⁴⁴ ABD örneğinde, kumarhane, striptiz gibi dansların yapıldığı kulüplerde hâlihazırda kamera sistemleri ve güvenlik görevlileri çalışmaktadır; dolayısıyla mevcut güvenlik önlemleri işçilerin cinsel tacizden korunması için de rahatlıkla kullanılabilir.⁷⁴⁵ ABD’de “*Hooters*” örneği üzerinden, işverenin restorana müşterilere yönelik olarak tacize tolerans gösterilmeyeceğine yönelik posterler asması, işveren veya işveren vekilinin tacize tanıklık etmesi veya işçinin şikâyeti üzerine harekete geçmesi ve tacizci müşterinin restorandan çıkarılması gibi önlemler önerilmiştir. Tacize uğrayan işçinin tacizci müşteriye servis yapmaması veya

⁷⁴² McGinley, 2006, s. 90.

⁷⁴³ McGinley, 2006, s. 105, 108.

⁷⁴⁴ McGinley, 2006, s. 98.

⁷⁴⁵ McGinley, 2006, s. 90.

müşteriden restoranı terk etmesini istemek ise isabetli olarak yetersiz önlemler olarak görülmüştür.⁷⁴⁶ Ülkemiz açısından da pavyon, gece kulübü gibi yerlerde çalışan ve cinsel çekicilikleri veya cinsellikleri farklı ölçülerde emek gücüne dahil olan işçiler bakımından işverenler müşterilerden gelecek cinsel tacize karşı önlem alma borcu altındadır. Müşteriden gelecek tacizin baştan engellenmesi ciddi güçlükler barındırır; ancak taciz gerçekleştikten sonra işverenin tacize göz yummaması ve müşteriyi işyerinden çıkarmak ve bir daha işyerine kabul etmemek gibi önlemlere başvurusu gerekir.

b. Yer ve zaman yönünden kapsam

İşverenin işçiyi gözetme borcunun yer yönünden sınırları işyerinden ibaret değildir. İş sağlığı ve güvenliği bakımından, işyerinde değil işin yapıldığı yerlerde önlem esastır; burada işverenin iş organizasyonunun bulunduğu yerler değil, faaliyetlerini sürdürdüğü yerler önem taşır. İş sağlığı ve güvenliğine dair normların bağlama noktasını işyeri değil faaliyet alanı oluşturmaktadır.⁷⁴⁷ Her ne kadar, TBK m. 417/1'de işverenin işyerinde dürüstlük kurallarına uygun bir düzen kuracağı ve özellikle cinsel taciz ile psikolojik tacize karşı önlem alacağı düzenlenmiş; benzer şekilde maddenin ikinci fıkrasında işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için önlem alma borcuna yer verilmişse de buradaki önlemlerin alınacağı yerin coğrafi sınırları işyerinden ibaret

⁷⁴⁶ Rhee, 1997, s. 202-203. Öte yandan yazarın radikal feminist görüşlere eleştiri olarak sunduğu kadın cinselliğinin metalaştırılmasının bir sosyal gerçeklik olması nedeniyle kaçınılmazlığına dayanan görüşlerine katılmak mümkün değildir; yazarın kadın cinselliğinin metalaştırılmasıyla mücadele edilirken erkek cinselliğinin sergilenmesine karşı çıkılmaması hâlinde erkek cinselliğinin norm hâline geleceği ve bundan kadınların zarar göreceği yönündeki endişeleri sosyal gerçeklikten kopuktur ve kadın cinselliğinin kadınların erkeklerden güçlü olduğu tek alan olduğu ve bunun kullanılmasının ortadan kaldırılmasının kadınların zararına olacağı yönündeki değerlendirmeleri isabetsizdir, s. 187-189.

⁷⁴⁷ Doğan Yenisey, 2007, s. 386. Aynı yönde, Sevimli, 2013, s. 121. Özdemir, 2014, s. 122-123.

olamaz. TBK'dan farklı olarak, İSGK m. 4'te işverenin işle ilgili sağlık ve güvenlik önlemlerini alacağını düzenlenmektedir.

Cinsel tacizle ilgili önlem alma borcunun sınırlarının da işyerinden ibaret olduğu söylenemez. Daha geniş bir ifadeyle, işverenin işçiyi cinsel tacizden koruma yükümlülüğünün sadece işçinin işyerinde, iş saatleri içerisinde veya işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada mevcut olduğu kabul edilemez.⁷⁴⁸ Örneğin bir işveren vekilinin işçiyi işyeri dışında taciz etmesi olasıdır; bu tür örneklerde özel yaşam ve iş yaşamı arasında kesin sınırlardan bahsedilemez.⁷⁴⁹ Yargıtay da cinsel tacizin mesai saatleri veya işyeri dışında gerçekleşebileceğini kabul etmektedir.⁷⁵⁰

Öğretide bir görüş, işverenin işçiyi cinsel tacizden koruma yükümlülüğünü tacizin failine göre sınıflandırmaktadır; buna göre işçinin iş saatleri, işyeri ve işverenin otoritesi dışındayken, bir işveren vekili, işverenin diğer bir işçisi ya da bir müşteri tarafından taciz edilmesi mümkündür. Bu görüşe göre, işveren ve işveren vekilleri, her koşulda işyeri dışında da işçinin kişiliğine saygı göstermekle yükümlüdür. İşverenin işçiyi, diğer işçiler ve üçüncü kişilerin tacizlerinden koruma yükümlülüğü, tacizin ciddiyet ve tekrarlanma sıklığına göre saptanmalıdır.⁷⁵¹ Bir diğer görüşe göre, işçilerin özel yaşamlarındaki görüşmeleri sırasında ortaya çıkan tacizler işverenin sorumluluğunu doğurmaz ve genel hükümler kapsamında sadece tacizcinin sorumluluğunu doğurur; ancak tacizin işyerinde yansımaları varsa işverenin işyerinde önlem alması gerekebilir.⁷⁵² Bir başka görüşe göre işverenin işyeri dışında gerçekleşen tüm

⁷⁴⁸ Bakırcı, 2000, s. 158. Dursun Ateş, 2019, 515-516. Aynı işyerinde çalışan iki işçiden birinin diğerini taciz etmesi hâlinde tacizin gerçekleştiği yerden bağımsız olarak işverenin öğrendiği tacize karşı önlem alması gerektiği yönünde, Senyen Kaplan, 2020, s. 321. Arıcı, 2022, s. 250.

⁷⁴⁹ Serrand-Mitton, 2018, s. 61.

⁷⁵⁰ Yargıtay 9. HD. 4.11.2010, 2008/37500, 2010/31544, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁷⁵¹ Bakırcı, 2000, s. 158.

⁷⁵² Manav Özdemir, 2016, s. 203.

tacizlerden işçiyi koruma yükümlülüğü olmamakla beraber, yapılan iş ve taciz arasında uygun illiyet bağı kurulabildiği takdirde; örneğin işçinin işyeri dışında işveren vekili, görevi nedeniyle görüşmek durumunda olduğu bir işçi veya müşteri tarafından taciz edilmesi hâlinde işveren işçiyi koruma borcu altındadır. İşverenin işçiyi işyeri dışındaki tacizlerden koruma borcunun varlığı için işveren sıfatıyla konuya müdahale edebilecek konumda olması gerekli ve yeterlidir.⁷⁵³

O hâlde işveren, işyeri sınırları dışında da cinsel ve cinsiyetçi tacizle ilgili alınması mümkün olan önlemleri almalıdır. Bu bağlamda faile veya taciz sıklığına göre ayrıntılı bir sınıflandırmaya gidilmeden, işverenin işveren sıfatıyla müdahale edebileceği tacizlerden işçiyi koruması gerektiği değerlendirilmesi yerindedir. Örneğin, yukarıda cinsel taciz olgusuna ilişkin örgütsel görüşler açıklanırken değinildiği üzere, hizmetler sektöründe müşteriyle iletişim gerektiren işlerde işçinin kişiliğinin de emek gücüne dahil görülmesi ile cinsel taciz riski artmaktadır. Yine işçinin izole şekilde, tek başına çalışması da cinsel taciz riskini artıran faktörlerdendir.⁷⁵⁴ İşçinin müşterilerin konutu gibi işyeri dışında müşteriyle yalnız kalarak iş göreceği hâllerde, işverenin işyeri dışındaki işlere özellikle kadın işçileri tek başına göndermek yerine iki kişilik ekipler hâlinde çalıştırması dahi işyeri dışında alınabilecek bir önlem olarak görülebilir.

Son olarak işverenin işçiyi gözetme borcunun sınırlarının iş sözleşmesinin kurulmasından öncesine ve sonrasına uzanmasının mümkün olabileceği eklenmelidir. İş sözleşmesi görüşmeleri sırasında tarafların sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülüklerin ihlali hâlinde henüz sözleşme kurulmamış olduğu hâlde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanacağı kabul

⁷⁵³ *Sevimli*, 2013, s. 121-122.

⁷⁵⁴ Bkz. yukarıda §2-III-2.

edilmektedir.⁷⁵⁵ İsviçre hukukunda TBK m. 417'ye kaynaklık eden İsviçre BK m. 328 hükmünün sözleşme görüşmeleri sırasında uygulanacağı Federal Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.⁷⁵⁶ İster sosyal temasa dayanan koruma yükümlülüklerinden ister TBK m. 417'den kaynaklandığı kabul edilsin, işveren aday işçiyi sözleşme görüşmeleri sırasında taciz ederse sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumluluğu doğacağı açıktır. Öte yandan tacizci görüşmeyi yürüten bir işveren vekili de olabilir. Kanımca TBK m. 417'de işverenin gözetme borcunun kapsamı da belirlendiğinden işçi adayları açısından daha elverişli bir koruma sağlayacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, aynı zamanda iş sözleşmesi sona erdikten sonra da İsviçre BK m. 328'in belirli ölçüde uygulama alanı bulabileceği yönünde kararlar vermiştir; bu kararlara konu olan olaylarda iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverenin iş aracılara işçi hakkında olumsuz bilgiler vererek yeni iş bulmasını engellemesi⁷⁵⁷ ve işçinin iş sözleşmesinin sona erme nedeni sebebiyle kamuoyuna açıklama yapması söz konusudur.⁷⁵⁸ Öte yandan içtihadta hangi şartlarda m. 328 korumasının iş ilişkisinin sona ermesinden sonra devam edeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.⁷⁵⁹ Öğretide bir görüş, İsviçre BK m. 328'den kaynaklanan korumanın sözleşmenin sona ermesinden sonra süreceğine katılırken,⁷⁶⁰ aksi görüşe göre burada

⁷⁵⁵ *Süzek*, 2021, s. 320-322. Sözleşme öncesi kusura dayanan sorumluluktan kaynaklanan tazminat davaları genel mahkemelerde görülür, Yargıtay 9. HD. 17.09.2020, 2016/20712, 2020/8343, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 2.1.2023.

⁷⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, 2C/103/2008, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 2.1.2023. Federal Mahkeme ile aynı yönde görüş bildiren yazarlara karşılık, *Wylar – Heinzer*, 2014, s. 324. *Brunner – Bühler – Waeber – Bruchez*, 2004, s. 140. Aksi yönde sözleşme görüşmeleri sırasında TMK m. 24 vd.'ye karşılık gelen kişiliğin korunmasına ilişkin İsviçre MK 27 vd. hükümleri uygulanmasını savunan görüş de mevcuttur, *Bettex*, 2012, s. 65.

⁷⁵⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, 4C/379/2002, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 2.1.2023, *Bettex*, 2012, s. 59.

⁷⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, 4C.116/2004, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 2.1.2023, *Bettex*, 2012, s. 59.

⁷⁵⁹ *Bettex*, 2012, s. 61.

⁷⁶⁰ *Brunner – Bühler – Waeber – Bruchez*, 2004, s. 140.

İsviçre MK'nın TMK 24 vd.'ye karşılık gelen m. 27 vd. hükümleri uygulanmalıdır.⁷⁶¹ Cinsel ve cinsiyetçi tacizler açısından, tacizin sona ermiş iş sözleşmesiyle ilişkisinin varlığı, tazminat taleplerinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine, dolayısıyla TBK m. 417'nin ihlaline dayandırılmasında bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Örneğin, eski işçinin işyerine referans yazısı almak üzere geldiği sırada işveren veya işveren vekili tarafından taciz edilmesi hâlinde (yazının verilmesinin cinsel bir isteğin yerine getirilmesi koşuluna bağlanması, eski işçinin fiziksel olarak taciz edilmesi gibi), her ne kadar sözleşme sona ermiş olsa da taciz sözleşmeden kaynaklanan otorite ilişkisinin uzantısından faydalanılarak gerçekleştirilmektedir; bu durumda TBK m. 417'nin ihlal edildiği kabul edilebilir. Buna karşılık eski işverenin sosyal hayatta karşılaştığı eski işçiyi taciz etmesi hâlinde aynı sonuca varmak mümkün olmamalı; tazminat talepleri haksız fiil hükümlerine dayanmalıdır.

3. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele ödevinin sınırı olarak işçilerin özel yaşamına saygı hakkı

İşçilerin işyerinde geçirdiği zaman yalnızca mal ve hizmet üretimine yönelik faaliyetlere özgülenmiş değildir; işçiler işyerinde aynı zamanda bir sosyal yaşam sürerler ve arkadaşlık ilişkileri, bazen de duygusal ilişkiler kurarlar. İşçinin, özel yaşamı çalışma süreleri içerisinde de varlığını sürdürür; dolayısıyla işverenin işçi üzerinde ne tam ne de sınırsız bir yönetim hakkı vardır.⁷⁶² Özel yaşama saygı hakkı, kişinin mahremiyetinin korunmasının ötesinde, bireyin kişiliğini geliştirmek ve gerçekleştirmek için diğer insanlarla ve dış dünyayla belirli bir ölçüde ilişki kurma ve geliştirme hakkını

⁷⁶¹ Bettex, 2012, s. 61.

⁷⁶² Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 859.

da kapsar.⁷⁶³ İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı önlem alma borcu ve işçilerin özel yaşamına saygı hakkı bazı hâllerde birbiriyle çatışabilecektir. Cinsel tacizin önlenmesi amacı, işverenin işçilerin özel yaşamına yönelik sınırsız ve ölçüsüz bir müdahalenin kapısını aralamamalıdır. Bu bağlamda işverenin cinsel tacizle mücadele ödevinin sınırı olarak işçilerin özel yaşamına saygı hakkı, işçilerin aralarındaki kişisel ilişkilere müdahaleler, giyim ve dış görünürlere ilişkin müdahaleler, işçilerin iletişimlerinin denetlenmesi ve kamerayla gözetlenmeleri bağlamında kısaca değerlendirilecektir.

a. İşçilerin kişisel ilişkilerine yönelik müdahaleler

İşverenler çeşitli nedenlerle işçiler arasındaki duygusal ilişkilere müdahale edebilmektedirler. ABD’de işverenler işçiler arasındaki ilişkileri yasaklamaya veya düzenlemeye yönelik politikalar benimseyebilmektedir. Bu tür müdahalelerin altında dini veya ahlaki nedenler, çıkar çatışmalarını engellemek, verimlilik gerekçeleri, amir ve ast arasındaki ilişkilerde otorite istismarını veya kayırmacılığı engellemek veya cinsel tacizi engellemek gibi gerekçeler bulunabilmektedir.⁷⁶⁴ Ayrıca işyerinin duygular ve cinsel arzu gibi öngörülemeyen etkilerden korunmasına ilişkin kaygılar da mevcuttur.⁷⁶⁵

Cinsel taciz ve rızaya dayalı ilişkiler arasında ilk bakışta bir bağlantı bulunmamaktadır; ancak da ilişki sona erdikten sonra ortaya çıkabilecek birtakım sorunlar işçiler arasındaki ilişkilere müdahale edilmesine gerekçe gösterilmektedir. İlişki sona erdikten sonra taraflar veya taraflardan biri uygunsuz davranışlarda

⁷⁶³ Çetin, 2015, s. 188. dn. 59 ve orada anılan AIHM kararları.

⁷⁶⁴ Boyd, 2010, s. 327-328.

⁷⁶⁵ Schultz, 2003, s. 2073. Clarke L., 2006, s. 350.

bulunabilir; örneğin eski partnerini cezalandırmaya yönelik, fesih, işyerindeki pozisyonunu düşürmek ve çalışma yerini değiştirmek gibi davranışlar ya da taciz davranışlarında ya da genel olarak aşağılayıcı davranışlarda bulunabilir.⁷⁶⁶

ABD bakımından, işçiler arasındaki ilişkilere yönelik yasaklar veya sınırlamalar getirilmekte ve bunların kapsamına cinsel taciz tanımına girmeyen ya da işyerindeki cinsiyet eşitliğine zarar vermeyen davranışlar da dahil edilebilmektedir.⁷⁶⁷ Görünüşte cinsel tacizi engelleme amacını taşıyan bu tür sınırlamaların esas nedeni işverenin olası cinsel taciz davalarından korunmak istemesidir.⁷⁶⁸ ABD’de işverenler iş ilişkisinde cinsiyet eşitliğini ileriye taşıyacak doğum izni veya eşit işe eşit ücret haklarını isteyerek benimsememişlerdir; ancak işçiler arasındaki ilişkilere müdahale kabul edilebilir bulunmuştur.⁷⁶⁹

ABD öğretisinde *MacKinnon*’ın, kadınların erkekler tarafından taciz edilmelerinin nedeni kadın cinselliğinin toplumsal anlamından kaynaklandığı yönündeki görüşleri, en azından ast ve üstler arasındaki ilişkilerin yasaklanmasına dair fikirlere kaynaklık etmiştir.⁷⁷⁰ *Estrich*, işverenlerin işçiler arasındaki ilişkilere müdahalelerinden farklı gerekçelerle, iş ilişkisinde en azından doğrudan ast üst konumundaki işçiler arasında cinsel ilişkilerin yasaklanmasını açıkça savunmaktadır. Yazarın bu görüşlerinin altında cinsel taciz ve cinsel saldırı davalarında, mahkemelerin saldırgan cinselliği rutin olarak normal, güç istismarını kabul edilebilir ve kadınların cinsel ilişkide insan olarak görülmemesini önemsiz bulmasına dair eleştirileri yatmaktadır. Yazara göre mevcut durumda iş ilişkisinde azınlığın “rıza dayalı” cinsel ilişki kurabilmesi, çoğunluğun

⁷⁶⁶ *Clarke L.*, 2006, s. 349-350.

⁷⁶⁷ *Schultz*, 2003, s. 2090.

⁷⁶⁸ *Schultz*, 2003, s. 2090. *Boyd*, 2010, s. 328.

⁷⁶⁹ *Clarke L.*, 2006, s. 350.

⁷⁷⁰ *Cohen*, 2002, s. 132. *MacKinnon*, 1979, s. 174.

karşılaştığı baskı ve onur kırıcı davranışlar pahasına korunmaktadır. Ancak yazarın önerdiği çözüm iş ilişkisinde cinselliğin tamamen sona ermesi anlamına gelmeyecek, erkeklerin geçmişte cinsel ilişki yaşadıkları veya kendilerini reddetmiş kadınlar hakkındaki işle ilgili kararlarının daha titizlikle incelenmesini sağlayacaktır.⁷⁷¹ Ayrıca ABD’de esas kaygısı işletme verimliliği değil, cinsiyet eşitliği olan feminist aktivistler dahi, profesyonellik ve verimliliğe ilişkin argümanları pozisyonlarını meşrulaştırmak için kullanabilmişlerdir.⁷⁷²

Schultz’a göre, her türlü cinsel konuşma, davet ve ilişki, ayrımcı ve zararlı değildir; tam da bu nedenle cinsel taciz tanımında istenmeme ölçütü vardır.⁷⁷³ Aşırı nitelikli yasaklar, ABD Medeni Haklar Yasası’nın 7. başlığının esas amacının cinselliği düzenlemek değil, ayrımcılığı engellemek olduğunu unutturmuştur. Yazara göre, taciz cinsiyete dayalı ayrışma ve organizasyon yapısıyla değil erkeklerin psikoseksüel eğilimleri ile ilgili görüldüğü zaman cinselliği kontrol altına almak mantıklı bir çözüm gibi görünebilir. Ancak, aşırı sınırlamalarla kontrol sağlama çabası, gerçekte taciz olmayan davranışların da taciz sayılacağı endişesiyle kadınların işyerinden dışlanmalarına neden olabilir.⁷⁷⁴ İşyerlerinde cinsel nitelikli olan ve olmayan ilişkilerin gelişmesi kaçınılmazdır; işverenlerin işçiler arasındaki ilişkileri, cinsel içerikli konuşmaları, hatta cinsel olarak nitelendirilebilecek bakışma ve hareketleri önceden yasaklaması güvensiz bir ortam yaratır.⁷⁷⁵ Yazara göre, işçiler arasındaki cinsel ilişkilere müdahale, cinsel nitelikli olmayan ilişkilere müdahaleyle aynı standarda tabi tutulmalıdır ve ancak işyeri çıkarlarına zarar verildiğine dair açık bir kanıt veya bir çıkar

⁷⁷¹ *Estrich*, 1991, s. 860.

⁷⁷² *Saguy*, 2003, s. 119.

⁷⁷³ *Schultz*, 2018a, s. 35.

⁷⁷⁴ *Schultz*, 2003, s. 2131-2134.

⁷⁷⁵ *Schultz*, 2003, s. 2166.

çatışmasına neden oluyorsa mümkün olmalıdır.⁷⁷⁶ Yazar cinselliğin kadınlara karşı sıklıkla bir silah olarak kullanılabildiğini yadsımamakla beraber, bu durumların cinsiyet yönünden yatay veya dikey olarak ayrılmış ve ayrımcı tutumların benimsendiği işyerlerinde daha sık ortaya çıktığını ifade etmekte; genel çözüm olarak da işyerinde cinsiyete dayalı ayrışmanın sona erdirilmesini önermektedir.⁷⁷⁷

Hukukumuz açısından işverenin işçiler arasındaki romantik (veya cinsel) ilişkilere yasaklama getiremeyeceği öğretide isabetle kabul edilmektedir.⁷⁷⁸ İşveren işçiler arasındaki ilişkileri iş sözleşmeleri hükümleri, sözlü ya da yazılı talimatlarla yasaklasa dahi söz konusu yasak TMK m. 23 uyarınca geçersizdir.⁷⁷⁹ İşçiler arasındaki ilişki ast-üst konumundaki işçiler arasında dahi gelişse benimsenecek çözüm aynı olmalıdır; işveren bu tür ilişkilere müdahaleden kaçınmalı; ancak iş ilişkisinde cinsel tacize tolerans gösterilmeyeceğini de politikalarıyla ve bu politikayı tutarlı şekilde uygulayarak göstermelidir.⁷⁸⁰ İşçiler arasında bir ilişki bulunduğu öğrenen işveren, işçinin özel hayatına saygı göstermek durumundadır.⁷⁸¹ Aksi bir bakış açısının kabulü, işverenin yönetim hakkının sınırlarını ölçüsüzce genişletir ve işçilerin özel yaşamına müdahale oluşturur.

Cinsel taciz bağlamında, özellikle ast-üst arasındaki ilişkilerin işverene bildirilmesinin zorunlu tutulup tutulamayacağı konusu da tartışılmalıdır. Kanımca, bu tür bir zorunluluk getirmek ABD öğretisinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda, cinsel

⁷⁷⁶ Schultz, 2003, s. 2186-2188.

⁷⁷⁷ Schultz, 2003, s. 2171. Yazarın işyerinde ayrışma ve cinsel taciz ilişkisi hakkındaki görüşlerine yukarıda ABD’de cinsel taciz teorisinin gelişimi kısmında ayrıntılı olarak yer verildiğinden burada yazarın görüşü hatırlatılmakla yetinilmiştir. Bkz. yukarıda §3-I-2-b.

⁷⁷⁸ Aydın, 2002, s. 243. Sevimli, 2006, s. 238. Bilgili, 2010, s. s. 24. Birben, 2016, s. 150. Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1381. Çankaya, 2021, s. 235.

⁷⁷⁹ Keser, 2017, s. 22.

⁷⁸⁰ Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1382.

⁷⁸¹ Civan, 2021, s. 184.

tacizi engellemeye değil, taciz iddiaları ortaya çıktığında işvereni sorumluluktan koruma amacına hizmet eder. İşyerindeki farklı çıkarlar sebebiyle bu tür bildirim yükümlülüğünün kabulü savunulabilmektedir. Öğretide, işçiler arasındaki ilişki işyerindeki bilgilerin gizliliğini tehlikeye düşürür veya işyeri birimleri arasında menfaat çatışmasına yol aarsa işçilerin somut olayın özelliğine göre, sadakat borcunun gereği olarak ilişkiyi işverene bildirme yükümlülüğünün bulunabileceği ifade edilmektedir.⁷⁸² Benzer şekilde kayırmacılık ihtimali hâlinde de ilişkinin bildirilmesi gerekeceği ileri sürülebilirse de kanımca, işçilerin arasındaki duygusal ilişki işyerindeki bu tür çıkarları tek başına tehdit etmez, dolayısıyla ilişkinin işverene bildirilmesi gerekmez. Ayrıca işveren, aralarında ilişki bulunduğunu öğrendiği işçilerden ilişkileri hakkında açıklama talep edecek olursa işçiler buna yanıt vermekle yükümlü değildir.⁷⁸³

Aralarında romantik bir ilişki bulunmayan ancak yakın arkadaş olan işçiler veya salt çıkarları gereği iş birliğinde bulunan işçiler de sadakat borcuna aykırı davranışlarda bulunabilirler. Kayırmacılık olayları da yine sadece cinsel veya duygusal ilişki temelli değildir; amir konumundaki işçi farklı nedenlerle yakınlık duyduğu işçileri kayırabilir. *Schultz*'un ifade ettiği üzere, işverenin müdahalesine yol açabilecek davranışlarda işçilerin arasındaki ilişkinin romantik ya da cinsel nitelik taşıyıp taşımaması önem taşımamalıdır. Yakın ilişki içerisinde bulunan işçilerin, işletme amaçlarını zedelediğine dair ciddi kanıtlar varsa veya açık bir menfaat atışması ortaya çıkmışsa işveren duruma müdahale edebilir.⁷⁸⁴

Hukukumuzda işverenin, işçiler arasındaki duygusal ilişkilere müdahalesi genellikle bu ilişkinin fesih sebebi yapılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Yargıya yansıyan olaylarda bu

⁷⁸² ankaya, 2021, s. 237.

⁷⁸³ Alp – *Dulay Yangın*, 2021, s. 1399. *Yıldız*, 2021a, s. 22.

⁷⁸⁴ *Schultz*, 2003, s. 2186-2189.

fesihlerin cinsel tacizi engellemek amacıyla yapıldığına dair bir örneğe rastlanmamıştır.⁷⁸⁵ Yargıtay kararları incelendiğinde, bazı hâllerde işçiler arasındaki duygusal ilişkinin işyerindeki olumsuz etkilerinin yeterli delillerle ispatlanması gerektiği aranırken bazı hâllerde salt ilişkinin varlığının işyerinde olumsuzluk yarattığı varsayımıyla karar verdiği tespit edilmiştir. Özellikle, işçilerin evli olduğu hâllerde Yüksek Mahkeme daha katı bir tutum benimsemektedir. Yargıtay’ın ilişkinin olumsuzluklara sebep olduğu varsayımıyla verdiği kararlar, Anayasa Mahkemesi’nin koyduğu aşağıda yer verilecek ilkelere, dolayısıyla özel yaşamın gizliliğine aykırılık teşkil etmektedir.⁷⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, işçiler arasındaki ilişkilerin fesih sebebi yapılmasına dair ilkeleri isabetle ortaya koymaktadır: “Öncelikle işlerin etkin bir şekilde yürütülmesi, iş sağlığı ve güvenliği gibi haklı ve meşru görülebilecek nedenlerle işverenin, kural olarak çalışanın özel hayatı kapsamında kalan bazı davranış ve eylemlerine ilişkin sınırlamalar getirebileceği söylenebilir. Öte yandan işverenin yetki ve haklarının sınırsız olmadığı, çalışana tanınan temel hak ve özgürlüklerin -somut olayda özel hayata saygı hakkının- işyeri sınırları dahilinde de korunduğu, aynı zamanda kısıtlayıcı ve uyulması zorunlu işyeri kurallarının çalışanların temel haklarının özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği vurgulanmalıdır. Bu bağlamda işçinin aynı işyerinde çalışan başka bir işçiyle ilişki yaşamaması hâlinde işverenin sadece bu nedene dayanarak iş akdini feshedebileceğini kabul etmek, işçinin demokratik bir toplumda temel haklarına ve özgürlüklerine işyerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı

⁷⁸⁵ İş ilişkisindeki “gönül ilişkileri” hakkındaki güncel yargı uygulaması için bkz. Alp, M. – Dulay Yangın, D. 2021, Aralık. Haklı yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler – Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 272, s. 1380-1415. Yıldız, G. B. 2021. İşyerinde Yaşanan Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Açısından Değerlendirilmesi. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXV3, s. 3-37

⁷⁸⁶ Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1896-1897, 1409.

beklentisiyle uyuşmayacaktır. Bu çerçevede çalışanın diğer bir çalışanla yaşadığı ilişkinin işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediği önem taşımaktadır. Ayrıca işyerinde yaşanan ancak işin işleyişine etkisi olmayan her ilişkinin fesih nedeni olacağını doğrudan kabul etmek, işverenin menfaatleri ile işçinin menfaatleri arasında pozitif yükümlülükler kapsamında devlet tarafından korunması gereken dengenin işçi aleyhine bozulması sonucunu doğuracağı söylenebilir. Bu açıklamalar yukarıda belirtilen pozitif yükümlülüğe ilişkin ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, iki çalışan arasındaki ilişkinin iş akdinin feshi nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin varlığı ve anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş akdinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca derece mahkemeleri tarafından da ilişkinin işyerine ve işin işleyişine olan yansımaları işyerinin kapasitesi, işçinin ifa ettiği görevi, sicili, ilişkinin kim tarafından alenileştirildiği gibi hususlar gözetilerek değerlendirilip yeterli ve ilgili gerekçe ile açıklanmalı, iş akdinin feshinin işverenin meşru amacına uygun ve orantılı olup olmadığı gözetilerek işveren ile çalışan arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmelidir.”⁷⁸⁷

İşçiler arasındaki ilişkilerin fesih sebebi yapılabilmesi için, işyerinde olumsuzluklara yol açması ve bunun somut şekilde ispatlanması gerektiği öğretide, AYM içtihadına paralel olarak isabetli şekilde kabul edilmektedir.⁷⁸⁸ Burada yapılacak değerlendirmede işçilerden birinin veya her ikisinin de evli olması etkili değildir; önemli olan iş ilişkisine yansıyan olumsuzlukların varlığıdır. İşverenin “ahlak bekçiliğine soyunması” özel

⁷⁸⁷ AYM, H.Ç., No: 2017/14907, 30/09/2020, RG No. 313299,12.2020. Aynı yönde, AYM, Esra Ünlü, No: 2018/1444, 25/2/2021. Kararlara ilişkin değerlendirme için bkz. Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1390-1396.

⁷⁸⁸ Sevimli, 2006, s. 238. Ergin, 2016, s. 68. Keser, 2017, s. 23, 30. Civan, 2021, s. 184. Çankaya, 2021, s. 236-237.

hayatın ağır bir ihlalini oluşturur.⁷⁸⁹ Ayrıca, bu ilişkinin hemcinsler arasında yaşanmasının da yapılacak değerlendirme üzerinde herhangi bir etkisi olmamalıdır.⁷⁹⁰ İşçiler arasındaki ilişkilerin işyerinde olumsuz yansımaları farklı şekillerde ortaya çıkabilir; bunların önceden sayılması mümkün değildir; ilişkiye dayalı kayırmacılık olayları, taraflar evliyse yakınlarının işyerine etki edebilen müdahaleleri, ilişkiden kaynaklanan anlaşmazlıkların işyerine yansması gibi hâller olumsuz etkilere örnek gösterilebilir.⁷⁹¹ Bu tür hâllerde işveren fesih hakkı ortaya çıktığında, hakkını ayrımcılık yapmadan kullanmalıdır; özellikle kadın işçiye erkek işçiden daha ağır yaptırım uygulanması feshi haksız ya da geçersiz kılacaktır.⁷⁹²

Cinsel kayırmacılık olayları, yukarıda ABD hukuku açıklanırken ele alındığı üzere olayın koşullarına göre cinsel taciz olarak nitelendirilebilir. ABD’de İFEK’in de kabul ettiği üzere, rızaya dayalı ilişkiden kaynaklanan tekil kayırmacılık, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu hâlde cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmaz; çünkü burada farklı davranışın sebebi kişinin cinsiyeti değildir. Ancak, cinsel istekleri kabul etmek işle ilgili bir menfaati elde etmenin zımni koşulu hâline getirilirse, *quid pro quo* taciz ortaya çıkabilir. İşyerinde yaygın cinsel kayırmacılık olaylarının varlığı ise düşmanca çalışma

⁷⁸⁹ Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1413. Aynı yönde, Birben, 2016, s. 152. Keser, 2017, s. 25-26. Çankaya, 2021, s. 236. İşverenin işçinin evli olması nedeniyle işçinin “ahlaka mugayir” olduğunu ileri sürdüğü davranışları nedeniyle iş sözleşmesini feshettiği olay örnekleri ve bu fesihleri hukuka uygun bulan yargı kararlarının haklı eleştirisi için bkz. Yıldız, 2021a, s. 11-14.

⁷⁹⁰ Çankaya, 2021, s. 244. Buna karşılık öğretide bir görüş, işçilerin eşcinsel ilişkilerinin işyerinde olumsuzluğa yol açmadığı müddetçe fesih sebebi yapılamayacağını kabul etmekle beraber, isabetsiz olarak diğer işçilerin ilişkiye eğitim durumları, toplumsal sebepler, ahlaki değer ve inançları nedeniyle büyük reaksiyon göstermesi hâlinde, eşcinsel ilişkinin geçerli fesih sebebi oluşturabileceğini ifade etmektedir Keser, 2017, s. 28. Kanımca, diğer işçilerin ayrımcı tutumları, eşcinsel ilişki yaşayan işçilerin sözleşmelerinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı gibi, işverenin de ayrımcılık yaptığı anlamına gelir ve sözleşmesi feshedilen işçiler ayrımcılık tazminatına hak kazanır.

⁷⁹¹ Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1396.

⁷⁹² Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1414

ortamı oluşturan taciz anlamına gelebilir. Yukarıda bu konuya ayrıntılı olarak yer verildiğinden burada kısa bir açıklama yapmakla yetinilmiştir.⁷⁹³

İlişki sona erdikten sonra taraflardan birinin eski partnerine yönelik olumsuz davranışları cinsel taciz olarak ortaya çıkabilir. Ayrıca, işçinin ayrıldığı partnerini yeniden ilişkiye zorlamak için işle ilgili menfaat vaadi veya zarar göreceği tehdidinde bulunması *quid pro quo* taciz oluşturur. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi kararına konu olan bir olayda *“Davacının aynı işyerinde çalışan ... ile aralarında duygusal ilişki olduğu, evlenmeye karar verdikleri ancak ... vazgeçmesi üzerine davacının baskı yapmaya başladığı, tehdit mesajları gönderdiği ve en sonunda işyeri mutfağında cinsel tacizde bulunduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Ayrıca davacı bu eylemi sebebiyle Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmış, suçu sabit görülmüş ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. (...) Davacının işyerinde çalışan arkadaşına karşı sabit olan eylemi sebebiyle iş akdinin feshi haklı nedene dayanmakla birlikte feshin yasal süresi içinde yapılmadığı anlaşıldığından feshin geçerli hâle geldiği kabul edilerek davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.”*⁷⁹⁴Cinsel tacize ilişkin olmamakla beraber, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017 yılındaki bir kararında, bir işçinin önceden ilişki içerisinde bulunduğu işçiyi zorla kaçırmaya çalıştığı olayda kaçırılmaya çalışılan davacı işçinin iş sözleşmesinin feshini, *“davacının bu olaya sebebiyet veren önceki davranışları”*nı göz önünde bulundurarak son derece isabetsiz şekilde geçerli bulmuştur.⁷⁹⁵ Öğretide, haklılıkla ifade edildiği üzere bir kadının herhangi bir davranışı ve elbette bir diğer işçiyle geçmişteki ilişkisi, kaçırılmasına yol açmış olamaz; bu bakış açısı hukuk ve mantık dışıdır.⁷⁹⁶ Yargıtay’ın

⁷⁹³ Bkz. yukarıda §3-I-3-c.

⁷⁹⁴ Yargıtay 7. HD. 5.11.2015, 23026/21586, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁷⁹⁵ Yargıtay 9. HD. 14.2.2017, 2016/4182, 2017/1911, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 14.11.2022.

⁷⁹⁶ Yıldız, 2021a, s. 18.

bu bakış açısı, önceden ilişkide bulunduğu işçiden gelen haksız fiillere maruz kalan işçinin iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilebileceği şeklinde son derece sakıncalı ve hukuka aykırı bir çıkarımda bulunmaya olanak vermektedir.

Son olarak rızaya dayalı ilişki yaşayan işçilerin işyerinde bu ilişkilerini gösterecek davranışlarının geçerli veya haklı fesih sebebi olup olamayacağı tartışılmalıdır. Aleni ve rahatsız edici olmayan sevgi gösterileri kural olarak fesih sebebi olmamalıdır; ancak işverenin işyerinde profesyonel bir ortamın korunmasında haklı menfaati vardır. İşverenin bu yöndeki menfaati somut olayın koşullarına göre işyerindeki duygusal yakınlık gösterilerini geçerli fesih sebebine dönüştürebilirse de bu durumda feshin son çare olması ilkesine uyulması gerekmektedir.⁷⁹⁷ Buna karşılık öğretide, işçilerin işyerinin gerektirdiği davranışların dışında kalan fiili temaslarının özel yaşam kapsamında değerlendirmenin güç olduğu ve genel bir kural olmamakla beraber öpüşme gibi bir fiilin geçerli feshe yol açabileceği ifade edilmiştir.⁷⁹⁸

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2009 yılındaki bir kararında, işyerini etkilemeyen anlık öpüşmenin fesih sebebi yapılamayacağına isabetli olarak hükmetmiştir: *“işyerindeki öpüşme olayı ile ilgili herhangi bir şikâyet olmadığı hâlde, işveren tarafından kamera kaydı ile tespit olunan görüntülere dayanılarak, davacının iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve erkek arkadaşının, davalı işyerinde öpüştüğü, yanlar arasında çekişmesiz olmakla birlikte, öpüşme eyleminin anlık oluşu, işyerinde müşteri bulunmayışı, olayı bir başka çalışan işçinin de görmeyişi gözönünde tutulduğunda olayın bu oluşum şekliyle iş düzenini bozucu nitelikte bir eylem olarak kabulü ağır bir sonuç olup ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmadığından ve iş ilişkisinin devamını etkilemediği ve feshin*

⁷⁹⁷ Alp – Dulay Yangın, 2021, s. 1413.

⁷⁹⁸ Yıldız, 2021a, s. 27.

*geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.”*⁷⁹⁹ Bu isabetli karara karşılık 9. Daire, 2020 yılına ait bir kararında, hemen hemen aynı koşullardaki bir olayda işyerinde öpüştüğü kamera kayıtlarıyla tespit edilen işçilerin iş sözleşmelerinin feshini haklı bulmuştur: *“Dosyadaki; bilgi ve belgelerden davalı iş yerinde satış temsilcisi olarak görev yapan davacı işçinin aynı işyerinde bulunan kadın çalışan ile duygusal ilişki içine girdiği, en son olarak kadın çalışanı iş yerinde öpmeye çalıştığı, bu durumun güvenlik kameraları tarafından kaydedildiği, duruma güvenlik kameralarının kaydı nedeni ile vakıf olan davalı işverenin davacı işçiyi bu fiili nedeniyle işten çıkarttığı anlaşılmaktadır. Özel hayat ve özel hayatın gizliliği kuralı iş yerinde ve başka bir çalışana karşı alenen yapılan fiili kapsamaz. Feshe konu edilen davranış kadın işçi tarafından da savunma tutanağında kabul edilmişken, davacı işçinin iş yeri ortamında başka bir çalışan ile yukarıda açıklanan şekilde bir olay yaşaması iş yeri kurallarına ve genel ahlak kurallara aykırı olduğundan davalı işveren feshi haklıdır.”*⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ Yargıtay 9. HD, 16.3.2009, 2008/36337, 2009/6945, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.11.2022. Öğretide kararın AYM’nin ortaya koyduğu ilkelerle uyumlu olduğu değerlendirilmiştir; *Alp – Dulay Yangın*, 2021, s. 1406. Kararda, davacının erkek arkadaşının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine dair bilgi yer almamakla beraber, eğer sadece davacı kadın işçinin sözleşmesi feshedilmişse, fesih aynı zamanda ayrımcı olması nedeniyle de geçersiz sayılmalıdır.

⁸⁰⁰ Yargıtay 9. HD, 23.12.2020, 2016/33799, 2020/19760, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 13.11.2022. 9. Hukuk Dairesi’nin 2019 yılındaki bir kararında ise, kadın işçinin rızasının tam olarak tespit edilemediği bir olayda yine kamera kayıtlarıyla tespit edilen öpüşme eylemi haklı fesih gerekçesi sayılmıştır: *“Somut uyuşmazlıkta, dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı iş yerinde müdür yardımcısı olarak görev yapan davacı işçinin evli olan diğer bir kadın çalışan ile duygusal ilişki içine girdiği, iş yerine ait elektronik postayı kullanarak yazıştığı, en son olarak kadın çalışan ile iş yerinde öpüştüğü, bu durumun güvenlik kameraları tarafından kaydedildiği, duruma güvenlik kameralarının kaydı nedeni ile vakıf olan davalı işverenin davacı işçiyi bu fiili nedeniyle işten çıkarttığı anlaşılmaktadır. ... Feshe konu edilen davranış da kadın işçinin rızasının olup olmadığı hususu tam olarak açıklığa kavuşturulmаса da, davacı işçinin iş yerinde evli olan başka bir çalışan ile yukarıda açıklanan şekilde bir olay yaşaması başlı başına doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmayan hal olup, işveren feshi haklıdır.”* Yargıtay 9.HD, 12.2.2019, 2015/30145, 2019/3397, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 13.11.2022.

Yargıtay içtihadı genel olarak, işyerinde rızaya cinsel birliktelik yaşayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin İK m. 25/II-e uyarınca haklı olduğu yönündedir.⁸⁰¹ Bu tür olaylarda ilişkinin tespiti hukuka uygun yöntemlerle yapıldığı müddetçe, ilişkinin haklı fesih nedeni sayılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

b. İşçilerin giyim ve dış görünüşlerine yönelik müdahaleler

İşçilerin giyimleri ve dış görünüşleri özel yaşamlarının bir parçasıdır. İşçinin giyimi ve dış görünüşü kendi zevkine bağlıdır; işverenin işçinin kendi zevkine veya belirli bir moda anlayışına göre giyinmesini isteme imkânı bulunmamaktadır. İşverenin kural olarak işçinin giyimine ve dış görünüşüne müdahale hakkının bulunmadığı kabul edilmekle beraber bu kuralın iki önemli ve geniş kapsamlı istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekçelerle işçilerin giyimlerinin ve dış görünüşlerinin düzenlenmesine, ikincisi öğretide işverenin meşru veya haklı nedeninin bulunması, işin niteliğin bakımından önemli olması, işyerinin gereği olması veya korunmaya değer haklı menfaatinin bulunması gibi çeşitli şekillerde anılan gerekçelerle yapılan müdahalelere ilişkindir.⁸⁰²

İş sağlığı ve güvenliğinin gerektirmesi nedeniyle işçinin giyim ve dış görünüşüne müdahale edilmesi işveren için bir yetki olmanın yanında yükümlülük olarak ortaya çıkabilir.⁸⁰³ Burada müdahale yasadın kaynaklanır ve işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünün korunması amaçlanır.⁸⁰⁴ Bu bağlamda koruyucu kıyafetler giyilmesi,

⁸⁰¹ Söz konusu karar örnekleri için bkz. *Ergin*, 2016, s. 73-74. *Keser*, 2017, s. 24. *Alp – Dulay Yangın*, 2021, s. 1404-1405.

⁸⁰² *Taşkent*, 1981, s. 91-92. *Arıcı*, 1983, s. 163. *Aydın*, 2002, s. 111-112. *Çetin*, 2015, s. 233-235. *Dursun Ateş*, 2019, s. 619-620. *Civan*, 2021, s. 161-164. *Öztürk*, 2021, s. 349-350. *Çankaya*, 2021, s. 228.

⁸⁰³ *Arıcı*, 1983, s. 163. *Sevimli*, 2006, s. 231. *Dulay Yangın*, 2019, s. 2059.

⁸⁰⁴ *Dulay Yangın*, 2019, s. 2059.

kişisel koruyucu donanım kullanılması ya da bazı kıyafetleri giyilmesinin veya takı kullanılmasının yasak olması gibi müdahaleler söz konusu olabilir.⁸⁰⁵

Üretimde hijyenin sağlanmasında işverenin haklı menfaati bulunmakla beraber,⁸⁰⁶ burada müdahale esasen üçüncü kişilerinin sağlığının korunmasına yönelik üstün bir yarardan kaynaklanmaktadır ve yasal bir yetkiye dayanır.⁸⁰⁷ Gıda veya ilaç üretimi ya da satışı, sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlerde, işçilerin belirli kıyafetler giymesi sakal ve bıyık bırakmaması gibi müdahalelerle hijyenin korunması sağlanabilir.⁸⁰⁸ Bu durumlarda, işçinin dış görünüşüne yönelik müdahalenin kişilik hakları açısından sakıncalı olmadığı kabul edilmelidir.⁸⁰⁹

İşverenin diğer haklı menfaatlerinin ne olduğu işin niteliğine göre değişkenlik gösterir; bu durumda, işçinin işverenin kıyafet ve dış görünüm üzerindeki müdahalesine katlanmakla yükümlü olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir.⁸¹⁰ İşçi dış görünüşüne müdahaleyi önceden kabul etmiş olsa dahi, somut olayda işverenin haklı bir menfaati yoksa ya da başka bir ifadeyle müdahale işin gereği değilse, müdahaleye ilişkin kural TMK m. 23 geçersizdir ve işçinin bu kurala uyması gerekmez.⁸¹¹ İşyerinin kurumsal imajının tanınırlığının ya da marka değerinin korunması, müşterilerin çalışanları tanıyabilmesinin sağlanması gibi gerekçeler işverenin haklı menfaatinin bulunduğu ya da işçinin dış görünüşüne müdahaleye dürüstlük kuralı gereği uymasının beklenebileceği gerekçelerden bazılarıdır.⁸¹² İşçinin aynı zamanda dürüstlük kuralı

⁸⁰⁵ Dursun Ateş, 2019, s. 620-621. Civan, 2021, s. 162.

⁸⁰⁶ Civan, 2021, s. 163. Öztürk, 2021, s. 351.

⁸⁰⁷ Sevimli, 2006, s. 232. Dulay Yangın, 2019, s. 2060.

⁸⁰⁸ Bedük, 2019, s. 1379. Dursun Ateş, 2019, s. 622.

⁸⁰⁹ Taşkent, 1981, s. 92.

⁸¹⁰ Sevimli, 2006, s. 233. Çetin, 2015, s. 235. Dursun Ateş, 2019, s. 623. Civan, 2021, s. 164.

⁸¹¹ Aydın, 2002, s. 117.

⁸¹² Taşkent, 1981, s. 93-94. Arıcı, 1983, s. 164. Aydın, 2002, s. 117. Sevimli, 2006, s. 233. Çetin, 2015, s. 235. Bedük, 2019, s. 1378. Civan, 2021, s. 164-165. Öztürk, 2021, s. 355. Çankaya, 2021, s. 228-229.

gereği, çalışma yaşamına ilişkin teamüllere uygun olarak dış görünüşünü ayarlaması beklenebilir.⁸¹³

Yukarıda açıklanan sebepler dışında, işçinin dış görünüşüne cinsel tacizin önlenmesi gerekçesiyle müdahale edilemeyeceği kabul edilmelidir. Zira, bu tür bir müdahale gerekçesini kabul etmek, kadınların dış görünüşleriyle tacizi kışkırtabileceğine dair bir ön kabulü içerir. Kadınların giyimini kışkırtıcı olarak nitelendirmek, kadınların giyim kuşamının veya dış görünüşünün tacize zemin hazırladığı, dolayısıyla erkeklerin cinsel davranışlarından kadınların sorumlu olduğuna dair sakıncalı bakış açısını normalleştirir ve derinleştirir.⁸¹⁴

ABD’de yukarıda daha önce de ifade edildiği üzere ABD Yüksek Mahkemesi, *Meritor Savings Bank v. Vinson* kararında cinsel tacizin istenmeme unsurunun tespitinde, cinsel tacize uğradığını iddia eden kişinin cinsel açıdan kışkırtıcı giysilerinin konuyla bağlantılı olduğu ve değerlendirmede dikkate alınabileceği belirtilmiştir.⁸¹⁵ Bir kıyafeti kışkırtıcı olarak nitelendirmek, tacizcinin davranışını kısmen mazur görür veya meşrulaştırır.⁸¹⁶ Kışkırtıcı kıyafetin var olabileceğine dair düşünce, toplumsal ve hukuki normların erkeklerin cinsel uyarımına nasıl imtiyaz tanıdığını göstermektedir. Toplumsal açıdan, erkeklerin cinsel arzusu verili olarak kabul edilir ve kadınların bu arzuyu davranış ve dış görünüşleriyle izlemesi ve idare etmeye çalışması gerekmektedir.⁸¹⁷ Hukuki yönden, bu imtiyaz kendisini cinsel saldırılarda kadının

⁸¹³ Civan, 2021, s. 166.

⁸¹⁴ Wolfendale, 2016, s. 3.

⁸¹⁵ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 1986, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/57/#68> , Erişim Tarihi: 17.9.2021.

⁸¹⁶ Wolfendale, 2016, s. 7.

⁸¹⁷ Wolfendale, 2016, s. 20.

“arandığı” veya rızasının olduğu, cinayetlerde ise haksız tahrik indirimlerinde kendisini gösterir.⁸¹⁸

Kadınların kıyafetlerinin kışkırtıcı olabileceğine dair bakış açısı, kadınlara erkekleri kışkırtmayacak şekilde giyinme ödevini yükler. Kadının niyeti erkekleri kışkırtmak olmasa dahi erkeklerin giyimine yanlış anlamlar yükleyebileceğini bildiği için giyimine yanlış mesajlar vermemek için dikkate etmesi gerekir ve bu sefer de kadın kendisini koruyamadığı için kınanır. Kadınların dar veya açık kıyafetler giymelerinin potansiyel bir tehlike içermesinin tek nedeni, kadınların “arandığına”, erkeklerin cinsel yönden kadınlara yaklaşma hakkının olduğuna ve kadınların erkeklerin davranışlarından sorumlu olduğu gibi kabulleri içeren derin cinsiyetçi düşünce ve davranışlardır. Başkalarının bir duruma nasıl tepki göstereceğinin tahmin ve kontrol edilebileceği kabul edilse dahi, bu son derece güçtür; bir kadının kıyafetinin cinsellikten arındırmaya ilişkin tüm çabaları boşa çıkabilir.⁸¹⁹

Dış görünüşe cinsel tacizi önleme gerekçesiyle müdahale edilemeyeceği gibi, işçinin dış görünüşünün ve giyiminin, bir davranışın işveren veya yargı tarafından cinsel taciz olarak nitelendirilmesinde de herhangi bir etkisi olmamalıdır. Hiçbir kıyafet kadının rahatsızlık duyduğu ve istemediği cinsel ilgi ve davranışları aslında istediği anlamına gelmez. Öğretide bir görüş, işçinin dekolte giyiminin ağır sözlü taciz ve fiziksel tacizler haricindeki bakışla ve ağır olmayan sözlü tacizlerde ortak kusur olarak kabul edilebileceğini ileri sürmüştür; öte yandan yazara göre yargıçlar kadınların işlerinden çok işyerinde giyimlerine, oturuş kalkışlarına dikkat etmelerini gerektirecek ve mevcut önyargıları sürdüren, amacı aşan kararlar vermekten kaçınmalıdır. Aksi bir tutum failin

⁸¹⁸ Wolfendale, 2016, s. 21.

⁸¹⁹ Wolfendale, 2016, s. 22-24.

değil mağdurun yargılanmasına yol açacaktır.⁸²⁰ Kanımca yukarıda açıklanan nedenlerle işçinin giyiminin cinsel tacizin tespitinde etkisi olmayacağı gibi ortak kusur olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir⁸²¹ ve bir kez işçinin giyiminin olayın koşullarına göre ortak kusur olarak değerlendirilebileceği kabul edildikten sonra yazarın işaret ettiği mağdurun yargılanması durumunun ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Son olarak, işverenlerin işyerindeki kılık kıyafet düzenlemelerini ayrımcılık içermeyecek şekilde, sadece kadınlara yönelik düzenlemelerden uzak durarak gerçekleştirmesi gerektiğine işaret edilmelidir.⁸²² Yukarıda açıklanan sebeplerle işverenin haklı menfaatlerinin bulunduğu hâllerde işçinin giyim kuşamına müdahale etme imkanı mevcuttur; bunun haricinde örneğin müşterilerle bir araya gelmeyen bir kadın işçinin giyimine erkek işçilerin dikkatini dağıttığı gerekçesiyle müdahale edilmesi mümkün olmamalıdır.

c. İşçilerin iletişiminin denetlenmesi

Cinsel tacizin tespiti ve önlenmesi amacıyla işçilerin telefon ve e-posta iletişimlerin işveren tarafından denetlenip denetlenemeyeceği ve bu denetimin sınırlarının açığa kavuşturulması gerekmektedir.

İşçilerin telefon görüşmeleri bağlamında, öncelikle gizli dinlemenin hiçbir surette yasal olmadığına işaret edilmelidir. İşçilerin ister işle ilgili ister özel telefon görüşmelerinin gizli olarak dinlenmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturur (TCK m. 132).⁸²³ Suç şüphesinin bulunması dahi gizli dinlemeyi meşrulaştıramaz; bu

⁸²⁰ Bakırcı, 2000, s. 196.

⁸²¹ Lempen, 2006, s. 330.

⁸²² Öztürk, 2021, s. 355, 357. Çankaya, 2021, s. 226.

⁸²³ Sevimli, 2006, s. 205-206. Okur, 2013, s. 180. Gürsel, 2016, s. 402. Dursun Ateş, 2019, s. 597.

hâlde işverenin yapması gereken gizli dinleme yapılmasını mahkemeden talep etmektir.⁸²⁴ CMK m. 135 uyarınca iletişimin tespitinin, dinlenmesinin ve kayda alınmasının hâkim (ve acil durumlarda savcı) kararına bağlandığı hukuk sisteminde işverenin gizli dinleme yapabileceğinin kabul edilmesi imkansızdır.⁸²⁵ Bu açıklamalar doğrultusunda, cinsel taciz şüphesinin işverenin gizli dinleme yapmasına imkan vermeyeceği açıktır.

İşverenin işçilerin işle ilgili telefon görüşmelerini izleyebilmesi ve dinleyebilmesi sınırlı hâllerde mümkün olabilir. İşle ilgili telefon görüşmelerinin dinlenebilmesi için işçinin önceden bilgilendirilmiş olması ve dinlemenin makul bir gerekçeye dayanması gerekir. Bir başka ifadeyle işçinin sadakat borcu gereği dinlemeye rıza göstermesi beklenebilir olmalıdır.⁸²⁶ İşçinin rızası olsa dahi, dinlemenin hukuka uygun sayılabilmesi için işçinin gördüğü esas işin içeriğinin telefon görüşmesinin içeriğine ilişkin olması gerekir. Bu hâlde aynı zamanda işçinin görüştüğü üçüncü kişiye de görüşmelerin kayıt altına alındığı yönünde bilgilendirme yapılması gerekmektedir.⁸²⁷ Telefon görüşmelerinin istisnaen dinlenebileceği ve kayıt altına alınabileceği işlerin başında çağrı merkezlerinde yapılan görüşmeler gelmektedir.⁸²⁸ Bu tür işlerde görüşmelerin dinlenmesi ve kaydedilmesi üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin tespiti ve dolayısıyla işverenin sorumluluklarının belirlenmesi ve aynı zamanda hem de işçilerin eğitiminin ve hizmet kalitesinin sağlanması için gerekli olabilir.⁸²⁹

İletişimin izlendiği bu hâllerde kural olarak, izlemeyle elde edilen bilgilerin izleme amacına uygun olarak kullanılması gerekmektedir; ancak işçinin çıkarına olması, bir

⁸²⁴ Gürsel, 2016, s. 402. Civan, 2021, s. 71.

⁸²⁵ Sevimli, 2006, s. 205-206. Okur, 2013, s. 180-181. Sur, 2020, s. 60.

⁸²⁶ Sevimli, 2006, s. 206. Okur, 2013, 179-180. Çetin, 2015, s. 217. Civan, 2021, s. 68.

⁸²⁷ Okur, 2013, s. 180. Çankaya, 2021, s. 260.

⁸²⁸ Okur, 2013, s. 179. Dursun Ateş, 2019, s. 594. Civan, 2021, s. 68. Çankaya, 2021, s. 260.

⁸²⁹ Okur, 2013, s. 179. Çankaya, 2021, s. 260.

suçun ya da ağır nitelikte doğruluğa ve bağlılığa uymayan davranışının tespit edilmesi bu kuralın istisnasını oluşturur.⁸³⁰ Dolayısıyla işveren, yukarıda koşulları kısaca ele alınan dinleme sırasında işçinin cinsel veya cinsiyetçi tacize uğradığını tespit edecek olursa işçinin şikâyeti bulunmasa dahi işçiyi korumak için önlem almalıdır; bu hâlde dinlemenin amacı dışında kullanılmasında işçinin yararı vardır. Dinleme sırasında işçinin tacizde bulunduğu tespit edilecek olursa bu hem suç teşkil eden hem de doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış oluşturduğu için yine dinlemeden elde edilen bilginin amacı dışında kullanılması mümkün olur ve işçiye ileride ele alınacak yaptırımlar uygulanabilir.

Telefon görüşmeleri ile ilgili olarak son olarak, işçinin özel görüşmelerinin işveren tarafından dinlenemeyeceği belirtilmelidir.⁸³¹ İşçi, işverenin tahsis ettiği telefonda hem işle ilgili hem de özel görüşmeler yapabiliyorsa, kişisel görüşme yapıldığı anlaşıldığı anda içeriğin dinlenmesine son verilmelidir.⁸³²

İşçilerin işyeri e-posta adresindeki yazışmalarının içeriğinin incelenebilmesi, işçiye önceden bilgi verilmesi ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde mümkün olabilir.⁸³³ Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin tespitinde dikkate alınacak kriterler yönünden AİHM Büyük Dairesi'nin *Barbulescu – Romanya* kararı yol göstericidir.⁸³⁴ Mahkeme'ye göre işçilerin iletişiminin izlenmesi bakımından ölçülülük ve keyfilığe karşı güvencelerin sağlanması elzemdir. AİHM, ulusal makamların dikkate alması gereken ölçütleri altı başlık altında belirlemiştir: (1) İşçinin yazışmalarının ve diğer iletişiminin işveren tarafından izlenme ihtimaline ve izlemenin uygulanmasına ilişkin bilgilendirilip

⁸³⁰ Sevimli, 2006, s. 200.

⁸³¹ Gürsel, 2016, s. 402. Dursun Ateş, 2019, s. 593. Civan, 2021, s. 68. Çankaya, 2021, s. 261.

⁸³² Okur, 2013, s. 180. Çankaya, 2021, s. 261.

⁸³³ Sevimli, 2006, s. 201, 206-207. Öktem Songu, 2011, 1075-1078. Gürsel, 2016, 389-390. Dursun Ateş, 2019, s. 610-611. Sur, 2020, s. 67. Civan, 2021, s. 77. Çankaya, 2021, s. 263.

⁸³⁴ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 343-344. Dursun Ateş, 2019, s. 606-607. Elbir, 2020, s. 322-323.

bilgilendirilmediği önem taşımaktadır. Uygulamada, somut olayın özel koşullarına göre bilgilendirilme çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilecek olmakla beraber, Mahkeme'ye göre izlemenin AİHS m. 8'e uygun sayılabilmesi için bilgilendirmenin izlemenin niteliğine ilişkin açık bilgi içermesi ve önceden yapılması gerekir. (2) İşveren tarafından gerçekleştirilen izlemenin kapsamı ve işçinin mahremiyetine yönelik müdahalenin derecesi dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, iletişimin akışının izlenmesi ve içeriğinin izlenmesi arasında ayrıma gidilmelidir. İletişimin tamamen mi yoksa kısmen mi izlendiği ve izlemenin zaman yönünden sınırları ve izleme sonucunda elde edilen bilgilere erişimi olan kişilerin sayısı önem taşımaktadır. Bu ilkeler, izlemenin yer yönünden sınırları bakımından da geçerlidir. (3) İşverenin iletişimin izlenmesi ve iletişimin içeriğine erişimini destekleyecek meşru sebepler sunup sunmadığı dikkate alınmalıdır. İletişimin içeriğinin izlenmesi doğası gereği özel yaşama daha büyük bir müdahale oluşturduğundan, daha ciddi şekilde gerekçelendirilmesi gerekir. (4) İşçinin iletişiminin içeriğine erişmekten daha az müdahaleci bir izleme yönteminin kullanılmasının mümkün olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Bu açıdan, somut olayın koşullarına göre işverenin izlediği amacın işçinin iletişiminin içeriğine doğrudan erişmeden gerçekleştirilme imkânı değerlendirilmelidir. (5) Gerçekleştirilen izlemenin, iletişimi izlenen işçi bakımından sonuçları ve işverenin izlemenin sonucunu ne şekilde kullandığı, özellikle izlemenin önceden açıklanan amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı dikkate alınmalıdır. (6) Özellikle işverenin kullandığı izleme yöntemi özel hayata müdahale teşkil ettiği takdirde işçiye yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmelidir. Söz konusu güvenceler, işçi iletişiminin içeriğinin izlenmesi olasılığından haberdar edilmemişse işverenin içeriğe erişimini engellemelidir.⁸³⁵

⁸³⁵ AİHM Büyük Daire, *Bărbulescu – Romanya*, No. 61496/08, 5.9.2017, para. 121.

İşçilerin işyeri e-posta adreslerindeki iletişimin izlenmesi bakımından işyerine ilişkin sırların açıklanması, suç işleme ihtimali, virüs transferine engel olmak gibi gerekçeler meşru görülebilecektir.⁸³⁶ Öğretide, çalışanlar arasındaki hukuka aykırı fiillerin engellenmesinin de iletişimin gözetlenmesi için haklı bir neden oluşturabileceği belirtilmektedir; gerçekten de elektronik iletişim sistemleri psikolojik veya cinsel taciz amaçlı kullanılabilen örneğin cinsel fıkralar veya fotoğraflar bu sistemler üzerinden yayılabilmektedir. Bu hâlde işveren işçinin kişiliğini koruma borcu gereği müdahalede bulunmak durumundadır.⁸³⁷ Ancak, izlemenin yukarıda yer verilen AIHM kararındaki ilkeler doğrultusunda, amaçla orantılı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Cinsel taciz bağlamında, işçilerden birinin diğer işçi veya işçileri e-posta üzerinden taciz etmesi hâlinde mağdur olan işçinin işvereni kendisine gönderilen e-postalarla birlikte bilgilendirmesi hâlinde, tacizci işçinin e-postalarının içeriğinin kontrol edilmesi bu ilkeler doğrultusunda her zaman gerekli olmayabilir; zira işverenin elinde tacize uğrayan işçinin sağladığı delil hâlihazırda mevcut olacaktır. Burada, tacizle itham edilen işçinin e-postalarının içeriğinin kontrolü, taciz ithamında bulunan işçinin sağladığı delillerin gerçekliğinin kontrolünün sağlanması bakımından itham edilen işçinin lehine dahi olabilecektir. Tacizle itham edilen işçinin başka işçilere veya müşterilere yönelik tacizinden de şüpheleniliyorsa, e-postalarının içeriğinin denetlenmesi gereği doğabilir. Diğer işçilere yönelik taciz şüphesinde, işverenin öncelikle tacize uğradığını düşünen işçileri durumu delilleriyle kendisine bildirmesi çağrısında bulunması, e-postaların içeriğinin denetlenmesinden önce izlenebilecek bir adım olabilir; ancak müşterilere yönelik bir taciz şüphesinde işyerinin itibarını zedelemekten bu tür çağrı yapılamayacağından doğrudan e-postaların içeriğine erişmek gerekecektir. Ayrıca,

⁸³⁶ *Öktem Songu*, 2011, s. 1974. *Ugan Çatalkaya*, 2019, s. 346.

⁸³⁷ *Okur*, 2013, s. 165.

yukarıda telefonların dinlenmesiyle ilgili açıklamalara paralel şekilde, işveren başka bir amaçla e-posta içeriklerini denetlerken bir işçinin tacizde bulunduğunu öğrendiği takdirde gerekli yaptırımlara başvurmalı, yine bir işçinin tacize uğradığını tespit ettiği takdirde, işçinin şikâyetini beklemeden tacize son vermeye yönelik önlemleri almalıdır.

İşyeri e-posta adreslerinde kişisel yazışmalar da yapılmaktaysa kişisel olduğu anlaşılan e-postaların içeriği denetimin dışında tutulmalıdır.⁸³⁸ E-postanın şahsi olduğu, konu kısmında kişisel olduğunun belirtilmesinden anlaşılabileceği gibi, konu başlığından veya alıcısından da anlaşılabılır.⁸³⁹ Ancak aralarında cinsel tacizin de bulunduğu suç şüphesinin veya işyeri sırlarının aktarıldığına dair şüphenin varlığı hâlinde, işyeri e-posta adresindeki kişisel yazışmaların da içeriğinin denetlenebileceği kabul edilmektedir.⁸⁴⁰ Bu tür bir bilgi sızdırma veya suç şüphesinin varlığı hâlinde, işçinin kişisel e-posta adresindeki yazışmaların içeriğinin dahi istisnai olarak incelenebileceği kabul edilmektedir.⁸⁴¹ İşçinin kişisel e-posta adresindeki yazışmanın kontrolünün gerektiği hâllerde bu kontrol işçinin bilgisi dahilinde ve ilgili olayla sınırlı olarak yapılmalıdır.⁸⁴² Cinsel ve cinsiyetçi tacizin tespiti bağlamında hem işyerine ait e-posta adresindeki kişisel yazışmaların denetlenmesi hem de işçinin kişisel e-posta adresindeki yazışmaların denetlenmesi bakımından yukarıda işyeri e-postalarının içeriğinin kontrol edilmesine ilişkin açıklamalar doğrultusunda mağdur olan işçi veya üçüncü kişi zaten işverene gerekli delilleri sağlamışsa, tacizle itham edilen işçinin e-postalarına erişimin gerekli olmayabileceği hatırlatılmalıdır.

⁸³⁸ Sevimli, 2006, s. 201. Okur, 2013, s. 172. Ugan Çatalkaya, 2019, s. 347. Dursun Ateş, 2019, s. 602. Civan, 2021, s. 78. İşverenin e-posta adresinin kişisel kullanımına izin verilmiş olmasının denetime etkisine ilişkin olarak bkz. Civan, 2021, 72-76. Çankaya, 2021, s. 264-265.

⁸³⁹ Gürsel, 2016, s. 394-395.

⁸⁴⁰ Gürsel, 2016, s. 395. Civan, 2021, s. 78. Öğretide aksi yönde özel amaçlı e-postaların içerik denetiminin ancak mahkeme kararıyla yapılabilmesi ileri sürülmektedir, Okur, 2013, s. 173.

⁸⁴¹ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 347.

⁸⁴² Ugan Çatalkaya, 2019, s. 347.

Yargıtay uygulamasında, e-postanın kişisel olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın işveren tarafından sağlanan e-posta içeriklerinin delil olarak değerlendirilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir.⁸⁴³

d. İşçilerin kamera ile gözetlenmesi

İşyerinde işçilerin görünür şekilde kamera ile gözetlenmesini meşru kılan nedenler, iş sağlığı ve güvenliğinin korunması, can ve mal güvenliğinin sağlanması, bir suçun önlenmesi ve yasanın izin vermesi şeklinde sıralanmaktadır.⁸⁴⁴ Öğretide cinsel taciz ve saldırının veya başka suçların önlenmesi ve bu tür suçlar meydana geldiğinde mağdur veya işverene ispat kolaylığı sağlanması kamerayla gözetlemeyi meşru kılan nedenler arasında sayılmıştır.⁸⁴⁵ Aralarında cinsel tacizin önlenmesinin de bulunduğu söz konusu meşru sebeplerin her işyerinde her zaman geçerli nedenler olarak değil, somut olay özelinde değerlendirilmesi uygun olur. Aksi takdirde cinsel tacizin önlenmesi amacıyla her türlü işyerinde çalışan tüm işçiler yönünden sürekli bir gözetlemenin kapısı aralanmış olur. Örneğin bir avukatlık bürosunun tek işçisi olan sekreter dahi müvekkillerden gelebilecek taciz gerekçesiyle sürekli olarak gözetlenebilir hâle gelecektir. Gözetleme uygulamaları işçi üzerinde baskı yaratarak psikolojisini etkileyebilmekte, özel yaşamın gizliliği dışındaki kişilik değerlerine zarar verebilmektedir.⁸⁴⁶ Bu sakınca gözetleme uygulamasıyla cinsel tacizden korunması amaçlanan işçiler bakımından da söz konusu olabilir. Kaldı ki, cinsel taciz bakımından,

⁸⁴³ Gürsel, 2016, s. 397. Civan, 2021, s. 79.

⁸⁴⁴ Wyler – Heinzer, 2014, s. 327. Gürsel, 2016, s. 365. Okur, 2013, s. 139. Alpagut, 2019, s. 310-311. Ugan Çatalkaya, 2019, s. 357. Dursun Ateş, 2019, s. 614. Elbir, 2020, s. 312-313. Civan, 2021, s. 98-99. Çankaya, 2021, s. 258.

⁸⁴⁵ Çankaya, 2021, s. 258.

⁸⁴⁶ Wyler – Heinzer, 2014, s. 236. Sevimli, 2006, s. 210. Okur, 2013, s. 123. Dursun Ateş, 2019, s. 614. Gözetlemenin yarattığı sakıncalar hakkında bkz. Aydın, 2002, s. 207.

faillerin davranışlarının gözetlendiğini bilmeleri her zaman caydırıcı bir etki yaratmayabilir; pek çok cinsel taciz fiili yazılı deliller bırakacak şekilde mesaj veya e-posta ile gerçekleşmektedir. Ayrıca, sözlü tacizler bakımından da kamera ile gözetleme etkili bir önleme yöntemi olmaktan uzaktır; zira aşağıda değinileceği üzere kamera ile gözetleme sırasında ses kaydı alınması hukuka uygun değildir. Bu açıklamalar bağlamında cinsel tacizi önleme amacı, işçilerin kamera ile izlenmesi için her işyerinde ve her zaman geçerli bir meşru neden olarak görülmemeli; somut iş ve işyerinin koşullarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin, otelde koridor ve asansörler dahil olmak üzere ortak alanların gözetlenmenin cinsel tacizi önlemek açısından meşru bir nedene dayandığı açıkken yukarıda yer verilen avukatlık bürosu örneğinde aynı sonuca varmak güçtür.

Kamera ile gözetleme açısından ölçülülük ilkesine uyulmalıdır ve ölçülülük denetimi iletişimin izlenmesindeki ölçülülük denetimine paralel şekilde gerçekleştirilecektir.⁸⁴⁷ İşçi gözetleme başlamadan önce, gözetlemenin süresi, kapsamı ve amacı hakkında bilgilendirilmelidir.⁸⁴⁸ Kamera ile gözetleme süreklilik arz etmemeli, süre yönünden sınırlanmalı;⁸⁴⁹ ayrıca alan yönünden de sınırlı olmalı, soyunma odaları, dinlenme alanları, çocuk bakım odaları, tuvaletler gibi alanları kapsamamalıdır.⁸⁵⁰ Gözetleme sonucu elde edilen görüntüleri izleyebilecek kişiler sınırlı olmalı ve kayıtlar amacı için gerekli olan süreden daha fazla muhafaza edilmemelidir.⁸⁵¹ Kamera ile

⁸⁴⁷ Gürsel, 2016, s. 367. Alpagut, 2019, s. 312. Ugan Çatalkaya, 2019, s. 357. Civan, 2021, 95-97. Çankaya, 2021, s. 255-257.

⁸⁴⁸ Wyler – Heinzer, 2014, s. 330. Sevimli, 2006, s. 206-207. Manav, 2015, s. 128. Gürsel, 2016, s. 370. Witzig, 2018, s. 551. Çankaya, 2021, s. 254.

⁸⁴⁹ Wyler – Heinzer, 2014, s. 327. Sevimli, 2006, s. 209-210. Savaş, 2009, 117. Okur, 2013, s. 124. Witzig, 2018, s. 550. Gürsel, 2016, s. 372. Dursun Ateş, 2019, s. 614. Çankaya, 2021, s. 258.

⁸⁵⁰ Sevimli, 2006, s. 210. Savaş, 2009, s. 117. Okur, 2013, s. 127-128. Gürsel, 2016, s. 371. Ugan Çatalkaya, 2019, s. 357-358. Dursun Ateş, 2019, s. 614. Elbir, 2020, s. 312. Çankaya, 2021, s. 258.

⁸⁵¹ Gürsel, 2016, s. 369.

gözetleme sırasında ses kaydı alınmamalıdır.⁸⁵² Kamera ile gözetleme sonucunda elde edilen bilgilerin amacı dışında kullanılmaması gerekmektedir;⁸⁵³ ancak gözetleme sırasında cinsel tacizin tespiti bunun bir istisnasını oluşturur. Örneğin, mal güvenliğinin korunması için hırsızlığı önlemek amacıyla yerleştirilen kamera, cinsel taciz iddiasının araştırılması için kullanılabilir.⁸⁵⁴ Hatta bu tür bir izleme sırasında, işveren taciz olgusunu tesadüfen öğrense dahi işçiyi gözetme borcu gereği gerekli önlemleri almalıdır.

İşçilerin gizli kamera ile gözetlenmesi kural olarak hukuka uygun değildir.⁸⁵⁵ Öğretide, gizli gözetlemenin hukukumuz açısından hukuka uygun hâle gelemeyeceğine dair görüşler mevcuttur.⁸⁵⁶ Öte yandan, öğretide gizli gözetlemenin de belirli şartlar altında hukuka uygun olabileceğini kabul eden görüşler mevcuttur. KVKK m. 28/2’ye göre “*Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması*” hâlinde veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığına dayanan görüşe göre, gizli kamera ile gözetleme makul ve ciddi bir suç şüphesi bulunduğu istisnai olarak hukuka uygun hâle gelir; ancak bu durumda da ölçülülük ilkesine uygun bir gözetleme yapılmalıdır.⁸⁵⁷

AİHM içtihadı da bu yöndedir. Bu konuda Mahkeme’nin 2010 yılında *Köpke – Almanya* başvurusunda verdiği kabul edilmezlik kararında ortaya koyduğu ilkeler yol

⁸⁵² Civan, 2021, s. 97.

⁸⁵³ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 358.

⁸⁵⁴ Gürsel, 2016, s. 369.

⁸⁵⁵ Gürsel, 2016, s. 373. Civan, 2021, s. 99. Çankaya, 2021, s. 352.

⁸⁵⁶ Gürsel, 2016, s. 375-376; yazara göre hukukumuz bakımından özel düzenleme bulunmadıkça gizli gözetleme kabul edilemez. Aynı yönde, Sevimli, 2006, s. 205, 209. Öktem Songu, 2011, s. 1076. Okur, 2013, s. 125. Dursun Ateş, 2019, s. 615.

⁸⁵⁷ Alpagut, 2019, s. 312-313. Aynı yönde, Elbir, 2020, s. 311. Civan, 2021, s. 104. KVKK’nın henüz yürürlükte olmadığı dönemde, “işveren tarafından sonradan da ispatlanabilir bir biçimde belirli kişilerce bir suçun işleneceği şüphesinin varlığı” hâlinde gizli gözetleme yapılabileceği yönündeki görüş için bkz. Manav, 2015, s. 124.

göstericidir. *Köpke* kararına konu olan olayda, bir süpermarkette çalışan başvurunun iş sözleşmesi, hırsızlık şüphesi üzerine kamerayla yapılan gizli gözetleme sonucunda tespit edilen hırsızlık davranışı nedeniyle feshedilmiş ve başvuru gizli gözetlemenin AİHS m. 8’de düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM, ulusal mahkemelerin değerlendirmesinde işaret ettiği gözetlemenin yalnızca (başvurunun çalıştığı kasayı kapsayacak şekilde) sınırlı bir alanda ve sınırlı bir süreyle (iki hafta) yapıldığına, videonun sınırlı sayıda kişi (başvurunun işvereni ve gizli kamerayı kuran dedektiflik şirketi çalışanları) tarafından izlendiğine ve görüntülerin iş mahkemesindeki yargılamada kullanıldığına, kamerayla gözetleme bulguları sayesinde diğer çalışanların aklanmasını sağladığı hususlarına vurgu yaparak, yerel mahkemelerin işverenin mülkiyet hakkı ve başvurunun özel yaşamının gizliliği hakkı arasında adil dengeyi gözetlediğine ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.⁸⁵⁸

AİHM, 2019 yılındaki *Lopez Ribalda ve diğerleri – İspanya* kararına konu olan olayda, yine bir süpermarkette önemli maddi kayıplar yaratan hırsızlık şüphesi sebebiyle kasaları gören gizli kameralarla gözetleme yapılmıştır. Olayda, işyerine marketin giriş çıkışlarını izleyen görünen kameralar yerleştirilmiş, ayrıca kasaları izleyen gizli kameralar da yerleştirilmiş; işçilere yalnızca görünen kameralar hakkında bilgi verilmiş; hırsızlık yaptığı tespit edilen on beş işçinin iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Bu olayda *Köpke* kararına konu olan olaydan farklı olarak yalnızca hırsızlık yaptığından şüphelenilen işçiler değil, kasalarda çalışan tüm işçiler çalışma süreleri boyunca gözetlenmiştir. Ayrıca İspanya hukukunda izleme uygulamaları ile ilgili olarak işçinin önceden bilgilendirilmesi yönünde bir güvence söz konusudur. Buna karşılık AİHM, kararında söz konusu düzenlemeyi değil, İspanyol Anayasa Mahkemesi içtihamını

⁸⁵⁸ AİHM, *Köpke – Almanya*, No. 420/07, 5/10/2010.

dikkate almıştır. AİHM'e göre önceden bilgilendirme ölçülülük ilkesinin kriterlerinden yalnızca biridir ve baskın kamusal veya özel menfaatin varlığı önceden bilgilendirmemenin gerekçesi olabilir. Mahkeme'ye göre en ufak şüphe, işverene gizli izleme imkânı vermeyecekse de ciddi hukuka aykırılıklara dair makul şüphenin varlığı, gizli gözetleme imkânı verebilir.⁸⁵⁹ Karardaki karşı oy yazısında, makul şüphe ölçütünün gizli gözetleme uygulamalarını haklı kılacak çok geniş bir ölçüt olduğu ve özel yaşama saygı hakkının korunması için yetersiz kaldığı ifade edilmiştir. Yine karşı oya göre, görünür kameralarla da hırsızlığın sona erdirilmesi mümkündür; görünür kameralar hırsızlık faili tespit etmekte yetersiz kalacaksa da işveren aşırı müdahaleci bir gözetleme uygulaması yerine polise başvurabilirdi.⁸⁶⁰

KVKK'da suçlar bakımından herhangi bir ayrıma gitmeksizin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması hâlinde aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkacağını düzenlemekle beraber, gizli izlemenin özel yaşama ciddi bir müdahale oluşturduğu dikkate alınarak, her türlü suçun gizli izlemeyi meşru kılacağı kabul edilememelidir. Örneğin, işyerinde işverene veya bir diğer işçiye hakaret içeren karikatürlerin asılması sebebiyle gizli gözetleme yapılması orantısız bir önlem olacaktır. Cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz bağlamında, gizli gözetlemeyi gerekli kılacak bir durumun ortaya çıkma ihtimali düşüktür; zira pek çok hâlde fail muhatabı doğrudan taciz etmektedir. Ancak, örneğin kadın işçilerin çalıştığı makinelerin gizlice sabote edilmesi ve bunun işçinin sağlık ve güvenliği açısından risk yaratması gibi bir örnekte, işçilerin can güvenliği ve özel yaşamın gizliliği arasındaki dengede, can güvenliğine öncelik verilmesi gerektiği ve gizli gözetlemenin işçilerin özel yaşamlarının

⁸⁵⁹ AİHM, *Lopez Ribalda ve diğerleri – İspanya*, No. 1874/13 ve 8567/13, 17.10.2019, para. 116-137, *Ugan Çatalkaya*, 2019 s. 358-361.

⁸⁶⁰ AİHM, *Lopez Ribalda ve diğerleri – İspanya*, No. 1874/13 ve 8567/13, 17.10.2019, karşı oy, para. 9-10, *Ugan Çatalkaya*, 2019, s. 361-363, yazar karşı oy yazısındaki gerekçelere katılmakta ve kararı isabetli bulmamaktadır. Aynı yönde, *Dulay Yangın*, 2020a, s. 1725-1727.

gizliliği hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil etmeyeceği ve hukuka uygun olacağı kabul edilmelidir. Öte yandan işyerine gizlice pornografik görüntülerin asılması hâlinde, gizli gözetleme yerine görünür kameralarla gözetleme yapılmasının da bu davranışın devamına engel olması mümkündür; failin tespiti için ise gizli gözetleme yerine soruşturma yürütülmesi çatışan menfaatler arasında daha uygun bir denge sağlayacaktır.

II. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizi önleme borcu

İşverenin iş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacizi önleme borcunun içeriği mevzuatta düzenlenmemektedir.⁸⁶¹ TBK madde gerekçesinde işçilerin cinsel tacize uğramamaları için alınabilecek önlemler örneklenmiştir: *“İşveren, bu amaçla, işçilerin derhal yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür.”* Yargıtay da bir kararında cinsel tacizin önlenmesinde şikâyetlerin etkili olmasının önemini vurgulamıştır: *“İş yerinde cinsel tacizin önlenmesinin yolu, taciz mağdurunun herhangi bir aşağılamaya maruz kalmadan karşı çıkabilmesini, tacizde bulunan şikâyet edebilmesini sağlayacak ortamın sağlanmasından, taciz failinin ise gerekli yaptırımlara maruz kalacağını bilmesinden geçmektedir. İşverenler bu konuda duyarlı davranmak, tacizi engelleyici, mağdurun çekinmeden şikâyetçi olabileceği ortamı sağlamak için gerekli tedbirleri almak, iddiaları ciddiyetle soruşturup, gerekli yaptırımları uygulamak zorundadır.”*⁸⁶² İşverenin alabileceği önlemler konusunda 190 sayılı ILO Sözleşmesi de yol göstericidir. Sözleşme’nin 9. maddesinde iş ilişkisinde toplumsal cinsiyet temelli taciz dahil olmak üzere taciz ve şiddetle mücadele için devletin işverenlerin aşağıdaki önlemleri almasını

⁸⁶¹ Lempen, 2006, s. 212.

⁸⁶² Yargıtay 9. HD. 25.3.2019, 2015/35803, 2019/6594, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 20.2.2022.

sağlamaya yönelik gerekli mevzuatı oluşturması gerektiği düzenlenmiştir; (a) işçilere ve işçi temsilcilerine danışarak taciz ve şiddete ilişkin bir işyeri politikası oluşturmak, (b) iş sağlığı ve güvenliği yönetiminde şiddet, taciz ve bunlarla ilişkili psikososyal riskleri dikkate almak, (c) işçiler ve işçi temsilcilerinin katılımıyla taciz ve şiddet tehlikelerini ve bunlara dair riskleri belirlemek ve değerlendirmek ve bunları önlemek ve kontrol altına almak üzere önlem almak, (d) işçilere ve ilgili diğer kişilere uygun araçlar kullanarak, belirlenen taciz ve şiddet riskleri ve ilgili önleme ve koruma mekanizmaları hakkında işçilerin ve diğer ilgili kişilerin hak ve sorumluluklarını da kapsayan eğitim ve bilgi vermek.

İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı alması gereken önlemlerin çerçevesi hukukumuzda, İsviçre hukukunda olduğu gibi, objektif ölçüte göre belirlenmeli; işverenin aynı koşullardaki makul bir kişiden beklenecek önlemleri alması aranmalıdır.⁸⁶³ Hukukumuzda, işverenin kusurunun objektif ölçüte göre belirlenmesi esasen, TBK m. 417/2 ve İSGK uyarınca iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması (dar anlamda gözetme borcu) bağlamında ele alınmış ve kabul görmüş olmakla beraber,⁸⁶⁴ TBK m. 417/1 anlamında işverenin işçileri cinsel ve psikolojik tacizden korumak için de aynı ölçüt geçerli olmalıdır. Cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı alınabilecek önlemlerin kapsamı işyerlerine göre değişiklik gösterebilir; bir bankada alınması gereken önlemlerle pansiyon gibi bir konaklama tesisinde alınacak önlemler arasında farklılıklar olacaktır. Ayrıca, işyerinde cinsiyet temelli tacizlere karşı alınabilecek önlemlerin

⁸⁶³ Lempen, 2006, s. 212.

⁸⁶⁴ Süzek, 1985, s. 244-245. Akın, 2001, s. 99. Sevimli, 2013, s. 130. Özdemir, 2014, s. 66-68. Kandemir, 2017, s. 169. “[4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 77. maddesi] madde ile, işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfınazar etmesi kabul edilemez.” Yargıtay 10. HD. 6.3.2017, 2015/11423, 2017/1772, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 26.11.2022.

kapsamı zaman içerisinde toplumsal değişimlere göre değişebilir.⁸⁶⁵ Örneğin, geçmişte işyerinde kadın işçilere iş tanımlarında olmadığı hâlde toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargılara göre “kadınlara uygun” olan işlerin yaptırılması bir sorun olarak görülmeyebilirken, artık bu tür davranışların cinsiyetçiliği yeniden ürettiği ve derinleştirdiği, hatta olayın koşullarına göre cinsiyetçi taciz oluşturabileceği söylenebilir.

Fransız İş Kodu’nda, işçiyi gözetme borcu konusunda hukukumuzdakine benzer şekilde (İSGK m. 4-5 ve TBK m. 417), risklerden korunmakla ilgili genel önlemler ve risklerden korunma ilkeleri (m. L4112-1 ve L4112-2) düzenlemektedir. Bu hükümlerdeki düzenlemeler ayrıntılı olmakla beraber, bir vasıta borcu (“*obligation de moyen*”) içermektedir.⁸⁶⁶ Vasıta borcu, borçlunun alacaklıya karşı bir sonuca ulaşmayı değil, sonuca ulaşmak için elinden geleni yapacağını taahhüt etmesi anlamına gelir; bu durumda borçlu üzerine düşeni özenle yerine getirdiğinde sonuca ulaşamamış olması hâlinde sorumluluktan kurtulur; alacaklının borçlunun özensizliğini, dikkatsizliğini veya ihmali ispatlaması hâlinde borçlunun sorumluluğu doğar.⁸⁶⁷ Yasal düzenlemelerin bir vasıta borcu içermesine karşılık, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi 2002 yılında asbestle çalışmadan kaynaklanan meslek hastalıklarıyla ilgili bir dizi kararda, işverenin işçiyi gözetme borcunun bir sonuç borcu (“*obligation sécurité de résultat*”) oluşturduğu kabul etmişti. Bu gelişmenin önemi, Fransız hukukunda iş kazası ve meslek hastalıkları için yapılan götürü ödemenin işçinin zararını tam olarak karşılamaması ve tam tazmini sağlayacak ek tazminat talebi için işverenin bağışlanamaz kusurunun (“*faute inexcusable*”) ispatının gerekmesiydi. Fransız Yargıtayı, işverenin işçiyi gözetme borcunu bir sonuç borcu olarak nitelendirerek işverenin her türlü önlemi almamış

⁸⁶⁵ Lempen, 2006, s. 212.

⁸⁶⁶ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 1123.

⁸⁶⁷ Güzel – Ugan Çatalkaya, 2012, s. s. 177 dn. 7.

olması hâlinde hafif kusurun dahi bağışlanamaz kusur olarak nitelendirilmesini sağlamış; böylece tam tazmini kolaylaştırmıştı.⁸⁶⁸ İşverenin işçiyi gözetme borcunun bir sonuç borcu olduğu, tacizden korunması bağlamında da kabul edilmekte, bir işçi diğerini taciz etmişse işveren tacize son vermek için önlem alsa dahi sonuç borcuna aykırılık olduğu sonucuna varılmaktaydı.⁸⁶⁹ Ancak 2015 yılından itibaren Fransız Yargıtayı işçiyi gözetme borcunun sonuç borcu oluşturduğu görüşünü hem iş kazaları ve meslek hastalıkları bağlamında hem de tacizler bağlamında terk etmiştir; bu da işverenin gözetme borcunun bir vasıta borcu olarak sınırlamaktadır. Buna göre artık işçinin tacize uğraması işverenin sorumluluğunun doğması için tek başına yeterli olmayıp, işveren mevzuata uygun olarak risklerin önlemesi ve sorunun sonlandırılması için gerekli önlemleri derhal aldığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.⁸⁷⁰

Genel hatları böylece çizilen önleme borcu kapsamında alınabilecek önlemler aşağıda örneklenecektir.

1. İşyerinde cinsiyet eşitliğini gözetten bir düzen oluşturmak

Cinsel ve cinsiyetçi taciz olgusunu oluşturan örgütsel görüşler açıklanırken, işyerinde cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmanın taciz riskini arttırdığına işaret edilmiş, devletin cinsiyet eşitliği politikalarının bu bağlamdaki öneminde devletin

⁸⁶⁸ *Auzero – Baugard – Dockès*, 2018, s. 1121-1122. Hukukumuzda da işverenin sorumluluğunun Fransız Yargıtayı'nın geliştirdiği içtihat doğrultusunda ele alınması gerektiği savunulmuştur. *Güzel – Ugan Çatalkaya*, 2012, s. 181.

⁸⁶⁹ *Auzero – Baugard – Dockès*, 2018, s. 1125. Cinsel taciz bağlamında işverenin gözetme borcunun sonuç borcu olduğu yönünde, Cour d'appel de Versailles, 14 Mai, 2014, No. 13-01992, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2014/B578FA8CEC9C62005B708>, Erişim Tarihi: 27.11.2022.

⁸⁷⁰ *Auzero – Baugard – Dockès*, 2018, s. 1124-1126. İşverenin işçiyi cinsel tacizden koruma borcunun bir içtihat değişikliği sonrasında bir vasıta borcu olduğu yönünde, *Abry-Durand*, 2022, s. 244 vd. İşçinin cinsel tacizden korunması bakımından işverenin gözetme borcunun artık sonuç borcu olarak anılmadığı bir karar örneği için bkz. Cass. Soc. 11 Mars 2015, No. 13-18603, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000030353183/>, Erişim Tarihi: 27.11.2022.

ödevleri açıklanırken kısaca değinilmişti.⁸⁷¹ İş ilişkisinde cinsiyete dayalı ayrışmayı ortadan kaldırmak ve emek piyasasında cinsiyet eşitliğini gerçek anlamda sağlamak geniş kapsamlı devlet politikalarını gerektirmekle beraber işverenin bu yönde alacağı her türlü önlem cinsel ve cinsiyetçi tacizin ortaya çıkmasını engellemeye elverişlidir.⁸⁷² Bu bağlamda işveren, özellikle üst kadrolarda kadın ve erkeklerin eşit sayılarda yer almasına çabalayabilir. İşe alımda ve iş sözleşmesinin devamında, özellikle terfilerde ayrımcılık yapılmamalı kadınlara eşit değer verilmeli ve eşit ücret ödenmelidir. İşveren işyerindeki pozisyonlara kadın ve erkekleri eşit şekilde yerleştirmeye çabalamalıdır; kadınların iş için aranan nitelikleri taşıyamamaları sebebiyle belirli pozisyonlara getirilmeli mümkün değilse işveren eğitim ve hizmet içi eğitim imkanları sunarak bu güçlüğü aşabilir. İşverenler geleneksel olarak kadın veya geleneksel olarak erkek işi olarak görülen işlerde karşı cinsten işçiler çalıştırmak için adımlar atabilir ve bu işçilerin işyerinde kabul görmeleri ve tacizden korunmalarını sağlayabilir.⁸⁷³

İşyeri kültürünün cinsel tacizin ortaya çıkmasında veya önlenmesinde büyük bir etkisi vardır.⁸⁷⁴ Kadınların yetkin işçiler olarak muamele görmediği işyerlerinde cinsel (ve cinsiyetçi) tacizin ortaya çıkma ihtimali daha yüksektir.⁸⁷⁵ İşveren cinsiyet eşitliği politikalarını en üst düzeyden başlayarak işyerinde yaymalıdır. İşyeri organizasyonundaki iklim, resmi ve gayri resmi şekilde ödüllendirilen davranışlarla kendisini ortaya koyar.⁸⁷⁶ Örneğin, yönetici konumundaki bir işçinin performansı değerlendirilirken hakkındaki taciz iddiaları dikkate alınmadan terfi ettirilirse bu durum

⁸⁷¹ Bkz. yukarıda §2-III-2 ve §5-II-1.

⁸⁷² *Lempen*, 2006, s. 232.

⁸⁷³ *Schultz*, 2018a, s. 25.

⁸⁷⁴ *EEOC*, 2016, s. 31.

⁸⁷⁵ *Lempen*, 2006, s. 232.

⁸⁷⁶ *EEOC*, 2016, s. 31-32.

işverenin tacizi önemsemediğini gösterir.⁸⁷⁷ İşveren, en üst düzeyden başlayarak çeşitlilik içeren, kapsayıcı ve saygılı bir çalışma ortamına öncülük etmeli ve buna bağlılığını göstermelidir.⁸⁷⁸

İş ilişkisinde cinsiyet eşitliğini sağlamak ve eşitlikçi bir işyeri kültürü oluşturmak, iş ilişkisini cinsiyetçilikten arındırmaktan bağımsız düşünülemez. Her türlü cinsiyetçi davranış cinsiyetçi taciz oluşturmamakla beraber iş ilişkisinde cinsiyetçilik, eşitsizliği sürdürür ve tacizlere zemin hazırlar. Bu bağlamda, iş organizasyonun en üst düzeyden başlayarak cinsiyetçilikten arındırılması amaçlanmalıdır. İşyerinde insan kaynakları yönetimi (iş programları, iş tanımları, iş teklifleri, değerlendirme görüşmeleri) cinsiyetçi önyargılardan arındırılmalıdır. Ayrıca işyeri içindeki ve işyeri dışına yönelik iletişim (reklamlar, pazarlama, iç bültenler, web sitesi, sosyal medya, posterler vb.) cinsiyetçi kalıp yargılara dayanan tasvirlerden arındırılmalıdır; görsellerde kadın ve erkeklerin temsili çeşitlendirilmelidir. Ayrıca işyerinde kadın rol modelleri desteklenmelidir.⁸⁷⁹

2. Cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı bir politika oluşturmak ve uygulamak

İşverenin iş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacize açık bir yasak getirmesi, bu fiillerin yaptırımsız kalacağı yönündeki algıyı ortadan kaldırmaya yardımcı olacaktır.⁸⁸⁰ İş ilişkisinde cinsiyetçiliği doğrudan yasaklayan açık bir hüküm hukukumuzda yer almamakla beraber, cinsiyetçi bakış açısının ayrımcılık ve tacizle yakın ilişkisinden ötürü cinsiyetçilikle de açıkça mücadele edilmesi faydalı olacaktır. Daha önce de işaret edildiği üzere cinsiyetçi davranışların hepsi cinsiyetçi taciz anlamına gelmez; örneğin

⁸⁷⁷ EEOC, 2016, s. 36.

⁸⁷⁸ EEOC, 2016, s. 31.

⁸⁷⁹ CSEP, 2016, s. 25, 27.

⁸⁸⁰ Lempen, 2006, s. 233.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu Tavsiye Kararı ekindeki uygulama rehberindeki cinsiyetçilik tanımında yer alan *“bir kişinin veya bir grup kişinin cinsiyeti nedeniyle aşağı olduğu fikrine dayanan (...) toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargıları sürdüren veya güçlendiren”* davranışlar her zaman taciz ağırlığında değildir; ancak bu cinsiyetçi bakış açısının varlığı kadınların işyerinde yetkin ve eşit işçiler olarak muamele görmelerinin önünde engel teşkil eder.⁸⁸¹ Ayrıca CEDAW uyarınca da iş ilişkisinde cinsiyetçi söz ve davranışların önlenmesi gerektiği hatırlatılmalıdır.⁸⁸²

Cinsiyet temelli tacizlere karşı oluşturulacak politika belgesinde yasaklanan davranışlar açıkça yer almalı, bu davranışlar örneklenmeli ve basit bir dil kullanılmalıdır. Belgede şikâyet mekanizmaları tanıtılmalı ve başvuru usulü açıklanmalıdır. Ayrıca şikâyetlerin gizliliğinin korunacağı belirtilmeli; mağdurlar ile tanıkların misillemelere karşı korunacağına dair güvenceler yer almalıdır. İşveren tarafından cinsel ve cinsiyetçi taciz tespit edildiğinde hızlı ve etkili önlemler alınacağına dair güvence verilmelidir.⁸⁸³ Bu tür belgelerin içeriği ve işyerinde kurulacak mekanizmalar elbette büyük işletmeler ve küçük ve orta büyüklükteki işletmeler açısından farklılıklar gösterecektir.⁸⁸⁴ Ancak işletme ne kadar küçük olursa olsun işverenin taciz fiillerini yasaklayan ve en azından konunun derhal işverenin dikkatine sunulabileceğini ifade eden bir politika oluşturması fayda sağlayabilir. Ülkemizde çok sayıda üniversitenin cinsel tacize karşı politika belgeleri mevcuttur; üniversitedeki

⁸⁸¹Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsiyetçiliği Engelleme ve Cinsiyetçilikle Mücadele Konulu Tavsiye Kararı için bkz. yukarıda §4-I-6 ve her türlü cinsiyetçiliğin cinsiyetçi taciz oluşturmadığı konusunda bkz. §4-III-2.

⁸⁸² Bkz. yukarıda §4-I-2.

⁸⁸³ EEOC, 2016, s. 38.

⁸⁸⁴ Lempen, 2006, s. 233.

ilişkiler iş ilişkisinden farklı olmakla birlikte bu belgelerdeki tanım ve ilkeler bu yöndeki çabalarda işverenlere yol gösterici olabilir.⁸⁸⁵

İşyerinde hazırlanacak bir politika belgesine gereğinden büyük anlamlar atfedilmemesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür. Bu tür bir belgeden sağlanacak yarar, belgenin oluşturulma sürecinde işçilerin sürece katılımından olumlu etkilenecektir. Belge oluşturulmadan önce iş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin bir diyalog başlatılabilir; böylece işçilerin sürece iş birliği içinde katılımı sağlanabilir.⁸⁸⁶ Ayrıca, bir politika oluşturulmasının tek başına organizasyon kültürünü değiştirmeye yetmeyeceği; ancak elbette gerekli olduğu ve politikanın bir amaçtan ziyade tacizle mücadelenin bir parçası olarak görülmesi gerektiğine işaret edilmelidir.⁸⁸⁷

Oluşturulacak belge gerçekten hayata geçirilmeli ve içeriği işyerinde düzenli olarak hatırlatılmalıdır; bunun için posterler, videolar ve broşürler gibi materyaller kullanılabilir. İşveren politikanın uygulanmasını ve gerektiğinde değişiklikleri sağlamak veya önermekle görevli bir işveren vekili belirleyebilir. İsviçre öğretisinde uygulamanın izlenmesinde konuda uzman dış kuruluşlardan yardım alınması önerilmiştir.⁸⁸⁸

Fransız İş Kodu uyarınca en az 50 çalışanı olan işyerlerinde iç yönetmelik hazırlaması yasal bir zorunluluktur (m. L1311-2).⁸⁸⁹ İç yönetmelikte düzenlenmesi zorunlu olan ve düzenlenmesine izin verilen ve izin verilmeyen konular yine yasayla belirlenir (L1321-1 – L1321-4).⁸⁹⁰ İç yönetmelik, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin

⁸⁸⁵ Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırıya Karşı Üniversiteler Arası İletişim Ağı'nın web sitesinden üniversitelerin politika belgelerine erişilebilir; <https://ctsuni.wordpress.com/cts-birimi-olan-universiteler/>, Erişim Tarihi: 28.11.2022.

⁸⁸⁶ *Lempen*, 2003, s. 233-234.

⁸⁸⁷ *Ahmed*, 2021, s. 79.

⁸⁸⁸ *Lempen*, 2003, s. 237.

⁸⁸⁹ 2019 yılından önce en az 20 çalışanı olan işyerlerinde iç yönetmelik hazırlanması zorunluydu; bu sayı 22.5.2019 tarihli 2019-486 sayılı yasanın 11. maddesiyle 50 olarak değiştirilmiştir.

⁸⁹⁰ *Auzero – Baugard – Dockès*, 2018, s. 935.

düzenlenmelerin uygulanmasına ilişkin önlemler ve talimatlar, disiplin hükümlerini içermek zorundadır (L1321-1); ayrıca psikolojik taciz, cinsel taciz ve cinsiyetçi davranışlara ilişkin hükümlerini hatırlatması da zorunludur (L1321-2). İç yönetmeliğin işyerinde kolayca erişilebilir bir yerde duyurulması zorunludur (R1321-1). İş Kodu'ndaki bu düzenlemelere karşılık uygulamada işyeri iç yönetmeliklerinin büyük çoğunluğunun psikolojik taciz, cinsel taciz ve cinsiyetçi davranışlara ilişkin hükümlerini hatırlatması zorunluluğuna uygun şekilde güncellenmediği, ayrıca bu hükümleri hatırlatan iç yönetmeliklerde de cinsel taciz tanımında 2012 yılında yapılan değişikliklerin yer almadığı belirtilmektedir. Bu nedenlerle iç yönetmeliklerin, cinsel tacizi ve cinsiyetçi davranışlarla mücadelede gereğince kullanılmadığı ifade edilmektedir.⁸⁹¹ Fransa'da *Conseil Supérieur de l'Égalité Professionnelle entre les Femmes et les Hommes* (ksc. CSEP - Kadınlar ve Erkekler Arasında Mesleki Eşitlik Yüksek Konseyi) raporunda tespit edilen bu durum, yasal düzenlemelerin uygulamada etkisinin ne denli sınırlı olabileceğini göstermesi bakımından çarpıcıdır.

Hukukumuzda, cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele politikası iç yönetmeliklerde yer alabilir. Ayrıca, İSGK m. 22 uyarınca oluşturulması gereken iş sağlığı ve güvenliği kurullarının görev ve yetkileri arasında “işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor hâline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak” yer almaktadır. Psikososyal riskler oluşturan cinsel ve cinsiyetçi tacizin ve bunlara karşı önlemlerin iş sağlığı ve güvenliği iç yönergesine dahil edilmesi mümkündür⁸⁹² Uygulamada, şirket topluluklarının ve şirketlerin etik kodlarında da cinsel tacize ilişkin yasaklar ve

⁸⁹¹ Grésy – Becker, 2015, s. 59-60.

⁸⁹² Özdemir, 2014, s. 328.

hükümler getirildiği görülebilmektedir.⁸⁹³ Söz konusu iş hukuku kaynakları işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlandığı için genel işlem koşulu taşıyacak ve TBK m. 20-25 uyarınca denetime tabi olacaktır. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerinde de cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadeleyle ilişkin düzenlemelerin yapılması mümkün olmakla beraber; uygulamada bu tür düzenlemelerin yaygın olmaktan uzak olduğu görülmektedir.⁸⁹⁴

3. Risk değerlendirmesine cinsel ve cinsiyetçi taciz risklerini dahil etmek

Devletin cinsel tacizle mücadele ödevi açıklanırken psikososyal riskler oluşturan cinsel ve cinsiyetçi tacizin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına entegre edilmesi gerektiği açıklanmıştı. Bunun işyeri düzeyindeki karşılığı söz konusu risklerin işyerinde iş sağlığı

⁸⁹³ Grésy – Becker, 2015, s. 60. Örneğin Sabancı Holding, Türk Telekom, Doğu Otomotiv etik kodlarında bu tür düzenlemeler yer almaktadır, ilk iki örnekte tacize ilişkin yasaklar belirtilirken Doğu Otomotiv’in kurallarında tacize uğrayan işçinin başvurabileceği yollara da yer verilmiştir; <https://www.sabanci.com.tr/calisma-prensipleri/is-etigi-kurallari>, <https://www.ttyatirimciiliskileri.com.tr/media/wullwlxv/etik-kurallar.pdf>, <https://www.ttyatirimciiliskileri.com.tr/media/wullwlxv/etik-kurallar.pdf> . Erişim Tarihi: 30.11.2022.

⁸⁹⁴ Petrol-İş Sendikası’nın bazı işyerlerinde bağtladığı toplu iş sözleşmelerde genel içerikli bir hüküm yer almakta; “Türkiye’nin taraf olduğu Uluslararası Sözleşmeler, T.C Anayasası ve yasal mevzuat gereği, kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelerin yaşama geçirilmesi için gerekli tedbirleri alır. Buna yönelik olarak sendika ile ortak, işyerinde cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine ilişkin eğitim vb gibi çalışmalar yapar. Çalışan kadınlara yönelik olası, fiziksel, psikolojik, sözel ve cinsel her türlü taciz ve şiddetin önlenmesi için işyerinde gerekli önlemleri alır.” Türkiye Gazeteciler Sendikası’nın toplu iş sözleşmelerinde cinsel tacizin disiplin suçu olarak düzenlendiği görülmektedir; “Kadın çalışanlara dönük fiziksel, psikolojik, sözel, cinsel her türlü taciz, şiddet ve mobbing, ağır disiplin suçu olarak değerlendirilir. Bu şikâyetlerde kadının beyanı esastır, karşı taraf aksini ispatla yükümlüdür. Bu suçları işleyenler, derhal Disiplin Kurulu sıfatına sahip İşyeri Kurulu’na sevk edilir. İşyeri Kurulu, kadına yönelik şiddet vakaları ivedilikle sonuçlandırır ve kadının kimliği ile yaşadıkları, isteği dışında iç ve dış kamuoyuyla paylaşılmaz.” Urhan, 2014, s. 140. Genel İş Sendikası ve Tunceli Belediyesi arasında 16.3.2021 tarihinde imzalanan toplu iş sözleşmesinde disiplin kurullarına ilişkin 75. maddenin 11. bendinde “Kadın işçilere ve LGBTİ +yönelik cinsel taciz ve cinsel saldırı vakalarında kadın ve LGBTİ + Kadının beyanı esas kabul edilir. İşverence gerekli her türlü tedbir alınarak Disiplin Kurulu’nca konu ivedilikle sonuçlandırılır. Bu gündemli toplantılarda Disiplin Kurulu’nda bulunan üyelerden işveren ve sendika tarafının çoğunluğu kadın üye olmak zorundadır. İşyeri Disiplin Kurulu’nda kadın üye bulunmuyor ise taraflar bu gündeme özgü en az birer kadın üye görevlendirir. Dosya, şikâyetçi kadın işçinin talebi ve hakları gözetilerek gizlilik prensibine bağlı olarak görüşülür.” hükmü yer almaktadır, <http://www.tunceli.bel.tr/icerik/25/1140/genelis-sendikasi-ile-toplu-sozlesme.aspx>, Erişim Tarihi: 30.11.2022.

ve güvenliği bağlamında risk değerlendirmesi ve önleme çabalarına dahil edilmesidir. Fransız hukukunda, işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini cinsel taciz ve bağlantılı riskler ile cinsiyetçi davranışlarla ilgili riskleri dahil ederek planlama yükümlülüğü altındadır (L4121-2). Bu nedenle Fransız hukukunda önerilen risk değerlendirme adımları örnek teşkil edilebilir.

Risk değerlendirmesinde, işyerinde bu konulara daha büyük bir dikkat gösterilmesini gerektiren önceden yaşanmış taciz vakalarının olup olmadığı dikkate alınmalıdır.⁸⁹⁵ Tek başına çalışan işçiler, geçici işçiler, genç işçiler gibi işçilerin durumları özel olarak değerlendirilmelidir.⁸⁹⁶ İSGK m. 10/1-ç’de genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunun risk değerlendirilmesinde dikkate alınacağı düzenlenmiştir; psikososyal riskler bağlamında özel politika grubu oluşturabilecek gruplara yalnız çalışan işçiler, işyeri dışında müşterilerin konut veya işyerlerinde çalışan işçiler, göçmen işçiler gibi grupların dahil edilmesi gerekecektir. Tek başına çalışan işçiler bakımından bu işçilerin takım olarak çalışmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilebilir. İşgücüne yeni katılan genç işçilerin çalıştığı işyerlerinde kabul edilmez davranışların neler olduğu açıkça belirtilebilir ve işçiler kaygılarını zaman kaybetmeden dile getirmeye teşvik edilebilir. İşçinin ücretlerinin (veya performans değerlendirmesinin) büyük ölçüde müşteri memnuiyetine dayanması hâlinde, işçilere misillemeden korunacakları konusunda güvence verilebilir ve işçiler şikâyetlerini dile getirmeye teşvik edilebilir.⁸⁹⁷

İşyerindeki sosyal ilişkilerin yüksek düzeyde hiyerarşik yapıda olup olmadığı değerlendirilmelidir. Çok hiyerarşik yapılanmanın da aksine hiyerarşiden çok uzak

⁸⁹⁵ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 18.

⁸⁹⁶ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 18.

⁸⁹⁷ *EEOC*, 2016, s. 33.

yapılanmanın da taciz riskini artırabildiği ifade edilmekteyse de⁸⁹⁸ eşitlikçi bir düzenin taciz riskini artırabileceği görüşüne katılmak mümkün değildir. İşçilerin üçüncü kişilerle temas etme sıklığı ve niteliği dikkate alınmalıdır; örneğin kabin memurları daha büyük risk altındadır. İşgücünün ağırlıklı olarak tek bir cinsiyetten kişilerden oluşması taciz riskini arttırdığından, ekiplerdeki cinsiyet dağılımı değerlendirmede yer almalıdır. İşçilerin işyerindeki ilişkilerde ortaya çıkan sorunları kolayca dile getirip getiremediği de dikkate alınacak bir diğer unsur olmalıdır.⁸⁹⁹ Genel olarak, yukarıda cinsel taciz olgusunu açıklayan örgütsel görüşler başlığında ele alınan olguların taciz riskini arttırdığı dikkate alınarak risk değerlendirmesinde bu olguların göz önünde tutulması uygun olacaktır.⁹⁰⁰

İşverenler, anketlere başvurarak işçilerin iş ilişkisinde taciz olgusunun varlığını ve tacizin hoş görüldüğünü hissedip hissetmediğini değerlendirilebilir.⁹⁰¹ Ayrıca daha geniş bir bakış açısıyla “*güven barometresi*” adı verilen ve kadınların işyerindeki eşitlik politikalarına ilişkin izlenimlerine odaklanan bir araştırmayla kadınlara işyerinde duyulan güven ölçülerek iş ilişkisinde cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik çabalar desteklenebilir.⁹⁰²

4. Cinsel ve cinsiyetçi taciz konusunda bilgilendirme yapmak

İşçilerin cinsel ve cinsiyetçi taciz konusunda bilgilendirilmesi alınabilecek önemli önlemlerden biridir; işverenin taciz olgusunun farkında olduğunu, işçilerin bu konuda konuşabileceklerini ve tacizi kınadığını işçilere hissettirmesi gerekir. İşçinin tacizin

⁸⁹⁸ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 18.

⁸⁹⁹ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 18.

⁹⁰⁰ Bkz. yukarıda §2-III-2.

⁹⁰¹ *EEOC*, 2016, s. 33.

⁹⁰² *Grévy – Becker* 2015, s. 66.

ciddiye alındığını bilmesi, tacize uğrarsa konunun ele alınacağına güven duymasını sağlar ve böylece taciz olgusunu ilk belirtilerinden itibaren şikâyet edebilir. İşçilerin bilgilendirilmesi, cinsiyet temelli tacizlerle mücadele ile ilgili konuların iş sözleşmelerine eklenmesi, işçilere düzenli olarak e-postalar, hatırlatıcı notlar veya broşürler aracılığıyla bilgilendirme yapılması, işyerine posterler asılması, cinsel ve cinsiyetçi tacizi yasaklayan iç yönetmeliğin işyerinde ilan edilmesi, bu konuya ilişkin toplantılar yapılması, konferanslar düzenlenmesi gibi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir.⁹⁰³

Fransız hukukunda işverenin işyerinde cinsel tacizin cezai yaptırımını, cinsel taciz ortaya çıktığında başvurulabilecek özel hukuk ve ceza hukuku yollarını ve bu konuda yetkili makamlarının ve hizmet sunucularının iletişim bilgilerini içeren bilgilendirme yapması zorunludur (İş Kodu L1153-5). Yasadan kaynaklanan bu bilgilendirme zorunluluğuna ek olarak, somut örneklerin belirlenmesi ve tanımlanması, şikâyet mekanizmaları, işletme içinde ve dışındaki kaynak kişiler, mağdur ve tanıkların korunmasına ilişkin hukuki rejim, varsa işletmenin taciz mağdurlarının hak aramasını kolaylaştırmak üzere sağladığı finansal veya hukuki desteklere ilişkin bilgilere dair bilgilendirme yapılması ve işçilere duyarlılık kazandırılması önerilmektedir.⁹⁰⁴

ABD’de işçilerin cinsel tacizle ilgili bilgilendirilmesi bu konuda eğitim verilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir. İFEK’in 1980 yılında yayımladığı rehber ilkelerde cinsel tacizle mücadele için işverenlerin eğitim vermesi önerisi yer aldıktan sonra işyerinde cinsel taciz eğitimleri uygulanmaya başlanmış ve yukarıda da incelenen *Ellerth ve Faragher* kararlarında ABD Yüksek Mahkemesi işverenin tacizi engellemek için gerekli önlemleri aldığı ispat etmesi gerektiği yönünde karar verdikten sonra bu

⁹⁰³ AVFT, 2018, s. 43. Benzer yönde, *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 18.

⁹⁰⁴ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 18.

eğitimler daha da yaygınlaşmıştır. Öte yandan, cinsel taciz eğitimlerinin ne kadar fayda sağladığı konusunda yapılan ampirik araştırmalar eğitimlerin tek başına bir etki sağlayıp sağlamadığı konusunda belirsizlikler içermektedir. Genel olarak, eğitimlerin işçilerin taciz davranışları konusunda bilgilendirilmesini sağladığı; ancak eğitimlerin tek başına işçilerin davranışlarını değiştirmek konusunda etki gösterme ihtimalinin düşük olduğu ifade edilmektedir.⁹⁰⁵ Eğitimler etkisiz kalabilmekte, hatta bazen eğitim sonrasında katılımcılarda mağdur suçlayıcı tavırlar gözlemlenmekte; ayrıca eğitimler toplumsal cinsiyete ilişkin kalıp yargıları güçlendirebilmektedir.⁹⁰⁶ Öğretide de çoğu tacizcinin zaten mağdurun davranışlarından rahatsızlık duyduğunun bilincinde olduğu; ancak mağdurun duygularını önemsemediği ve eğitimler aracılığıyla failerin davranışlarının değiştirilemeyeceği ileri sürülmüştür.⁹⁰⁷ Gerçekten de yapılan araştırmalarda eğitimlerden sonra taciz davranışlarının azalmadığı; ancak mağdurların daha fazla şikâyetçi olduğu bulgusuna varılmıştır.⁹⁰⁸

ABD'deki bu deneyim ışığında zorunlu eğitimler yerine gönüllülük esasına dayalı eğitimler düzenlenmesinin uygun olacağı söylenebilir; ancak elbette tüm işçilere yönelik bilgilendirme çalışmaları yapılmalıdır. Cinsel tacizde bulunan işçinin bu davranışın olumsuz karşılandığını fark etmemesi oldukça güç olmakla beraber, toplumdaki geleneksel toplumsal cinsiyet rollerine inanan işçinin cinsiyetçi davranışlarda bulunması olasıdır. Bu nedenle yapılacak bilgilendirmelerde cinsel tacize ilişkin yasakların ve bilgilendirmelerin yanında, cinsiyetçilik ayrıca ve özel olarak tanımlanmalı, bu davranışların kadın erkek eşitliğine zarar verdiği vurgulanmalı ve işyerinde bu tür davranışlara yer olmadığı açıkça ifade edilmelidir.

⁹⁰⁵ EEOC, 2016, s. 44-46.

⁹⁰⁶ Edelman – Cabrera, 2020, s. 10.15. Eğitimlerin izlenen amacın tersine etki yaratabildiği yönünde; EEOC, 2016, s. 49.

⁹⁰⁷ Schultz, 2018b, s. 59.

⁹⁰⁸ EEOC, 2016, s. 48.

İşçilere yönelik eğitimlerin içeriği ve yöntemi konusunda, ABD hukukunda getirilen öneriler yol gösterici olabilir. Eğitimler, yasadaki tanımlardan ziyade, kabul edilmez davranışlara ve bunların sonuçlarına odaklanmalı; işyerinin özel ihtiyaçları dikkate alınarak düzenlenmeli ve eğitimde işyerine özgü örnekler yer almalıdır. Ayrıca, eğitimlerde yasak olmayan normal davranışların neler olduğuna da yer verilmelidir. Eğitimlerde basit bir dille resmi şikâyet mekanizmalarına ve başvuru yollarına ilişkin de bilgi verilmelidir.⁹⁰⁹

İşveren tüm işçilere zorunlu eğitimler vermek yerine işveren vekillerine zorunlu eğitim vermeyi tercih edebilir. İşyerinde cinsel taciz ortaya çıktığında şikâyetlerle ilgilenecek konumdaki işveren vekilleri özel olarak eğitilmelidir. Tacize uğrayan işçi sorununu doğrudan dile getirmeden yöneticilere başka sorular yöneltebilir; örneğin cinsel isteklerin reddedilmesinden sonra tacizci işçi veya işveren vekili mağdura psikolojik tacizde bulunabilir ve mağdur cinsel tacizden bahsetmek istemediği için psikolojik tacizden şikâyet ediyor olabilir. Bu tür sorularla karşılaşma ihtimali olan işveren vekillerine cinsel tacizle ilgili duyarlılık kazandırılması, işçinin anlatımlarında cinsel tacize işaret edebilecek hususların fark edilmesini sağlayabilir.⁹¹⁰ Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyeleri, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı gibi kişilerin de özel olarak eğitilmesi uygun olacaktır.⁹¹¹

İşyerinde tacizin hoş görülmediği bir kültürün yaratılabilmesi için işveren vekillerinin hesap verebilirliğine dair açık bir mesajın verilmesi uygun olur. İşverenin konuyu ciddiye aldığını göstermek için işveren vekillerine yönelik eğitimin en üst düzeydeki yöneticiler tarafından desteklenmesi gerekir; bu desteğin gösterilmesi üst

⁹⁰⁹ EEOC, 2016, s. 50-51.

⁹¹⁰ Lempen, 2006, s. 232-234.

⁹¹¹ Grésy – Becker 2015, s. 81.

düzyer bir yöneticinin eğitimin tamamına katılması, mümkün değilse en azından eğitimin başında bir açılış konuşması yapması veya eğitime bizzat katılamıyorsa bir video mesaj göndermesi gibi yöntemlerle sağlanabilir. İşveren vekillerine yönelik eğitim düzenli olarak tekrarlanmalı ve eğitim sonuçları değerlendirilmelidir. Eğitimler mümkün olduğu ölçüde yüz yüze eğitim verecek yetkin eğitimciler tarafından interaktif şekilde verilmelidir; ancak işyerinin konumu veya işverenin ekonomik durumu elvermiyorsa işyerine göre uyarlanmış videolarla eğitim verilebilir. Eğitimlerde işveren vekillerine taciz karşısında nasıl davranacakları ve üstlerine nasıl bilgilendirme yapacaklarına dair uygulamaya ilişkin bilgiler verilmeli ve mağdur şikâyetçi olmasa dahi tacizle karşılaştıklarında harekete geçmeleri gerektiği vurgulanmalıdır.⁹¹²

5. Cinsel ve cinsiyetçi taciz olayları için bir şikâyet mekanizması oluşturmak

İşveren işçinin cinsel ve cinsiyetçi taciz olaylarını şikâyet edebileceği bir mekanizma oluşturmalıdır; ancak bu mekanizmanın varlığının işverenin sorumluluğuna etkisi değerlendirilirken bu mekanizmaların gerçek hayattaki sınırlı etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Şikâyet mekanizmalarının tacizi sona erdirme konusunda etkili olduğuna dair çok sınırlı veri vardır. Bu mekanizmalar çok iyi işlese dahi tacizi gerçekten önlemez; zira şikâyet mekanizmaları işyerindeki çalışma koşullarını değiştirmeyi değil hâlihazırda gerçekleşmiş vakalara yanıt vermeye yöneliktir.⁹¹³ İşyerindeki kurumsal kültür değişmedikçe tek başına yeni mekanizmalar kurulmasının anlam taşımayacağı hatırlatılmalıdır.⁹¹⁴ Şikâyet mekanizmalarına önleme başlığı altında

⁹¹² *EEOC*, 2016, s. 51-53.

⁹¹³ *Schultz*, 2018a, s. 43.

⁹¹⁴ *Ahmed*, 2021, s. 79.

yer verilmesinin nedeni, taciz gerçekleşmeden önce bu mekanizmaların kurulmasının gerekmesidir.

İşçiler, tacizciler, üstleri veya diğer işçilerden kaynaklanabilecek misillemelerden çekinmeleri nedeniyle şikâyetçi olmaktan çekinebilirler. Ayrıca kişisel nedenlerle de şikâyetçi olmayabilirler.⁹¹⁵ Yargıtay, kadın işçilerin soyunma odalarına giren bir erkek işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin olayda, ilk derece mahkemesinin erkek işçi soyunma odasına girdiği sırada içeride bulunan kadın işçinin şikâyetinin bulunmadığı şeklindeki yorumuna ilişkin isabetli değerlendirmelerde bulunmuştur: *“kimseden kendi şeref ve haysiyetine dokunabilecek ya da çalıştığı iş yerinde hakkında olumsuz tutum ve isnatlarda bulunulmasına yol açabilecek ya da böyle bir sonuç ortaya çıkacağına dair kişinin kendi subjektif ve tamamen iç dünyası ile ilgili sebeplerle bu hususlarda suskun kalması, detayları anlatmaması ya da şikâyetçi olmamasının tek başına yaşanan/yaşanmış herhangi bir olumsuz tutum ve davranışın bulunmadığı şeklinde yorumlanamayacağı açıktır. Bu sebeple mahkemece kadın işçinin beyanının alındığı ancak bu beyanlarında davacı tarafından kendisine yönelik herhangi bir taciz yahut rahatsız edici bir davranıştan söz edilmediği gibi şikâyetçi de olunmadığı gerekçesi yerinde değildir.”*⁹¹⁶ Bu bakış açısı doğrultusunda, işçinin işyerinde mevcut şikâyet mekanizmalarını da misilleme, kınanma korkusu veya şahsi nedenlerle kullanmaması her zaman mümkündür.

ABD hukukunda, cinsel tacizle ilgili bir şikâyet mekanizmasının varlığının işverenin cinsel tacizi önleme borcunun gereğini yerine getirdiği şeklinde yorumladığı ve işçinin bu mekanizmaya başvurmamasının makul nedenlere dayanmadığı gerekçesiyle işçilerin taleplerinin reddedilebildiğine yukarıda yer verilmişti. Bu bağlamında *Edelman*’ın

⁹¹⁵ İşçilerin şikâyetten çekinmesi olgusu konusunda bkz. yukarıda §2-II-3-b.

⁹¹⁶ Yargıtay 7. HD. 4.3.2014, 22443/5109, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

mevzuata sembolik uygunluğa mahkemeler tarafından gereğinden büyük anlamlar yüklenerek işverenin sorumluluktan kurtarıldığı yönünde haklı eleştirisi hatırlatılmalıdır; bu eleştiri hukukumuz bakımından da bir uyarı olarak dikkate alınmalıdır.⁹¹⁷ Dolayısıyla işçinin işyerinde kurulan şikâyet mekanizmasına başvurusu zorunlu olmamalı ve salt mekanizmayı işletmemiş olması aleyhine sonuç doğurmamalıdır. İsviçre hukukunda savunulduğu üzere işçinin her zaman için işyeri içindeki şikâyet usullerini işletmeden doğrudan yargıya başvurması da mümkün olmalıdır.⁹¹⁸

İşçilerin özellikle cinsel taciz karşısında suskunluğu ve şikâyetten çekindikleri gerçeği dikkate alınarak şikâyetçi olmak için bir süre sınırlaması getirilmemesi uygun olur; süre sınırının getirildiği durumlarda bu sürenin cinsel tacizin bir tür tabu olmasının getirdiği güçlükleri dikkate alan makul derecede uzun bir süre olması gerekir.⁹¹⁹ Bu bakış açısıyla, cinsel tacize uğrayan işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanmasındaki hak düşürücü sürenin de gözden geçirilmesi gerekir; bu husus aşağıda işçinin haklı fesih hakkı incelenirken ele alınacaktır.⁹²⁰

İşyerinde kurulacak şikâyet mekanizmasının iyi işlememesi sebebiyle bir işçinin olumsuz sonuçlarla karşılaşması, diğer işçiler bakımından caydırıcı etki yaratacağı için bu sistemlerin düzgün işlemesi büyük önem taşır. İşyerinde yetkili sendikanın bulunduğu hâllerde sendikalar mekanizmanın kuruluş ve işleyişine katkı sağlayabilirler.⁹²¹

⁹¹⁷ Bkz. yukarıda §3-1-3-h.

⁹¹⁸ *Lempen*, 2006, s. 235.

⁹¹⁹ *Lempen*, 2006, s. 235.

⁹²⁰ Bkz. aşağıda §7-I-5.

⁹²¹ *EEOC*, 2016, s. 40.

Şikâyet üzerine gerçekleştirilecek soruşturmalar, bu konuda eğitimli, objektif ve tarafsız kişilerce yürütülmelidir.⁹²² Tarafsızlığı sağlamak üzere, şikâyet üzerine yapılacak soruşturmanın işyeri dışındaki kişilerce yürütülmesi gerektiği savunulmaktadır.⁹²³ Özellikle üst düzey yöneticilerle ilgili taciz iddialarında soruşturmacının işyeri dışından olması tercih edilebilir; bu soruşturmanın tarafsızlığına katkı sağlayabilir. Ancak bu hâlde dahi soruşturmacının ücreti işveren tarafından ödendiğinden bu kişinin gerçekten tarafsız olup olmadığı her zaman sorgulanabilir⁹²⁴. ABD’de dışarıdan soruşturmacı belirlendiği hâllerde, bu kişi genellikle iş hukukunda deneyimli ve işverenle vekalet ilişkisi bulunmayan bir avukat olmaktadır.⁹²⁵ Dışarıdan soruşturmacı atanmasının süreci uzatabileceği ve aynı zamanda bu kişinin ücreti işveren tarafından ödendiği sürece tam olarak tarafsızlığının sağlanması mümkün olmadığı için her olayda işyeri dışındaki bir soruşturmacıya başvurulmasının gerekli olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak, yine de üst düzey yetkililer bakımından soruşturmanın işyeri dışındaki kişilerce yürütülmesi fayda sağlayabilir ve bu hâllerde kadın hakları konusunda çalışan sivil toplum kuruluşlarında çalışan hukukçulardan destek alınması mümkün olabilir. Soruşturmanın işyerinde çalışanlar tarafından yürütülmesi hâlinde, soruşturmacının işyeri hiyerarşisi içerisindeki konumu taraflardan birinden daha altta olacak olursa soruşturmanın tarafsızlığına gölge düşeceği bilinciyle soruşturmacı belirlenmelidir.⁹²⁶

Şikâyet kanalları çeşitlilik gösterebilir; doğrudan yöneticilere veya insan kaynakları birimlerine şikâyetle bulunulabileceği gibi, işyerinin ölçeğine göre bir telefon hattı

⁹²² EEOC, 2016, s. 41.

⁹²³ Lempen, 2006, s. 235.

⁹²⁴ Oppenheimer, 2020, s. 489, 491.

⁹²⁵ Oppenheimer, 2020, s. 491.

⁹²⁶ Oppenheimer, 2020, s. 490-491.

üzerinden ya da internet üzerinden de şikâyetler alınabilir.⁹²⁷ İşverenlerin bu yöntemlerden birini zorunlu kılmak yerine, işçiye çeşitli yöntemler arasında seçenekler sunması uygun olur. ABD hukukunda taciz şikâyetlerini ele alan ve bu konuda karar veren kişilerin çeşitliliği temsil edecek şekilde belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹²⁸ Ülkemiz koşullarında bu önerinin yansımaları oldukça sınırlı olacaksa da örneğin göçmen işçilerin ağırlıklı çalıştığı bir işyerinde bu öneri önem taşır. Ayrıca kanımca, cinsel ve cinsiyetçi tacizle karşılaşanların çok büyük çoğunluğunun kadınlar olduğu düşünülerek şikâyet mekanizmalarının oluşumunda kadınlara ağırlık verilmelidir.

İşçilerin şikâyetleri hızlı bir biçimde ele alınmalıdır;⁹²⁹ zira genellikle tacizde acil müdahale gerektiren süregiden davranışlar söz konusudur.⁹³⁰ Taciz iddiaları ciddiyetle ele alınmalı;⁹³¹ soruşturma süreci dikkatle ve tarafsız şekilde belgelenmelidir.⁹³² İşveren ve soruşturmacı tarafından soruşturmanın gizliliği korunmalıdır.⁹³³ Soruşturma adil bir biçimde yürütülmeli, her iki taraf da dinlenmelidir.⁹³⁴ Soruşturma sırasında tacize uğradığını iddia eden işçi ve hakkında taciz iddiası bulunan işçi benzer haklara sahip olmalı, örneğin soruşturma sonucundaki rapora erişebilmeli veya soruşturma sırasında tercih ettikleri bir kişinin yardımından yararlanabilmelidir.⁹³⁵ Soruşturma, iddia konusu

⁹²⁷ EEOC, 2016, s. 41.

⁹²⁸ Schultz, 2018a, s. 44.

⁹²⁹ Lempen, 2006, s. 236. EEOC, 2016, s. 41.

⁹³⁰ Oppenheimer, 2020, s. 488.

⁹³¹ AVFT, 2018, s. 62. Üniversiteler bağlamında soruşturmaların kasıtlı olarak yavaş ve ciddiyetsiz şekilde yürütüldüğü örnekler için bkz. Ahmed, 2021, s. 116-117.

⁹³² Oppenheimer, 2020, s. 494.

⁹³³ EEOC, 2016, s. 42. Oppenheimer, 2020, s. 492.

⁹³⁴ Oppenheimer, 2020, s. 489.

⁹³⁵ Lempen, 2006, s. 236.

olayla sınırlı olmalı, hakkında taciz iddiası olan işçinin kişiliğine ilişkin bir soruşturmaya dönüştürülmemelidir.⁹³⁶

6. Cinsel ve cinsiyetçi taciz mağdurlarına destek ve danışmanlık sağlamak

İsviçre hukukunda, şikâyet usulü dışında isteğe bağlı olarak işletilebilecek resmi olmayan danışmanlık, destek ve uzlaştırma mekanizması oluşturulması önerilmiştir. Bu mekanizmada, işçi komitesi tarafından en az üçte ikisi kadınlardan oluşan bir güvenilir kişiler grubu seçilmesi önerilmektedir. Bu kişiler talepte bulunan kişiyi dinlemek, bilgilendirmek ve danışmanlık yapmak; ihtiyaca göre kişiyi ilgili uzman birimlere yönlendirmek; talepte bulunan kişinin isteği ve onayıyla hakkında taciz iddiasında bulunan kişi veya yöneticilerle görüşerek duruma müdahale etmek ve talepte bulunan kişi ve hakkında taciz iddiası bulunan kişilerin onayıyla uzlaştırma yoluna gitmekle görevli olacaktır.⁹³⁷

Fransız hukukunda, mülga İş Kodu'nda cinsel taciz olaylarıyla ilgili olarak isteğe bağlı bir işletme içi arabuluculuk yöntemi öngörülmüşken (L122-54), yeni İş Kodunda bu tür bir yöntem öngörülmemiştir. Cinsel taciz olaylarında bu usul nadiren işletildiği gibi, öğretide cinsel taciz bakımından uygun olmadığı da ileri sürülmüştür.⁹³⁸ Günümüzde psikolojik taciz olaylarıyla ilgili olarak işletme içi bir arabuluculuk yöntemine başvurulabileceği yasada düzenlenmektedir (L1152-6). Fransız İş Kodu'nda en az 250 çalışanı olan işyerlerinde işçilere cinsel taciz ve cinsiyetçilik hakkında rehberlik etmek ve onları bilgilendirmek için bir kişinin görevlendirilmesinin zorunlu olduğu öngörülmektedir (L1153-5-1). Bu görevlinin yetkileri konusunda işverene geniş

⁹³⁶ Oppenheimer, 2020, s. 490.

⁹³⁷ Lempen, 2006, s. 353.

⁹³⁸ Laulom, 2012, s. 104.

bir takdir hakkı tanınmıştır; ancak bu kişinin görünürlüğü ve meşruiyetinin sağlanması için işyerindeki insan kaynakları birimine dahil edilmesi gerekir. Bu kişinin yetkileri arasında, işçiler ve yöneticiler için farkındalık yaratma ve eğitim faaliyetleri yürütmek, işçileri işyeri hekimi, iş müfettişleri gibi yetkili birimlere yönlendirmek, işyerinde cinsel ve cinsiyetçi tacizin bildirilmesi ve ele alınmasına ilişkin usullerin uygulanmasını sağlamak, cinsel taciz şikâyetleri üzerine soruşturma yürütmek gibi yetkiler yer alabilir.⁹³⁹

Hukukumuzda işyerinde yönetime katılım modellerinin bulunmaması nedeniyle, İsviçre hukukunda önerilen yönteme benzer şekilde işyerinde güvenilir kişilerden oluşan bir grubun seçilmesi ve destek, danışmanlık, uzlaştırma görevlerini yerine getirmesini önermek mümkün görünmemektedir. Öte yandan, yetkili sendikanın bulunduğu işyerlerinde toplu iş sözleşmeleriyle İsviçre hukukundaki öneriye benzer yöntemler benimsenebilir. Fransız hukukundakine benzer şekilde, cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçilere destek ve danışmanlık sağlayacak bir görevlinin belirlenmesi önerilebilirse de bu kişinin işverene karşı bağımsızlığını sağlayabilecek güvenceler bulunmadıkça görevini gereğince yerine getirmesi güç görünmektedir. Bu tür destek ve danışmanlık görevlerinin, işçi sendikalarının temsilcileri özel olarak eğitmesi ve temsilcilerin seçiminde cinsiyet dengesini gözetmesi şartıyla, STİSK m. 24 gereği özel güvenceye sahip işyeri sendika temsilcileri tarafından yerine getirilmesi düşünülebilir. Ayrıca işverene karşı bağımsızlıklarının sağlanmasında sorunlar bulunmakla beraber, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları da işçilere danışmanlık ve destek sağlanmasında rol alabilirler.⁹⁴⁰

⁹³⁹ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 17.

⁹⁴⁰ İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının mesleki bağımsızlıklarının sağlanmasındaki eksiklikler ve çeşitli çözüm önerileri hakkında bkz. *Baycık*, 2013, s. 127-128. *Özdemir*, 2014, s. 204-210.

III. İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize son verme borcu ve bu çerçevede sahip olduğu haklar

1. Alınacak önlemlerin cinsel ve cinsiyetçi taciz mağdurunun durumunu ağırlaştırmaması gereği ve mağdurun misillemeden korunması

TBK m. 417/1 uyarınca işveren cinsel tacize uğramış işçinin daha fazla zarar görmemesi için gerekli önlemleri alma borcu altındadır; bu bağlamda aşağıda ele alınacağı üzere cinsel tacizde bulunan işçiye disiplin yaptırımları uygulanması veya sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi mümkündür.⁹⁴¹ İşverenin gözetme borcu gereği alacağı önlemlerin cinsel taciz mağduru bakımından hiçbir olumsuz sonuç doğurmaması sağlanmalıdır; örneğin tacizci ve mağdurun bir araya gelmesini engellemek isteyen özenli bir işverenin mağdurun onayı bulunmadıkça mağdurun işyerini değiştirmemesi gerekir.⁹⁴² Ankara BAM kararına konu olan bir olayda, davalı işveren tam da sözü geçen ilkelerin aksine bir tutumla, cinsel tacizden şikâyet eden davacı işçiyi başka şehre nakletmeyi, kısa süreli ücretli izin veya ücretsiz izin uygulamayı teklif etmiştir; davacı işçinin bu teklifleri reddetmesi üzere açık ofis şeklindeki çalışma ortamında yalnızca tacizci işçinin çalıştığı masayı değiştirmiştir. Davacı işçi, bunun üzerine iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiştir. İlk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi isabetli olarak işverenin gerekli önlemleri almadığına hükmetmiştir.⁹⁴³

İsviçre hukukunda mağdur işçinin aleyhine onayı olmaksızın esaslı bir değişiklik yapılması Federal Eşitlik Yasası'nın 3. maddesi anlamında ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmektedir.⁹⁴⁴ Fransız İş Kodu'nda, cinsel tacize uğrayan, cinsel taciz

⁹⁴¹ Bkz. aşağıda §6-III-2 ve 3.

⁹⁴² *Lempen*, 2006, s. 211

⁹⁴³ Ankara BAM, 6. HD. 12.3.2019, 2017/4107, 2019/441, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

⁹⁴⁴ *Lempen*, 2006, s. 211. *Lempen*, 2011, s. 121.

vakalarına iyi niyetle tanıklık eden ve bu vakaları aktaran kişilere ayrımcılık yapılması özel olarak yasaklanmıştır (L1153-2). Buna göre, söz konusu nedenlerle iş sözleşmesinin feshi, işçiye yaptırım uygulanması, ücrette, hizmet içi eğitimde, görevlendirmede, sınıflandırmada, terfide, çalışma saatlerinde, performans değerlendirmesinde, sözleşmenin devrinde ve yenilenmesinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması yasaktır (L1121-2). ABD hukukunda tacize uğramaları üzerine federal bir kuruma başvurmuş çalışanlar, Medeni Haklar Yasası'nın 7. başlığı uyarınca misillemelerden korunmaktadır; ancak bu hâlde mahkemenin tacizi yeterince ciddi ve yaygın bulması gerekmektedir. ABD hukukundaki bu koruma öğretide yetersiz bulunmaktadır.⁹⁴⁵

Hukukumuz bakımından da işverenin taciz şikâyetinde bulunan işçi aleyhine misilleme olarak nitelendirilebilecek davranışta bulunması TBK m. 417/1'de düzenlenen gözetme borcunun ihlali olacağı gibi, bu tür davranışlar taciz olgusuna dayandığı için cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturur.⁹⁴⁶ Ayrıca bir misilleme olarak mağdurun iş sözleşmesinin feshedilmesi olayın koşullarına göre, kötü niyetli, geçersiz veya haksız bir fesih oluşturur. Taciz mağduru işçinin haklarına aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir.⁹⁴⁷

İşveren cinsel taciz mağduru aleyhine davranışlarda bulunamayacağı gibi işçiyi diğer işçilerden gelebilecek misilleme davranışlarından da koruma borcu altındadır; TBK m. 417/1 bu borcun da yasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle taciz iddiasında bulunan işçinin soruşturma süresince misillemekten korunması sağlanmalıdır. İşveren taraflara birbirleriyle iletişim kurmamaları talimatı verebilir. Eğer

⁹⁴⁵ Bkz. yukarıda §3-I-4.

⁹⁴⁶ *Bakırcı*, 2012, s. 357.

⁹⁴⁷ Bkz. aşağıda §8.

taraflar normalde birlikte çalışıyorlarsa, kural olarak hakkında taciz iddiası bulunan işçinin işyerinde değişikliğe gidilmelidir; mağdurun işyeri ancak onayıyla değiştirilebilir.⁹⁴⁸ Hakkında taciz iddiası bulunan işçinin işyerindeki değişiklik mümkünse esaslı nitelikte olmamalıdır; eğer esaslı değişiklik yapılacak olursa İK m. 22'deki usulün işletilmesi gerekecektir. Eğer tacizde bulunduğu iddia edilen işçi, taciz iddiasında bulunan işçinin amiri konumundaysa, taciz iddiasında bulunan işçinin onayıyla görevlerinde değişiklik yaratmayacak başka bir amirle çalışması sağlanabilir.⁹⁴⁹ Bu bağlamda olayın koşullarına göre, soruşturmanın sağlıklı yürütmesi ve tacize uğradığını ileri süren işçinin misillemeden korunabilmesi için hakkında taciz iddiası bulunan işçinin geçici olarak işten uzaklaştırılması yoluna başvurulması mümkün olmalıdır.⁹⁵⁰ Özellikle iddia edilen taciz fiilinin ağır olması ve hakkında taciz iddiasında bulunan işçinin işyerindeki varlığının mağdur olduğu düşünülen işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığı bakımından risk oluşturması hâlinde bu yola başvurulması uygun olur.⁹⁵¹ Burada hakkında taciz iddiası bulunan işçi aleyhine bir esaslı değişiklik söz konusu olmaması için, işçinin sözleşmesinin ücreti ödenerek askıya alınması ya da esaslı değişiklik oluşturmayan bir işyeri değişikliği yapılması uygun olur. Yürütülen soruşturma sonucunda hakkında taciz iddiası bulunan işçinin iş sözleşmesi feshedilmeksizin disiplin yaptırımını uygulanması hâlinde de mağdurun misillemelerden korunması gerekir. Ayrıca failin iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde faille dayanışma hâlindeki diğer işçilerin mağdura yönelik misilleme niteliğinde davranışlarda bulunması mümkün olabilir ve bu tür davranışların da engellenmesi gerekir. Diğer işçilerden gelen

⁹⁴⁸ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 26.

⁹⁴⁹ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 26.

⁹⁵⁰ *Lempen*, 2006, s. 236. Yazar, hakkında taciz iddiası bulunan kişinin işten uzaklaştırılmasının elzem olduğu görüşündedir.

⁹⁵¹ *Ministère du Travail République Française*, 2019, s. 26.

misilleme davranışlarına engel olmayan işverenin, mağdur işçi karşısında sorumluluğu doğacaktır.

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ortadan kaldırılması, ancak mağdurların şikâyetçi olmaktan çekinmediği bir ortamda mümkün olabilir.⁹⁵² Taciz bağlamında işçilerin misillemeye karşı korunması sadece taciz iddiasında bulunan işçilerle sınırlı kalmamalı, bu davranışları bildiren, şikâyetçi olan, taciz davranışlarına karşı çıkan ve taciz iddiasına ilişkin bir soruşturmaya katılan işçiler de misillemeye karşı korunmalıdır. Burada, korumadan yararlanmakta önemli olan unsur işçinin iyi niyetle iddia edilen davranışın yasalara aykırı bir taciz oluşturduğuna inanması olmalıdır.⁹⁵³ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, cinsel tacizle ilgili düzenlemelerin işçiyi misillemelere karşı da açıkça koruması gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁵⁴ Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu 190 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 10. maddesinde devletlerin şikâyetçilere, mağdurlara, tanıklara ve ifşacılara (“*whistleblower*”) mağduriyete ve misillemeye karşı koruma sağlaması gerektiği düzenlenmektedir. Her ne kadar mevcut yasal düzenlemeler uyarınca, işverenin işçiye misillemede bulunması hukuka aykırı olsa ve işveren aynı zamanda gözetme borcu gereği işçiyi diğer işçilerden gelebilecek misillemelerden korumakla görevli olsa da hem işveren hem de diğer işçilerden kaynaklanan misilleme davranışlarına dair açık bir yasağın yasaya eklenmesi uygun olur.

⁹⁵² *Schultz*, 2018a, s. 38.

⁹⁵³ *Schultz*, 2018a, s. 41.

⁹⁵⁴ Bkz. yukarıda §4-I-3.

2. Tacizci işçiye disiplin yaptırımı uygulanması

İşveren tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini geçerli veya haklı nedenle feshedebileceği gibi olayın koşulları ve ağırlığına göre disiplin yaptırımları da uygulayabilir.⁹⁵⁵ Hukukumuzda disiplin cezalarına dair bazı hükümler bulunmakla beraber bu yaptırımların koşullarına, uygulanma usulüne ve denetimine ilişkin genel düzenlemeler mevcut değildir.⁹⁵⁶ İK m. 38’de ücret kesme cezası iki gündelik ücretle sınırlanmakta ve bu cezanın verilebileceği nedenlerin iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde gösterilmesi gerektiğini düzenlenmekte; İK m. 18 ve 25’te sırasıyla geçerli ve haklı fesih nedenleri düzenlenmektedir. Disiplin yaptırımlarına dair genel bir hukuki rejimin yokluğu karşısında, bu yaptırımlara ilişkin kurallar genel hükümlere ve iş hukukunun genel ilkelerine göre belirlenir.⁹⁵⁷

Disiplin cezası uygulanabilmesi için öncelikle cezanın geçerli bir hukuki dayanağının bulunması gerekir;⁹⁵⁸ anılan İK m. 38, 18 ve 25 hükümleri ücret kesme ile işten çıkarma cezalarının sınırlarını çizmektedir. Mülga BK m. 315’teki “*Sınai veya ticari bir teşebbüste, iş sahibi tarafından mesai veya dahili bir intizam için muttarit bir kaide ittihaz edilmiş ise bunlar evvelce yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş olmadıkça işçiye bir borç tahmil etmez.*” hükmünün 6098 sayılı TBK’da yer almamakta; buna karşılık yeni yasanın 399. maddesinde “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Mülga BK m. 315 hükmünün karşılığının yeni yasada bulunmaması işverene yönetim hakkına dayanarak (ücret kesme ve işten çıkarma dışında) disiplin cezası düzenleme imkânı vermekte midir? Öğretide isabetli olarak,

⁹⁵⁵ Lempen, 2006, s. 207-208. AVFT, 2018, s. 68. *Ministère du Travail République Française*, 2019

⁹⁵⁶ Süzek, 2021, s. 132-133. Mollamahmutoglu – Astarlı, 2012, s. 534-535. Özdemir, 2001, s. 1255.

⁹⁵⁷ Süzek, 2021, s. 133.

⁹⁵⁸ Süzek, 2021, s. 133. Özdemir, 2001, s. 1265. Dursun Ateş, 2020, s. 160. Heper, 2022, s. 390.

işçinin önceden öngörmediği disiplin cezalarıyla karşılaşmasının güvencesiz bir çalışma ortamı yaratacağı belirtilmektedir.⁹⁵⁹ İşverenin, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve iç yönetmelik gibi iş hukuku kaynaklarında gösterilen fiiller ve cezalar dışında disiplin cezası uygulayamayacağının kabul edilmesi uygun olur.⁹⁶⁰ İşçiye disiplin cezası uygulanabilmesi için aynı zamanda işçinin kusurlu olması gerekmektedir.⁹⁶¹ İnceleme konusunu oluşturan cinsel ve cinsiyetçi taciz davranışlarını gerçekleştiren işçinin kusurlu olacağı açıktır. Ayrıca disiplin cezaları amacıyla sınırlıdır; örneğin işyerini etkilemeyen özel yaşamıyla ilgili disiplin cezası verilemez.⁹⁶² Bu bağlamda işçiler arasındaki rızaya dayalı duygusal ve cinsel ilişkilerin işyerine olumsuz yansımaları olmadıkça disiplin cezasına konu olamayacağı hatırlatılmalıdır. Disiplin yaptırımları aynı zamanda kaynaklar hiyerarşisine uygun olmalıdır; buna göre işçiye yararlılık ilkesi gereği yasada haklı fesih yaptırımını öngörülen bir davranışa kamu düzenine aykırı olmadıkça daha hafif bir yaptırım öngörülmesi mümkündür.⁹⁶³ İK m. 25/II-c’de işçinin işverenin bir diğer işçisine cinsel tacizde bulunması haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya toplu iş sözleşmelerinde cinsel taciz fiillerine daha hafif bir cezanın, örneğin bir günlük ücret kesme cezasının, öngörülmesi mümkün olacak mıdır? Kanımca, buradaki fiil aynı zamanda suç teşkil ettiğinden ve kamu düzenini ilgilendirdiğinden bu tür bir düzenleme yapılması mümkün olmamalıdır.⁹⁶⁴ Cinsel taciz fiillerine önceden daha hafif bir yaptırımın öngörülmesi,

⁹⁵⁹ *Heper*, 2022, s. 390.

⁹⁶⁰ *Dursun Ateş*, 2019, s. 160.

⁹⁶¹ *Süzek*, 2021, s. 134. *Özdemir*, 2014, s. 478. *Elbir*, 2010, s. 60-61. *Dursun Ateş*, 2020, s. 160. *Heper*, 2022, s. 391.

⁹⁶² *Süzek*, 2021, s. 134. *Dursun Ateş*, 2019, s. 164. *Heper*, 2022, s. 396.

⁹⁶³ *Süzek*, 2021, s. 135. *Başbuğ*, 1999, s. 172. *Süzek*, 2002, s. 80. *Özdemir*, 2011, s. 1261-1262. *Dursun Ateş*, 2019, s. 164. *Heper*, 2022, s. 397.

⁹⁶⁴ Kamu düzenine aykırı fiiller bakımından haklı nedenle fesihten daha hafif disiplin yaptırımını getirilemeyeceği ve işçinin küfür, hakaret, fiili saldırı gibi eylemleri bakımından haklı nedenle derhal fesihten daha hafif disiplin cezaları getiren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işverenin fesih hakkının

aynı zamanda işverenin bu fiilleri ciddiye almadığı izlenimi yaratır ve işyerinde cinsiyet eşitliğini zayıflatır. Buna karşılık, somut olayın koşullarına göre haklı fesihten daha hafif bir disiplin yaptırımının uygulanması mümkün olmalıdır; işyeri iç yönetmelikleri ve toplu iş sözleşmelerinde işverene veya disiplin kuruluna somut olayın koşullarına göre, ilgili kaynakta belirtilenden daha hafif bir disiplin cezası verme yetkisi tanıyan hükümler geçerli sayılmalıdır.

Uygulamada disiplin cezaları, genellikle toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde düzenlenmektedir.⁹⁶⁵ Disiplin cezalarının türleri, uyarı, kınama, ücret kesme cezası, işyerinin geçici olarak değiştirilmesi, geçici olarak işten uzaklaştırma, terfi ettirmeme, atipik cezalar ve işten çıkarma cezası olarak örneklenmektedir.⁹⁶⁶ Söz konusu cezalardan ücret kesme ve işten çıkarma cezası yasadan kaynaklanan sınırlamalara tabidir. Disiplin cezalarının anlamlı olabilmesi için işçinin durumunu bir ölçüde ağırlaştırması gerektiği açıktır.⁹⁶⁷ Buna karşılık, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratacak çalışma saatlerinin değiştirilmesi, işyeri değişikliği gibi cezaların uygulanmasında, çalışma koşullarında esaslı değişiklik (İK m. 22) hükümlerinin uygulanmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu tür hükümlerin değişiklik kaydı niteliğinde olduğu şüphesizdir; dolayısıyla bu hükümler yönünden İK m. 22'nin işletilip işletilmeyeceği değişiklik kaydına geçerlilik tanınıp tanınmasına bağlıdır. Öğretide bir görüş, toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde işverene bu tür bir yetki verilmişse İK m. 22'nin işletilmesinin gerekmediğini savunmakta;⁹⁶⁸ aksi

özünde dokunduğu yönünde, *Süzek*, 2021, s. 135, 738-739. Cinsel tacize ilişkin haklı fesih sebebinin mutlak emredici olduğu yönünde, *Aykaç*, 2020, s. 115-116.

⁹⁶⁵ *Süzek*, 2021, s. 133. *Mollamahmutoğlu – Astarlı*, 2012, s. 536. *Özdemir*, 2014, *Dursun Ateş*, 2019, s. 159.

⁹⁶⁶ *Süzek*, 2021, s. 133. *Özdemir*, 2014, s. 475-478. *Heper*, 2022, s. 392.

⁹⁶⁷ *Heper*, 2022, s. 393.

⁹⁶⁸ *Başbuğ*, 1999, s. 160. *Özdemir*, 2001, s. 1259. *Dursun Ateş*, 2020, s. 163.

görüŖ İK m. 22'nin yeknesak bir Ŗekilde disiplin hükümlerinden kaynaklanan esaslı değişiklikleri kapsayacak Ŗekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁶⁹

Çalışma konusu bağlamında, özellikle disiplin cezası olarak tacizci işçinin işyerinin değiştirilmesi önem arz etmektedir; zira bu cezanın verilmesi olayın koşullarına göre TBK m. 417/1 bağlamında işverenin tacize uğrayan işçinin daha fazla zarar görmemesini sağlama borcunun gereği olabilir. Bu nedenle İK m. 22'nin işletilmesinin gerekip gerekmediğine dair tartışma özellikle işyeri değişikliği öngören disiplin cezaları yönünden yapılacaktır. İK m. 22'nin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratan disiplin cezaları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı, disiplin hükümlerinin iç yönetmelik veya tip iş akdi gibi genel iş koşulu niteliğindeki iş hukuku kaynaklarında mı yoksa toplu iş sözleşmelerinde mi düzenlendiğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Disiplin hükümleri, genel iş koşulu niteliğindeki bir iş hukuku kaynağında düzenlendiğinde, TBK m. 20-25'te düzenlenen genel işlem Ŗartlarına özgü denetime tâbi kılınmalıdır. TBK'nın 24. maddesine göre: *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”*⁹⁷⁰ Bu düzenleme karşısında genel iş koşulu niteliğindeki iş hukuku kaynaklarında, işverene çalışma

⁹⁶⁹ Elbir, 2010, s. 41-42. Öztürk, 2021, s. 620. Heper, 2022, s. 395.

⁹⁷⁰ TBK m. 24 hükmünün iş ilişkilerine aynen uygulanacağı yönünde, Süzek, 2021, s. 75-78. Yıldız, 2014, s. 130-134. Öğretideki aksi görüşler, TBK m. 24'ün iş hukukundaki esneklik fikriyle bağdaşmadığı ve İK m. 22/2 hükmüyle çelişkili olduğu için iş hukukunda uygulanamayacağını (Alp, 2005, s. 414-416.), TBK m. 24'ün İK'daki esneklik esasına uygun olmadığını, bu nedenle söz konusu düzenlemenin iş ilişkilerinde uygulama alanı bulamayacağını, gerçek olmayan yasa boşluğunun genel iş koşullarında değişiklik kayıtlarının yer almasının mümkün olduğu Ŗeklinde doldurulması gerektiğini (Baycık, 2011, s. 212-214.); bu düzenlemenin iş hukukunun sürekli borç ilişkisi yaratma özelliğine uygun olmadığını ve bu nedenle iş ilişkilerinde uygulanamayacağını, ortaya çıkan yasa boşluğunun TBK m. 25 ile doldurulması gerektiğini (Civan, 2015, s. 131-137.); TBK m. 24'ün TBK m. 20 vd. ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve buradaki denetimlerden geçen genel iş koşullarının geçerli olacağını (Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 116. Öztürk, 2021, 574-577.) ileri sürmektedir.

koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisi veren kayıtların zaten yazılmamış sayılması gerekir; dolayısıyla işverene tek taraflı esaslı değişiklik yapma yetkisi veren disiplin cezalarına dair hükümler yazılmamış sayılmalıdır. Bu durumda, disiplinsiz davranan işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılacaksa İK m. 22'nin işletilmesi gerekir. Örneğin tacizci işçinin işyeri değiştirilecekse, anılan maddedeki usule göre değişiklik teklifi yapılmalıdır; işçi teklifi reddedecek olursa bunun sonuçlarına katlanacak, iş sözleşmesi geçerli olarak feshedilebilecektir.

Disiplin cezalarına ilişkin hükümlerin işverenin eşit davranma borcu gereği, tüm işçiler bakımından aynı şekilde düzenlenmesi gerektiği için disiplin hükümlerinin işçi ve işverenin pazarlık yaparak oluşturduğu bireysel iş akitlerine konu olması mümkün görünmemektedir. Bireysel iş sözleşmesi görüntüsü altında bağitlanmış olsa dahi bu sözleşmelerdeki disiplin hükümlerinin genel iş koşulu oluşturduğu ve genel iş koşullarının denetimine tabi olacağı kabul edilmelidir.

İşyeri değişikliği içeren disiplin cezalarının toplu iş sözleşmelerinde düzenlenmesi hâlinde yapılacak değerlendirmede tutarlı bir sonuca varılabilmesi için bireysel iş sözleşmelerindeki işyeri değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanınıp tanınmayacağı sorununun da çözülmesi gerekir. Öğretide bir görüşe göre, İK m. 22 mutlak emredici nitelikte olup, toplu iş sözleşmelerinde mutlak emredici düzenlemelere aykırı hükümler getirilemeyeceğinden, toplu iş sözleşmesinde işverene çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma imkânı getiren hükümler geçersizdir.⁹⁷¹ İşverene bireysel iş

⁹⁷¹ Yıldız, 2014, s. 138-139. Senyen Kaplan, 2022, s. 377. Öte yandan bu görüş sahipleri, bireysel iş sözleşmelerinde işverene tek taraflı işyeri değişikliği yetkisi veren kayıtların, dürüstlük kuralına uygun kullanılmak kaydıyla geçerli sayılabileceğini kabul etmektedirler. Geniş kapsamlı ve keyfiliğe yol açabilecek değişiklik kayıtlarının geçersiz sayılması gerektiği; ancak somut olarak belirtilen işyeri değişikliği gibi kayıtların geçerli sayılması gerektiği yönünde, Senyen Kaplan, 2022, s. 375-376. İK m. 22'deki güvencelerin dolanılmasına neden olacak genişlikteki değişiklik kayıtlarının bireysel iş sözleşmelerine konulamayacağı; ancak dürüstlük kurallarına uygun olarak işyeri değişiklik kayıtlarının geçerli sayılması gerektiği yönünde, Yıldız, 2014, s. 137.

sözleşmeleriyle de hiçbir şartta tek taraflı değişiklik yetkisi tanınamayacağını kabul eden bir görüş, toplu iş sözleşmelerinde işverene tek taraflı değişiklik yetkisi veren disiplin hükümlerinin varlığı hâlinde İK m. 22'nin işletilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹⁷²

Öğretide baskın görüş, işçilerle ayrı ayrı yapılan bireysel iş sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğü gereği, (ücrette tek taraflı indirim yetkisi vermek hariç olmak üzere) değişiklik kayıtlarının düzenlenmesinin geçerli olduğunu, örneğin işyeri değişiklik kayıtlarına yer verilebileceğini; ancak bu hakkın dürüstlük kurallarına uygun olarak ve objektif şekilde kullanılmasının gerektiğini kabul etmektedir.⁹⁷³ Karşı görüşe göre, iş sözleşmesinde esaslı değişikliğin usulün İK m. 22'de düzenlenmiştir ve bu düzenlemeye aykırı olarak iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkının saklı tutulması mümkün değildir.⁹⁷⁴

Yargıtay'a göre de: *“İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması hâlinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu hâlde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait*

⁹⁷² Güzel, 2007, s. 45. Heper, 2022, s. 395.

⁹⁷³ Süzek, 2021, s. 681. Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca, 2021, s. 648. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 345-346. Tulukcu, 2011, s. 1130-1132. Öztürk, 2021, s. 568. İK m. 22 düzenlemesinin iş sözleşmelerindeki değişiklik kayıtlarına engel olmayacağı yönünde Alp, 2008, s. 39-40. Genel olarak değişiklik kayıtlarının geçerli olduğu yönünde, Dursun Ateş, 2020, s. 288. Değişiklik kayıtlarının tümünden geçersiz sayılamayacağı; ancak bu tür değişiklik kayıtlarıyla işçi menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması gerektiği ve kayıtların içerik ve yürürlük denetimine tabi tutulması gerektiği yönünde, Doğan Yenisey, 2001, s. 1181-1182. İş sözleşmesinde işverene çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin genel bir yetki verilemeyeceği; ancak işçinin işverene ait belirli birkaç işyerinde çalıştırılabileceği yönündeki kaydın geçerli olduğu yönünde, Başterzi, 2005, s. 63. Geçerli değişiklik kayıtlarına dayanan yetkinin kullanımının denetimi hakkında bkz. Tulukcu, 2011, s. 1132-1134. Baycık, 2012a, s. 490 vd. Ugan Çatalkaya, 2019, s. 331-340. Öztürk, 2021, s. 566-567.

⁹⁷⁴ Narmanlıoğlu, 2012, s. 476-479. Ekmekçi – Yiğit, 2020, s. 104. Güzel, 2007, s. 46-49. Heper, 2022, s. 236-237.

*diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.”*⁹⁷⁵Yargıtay buna karşılık, işverene işçiyi, iş tanımı içerisinde yer alan farklı işlerde görevlendirme yetkisi veren toplu iş sözleşme hükmünü emredici nitelikteki İK m. 22 hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz saymıştır.⁹⁷⁶

Tutarlı bir bakış açısı, bireysel ve toplu iş sözleşmelerindeki değişiklik kayıtlarını aynı şekilde değerlendirmeyi gerektirir; eğer İK m. 22’nin mutlak emredici olduğu gerekçesiyle toplu iş sözleşmelerindeki kayıtlar geçersiz sayılacaksa bireysel iş sözleşmelerindeki kayıtlara geçerlilik tanımak mümkün olmamalıdır. Öğretideki baskın görüş doğrultusunda, bireysel iş sözleşmelerindeki işyeri değişiklik kayıtlarına, değişiklik yetkisinin kullanımının ölçülülük ilkesine, eşit davranma borcuna ve

⁹⁷⁵ Yargıtay HGK. 19.11.2014, 9-1567/2014/936, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 19.12.2022.

⁹⁷⁶ “Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi depo manevra makinistliği görevindeyken, depoda tren teşkil görevlisi bulunmaması ve Gar Müdürlüğü’nce de görevlendirme yapılmaması gerekçesiyle depo şefi tarafından tren teşkil görevlisinin asli görevleri arasında yer olan makasların kullanılması ile demiryolu araçlarının birbirine bağlanması ve birbirinden sökülmesi işlemlerini yapması için görevlendirildiği, davacının bu görevi yapmak için eğitimi ve sertifikası bulunmaması nedeniyle kabul etmemesi üzerine hakkında soruşturma açılarak bir yevmiye ücret kesimi cezası verildiği, davalının görevlendirme işlemini 25. Dönem Toplu İş Sözleşmesi hükmüne dayandığı anlaşılmaktadır. Toplu İş Sözleşmesinin Ek:1-... ve bağlı ortaklıklarında ana sanat kolları ve işçiliklerin açıklaması bölümünde “makinist işçiliği9.83.20” başlıklı 28.maddesi; ‘Kapalı olan ya da tren teşkil memuru veya tren teşkil işçisi bulunmayan, tüm işyerleri ile istasyonlarda; trenin, lokomotifin ve dizinin istasyona/işyerine kabulü ve işyerinden veya istasyondan sevki için yapılması gereken makas tanzimlerini ve lüzumlu manevra hizmetlerini istasyon veya trafik kumanda merkezi ile mutabakatı sağlandıktan sonra yapmak ve sonuçlandırmak, çeken veya çekilen cer aracının herhangi bir arızası durumunda önce arızanın ıslahını sağlamak eğer arıza giderilemiyorsa trene bağlamak ya da trenden ayırmak, çıkarılan cer aracını veya vagonu emniyete almak.’ şeklinde düzenlenmiş ise de, yukarda yapılan açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesi emredici nitelikte olup, Toplu İş Sözleşmeleri bu hükme aykırı düzenlenemez. Aykırı olan ...hükümleri geçersizdir. Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesine aykırılık teşkil eden ...hükmünün geçersiz olması nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD. 1.11.2017, 6518/17134, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 15.12.2022. Karara konu olayda, işçinin hakkında eğitimi bulunmayan bir işte görevlendirilmesinde, görevlendirme yetkisinin kötüye kullanıldığı anlamına geldiği kanaatindeyim.

dürüstlük kuralına uygunluk denetimine tabi tutulmak kaydıyla geçerlilik tanımak; bu doğrultuda toplu iş sözleşmelerindeki aynı nitelikteki kayıtları da geçerli saymak gerekir. Disiplin cezaları bakımından, toplu iş sözleşmesinde işverene işyeri değişikliği cezası verme hakkı tanıyan bir disiplin hükmü varsa bunun geçerli sayılması gerektiği, dolayısıyla bu durumda İK m. 22 işletilmeden değişikliğin yapılabileceği kanaatindeyim. Çalışma konusu bakımından değerlendirmek gerekirse; yukarıda da ifade edildiği üzere, cinsel veya cinsiyetçi tacize doğrudan işyeri değişikliği cezası bağlayan bir hüküm kamu düzenine aykırı bir fiile ilişkin haklı fesih hakkını ortadan kaldırdığı için geçersiz sayılmalı; ancak buna karşılık işverene veya disiplin kuruluna somut olayın koşullarına göre daha hafif cezalar verme yetkisi tanınmışsa ve bunlar arasında işyeri değişikliği cezası da yer alıyorsa bu hükme dayanarak işyeri değişikliği cezası verilebilmeli; burada İK m. 22'nin işletilmesi gerekmemelidir.

Disiplin cezasının uygulanması, toplu iş sözleşmesi uyarınca kurulan disiplin kurullarının kararına bağlı kılınabilir. Bu durumda STİSK m. 25 gereği, disiplin kurulları, işyerindeki bütün işçiler hakkında karar verir.⁹⁷⁷ Disiplin kurullarının oluşumunda cinsiyet eşitliğinin veya en azından işyerinde çalışan işçilerin cinsiyet dağılımına uygun oranda bir temsilin sağlanması, cinsel taciz olaylarındaki değerlendirmelerin daha sağlıklı yapılmasına katkı sağlayabilir. Toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelikte, disiplin cezası uygulanmadan önce işçinin savunmasının alınması zorunlu kılınmışsa, buna uyulması gerekir.⁹⁷⁸ Toplu iş sözleşmesinde fesih hakkının kullanımının disiplin kurulu kararına bağlanması ve/veya işçinin savunmasının alınması zorunluluğu getirilmesi hâlinde buna uyulmaması feshi haksız kılar.⁹⁷⁹ İşçiye verilen

⁹⁷⁷ Süzek, 2021, s. 135-136. Dursun Ateş, 2020, s. 165.

⁹⁷⁸ Süzek, 2021, s. 135-136. Başbuğ, 1999, s. 208. Özdemir, 2001, s.1269-1270. Süzek, 2002, s. 82. Elbir, 2010, s. 87. Heper, 2022, s. 397. Dursun Ateş, 2020, s. 166.

⁹⁷⁹ Süzek, 2002, s. 81-82.

disiplin cezalarının yargısal denetiminde, mahkemenin cezayı iptal etme imkânı bulunmamakla beraber; uğranılan haksız disiplin cezası sebebiyle oluşan zararın tazmini mümkün olduğu gibi hukuka aykırı fesihlerde olayın koşullarına göre geçersiz, kötü niyetli veya haksız feshin sonuçları doğar.⁹⁸⁰

3. Tacizci işçinin iş sözleşmesinin haklı veya geçerli feshi

İK m. 25/II-c’de işçinin işverenin bir diğer işçisine tacizde bulunması haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda bu hususta doğrudan bir hüküm bulunmamakla beraber, cinsel tacizin bu yasalara tabi işçiler açısından da haklı fesih sebebi oluşturduğu konusunda şüphe yoktur. TBK m. 435/2 uyarınca: *“Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”* İşçinin bir diğer işçiye cinsel tacizde bulunması hâlinde işverenin hizmet ilişkisinin sürdürmesi beklenemez.⁹⁸¹ Yargıtay, BİK’e tabi gazetecilerle ilgili olarak bunu ortaya koymuştur: *“gazetecinin işyerinde cinsel tacizde bulunması, işyerinde hırsızlık yapması gibi hâller, bu defa da işverenin haklı feshine imkân veren örnekler olarak açıklanabilir.”*⁹⁸² DİK m. 14/I-c’de *“gemiadamının işveren veya işveren vekiline karşı, kanuna, hizmet akitlerine sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi”* bir

⁹⁸⁰ Süzek, 2021, s. 136-137. Özdemir, 2001, s. 1277-1280. Dursun Ateş, 2020, s. 167. Disiplin cezasına karşı açılacak davanın eda davası niteliğinde olduğu ve örneğin uyarma cezasının geri alınması yönünde eda hükmü kurulabileceği yönünde, Başbuğ, 199, s. 230. Disiplin yaptırımlarının denetiminin mahkemeye iptal imkânı tanıyacak şekilde değiştirilmesi gerektiği yönünde, Elbir, 2010, s. 135. Heper, 2022, s. 399.

⁹⁸¹ Bakırcı, 2000, s. 179. İsviçre hukukunda da cinsel taciz, olayın koşullarına göre haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak değerlendirilebilmektedir; Lempen, 2006, s. 209. Fransız hukukunda cinsel taciz, işçinin ağır kusuru olarak nitelendirilmekte ve iş sözleşmesinin bu nedenle feshi için gerçek ve ciddi neden oluşturduğu kabul edilmektedir; Cass. Soc. 15.12.2009, no. 08-44848, Cass. Soc. 18.2.2014, no. 12-17557, Cass. Soc. 14.9.2016, no. 15-14630, aktaran AVFT, 2018, s. 72.

⁹⁸² Yargıtay 9. HD. 22.1.2015, 2013/8444, 2015/1828, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 9.2.2022.

haklı fesih sebebi olarak düzenlenmekle beraber, burada diğer işçilere yönelik hareketlere yer verilmemiştir; ancak Yargıtay'ın BİK'e tabi işçiler bakımından benimsediği üzere, işçinin bir diğer işçiye cinsel tacizde bulunması, DİK'e tabi gemiadamları bakımından da haklı fesih sebebi sayılmalıdır.

İşçinin bir diğer işçiye cinsel tacizde bulunması sebebiyle haklı fesih hakkının doğması için fiilin TCK anlamında suç teşkil etmesi gerekmez. Ayrıca cinsel tacize uğrayan işçinin tacizci hakkında şikâyetçi olmaması işverenin fesih hakkının doğumu üzerinde etkili olmadığı gibi; fail hakkında ceza davası açılmışsa işverenin ceza davasının sonucunu beklemesi gerekmez.⁹⁸³

Cinsiyetçi tacizlere için açık bir yasal düzenlemenin yokluğu karşısında, işçinin bir diğer işçiye cinsiyetçi tacizde bulunması İK m. 25/II-d uyarınca işçinin bir diğer işçiye sataşması kapsamında değerlendirilerek haklı fesih sebebi yapılabilir.⁹⁸⁴

Yargıtay isabetli olarak işçi sıfatı taşımayan stajyerlere yönelik tacizleri, işçinin bir diğer işçisine tacizde bulunmasına ilişkin İK m. 25/II-c hükmü kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁸⁵ Burada işçinin ve stajyerlerin tacizden korunmalarına ilişkin menfaatler örtüşmektedir.⁹⁸⁶ Buna karşılık, aşağıda ele alınacağı üzere müşteri gibi üçüncü kişilere yönelik tacizlerin bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

⁹⁸³ Savaş, 2012, s. 79.

⁹⁸⁴ Bkz. yukarıda §4-IV-3.

⁹⁸⁵ Yargıtay 22. HD. 31.01.2012, 2011/5687, 2012/885, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 9.2.2022. Yargıtay 22. HD. 22.5.2012, 2011/18189, 2012/10828, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022, Yargıtay 22. HD. 13.12.2018, 2016/1327, 2018/27134, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

⁹⁸⁶ İK m. 25/II-c'deki işçi kavramının işverenin otoritesi altındaki bir personel olarak anlaşılması gerektiği ve memur, çırak, stajyer, geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçi gibi kişilere yönelik tacizlerin İK m. 24/II-c kapsamında değerlendirilmesinin uygun olduğu yönünde, *Akyiğit*, 2022, s. 274; sözü geçen kişiler işçi statüsünde olmadığından bu kişilere yönelen tacizin İK m. 25/II-e kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde, *Savaş*, 2012, s. 81.

İşverenin haklı fesih hakkını kullanabilmesi için cinsel tacizin işyeri sınırları içerisinde gerçekleşmiş olması zorunlu değildir.⁹⁸⁷ Yukarıda daha önce yer verilen bir kararda da bir otelde gerçekleştirilen etkinlik sırasında gerçekleşen tacizin haklı fesih sebebi yarattığına hükmedilmiştir.⁹⁸⁸ Yine taciz davranışlarına ilişkin örnekler verilirken değinildiği üzere, telefonla işyeri ve çalışma saatleri dışında gerçekleştirilen tacizler de işverene haklı fesih sebebi verir.⁹⁸⁹ Ayrıca, sosyal medya veya mesaj yoluyla gerçekleştirilen tacizler haklı fesih sebebi vermektedir.⁹⁹⁰

İşveren cinsel veya cinsiyetçi taciz sebebiyle haklı fesih hakkını kullanırken, işçi iş güvencesine tâbi dahi olsa, işçinin savunmasını almak zorunda değildir; zira İK m. 25/son uyarınca *“İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.”* Bu düzenlemede, iş güvencesine tâbi işçiler bakımından fesih usulünü düzenleyen ve işçinin davranışı ve verimi nedeniyle yapılacak geçerli fesihlerde işçinin savunmasının alınması zorunlu kılan İK m. 19 dışlanmıştır.⁹⁹¹ Olması gereken hukuk açısından İK m. 25/II’ye dayalı fesihlerde (iş güvencesine tâbi olup olmamasından bağımsız olarak) işçinin savunmasının alınmasının zorunlu kılınması uygun olacaktır.⁹⁹²

Her ne kadar, İK m. 25/son hükmü, fesih sebebinin yazılı belirtilmesini zorunlu kılan İK m. 19 düzenlemesine atıfta bulunmamışsa da haklı fesih sebeplerinin TBK m. 435/1 uyarınca yazılı olarak belirtilmesi gerekir. Dolayısıyla, TBK düzenlemesi

⁹⁸⁷ Süzek, 2021, s. 696. Akyiğit, 2022, s. 275. Savaş, 2012, s. 81.

⁹⁸⁸ Yargıtay 9. HD. 4.2.2013, 2012/26702, 2013/3953, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁹⁸⁹ Yargıtay 9. HD. 1.7.2008, 2007/22753, 2008/18639, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

⁹⁹⁰ Sosyal medya veya mesaj üzerinden gerçekleştirilen davranışların İK m. 25/II-c kapsamında değerlendirdiği karar örnekleri için bkz., Adana BAM 7. HD. 7.2.2019, 2018/2818, 2019/219. Sakarya BAM 9. HD.,18.11.2020, 2019/3042, 2020/1476. Samsun BAM 7. HD. 30.4.2018 1686/2147, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 13.2.2022. Yargıtay 22. HD. 25.4.2019, 2017/21606, 2019/9567, www.lexpera.com.tr., Erişim Tarihi 31.1.2022.

⁹⁹¹ Süzek, 2021, s. 720-721. Savaş, 2012, s. 174, 176. Tolu, 2017, s. 100.

⁹⁹² Süzek, 2021, s. 720-721.

uyarınca iş güvencesine tâbi olan ve olmayan tüm işçilerin sözleşmelerinin haklı feshinde fesih sebebi yazılı olarak bildirilmelidir. Ayrıca, iş güvencesine tâbi işçiler bakımından İK m. 20 ve 21’de işverenin fesih sebebini göstermemesi sebebiyle feshin geçersizliği iddiasıyla dava açılabilceği düzenlenmektedir.⁹⁹³ Buna karşılık Yargıtay haklı fesihlerde fesih sebebinin yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olmadığı yönünde hüküm kurmaktadır: “*Dosya kapsamına göre davacının, mahiyetinde çalışan işverenin diğer işçilerine sataşması, cinsel tacizde bulunması sebebiyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmiş olması karşısında fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilmesine gerek olmadığından iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulü yönünde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*”⁹⁹⁴

İşveren işçiye bildirdiği fesih nedeniyle bağlıdır.⁹⁹⁵ İşveren, fesih anında varlığından haberdar olduğu sebeplere dayanmayarak farklı nedenlerle fesih yapmışsa işçinin açtığı davada bildirmediği ancak fesih anında aslında mevcut olan sebeplere dayanamaz.⁹⁹⁶ İstanbul BAM kararına konu olan bir olayda, davalı işveren davacı işçinin iş sözleşmesini İK m. 25/IV uyarınca feshettikten sonra, istinaf dilekçesinde davacı işçi hakkında işverenin bir diğer işçisini basit şekilde yaralamak, cebir tehdit veya hile kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak, çıplak hâlde uygunsuz görüntülerini videoya çekmek sureti ile bu görüntüleri yaymakla tehdit ederek şantaj yapmak suçlarından kamu davası açılmış olması gerekçesiyle haklı fesih yaptığını ileri

⁹⁹³ Süzek, s. 723-724. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 724. Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 237. Baycık, 2012b, s. 85-86. Tolu, 2017, s. 89-90. Aksi yönde, Savaş, 2012, s. 176. Caniklioğlu, 2019, s. 343.

⁹⁹⁴ Yargıtay 22. HD. 16.4.2014, 4747/8397, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bkz. Caniklioğlu, 2019, s. 342-343.

⁹⁹⁵ Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca, 2021, s. 507. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 725. Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 238. Savaş, 2012, s. 179.

⁹⁹⁶ Baycık, 2011, s. 412-413. Savaş, 2012, s. 179.

sürmüştür. İstinaf mahkemesi isabetli olarak, işverenin önceden bildirdiği fesih sebepleriyle bağlı olduğu ve istinaf aşamasında yeni sebepler ileri süremeyeceği yönünde karar vermiştir.⁹⁹⁷ Buna karşılık, işveren haklı fesih sebebi veren olgudan söz etmekle beraber farklı bir düzenlemeye dayanarak sözleşmeyi feshetmişse bu durum fesih sebebinin değiştirilmesi anlamına gelmez; hatta mahkeme gerekli değerlendirmeyi yaparak sonuca varabilir.⁹⁹⁸

İK m. 26/1 uyarınca İK m. 25/II uyarınca haklı nedenle fesih yapılması, haklı fesih sebeplerinin öğrenildiği günden itibaren başlayan 6 iş günlük hak düşürücü süreye bağlanmıştır; bu hak her hâlde fiilin gerçekleşmesinden itibaren en geç bir yıl içinde kullanılmalıdır. DİK m. 15'te haklı fesih hakkının kullanılmasına ilişkin hak düşürücü süreler İK m. 26'ya paralel şekilde düzenlenmiştir. Buna karşılık TBK ve BİK'te haklı fesih hakkının kullanılmasına hak düşürücü süre düzenlenmemiştir; bu yasalar uyarınca haklı fesih hakkı makul süre içinde kullanılmalıdır.⁹⁹⁹ Yargı kararlarında da tekrarlandığı üzere, *“İşverenin tüzel kişi olması durumunda altı işgünlük süre feshe yetkili merciin öğrendiği günden başlar. Bu konuda müfettiş soruşturması yapılması, olayın disiplin kurulunca görüşülmesi süreyi başlatmaz. Olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği gün altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur. Bir yıllık süre ise her durumda olayın gerçekleştiği günden başlar.”*¹⁰⁰⁰ Süregiden taciz olayları söz konusuysa hak düşürücü süre işlemez: *“Mahkemece, işyerinde çalışan personellerin 18.10.2011 tarihli ve 24.10.2011 tarihli şikâyet dilekçeleri dışında başkaca bir şikâyetlerinin olmadığı, işverenin derhal fesih sebebinin öğrenme tarihinin bu tarihler olarak kabulünün zorunlu olduğu, ancak davalı işverenin altı iş günü içinde derhal fesih*

⁹⁹⁷ İstanbul BAM, 30. HD. 18.6.2020, 2019/1591, 2020/989, www.lexpera.com.tr, 13.2.2022.

⁹⁹⁸ Savaş, 2012, s. 180.

⁹⁹⁹ Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 726. Tolu, 2017, s. 119-120.

¹⁰⁰⁰ Yargıtay 9. HD. 14.3.2012, 7304/8445, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

hakkını kullanmadığı, davacının savunmasını alarak ona uyarma cezası verdiği, altı iş günü geçtikten sonra da iş sözleşmesini feshettiği, davalı tarafından yapılan feshin süresinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir. (...) Davacının, muhtelif tarihlerde, işyerindeki diğer çalışanlara cinsel tacizde bulunduğu şahit beyanı ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı ifadelerle sabittir. Şu hâlde, iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekir.”¹⁰⁰¹ Kararda tarihler konusunda açıklık olmasa da işçilerin şikâyetlerinin uyarı cezasının verilmesinden sonra da devam ettiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay haklı fesih için hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılan fesihleri geçerli feshe tahvil etmekte; bu durumda İK m. 25/son uyarınca İK m. 19’daki usule uyulmasını da aramamaktadır:¹⁰⁰² *“Mahkemece, davacının iş akdinin feshinin yazılı bir şekilde yapıldığına dair belge ve delil bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. (...) Davacının aynı işyerinde çalışan ... ile aralarında duygusal ilişki olduğu, evlenmeye karar verdikleri ancak ... vazgeçmesi üzerine davacının baskı yapmaya başladığı, tehdit mesajları gönderdiği ve en sonunda işyeri mutfağında cinsel tacizde bulunduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Ayrıca davacı bu*

¹⁰⁰¹ Yargıtay 22. HD. 14.5.2014, 10405/12929, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022. Benzer yönde: *“Kadın çalışanların beyanları, davacının alınan yazılı savunmasında tanıkların söylediklerini kaçamaklı kabul etmesi, ancak karşı tarafça yanlış anlaşıldığını beyan etmesi karşısında davacının iş yeri çalışanı kadın işçilere karşı davranışlarının taciz boyutunda olduğu, bu eylemler karşısında işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı ve devam eden davranışlar ve şikâyetler nedeni ile fesih işleminin yasal süresinde yapıldığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine, yerinde ve yasal olmayan gerekçelerle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 9. HD. 18.1.2018, 2017/28047, 2018/659, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰⁰² Süzek, 2021, s. 732. *“İş sözleşmesi davalı işveren tarafından 4857 sayılı yasanın 25/II maddesi gereğince feshedilmiş olup, bu halde aynı yasanın 25 /son maddesi gereği yasanın 19.maddesinin uygulanma alanı bulunmadığından savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Öte yandan, her ne kadar tutanaklarda belirtilen eylemler bakımından haklı nedenle fesih için İş Kanunu'nun 26.maddesinde belirtilen hak düşürücü süre geçmiş ise de, davacının eylemleri küll halinde değerlendirildiğinde işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte davranışlar olduğundan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.”* Yargıtay 9. HD. 19.6.2006, 13620/17779, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

eylemi sebebiyle Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmış, suçu sabit görülmüş ancak hükmün açıklanmanın geri bırakılmasına karar verilmiştir. (...) Davacının işyerinde çalışan arkadaşına karşı sabit olan eylemi sebebiyle iş akdinin feshi haklı nedene dayanmakla birlikte feshin yasal süresi içinde yapılmadığı anlaşıldığından feshin geçerli hâle geldiği kabul edilerek davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.”¹⁰⁰³ Dolayısıyla altı iş günlük hak düşürücü süreyi geçiren işveren, cinsel tacize dayanarak makul süre içerisinde süreli fesih yapabilecektir.

Hak düşürücü sürenin geçmiş olması dışında iddia konusu davranışların ağırlığına göre de geçerli fesih yapılması söz konusu olabilir. Yargıtay’a göre: “İşçinin cinsel taciz niteliğinde olmamakla birlikte uygunsuz sayılabilecek davranışlarda bulunması ve bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açması hâlinde, örneğin bir bayan işçisine telefon etmesi, yemeğe davet etmesi, ısrarlı davranması gibi geçerli sebepten söz edilebilir.”¹⁰⁰⁴ Bu gibi hâllerde somut olayın değerlendirilmesi önem taşımaktadır; yoksa kadın işçilere yönelik her türlü yemek davetinin veya kadın işçilere telefon edilmesinin fesih için geçerli sebep teşkil edeceği sonucuna varılmamalıdır. İşçiler arasındaki iletişim ve ilişkileri kısıtlamaya yönelik bir bakış açısının olası sakıncalarına yukarıda yer verilmişti.¹⁰⁰⁵ Buna karşılık bu tür iletişim çabalarının muhatabı olan işçi davranışları istemiyor, istemediğini ifade ettiği hâlde davranışlar devam ediyorsa olayın ağırlığına göre geçerli sebep hatta ısrarın ağırlığına göre haklı sebep ortaya çıkabilir. Samsun BAM’ın kararına konu bir olayda bu doğrultuda şu değerlendirmeler yer almıştır: “25.11.2015 tarihli dilekçe ile de işyerinde çaycı olan tanık K4 davacının kendisi ile akşam yemeği yemek istediğini ve şahsi telefonuna mesaj atarak çay

¹⁰⁰³ Yargıtay 7. HD. 5.11.2015, 23026/21586, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰⁰⁴ Yargıtay 9. HD. 12.10.2009, 115/26672. Yargıtay 7. HD. 27.1.2016, 2015/36406, 2016/1501, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰⁰⁵ Bkz. yukarıda §6-I-3-a.

getirmesini istediğini beyan ettiği anlaşılmıştır. Her ne kadar K4'in mahkememizde beyanı alınamamış olsa da; alt pozisyonda çalışan bir bayanın kendisini toplumda küçük düşüreceğini bile bile namus ve haysiyetini ortaya koyarak iddialarda bulunması yaşamın olağan akışına ters düşmektedir. Tanık K7'nin; 'davacının Temizlik ve çay işlerine bakan kişiyi sözlü taciz etmesi üzerine kendisini uyardım; ancak kendisi bu hareketleri yapmaya devam ettiği için şirketin insan kaynaklarına yazı yazdım' şeklinde beyanı ile tanık K8'in 'Davacının savunması alındı. Disiplin Kurulu olarak ara verdiğimiz sırada davacı bana bayanın kendisine karşılık vermesi hâlinde durumun değişip değişmeyeceğini sordu. Ben cevap vermedim...' şeklindeki beyanı da dikkate alındığında davacının davranışlarını her ne kadar cinsel taciz olarak nitelendirilemese de; uygunsuz sayılabilecek davranış olduğundan ve bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açması nedeniyle geçerli nedenden söz edilebilir."¹⁰⁰⁶Yukarıda daha önce de yer verilen bir kararda, herhangi bir kadın işçinin şikâyeti bulunmamasına rağmen kadın işçilerinin kullandığı soyunma odalarına giren erkek işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabul edilmesi de isabetlidir.¹⁰⁰⁷

Uygulamada hakkında cinsel taciz iddiası bulunan işçinin, işverene haklı nedenle fesih yapma olanağı tanımadan kıdem tazminatın hak kazanmak için yaş hariç emeklilik koşullarını sağladıkları gerekçesiyle iş sözleşmelerini feshettiği örnekler ortaya çıkabilmektedir. Bu tür bir örnekte Yargıtay işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmetmiştir: "Davacının davalı işyeri çalışanlarından N.. Ö..'e cinsel taciz eyleminde bulunduğu, olayın 23/08/2010 tarihinde N.. Ö..'ün davalı işverenliğe verdiği yazılı dilekçe ile davalı işverenlikçe öğrenildiği, bu arada davacının 23/08/2010 tarihinde SGK'ya başvurarak emeklilik şartlarını taşıdığı yönünde belge aldığı ve bu

¹⁰⁰⁶ Samsun BAM 7. HD. 16.7.2018, 2280/2740, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 13.2.2022.

¹⁰⁰⁷ Yargıtay 7. HD. 4.3.2014, 22443/5109, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

belgeyi aynı gün işverenliğe ibraz ederek yasanın aradığı şartları taşıması nedeniyle istifa etmek istediğini bildirdiği, işverenliğin 31/08/2010 tarihli fesih ihtarnamesi ile istifanın kabul edilmediği açıklanarak, iş akdinin 23/08/2010 tarihi itibarıyla haklı nedenle feshedildiğinin bildirildiği anlaşılmakta olup, davacı 23/08/2010 tarihinde SGK'ya başvurarak aldığı belge ile 1475 sayılı yasanın 14. maddesi uyarınca işten yaşlılık aylığı almak suretiyle ayrılma iradesini işverene bildirmekle, bu tarihten sonra işverence gerçekleştirilen feshin sonuca etkisi bulunmamaktadır.”¹⁰⁰⁸ Bir başka örnekte işçi, hakkındaki taciz iddiaları hakkında savunmasının istenmesi üzerine rapor almış ve raporunun son günü iş sözleşmesini emeklilik sebebiyle feshetmiş; işveren daha ileri bir tarihte işçinin sözleşmesini feshetmiş, ilk derece mahkemesi işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna varmış, hükmün bu kısmı Yargıtay tarafından işverenin derhal fesih yapmadığı ve işçinin fesih hakkını daha önce kullandığı gerekçesiyle onanmıştır.¹⁰⁰⁹ Kanımca bu hâllerde hakkın kötüye kullanılması söz konusudur.

Bu kararlara karşılık, işçinin işveren vekillerine hakaret ettikten sonra haklı feshe fırsat bırakmadan yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığı gerekçesiyle iş sözleşmesini feshettiği bir örnekte Yargıtay işçinin kıdem tazminatına hak kazanmadığına

¹⁰⁰⁸ Yargıtay 9. HD. 30.6.2014, 2012/22286, 2014/22414, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰⁰⁹ “Davalı vekili; ... davacının şirket çalışanı ... ve ... isimli şahıslara 11.12.2013 tarihinde Turkcell Blackberry cihazı ile çektiği mesajla evli olup olmadıklarını sormak suretiyle cinsel tacizde bulunduğunu, bu şahıslarca durumun şirket temsilcisine iletilmesinin akabinde savunmasının istendiğini, 12.09.2013 tarihinde savunmasını vermek yerine 12.09.2013-18.12.2013 tarihleri arasında rapor aldığını, savunma yapmaktan kaçındığını, raporun bitimini müteakip 19-20-23/12/2013 tarihlerinde izinsiz olarak işe gelmediğini, tutanak tanzim edildiğini, raporunun son günü 18.12.2013 tarihinde ihtarname keşide ederek iş akdini haklı nedenle feshettiğini beyan ettiğini, davacının bu davranışının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu, davalı tarafından Bakırköy 26. Noterliğinin 27.12.2013 tarih ve 36478 yevmiye sayılı cevabi ihtarnamesi ile fiili durumun davacıya bildirildiğini, iş akdinin İş Kanununun 25/II-c-g maddeleri gereği haklı nedenle derhal feshinin bildirildiğini ... savunarak davanın reddini talep etmiştir. ... Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davalı işverenin iddia edilen olay ile ilgili derhal fesih yapmadığının, davacının fesih hakkını işverenden önce kullandığının anlaşılmasına göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 9. HD. 14.11.2019, 2016/3016, 2019/19933, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

hükmetmiştir.¹⁰¹⁰ Öğretide haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, haklı fesih sebebi yarattıktan sonra hızlı davranarak sözleşmeyi feshetmesi hakkın kötüye kullanılması oluşturur ve kıdem tazminatıyla ödüllendirilmemesi gerekir. Esasen burada sorun, emeklilik, yaş hariç emeklilik şartlarını sağlama, askerlik ve kadın işçiler yönünden evlilik sebebiyle sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatına hak kazanılması hâllerinde Yargıtay'ın sözleşmenin derhal fesih yoluyla sona erdirilebileceğini kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu hâllerde işçinin sözleşmesini süreli feshetmesi gerektiği yönündeki isabetli öğreti görüşü uygulamada benimsendiği takdirde hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin sorunun da önüne geçilebilecektir.¹⁰¹¹

Kıdem tazminatına hak kazandıran bir nedeni olmayan işçiler de taciz iddiaları üzerine istifa ettikten sonra, istifa etmeleri yönünde baskı kurulduğunu ileri sürebilmektedirler. Bu tür olaylarda Yargıtay isabetli olarak işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmayacağına hükmetmiştir.¹⁰¹² Buna karşılık, Yargıtay bir başka kararında, kanımca isabetsiz şekilde, işçi iş sözleşmesini istifa ederek sona erdirdiği hâlde kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna varmıştır. Kararda tarihler

¹⁰¹⁰ Yargıtay 9. HD., 29.3.2016, 2014/37066, 2016/7732, Doğan Yenisey 2018, s. 395-396.

¹⁰¹¹ Doğan Yenisey, 2018, s. 397-398.

¹⁰¹² “Dosya içeriğine ve özellikle istifa dilekçesi, davacının işyerinde çalışan bayan güvenlik görevlisine cinsel tacizde bulunduğu yönündeki açık ikrarı, işyerinde yapılan soruşturma sırasında alınan ifadeler ve dinlenen tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde, davacının istifa etmek suretiyle iş aktine son verdiği anlaşılmaktadır. Davacı baskı yada zorla istifa ettirildiğini ispatlayamamış ve bu yönde hiç bir delil ve belgede ibraz etmemiştir. Bu durumda kıdem ve ihbar tazminat isteklerinin reddi gerekirken kabulüne karar vermesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD. 11.2.2004, 2003/12184, 2004/1929. “Dosya içeriğine ve hazırlık soruşturması evraklarına göre davacı, aynı işyerinde çalışan kadın işçiye sarkıntılık derecesine varan davranışlarda bulunduğu, bir takım sözler söylediği, sarılmaya kalktığı, bayan işçinin yakınlarına haber verdiği ve işyerine gelen yakınlarının davacıyı darp ettiği, davacının bunun üzerine savunmasının alınmak üzere çağrıldığı, bu sırada istifa dilekçesi verdiği, hazırlıkta ki savunmasında da açıkça dilekçeyi yazarken herhangi bir fiziki ve sözlü baskı olmadığı, fakat psikolojik baskı yapıldığını beyan ettiği, davacının istifa sebebinin işyerinde çalışan kadın işçiye taciz olayının duyulması ve bu olgudan ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Davacı işverenin feshinden önce istifa etmiştir. İstifa kabul edilmese dahi, taciz olayı haklı neden teşkil etmektedir. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekirken, kabulü hatalıdır.” Yargıtay 9. HD. 31.10.2017, 6307/17126, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

belirtilmemiş olmakla işçi, davalı işverenin iddiasına göre hakkındaki cinsel taciz iddiasıyla ilgili savunma istenmesi üzerine istifa etmiştir. İçinin istifa dilekçesinde yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığına dair bir ifade bulunmamasına rağmen Yargıtay, işçinin 19 yıllık kıdemini dikkate alarak, kıdem tazminatına hak kazanır şekilde işten ayrılabilirken aksinin kabulünün mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁰¹³

Son olarak, işverenlerin hakkında gerçek bir cinsel taciz iddiası olmayan işçiler hakkında cinsel tacize dayanarak fesih yapmasının sonuçlarına değinilmelidir. Bu hâllerde feshin haksız olduğu açıktır ve iş güvencesine tabi işçinin işe iadesi gerekir.¹⁰¹⁴ İşe iade davası açmayan veya iş güvencesine tabi olmayan işçi ise kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanacaktır. Dikkat çekici bir örnekte, işveren işçinin müşteriye cinsel tacizde bulunduğunu ileri sürmüştü ancak bu konuda hiçbir delil sunamamış; buna karşılık işçinin “psikoseksüel bozukluk” sebebiyle askerlik yapmamış olduğuna dair raporu mahkemeye sunmuştur. Yargıtay olayda isabetli değerlendirmelerle söz konusu raporun sunulmasının kötü niyetli olduğunu ifade etmiştir: “Somut olayda, her ne kadar davalı, davacının iş akdinin, başka bir otel adına

¹⁰¹³ “Davalı, davacının aynı işyerinde çalışan K2 isimli çalışana sözlü cinsel tacizde bulunduğunu, cep telefonu ile uygunsuz mesaj gönderdiğini, adı geçen çalışanın şikayeti üzerine savunması alınmak istendiğinde, aile hayatının kararacağını, bu olayın ortaya çıkmaması gerektiğini beyan ederek istifa ettiğini, 506 sayılı yasanın 60.maddesi uyarınca istifa edeceği veya ettiği hususunda bir beyanın olmadığını, isteğin reddi gerektiğini savunmuş; Mahkemece, dava dilekçesinde davacının emekliye ayrıldığı yönünde bir beyanı bulunmayıp, istifa ettiğini açıkça belirttiği, istifa dilekçesi içeriğinden de iddia edilen olay nedeni ile işten ayrılmak zorunda kaldığının anlaşıldığı, olayın açığa çıkmasından çekinip istifa ettiği, istifa dilekçesinin işverence iradeyi fesada uğratmak, hile ve baskı ile alınmadığı, istifa iradesinin bulunduğu gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiştir. Taraflarca dosyaya sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacı işçinin istifa dilekçesinde ‘Yaşamış olduğum çeşitli nedenlerden dolayı ayrılmak zorunluluğu hissettim..’ şeklinde açıklamada bulunmuştur. Ancak, 506 Sayılı Yasanın 60. maddesinin birinci fıkrasının A bendindeki yaş dışındaki şartı yerine getirdiği için ayrıldığı hususunda bir açıklamada bulunmamıştır. Davacı işçinin, davalı işyerindeki 19 yılın üstündeki kıdemi dikkate alındığında, bu hususu açıkça belirtmemiş olması onun kıdem tazminatı hak edecek şekilde ayrılma imkanı veren madde hükmü uyarınca ayrılmadığı sonucunu doğurmaz. Kaldı ki, davalı işveren tarafından ileri sürülen husus 4857 Sayılı kanunun 25/II-c maddesi vasfında olup, bu durum işverene iş akdini haklı olarak feshetme imkanı vermesine rağmen, böyle bir hakkın işveren tarafından kullanılması da söz konusu olmamıştır.” Yargıtay 9. HD. 18.12.2008, 2007/34563, 2008/34121, www.lexpera.com.tr, 13.2.2022.

¹⁰¹⁴ Yargıtay 22. HD. 11.1.2016, 2015/33123, 2016/91, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

işverene teklif sunma, bir müşteriye cinsel taciz, sürekli işe geç gelme, işyerinde alkol alma eylemleri sebebiyle haklı olarak feshedildiğini bildirmiş ise de bu iddialarını kanıtlamaya yönelik bir tek tutanak, kamera kaydı ya da başkaca bir delil sunmamıştır. Yine davalı davacının psikoseksüel bozukluk sebebiyle askerlik yapmadığını bildirmiş ve rapor sunmuş ise de, bilirkişinin raporunda isabetli olarak tespit ettiği üzere, bu raporun ilk işe girerken davalıya sunulmuş olması kuvvetle muhtemeldir. Davalının 6 yıla yakın bu durumu bilerek çalıştırdığı davacıyı, işten çıkarma nedeni olarak bu raporun ileri sürülmesi de iyiniyetli bir davranış olarak kabul edilemez. Davacının cinsel tacizi sebebiyle yapılmış bir şikâyetin veya açılmış bir soruşturmanın varlığı da ispatlanamamıştır. Davacının raporunun olması, onun mutlaka tacizde bulunduğunu kabul sonucu da doğurmaz. Bu durumda davalının feshi haklı kılacak delil sunmadığı ve soyut iddia düzeyinde kalan iddiaların ispat edilmediği anlaşıldığından, davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozma nedenidir.”¹⁰¹⁵ Ayrıca işçinin iş sözleşmesinin asılsız taciz iddiasıyla feshedilmesi hâlinde manevi tazminat hakkı doğmaktadır.¹⁰¹⁶

4. Üçüncü kişiye yönelen tacizler ve tacizcinin üçüncü kişi olması durumu

İşçinin işle bağlantılı üçüncü kişilere yönelik taciz davranışları İK m. 25/II-c kapsamında yer almamakla beraber işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir. Yargı uygulamasında bu davranışların genel bir ifadeyle haklı fesih nedeni oluşturduğu ifade edilebilmekte¹⁰¹⁷ veya üçüncü kişiye yönelen tacizin İK m. 25/II-e uyarınca doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış oluşturduğu sonucuna

¹⁰¹⁵ Yargıtay 7. HD. 13.2.2014, 2013/27510, 2014/3891, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰¹⁶ Yargıtay 9. HD. 11.12.2018, 2016/16971, 2018/22885, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.
Yargıtay 9. HD. 11.12.2018, 2016/16972, 2018/22886, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰¹⁷ Yargıtay 9. HD. 19.9.2013, 2011/26623, 2013/23091, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

varılabilmektedir.¹⁰¹⁸ İşle bağlantılı üçüncü kişiler, müşteriler,¹⁰¹⁹ işverenin işçisi olmamakla beraber işverenle farklı bir sözleşme ilişkisinde bulunan tercüman gibi kişiler olabilir.¹⁰²⁰ İşverenle bir sözleşme ilişkisi bulunmayan ancak işçinin işi ile bağlantılı olarak bir araya geldiği kişilere yönelen eylemler de işverene haklı fesih hakkı verir; belediye işçisinin temizlikle görevli olduğu parkta bir çocuğu istismar etmesi;¹⁰²¹ işçinin gece bekçisi olarak çalıştığı parktan geçen kadınları sözle taciz etmesi bu duruma örnek gösterilebilir.¹⁰²² Bir sitede müdür olarak çalışan işçinin site sakinlerine sarkıntılık etmesi,¹⁰²³ apartman kapıcısının apartman sakini bir çocuğu sözlü istismar etmesi de işverene haklı fesih hakkı veren diğer örneklerdir.¹⁰²⁴ Ayrıca işverenin aile üyelerine yönelen taciz de elbette işverene haklı fesih hakkı verecektir.¹⁰²⁵

Yargıtay, site müdürünün site sakini taciz ettiği olayda, işverenin olayı öğrenmesi üzerine değil, taciz suçundan mahkumiyetini izleyen sürede yaptığı fesihte hak düşürücü sürenin geçirilmediği değerlendirmesinde bulunmuştur: “*Somut olayda, davacının işçinin sanık olarak görev yaptığı işyerinde site sakinlerine sarkıntılık suçundan yargılandığı davada 21.3.2006 tarihinde mahkumiyet kararı verilmiş, kararın site yönetimine ulaşması üzerine 15.4.2006 tarihinde fesih kararı alınmıştır. Davacı işçinin yıllık izinde oluşu sebebiyle karar 30.4.2006 tarihinde tebliğ edilmiştir. Öte yandan ceza mahkemesi kararı yazılı emir kanun yoluyla bozulmuş ve yeniden yapılan yargılama sonucu 19.6.2007 tarihinde mahkumiyet kararı kesin olarak verilmiştir.*

¹⁰¹⁸ Yargıtay 9. HD. 8.6.2020, 2016/16234, 2020/4947, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022. Müşterilere yönelen tacizin İK m. 25/II-e kapsamında olduğu yönünde, *Savaş*, 2012, s. 81.

¹⁰¹⁹ Yargıtay 9. HD. 19.9.2013, 2011/26623, 2013/23091. Yargıtay 9. HD. 8.6.2020, 2016/16234, 2020/4947, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²⁰ Yargıtay 9. HD. 12.10.2015, 20326/28093, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²¹ Yargıtay 9. HD. 30.11.2010, 2008/4249, 2010/35439, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²² Yargıtay, 22. HD. 23.01.2012, 2011/5188, 2012/363, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²³ Yargıtay 9. HD. 16.9.2014, 2012/33587, 2014/26724, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²⁴ Yargıtay 22. HD. 6.2.2020, 2016/28753, 2020/1873, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹⁰²⁵ Yargıtay 22. HD. 17.11.2014, 30542/32185, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

Mahkumiyet kararı en son 19.6.2007 tarihinde kesinleşmiş olup davacının suçlu olduğu en son bu tarihte belirlenmiş olmaktadır. Bu itibarla işverence 15.4.2005 tarihinde 30.4.2006 tarihinden geçerli olarak yapılan feshin yasal 6 iş günü dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Davacının mahkumiyetinin kesinleşmesinden önce işveren fesih yoluna gitmiş ve işveren feshinin haklılığı daha sonraki ceza mahkemesi kararıyla ortaya çıkmış olmakla yasa süresi içinde iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmelidir.” ¹⁰²⁶

Yargıtay, bu tür örneklerde işveren feshin yasal dayanağı olarak işçinin tutukluluğu gösterilse bile İK m. 25/II uyarınca haklı fesih sebebi veren olguya fesih bildiriminde değinilmişse işçinin kıdem tazminatına hak kazanmayacağına hükmetmektedir. Bir yurтта aşçı olarak çalışan alt işveren işçisinin, yurтта kalan reşit olmayan çocukla cinsel ilişkiye girme ve çocuğun gebe kalması üzerine rıza ile çocuk düşürtme suçu sebebiyle tutuklanması üzerine asıl işveren idarenin alt işverene yazdığı ve işçinin tutuklanması sebebiyle işe devam etmemesine ilişkin yazının tutuklama sebebini de kapsadığı, bu nedenle işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmayacağı sonucuna varılmıştır.¹⁰²⁷ Yukarıda örneklenen belediye işçisinin görevli olduğu parkta çocuğu istismar etmesi olayında da işveren feshi tutukluluğa dayandırmışsa da fesihte eylemden açıkça söz edilmesi ve devamsızlığın görevdeyken işlenen bir suça bağlanmış olması nedeniyle işçinin kıdem tazminatına hak kazanmayacağı sonucuna varılmıştır.¹⁰²⁸ Kanımca, burada işverenin İK m. 25/II anlamında bir haklı fesih hakkı mevcutken fesih beyanında bu olaydan bahsetmekle beraber feshi İK m. 25/IV’e dayandırmasının işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı şeklinde yorumlanmaması isabetlidir. Zira, işverenin haklı fesih sebebine dayanak olayı belirtmesine ve bu olayları ispatlamasına rağmen

¹⁰²⁶ Yargıtay 9. HD. 16.9.2014, 2012/33587, 2014/26724, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²⁷ Yargıtay 9. HD. 25.9.2014, 2012/26637, 2014/28198, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

¹⁰²⁸ Yargıtay 9. HD. 30.11.2010, 2008/4249, 2010/35439, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

yanlış yasal düzenlemeye dayanması işverenin belirttiği nedeni değiştirici etkisi yoktur ve HMK m. 33 gereği, olayla ilgili hukuk kurallarını tespit etmek ve uygulamak hâkimin görevidir.¹⁰²⁹

       kişiye yönelen cinsel nitelikli davranışın işyeriyle herhangi bir ilgisi bulunmasa dahi somut olayın koşullarına göre işverene haklı nedenle fesih sebebi vermesi söz konusu olabilir. Bir kulüp derneğinde temizlik işlerinde ve kapı görevlisi olarak çalışan işçinin, kendi torununa cinsel istismar suçundan hüküm giydiği olayda Yargıtay şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Bu suç işyeri dışında da işlense davacının bu davranışı kulüpte  ye çocuklarının bulunması nedeni ile öncelikle çocuklar açısından tehdit içeren bir davranış olduğu gibi Işverenin itibarını zedeleyen ve dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen bir davranıştır. Bu davranışı nedeni ile iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmaktadır. Kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”*¹⁰³⁰

       kişiye yönelen tacizlerde işverenin işçinin sözleşmesini feshetmesi aynı zamanda diğer işçileri tacizden koruma borcunun bir gereği olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin bir işçinin işyeri dışında çok sayıda taciz olayına karışması ve bu olayın işyerinde bilinir hâle gelmesi, o işçiyle birlikte çalışan mesai arkadaşlarında tedirginlik yaratabilir. Bu durumda haklı değil ancak geçerli nedene dayalı fesih yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

Iş inin işyerinde        kişilerden gelecek tacizlere karışı korunması gerektiği açıktır ve bu işverenin gözetme borcunun kapsamındadır. Ankara BAM bir kararında tacizin müşterilerden kaynaklanması hâlinde alınabilecek önlemleri örneklemiştir:

¹⁰²⁹ Savaş, 2012, s. 180.

¹⁰³⁰ Yargıtay 9. HD. 14.06.2017, 2015/11142, 2017/10519, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

*“Cinsel tacizin, işyerinde çalışan bir işçi yerine üçüncü kişi tarafından yapılması durumunda, işverenin önlem olarak müşteriyi uyarma, müşteri ile ilgilenecek bir başka işçi görevlendirme ve eylemin ağırlığına göre müşteri ile ilişkisini kesme gibi yollara başvurulması gerekir.”*¹⁰³¹ İşveren müşteri gibi üçüncü kişilerden yönelen tacizlere yönelik gerekli önlemleri almadığı takdirde tazminat sorumluluğu doğabilir; bu hususa aşağıda tacize uğrayan işçinin hakları incelenirken yer verilecektir.

İşverenin sözleşme ilişkisinde bulunduğu müşteri gibi bir kişinin, işverenin işçisini taciz etmesi hâlinde bu sözleşmenin karşı tarafı bakımından koruma yükümlülüklerinin ihlali olarak nitelendirilebilir. Burada doğrudan işverene yönelen bir fiil olmamakla beraber, işverenin işçisinin kişilik haklarının da borç ilişkisindeki koruma yükümlülükleri kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyim. Koruma yükümlülükleri, sözleşmenin ifasını değil, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin konusunu oluşturmayan her türlü değerinin korunmasını gerektirir. Koruma yükümlülükleri tarafların iradesinde bağımsız olarak ortaya çıkar ve TMK m. 2’de kaynağını bulur; bu yükümlülüklerin kapsamı somut olaya göre belirlenir.¹⁰³² Koruma yükümlülükleri genel olarak borç ilişkisinin karşı tarafının kişilik hakları, aynı hakları gibi mutlak haklarının borcun ifası veya ifa sebebiyle ihlal edilmemesini gerektirir. Koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi, aynı zamanda borç ilişkisinin ihlal edilmesi anlamına gelir.¹⁰³³ İşçisi, sözleşme ilişkisinde bulunduğu bir kişi tarafından taciz edilen işveren, borç ilişkisinin türüne göre, borç ilişkisinin ihlal edilmesine dayanan haklarını kullanabilmeli; sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenmemelidir.

¹⁰³¹ Ankara BAM 6. HD. 12.3.2019, 2017/4107, 2019/441, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

¹⁰³² Alborz, 2017, s. 173-174.

¹⁰³³ Eren, 2016, s. 1073.

BÖLÜM III – CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZE UĞRAYAN İŞÇİNİN HAKLARI VE TACİZİN İSPATI

§7. İŞ İLİŞKİSİNDE CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZE UĞRAYAN İŞÇİNİN HAKLARI VE İŞÇİ KARŞISINDAKİ SORUMLULULAR

I. Cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin kullanabileceği haklar

1. Çalışmaktan kaçınma hakkı

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün olabilir. İsviçre hukukunda uğradığı cinsel taciz sonrasında iş görme edimini yerine getiremeyecek durumda olan işçinin, gözetme borcunu yerine getirmesi konusunda işvereni temerrüde düşürebileceği kabul edilmektedir. Bu hakkın, TBK m. 408’in kaynağı olan İsviçre BK m. 324’e dayandığı kabul edilmektedir.¹⁰³⁴ TBK m. 408’e göre: “İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.” İşverenin temerrüdünün ortaya çıkması için işçinin iş görme edimini açık, somut ve samimi bir biçimde işverene sunmuş olması gerekir,¹⁰³⁵ ancak bunun için bir şekil şartı aranmamaktadır.¹⁰³⁶ İşçi, iş görme edimini yerine getirmeyi işverenin tacize son verecek önlemleri alması koşuluna bağlayabilir.¹⁰³⁷ İşçi çalışmaktan kaçındığı sürece ücrete hak

¹⁰³⁴ Gloor, 1991, s. 16. Lempen, 2006, s. 241-242.

¹⁰³⁵ Lempen, 2006, s. 241. Longchamp, 2013, s. 198.

¹⁰³⁶ Longchamp, 2013, s. 198. Carruzzo, 2009, s. 180.

¹⁰³⁷ Lempen, 2006, s. 241. Brunner – Bühler – Waeber – Bruchez, 2004, s. 149.

kazanır.¹⁰³⁸ Çalışmaktan kaçınan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi hukuka aykırıdır.¹⁰³⁹

Fransız hukukunda, işçinin sağlığının ve can güvenliğinin tehlikeye düşmesi hâlinde çalışmaktan kaçınma hakkı İş Kodu'nun L4131-1 maddesinde düzenlenmektedir; buna göre: *“İşçi sağlık ve yaşamına yönelik ciddi ve yakın bir tehlike oluşturduğuna makul gerekçelerle inandığı işle ilgili herhangi bir durumu ve güvenlik sistemlerindeki her türlü eksiklik konusunda işvereni derhal uyarır. İşçi bu durumda işyerini terk edebilir. İşveren, özellikle güvenlik önlemlerindeki bir kusurdan kaynaklanan ciddi ve yakın bir tehlikenin devam ettiği durumda işyerini terk etme hakkını kullanan işçiden yeniden çalışmaya başlamasını isteyemez.”*¹⁰⁴⁰ İşveren çalışmakta kaçınma hakkını kullanan işçiye ücretin ödenmemesi dahil olmak üzere hiçbir yaptırım uygulanamaz (L4131-3). Bu düzenlemeler, cinsel tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının da dayanağını oluşturmaktadır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının cinsel taciz bağlamında ele alındığı ilk karar 2002 yılında Riom İstinaf Mahkemesi tarafından verilmiştir.¹⁰⁴¹ Karara konu olan olayda bir restoranda garson olarak çalışan işçi, işverenin eşinin süregiden cinsel tacizlerine maruz kalmış; bu nedenle jandarmada şikâyetçi olmuş ve bir hafta rapor almış; ayrıca işverene eşinin tacizleri nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını postayla iletmıştır. İşveren eşinin davranışları gerçek olsa bile bunun ciddi ve yakın tehlike

¹⁰³⁸ Lempen, 2006, s. 242. Carruzzo, 2009, s. 190. Longchamp, 2013, s. 200.

¹⁰³⁹ Lempen, 2006, s. 242.

¹⁰⁴⁰ “Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. Il peut se retirer d'une telle situation. L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection.”

¹⁰⁴¹ Carles, 2004, s. 33.

oluşturmadığını, eşinden işçinin taciz olarak değerlendirebileceği davranış ve sözlerden kaçınmasını istediğini belirterek işçinin işe başlamasını istemiştir. İşçi işe başlamayı reddetmiş, bundan sonraki bir tarihte işverenin eşi cinsel taciz suçundan hüküm giymiş; daha sonra sözleşme işveren tarafından feshedilmiştir. İlk derece mahkemesi, işverenin eşinin davranışlarının tehditkâr, utanç verici ve travmatik olduğunu belirterek işçinin bu durumun sağlığına yönelik ciddi ve yakın tehlike yarattığını düşünmekte haklı olduğunu ve çalışmaktan kaçınma hakkını meşru şekilde kullandığına hükmetmiş, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin gerekçelerini teyit ederek kararı onamıştır.¹⁰⁴² Somut olayda taciz faili aynı zamanda bu suçtan hüküm giymiş olsa da, bu durum cinsel taciz olaylarında çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için aranacak bir koşul oluşturmaz; işçinin makul gerekçesini ispatlaması yeterlidir.¹⁰⁴³ Cinsel ve cinsiyetçi taciz hâlinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının makul bir nedene dayandığını istirahat raporları, sağlık raporları, geçici iş göremezlik belgeleri, ilaç reçeteleri, hastaneye yatış belgeleri gibi sağlık belgeleriyle kanıtlayabilir.¹⁰⁴⁴

Ülkemizde de cinsel tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği, fazla tartışılmamış olmakla beraber, öğretide kabul edilmektedir.¹⁰⁴⁵ Tek bir kişiyi hedef almayan, kadınları grup olarak rahatsız eden düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizlerin varlığı hâlinde de bu hakkın kullanılabileceği kanaatindeyim; örneğin işyerine pornografik görüntüler asılması, cinsel içerikli konuşmalar yapılması, tek bir işçiyi hedef almamakla beraber kadın işçilere grup olarak yönelen cinsel şakalar yapılması veya cinsel tekliflerde bulunulması gibi durumlarda bu hak

¹⁰⁴² Cour d'appel de Riom, 4e Ch. Civ. 18 juin 2002, Droit Ouvrier, Janvier 2004, s. 31-34, https://ledroitouvrier.cgt.fr/IMG/pdf/200401_juris_carles.pdf, Erişim Tarihi: 28.12.2022.

¹⁰⁴³ Carles, 2004, s. 33.

¹⁰⁴⁴ AVFT, 2018, s. 51.

¹⁰⁴⁵ Bakırcı, 2000, s. 184-186. Kaplan, 2003, s. 12. Manav Özdemir, 2016, s. 208. Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 165. Erdoğan, 2022, s. 466.

kullanılabilmelidir. Yine işyerinde cinsel taciz olayları çok yaygınsa bunların doğrudan hedefinde olmayan ancak tacizin yarattığı düşmanca çalışma ortamından etkilenen işçi de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılabilmelidir; zira yukarıda açıklandığı üzere cinsel tacize tanıklık etmek tacize uğramakla paralel olumsuz etkiler yaratabilmektedir.¹⁰⁴⁶ Ayrıca, cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Bu durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, işverenin temerrüdünü düzenleyen TBK m. 408'e dayanır.¹⁰⁴⁷ Ayrıca, Alman hukukunda işçinin cinsel taciz hâlinde çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen açık düzenlemeden yola çıkılarak hukukumuzda da benzer bir düzenleme getirilmesi önerilmiştir.¹⁰⁴⁸ Tacizin işveren veya işveren vekilinden geldiği hâllerde TBK m. 408 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabileceği açıktır;¹⁰⁴⁹ tacizi işveren gerçekleştirdiğinde işçinin önlem alınmasını talep etmesi beklenemez.¹⁰⁵⁰ İşverenin bir diğer işçisi veya üçüncü bir kişiden kaynaklanan tacizlerde işveren tacizi bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde önlem almıyorsa ya da alınan önlemler yetersizse çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir.¹⁰⁵¹ İşyerindeki cinsel kayırmacılık olaylarının eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturduğu hâllerde de bu hakkın kullanılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁵² İşverenin bu hâllerde iş görme edimini, işin görülmesi için uygun

¹⁰⁴⁶ Bkz. yukarıda §2-II-3-c.

¹⁰⁴⁷ Bakırcı, 2000, s. 184-186. Manav Özdemir, 2016 s. 208. Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 165. Erdoğan, 2022, s. 466. Cinsel tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının işverenin temerrüdüne değil, ödemezlik define dayandığı yönünde, Kaplan, 2003, s. 12. Ancak öğretide bu görüş, işverenin gözetme borcu ve işçinin iş görme borcu karşılıklı edimler olmadığı için haklı olarak eleştirilmiştir, Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 166. Aynı yönde, Demir, 2021, s. 448.

¹⁰⁴⁸ Yıldız, 2008, s. 325. Alman hukukundaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 156-164.

¹⁰⁴⁹ Bakırcı, 2000, s. 184.

¹⁰⁵⁰ Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 167.

¹⁰⁵¹ Bakırcı, 2000, s. 184. Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 167.

¹⁰⁵² Bakırcı, 2000, s. 184. Eşit davranma borcuna aykırılık yasaklarına aykırılık hâllerinde işçinin işverenin temerrüdü hükümlerine dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği yönünde, Tuncay, 1982, 227-229. Yıldız, 2008, s. 323-324.

koşulları sağlamayarak yani hazırlık fiillerini ifa etmeyerek engellediği açıktır.¹⁰⁵³ İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için işçinin iş görme edimini fiilen önermesi gerekmemelidir;¹⁰⁵⁴ İsviçre hukukunda olduğu gibi bir şekil şartının aranmadığı kabul edilmelidir. Yine İsviçre hukukunda olduğu gibi işçinin çalışmaya başlamayı gerekli önlemlerin alınması koşuluna bağlayabilmesi bu hakkın kullanılmasının doğal bir sonucu olarak görülmelidir. TBK m. 408 uyarınca işçi çalışmaktan kaçındığı sürede ücrete hak kazanacaktır. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin sözleşmesinin feshedilmesi olayın koşullarına göre haksız, geçersiz veya kötü niyetli fesih oluşturur.

Bu çalışmada, cinsel ve cinsiyetçi tacizin aynı zamanda bir işçi sağlığı ve iş güvenliği sorunu olarak ele alınması gerektiği ve risk değerlendirmesi aşamasından başlayarak cinsiyet temelli bu tacizlerin önleme politikalarına dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu doğrultuda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının da iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bağlamında değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. İSGK m. 13'te işçilerin ciddi ve yakın tehlikeyle karşılaşmaları hâlinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmalarının usulü düzenlenmektedir; buna göre ciddi ve yakın tehlikeyle karşılaşan işçi, bu hakkı iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurmak ve taleplerinin kurul veya işveren tarafından kabul edilmesi suretiyle kullanabilir. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez boyutta olduğu durumlarda işçi bu usulü işletmeden doğrudan işyerini terk edebilir.¹⁰⁵⁵ Öğretide ayrımcılık hâllerinin aynı zamanda

¹⁰⁵³ Yıldız, 2008, s. 324. Erkanlı Başbüyük, 2019, s. 165. Erdoğan, 2022, s. 466.

¹⁰⁵⁴ Bakırcı, 2000, s. 185.

¹⁰⁵⁵ İSGK m. 13: “Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki

işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturduğu, özellikle taciz ve yıldırmanın ciddi ve yakın tehlike olarak değerlendirilebileceği ve bu nedenlerle kural olarak özel hüküm niteliğindeki İSGK m. 13'ün uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰⁵⁶ Cinsel ve cinsiyetçi tacizin aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı anlamında bir psikososyal risk teşkil etmesi, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını İSGK m. 13 uyarınca kullanılmasını zorunlu kılmaz.¹⁰⁵⁷ Öğretide iş sağlığı ve güvenliği riskleri bakımından dahi, İSGK m. 13 düzenlemesinden farklı olarak tehlikenin sadece yaşamsal veya sadece acil olması hâlinde, ayrıca işveren veya iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçinin talebinin aksine karar vermesi durumunda işçinin TBK m. 408 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi mümkün olması gerektiği isabetli olarak ileri sürülmüştür.¹⁰⁵⁸ Özellikle tacizin işverenden veya işveren vekilinden kaynaklandığı hâllerde İSGK m. 13'ün işletilmesinde hiçbir yarar bulunmadığı da açıktır.

Ayrıca İSGK m. 13 düzenlemesi, Türkiye'nin taraf olduğu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı ILO Sözleşmesi'nin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen 13. maddesi ve işletme düzeyinde önlemleri içeren 19. maddesiyle açık bir çelişki içermektedir. 13. maddeye göre: *“Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır.”* 19. maddeye göre: *“Aşağıda belirtilen hususların sağlanması için işletme düzeyinde düzenlemeler olacaktır. (...) Bir işçi,*

usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.”

¹⁰⁵⁶ Ünal, 2018, s. 498-499.

¹⁰⁵⁷ Psikolojik taciz bakımından da İSGK m. 13'ün varlığı TBK m. 408 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını engellemez, Erkanlı Başbüyük, s. 293.

¹⁰⁵⁸ Baycık, 2013, s. 118. Erkanlı Başbüyük, 2020, s. 193-194. Buna karşılık öğretide aksi yönde, işçinin ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez boyutta olması hâlinde işçinin işyerini doğrudan terk etme hakkı İSGK m. 13/4'te düzenlendiğinden işçinin TBK m. 408 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılamayacağı ileri sürülmektedir; Süzek, 2021, s. 946-947.

hayatı ve sağığı için ciddi bir tehlike oluşturduğuna ve yakında vaki bulacağına haklı gerekçelerle inandığı herhangi bir durumu, derhal bir üstüne rapor eder ve işveren bu durumun giderilmesi için gerekli önlemi alıncaya kadar yaşam ve sağık için ciddi tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanına işçilerin dönmesini isteyemez.” 155 sayılı ILO Sözleşmesi’nin işçinin yaşam ve sağık hakkını doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğunun ve dolayısıyla Anayasa m. 90/son uyarınca bu sözleşme hükmü ile kanun arasındaki çatışmada sözleşme hükmünün uygulanma önceliğinin bulunduğu kabulü gerekir.¹⁰⁵⁹ Ayrıca uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilmesi için kendi kendine icra edilebilir nitelik taşıması gerektiği kabul edilmektedir;¹⁰⁶⁰ bir sözleşmede program hükümler ve doğrudan uygulanabilir hükümler bir arada yer alabilir.¹⁰⁶¹ Bu nedenle doğrudan uygulanabilirliğe ilişkin değerlendirmenin sözleşmenin tamamı bakımından değil, tek hükümleri bakımından yapılması doğru sonuç verir. 155 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 19. maddesi program hüküm niteliğinde değil, işçilere doğrudan bir hak tanıy nitelikte olduğundan icra niteliğine de sahiptir. Dolayısıyla olası bir uyuşmazlıkta, ciddi ve yakın tehlikeyi sadece üstüne bildirerek işyerini terk eden işçi bakımından İSGK m. 13’teki usul göz ardı edilerek doğrudan 155 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 19. maddesi

¹⁰⁵⁹ ILO sözleşmelerinin hangilerinin temel haklara ilişkin olduğu konusu açık olmamakla beraber, temel haklara ilişkin sözleşmelerin ILO’nun 1998 yılında yayımladığı Çalışma Yaşamında Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi’nde yer alan burada dört hak kategorisinden örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlığının etkili bir biçimde tanınması, her türlü zorla çalışma ve zorunlu çalışmanın ortadan kaldırılması, çocuk işçiliğinin etkili bir biçimde ortadan kaldırılması ve çalışma hayatında ayrımcılığın sona erdirilmesi ve bu hakları düzenleyen sekiz sözleşmeden ibaret olmadığı kabul edilmelidir, *Creighton*, 2004, s. 268. Dolayısıyla Anayasa 90/son’daki uygulama önceliğinden yararlanacak sözleşmeler de Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi’nde yer alan sekiz sözleşmeden ibaret değildir. *Gülmez*, 2015, s. 188. *Süzek*, 2021, s. 100. İş sağığı ve güvenliği hakkı da temel haklar arasında değerlendirilmelidir. *Alston*, 2004, s. 486.

¹⁰⁶⁰ *Süzek*, 2021, s. 98. *Sur*, 2008, s. 54-55. ILO sözleşmelerinin kural olarak program hükümler içermesi nedeniyle doğrudan uygulanamayacağı ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir ILO sözleşmesinde ender de olsa doğrudan uygulanabilir nitelikteyse, bu hükmün uygulanması için iç hukuk düzenlemesinin beklenmeyeceği yönünde, *Eyrenci*, 2016, s. 386.

¹⁰⁶¹ *Gülmez*, 2015, s. 227.

uygulanmalıdır.¹⁰⁶² Bu nedenle, cinsel tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının İSGK m. 13'e dayanması gerektiği kabul edilse bile bu hüküm temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeyle çatışma hâlinde olduğundan sözleşme hükmüne uygulama önceliği tanınması gerekecektir.

2. Kişiliği koruyucu davaları açma hakkı

İşçinin cinsel dokunulmazlığının kişilik hakları kapsamında olduğu şüphesizdir.¹⁰⁶³ Ayrıca cinsiyetçi tacizler de kişilik haklarına saldırı oluşturur. TMK m. 24 uyarınca *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. 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.”* Yukarıda da ifade edildiği üzere cinsel tacizler yönünden hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkması mümkün değildir; zira cinsel özgürlüğün ihlalinde sadece ilgilinin rızasına ilişkin hukuka uygunluk ortaya çıkabilir.¹⁰⁶⁴ Cinsel tacizin istenmeme unsuru kişilik hakkı zedelenen kişinin davranışa rıza göstermiş olma ihtimalini dışladığından hukuka uygunluk sebebinin bulunması mümkün değildir.¹⁰⁶⁵ Cinsiyetçi tacizler bakımından, cinsiyetçi davranışlara, şakalara, sözlere maruz kalan işçi bunlardan rahatsızlık duymuyorsa ilgilinin rızası bulunabilir.

TMK m. 25/1-2 uyarınca kişiliğe saldırı hâlinde: *“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile*

¹⁰⁶² Erdoğan – Kulp, 2020, s. 1266. Erdoğan, 2021, s. 759.

¹⁰⁶³ Tercier, 1984, s. 58-59.

¹⁰⁶⁴ Tercier, 1984, s. 58-59. Cinsel tacizin TMK m. 23, 24, 25'i ihlal ettiği yönünde Aydın, 2002, s. 89.

¹⁰⁶⁵ Lempen, 2006, s. 195.

etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.” İsviçre hukukunda Federal Eşitlik Yasası’nın 5. maddesinde saldırının önlenmesi, süregiden saldırının sona erdirilmesi ve saldırıdan kaynaklanan zararın devam etmesi hâlinde hukuka aykırılığın tespitine ilişkin davaların açılacağı ayrıca düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin feshi veya işe alımda ayrımcılık hâlinde Federal Eşitlik Yasası m. 5/2’de özel bir tazminat düzenlendiği için bu hâllerde saldırının önlenmesi davası ve saldırıya son verilmesi davası açılmayacaktır; buna karşılık çalışma koşullarında ayrımcılık içeren değişikliklerin engellenmesi için bu dava açılabilir.¹⁰⁶⁶

İş ilişkisinde cinsel taciz bağlamında saldırı tehlikesinin önlenmesine ilişkin davaya ihtiyaç duyulma ihtimali sınırlı olmakla beraber; örneğin işçinin geçmişte rızaya dayalı ilişkisinin bulunduğu işveren, işveren vekili veya bir diğer işçinin, işçiyi cinsel içerikli yazışmalarını veya görüntülerini işyerinde veya müşterilerle paylaşmakla tehdit etmesi hâlinde saldırı tehlikesinin önlenmesi talebiyle dava açılması mümkün olmalıdır. Bu durumda yargıç, görüntüleri veya mahrem bilgileri yayımlamayı yasaklayabileceği gibi,¹⁰⁶⁷ bunların yok edilmesi yönünde de hüküm kurabilmelidir.

Süregiden cinsel ve cinsiyetçi tacizlerde, işçinin saldırıya son verilmesi davası açması mümkündür.¹⁰⁶⁸ Bu dava saldırı sürdüğü sürece açılabilir ve hüküm anında saldırının devam etmesi gerekir; aksi hâlde dava reddedilir.¹⁰⁶⁹ Davacının talepleri somut olmalı ve yargıcın hükmedeceği önlemler de aynı şekilde saldırıya son verilmesi açısından yeterli, belirli ve saldırıyla orantılı olmalıdır. Saldırıya son verilmesi için

¹⁰⁶⁶ Aubert, 2011a, s. 129-130.

¹⁰⁶⁷ Tercier, 1984, s. 132.

¹⁰⁶⁸ Lempen, 2006, s. 243. Bakırcı, 2000, s. 199. Bilgili, 2010, s. 49.

¹⁰⁶⁹ Tercier, 1984, s. 126.

alınacak önlemler genel ve yoruma açık şekilde belirlenmemelidir.¹⁰⁷⁰ İş ilişkisinde cinsel taciz bağlamında örneğin işyerinde pornografik görüntüler asılıysa saldırıya son verilmesi davası açılarak bunların kaldırılması sağlanabilir.¹⁰⁷¹ Ayrıca cinsel kayırmacılık olayları sebebiyle de bu davanın açılması mümkün olabilir.¹⁰⁷² İş ilişkisinde, işveren vekili veya bir diğer işçinin gerçekleştirdiği kişilik haklarına saldırılar bakımından bu kişiler ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi nedeniyle işverene dava açılması mümkündür; işverenin kendisiyle bağımlılık ilişkisi içindeki bu kişilerin işçinin kişilik haklarına saygı göstermesini sağlaması gerekir. Bunun için uygulayacağı yöntemi işveren belirleyecektir.¹⁰⁷³ Olayın koşullarına göre tacizcinin uyarılması, işyerinin değiştirilmesi, sözleşmesinin feshi gibi yöntemler benimsenebilir.¹⁰⁷⁴ Saldırıya son verilmesine ilişkin dava açılması aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talep edilmesine engel olmaz.¹⁰⁷⁵

Cinsel ve cinsiyetçi taciz sona ermiş olsa bile eğer etkileri sürüyorsa hukuka aykırılığın tespiti talep edilebilir; ancak maddi ve manevi tazminat davaları açılmışsa ayrıca tespit davası açılamaz.¹⁰⁷⁶ İş sözleşmesi sona ermiş dahi olsa işçinin hukuka aykırılığı tespit ettirmekte yararı olabilir.¹⁰⁷⁷

TMK m. 25/2 uyarınca, saldırının önlenmesi, durdurulması veya hukuka aykırılığının tespiti davaların yanında düzeltme ya da kararın üçüncü kişilere bildirilmesinin veya yayımlanmasının talep edilmesi mümkündür. Kişilik haklarına

¹⁰⁷⁰ Tercier, 1984, s. 129-131. Lempen, 2006, s. 243.

¹⁰⁷¹ Lempen, 2006, s. 243. Bakırcı, 2000, s. 200.

¹⁰⁷² Bakırcı, 2000, s. 200.

¹⁰⁷³ Tercier, 1984, s. 133.

¹⁰⁷⁴ Lempen, 2006, s. 243.

¹⁰⁷⁵ Bakırcı, 2000, s. 200.

¹⁰⁷⁶ Bakırcı, 2000, s. 201.

¹⁰⁷⁷ Lempen, 2006, s. 243. Bakırcı, 2000, s. 201.

saldırı üçüncü kişiler tarafından öğrenilmişse hukuka aykırı olduğunun sadece taraflarca bilinmesi hukuka aykırılığın giderilmesinde yetersiz kalacağından bu yönetime başvurulabilir.¹⁰⁷⁸ Buna karşılık, kararın yayımlanması ek olarak kişilik haklarına saldıran kişi yönünden bir tür yaptırım niteliği de taşıyabilir.¹⁰⁷⁹ Cinsel taciz konusunda gerekli önlemleri almayan işveren bakımından kararın yayımlanması önlem alınması için etkili bir baskı aracı oluşturabilir.¹⁰⁸⁰

3. Maddi ve manevi tazminat hakkı

İş ilişkisinde cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin maddi ve manevi tazminat talepleri ortaya çıkabilir. Tazminat talepleri taciz failinin işveren olması, tacizin ortaya çıkışında işverenin kusurlu olması veya işverenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hâllerde işverene yöneltilebilir. İşverenin sorumluluğu aşağıda ayrı bir başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.¹⁰⁸¹ Bu talepler ayrıca cinsel veya cinsiyetçi taciz faili kişiye de yöneltilebilir. İşverenin sorumluluğu bakımından, tacizin iş sözleşmesinin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkması hâlinde tazminat taleplerinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılacağı; iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki tacizlerde de olayın koşullarına göre İsviçre hukukundaki uygulamayla aynı şekilde gözetme borcunun ihlal edildiği sonucuna varılabileceği ve yine sözleşmeye aykırılık hükümlerine gidilebileceği hatırlatılmalıdır.¹⁰⁸²

Maddi ve manevi tazminat haklarının açıklanmasına geçmeden önce maddi ve manevi zarar ayırımı konusundaki feminist eleştirilere kısaca yer verilecektir. Kişinin

¹⁰⁷⁸ Bakırcı, 2000, s. 201.

¹⁰⁷⁹ Tercier, 1984, s. 136.

¹⁰⁸⁰ Lempen, 2006, s. 245.

¹⁰⁸¹ Bkz. aşağıda §7-II.

¹⁰⁸² Bkz. yukarıda §6-I-2.

sosyal konumu bazı zararların ortaya çıkma ihtimalini ve dağılımını etkilemektedir; örneğin işçilerin iş kazasına uğrama ihtimali işverenlerden, kadınların cinsel tacize uğrama ihtimali erkeklerinkinden yüksektir. Ayrıca zarardan ne anlaşıldığı da sosyal ilişkilerin bir sonucudur; zarar dendiğinde akla manevi zarardan önce bedensel zarar ve acılar gelmektedir.¹⁰⁸³ Bedensel zarar ve manevi zarar arasındaki ikilik, basitçe farklı hukuki yararlarla ilişkin birer rejim oluşturulması anlamına gelmez; aynı zamanda üstü kapalı bir değer hiyerarşisi yaratır. Bedensel zararlar ve malvarlığı kayıplarına manevi zarara göre daha çok önem verildiği konusunda şüphe yoktur.¹⁰⁸⁴ Bedensel zarar ve manevi zarar arasındaki ikiliğin bir örneği TBK m. 54'te görülebilir; bu hükümde “*bedensel zarar*” ifadesi kullanılmakla beraber; aşağıda görüleceği üzere beden üzerinde anatomik bir zarar olmasa dahi ruh bütünlüğü ihlalleri de bu düzenleme kapsamında kalır ve hükümde düzenlenen tazminat kalemleri talep edilebilir.

Maddi ve manevi zarar arasındaki ikilik kadınları hukuk önünde dezavantajlı konuma getirir; zira kadınların hayatlarında tekrarlayan zararların önemli kısmı manevi zarar olarak görülmektedir.¹⁰⁸⁵ Örneğin Türkiye’de de kadın ve erkek işçilerin geçirdiği iş kazalarının oranlarına dair SGK verileri incelendiğinde kadınların geçirdiği iş kazalarının toplam iş kazaları içerisindeki oranı %10’dan azdır ve iş kazası geçiren kadınların oranı da iş kazası geçiren erkeklerden çok daha düşüktür.¹⁰⁸⁶ 4. Avrupa Çalışma Koşulları Anketine göre, anketin yapıldığı tarihten önceki son bir yılda iş ilişkisinde fiziksel şiddete uğrayan erkeklerin oranı (%4) kadınlardan (%2) yüksektir. Buna karşılık mobbinge ve tacize uğrayan kadınların oranı (%6) erkeklerden (%4)

¹⁰⁸³ Conaghan, 2002, s. 322.

¹⁰⁸⁴ Chamallas – Wriggins, 2010, s. 92.

¹⁰⁸⁵ Chamallas – Wriggins, 2010, s. 92.

¹⁰⁸⁶ Kapar, 2015, s. 187.

yüksektir ve genç kadınlarda bu oran daha da yükselmektedir (%8).¹⁰⁸⁷ Bu çalışmanın ilk başlığında açıklandığı üzere cinsel tacize uğrayan kadınların oranı da çok daha yüksektir. Bu veriler karşısında, iş kazalarında ölen ve yaralananların, meslek hastalığına tutulanların daha büyük oranda erkekler olması nedeniyle iş sağlığı ve güvenliğinin (ayrıca zararların tazmininin) erkeklerin öncelikli sorunu olduğu gibi yanlış bir çıkarıma varılabilir.¹⁰⁸⁸ Oysa kadınlar da iş ilişkisinde zarara uğramakta; bu zararlar manevi nitelikte görüldüğü için ikinci planda kalmakta; hatta ülkemiz açısından istatistiklerde dahi yer almamaktadır.

Feminist yazında, maddi – manevi zarar ayırımına ilişkin eleştirilerin yanında, zarar kavramının farklı şekilde ele alınmasına ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür. Örneğin, cinsel taciz bir “*patriyarkal zarar*” olarak görülmektedir. Buna göre; patriyarkal kültürde kadınlar erkeklerin politik açıdan astı konumda yaşadıkları için erkeklerden farklı zararlara uğrarlar. Bu bağlamda örneğin iş ilişkisinde cinsel taciz, kadınların güçsüzlüğüne, kadınlara çocuk muamelesi yapılmasına ve kadınların erkeklerin kullanımına açık olduğuna dair mesajı güçlendirmektedir. Cinsel tacizin de aralarında bulunduğu cinsel suçlar bakımından kadınlar davranışın kendisinin yanında, kendilerine karşı işlenen bu şedit davranışların devlet tarafından büyük ölçüde denetimsiz bırakıldığını bilmeleri nedeniyle de zarar görürler. Bu da kadınların, kendi potansiyelleri, hakları, özsaygılarına dair algılarına zarar verir.¹⁰⁸⁹ Cinsel tacize uğrayan kadının uğradığı zararın bu yönleri kanımca manevi tazminatın takdirinde dikkate alınabilir; ayrıca ayrımcılık tazminatı da bu zararları gidermenin bir aracı olarak değerlendirilebilir.

¹⁰⁸⁷ Eurofound, Fourth European Working Conditions Survey, 2007, s. 36.

¹⁰⁸⁸ Kapar, 2015, s. 197. Parantez içindeki ifade tarafımdan eklenmiştir.

¹⁰⁸⁹ West, 1997 , s. 132-137.

a. Maddi tazminat

İş ilişkisinde cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin maddi zararları ortaya çıkabilir. Bu durumda işçinin maddi tazminat talepleri ister sözleşmeye aykırılık hükümlerine ister haksız fiil hükümlerine dayansın, maddi tazminatın belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 49 vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Zira TBK m. 144/2 gereği “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*”

Tacize uğrayan işçinin psikolojik veya fiziksel tedavi ihtiyacı ortaya çıkabilir; yaşadığı travma sonucu geçici veya sürekli iş göremezliği söz konusu olabilir.¹⁰⁹⁰ Taciz sonucunda ruhsal bütünlüğünün bozulması bedensel zarar kavramı içerisinde değerlendirilir. Fiziksel bir temas içermese dahi taciz eylemi kişinin vücut bütünlüğü üzerinde olumsuz etki yaratabileceği gibi vücut üzerinde hiçbir etkisi olmayan ruh bütünlüğü ihlalleri de ortaya çıkabilir.¹⁰⁹¹ Örneğin işçi, taciz olayı sebebiyle travma sonrası stres bozukluğu yaşayabilir.¹⁰⁹² TBK m. 54 uyarınca “*tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*” bedensel zarar kavramı içinde yer alır. Bu zararların taciz olayı ile illiyet bağı içerisinde olduğu sürece tazmini gerekir. Burada maddi tazminat hesabının ayrıntılarına girilmeyecek olmakla beraber, işçinin tacizden kaynaklanan maddi zararının ilk bakışta görünenden fazla olabileceğine işaret edilmelidir. Örneğin, araştırmalara göre cinsel tacize uğrayan işçinin üretkenliği

¹⁰⁹⁰ Bakırcı, 2000, s. 191. Ergin B., 2007, s. 153.

¹⁰⁹¹ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 90. Eren, 2016, s. 766-767. Reisoğlu, 2013, s. 225.

¹⁰⁹² Kadınlarda erkeklere göre daha yüksek oranda travma sonrası stres bozukluğu ortaya çıkmasına rağmen erkeklerin travma sonrası stres bozukluğunun değerlendirilmesine ilişkin araştırmaların kadınlarinkine oranla daha geniş kapsamlı olduğuna işaret edilmelidir; Ni Aolain, 2009, s. 4, 10.

düşmekte ve bu durum da işçilerin terfi ve iş değişikliklerine başvurmalarını engelleyebilmektedir.¹⁰⁹³

İşçi cinsel istekleri yerine getirmediği, tacize karşı çıktığı için veya cinsel kayırmacılık sebebiyle belirli menfaatlerden yoksun bırakılmış, örneğin ücret zammından yararlandırılmamış ya da terfi ettirilmemiş olabilir. İşçinin cinsel veya cinsiyetçi tacizle bağlantılı olarak işiyle ilgili menfaatlerden yoksun bırakılması hâlinde, İK m. 5/6 uyarınca ayrımcılık tazminatının yanında yoksun bırakıldığı hakları talep etmesi mümkün olduğundan bu hâlde ayrıca maddi tazminat talep etmeye gerek kalmayacaktır.¹⁰⁹⁴

İş sözleşmesi sona erdikten sonra hakkında çıkarılan dedikodular veya asılsız isnatlar nedeniyle işçinin yeni bir iş bulmasının engellenmesi veya güçleştirilmesi sebebiyle maddi zararı oluşabilir.¹⁰⁹⁵ Bu örnekte illiyet bağının kurulması güç olmakla beraber mümkün olabilir. Örneğin, cinsel tacizle bağlantılı olmamakla beraber, yukarıda da yer verilmiş bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında, işveren iş sözleşmesini feshettiği işçiye olumlu bir referans mektubu verdikten sonra, işçinin başvurduğu iş aracılarna işçi hakkında olumsuz bilgi vermiş ve iş aracıları bu bilgilere dayanarak işçinin işe yerleştirilemeyeceğini bildirmiştir. Olayda işçinin iş bulamaması dolayısıyla uğradığı kazanç kaybı ile işverenin olumsuz görüş bildirmesi arasında uygun illiyet bağının bulunduğuna işaret ederek maddi tazminat taleplerini kabul eden istinaf mahkemesi kararını onanmıştır.¹⁰⁹⁶ İş sözleşmesini cinsel tacize uğradığı için haklı

¹⁰⁹³ Chamallas – Wriggins, 2010, s. 174.

¹⁰⁹⁴ Ünal, 2018, s. 490.

¹⁰⁹⁵ Bakırcı, 2000, s. 191.

¹⁰⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, 4C/379/2002, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 2.1.2023, Bettex, 2012, s. 59.

nedenle fesheden işçi hakkında, işçinin iş arkadaşlarını haksız yere tacizle itham ettiği gibi bir bilgi verilecek olursa benzer bir sonucun ortaya çıkması mümkün olabilir.

Öte yandan uygulamada cinsel veya cinsiyetçi taciz sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin yoksun kaldığı ücretleri tazmin ettirmesi ancak sınırlı koşullarda mümkün görülmektedir. İşe başladığı gün cinsel taciz sebebiyle iş sözleşmesini fesheden işçinin maddi tazminat taleplerini kabul eden ilk derece mahkemesi kararını bozan Yargıtay'a göre: *"Mahkemece, iş sözleşmesinin 27.06.2008 gününde sona erdiği, davacının 02.05.2009 gününde başka bir yerde işe girdiği, işsiz kaldığı süre için asgari ücret üzerinden hesaplanan 4.497,00 TL maddî zararın bulunduğu, bu miktardan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre % 30 oranında hakkaniyet indirimi yapıp dava dilekçesinde istenen 3.000,00 TL maddî tazminat ile 5.000,00 TL manevî tazminat hüküm altına alınmıştır. Somut olayda davacı, iş sözleşmesini işverenin cinsel tacizi nedeniyle İş Kanunu'nun 24/II bendine göre haklı nedenle bildirimsiz olarak feshetmiştir. Kesinleşen ceza mahkemesi dosyasına göre, davalının eylemi sabit olup, mahkemenin manevî tazminat yönünden kabulü yerindedir. İş sözleşmesinin, işçi veya işveren tarafından İş Kanunu'nun 24/II veya 25/II benlerine göre haklı nedenle bildirimsiz feshi hâlinde, sözleşmeyi fesheden tarafın, karşı taraftan maddî ve manevî tazminat isteyebileceği, Yasanın 26. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Öğretide de, bu gibi durumlarda her iki tazminatın da istenebileceği, zarar görenin; zararını, hukuka aykırılığı ve illiyet bağını ispat etmesinin yeterli olacağı dile getirilmektedir. Davacı işçi, söz konusu haksız saldırıya işe başladığı gün maruz kalmıştır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi belirsiz sürelidir. Davacı, iş sözleşmesinin feshi nedeniyle somut maddî bir zararı olduğunu ispat edememiştir. Davacının maddî tazminat isteyebilmesi için, sözleşmenin asgari süreli veya belirli süreli olması ve kalan süreye ait ücret alacağı bulunması veya sözleşmede ceza*

koşulunun kararlaştırılmış olması gerekir. Bu nedenle somut olayda, maddî tazminatın koşulları gerçekleşmemiştir.”¹⁰⁹⁷ Somut olayda bir yıllık kıdemi de doğmamış davacı yalnızca manevi tazminata hak kazanabilmektedir. Kanımca bu oldukça yetersiz bir yaptırımdır; taciz sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden işçinin haklarına dair önerilere aşağıda yer verilecektir.

Zarar görenin geçerli rızası TBK m. 63/2 uyarınca bir hukuk uygunluk nedenidir ve bu hâlde tazminat sorumluluğu da ortaya çıkmaz.¹⁰⁹⁸ Yukarıda da işaret edildiği üzere cinsel taciz kavramı istenmeyen cinsel davranışları ifade ettiği için, cinsel taciz açısından zarar görenin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkması mümkün değildir.¹⁰⁹⁹ İşçinin cinsel nitelikteki davranışlara geçerli rızası hâlinde artık cinsel tacizden söz etmek mümkün değildir.¹¹⁰⁰ Rızanın açık veya örtülü olarak verilmesi mümkünse de¹¹⁰¹ iş ilişkisi bağlamında örtülü rızanın kabul edilmemesi gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmiştir. İşçinin cinsel veya cinsiyetçi davranışlar konusundaki suskunluğu, tepkisizliği, şikâyetçi olmaması, başka iş arkadaşlarıyla ilişkileri, özel hayatı, geçmiş yaşantısı rıza olarak değerlendirilemez. İşçinin rızası her somut olaya göre değerlendirilmelidir.¹¹⁰² Yukarıda ABD hukukunda tacizin istenmeme unsuruna ilişkin açıklamalar hukukumuzda rızanın değerlendirilmesiyle paraleldir ve orada yer verilen örnekler örtülü rıza değerlendirilmesinin sakıncalarını da göstermektedir,¹¹⁰³ kısaca hatırlatmak gerekirse çalıştığı birimdeki tek kadın olan işçinin ortama ayak uydurmak için küfürle konuşması ve müstehcen şakalar yapması, kendisine

¹⁰⁹⁷ Yargıtay 9. HD. 1.11.2013, 2011/23584, 2013/27729, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.2.2022.

¹⁰⁹⁸ Eren, 2016, s. 787.

¹⁰⁹⁹ Lempen, 2006, s. 195.

¹¹⁰⁰ Bakırcı, 2000, s. 193.

¹¹⁰¹ Eren, 2016, s. 788.

¹¹⁰² Bakırcı, 2000, s. 192-193.

¹¹⁰³ Bkz. yukarıda §3-I-3-g.

yönelik küfürölü hitapları, işyerindeki cinsel içerikli resimleri, teşhircilik davranışlarını da istediğı anlamına gelmeyecektir.¹¹⁰⁴ Benzer şekilde, iş hayatı dışında müstehcen dergilerde fotoğrafları basılmış bir kadın işçinin işyerindeki cinsel imalardan rahatsız olmayacağı sonuna varılamaz.¹¹⁰⁵

Cinsel taciz ve cinsiyetçi taciz bakımından maddi tazminatın indirilmesine ilişkin TBK m. 52/1 hükmünün uygulanma olasılığı değerlendirilmelidir. Söz konusu düzenlemeye göre “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” TBK m. 52/1 düzenlemesine konu olan rıza, zarar görenin hukuka veya ahlaka aykırı olarak verdiği geçersiz rızasıdır. Bu rıza geçersiz de olsa ortak kusur olarak değerlendirilir ve tazminattan indirim sebebi yapılabilir.¹¹⁰⁶ Yukarıda *quid pro quo* tacizin, işçinin cinsel isteklere olumlu veya olumsuz yanıt vermesinden bağımsız olarak cinsel içerikli taleplerin işle ilgili bir menfaati elde etmenin veya zarar görmemenin koşulu hâline getirilmesiyle birlikte ortaya çıktığı ifade edilmişti.¹¹⁰⁷ Bu durumda işçinin cinsel taleplerin bir çalışma koşulu hâline getirilmesine rıza gösterdiğinden söz edilemez. Dolayısıyla mağdur, işi ile ilgili baskı altındayken cinsel taleplere boyun eğmiş olsa da cinsel taciz ortaya çıkmış olur. Somut olayın özelliğine göre, cinsel taleplere boyun eğerek kendini ekonomik yönden “korumuş” olan işçinin maddi zararı oluşmayabilir

¹¹⁰⁴ *Mary J. Carr, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, 32 F.3d 1007, 7th Cir. 1994, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/32/1007/633405/>. *MacKinnon*, 2016, s. 1077-1078.

¹¹⁰⁵ *Lisa Ann Burns, v. McGregor Electronic Industries, Inc.*, 955 F.2d 559, 8th Cir. 1992, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/955/559/448229/>, *MacKinnon*, 2016, s. 1078-1079.

¹¹⁰⁶ *Oğuzman – Öz*, 2012b, s. 116. *Eren*, 2016, s. 787. *Bakırcı*, 2000, s. 191.

¹¹⁰⁷ Bkz. yukarıda §3-I-1-a’da *MacKinnon*’un görüşleri ve §3-I-3-b’de ABD yargısının bu yöndeki kararları. *MacKinnon*, 1979, s. 32-37. *Karibian v. Columbia University*, 14 F.3d 773, 2nd Cir. 1994, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/14/773/613728/> Erişim Tarihi: 16.9.2021. *MacKinnon*, 2016, s. 1053-1054.

veya bu davranışlara boyun eğdiği sürece zarar görmemişken davranışlara karşı çıkmaya başlayınca zarar görebilir. Öte yandan işiyle ilgili doğrudan zarara uğramamış işçinin uğradığı cinsel taciz sebebiyle TBK m. 54 kapsamındaki zararları ortaya çıkmış olabilir. Maddi zararın bulunduğu hâllerde cinsel istekleri kabul etmiş işçinin geçersiz rızasının ortak kusur olarak tazminattan indirim sebebi yapılması mümkün olacak mıdır? Öğretide bir görüşe göre geçersiz rıza sebebiyle tazminattan indirim yapılmasına imkân tanıyan TBK m. 52/1 düzenlemesinin iş ilişkisinde cinsel taciz olaylarında uygulanma alanı yoktur; öte yandan bu görüş *quid pro quo* tacize değinmemektedir.¹¹⁰⁸ *Quid pro quo* tacizde, tacizin esasen işçinin cinselliğinin bir çalışma koşulu hâline getirilmesiyle ortaya çıktığı göz önünde tutularak kural olarak, istekleri yerine getiren işçinin hak kazanacağı maddi tazminattan indirim yapılmaması gerektiği kanaatindeyim. İşçinin cinsel isteği yerine getirmediği takdirde işiyle ilgili bir zarara uğrayacağı tehdidi altında bulunduğu durumda bu istekleri reddetmesinin güçlüğü ortada olduğu gibi, menfaat vaadi de aynı zamanda bir zarar tehdidini içeriyor olabilir. Toplumdaki cinsiyet eşitsizliği ve iş ilişkisindeki hiyerarşiden yararlanılarak elde edilen geçersiz rızaya, tazminattan indirime neden olacak bir hukuki değer atfedilmemelidir.

TBK m. 55/1 uyarınca ortaya çıkabilecek bir diğer tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin ortak kusurunun da cinsel ve cinsiyetçi tacizler bakımından uygulanma alanı yoktur. Ortak kusur, zarar görenin kasıtlı veya ihmali bir davranışıyla kendi yararına kaçınmak zorunda olduğu özensiz bir hareketi gerçekleştirmesidir; zarar görenin ortak kusuru illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmadığında tazminattan indirim sebebi oluşturur.¹¹⁰⁹ Mağdurun iş sözleşmesinin feshi veya misilleme korkusuyla tacize tepki göstermemesi, sessiz kalması, şikâyetçi olmaması örtülü rıza

¹¹⁰⁸ Ergin B., 2007, s. 154.

¹¹⁰⁹ Eren, 2016, s. 788.

olarak değerlendirilemeyeceği gibi ortak kusur olarak da değerlendirilemez. İşçinin tepkisizliği zararın artmasına yol açsa bile sonuç değişmez; zira burada mağdurun kastı veya ihmali bulunmamaktadır.¹¹¹⁰ Öğretideki aksi görüşe karşılık,¹¹¹¹ mağdurun giyiminin cinsel tacizin tespitinde etkisi olmadığı, yani mağdurun dış görünüşünün istemediği bir cinsel davranışı istediği anlamına gelmeyeceği gibi, mağdurun giyiminin ortak kusur olarak değerlendirilmesinin de mümkün olmadığı kanaatindeyim; bu konuya yukarıda ayrıntılı olarak incelenmişti.¹¹¹² Ayrıca, işçinin faille geçmiş ilişkisi, konuşma tarzı, tavırları, mesleği de elbette tazminattan indirim sebebi olamaz.¹¹¹³

b. Manevi tazminat

İş ilişkisinde cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçi manevi tazminat talebinde bulunabilir.¹¹¹⁴ Manevi tazminat, TBK m. 58’de genel olarak düzenlenmektedir; bu düzenlemeye göre: *“Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”* Ayrıca TBK m. 56’da bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda manevi tazminat hakkı özel olarak düzenlenmektedir. Cinsel taciz olayları bakımından TBK m. 58 (mülga BK m. 49) düzenlemesi uygulama alanı bulmaktadır.¹¹¹⁵ Manevi tazminatın şartları arasında kusurun ifade edilmemiş olması,

¹¹¹⁰ Gloor, 1991, s. 14. Bakırcı, 2000, s. 197. Lempen, 2006, s. 330.

¹¹¹¹ Bakırcı, 2000, s. 196.

¹¹¹² Bkz. yukarıda §6-I-3-b. Lempen, 2006, s. 330-331.

¹¹¹³ Lempen, 2006, s. 331.

¹¹¹⁴ Bakırcı, 2000, s. 198.

¹¹¹⁵ Yargıtay 4. HD. 24.6.2020, 2018/3713, 2020/2260, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 17.1.2023. Yargıtay 9. HD. 13.4.2010, 2008/29930, 2010/1030. Reisoğlu, 2013, s. 236-237.

manevi zarar tazmini için kusur şartının aranmayacağı anlamına gelmez; zararın tazmini için kusurun bulunması veya yasadaki kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin gerçekleşmiş olması gerekir.¹¹¹⁶

Manevi tazminatın amacına ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla beraber günümüzde bu tazminatın amacının telafi olduğu kabul edilmektedir. Manevi tazminatın telafi amacı taşıdığı kabul edildiğinde kişilik hakkı ihlal edilen kişi lehine, kişinin zarardan acı ve üzüntü duyması aranmaksızın manevi tazminat takdir edilir. Böylece manevi zarar objektif bir biçimde değerlendirilir ve kişinin sübjektif durumu ve özelliklerinden soyutlanır.¹¹¹⁷ Mülga BK m. 49/2’de yer alan ve eleştirilere konu olan *“Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.”* düzenlemesine 6098 sayılı TBK’da yer verilmemiştir. Bu durum, yeni yasanın 58. maddesinin gerekçesinde de *“hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür”* şeklinde açıklanmaktadır. Böylece tarafların sübjektif durumları ancak eşitliği bozmadığı ölçüde dikkate alınabilir. Buna karşılık, 6098 sayılı yasa döneminde dahi tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının manevi tazminat takdirinde dikkate alınacağı yönünde Yargıtay kararları mevcuttur.¹¹¹⁸

Yargıtay’ın iş kazalarından kaynaklanan manevi tazminat taleplerine ilişkin kararlarında manevi tazminatın caydırıcılık uyandıracak bir oranda takdir edilmesi

¹¹¹⁶ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 248, 258.

¹¹¹⁷ Eren, 2016, s. 809. Caniklioğlu, 2014, s. 523-524. Baycık, 2018, s. 240.

¹¹¹⁸ Baycık, 2018, s. 239-240. 6098 sayılı TBK döneminde de tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının manevi tazminat takdirinde dikkate alınması gerektiği yönünde Oğuzman – Öz, 2012b, s. 264.

gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri mevcuttur.¹¹¹⁹ Kanımca, caydırıcılık unsuru cinsel ve cinsiyetçi tacizden kaynaklanan manevi tazminatın belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır.

Manevi tazminatın takdirinde mağdurun birlikte kusuru varsa bu dikkate alınabilir;¹¹²⁰ ancak yukarıda maddi tazminatla ilgili açıklamalara paralel olarak manevi tazminat takdirinde de cinsel isteklere boyun eğmiş işçinin geçersiz rızasının tazminatı takdirinde dikkate alınmamalı ve mağdurun sessizliği, şikâyetçi olmaması, giyim tarzı gibi hususlar ortak kusur olarak nitelendirilmemelidir.

Yargıtay uygulaması genel olarak yüksek manevi tazminat tutarlarına hükmedilmemesi gerektiği yönündedir.¹¹²¹ Bu hâlde hükmedilen manevi tazminatlar aracılığıyla caydırıcılık sağlanması da oldukça güçtür. İsviçre’de de uygulamadaki manevi tazminat tutarlarının düşük olduğu ve bu tazminatın anlamını yitirmemesi için daha yüksek tazminat tutarlarının takdir edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹²² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2010 yılında verdiği bir kararda, işyerindeki genel müdür tarafından taciz edilen ve bu durumu yetkililere bildirmesi üzerine iş sözleşmesi geçersiz olarak feshedilen işçi lehine 5.000 TL manevi tazminat hükmedilmesini isabetli şekilde yetersiz bulmuştur.¹¹²³ İş ilişkisinde yaşanan cinsel taciz olayına ilişkin olmamakla beraber, bir üniversitenin farklı bölümlerinde çalışan iki öğretim üyesinden birinin diğerine sosyal medya üzerinden 134.000 adet hakaret ve cinsel taciz içerikli mesaj gönderdiği olayda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2020 yılında verdiği kararda

¹¹¹⁹ Baycık, 2018, s. 239-241. Bu yönde, Yarg. 21. HD. 8.4.2014, 2013/22341, 2014/7283. Yarg. 21. HD. 15.11.2016, 3189/14139. Yarg. 21. HD. 10.09.2015, 4224/16120. Yarg. 21. HD. 5.11.2019, 2018/5097, 2019/6511, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 17.1.2023.

¹¹²⁰ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 265. Bakırcı, 2000, s. 199.

¹¹²¹ Caniklioğlu, 2014, s. 521. Baycık, 2018, s. 241.

¹¹²² Tercier, 1984, s. 273.

¹¹²³ Yargıtay 9. HD. 13.4.2010, 2008/29930, 2010/10301, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

tarafkların konumunu, gönderilen mesajların ağırlığı ve sayısını dikkate alarak 15.000 TL manevi tazminat takdir edilmesini yetersiz bulmuştur.¹¹²⁴

TBK m. 58/2 uyarınca hâkimin parasal tazminat yerine kınama kararı, kınama kararının yayımlanması veya başka bir giderim yöntemine para yerine veya buna ek olarak davacının talebiyle bağı olmaksızın hükmetmesi mümkündür. Bu düzenlemeye göre, sembolik bir miktara veya üçüncü kişiye bir miktar para ödenmesine hükmedilmesi madde metninde yer alanlar dışındaki diğer giderim yöntemleri olabilir.¹¹²⁵İsviçre hukukunda, cinsel taciz mağdurunun her zaman daha yüksek parasal tazminat arayışı içinde olmadığı, örneğin işverenin mağdura yönelik bir özür mektubu kaleme almasının parasal bir tazminattan daha değerli olabileceği ileri sürülmüştür.¹¹²⁶

Manevi tazminat talep edebilecek kişi, cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçidir. Yasada açık hüküm bulunmadıkça yansıma yoluyla zararların tazmini mümkün değildir.¹¹²⁷ Dolayısıyla tacize uğramamış ancak buna tanıklık etmiş işçinin yansıma yoluyla zararını tazmin etmesi mümkün değildir.¹¹²⁸ Ancak işyerinde cinsel veya cinsiyetçi taciz olayları çok yaygınsa bunun doğrudan tacizin hedefinde olmayan işçi için de bir düşmanca çalışma ortamı yaratabileceği göz önünde bulundurulmalıdır; yaygın taciz olayları nedeniyle tedirginlik içinde çalışmak zorunda kalan işçinin de manevi zararı oluşabilir. Öte yandan burada, artık o işçiyi etkileyen düşmanca bir çalışma ortamı oluştuğundan, buradaki zarar yansıma yoluyla oluşan bir zarar değildir.

¹¹²⁴ Yarg. 4. HD. 24.6.2020, 3713/2260, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 14.1.2023.

¹¹²⁵ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 267.

¹¹²⁶ Lempen, 2006, s. 297.

¹¹²⁷ Oğuzman – Öz, 2012, s. 253.

¹¹²⁸ Bakırcı, 2000, s. 199.

4. Ayrımcılık tazminatı hakkı

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin her zaman cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturduğu ve bu nedenle bu tür tacizlere uğrayan işçilerin herhangi bir yasa değişikliğine ihtiyaç olmaksızın ayrımcılık tazminatı hakkının bulunduğu,¹¹²⁹ ancak tereddüde yer vermemek adına bunun açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasının uygun olacağı yukarıda ifade edilmişti.¹¹³⁰ Yine olması gereken hukuk açısından, ayrımcılık tazminatının işe giriş aşamasında yapılan ayrımcılıklar (gerçekleştirilen cinsel ve cinsiyetçi tacizler) dahil olacak ve tüm işçileri kapsar şekilde düzenlenmesi gerektiği görüşüne yukarıda yer verilmişti.¹¹³¹ Burada ayrımcılık tazminatının tutarı ve tazminata hak kazanma koşulları ele alınacaktır.

İK m. 5/6 uyarınca işçinin en fazla dört aylık ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı temel ücret üzerinden hesaplanır.¹¹³² Yargıtay tazminatın üst sınırdan belirlenmesinin gerekçelendirilmesi gerektiği görüşündedir ve bu gerekçenin yer almadığı ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaktadır.¹¹³³ Ayrımcılık tazminatı, işçinin hiçbir zararı olmasa da talep edilebilecek götürü bir tazminattır.¹¹³⁴ Bu yönüyle ayrımcılık tazminatının bir medeni ceza oluşturduğu öğretide kabul edilmektedir.¹¹³⁵

¹¹²⁹ Bkz. yukarıda §3-III. İş ilişkisinde cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu ve işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebileceği yönünde, *Yıldız*, 2008, s. 109. *Bilgili*, 2010, s. 58-60. *Yuvalı*, 2012, s. 111. *Özdemir*, 2014, s. 98. *Manav Özdemir*, 2016, s. 210-211. *Baycık*, 2018, s. 276-277. *Erkanlı Başbüyük*, 2020, s. 250-251. *Erdoğan*, 2022, s. 466.

¹¹³⁰ Bkz. yukarıda §4-III-2 ve §5-I-1.

¹¹³¹ *Yıldız*, 2008, s. 328-329.

¹¹³² *Süzek*, 2021, s. 486. *Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca*, 2021, s. 471. *Narmanlıoğlu*, 2012, s. 330. *Mollamahmutoğlu – Astarlı*, 2012, s. 674. *Doğan Yenisey*, 2006, s. 77. *Süzek*, 2008, s. 34. *Yıldız*, 2008, s. 328. *Odaman*, 2009, s. 79. *Urhanoglu Cengiz*, 2009, s. 42. *Baysal*, 2010, s. 75. *Tuncay*, 2011, s. 767. *Ertürk – Gürsel*, 2011, s. 448. *Yuvalı*, 2012, s. 223. *Karan*, 2018, s. 436. Giydirilmiş ücretten hesaplanacağı yönünde, *Gülmez*, 2010, s. 248.

¹¹³³ Yargıtay 9. HD. 17.11.2005, 32064/36379, *Yuvalı*, 2012, s. 223, dn. 926. Yargıtay 9. HD. 14.03.2011, 2010/26763, 2011/6748, *Tekstil İşverenleri Hukuk Dergisi* Haziran 2012, 5-7.

¹¹³⁴ *Süzek*, 2021, s. 486. *Çelik – Caniklioğlu – Canbolat – Özkaraca*, 2021, s. 470. *Narmanlıoğlu*, 2012, s. 331. *Mollamahmutoğlu – Astarlı*, 2012, s. 675. *Doğan Yenisey*, 2006, s. 77. *Süzek*, 2008, s. 34. *Yıldız*,

Ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için işverenin kusurlu olması aranmaz; ayrımcılığın ortaya çıkmış olması yeterlidir.¹¹³⁶ İşçinin çalışma koşulları veya işine son verilmesi hâlinde ayrımcılık yapılması işveren veya işveren vekilinin eylemleriyle ortaya çıkabilir; aynı hiyerarşik düzeydeki işçilerin birbirine çalışma koşullarında ve sözleşmenin sona ermesinde ayrımcı davranışlarda bulunması olası görünmemektedir. Buna karşılık cinsel ve cinsiyetçi taciz, işçiyle aynı hiyerarşik düzeydeki işçiler veya işyerine yabancı müşteri gibi üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Tacizin işveren veya işveren vekili tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde işverenin ayrımcılık tazminatından sorumlu tutulması gerektiği açıktır. İşçi veya üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen tacizlerde işverenin söz konusu kişilerin taciz davranışlarından kusuru olmaksızın sorumlu tutulması mümkün olacak mıdır? Öğretide bir görüşe göre İK m. 5 sadece işveren ve işveren vekilinin gerçekleştirdiği ayrımcılıklara uygulanabildiği için diğer işçi ve üçüncü kişilerden kaynaklanan cinsel tacizlerde bu hüküm uygulanamaz.¹¹³⁷ İsviçre hukukunda Federal Eşitlik Kanunu'nda cinsel tacize ilişkin götürü tazminat ayrımcılık tazminatından ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işveren cinsel tacizi engellemek veya son vermek için olayın koşullarının gerektirdiği, hakkaniyete göre kendisinden beklenebilecek ve tecrübenin gerektirdiği uygun önlemleri aldığını ispatlayarak bu tazminatı ödemekten kurtulabilir (m. 5/3).¹¹³⁸

2008, 329. *Urhanoglu Cengiz*, 2009, s. 42. *Baysal*, 2010, s. 76. *Ertürk – Gürsel*, 2011, s. 448. *Yuvalı*, 2012, s. 222. *Aykaç*, 2016, s. 115. *Demir*, 2021, s. 415.

¹¹³⁵ *Yıldız*, 2008, s. 329. *Tuncay*, 2011, s. 767. *Yuvalı*, 2012, s. 222. *Ünal*, 2018, s. 434-435. *Demir*, 2021, s. 421.

¹¹³⁶ *Tuncay*, 2011, s. 767. *Ünal*, 2018, s. 435. *Demir*, 2021, s. 421.

¹¹³⁷ *Baycık*, 2018, s. 256.

¹¹³⁸“*Lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal ou l'autorité administrative peuvent également condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse.*”

Dolayısıyla İsviçre hukukunda işverenin kendisi dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilen tacizleri önlemek veya bunlara son vermekte kusurlu davranmış olması aranmaktadır. Kanımca İsviçre hukukundaki hakkaniyet ve tecrübenin gerektirmesi ölçütleri işverenin sorumluluğunu fazla daraltıcıdır; hakkaniyetin dikkate alınması sübjektif kusur anlayışına yaklaşır. Buna karşılık işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında olduğu gibi, cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından da her türlü önlemi almasının beklenmesi ve alınacak önlemlerin objektif ölçüte göre belirlenerek kusurun objektifleştirilmesi uygun olur. Cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından işverenin ayrımcılık tazminatından sorumluluğu, aşağıda açıklanacak sorumluluk şartlarına tâbi tutulabilir.¹¹³⁹

Ayrımcılık tazminatının tutarının caydırıcı olacak şekilde yeniden düzenlenmesi ayrımcılıkla (cinsel ve cinsiyetçi tacizle) mücadele için gereklidir. Öğretide, İK m. 5'te ayrımcılık tazminatının üst sınırının işçinin dört aylık ücreti tutarı olarak düzenlenmesi AB müktesebatıyla uyumlu olmadığı için de eleştiri konusu olmuştur.¹¹⁴⁰ ABAD kararlarına göre, devletlerin ayrımcılık yasaklarına aykırılığın yaptırımını belirlemekte takdir yetkisi vardır; ancak yaptırımlar etkili bir hukuki koruma sağlamalı, mağduriyetle oranlı ve caydırıcı olmalıdır. Divan'a göre tazminatlara önceden bir üst sınır getirilmesi tazminatın etkisini ve caydırıcılığını azaltır.¹¹⁴¹ İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2006/54/EC sayılı Direktif'in 18. maddesine göre de devletler, hukuk düzenlerinde cinsiyet ayrımcılığı hâlinde caydırıcı özellik gösteren ve uğranılan zararlarla orantılı, gerçek ve etkili tazminat yaptırımları öngörmelidir. İşe giriş aşamasında kişinin işe başvurusunun

¹¹³⁹ Bkz. aşağıda §7-II.

¹¹⁴⁰ Doğan Yenisey, 2006, s. 77. Bakırcı, 2007, s. 27. Yıldız, 2008, s. 330. Gülmez, 2010, s. 248-249. Yuvalı, 2012, s. 224. Karan, 2018, s. 438-439.

¹¹⁴¹ Karar örnekleri için bkz. Yuvalı, 2012, s. 224, dn. 929. Doğan Yenisey, 2006, s. 77, dn. 62.

dikkate alınmaması hâli dışında, söz konusu tazminatlar (“*compensation or reparation*”) önceden bir üst sınır belirlenerek kısıtlanamaz.¹¹⁴² İş Kanunu’nun 5. maddesindeki götürü tazminata getirilen üst sınır, kanımca AB Direktifi anlamında tazminatların önceden sınırlanması anlamı taşımamaktadır; zira Direktif’teki ifade işçinin karşılanabilecek toplam zararına ilişkin bir kısıtlamayı yasaklamaktadır. Hukukumuzda ayrımcılığa uğrayan işçi, ayrımcılık tazminatının yanında ayrımcılık sebebiyle yoksun kaldığı ücret, ikramiye gibi haklarını talep edebileceği gibi ayrıca ayrımcılık sebebiyle kişilik hakları zarara uğradıysa manevi tazminat talep edebilir.¹¹⁴³ Olması gereken hukuk açısından aşağıda ele alınacağı üzere ayrımcılık yasağına aykırı fesihlerde geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği görüşüne aşağıda yer verilecektir.¹¹⁴⁴ Ancak, bu yönde bir değişiklik olmasadahi en azından İK m. 5’te düzenlenen götürü tazminatın caydırıcılık ve mağdura koruma sağlayacak şekilde, üst sınır yerine alt sınır belirlenerek yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.¹¹⁴⁵ İş sözleşmesinin ayrımcı feshine geçersizlik yaptırımı bağlansa dahi sözleşmenin kurulması ve devamında gerçekleştirilen ayrımcılıklara ilişkin yaptırımın da güçlendirilmesi gerekmektedir. STİSK m. 25’te yer alan sendikal tazminat düzenlemesine paralel şekilde, cinsel ve cinsiyetçi tacizin de dahil olduğu tüm ayrımcılık türleri bakımından işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında götürü tazminat düzenlenmesi isabetli bir çözüm oluşturur. Sendikalaşmanın işçilerin diğer haklarının

¹¹⁴² “Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to ensure real and effective compensation or reparation as the Member States so determine for the loss and damage sustained by a person injured as a result of discrimination on grounds of sex, in a way which is dissuasive and proportionate to the damage suffered. Such compensation or reparation may not be restricted by the fixing of a prior upper limit, except in cases where the employer can prove that the only damage suffered by an applicant as a result of discrimination within the meaning of this Directive is the refusal to take his/her job application into consideration.”

¹¹⁴³ Sözek, 2021, s. 490.

¹¹⁴⁴ Bkz. aşağıda §7-I-6.

¹¹⁴⁵ Bakırcı, 2007, s. 27. Yıldız, 2008, s. 330. Gülmez, 2010, s. 249. Karan, 2018, s. 439. Ünal, 2018, s. 437-438. Demir, 2021, s. 424.

korunmasındaki büyük önemi nedeniyle sendikal ayrımcılığa etkili yaptırımlar getirilmesi gerekmektedir, kanımca işçinin cinsiyeti veya diğer temellere dayanan ayrımcılıklara karşı da sendikal ayrımcılığa karşı korumalara eşit bir korumadan yararlandırılması gerekir.

İK ek m. 3/d'ye göre “iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat” 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Madde metninde sadece iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edildiği için iş ilişkisinin devamındaki ayrımcılık nedeniyle ortaya çıkan ayrımcılık tazminatında zamanaşımı süresinin TBK m. 146 gereği 10 yıl olduğunu kabul etmek gerekir.¹¹⁴⁶ Öğretide bu durum çelişkili bulunarak eleştirilmekteyse de,¹¹⁴⁷ kanımca bu düzenleme, işçinin ayrımcılık tazminatı hakkının iş ilişkisi sürerken zamanaşımına uğramasını geciktirdiği için isabetlidir.¹¹⁴⁸

İşçinin İK m. 5/6 gereği ayrımcılık tazminatının yanında yoksun bırakıldığı hakları talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda ele alındığı üzere, cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından yoksun kalınan hak kapsamında değerlendirilemeyen maddi tazminat kalemleri ayrımcılık tazminatıyla birlikte talep edilebilir. Ayrıca, ayrımcılık tazminatının manevi tazminatla birleşebileceği açıktır.¹¹⁴⁹ İsviçre hukukunda Federal Eşitlik Yasası’nda ayrımcı fesihlere (m. 5/2) ve cinsel tacize (m. 5/3) ayrı ayrı tazminat yaptırımları düzenlenmektedir. Söz konusu tazminatların yalnızca medeni ceza anlamına gelmediği aynı zamanda giderim aracı oluşturduğu yargı uygulamasında kabul edilmektedir. Federal Eşitlik Yasası’nın maddi ve manevi tazminat haklarının saklı olduğunu düzenleyen m. 5/5 hükmü bu doğrultuda yorumlanmakta ve yasada

¹¹⁴⁶ Süzek, 2021, s. 486.

¹¹⁴⁷ Süzek, 2021, s. 486.

¹¹⁴⁸ Erdoğan, 2022, s. 453.

¹¹⁴⁹ Süzek, 2021, s. 490. Bilgili, 2010, s. 60. Tuncay, 2011, s. 767. Baycık, 2018, s. 276.

düzenlenen ayrımcılık ve cinsel tacize ilişkin tazminatları aşan maddi zararının talep edilebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁵⁰ İsviçre Federal Mahkemesi 2008 yılındaki bir kararında manevi tazminat ve cinsel tacize ilişkin tazminatın çakışmasından bahsetmeksizin iki tazminata birlikte hükmetmiştir.¹¹⁵¹ Hukukumuzda ayrımcılık tazminatının hukuki niteliği medeni ceza olarak kabul edildiğinden maddi zararın tazmini için ayrımcılık tazminatı tutarını aşan bir zararın oluşması aranmamalıdır.

İş ilişkisinde cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçi, iş sözleşmesinin feshedilmesinden bağımsız olarak ayrımcılık tazminatı hakkına sahiptir; ancak tacizle bağlantılı olarak iş sözleşmesi feshedilirse bu aynı zamanda ayrımcı bir fesih oluşturur. İsviçre hukukunda yukarıda belirtildiği üzere ayrımcılık ve cinsel taciz için farklı götürü tazminatlar düzenlenmiştir; bu tazminatlar farklı davranışları yaptırıma bağladığından cinsel tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesi bununla bağlantılı olarak ayrımcı şekilde feshedildiğinde, işçi her iki tazminata bir arada hak kazanmaktadır.¹¹⁵² Hukukumuzda ayrı ayrı iki tazminat bulunmadığından tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesi tacizle bağlantılı olarak feshedildiğinde daha yüksek tutarda ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi uygun bir çözüm oluşturacaktır. Öte yandan, iş sözleşmesinin sona ermesi hâlinde ortaya çıkan kötü niyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve haksız fesih tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birleşip birleşmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmalardan bağımsız olarak, cinsel ve cinsiyetçi taciz aynı zamanda bir ayrımcılık oluşturduğu ve iş sözleşmesi feshedilmese dahi talep edilebileceği için, taciz bağlamında ayrımcılık tazminatının kötü niyet, iş güvencesi ve haksız fesih tazminatları

¹¹⁵⁰ Aubert, 2011a, s. 142-144. Cinsel tacize ilişkin tazminatın bir medeni ceza olduğu yönünde *Lempen*, 2006, s. 257 ve oradaki yazarlar.

¹¹⁵¹ Aubert, 2011a, s. 144 ve orada anılan 18.1.2018 tarih ve 4A_330/2007 sayılı Federal Mahkeme Kararı. Buna karşılık daha eski bir kararda Federal Mahkeme iki tazminatın birleşmeyeceğine hükmetmiştir, *Lempen*, 2006, s. 292 ve orada anılan 4.7.2000 tarih ve ATF 126 III 395 sayılı karar.

¹¹⁵² *Lempen*, 2006, s. 264. Aubert, 2011a, s. 141.

ile birleŖeceęinin kabulü gerekir. Ancak, yine de aŖaęıda söz konusu tartiŖmalara kısaca yer verilmiŖtir; zira tacize uğrayan iŖçinin sözleşmesi aynı zamanda ayrımcı Ŗekilde feshedildiğinde daha yüksek tutarda ayrımcılık tazminatına hak kazanabilmesi için, feshe bağlı tazminatlarla ayrımcılık tazminatının birleŖebilmesi gerekir.

İŖ Kanunu'na tabi olan ancak iŖ güvencesinden yararlanmayan iŖçilerin iŖ sözleşmelerinin iŖveren tarafından kötü niyetle feshi hâlinde iŖçinin İK m. 17/6 uyarınca bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatı hakkı vardır. Öğretide bir görüşe göre ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatına bir arada hak kazanılamaz.¹¹⁵³ Bu görüşe sahip yazarların bir kısmına göre, ayrımcılık kötü niyetin özel bir hâlini oluŖturduęu için her iki tazminat birleŖmez,¹¹⁵⁴ bir diğer görüşe göre iki tazminata bir arada hükmedilmesi aynı davranıŖa iki kez yaptırım uygulanması anlamına gelir.¹¹⁵⁵ Bu hâlde, iŖçinin tazminatlardan dilediğini talep edebilmesi,¹¹⁵⁶ her ikisini birden talep etmesi hâlinde ise iŖçinin lehine olanın uygulanması savunulmaktadır.¹¹⁵⁷ Buna karŖılık katıldığım görüş her iki tazminatın birleŖebileceęi yönündedir. İki tazminatın birleŖeceęi görüşündeki yazarların bir kısmına göre İK m. 5/6'da yalnızca sendikal tazminat hükümlerinin saklı tutulmuŖ olmasının karŖıt kavramından kötü niyet tazminatı bakımından bu tür bir sınırlama getirilmediği ve ayrımcılık tazminatı ile bir arada istenebileceği anlaŖılmaktadır.¹¹⁵⁸ Ayrımcı feshin aynı zamanda kötü niyetli fesih olduğu kabul edilmekle beraber kanunda her iki durum için

¹¹⁵³ Doğan Yenisey, 2006, s. 81. Bakırcı, 2006, s. 119. Çelik N., 2007, s. 489. Odaman, 2009, s. 80. Tuncay, 2011, s. 768. Ertürk – Gürsel, 2011, s. 450.

¹¹⁵⁴ Doğan Yenisey, 2006, s. 81. Bakırcı, 2006, s. 119. Odaman, 2009, s. 80. Ertürk – Gürsel, 2011, s. 450.

¹¹⁵⁵ Tuncay, 2011, s. 768.

¹¹⁵⁶ Bakırcı, 2006, s. 118. Aksi yöndeki görüşe göre tazminat arasında seçim yapılabileceğini düzenleyen bir hüküm bulunmadığından genel nitelikte olan İK 17'deki kötü niyet tazminatı uygulama alanı bulmalıdır, Çelik, 2007, s. 489.

¹¹⁵⁷ Ertürk – Gürsel, 2011, s. 450. Odaman, 2009, s. 80.

¹¹⁵⁸ Süzek, 2021, s. 491. Yıldız, 2008, s. 334. Urhanoğlu Cengiz, 2009, s. 44.

de yaptırım öngörüldüğünden iki yaptırımın da uygulanması gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁵⁹ Ayrıca, işverenin hem kötü niyetli hem de ayrımcı davranmasının mümkün olabileceği ifade edilmekte, her iki tazminatın bir arada istenmesinin kabul edilmemesi hâlinde işverenin yaptığı büyük haksızlık karşısında yeterli yaptırımla karşılaşmayacağı öne sürülmektedir.¹¹⁶⁰ Yargıtay bir kararında ilk görüş doğrultusunda her iki tazminata birlikte hak kazanılamayacağına hükmetmiştir.¹¹⁶¹

İş güvencesinden yararlanan işçinin işe iade davasını kazanması (veya arabuluculuk aşamasında işe iade üzerine anlaşması) hâlinde işçinin işe başlamak için yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen işe başlatılmamasının yaptırımı olarak ödenen 4-8 aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına bir arada hak kazanıp kazanamayacağının da tespiti gerekir. Öğretide bir görüşe göre her iki tazminata bir arada hükmedilmesi aynı fiili iki kez cezalandırmak anlamına geldiği için bu iki tazminat birleşmez.¹¹⁶² Bir diğer görüşe göre, işe dönmek istemeyen işçi, işe iade davası açmak yerine doğrudan ayrımcılık tazminatı talep edebilir.¹¹⁶³ Katıldığım görüş, her iki tazminatın birleşebileceği yönündedir. Öncelikle, İK 5/6'da yalnızca sendikal tazminata

¹¹⁵⁹ Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 676. Urhanoğlu Cengiz, 2009, s. 44. Yuvalı, 2012, s. 227. Aykaç, 2016, s. 121. Ünal, 2018, s. 542. Çoğu zaman eşit davranma borcuna aykırılığın kötü niyetle birlikte ortaya çıkacağı, ancak eşit davranma borcuna aykırılığın tek başına da ortaya çıkabileceği, her iki durumda birlikte oluştuyorsa her iki tazminata birlikte hükmedilmesi gerektiği yönünde, Baysal, 2010, s. 76.

¹¹⁶⁰ Süzek, 2012, s. 491. Yıldız, 2008, s. 334. Genel olarak aynı anda hem kötü niyet hem ayrımcılık tazminatının bir arada talep edilemeyeceği ancak aynı anda hem kötü niyetli hem ayrımcı davranılması hâlinde iki tazminatın bir araya gelebileceği yönünde, Odaman, 2009, s. 80.

¹¹⁶¹ “Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşıl原因amaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. HD. 29.11.2013, 2012/29053, 2013/27095, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 1.8.2017. Erdoğan, 2022, s. 455.

¹¹⁶² Tuncay, 2011, s. 768.

¹¹⁶³ Bakırcı, 2007, s. 35.

ilişkin düzenlemenin saklı tutulması nedeniyle sebebiyle, iş güvencesi tazminatına ilişkin bir istisna söz konusu değildir.¹¹⁶⁴ Ayrıca iş güvencesi tazminatı işe başlatmamanın yaptırımını oluştururken, ayrımcılık tazminatı ayrımcı davranışın yaptırımıdır; yaptırımların amaçlarındaki bu farklılık sebebiyle her iki tazminat bir arada istenebilir.¹¹⁶⁵ İşçi, işveren tarafından işe başlatılsa bile işçiye yapılan ayrımcılığın yaptırımını olan ayrımcılık tazminatının yine de ödenmesi gerekir.¹¹⁶⁶ Yargıtay uygulamasının ağırlıklı olarak iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birleşmeyeceği yönünde olduğu görülmektedir; ancak fesih sebebi ayrımcı sebebe dayandığında iş güvencesi tazminatının alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹¹⁶⁷

TBK m. 438/3'te düzenlenen haksız fesih tazminatıyla ayrımcılık tazminatının birleşip birleşmeyeceği de değerlendirilmelidir; söz konusu düzenlemeye göre: "*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.*" Bu hükmün TBK'ya tâbi işçiler ile İK'ya tâbi olup iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan iş ilişkileri bakımından, belirli-belirsiz süreli sözleşme ayrımı yapılmaksızın uygulanacağı kabul

¹¹⁶⁴ Süzek, 2021, s. 492.

¹¹⁶⁵ Süzek, 2021, s. 492. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 677. Doğan Yenisey, 2006, s. 78-79. Süzek, 2008, s. 35. Yıldız, 2008, s. 336. Odaman, 2009, s. 82. Urhanoğlu Cengiz, 2009, s. 43. Baysal, 2010, s. 76. Ertürk – Gürsel, 2011, s. 451. Yuvalı, 2012, s. 229. Şahlanan, 2014, s. 136. Aykaç, 2016, s. 118. Ünal, 2018, s. 458-459.

¹¹⁶⁶ Süzek, 2021, s. 492. Doğan Yenisey, 2006, s. 79. Urhanoğlu Cengiz, 2009, s. 44.

¹¹⁶⁷ Erdoğan, 2022, s. 455, dn. 54, Yargıtay 9. HD. 6.6.2007, 2006/30630, 2007/18174, Çalışma ve Toplum, 2007, Sayı 15. Yargıtay 9. HD. 18.6.2012, 2010/13065, 2012/23353, Yargıtay Kararları Dergisi, 2012, Cilt 38, Sayı 9, 2012, 1710-1713. Yargıtay 9. HD. 17.09.2015, 18355/26031, Yargıtay 9. HD. 14.4.2016, 2015/29051, 2016/9441, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 3.8.2017. Ayrımcı fesihlerde iş güvencesi tazminatının alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiği yönünde, Yargıtay 9. HD, 14.4.2016, 2015/29051, 2016/9441, Erişim Tarihi: www.kazanci.com.tr, 3.8.2017.

edilmektedir.¹¹⁶⁸ Öğretide bir görüşe göre fıkradaki “*bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak*” ifadesinin kapsamına ayrımcılık durumunun da girdiği için haksız fesih tazminatının miktarı belirlenirken ayrımcılık da dikkate alınacağından her iki tazminata birlikte hükmedilemez.¹¹⁶⁹ İsviçre hukukunda, Federal Eşitlik Yasası m. 5/2’te işçinin iş sözleşmesinin ayrımcı sebeplerle feshedilmesi hâlinde ödenecek ayrımcılık tazminatının haksız fesih tazminatıyla birleşmeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Federal Eşitlik Yasası m. 5/3’te cinsel tacize uğrayan işçiler bakımından ayrı bir tazminat düzenlenmektedir ve bu tazminat hem haksız fesih tazminatı hem de ayrımcılık tazminatıyla birleşebilmektedir; zira cinsel tacize ilişkin tazminat fesihle bağlantılı olmayan farklı bir eyleme ilişkindir.¹¹⁷⁰

Son olarak, İK m. 5/6’da sendikal tazminat hükümlerinin saklı olduğu açıkça belirtildiği için kural olarak her iki tazminata birlikte hükmedilmesi mümkün değilse de öğretide bir görüşe göre çoklu ayrımcılık hâlinde her iki tazminata ayrı ayrı hükmedilmesi mümkündür.¹¹⁷¹

5. İş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı

İş ilişkisinde cinsel tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı İK m. 24/II’de davranışın işverenden gelmesi (b bendi) ve bir başka işçi ya da üçüncü kişiden kaynaklanması ihtimallerine (d bendi) göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Her iki durumda da cinsel taciz fiilinin TCK anlamında suç teşkil etmesi aranmaz.¹¹⁷² İşçi,

¹¹⁶⁸ Süzek, 2021, s. 731. Mollamahmutoğlu – Astarlı, 793-794. Tolu, 2017, s. 199-200.

¹¹⁶⁹ Mollamahmutoğlu – Astarlı, 2012, s. 795.

¹¹⁷⁰ Aubert, 2011a, s. 141.

¹¹⁷¹ Ünal, 2018, s. 417.

¹¹⁷² Süzek, 2021, s. 710. Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 247, 249. Senyen Kaplan, 2020, s. 315. Arıcı, 2022, s. 249.

işverenden kaynaklanan tacizlerde doğrudan fesih hakkına sahiptir. İşveren vekillerinden kaynaklanan taciz davranışlarının da aynı bent kapsamına girdiği kabul edilmektedir.¹¹⁷³ Tacizin kaynağının bir diğer işçi ya da üçüncü kişi olması hâlinde işçinin durumu işverene bildirmiş olmasına rağmen gerekli önlemleri almamış olması aranmaktadır. Yargıtay uygulamasında isabetli olarak işçi taciz olayını işverene bildirmemiş olsa dahi olayı bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin gerekli önlemleri almak durumunda olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁷⁴ İş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin bir yıldan fazla kıdemi varsa kıdem tazminatı hakkı olacaktır. Kanımca, cinsel tacize uğradığı için iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden İK'ya tâbi işçinin yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca ayrımcılık tazminatı hakkı da bulunmaktadır.

TBK, DİK ve BİK'te cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin haklı fesih hakkını düzenleyen hükümler bulunmamakla beraber, cinsel ve cinsiyetçi tacizin bu yasalara tabi işçiler açısından da haklı fesih sebebi oluşturduğu konusunda şüphe bulunmamalıdır. TBK m. 435/2 uyarınca: *“Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”* İşveren tarafından taciz edilen veya uğradığı tacize işveren tarafından son verilmeyen işçinin iş sözleşmesini sürdürmesinin beklenemeyeceği açıktır.¹¹⁷⁵

¹¹⁷³ Süzek, 2021, s. 711. Mollamahmutoğlu – Astarlı – Baysal, 2021, s. 247. Arıcı, 2022, s. 249. Yargıtay 22. HD. 2.5.2012, 3327/8398. Yargıtay 9. HD. 22.1.2019, 2016/19517 2019/1922, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹¹⁷⁴ Yargıtay 9. HD. 28.1.2010, 2008/14529, 2010/1463. Yargıtay 9. HD. 4.2.2013, 2012/26702, 2013/3953. Yargıtay 9. HD. 22.1.2019, 2016/19517, 2019/1922. Yargıtay 22. HD. 25.11.2014, 23315/33270, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. 22. HD. 28.3.2019, 2017/2109, 2019/6847, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹¹⁷⁵ Lempen, 2006, s. 273. Gloor, 2013, s. 759.

Taciz davranışları doğrudan işçiye yönelmese bile düşmanca çalışma ortamı varsa, küfürlü ve cinsel içerikli konuşmalar yaygınsa, işyerinde pornografik resimler sergileniyorsa işçi haklı fesih hakkını kullanabilir.¹¹⁷⁶ Yukarıda tacizin mağdur üzerindeki etkileri açıklanırken ifade edildiği üzere, doğrudan tacize uğramayan ancak işyerindeki taciz olaylarına tanıklık eden işçi de taciz mağdurunun yaşadığına benzer olumsuz etkiler yaşamaktadır.¹¹⁷⁷ Kanımca taciz olaylarının çok sık yaşandığı bir ortamda çalışan ancak kendisi doğrudan tacize uğramamış işçinin de yaygın tacizler düşmanca çalışma ortamı yarattığı için sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmelidir. Ayrıca cinsel kayırmacılık olaylarının varlığı hâlinde de işle ilgili kazanımlardan yoksun kalan işçiler işveren eşit işlem borcunu ihlal ettiği için haklı fesih haklarını kullanabilecekleri gibi, bu tür olaylar çalışma performansını etkileyen, kadınları cinsel nesne olarak gören bir çalışma ortamı yarattığı için işçiler iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilmelidir.¹¹⁷⁸

İK'ya tabi işçinin haklı nedenle fesih hakkını, yasanın 26. maddesinde düzenlenen 6 iş günlük hak düşürücü süre içerisinde kullanması gerekir. Taciz olayları süregidiyorsa hak düşürücü süre işlemez. Yargıtay taciz olaylarının sonucunun devam ettiği hâllerde de hak düşürücü sürenin işlemediğini haklı olarak kabul etmektedir; Yargıtay kararına konu olan bir olayda genel müdür, asistanı konumundaki işçiye 2005 yılının Aralık ayında cinsel ilişki teklifinde bulunmuş, bir otelde yapılan toplantıda işçiyi odasına çıkmaya zorlamış ve öpmeye çalışmıştır. İşçinin cinsel istekleri reddetmesi üzerine işçinin performans notu düşürülmüş, olayın işyerinde duyulmasından sonra işçi psikolojik bunalıma girmiş, ardından 2006 yılının Ağustos ayında iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiştir. Davalı işverenin hak düşürücü sürenin geçtiğine ilişkin iddiaları

¹¹⁷⁶ Bakırcı, 2000, s. 187.

¹¹⁷⁷ Bkz. yukarıda §2-II-3-c.

¹¹⁷⁸ Bakırcı, 2000, s. 187.

konusunda Yüksek Mahkeme isabetli değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup davacının olayların vahameti neticesinde psikolojik bunalıma girmesi, daha evvel performansına ilişkin olumsuz bir değerlendirme bulunmamasına rağmen bu olaylardan sonra performans notunun düşürülmesi, 21.7.2006 tarihinde işyerine ihtarname çekerek işverenden amiri hakkında soruşturma başlatılarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi ve akabinde 1.8.2006 tarihinde de iş akdini bu olaylar nedeniyle feshetmesi nedeniyle temadi eden ve sonuçları itibariyle bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemez.”*¹¹⁷⁹Yargıtay bir başka kararında, tacizden şikâyetçi olan işçini iş sözleşmesini taciz olayını işverene bildirmesinden bir aydan uzun süre sonra feshetmesinde hak düşürücü sürenin geçmediğine hükmetmiştir: *“Davalı işverenin 15.08.2012 tarihli yazısı incelendiğinde; işyeri soruşturması neticesinde verilen kararın detaylarının taraflar ile paylaşılmayacağını bildirildiği görülmektedir. Ayrıca cevap dilekçesinde davalı işverenin bu yazıyı tebliğ ettikten sonra davacı ve vekili ile 14.09.2012 tarihinde bir toplantı düzenlediği ve davetin davalı şirket tarafından yapıldığı da ifade edilmiştir. Feshin davacı işçi tarafından 17.09.2012 tarihinde gerçekleştirildiği dikkate alındığında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemeyecektir.”*¹¹⁸⁰Mevcut yasal düzenleme karşısında, işveren önlem almadığı sürece işçinin haklı fesih hakkını kullanabileceğinin kabul edilmesi uygun olur. Tacizci işçinin ceza mahkemesinde yargılandığı bir diğer olayda, tacize uğrayan işçi suç tarihinden yaklaşık bir yıl sonra iş sözleşmesini feshetmiş, Yargıtay

¹¹⁷⁹ Yargıtay 9. HD. 4.11.2010, 2008/37500, 2010/31544, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹¹⁸⁰ Yargıtay 9. HD. 22.1.2019, 2016/19517, 2019/1922, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

işverenin tekrarlanması muhtemel taciz olayına karşı önlem almadığının sabit olduğu gerekçesiyle hak düşürücü sürenin geçmediğine hükmetmiştir.¹¹⁸¹

Yargıtay'ın yukarıda örneklenen kararlarında tacizin etkileri sürdüğü veya işveren önlem almadığı sürece hak düşürücü sürenin geçmediği yönünde vardığı sonuçlar isabetlidir ve sosyal gerçeklikle uyumludur. Kanımca özellikle cinsel taciz bağlamında hak düşürücü sürenin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde daha ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, iş ilişkisinde cinsel tacize uğrayan kadınların ezici çoğunluğu şikâyetçi olmaktan çekinmektedir. Şikâyetçi olmamanın sebepleri arasında misillemeyle karşılaşma korkusu, işlerindeki gelecekleri ile ilgili kaygılar veya özel hayatlarında alacakları tepkiden çekinmelerinin yanında, haklarına dair bilgi eksiklikleri veya şikâyetlerinin ciddiye alınacağına dair güvensizlik gibi sebepler yatmaktadır.¹¹⁸² İşveren veya işveren vekili tarafından taciz edilen bir işçinin, taciz tarihinden itibaren 6 iş günlük sürede feshin sonuçlarına dair değerlendirmesini yaparak sözleşmesini feshetmesini beklemek, kadınların hayatlarındaki sosyal gerçeklikle bağdaşmamaktadır. Ayrıca olayın özelliğine göre işçinin yaşadığı olayı nitelendirmesi güç olabilir veya olaydan kaynaklanan travmayla yüzleşmek zorluklar barındırabilir. Bu durumlar fesih hakkının yasada düzenlenen hak düşürücü süre içerisinde kullanılmasına engel teşkil edebilir. İşveren veya işveren vekilinden gelen anlık bir taciz olayı olsa ve bundan sonra tacizin etkilerini sürdürecektir misilleme niteliğinde davranışlar söz konusu olmasa bile, tacizciyle işyerinde yüz yüze gelmek dahi mağdurun iç dünyasında tacizin etkilerinin sürdüğü anlamına gelebilir. Bu hâlde, tacizin etkilerinin sürdüğü kabul edilerek hak düşürücü sürenin geçmediği sonucuna varılmalıdır. Öte yandan taciz tarihi ile fesih tarihi arasındaki süre açıldıkça ispat güçlüğü artacaktır; bu durumda örneğin

¹¹⁸¹ Yargıtay 22. HD. 25.11.2014, 23315/33270, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹¹⁸² Bkz. yukarıda §2-III-b.

işçinin işyerinde tacizciyle karşılaştıktan sonra ağlamaya başladığına dair tanıklık veya sağlık raporları ispat aracı olabilir.

İşçinin, bir diğer işçi veya üçüncü kişinin tacizine uğraması hâlinde bu olayı işverene bildirmesi için yasada bir süre sınırı getirilmemesi isabetlidir; burada işçinin olayın etkileri kendisi bakımından sürdüğü sürece şikâyetçi olabileceği ve Yargıtay kararları doğrultusunda işveren tarafından önlem alınmadığı sürece fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Ayrıca işçinin işverene durumu bildirmesinin sonuçsuz kalacağı olayın koşullarından belliyse, örneğin işyerinde gerçekleşen başka taciz olaylarına karşı önlem alınmıyor, taciz hoş görülüyorsa veya işveren de başka işçiyi taciz ediyorsa işçinin işverene durumu bildirmeksizin doğrudan fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan, işçinin cinsel tacizden şikâyetçi olmasındaki güçlükler sebebiyle, diğer işçi ve üçüncü kişilerden gelen tacizler bakımından İK m. 24/II-d'deki *“bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa”* ifadesi yasa metninden çıkarılması daha uygun bir çözüm olacaktır; bu düzenleme sosyal gerçeklikle uyuşmamakta ve kadınların deneyimini göz ardı etmektedir. Bir diğer işçi veya üçüncü kişi tarafından taciz edilen işçi şikâyetçi olmanın getirebileceği güçlükleri göze alamayabilir. Çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere işçilerin ancak çok küçük bir bölümünün uğradıkları tacizi amirlerine bildirdikleri bilinmektedir. Mevcut yasal düzenleme karşısında, işverenin taciz olayından haberi yoksa, şikâyetçi olmaktan çekinen işçi süreli fesih yapmak ya da derhal fesih yapacak olursa usulsüz bir fesih yaptığı için işverene ihbar tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Her iki hâlde de işçi kıdem tazminatı hakkından mahrum kalacaktır. İş ilişkisinde cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçi işverene durumu bildirmeksizin, iş sözleşmesini feshetmeyi tercih edebilmeli; ancak bu durum onu kıdem tazminatı hakkından mahrum bırakmamalıdır. İK m. 24/II'de düzenlenen diğer haklı

fesih sebeplerinin tamamında işverene yüklenebilecek ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar düzenlendiğinden, bu öneri hükmün genel mantığıyla çelişkili görülebilir; ancak tacize uğrayan işçinin haklı fesih hakkını kullanabilmesi şikâyetçi olmaya ve bunun getirdiği güçlüklerle karşılaşmaya zorlamak adil bir çözüm sunmamaktadır. İşçiye işverene şikâyetinde bulunmaksızın haklı fesih hakkı tanımının getirdiği temel sonuç işçinin aynı zamanda kıdem tazminatına hak kazanması olacaktır. 1475 s. İK m. 14'teki kıdem tazminatı düzenlemesi uyarınca, işçi tarafından yaşlılık aylığı ve toptan ödeme almak amacıyla yapılan fesihlerde, kadın işçinin evlendikten sonra bir yıl içinde iş sözleşmesini feshetmesi, erkek işçinin askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesi ve işçinin ölümü hâlinde kıdem tazminatı hakkı ortaya çıkmakta ve bu hâllerin hiçbirinde işverenin kusurlu bir davranışı aranmamaktadır. Mevcut sistemde de işçiye kıdem tazminatı kazandıran sebeplerin önemli bir kısmında işverenin kusurlu bir davranışının bulunmadığı dikkate alındığında, tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini doğrudan feshederek kıdem tazminatına hak kazanması mümkün olmalıdır. Ayrımcılık tazminatı, maddi ve manevi tazminat talepleri ise işçinin haklı feshinin otomatik sonucu olmayacak, işverenin sorumluluğunun şartları doğmuşsa işverenden talep edilebilecektir.

Yürürlükteki mevzuat uyarınca cinsel veya cinsiyetçi taciz sebebiyle sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin İK m. 26/2 uyarınca maddi ve manevi tazminat talep hakkı vardır. Ancak yukarıda maddi tazminat hakkı açıklanırken işaret edildiği üzere belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin yoksun kaldığı ücretleri için maddi tazminat talep edemeyeceği kabul edilmektedir.¹¹⁸³ Bir yıldan fazla kidedi olan işçi ayrıca kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Olan hukuk açısından cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin ayrımcılık tazminatı hakkı bulunmaktaysa da taciz

¹¹⁸³ Yargıtay 9. HD. 1.11.2013, 2011/23584, 2013/27729, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.2.2022.

hâllerinde bu tazminata hükmedilmesi yönünde bir uygulama gelişmemiştir, ayrıca tazminat tutarı işçinin en fazla dört aylık çıplak ücretiyle sınırlıdır. Uygulamada işçinin iş sözleşmesi devam ederken işvereni dava etmesi ihtimal dışı olsa da cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin iş akdi devam ederken de ayrımcılık tazminatı talep edebileceği hatırlatılmalıdır. Ayrımcılık tazminatının tutarı artırılrsa ve yargı uygulaması taciz olaylarında da bu tazminatın hükmedileceği şeklinde gelişse dahi taciz sebebiyle iş ilişkisi çekilmez hâle geldiği için iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin hukuki sonuçlarının daha adil bir çözüm sağlayacak şekilde gözden geçirilmesine ihtiyaç vardır.

Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak uygun bir çözüme kaynaklık edebilir. Fransız hukukunda işçinin iş sözleşmesini işverenin kusurlu davranışları sebebiyle feshetmesi, feshin sonuçlarının işverene yüklenmesi sonucunu doğurmaktadır.¹¹⁸⁴ Fransız İş Kodu'nda işçinin işverenin kusurlu davranışları nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı (hukukumuzda işçinin haklı nedenle fesih hakkının karşılığı) yasada düzenlenmemektedir.¹¹⁸⁵ Buna karşılık yasada işçinin süreli feshi veya istifası (*démission*) ile işveren tarafından gerçekleştirilen fesihler düzenlenmektedir. Fransız Yargıtayı tarafından geliştirilen ve öğretide genel olarak kabul gören uygulamaya göre, işverenin belirli ağırlıktaki kusurlu davranışları sebebiyle işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmesi hâlinde fesih kararı işçiye ait olmakla beraber, işverenin davranışı işçiye feshe zorladığı için, olaya işverenin feshinin sonuçları bağlanmaktadır.¹¹⁸⁶ Böylece iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin feshi ve işçinin istifası şeklindeki ikili ayırım içerisinde, işçinin işverene yüklenen nedenlerle iş

¹¹⁸⁴ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 510-512.

¹¹⁸⁵ Baycık, 2011, s. 340-341, dn. 1183.

¹¹⁸⁶ Güzel, 2022, s. 2498. Baycık, 2011, s. 314-319.

sözleşmesini sona erdirmesi, işverenin feshi gibi yorumlanmaktadır.¹¹⁸⁷ Bu noktada belirtelim ki Fransız öğretisinde de işçinin feshine işverenin feshinin hukuki sonuçlarının bağlanması bunun yasal dayanağı bulunmadığı için eleştirilmiş; işverenin kusurlu davranışı karşısında işçinin istifa ile iş sözleşmesini sona erdirmesi, ancak zararlarının tazmin edilmesi önerilmiştir.¹¹⁸⁸

İşçi iş sözleşmesini istifa adı altında sona erdirmiş olsa dahi daha sonra mahkemeden istifanın hukuki nitelendirilmesinin değiştirilerek iş sözleşmesinin sona ermesine işverenin feshinin sonuçlarının uygulanmasını isteyebilmektedir,¹¹⁸⁹ ancak açık ve kesin bir istifa beyanı varsa bu imkandan yararlanmak mümkün olmamaktadır.¹¹⁹⁰ Dolayısıyla Fransız hukukunda iş sözleşmesinin işçinin istifasının sonuçlarının doğması için, işçinin hem bu yönde açık ve kesin irade beyanının olması hem de iradenin gerçek olması aranmaktadır.¹¹⁹¹ İşçi kaygı içerisinde, işverenin baskısı altında iş sözleşmesini feshetmişse veya sözleşmenin feshine işveren sebep olmuşsa işçinin istifa iradesi olmadığı sonucuna varılmaktadır. Böylece işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesi yönündeki iradesi veya gönüllülüğü ile bu yöndeki girişimi birbirinden ayrı değerlendirilmektedir.¹¹⁹² Bir başka ifadeyle işçinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönündeki girişimi ile sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarının kime isnat edileceği birbirinden ayrılmaktadır.¹¹⁹³

İşçi iş sözleşmesini sona erdirdiğinde bunun istifanın değil işverenin feshinin sonuçlarını doğurabilmesi için işverenin kusurlu davranışlarının işçinin iş sözleşmesine

¹¹⁸⁷ *Géa*, 2012, s. 148.

¹¹⁸⁸ *Waquet*, 2014, s. 97 vd.

¹¹⁸⁹ *Géa*, 2012, s. 166-167.

¹¹⁹⁰ *Pécaut-Rivolier*, 2012, s. 29 vd.

¹¹⁹¹ *Baycık*, 2011, s. 314-315.

¹¹⁹² *Géa*, 2012, s. 146, 154.

¹¹⁹³ *Pousson*, 2009, s. 285 vd.

devam etmesini beklenemez kılacak, belirli bir ağırlığa varması ayrıca yakın zamanlı olması aranmaktadır. Bu tür bir kusur ortaya konamadığı takdirde, işçinin sözleşmesini sona erdirmesi istifa sonucunu doğurur.¹¹⁹⁴ İşçinin sözleşmeyi sona erdirirken açıkladığı irade beyanı, işverene isnat edilecek bir fesih yaptığı yönünde olsa da işverenin buna yol açacak ağırlıkta bir kusuru yoksa istifanın sonuçları doğar.¹¹⁹⁵ İşçi tarafından gerçekleştirilen feshin sonuçlarının işverene yüklendiği hâllerde olayın koşullarına göre, işverenin sözleşmeyi gerçek ve ciddi nedenler olmaksızın feshetmesinin veya geçersiz feshinin sonuçları uygulama alanı bulmaktadır.¹¹⁹⁶ Olaya işverenin geçersiz feshinin sonuçları uygulansa da işçinin işe iadesini talep etme hakkı yoktur.¹¹⁹⁷ İşçi işe iade talep etmediğinde geçersiz fesih sonucunda ihbar tazminatına (*“indemnité de préavis”*), kıdem tazminatına (*“indemnité de licenciement”*) ve İş Kodu L1235-3-1 uyarınca feshin hukuka aykırılığını tazmin etmek amacıyla, hakimin serbestçe takdir edeceği en az altı aylık ücreti tutarındaki tazminata hak kazanmaktadır.¹¹⁹⁸ Aralarında cinsel tacizle bağlantılı fesihlerin de bulunduğu geçersiz fesihlerde söz konusu maddede işçinin kıdemine ve işyerindeki işçi sayısına göre belirlenen tazminat baremleri uygulanmamakta (L1235-3-1); bu baremler feshin gerçek ve ciddi bir nedene dayanmadığı hâllerde uygulanmaktadır.¹¹⁹⁹

İş ilişkisinde cinsel taciz bağlamında, tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesi hâlinde, feshin sonuçlarının işverene yüklenebileceği kabul edilmektedir.¹²⁰⁰ Önceleri iş ilişkisinde ister işverenden ister bir diğer işçi ya da işveren vekilinden

¹¹⁹⁴ Mouly, 2014, s. 821 vd.

¹¹⁹⁵ Pousson, 2009, s. 285 vd.

¹¹⁹⁶ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 510-512.

¹¹⁹⁷ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 513. Mouly, 2013, s. 647-648. ve orada incelenen Cass. Soc. 29.5.2013, no. 12-15.974.

¹¹⁹⁸ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 594.

¹¹⁹⁹ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 585-586. Radé, 2019, s. s. 283.

¹²⁰⁰ Leborgne-Ingelaere, 2019, para. 22.

kaynaklanan cinsel tacizin de aralarında bulunduğu kişilik hakları ihlali hâlinde doğrudan feshin sonuçlarının işverene isnat edilmesi sonucu doğurabileceği kabul edilirken,¹²⁰¹ Fransız Yargıtayı daha sonra 2015 yılında cinsel taciz hâllerinde feshin doğrudan işverene isnat edilemeyeceği yönünde karar vermiştir.¹²⁰² Feshin işverene isnat edebilmesi için işverenin kusurlu davranışlarının belirli bir ağırlığa ulaşması şartı taciz olaylarında da uygulanır. Tacizden haberdar olan işveren gerekli önlemleri alarak tacize son vermişse feshin sonuçları işverene isnat edilemez; burada işverenin derhal harekete geçmesi de değerlendirmede önem taşır.¹²⁰³ Bu kararda, Fransız Yargıtayı'nın daha eski tarihli içtihadının aksine işverenin gözetme borcu bir sonuç borcu olarak nitelendirilmemiştir; bu değişiklik cinsel tacizin otomatik olarak feshin işverene isnat edilmesi sonucu doğurmasından vazgeçilmesinin de temelini oluşturmuş görünmektedir.¹²⁰⁴ Cinsel taciz olaylarında da yargı uygulamasında işçinin sözleşmeyi sona erdirmesine, işverenin sözleşmeyi geçersiz olarak feshetmesinin¹²⁰⁵ veya işveren tarafından gerçekleştirilen gerçek ve ciddi nedene dayanmayan feshin sonuçları bağlanabilmektedir.¹²⁰⁶

İsviçre hukukunda iş sözleşmesini haklı nedenle İsviçre BK m. 337 uyarınca fesheden işçi, m. 337b/1 uyarınca uğradığı zararın giderilmesini talep edebilmekte; bu durumda işverenin haksız feshine ilişkin m. 337c/1-2 hükümlerinin (TBK m. 438)

¹²⁰¹ Pécaut-Rivolier, 2012, s. 29 vd.

¹²⁰² Cass. Soc. 11.3.2015, no. 13-18.603, <https://www.legifrance.gouv.fr>, Erişim Tarihi: 31.1.2023.

¹²⁰³ Mouly, 2015, s. 384 vd.

¹²⁰⁴ Fransız hukukunda işverenin işçiyi gözetme borcunun bir sonuç borcu olarak nitelendirilmesi ve daha sonra bu içtihattan dönülmesine yukarıda değinilmişti; bkz. §6-II.

¹²⁰⁵ Cour d'appel d'Angers, 25.9.2012, no. 11/01032, aktaran AVFT, 2018, s. 81. Cour d'appel de Montpellier, 11.6.2014, no. 12/06195. Cour d'appel de Versailles, 18.2.2014, no. 12/00144, kişisel arşiv. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20.4.2018, No. 16/09523. Cour d'appel de Paris, 5.4.2018, no. 16/05327, La Semaine Juridique Social no. 10, 8.3.2019, 1073 vd.

¹²⁰⁶ Cour d'appel de Toulouse, 28.9.2018, no. 17/01581. Cour d'appel de Paris, 27.4.2017, no. 15/11306 La Semaine Juridique Social no. 10, 8.3.2019, 1073 vd.

uygulanması yoluyla belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar süresinin sonuna kadar kazanacağı ücretlere; belirli süreli iş sözleşmesinde bakiye süre ücretlerine hak kazanmaktadır.¹²⁰⁷ Dolayısıyla iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçiye İsviçre hukukunda, hukukumuzda göre daha elverişli bir koruma sağlanmaktadır. Öte yandan İsviçre öğretisinde de iş sözleşmesini kişiliğini korumak için haklı nedenle feshetmek zorunda kalan işçiye, iş sözleşmesi işveren tarafından hukuka aykırı şekilde feshedilen işçiden daha az güvence sağlanmasının herhangi bir adil gerekçesi bulunmadığı ileri sürülmektedir.¹²⁰⁸ Bu görüşteki yazarlara göre, işverenin gerçekleştirdiği veya işverenin göz yummasından kaynaklanan cinsel taciz veya mobbing gibi işçinin kişilik haklarına yönelik ağır saldırılar söz konusu olduğunda iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçi bakımından işverenin haksız feshinin sonuçları uygulanmalıdır. Bu durumda işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar sürelerine ve belirli süreli iş sözleşmesinde bakiye süreye ait ücretlere ek olarak ayrıca İsviçre BK m. 337c/3'te (TBK m. 438/3) düzenlenen işçinin en fazla altı aylık ücreti tutarındaki hukukumuzda haksız fesih tazminatı olarak anılan tazminata da hak kazanmalıdır.¹²⁰⁹ Bu çözüm kabul edilmediği takdirde, söz konusu tazminatı ödemeksizin işçiyi işten çıkarmak isteyen işveren, işçiyi haklı feshe zorlayacak davranışlarda bulunabilecektir.¹²¹⁰ Uygulamada, bu çözüm yolu önceleri hem kanton mahkemeleri hem de İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilirken,¹²¹¹ daha sonra Federal Mahkeme görüş değiştirerek, iş sözleşmesini haklı

¹²⁰⁷ *Lempen*, 2006, s. 274. *Gloor*, 2013, s. 782. *Perdaems*, 2015, s. 241. İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 133 III 657, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 25.1.2023.

¹²⁰⁸ *Perdaems*, 2015, s. 234.

¹²⁰⁹ *Gloor*, 1991, s. 17. *Aubert*, 1999, s. 123. *Gloor*, 2013, s. 782. *Perdaems*, 2015, s. 247.

¹²¹⁰ *Aubert*, 1999, s. 123.

¹²¹¹ *Gloor*, 2013, s. 782-783. İsviçre Federal Mahkemesi, 1^{ère} Cour civile, 25.11.1997, no. 4P.167/1997, aktaran *Aubert*, 1999, s. 122. Vaud Kanton Mahkemesi, 16.11.81, JAR 1993, aktaran *Lempen*, 274. Cenevre İstinaf Mahkemesi, 24.6.2004, JAR 2006, s. 445 vd., www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 26.1.2023.

nedenle fesheden işçinin İBK m. 337c/3'teki tazminattan yararlanamayacağına ancak genel hükümler uyarınca manevi tazminat talep edebileceğine hükmetmiştir.¹²¹²

Ayrıca Anglosakson hukuklarında da işçinin feshinin “*constructive dismissal*” veya “*constructive discharge*” adı altında işverene yüklenmesi kurumu mevcuttur.¹²¹³ Birleşik Krallık'ta işçinin işverenin davranışları nedeniyle iş sözleşmesini derhal fesih hakkının bulunduğu hâllerde sözleşmesini süreli veya derhal feshederse sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağı yasada açıkça düzenlenmektedir.¹²¹⁴ ABD'de çalışma koşulları çekilmez hâle gelen işçinin sözleşmesini feshetmesi hâlinde buna işverenin feshinin sonuçlarının bağlanacağı Federal İstinaf Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.¹²¹⁵

Hukukumuzda işçinin işverenden gelen baskı sonucu iş sözleşmesini feshettiği durumlarda, işçinin gerçekleştirdiği feshe işverenin feshinin hukuki sonuçlarının bağlanması Yargıtay'ın bazı kararlarında kabul edilmiştir; tazminatlarının ödeneceği sözüyle işçiden istifa mektubu alınması veya önceden alınmış istifa dilekçesinin tarihlerinin işveren tarafından doldurulması bu durumun örneklerini oluşturur. Bu hâlde fesih işveren tarafından yapılmış kabul edilir ve iş güvencesinden yararlanan işçi, işe iade davası açabilir.¹²¹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2007 yılındaki bir kararında, işverenin işçiyi nakil yetkisini objektif iyi niyet kurallarına aykırı şekilde kullanması üzerine iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesini talep eden işçinin açtığı işe

¹²¹² Gloor, 2013, s. 782-783. İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 134 III 300, ATF 133 III 657, www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 25.1.2023.

¹²¹³ Perdaems, 2015, s. 234.

¹²¹⁴ Employment Rights Act, m. 136/1-c: “*Subject to the provisions of this section and sections 137 and 138, for the purposes of this Part an employee is dismissed by his employer if and only if— ... the employee terminates the contract under which he is employed with or without notice in circumstances in which he is entitled to terminate it without notice by reason of the employer's conduct.*”

¹²¹⁵ Perdaems, 2015, s. 236-237.

¹²¹⁶ Süzek, 2021, s. 589. Baycık, 2011, s. 318. Güzel, 2022, s. 496-2496.

iade davasının kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.¹²¹⁷ Buna karşılık Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2020 yılındaki bir kararında, işçinin asılsız hırsızlık suçlaması nedeniyle istifasını işçinin haklı feshi olarak nitelendirmiştir; bu karar öğretide haklı olarak işçinin asılsız suçlamadan kaynaklanan baskı ortamı nedeniyle iş sözleşmesini feshettiği, dolayısıyla işçinin iradesinin sakatlandığı ve bu nedenle sözleşmenin işveren tarafından haksız feshedildiği sonucuna varılması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹²¹⁸

22. Hukuk Dairesi, inceleme konusu olan cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından da önem arz edebilecek 2016 yılındaki bir kararında, mobbinge uğradığı için iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem ve ihbar tazminatı taleplerini kabul etmiştir: *“Davacı işçinin nitelikli ve mesleğinde tecrübeli bir çalışan olduğu sabittir. Dosya kapsamındaki delillerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, işçi uzmanlığına ve İstanbul işyerinin önemine vurgu yapılarak, işçinin Ankara’dan İstanbul’a süresiz görevlendirildiği, ancak yeni görev yerinde, tecrübesine ve işyerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev verilmeyerek pasifize edildiği, işyerinde işe yaramayan personel algısının oluşturulduğu ve bu suretle davacı işçiye, kendi isteğiyle işten ayrılmasını sağlamak amacıyla mobing uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır. Mobinge maruz kalan davacı işçi, iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu hâlde, işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı sabittir. İhbar tazminatı talebine gelince, her ne kadar fesih işçi tarafından yapılmış ise de, işverenin uyguladığı mobing sonucu işçinin iradesinin feshe yönlendirildiği sabit olduğundan, ihbar tazminatına da hak kazanılmıştır.”*¹²¹⁹ Öğretide bu karar, Türk-İsviçre hukukunda, Fransız hukukundan farklı olarak feshin sonuçlarının

¹²¹⁷ Baycık, 2011, s. 318.

¹²¹⁸ Güzel, 2022, s. 2501 ve orada yer verilen Yargıtay 22. HD. 3.2.2020, 2017/26823, 2020/1422.

¹²¹⁹ Yargıtay, 22. HD. 31.5.2016, 2015/11958, 2016/15623, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 21.1.2023.

davranışlarıyla feshe neden olan kişiye göre değil, fesih iradesini açıklayan kişiye göre belirlenmesi gerekçesiyle eleştirilmiş ve haklı fesihte ihbar tazminatına hak kazanılamayacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar sürelerine ait ücreti, belirli süreli iş sözleşmesinde ise bakiye süre ücretini İK m. 26/II uyarınca tazminat olarak talep edebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹²²⁰

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007 yılındaki kararı ve 22. Hukuk Dairesi'nin 2016 yılındaki kararlarında işverenin iş sözleşmesine aykırı davranışları nedeniyle iş sözleşmesini sona erdiren işçinin feshine işveren tarafından gerçekleştirilen feshin sonuçlarının uygulanması Fransız Yargıtayı'nın uygulamasıyla benzer niteliktedir. Öğretide, işçinin baskı, ya da maddi-manevi cebir altındaki fesih beyanına, gerçek iradesini yansıtmadığı için anlam yüklenmeyerek, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varılması gerektiği savunulmuştur.¹²²¹ Bir diğer görüş, sonuç itibarıyla işçinin iradesinin fesada uğradığı hâllerde olayda işverenin feshinin hukuki sonuçlarının uygulanmasını savunmakla beraber, bunun işverenin feshi olarak nitelendirilmesi yerine, Fransız hukukunda olduğu gibi işçinin yaptığı feshin işverene isnat edilmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹²²²

Kanımca aralarında cinsel ve cinsiyetçi tacizin de bulunduğu, ciddi hukuka aykırı davranışlarla karşılaşan işçiler iş sözleşmelerini haklı nedenle feshettiklerinde, bir yıldan fazla kıdemleri olması hâlinde kıdem tazminatı ile manevi tazminat, bir yıldan az kıdemlerinin olması hâlinde sadece manevi tazminata hak kazanmaları adil bir çözüm oluşturmaktan uzaktır. Kıdem tazminatı hakkı olmayan işçi açısından süreli fesih ve

¹²²⁰ Doğan Yenisey, 2018, s. 536-537.

¹²²¹ Baycık, 2011, s. 319.

¹²²² Güzel, 2022, s. 2498.

haklı feshin sonuçları arasında kayda değer bir fark ortaya çıkmamaktadır. Ayrıca kıdem tazminatına işverenin hiçbir kusurunun bulunmadığı pek çok hâlde hak kazanılabildiği hatırlatılmalıdır.¹²²³ Dolayısıyla kimi zaman suç dahi teşkil eden ciddi hukuka aykırılıklar, ciddiyetlerine oranla çok hafif özel hukuk yaptırımları ile karşılaşmaktadır. Bu bağlamda, baskı feshi çerçevesinde gelişmiş içtihatteki baskı kavramının, daha geniş bir anlamda ele alınmasının mümkün olduğu ve aralarında cinsel ve cinsiyetçi tacizin de bulunduğu bir ciddi hukuka aykırı davranışların işçiye sözleşmeyi feshetmesi yönünde baskı oluşturduğu kabul edilerek, işçinin feshine işverenin feshinin sonuçlarının yüklenebileceği ve bunun için mevzuat değişikliğine ihtiyaç bulunmadığı kanaatindeyim. Cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından, işçinin ayrımcılık tazminatı hakkı açıklanırken yukarıda getirilen öneriler doğrultusunda yasal değişiklik yapılması, bu davranışların mağdurlarına daha iyi bir hukuki koruma getirecekse de örneğin ayrımcılık söz konusu olmaksızın işçiye fiziksel şiddet uygulanması hâlinde işçinin ayrımcılık tazminatı alamayacağı hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla baskı feshinin anlamının genişletilmesi salt bu çalışmanın konusu olan tacizler bakımından değil, çeşitli hukuka aykırı davranışlara maruz kalan işçiler bakımından daha uygun bir hukuki koruma sağlayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini cinsel veya cinsiyetçi taciz nedeniyle haklı feshine, işverenin feshinin sonuçlarının bağlanması aynı zamanda Avrupa Sosyal Şartı'nın gereklilikleriyle de uyumlu olacaktır. Şart'ta doğrudan bu yönde bir ifade bulunmamakla beraber, Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa

¹²²³ İşçinin kıdem tazminatına hak kazandığı hâllerden yalnızca İK m. 24/II'ye dayanan hâllerde işverenin kusurlu davranışları söz konusudur. İşverenin İK m. 25/II dışındaki hâllerde yaptığı fesihlerde, işçinin yaşlılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla, askerlik sebebiyle veya kadın işçinin evlendikten sonraki bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi hâllerinde ayrıca işçinin ölümü halinde kıdem tazminatı hakkı doğmakla beraber işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinde herhangi bir kusuru bulunmamaktadır.

Sosyal Şartı'nda yer alan onurlu çalışma hakkına (m. 26) ilişkin olarak 2016 yılında yaptığı denetimde, cinsel tacizle bağlantılı olarak sözleşmeleri haksız feshedilen veya iş sözleşmelerini feshetmeleri konusunda baskı gören işçilerin işe iade hakkının güvence altına alınması gerektiğini ifade etmiştir.¹²²⁴

6. İş sözleşmesi cinsel ve cinsiyetçi taciz ile bağlantılı olarak feshedilen işçinin hakları

İş sözleşmesi cinsel veya cinsiyetçi tacizle bağlantılı olarak feshedilen işçinin hakları işçinin tabi olduğu yasaya, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasına, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa iş güvencesinden yararlanıp yararlanmamasına göre değişiklik gösterecektir. Burada tacizle bağlantılı fesih ifadesinin tercih edilmesinin nedeni, sadece tacize uğrayan işçinin değil, tacizi bildiren, tacize uğrayan işçiye destek olan veya onun lehine tanıklık eden işçilerin sözleşmelerinin misilleme olarak feshinde hakların ortak olmasıdır. Bu kısımda misilleme amacıyla gerçekleştirilen hukuka aykırı fesihlerin tüm sonuçlarıyla incelenmesi çalışmanın kapsamını aşacağından, bunların sonuçlarına yalnızca değinilecek ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak olması gereken hukuk bakımından önerilere yer verilecektir.

İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizle bağlantılı olarak hukuka aykırı feshinin sonuçlarına geçmeden önce taciz sonucu ortaya çıkabilecek bazı durumların işverenin fesih hakkına etkisine kısaca değinilecektir. Cinsel talepleri reddeden, cinsel tacizi şikâyet eden, bu konuda tanıklık eden işçilerin çalışma koşullarının misilleme amacıyla ağırlaştırılması, işyerlerinin değiştirilmesi gibi uygulamalarda işverenin bu yöndeki talimatları geçersiz olduğundan işçiler talimatlarla bağlı değildir ve talimatlara

¹²²⁴ Conclusions 2016 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

uymamalarına dayanarak iş sözleşmeleri feshedilemez.¹²²⁵ Elbette tacizle ilgili olarak şikâyet haklarını kullanan, dava açan veya açılmış davalarda tanıklık eden işçilerin sözleşmeleri de feshedilemeyecektir. Tacize uğrayan işçinin işyerindeki performansı olumsuz etkilenebilir; uğradığı taciz sebebiyle performansı düşen işçinin sözleşmesinin feshedilmesi de hukuka aykırıdır. Yasada düzenlenmiş bazı haklı fesih sebepleri de tacize uğrayan işçi bakımından farklı değerlendirilmelidir; örneğin işçi uğradığı tacizin etkisiyle tacizciye sövmüşse veya tokat atmışsa bunun haklı fesih nedeni oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere, tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir; bu hakkını kullanan işçinin işe devamsızlığı işverene haklı fesih sebebi vermez.¹²²⁶

İstanbul BAM, işveren tarafından düzenlenen alkollü iş yemeğinde cinsel tacize uğradığı yönünde işverene şikâyetle bulunmasından sonra iş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı işe iade davasında “iş yemeğinde aşırı derecede alkol almak suretiyle davranışlarını yönlendirme yeteneğini kaybeden davacının yaşadığı olumsuz olayın iş yerinde olumsuzlukları yol açtığı, işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı neden ağırlığında olmasa da geçerli nedene dayandığı” yönündeki ilk derece mahkemesi kararını isabetli olarak bozmuştur: “davacı diğer personelin alkol aldığı, davacı tarafından güvenlikten sorumlu davalı işyeri çalışanı K4 tarafından taciz edildiği iddiasında bulunulduğu, davacının bulunduğu pozisyon gerekleri gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedildiği, işyeri çalışanı K4’in olay sonrası davalı işyerinden istifa etmek suretiyle ayrıldığı, davacının alkollü olarak düzenlenen ve diğer çalışanların da alkol aldığı akşam yemeğinde alkol alması ile taciz iddiası nedeniyle işyerinde olumsuzluk yaşanması arasında doğrudan bağlantı bulunmadığı, ayrıca davacının feshi konu

¹²²⁵ Bakırcı, 2000, s. 168.

¹²²⁶ Bakırcı, 2000, s. 168-170.

olayın yaşandığı eğitim organizasyonundan tek başına sorumlu olduğunun davalı tarafından kanıtlanamadığı, feshin geçerli ve haklı nedene dayanmadığı anlaşılmakla, davacı vekilinin bu yönlerde ilişkin istinaf sebepleri yerinde olup, ilk derece mahkemesince davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, feshin geçerli nedene dayandığından bahisle davanın reddi karar verilmesi isabetli değildir.”¹²²⁷

Ayrıca tacize son vermek amacıyla müdahale eden işçi küfürlü bir ifade kullanmış da olsa bu sataşma olarak nitelendirilmemelidir. Yargıtay, bu tür bir örnekte küfreden işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğuna hükmetmiştir; karşı oy yazısında olay özetlendikten sonra sataşma amacı değil tacize son verme amacı taşıyan küfürlü sözün haklı fesih sebebi sayılmaması gerektiği isabetle ifade edilmiştir: “Davaya konu somut olayda; M. ve A. isimli çalışanların, önündeki işine eğilerek ölçü almakla meşgul olan bayan işçinin kısmen görünen göğüslerine belli bir süre, dikkatlice ve ısrarla baktıkları, davacının da sorumluluğu altındaki bir bayan işçiye etik ve ahlak dışı bakan işçilere kızarak 'Terbiyesiz adamlar, s..tirin gidin işinizin başına' dediği, anılan işçilerin özür dilemek yerine usta başları olan davacıya misliyle karşılık verdikleri, davacının tepkisinin bir haksızlığı (cinsel taciz) sonlandırma amacı taşıdığı, sataşma kastıyla hareket etmediği, haksız davranışı sona erdirdikten sonra sataşma sayılacak hiçbir söz söylemediği ve kendi işine döndüğü dosya kapsamından anlaşılmaktadır.”¹²²⁸

Belirli süreli iş sözleşmeleri ancak haklı nedenlerle feshedilebilir; cinsel ve cinsiyetçi tacizle bağlantılı fesihler haksız fesih oluşturur. Belirli süreli iş sözleşmesi haksız feshedilen işçi TBK m. 438/2 uyarınca bakiye süre ücretini tazminat olarak talep

¹²²⁷ İstanbul BAM 29. HD. 9.9.2020, 2019/66, 2020/1192, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

¹²²⁸ Yargıtay 22. HD. 25.2.2014, 2013/5723, 2014/4037, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 3.2.2022.

etme ve ayrıca TBK m. 438/3 uyarınca haksız fesih tazminatını hakkına sahiptir. Belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin sonuçları İK, BİK ve DİK'te düzenlenmediğinden bu sonuçlar her dört kanuna tabi işçiler bakımından ortaktır.

İK ve BİK'e tâbi ve iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesi cinsel veya cinsiyetçi tacizle bağlantılı olarak feshedildiğinde fesih geçersiz olacaktır. Bu durumda işçi feshin geçersizliği iddiasıyla dava açacak, feshin geçersizliği tespit edildiğinde en çok dört aylık boşta geçen süre ücretine ve yasal süresi içerisinde işverene başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı takdirde dört ila sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatına hak kazanacaktır (İK m. 21). Cinsel ve cinsiyetçi tacizle bağlantılı fesihlerde iş güvencesi tazminatının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi uygun olur. Ankara BAM kararına konu olan bir olayda, ustabaşı tarafından taciz edilen kadın işçinin iş sözleşmesi mesai saatleri içinde tacizde bulunan işçiyle yoğun telefon mesajlaşmaları yaptığı gerekçesiyle feshedilmiştir. Tacizci ustabaşının da sözleşmesi önce feshedilmiş, sonra bu işçi yeniden işe alınmış, hatta davacı tanıklarına göre bu kişi fiilen hiç işten çıkarılmamıştır. Bu olayda, Ankara BAM, feshin geçersizliğine hükmetmiş ve feshin niteliğini gözeterek iş güvencesi tazminatını altı aylık ücret olarak belirlemiştir.¹²²⁹ Hatırlatılmalıdır ki, boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatına ilişkin düzenlemeler mutlak emredici olduğundan dört aydan uzun süre işsiz kalan işçinin bu nedenle oluşan zararını işverene tazmin ettirmesi mümkün değildir.¹²³⁰

İş güvencesinden yararlanmayan işçinin iş sözleşmesinin cinsel tacizle bağlantılı olarak feshi kötü niyetli fesih oluşturur. Kötü niyetli feshin yaptırımı İK m. 17/6, DİK m. 16 ve TBK m. 434 uyarınca bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında

¹²²⁹ Ankara BAM 6. HD. 10.7.2018, 690/1756, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 11.12.2022.

¹²³⁰ Yargıtay 9. HD. 13.4.2010, 2008/29930, 2010/10301, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 3.2.2022.

tazminattır. TBK m. 434 hükmü, kötü niyetli feshin yaptırımının düzenlenmediği BİK'e tabi işçiler bakımından genel hüküm niteliğinde olduğundan uygulanmalıdır.¹²³¹

Cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçi, yukarıda sayılan hakların yanında, bu tacizler aynı zamanda ayrımcılık oluşturduğu ve yapılan fesih ayrımcı olduğu için ayrımcılık tazminatı hakkına sahiptir. Buna karşılık, kendisi tacize uğramamış işçinin, açılan davada tanıklık etmesi, tacize uğrayan işçiyi desteklemesi veya işyerindeki taciz olaylarına karşı çıkması gibi hâllerde fesih hukuka aykırı olmakla beraber, bir ayrımcılık temeline dayanmadığı için ayrımcılık tazminatı hakkı bulunduğu sonucuna varmak mümkün değildir.

Deneme süresi içerisinde taraflar iş sözleşmelerini serbestçe bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshetme hakkına sahip olmakla beraber, tacize uğrayan işçinin sözleşmesinin feshi bakımından farklı bir sonuca varmak gerekir. Cinsel ve cinsiyetçi taciz aynı zamanda bir ayrımcılık oluşturur. Ayrımcılık yasağı mutlak bir etkiye sahip olduğu için deneme süresi içerisinde ayrımcı feshe maruz kalan işçinin tazminat hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerekir.¹²³² Zira Yargıtay da deneme süresi içerisinde sendikal feshe maruz kalan işçinin sendikal tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir.¹²³³ Bu doğrultuda diğer ayrımcı fesihler bakımından da aynı sonuca varmak gerekir. Ayrıca öğretide bir görüşe göre, deneme süresi içerisinde fesih hakkının kötüye kullanılması, örneğin işçinin hamileliği nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, deneme süresine ilişkin hükümlerin kötüye kullanıldığından deneme süresine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacak işçi ihbar tazminatına ve kötü niyet

¹²³¹ Bakırcı, 2012, s. 526.

¹²³² Bakırcı, 2012, s. 525.

¹²³³ Süzek, 2021, s. 269. Yargıtay 9. HD. 11.05.2009, 15921/13019, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 27.1.2023.

tazminatına da hak kazanacaktır.¹²³⁴ Bu hâlde kendisi tacize uğramamakla beraber, tacizle bağlantılı şekilde misilleme amacıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar ve kötü niyet tazminatı hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Fransız İş Kodu'nda deneme süresinin amacının işveren bakımından işçinin yetkinliklerini, özellikle deneyimini değerlendirmesini sağlamak, işçi bakımından da işin kendisine uygunluğunu değerlendirmek olduğu açıkça düzenlenmiştir (L1221-20). Hükümde yer alan sebepler, işverenin iş sözleşmesini feshedebileceği sebepleri de sınırlamaktadır.¹²³⁵ Fransız Yargıtayı da bu doğrultuda, cinsel taciz davranışlarını reddeden işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini geçersiz sayan ve işe iadesine karar veren bir istinaf kararını onamıştır.¹²³⁶

Yukarıda açıklandığı üzere, tacize uğramış ve aynı ayrımcı saikle iş sözleşmesi feshedilmiş işçilerin hakları birbirinden büyük farklılıklar göstermektedir. İş güvencesine tabi olduğu için feshin geçersizliğini tespit ettirerek işe iade hakkı olan işçiler göreceli olarak daha güçlü bir korumadan yararlanmakla beraber, hukukumuzda feshin geçersizliği kendine özgü şekilde düzenlenmiştir. Bunun sonucunda işçinin boşta geçen süreye ait tüm zararı karşılanmadığı gibi işveren tarafından işe başlatılmadığı hâlde işveren temerrüde düşmemekte yalnızca iş güvencesi tazminatı ödemesi gerekmektedir.¹²³⁷

Öğretide bir görüşe göre, 111 ve 158 sayılı ILO Sözleşmelerinin birlikte yorumlanması, ayrımcı feshe maruz kalan tüm işçilerin iş güvencesinden yararlandırılmasını gerektirir.¹²³⁸ Bir diğer görüş, sendikal ayrımcılıklarda STİSK m. 25

¹²³⁴ *Laçiner*, 2012, s. 360.

¹²³⁵ *Auzero – Baugard – Dockès*, 2018, s. 300.

¹²³⁶ Cass Soc. 25.5.2018, no. 16-26.847, kişisel arşiv.

¹²³⁷ *Süzek*, 2021, s. 648.

¹²³⁸ *Bakırcı*, 2012, s. 539.

düzenlemesinin tabi olduğu yasa fark etmeksizin tüm işçileri kapsamından yola çıkmakta ve sendikal neden dışındaki ayrımcılıklara karşı sağlanan korumanın işçinin tabi olduğu yasaya göre değişiklik göstermesinin eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığını ifade etmektedir.¹²³⁹ Ayrımcılık oluşturan cinsel ve cinsiyetçi tacizlere karşı korumanın en azından sendikal ayrımcılığa karşı korumadaki rejimle aynı şekilde düzenlenmesi gerekir. Buna göre STİSK m. 25'te olduğu gibi, işçinin tabi olduğu yasaya ve iş güvencesi şartlarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın ayrımcı feshе maruz kalan tüm işçilerin işe iade davası açma hakkının bulunması ve ayrımcılık tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında düzenlenmesi uygun olur. Ancak bundan daha ileri bir koruma, ayrımcı feshin mutlak geçersiz olduğu kabul edilerek sağlanabilir. Üstelik işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haksız feshinin yaptırımı mutlak geçersizlik olarak düzenlendiğinden hukukumuz bu kuruma yabancı değildir (STİSK m. 24).¹²⁴⁰

Fransız İş Kodu'nda feshin cinsel tacize dayanan fesihler ile ayrımcı fesihler dahil olmak üzere çeşitli hâllerde feshin mutlak geçersiz olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca yasada açık hüküm bulunmamakla beraber temel haklara veya kamu düzenine aykırılık oluşturan feshin yaptırımının mutlak geçersizlik olduğu Fransız Yargıtayı tarafından kabul edilmektedir.¹²⁴¹ İş Kodu'nun L1153-3 hükmü uyarınca taciz bağlamında sadece kendisi tacize uğrayan veya cinsel istekleri reddeden işçinin değil, iyi niyetle taciz konusunda tanıklık eden işçinin iş sözleşmesinin feshi de mutlak geçersizdir. Yasada yer alan korumadan yararlanan veya iş sözleşmeleri temel haklara

¹²³⁹ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 205-206.

¹²⁴⁰ Süzek, 2021, s. 648.

¹²⁴¹ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 589-591. Örneğin, hak arama özgürlüğü bir temel hak olarak değerlendirildiği için işvereni şikâyet etmiş işçilerin iş sözleşmelerinin feshi geçersiz sayılmaktadır. Mouly, 2013, s. 415 vd. ve orada yer verilen Cass. Soc. 6.2.2013, no. 11-11.740.

aykırı şekilde feshedilen işçinin iş güvencesi şartlarını taşıyıp taşıyamaması feshin mutlak geçersiz sayılmasında etkili değildir.¹²⁴²

Fransız hukukunda feshin mutlak geçersiz sayılması sonucunda, işçinin boşta geçen süreye ait gelir kaybının tamamının tazmini gerekir. Burada işçinin elde edeceği tazminattan başka bir işte çalışarak veya sosyal güvenlik ödemelerinden kazandığı gelirler indirilmekle beraber, Fransız Yargıtayı temel haklara aykırı fesihlerde bu indirimlerin yapılmayacağına hükmetmektedir. Ayrıca yasanın L1235-3-1 maddesinde işçinin en az altı aylık ücreti tutarında bir tazminat öngörülmüştür. Bu tazminata işçinin işe iadesinin mümkün olmaması veya işe iade talep etmemesi hâlinde hükmedilir. İşçi işe iade talep etmediğinde, ayrıca kıdem ve ihbar tazminatına da hak kazanır.¹²⁴³ Aralarında cinsel ve cinsiyetçi tacize dayanan fesihlerin de bulunduğu mutlak geçersiz sayılan fesihlerde tazminatların belirlenmesinde işyerinde çalışan işçi sayısı ve işçinin kıdemine göre düzenlenmiş baremlerin (m. L1235-3) uygulanmayacağı hatırlatılmalıdır.¹²⁴⁴

İsviçre hukukunda, Federal Eşitlik Yasası'nın 10. maddesinde işçinin misillemelerden korunmasına karşı özel bir güvence düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre iyi niyetli olarak işyerindeki amirine veya yetkili organa şikâyetle bulunması üzerine iş sözleşmesinin feshi hâlinde işverenin makul (*justifié*) bir fesih sebebi yoksa yargıç feshin iptaline karar verecektir. Söz konusu koruma işçinin şikâyetle bulunmasından sonra, işyeri içerisindeki uzlaştırma süreçleri veya yargıya başvurduysa yargılama süreci boyunca devam etmekte; sürecin tamamlanmasından sonra ek olarak altı ay sürmektedir. Feshin iptal edilmesi geçmişe etkilidir ve işverenin temerrüdü

¹²⁴² Ugan Çatalkaya, 2019, s. 206.

¹²⁴³ Auzero – Baugard – Dockès, 2018, s. 593-594.

¹²⁴⁴ Radé, 2019, s. 283.

hükümleri uygulanır. Yargıcın dava sırasında işçinin tedbir olarak işe iade edilmesine karar vermesi mümkündür. Federal Eşitlik Yasası'nın 10. maddesinden yararlanan işçinin İsviçre BK'ya dayanan kötü niyetli ve haksız fesih tazminatları ve Federal Eşitlik Yasası'nın m. 5/3 hükmüne dayanan cinsel tacizden kaynaklanan tazminat hakları saklıdır.¹²⁴⁵ Misilleme hâlinde yasada belirtilen koşullarda işe iade imkanının tanınması normalde bu imkana yer vermeyen İsviçre iş hukuku bakımından bir yenilik niteliğindedir.¹²⁴⁶

Öğretide hukukumuzda Fransız hukukundakine benzer şekilde, tüm işçiler bakımından ayrımcı fesihlere mutlak geçersizlik yaptırımını uygulanacağını pozitif hukukta düzenlenmesi gerektiği; ancak bu tür bir düzenleme olmasa dahi Fransız Yargıtayı'nın temel hak ve özgürlüklere aykırı fesihlere mutlak geçersizlik yaptırımını bağlamasında olduğu gibi pozitif düzenleme olmasa dahi aynı sonuca varılabileceği ileri sürülmüştür.¹²⁴⁷ Karşı görüşe göre, mutlak geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi yasada ancak başka bir yaptırım öngörülmemiş olması hâlinde mümkün olduğu ve hukukumuzda iş sözleşmesinin kötü niyetli veya geçersiz feshinin yaptırımları yasada düzenlendiği için ayrımcı fesihlere mutlak geçersizlik yaptırımını uygulanamaz.¹²⁴⁸ Fransız Medeni Kanunu'nda hakimin hukuk yaratma yetkisinin dahi düzenlenmediği ve Fransız İş Kodu'nun çok daha ayrıntılı düzenlemelerle yoruma daha az yer bırakan yapısı dikkate alındığında ülkemizde yargıçlar, ilk görüş doğrultusunda bir sonuca varmakta daha büyük bir serbesti içerisinde. Hem ayrımcı hem temel hak ve özgürlüklere aykırı fesihler bakımından mutlak geçersizlik yaptırımını uygulanmasının gerekli ve mümkün olduğu kanaatindeyim. Yukarıda da ifade edildiği üzere Avrupa

¹²⁴⁵ Aubert, 2011b, s. 224-233.

¹²⁴⁶ Lempen, 2006, s. 271.

¹²⁴⁷ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 207-208. Heper, 2022, s. 154-155.

¹²⁴⁸ Süzek, 2021, s. 489-490.

Sosyal Haklar Komitesi'ne göre cinsel tacizle bağlantılı olarak sözleşmeleri haksız feshedilen işçilerin işe iade hakkının güvence altına alınması gerekmektedir.¹²⁴⁹ Tüm işçileri kapsar şekilde tacizle bağlantılı fesihlere mutlak geçersizlik yaptırımının uygulanması Komite'nin Türkiye'ye yönelik denetiminde yaptığı değerlendirmeye de uyumlu olacaktır.

7. Sosyal güvenlik hakları

Sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (SSGSSK) 13. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre: *"İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle (...) c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır."* Bu tanım karşısında, yasada yer alan koşullar altında cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçinin ruhen ya da bedenen zarar görmesi iş kazası olarak kabul edilmelidir.¹²⁵⁰

Cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan sigortalının bu nedenle iş göremezliği doğduğunda geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik geliri hakkı vardır (SSGSSK m. 16/1-a ve b). İş kazası ve meslek hastalığına uğrayan sigortalının bu gelir

¹²⁴⁹ Conclusions 2016 - Turkey - Article 26-1, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/TUR/26/1/EN>. Erişim Tarihi: 4.2.2021.

¹²⁵⁰ Bakırcı, 2000, s. 175.

ve ödeneklere hak kazanmak için bir bekleme süresini doldurmuş olması gerekmez (SSGSSK 18/1-a, m. 19). Dolayısıyla işe başladığı gün de tacize uğramış olsa iş göremezliği ortaya çıkarsa bu gelir ve ödeneklere hak kazanır. Cinsel taciz veya cinsiyetçi taciz nedeniyle iş göremez hâle gelen sigortalıya SGK tarafından yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu almış olması kaydıyla iş göremezliği süresince her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir (SSGSSK m. 18/1-a). Sigortalının cinsel ve cinsiyetçi taciz sonucunda meslekte kazanma gücünü en az %10 oranında kaybettiğinin SGK Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi hâlinde sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanacaktır (SSGSSK m. 19/1). Ayrıca en az 10 yıldır sigortalı olup 1800 gün uzun vadeli sigorta kolları primi ödeyen ve çalışma gücünü en az %60 oranında kaybetmiş sigortalı malullük aylığına hak kazanacaktır (SSGSSK m. 25-26).

SSGSSK m. 21’de iş kazası ve meslek hastalığı bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre iş kazası ve meslek hastalığı işverenin kastı veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı davranışı sonucunda meydana gelmişse, sigortalıya yapılmış ve ileride yapılması gereken ödemeler ve bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri toplamı işverene rücu edilir. Cinsel ve cinsiyetçi taciz bağlamında tacizin işverenden gelmesi hâlinde, SGK bu düzenleme uyarınca ödeme ve gelirleri işverene rücu edecektir; zira burada işverenin kastı olduğu açıktır.¹²⁵¹ Ayrıca taciz bir diğer işçi veya üçüncü kişilerden kaynaklarsa, olaydan haberdar olduğu hâlde önlem almayarak taciz olaylarına göz yuman işveren mevzuata aykırı davrandığı için yine işverene rücu mümkündür. Maddenin 4. fıkrasına göre: “İş kazası (...) üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya (...) yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı

¹²⁵¹ Bakırcı, 2000, s. 176.

tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.” Dolayısıyla tacizde bulunan işçi, işveren vekili veya işyeri dışındaki üçüncü kişilere de bu hüküm uyarınca rücu gerçekleştirilecektir.¹²⁵²

İş sözleşmesini İK m. 24 uyarınca cinsel veya cinsiyetçi taciz sebebiyle haklı fesheden işçi ile iş sözleşmesi cinsel veya cinsiyetçi tacizle bağlantılı olarak haksız feshedilen işçi, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’ndaki (İSK) diğer şartları taşıması hâlinde işsizlik sigortasından yararlanabilir.¹²⁵³ İSK’da haksız fesih hâlinde işsizlik ödeneğinin işverene rücu edilmesine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Fransız hukukunda, aralarında cinsel ve psikolojik tacizlerle bağlantılı fesihlerin de yer aldığı bazı haksız fesih hâllerinde yargıç işverenin işçiye yapılan işsizlik sigortası ödemelerinin altı aylık kısmının işveren tarafından karşılanmasına karar vermektedir (İş Kodu L. 1235-4). Fransız yasa koyucu böylece işverenin gerçekleştirdiği haksız feshin sosyal sigortalar anlamındaki maliyetine katlanmasını sağlamaktadır.¹²⁵⁴

8. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na başvuruda bulunmak

Yukarıda cinsel ve cinsiyetçi tacizle bağlantılı düzenlenmelerin hangi yasa kapsamında yapılmasının uygun olacağı tartışılırken TİHEK’e başvuru koşullarıyla ve

¹²⁵² Fıkradaki üçüncü kişi sigortalı ve işvereni dışında kalan ve zarara neden olan herkesi kapsar bir ifadedir. *Güzel – Okur – Caniklioğlu*, 2021, s. 458. “Zararlandırıcı sigorta olayında; devlet adına sosyal güvenlik kanunlarını uygulamakla görevli Sosyal Güvenlik Kurumu birinci kişi, risklerin gerçekleşmesi halinde sigortalının ya da hak sahiplerinin Kurumdan yardım görmesi için primleri ödeyen işveren ikinci kişi konumundadır. Bunun dışında kalanlar ise üçüncü kişi olarak tanımlanmaktadır.” Yargıtay 10. HD. 24.8.2015, 6025/8000, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 28.1.2023.

¹²⁵³ Yasada sözleşmenin haksız feshi hâlinde işsizlik sigortasından yararlanılacağı açıkça düzenlenmemişse de sigortalı haksız fesih hâlinde de işsizlik ödeneğine hak kazanır. Yarg. 9. HD. 18.3.2010, 2009/50182, 2010/7263, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 30.1.2023. *Bal Bektaş*, 2020, s. 566.

¹²⁵⁴ *Leborgne-Ingelaere*, 2016, para. 3.

bu başvuru yolunun sınırlı etkisi ile ilgili de bilgi verildiğinden burada tekrara düşmemek adına başvuru koşulları kısaca hatırlatılacaktır.¹²⁵⁵ İş sözleşmeleri görüşmelerinden başlayarak iş ilişkisinde cinsel veya cinsiyetçi tacize uğramış işçinin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna başvuru hakkı bulunmaktadır. Zira bu tacizler yasada sınırlı olarak sayılarak yasaklanan ayrımcılık temellerinden cinsiyete dayalı olarak gerçekleştirilmeleri sebebiyle yasa kapsamındadır (m. 2/1-j, m. 3/2). TİHEKK m. 6/1-2'ye göre iş ilişkisinde ayrımcılık yasağı iş sözleşmesinin kurulması aşamasından başlamaktadır. Kurum gerçekleştirdiği incelemede ayrımcılık yasaklarının ihlal edildiğine dair tespit kararı vermekte ve idari para cezası uygulayabilmektedir (m. 17/7). TİHEK'in ayrımcı uygulamaya son verilmesine veya mağdura tazminat ödenmesine karar verme yetkisi bulunmamaktadır.¹²⁵⁶

TİHEKK m. 17/5 uyarınca: *“4857 sayılı Kanunun 5inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir.”* Bu hükümde kastedilen şikâyet usullerinin, ne olduğu belirsizlik içermektedir; zira İK m. 91/2'de işçinin ÇSGB Bölge Müdürlüklerinde şikâyetle bulunabileceğine dair düzenleme daha sonra değiştirilmiştir.¹²⁵⁷ TİHEKK Uygulama Yönetmeliği m. 45/1-c uyarınca dava konusu olmuş başvurular işleme konulmadığından m. 17/5'te kastedilenin dava açmak olmadığı açıktır.¹²⁵⁸

TİHEK'in yaptığı inceleme sonucunda sadece idari para cezası verebildiği dikkate alındığında, iş ilişkisi ve devamında tacize uğrayan işçinin Kuruma başvurmak yerine

¹²⁵⁵ Bkz. yukarıda §5-I-1.

¹²⁵⁶ Demir, 2021, s. 123.

¹²⁵⁷ Ünal, 2018, s. 505-508.

¹²⁵⁸ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG No. 30250, 14.11.2017.

dava yolunu tercih etmesi daha yararlı bir yöntem olarak görünmektedir. İş ilişkisinin kurulması aşamasında bir götürü tazminat yaptırımı İK'da düzenlenmediğinden iş görüşmeleri sırasında tacize uğrayan işçinin TİHEK'e başvurusunda fayda olabilir.

TİHEKK m. 17/2 uyarınca: *“İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir.”* İş ilişkisi veya görüşmeleri sırasında cinsel veya cinsiyetçi tacize uğrayan işçi bakımından bu hüküm anlam ifade etmemektedir; zira tacizin geri alınması veya düzeltilmesi mümkün değildir.

Başvuru üzerine TİHEK'in yapacağı ihlal incelemelerinin usulü yasanın 18 ve 19. maddelerinde düzenlenmektedir. TİHEKK m. 18/3 uyarınca TİHEK başkanının tarafları uzlaştırmaya davet etme yetkisi mevcuttur. Başvuru uzlaştırmayla sonuçlanmadığı takdirde Kurul, ihlal bulunup bulunmadığı konusunda karar verecektir (m. 18/4).

TİHEK'e yapılan başvurular yönünden ispat, yasanın 21. maddesinde düzenlenmektedir: *“Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.”* Yasanın 4. maddesinde tacize bir ayrımcılık türü olarak yer verildiğinden cinsel ve cinsiyetçi tacizler bakımından bu ispat kuralının uygulanması gerekir.

TİHEK ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde yasanın m. 25/1 hükmü uyarınca *“ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on*

beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası” verme yetkisine sahiptir. TİHEK m. 25/1 düzenlemesine göre cezanın belirlenmesinde ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınmaktadır. Maddenin 4. fıkrasına göre: “Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz.” Bu cezaların caydırıcılıktan uzak olduğu öğretide isabetle ifade edilmiştir.¹²⁵⁹

II. Cinsel ve cinsiyetçi tacizde işçi karşısındaki sorumlular

1. Tacizin işveren veya tüzel kişi işverenin organı tarafından gerçekleştirilmesi

Cinsel veya cinsiyetçi taciz fiilini bizzat işverenin gerçekleştirmesi durumunda, maddi ve manevi zararın tazmini bakımından haksız fiil veya sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidilebilir.¹²⁶⁰ Burada sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu yarışır.¹²⁶¹ Kural olarak sözleşme sorumluluğu hükümlerine gitmek işçi için zamanaşımı ve ispat yönünden daha elverişlidir. Zira TBK m. 50 uyarınca haksız fiilde zarar gören (işçi) zararını ve zarar verenin (işverenin) kusurunu ispat yükü altındadır; buna karşılık sözleşmeye aykırılık hâlinde TBK m. 112 uyarınca borçlunun (işverenin) kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekecektir. Ayrıca sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta maddi ve manevi tazminat talepleri 10 yılda zamanaşımına uğrarken (TBK m. 146), haksız fiilde TBK m. 72 uyarınca: “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her

¹²⁵⁹ Ünal, 2018, s. 510.

¹²⁶⁰ Bakırcı, 2000, s. 137. Lempen, 2006, s. 245. Wyler, 2012, s. 665. Dunand, 2013, s. 296.

¹²⁶¹ Wyler, 2012, s. 665. Dunand, 2013, s. 297.

*hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”*¹²⁶²

Ancak TBK m. 72/2 uyarınca ceza zamanaşımının daha uzun olduğu hâllerde tazminat taleplerinin de ceza zamanaşımına tabi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu çalışma anlamında cinsel taciz olarak anılan fiillerin, TCK anlamında cinsel saldırı olarak gerçekleştiği durumlarda ceza zamanaşımı süresinin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluktaki 10 yıllık zamanaşımı süresini geçtiği hâller ortaya çıkabilecektir.¹²⁶³ Ancak bu hâlde, ceza zamanaşımını sadece suç teşkil eden fiili işleyen bakımından işler; dolayısıyla işverenin tazminat sorumluluğu bulunmakla beraber bu aşağıda görüleceği üzere ifa yardımcısının fiilinden (TBK m. 116) sorumluluğa veya adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna (TBK m. 66) dayanıyorsa işveren açısından ceza zamanaşımı uygulanmaz.¹²⁶⁴

Taciz fiilini tüzel kişi işverenin bir organının gerçekleştirilmesi hâlinde, organın fiilinden TMK m. 50 uyarınca doğrudan tüzel kişi işveren sorumlu olacaktır. Burada TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu veya TBK m. 116 uyarınca adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilmesine yer yoktur. TMK m. 50

¹²⁶² Oğuzman – Öz, 2012a, s. 479-480. Ünal, 2013, s. 49.

¹²⁶³ TBK m. 72/2’de kastedilen ceza zamanaşımı süreleri TCK m. 66’da düzenlenen dava zamanaşımı süreleridir. Ceza zamanaşımı süresi, hem iki hem on yıllık sürelerin yerine geçebilmektedir, Oğuzman – Öz, 2012b, s. 74. TCK m. 66/1-d’ye göre “Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl”lık dava zamanaşımı süresi uygulanır. TCK m. 66/3’e göre “Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.” TCK m. 66/4’e göre: “Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.” TCK m. 102 1-2 “1- Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. 2- Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.” TCK m. 102/3 uyarınca suçun hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi hâlinde cezalar yarı oranında artırılacaktır. Dolayısıyla TCK m. 102/1-2’ye giren fiiller iş ilişkisinde gerçekleştirildiğinde 15 yıllık dava zamanaşımı süresi ortaya çıkacaktır. Ceza zamanaşımı süresi suç teşkil eden fiilin işlenmesiyle başlar, Oğuzman – Öz, 2012, s. 74

¹²⁶⁴ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 75.

düzenlemesi söz konusu TBK hükümleriyle yarışmaz.¹²⁶⁵ Örneğin tüzel kişi işverenin iş hukuku anlamında somut işveren niteliğindeki Murahhas Yönetim Kurulu üyesinin bir işçiyi taciz etmesi hâlinde sorumluluk doğrudan tüzen kişiye ait olacaktır. TMK m. 50/3 uyarınca, organ kusurundan dolayı ayrıca kişisel olarak da sorumludur.

2. Tacizin işveren dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilmesi

Tacizin bir işveren vekili, bir diğer işçi ya da müşteri gibi işçi ile sözleşme ilişkisi bulunmayan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ilk bakışta bu kişilerin sorumluluğunun ancak haksız fiil hükümlerine göre söz konusu olabileceği düşünülebilir. Yukarıda işverenin müşterisi gibi üçüncü kişiler bakımından ifade edildiği üzere, bir müşterinin, işverenin işçisini taciz etmesi koruma yükümlülüklerinin ihlali olarak nitelendirilebilir.¹²⁶⁶ Aynı sonuca işveren vekili gibi ifa yardımcıları ve işverenin diğer işçileri bakımından da varılabilir. Koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri kapsamı, borç ilişkilerinin nispiliğinin bir istisnasını oluşturmaktadır; borç ilişkisi alacaklı (işveren) ve borçlusu (işverenin sözleşme ilişkisinde bulunduğu kişi) dışındaki kişileri etkilediğinde üçüncü kişiler (işçi) taraflar arasında kabul edilen koruma yükümlülüklerine ihtiyaç duyarlar. Bunun temel sonucu, bu sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin (işçinin) borç ilişkisi sebebiyle gördükleri zararları haksız fiil değil, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin ettirebilmelerinde ortaya çıkar.¹²⁶⁷ İşverenle sözleşme ilişkisi içindeki bu kişilerin işçiyi taciz etmeleri hâlinde de aynı sonuca varılmalıdır.¹²⁶⁸ Aşağıda işçinin

¹²⁶⁵ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 141. Wyler – Heinzer, 2014, s. 315. Wyler, 2012, s. 667.

¹²⁶⁶ Bkz. yukarıda §6-III-4.

¹²⁶⁷ Atamer, 1996, s. 106-107. Başbuğ, 1998, s. 65-67.

¹²⁶⁸ Öğretide işçilerin bir diğer işçiye mobbing uygulaması hâlinde aynı sonuca varılmıştır; Ünal, 2013, s. 53.

işveren vekili ve diğer ifa yardımcıları, diğer işçiler ve müşteri kişiler tarafından tacizi edilmesi hâlinde işverenin sorumluluğunun kaynağı incelenecektir.

a. *İşveren vekili veya ifa yardımcısı*

TBK m. 116 uyarınca “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*” İsviçre hukukunda işveren vekillerinin ve ifa yardımcısı sayılan ancak işyerine dışarıdan gelen kişilerin işçilere karşı gerçekleştirdiği fiillerden işverenin İsviçre BK m. 101 (TBK m. 116) uyarınca sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda ifa yardımcısının sözleşmenin ifasında işverenin bilgisi ve rızası dâhilinde hareket eden bir kişi olması gerekir; işveren ile arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunması aranmaz. İsviçre BK m. 101 ve TBK m. 116 anlamında sorumlulukta işverenin gerçek bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Bu hüküm uyarınca işveren yalnızca borcunu kendisi yerine getirseydi kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.¹²⁶⁹ Dolayısıyla işveren gerekli her türlü önlemi aldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamamakta, bu yönüyle işverenin sorumluluğu Fransız hukukunda yukarıda da yer verdiğimiz gözetme borcunun bir sonuç borcu olarak nitelendirilmesine yaklaşmaktadır.¹²⁷⁰

İnceleme konusu bağlamında, İsviçre hukukunda işveren vekillerinin gerçekleştirdiği cinsel taciz, mobbing gibi kişilik haklarını ihlal eden fiillerden işverenin

¹²⁶⁹ Oğuzman – Öz, 2012a, s. 460-463, 469. Reisoğlu, 2013, 361-364. Wyler, 2012, s. 669-671. Dunand, 2013, s. 304. Dunand – Tornare, 2015, s. 63-64.

¹²⁷⁰ Dunand, 2013, s. 305-306. Dunand – Tornare, 2015, s. 65.

İsviçre BK m. 101 uyarınca sorumluluğu doğmaktadır.¹²⁷¹ İfa yardımcısının fiilinden sorumluluk doğması için bunun sadece ifa sırasında işlenmesi yeterli olmaz; bunun aynı zamanda ifayla ilgili olması ve borca aykırılık teşkil etmesi gerekir.¹²⁷² İşveren vekillerinin işçilerin kişiliğine zarar veren davranışlarının borcun ifasıyla ilgisi tartışılabilir; ancak burada ifayla ilgililik geniş yorumlanmalıdır.¹²⁷³ Burada işveren aynı zamanda, işveren vekillerine gözetme borcunun yerine getirilmesini de devretmektedir.¹²⁷⁴ İşverenin ifa yardımcısının gerçekleştirdiği tacizden sorumlu olması için olaydan haberdar olması veya mağdurun şikâyetçi olması aranmaz. İfa yardımcısının çalışma saatleri dışındaki fiilinden de işveren aynı şekilde sorumlu olacaktır.¹²⁷⁵ Ayrıca, işveren vekiline tacizin önlenmesine veya yaptırım uygulanmasına ilişkin bir yetki devretmişse, bunun kötü ifasından da aynı İsviçre BK m. 101 uyarınca sorumlu olacaktır.¹²⁷⁶

Hukukumuz bakımından İsviçre hukukundakiyle aynı yönde değerlendirme yapılması mümkündür; işveren vekilleri TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı sayılırlar ve işverenin bu kişilerin mobbing gibi kişilik haklarına aykırı fiillerinden sorumluluğu bu maddeye göre ortaya çıkar.¹²⁷⁷ Psikolojik taciz bakımından ileri sürüldüğü gibi, TBK m. 417/1'in açık hükmü karşısında cinsel ve cinsiyetçi tacizin de işverenin bilgi ve isteği dışında devreye giren borca yabancı bir risk olduğu söylenemez.¹²⁷⁸ Buna karşılık hukukumuzda bir diğer görüşe göre; İK m. 2/4 uyarınca işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumlu olduğu için TBK

¹²⁷¹ Lempen, 2006, s. 252. Caruzzo, 2009, s. 289. Wyler, 2012, s. 670.

¹²⁷² Oğuzman – Öz, 2012a, s. 467. Wyler, 2012, s. 669.

¹²⁷³ Lempen, 2006, s. 254.

¹²⁷⁴ Lempen, 2006, s. 251.

¹²⁷⁵ Gloor, 1991, s. 14.

¹²⁷⁶ Lempen, 2006, s. 252.

¹²⁷⁷ Ünal, 2013, s. 54-55.

¹²⁷⁸ Ünal, 2013, s. 54.

m. 116 uygulanmaksızın işveren vekilleri tarafından gerçekleştirilen taciz fiillerinde işverenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.¹²⁷⁹

İşveren vekili sıfatı taşımayan ve işyeri dışından gelen ifa yardımcısı niteliğindeki kişilerin gerçekleştirdiği tacizler bakımından işverenin TBK m. 116 uyarınca sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin, işverenin hizmet aldığı ortak sağlık güvenlik biriminden gelen iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi gibi kişilerden kaynaklanan tacizlerde TBK m. 116 işletilmelidir.

b. İşverenin bir diğer işçisi

İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe göre, işveren vekili sıfatı taşımayan bir işçinin bir diğer işçiyi taciz etmesi hâlinde işverenin sorumluluğu işverenin ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğuna (İsviçre BK m. 101, TBK m. 116) dayandırılmalıdır. Bu görüşü savunanlara göre işveren işçiyi gözetme borcunu ancak bu borcu her bir işçiye devrederek tam anlamıyla gerçekleştirebilir. Ayrıca işyerinde cinsel tacizle ilgili yönergelerde işçilerin diğer işçilere saygılı davranması gerektiğine dair düzenlemeler de yer alabilmekte; hatta bazı hâllerde işçinin tanık olduğu tacize müdahale etme görevi olabilmektedir. Bu tip düzenlemeler de işçinin bir diğer işçiyi taciz etmesinin ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk kapsamında değerlendirilmesinin dayanağı olarak gösterilmektedir.¹²⁸⁰ Bu görüşe karşılık, işverenin işçilerinden diğer işçilerin kişiliklerine saygı göstermelerini istemesinin gözetme borcunun devri anlamına değil, yönetim hakkı kapsamında işçilere talimat vermek anlamına geldiği kanımca isabetli olarak ileri sürülmektedir.¹²⁸¹ Aynı hiyerarşik seviyedeki işçiler arasında

¹²⁷⁹ Bakırcı, 2000, s. 163.

¹²⁸⁰ Lempen, 2006, s. 253.

¹²⁸¹ Aubert, 2011a, s. 138.

gerçekleşen tacizlerde işverenin sorumluluğunun TBK m. 116'ya dayandırılması mümkün değildir.¹²⁸²

İşverenin bir işçinin diğerini taciz etmesinden TBK m. 116 anlamında sorumlu olmaması, hiç sorumluluğunun doğmayacağı anlamına gelmez. İşverenin sorumluluğu sözleşmeye aykırı kendi kusurlu davranışına (TBK m. 112, m. 417) veya adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna dayanabilir (TBK m. 66). Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur ve tacize uğrayan işçi zararının tazminini bu iki sorumluluk türünden birine göre talep edebilir.¹²⁸³

Öğretiye göre, işverenin bir işçinin diğer işçiyi taciz etmesi hâlinde tazminat sorumluluğunun doğması için, işverenin taciz olayını bilmesi ve buna rağmen davranışlara son vermemiş olması gerekir. İşveren, davranışlara son verdiyse sorumluluğu doğmayacaktır.¹²⁸⁴ Ayrıca işverenin taciz olaylarını bilmesinin gerektiği durumlarda da sorumluluğu doğar; işyerinde yaygın taciz olaylarının varlığı işverenin tacizi bilmesi gerektiğinin kabul edileceği hâllerdendir.¹²⁸⁵ Kanımca burada, sadece tacizin bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesine ilişkin bir değerlendirme yapmak yeterli değildir. Örneğin, işyerinde genel olarak cinsiyet eşitliğinden uzak hatta cinsiyetçi bir atmosfer varsa ya da daha önce cinsel tacizden şikâyet etmiş işçiler herhangi bir sonuç alamamışsa, hatta misilleme olarak iş sözleşmeleri feshedilmişse işverenin somut taciz olayından haberdar olmaması veya haberdar olmasının gerekmemesi onu her zaman sorumluluktan kurtarmamalıdır. Dolayısıyla işverenin tacize karşı önceden alabileceği önlemlerde eksiklikler varsa sorumluluğu doğmalıdır. İşverenin yalnızca haberdar olduğu taciz olaylarından sorumlu tutulması, onu işçileri

¹²⁸² Dunand, 2013, s. 305. Wyler, 2013, s. 673.

¹²⁸³ Reisoğlu, 2013, s. 182. Ünal, 2013, s. 55.

¹²⁸⁴ Bakırcı, 2000, s. 164. Wyler, 2012, s. 673.

¹²⁸⁵ Bakırcı, 2000, s. 165.

şikâyetçi olmaya teşvik edecek mekanizmaları kurmak ve onlara rehberlik etmekten alıkoyar.¹²⁸⁶ Bu da gözetme borcunun amacına aykırılık oluşturur.

İşverenin, bir işçinin diğer işçiyi taciz etmesi hâlinde kusurlu olup olmadığı, TBK m. 417/1 fıkrası bir bütün olarak değerlendirilerek araştırılmalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre: *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”* Dolayısıyla işverenin TBK m. 417/1’i ihlal edip etmediğine ilişkin araştırma sadece tacize uğrayan işçinin daha fazla zarar görmesine ilişkin olarak değil hem tacizlerin önlenmesi hem de işyerinde işçinin kişiliğini korumaya ve eşitliğe uygun bir düzenin sağlanıp sağlanmadığının tespitine yönelik olmalıdır. Bu bağlamda, yukarıda işverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizi önleme borcu açıklanırken kusurunun objektif ölçüte göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmişti. Burada yer verilen önlemlerin her biri değerlendirmeye dahil edilmeli; işyerindeki düzenin cinsiyet eşitliğini gözetip gözetmediği, işverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı bir politikasının bulunup bulunmadığı, risk değerlendirmesinde bu riskleri dikkate alıp almadığı, işçileri cinsel ve cinsiyetçi taciz konusunda bilgilendirip bilgilendirmediği ve bu konuda şikâyet ve destek mekanizmaları oluşturup oluşturmadığı dikkate alınmalıdır.¹²⁸⁷ İşverenin, cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından alabileceği her türlü önlemi alıp almadığının belirlenmesine ilişkin araştırma, mobbing gibi diğer kişilik hakları ihlallerine de uyarlanabilecek bir yöntem olabilir. Böylece, hukukumuzda hâlihazırda işverenin iş sağlığı ve güvenliği alma borcu bağlamında kabul

¹²⁸⁶ Lempen, 2006, s. 261. Yazar bu görüşlerini Federal Eşitlik Kanunu m. 5/3 uyarınca işçinin cinsel tacize uğraması hâlinde ödenecek olan 6 aylık ücret tutarındaki götürü tazminatın şartları bakımından ileri sürmüştü de, kanımca görüşler işverenin genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu bakımından da geçerlidir.

¹²⁸⁷ Bkz. yukarıda §6-II.

edilen objektif kusur, kişiliği gözetme borcu bakımından da işletilerek, gözetme borcunun iki temel unsuru bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmiş olacaktır.¹²⁸⁸

ABD hukukunda işverenin işveren vekilleri ve diğer işçilerin gerçekleştirdiği tacizlerden sorumluluğu açıklanırken yer verildiği üzere, ABD mahkemelerinin uygulamaları gerçekte fayda sağlamayan göstermelik politikaları oluşturan ve şikâyet mekanizmaları kuran işverenlerin sorumluluktan kurtulmasına neden olmuştur.¹²⁸⁹ Bu sakıncanın, objektif kusur değerlendirmesinde ortaya çıkmaması için politika ve şikâyet mekanizmaların işlerliğinin de değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca işyerinde genel olarak cinsiyet eşitliğinin gözetilip gözetilmediği bu değerlendirmede önemli bir yer tutmalıdır. ABD hukukunda savunulan bir görüşe göre, düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizle ilgili davalarda, eğer işyeri cinsiyete dayalı şekilde yatay ve/veya dikey olarak ayrılmış durumdaysa, tacize uğrayan işçi daha hafif bir ispat yüküyle karşılaşmalı; eğer işyerinde cinsiyet eşitliğini gözetken, cinsiyete dayalı ayrılmamış bir düzen varsa ispat yükü daha ağır olmalıdır. Ayrıca bu durum, davranışların cinsiyete dayalı olup olmadığının ve ABD hukukunda aranan tacizin yeterince ağır ve yaygın olma ölçütünün değerlendirilmesinde de dikkate alınmalıdır. Böylece işyerinde cinsiyet eşitliğini sağladığı ölçüde sorumluluğunun doğması zorlaşan işveren, eşitliği sağlamaya teşvik edilmiş olur.¹²⁹⁰ Hukukumuzda aynı amaç doğrultusunda, işverenin TBK m. 417/1'den kaynaklanan borçlarını yerine getirip getirmediği değerlendirilirken işyerinde eşitlikçi bir düzenin sağlanmış olmasına ağırlık verilebilir.

¹²⁸⁸ TBK m. 417/1'deki gerekli önlemleri alma ifadesinin TBK m. 417/2'de olduğu gibi her türlü önlemi almak şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde *Baycık*, 2018, s. 253. Aksi yönde, TBK m. 417/2'de işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün, m. 417/1'de düzenlenen kişiliği koruma borcuna göre daha katı düzenlendiği görüşünde, *Ünal*, 2013, s. 47.

¹²⁸⁹ Bkz. yukarıda §3-I-3-h.

¹²⁹⁰ *Schultz*, 2003, s. 2175-2176.

İşverenin bir işçisinin diğerine zarar vermesi hâlinde, işverenin TBK m. 66 uyarınca kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun doğması için, çalıştırılanın hukuka aykırı fiilinin çalıştırmanın işini görürken ve iş dolayısıyla vermiş olması aranmaktadır. Bir başka ifadeyle zarar verici fiil ile görülen iş arasında fonksiyonel bir bağ bulunmalıdır.¹²⁹¹İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe, işverenin TBK m. 66 (İsviçre BK m. 55) anlamında sorumluluğun doğması için de TBK m. 116 (İsviçre BK m. 101) bakımından arandığı gibi işçiye diğer işçileri gözetme borcunun devredilmiş olması gerekir. Bu görüşe göre taciz dışındaki fiillerde, örneğin bir şantiyede çalışan tüm işçilerin güvenlik önlemlerine uyması bakımından, her bir işçi işyerindeki hiyerarşisindeki yerinden bağımsız olarak bir güvence verme rolü üstlenir.¹²⁹²Buna karşılık cinsel taciz, işçinin işine tamamen yabancı bir davranıştır.¹²⁹³ Kanımca, TBK m. 66 anlamında çalıştırılanla TBK m. 116 anlamındaki ifa yardımcısını aynı şekilde değerlendirmek mümkün değildir; adam çalıştırmanın sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olup borcun ifasına ilişkin olmadığı için işverenin işçisine sözleşmenin ifasına ilişkin bir yetki veya borcu devretmiş olması aranmamalıdır. Ayrıca şantiyede tüm işçilerin birbirine karşı bir nevi gözetme borcu olduğu kabul edilirken tacizler bakımından bunu kabul etmemek tutarlı değildir. Cinsel ve cinsiyetçi taciz, işyerinde cinsiyet eşitliğinin sağlanmasıyla ve genel olarak işçilerin kişiliklerinin gözetilmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu bağlamda TBK m. 116 bakımından yukarıda savunulduğu üzere TBK m. 66 bakımından da fonksiyonel bağlantının geniş yorumlanması gerekir. Dolayısıyla bir işçinin diğerini taciz etmesi bakımından, bu fiilin görülen işle hiçbir bağlantısının bulunmadığı ileri sürülemez ve

¹²⁹¹ Oğuzman – Öz, 2012b, s. 142. Wyler, 2012, s. 672. Reisoğlu, 2013, s. 184-185. Akın, 2001, s. 50-51.

¹²⁹² Wyler, 2012, s. 674.

¹²⁹³ Wyler – Heinzer, 2014, s. 354.

TBK m. 66'nın uygulanması mümkündür.¹²⁹⁴ Aynı şekilde kural olarak, tacizde bulunan işçinin kusurunun uygun nedensellik bağıni keserek TBK m. 66 anlamında sorumluluğun doğmasını engellemeyeceği kabul edilmelidir. Olayda işveren de kusurluysa, munzam kusur söz konusu olur ve üçüncü kişinin ağır kusuru gibi illiyet bağıni kesen sebepleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.¹²⁹⁵

İşveren TBK m. 66/2 uyarınca kurtuluş kanıtı getirebilir: *“Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.”* Bu bağlamda işverenin kurtuluş kanıtından yararlanabilmek için TBK m. 417/1 uyarınca gözetme borcuna uygun davranmış olması gerekir. Ayrıca TBK m. 66/3 uyarınca: *“Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”* Buna göre işveren işletmedeki düzenin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemezse TBK m. 66/2 uyarınca gerekli özeni göstermiş olsa bile bu kurtuluş kanıtından yararlanamayacaktır.¹²⁹⁶ İş ilişkisinin cinsiyet eşitliğini gözetir şekilde organize edilmesi, çalışma düzeninin zararın doğmasına elverişli olması değerlendirilirken dikkate alınabilir.

¹²⁹⁴ Aynı hiyerarşik düzeydeki işçiler arasındaki mobbing bakımından işverenin TBK m. 66 uyarınca sorumlu olabileceği yönünde, Ünal, 2013, s. 55. İşçinin bir diğer işçiye fiziksel şiddet uygulaması hâlinde işverenin TBK m. 66 uyarınca sorumlu olabileceği yönünde, Erdoğan – Kulp, 2020, s. 1272.

¹²⁹⁵ Yargıtay'ın iki işçinin kavgasında bu işçilerin ve kavgaya karışmayan bir diğer işçinin yaralanmasında işverenin sorumluluğunun doğmayacağı yönündeki eski tarihli bir kararına karşılık (Yargıtay HGK 5.112.1962, 4134/102, aktaran Oğuzman – Öz, 2012b, s. 142, dn. 44), Yüksek Mahkemenin pek çok kararında üçüncü kişilerin işçiye kasten öldürdüğü olaylarda dahi uygun nedensellik bağıni kesildiğine dair bir ön kabulden hareket etmediği ve işverenin alabileceği önlemlerin araştırılmasını istediği, işverenin gerekli önlemleri almadığı hâllerde de üçüncü kişinin kasıtlı davranışının illiyet bağıni kesmediği sonucunda vardığı görülmektedir. Söz konusu kararlar için bkz. Erdoğan – Kulp, 2020, s. 1276-1278.

¹²⁹⁶ Erdoğan – Kulp, 2020, s. 1273.

Yargıtay, 2017 yılındaki bir kararında işçinin diğer işçiyi sosyal medya üzerinden taciz etmesine ilişkin olayda, ilk derece mahkemesi kararını işçinin feshinin haklı nedene dayanması yönünden onarken manevi tazminatın kabulü yönünden bozmuştur: *“Davacının davalıya göndermiş olduğu 03.02.2014 tarihli ihtarla göre; davalı işyerine bu rahatsızlığını daha önceden bildirdiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında yapılan incelemeye göre; davacının davalıya ilk kez 21.01.2014 tarihinde ihtarla işyeri çalışanı olan kişi hakkında suç duyurusunda bulunduğunu belirterek gerekli işlemin yapılmasını istemiştir. Davacının itirazı olmayan, davalı beyanlarına göre de davacı ilk kez sözlü olarak 2013 yılı Ocak ayında maruz kaldığı taciz olayını amirlerine bildirdiği, bildirim itibariyle de davalı tanık beyanına ve ihtarındaki bilgilere göre dava dışı şahsın çalışma yerinin değiştirildiği, yine tanık beyanlarına göre yemek saatleri ve binaların dahi farklı olduğu bildirilmiştir. Davacı ise bu konuda tanık dinletmemiştir. Tüm olay süresince davalıya yapılan bildirim akabinde davalı işyerinin gerekli değişikliği yapmış olduğu, davacının 2013 yılı Ocak ayından 2014 Ocak ayına kadar davalıya başka herhangi yazılı bir şikâyeti olmamıştır. Hal böyle olunca da davacının gerekli sorumluluğunu bildirilen tarihten itibaren yerine getirdiği kabul edilmelidir. Fesih konusu tacizin şekli itibariyle sosyal medya aracılığı ile yapılmış olması, davacının yaşamış olduğu/olacağı psikolojik sorunlar ile elem ve acı sebebi ile, manevi tazminatın oluşumuna davalı işyerinin doğrudan ya da dolaylı etkisi bulunmamaktadır. Mahkemece yazılı sebeplerle manevi tazminatın reddi gerekirken kabülü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”*¹²⁹⁷Olayda davacının hangi sorumluluk türüne dayanarak işverenden manevi tazminat talep ettiği belirsiz olmakla beraber, İK m. 24/II-d uyarınca bir diğer işçi tarafından taciz edilen işçinin haklı fesih hakkı işverenin durumdan haberdar olmasına rağmen önlem almaması hâlinde doğmaktadır. Eğer işveren önlem

¹²⁹⁷ Yargıtay 22. HD. 31.10.2017, 9255/23593, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

almadıysa taciz fiili sosyal medya üzerinden ve işverenin dahli olmaksızın gerçekleşse bile manevi tazminattan sorumluluğu doğacaktır; burada işveren de kusurlu olduğu için kendi kusurundan sorumludur. Somut olayda manevi zararın kaynağı sadece taciz fiili değil, aynı zamanda tacizci işçiyle birlikte çalışmaya devam etmek zorunda olmaktır.

c. İşyeri dışından gelen üçüncü kişi

İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe göre, işveren işçiyi gözetme borcunu işyerine gelen müşteri gibi üçüncü kişilere de devretmektedir ve bu nedenle bu kişiler tarafından gerçekleştirilen tacizden de İsviçre BK m. 101 (TBK m. 116) uyarınca sorumlu tutulabilir.¹²⁹⁸ Aynı hiyerarşik seviyedeki işçiler bakımından yukarıda varılan sonuçla aynı doğrultuda, üçüncü kişiler yönünden de bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Müşteri gibi işverenin ifa yardımcısı konumunda bulunmayan işyerine yabancı üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen tacizlerde işveren kendi gözetme borcuna aykırı davranışından sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu olacaktır.¹²⁹⁹ Burada da işveren taciz olayını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde önlem almadığında gözetme borcuna aykırı davrandığı için sorumlu olacaktır. Ayrıca, işveren genel olarak müşterilerden gelen tacizlere göz yumuyorsa, işçilerin şikâyetleri dinlenmiyorsa, uygun şikâyet mekanizmaları yoksa yine işverenin TBK m. 417/1'den kaynaklanan borçlarını yerine getirmemesi nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmelidir. Buradaki değerlendirme de yukarıda bir işçinin diğer işçiyi taciz etmesi ihtimalinde açıklanana benzer şekilde gerçekleştirilecektir.

¹²⁹⁸ *Lempen*, 2006, s. 253.

¹²⁹⁹ *Bakırcı*, 2000, s. 165.

3. Üçlü iş ilişkilerinde durum

a. Geçici iş ilişkisi

Hukukumuzda geçici iş ilişkisi mesleki amaçlı olan ve olmayan olmak üzere iki türlü kurulabilmektedir. Her iki tür ilişkide de işçiyi istihdam eden işveren, geçici işçiyi geçici işverene belirli bir süre için görevlendirmekte; bu sürede de geçici işveren ve işçi arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişki kurulmakla beraber işçinin işvereni değişmemektedir.¹³⁰⁰

İK m. 7/son'da mesleki amaçlı olmayan şekilde aynı holding veya şirketler topluluğu içinde geçici iş ilişkisi kurulması hâlinde işveren ve geçici işverenin işçiyi gözetme borcundan birlikte sorumlu olduğu açıkça düzenlenmektedir. O hâlde, geçici işverenin yanında çalışırken tacize uğrayan işçinin tazminatlarından geçici işveren ve işveren birlikte sorumlu olacaktır.

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosunun istihdam ettiği işçileri geçici işçi sağlama sözleşmesiyle işverenlere görevlendirmesi ile kurulur (İK m. 7/1-2). Bu durumda işçiyi gözetme borcunu esasen işçiyi fiilen çalıştıran geçici işveren yerine getirecektir; zira özel istihdam bürosunun geçici işverenin işyerinde doğrudan önlem alması mümkün değildir (İK m. 7/9).¹³⁰¹ Geçici işçi ve geçici işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamakla beraber, geçici işverenin TBK m. 417'de yer alan işçiyi gözetme borcunu yerine getirmesi gerekir. Bu borcu yerine getirmediğinde geçici işçi ve geçici işveren arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı hâlde geçici işverenin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılığa ilişkin sorumluluk hükümlerine dayandırılması

¹³⁰⁰ Thévenoz, 1987, s. 298. Süzek, 2021, s. 295.

¹³⁰¹ Civan, 2017b, s. 380. Çelebi Demir, 2019, s. 329. Çopuroğlu, 2022, s. 177. Erdoğan, 2016, s. 119.

gerekir.¹³⁰² O hâlde işverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizden sorumluluğuna ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar geçici işveren bakımından da geçerlidir.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m. 11'e göre: "*Çalışanlarını geçici olarak devreden işveren ile birlikte geçici iş ilişkisi kurulan işveren, yapılan iş süresince işin yapılması ile ilgili koşullardan sorumludur. Birinci fıkranın uygulanması bakımından, işin yapılmasına ilişkin sorumluluk, iş sağlığı ve güvenliği ile iş hijyeni konuları ile sınırlıdır.*"¹³⁰³ Dolayısıyla, geçici işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çalışma koşullarından tek başına geçici işverenin sorumlu olduğu kabul edilemez. Özel istihdam bürosu, geçici işçi sağlama sözleşmesi kurduğu geçici işvereni seçerken özenli davranmalı; işçilerin bu işyerinde çalışırken dile getirdiği şikâyetlerini dikkate alarak gerekirse sözleşmeyi feshetmelidir.¹³⁰⁴ Öğretide, büronun geçici işverenin gözetme borcunu yerine getirmek üzere önlem alıp almadığını kontrol etme yükümlülüğünün bulunması gerektiği ileri sürülmüştür.¹³⁰⁵ Ayrıca Türkiye İş Kurumu Kanunu m. 19/2 uyarınca özel istihdam bürosunun İK m. 7 saklı kalmak üzere İSGK'dan kaynaklanan yükümlülükleri sürdüğünden işçiyi bilgilendirme ve sağlık gözetimi gibi yükümlülükleri söz konusudur.¹³⁰⁶ Taciz bağlamında, büronun işçisini geçici işveren yanındaki hakları konusunda bilgilendirmek, geçici işçi sağlama sözleşmesi kurduğu işverenlerin tacizle ilgili politikalarının bulunduğuna emin olmak veya taciz gerçekleşikten sonra, geçici işverenle görüşerek uygun çalışma koşullarının sağlanmasını talep etmek gibi yükümlülükleri söz konusu olabilir.¹³⁰⁷

¹³⁰² Thévenoz, 1987, s. 298.

¹³⁰³ Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik, RG No. 28744, 23.08.2013.

¹³⁰⁴ Thévenoz, 1987, s. 293.

¹³⁰⁵ Civan, 2017b, s. 380.

¹³⁰⁶ Çopuroğlu, 2022, s. 176.

¹³⁰⁷ Lempen, 2006, s. 282.

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde yasada özel istihdam bürosu ve geçici işverenin işçiyi gözetme borcundan birlikte sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Olması gereken hukuk açısından, geçici işveren ve özel istihdam bürosunun birlikte sorumluluğunun yasada düzenlenmesi gerekir.¹³⁰⁸ Bu düzenleme karşısında ilk bakışta işçi geçici işveren yanında çalışırken tacize uğradığında olayda kusuru olmayan özel istihdam bürosunun sorumluluğuna gidilemeyeceği düşünülebilir. Ancak İsviçre hukukunda ileri sürülen ve kanımca hukukumuz açısından geçerli bir görüşe göre, geçici işveren, özel istihdam bürosunun gözetme borcu bakımından ifa yardımcısı niteliği taşımaktadır.¹³⁰⁹ Gerçekten de geçici işçi sağlama sözleşmesi süresi boyunca gözetme borcunun esasen geçici işveren tarafından yerine getirilmesi gerektiği açıktır. İfa yardımcısının gerçek kişi veya tüzel kişi olması mümkündür. O hâlde tüzel kişi geçici işveren de ifa yardımcısı niteliği taşır. İfa yardımcısının (geçici işverenin) ayrıca yardımcı kişi kullanmış olması ve zararı bu kişinin vermesi esas borçlunun (özel istihdam bürosu) TBK m. 116 uyarınca sorumlu olmasını engellemez; çünkü ikinci yardımcı kişinin kullanılması ilkinin bir sonucudur.¹³¹⁰

Ayrıca bazı hâllerde hem özel istihdam bürosunun hem de geçici işverenin kusuru olabilir;¹³¹¹ örneğin büronun işçiyi daha önce pek çok taciz olayının yaşandığı bir işyerine göndermesi ve ardından burada işçinin geçici işveren, işveren vekili veya gerekli önlemler alınmadığı için bir diğer işçi veya müşteri tarafından taciz edilmesinde durum böyledir. Bu hâlde TBK m. 61 uyarınca büro ve geçici işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹³¹²

¹³⁰⁸ Civan, 2017b, s. 381. Çelebi Demir, 2019, s. 341. Çopuroğlu, 2022, s. 178.

¹³⁰⁹ Thévenoz, 1987, s. 293-295. Lempen, 2006, s. 283.

¹³¹⁰ Oğuzman – Öz, 2012a, s. 462.

¹³¹¹ Çopuroğlu, 2022, s. 179. Erdoğan, 2016, s. 122.

¹³¹² Civan, 2017b, s. 381-382.

b. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde, iki işverenin alt işveren işçisinin kanundan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarından birlikte sorumlu olduğu yasada açıkça düzenlenmiştir (İK m. 2/6). Buna göre, alt işveren işçisinin cinsel veya cinsiyetçi tacize uğraması durumunda alt işverenin sorumluluğu doğuyorsa asıl işveren, olayda bir kusurunun veya adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu gibi bir başka sorumluluk sebebinin bulunmasından bağımsız olarak işçinin tazminatlarından müteselsilen sorumlu olacaktır. Tacizde aynı zamanda asıl işverenin sorumluluğunu doğuran bir neden varsa, bu durum asıl işveren ve alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde etkisini gösterecektir.

Asıl işveren işçisinin, alt işveren veya alt işveren işçisi tarafından taciz edilmesi hâlinde, yasada sorumluluğa ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından genel hükümlere gidilecektir. Burada asıl işveren işçisiyle alt işveren arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından haksız fiil hükümleri devreye girecektir.¹³¹³ Tacizin alt işveren tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde sorumluluğu kendi fiilinden kaynaklanacak; tacizi alt işveren işçisinin gerçekleştirilmesi hâlindeyse adam çalıştıran sıfatıyla TBK m. 66 uyarınca sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Olayda aynı zamanda asıl işverenin de kusuru varsa, asıl işveren ve alt işveren TBK m. 61 uyarınca müteselsilen sorumlu olacaktır.¹³¹⁴

¹³¹³ Akın, 2013, s. 224.

¹³¹⁴ Akın, 2013, s. 225.

4. Müteselsil sorumluluk

İş ilişkisinde işçinin işveren dışındaki, işveren vekili, ifa yardımcısı, bir diğer işçi ya da müşteri tarafından taciz edildiği; işverenin de olayda kendi kusuru veya ifa yardımcısının fiilinden ya da adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun bulunduğu hâllerde tacizci ve işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin, Ankara BAM kararına konu olan bir olayda, amiri konumundaki bölge müdürü tarafından taciz edilen işçinin talep ettiği manevi tazminattan, tacizde bulunan işveren vekili ile işveren tüzel kişi müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur.¹³¹⁵ Ayrıca yukarıda ele alındığı üzere üçlü iş ilişkilerinde İş Kanunu'nda düzenlenmeyen hâllerde de müteselsil sorumluluk ortaya çıkabilmektedir. Bu hâllerde müteselsil sorumluluğun yasal dayanağını TBK m. 61 oluşturur: *“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”* TBK m. 155/1 uyarınca zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince diğerlerine karşı da kesilecektir.

Zarardan müteselsil sorumlu olan kişilerin iç ilişkisi ise TBK m. 62’de düzenlenmektedir: *“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”* İşveren dışındaki kişilerce gerçekleştirilen tacizde aynı zamanda işveren de kusurluysa, işverenin tacizciye rücu edebileceği tutardan ortak kusuru sebebiyle indirim

¹³¹⁵ Ankara BAM 6. HD. 6.10.2020, 2018/3682, 2020/1969, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

yapılabilecektir. Ayrıca örneğin düşmanca çalışma ortamı yaratan tacize hem işveren hem de işveren vekilleri ve/veya diğer işçilerin katılması durumunda da işverenin kusuru söz konusu olduğundan aynı sonuca varılacaktır.¹³¹⁶

¹³¹⁶ *Lempen*, 2006, s. 280.

§8. CİNSEL VE CİNSİYETÇİ TACİZİN İSPATI

I. Cinsel tacizin ispatına dair yargı uygulaması

1. İşçinin uğradığı tacizi ispatlaması

Medeni usul hukukunda, iş hukukundaki gibi işçiyi koruma ilkesi ve işçi lehine yorum yöntemi söz konusu değildir; bu hukuk dalına tarafların eşitliği ilkesi hâkimdir. Dolayısıyla işçiye ispat kolaylığı sağlanmasına dair bir usul hukuku kuralı bulunmamaktadır.¹³¹⁷ İspata ilişkin genel kuralları TMK m. 6 ve HMK m. 190/1 düzenlemektedir: TMK m. 6 uyarınca “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” HMK m. 190/1’e göre: “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*” Medeni usul hukukundaki bu genel ispat kuralları iş uyuşmazlıklarında adil olmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle iş hukukunda ispata ilişkin özel yasal düzenlemeler yer almaktadır.¹³¹⁸ Özel düzenleme söz konusu olmasa bile Yargıtay, belirlediği ilke ve kurallar ispat ölçüsünü işçi yararına düşürebilmektedir.¹³¹⁹ Ancak bu durum her türlü iş uyuşmazlığında değil, istisnai olarak işçinin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır. Aksi bir uygulama, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkını zedeleyebilir.¹³²⁰

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatı konusunda iş mevzuatında özel bir düzenleme yer almamaktadır. Yargıtay uygulamasında cinsel tacizin ispatındaki güçlük, fiili

¹³¹⁷ Okur, 2016, s. 589.

¹³¹⁸ Heper, 2022, s. 363.

¹³¹⁹ Okur, 2016, s. 589. Heper, 2022, s. 363.

¹³²⁰ Okur, 2016, s. 589.

karinelerden yararlanılarak aşmaktadır.¹³²¹Cinsel tacizin tam olarak ispatlanması aranmamakta; bunun yerine hayatın olağan akışı veya ilk görünüş ispatı ölçüleri kullanılmaktadır.¹³²² İspata ilişkin bu kolaylıklar tacize uğrayan işçinin tacizi ispatlamasının yanında, aşağıda görüleceği üzere, işverenin cinsel tacizde bulunduğu için iş sözleşmesini feshettiği işçiler bakımından fesih sebebini ispatlamasında belirli bir ölçüde uygulanmaktadır.

İş sözleşmesini haklı nedenle fesheden tarafın fesih nedenini ispatlamasına ilişkin genel kural,¹³²³ işçinin iş sözleşmesini cinsel tacize uğradığı için feshetmesi hâlinde de uygulanmaktadır: *“Davacı, işverenin diğer bir işçisinin cinsel tacizine uğradığı gerekçesi ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ileri sürmüştür, davalı işveren, davacının haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini feshettiğini savunmuştur. Mahkemece feshe dair ispat yükü işverende olduğu ve davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği iddiasının aksi işverence ispatlanmadığı gerekçe gösterilerek kıdem tazminatı talebi kabul edilmiş ise de işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bu nedenle davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği iddiasının aksi işverence ispatlanmadığı kabulü isabetli olmamıştır.”*¹³²⁴Bu bağlamda cinsel tacize uğradığını ispat yükü işçidedir; ancak aşağıda görüleceği üzere ispat kolaylaştırılmaktadır.

İşveren cinsel tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini feshettiğinde, haklı fesih yaptığını iddia ediyorsa haklı fesih sebebini, geçerli fesih yaptığını iddia ediyorsa İK m. 20/2 gereği geçerli bir fesih nedenine dayandığını ispat etmekle yükümlüdür. Cinsel tacizden şikâyetçi olan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği bir olayla

¹³²¹ Okur, 2016, s. 597.

¹³²² Çil, 2014, s. 89.

¹³²³ Sözek, 2021, s. 734.

¹³²⁴ Yargıtay 22. HD. 28.3.2019, 2017/21091, 2019/6847, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

ilgili İstanbul BAM kararında söz konusu kurallar ifade edilmektedir: “İş Kanunu 20. maddesine göre, işveren feshin geçerli bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda davalı şirket tarafından davaya cevap verilmediği gibi iş sözleşmesinin haklı ve/veya geçerli nedenlerle feshedildiğini destekler bir bilgi, belge ve delil sunulmamıştır. Sonuç olarak, davacı işçinin telefonuna 26.07.2016 tarihinde mesaj geldiği, davacı işçinin işyerinde yaşanan cinsel taciz iddiası ile ilgili olarak iş sözleşmesinin feshedildiği gün savcılık şikâyetinde bulunduğu, bir gün sonra da yazılı dilekçeyle İstanbul Üniversite Tıp Fakültesi'ne bildirdiği, davalı işyerinde yaşanan cinsel tacizle ilgili olarak hastabakıcı olarak görevli kişi hakkında ceza dava açıldığı, davalı şirketin davacı işçinin taciz iddiası hakkında herhangi bir araştırma veya inceleme yapmadığı, davacı işçinin işi bırakma veya devamsızlık yapma iradesine sahip olduğunun söylenemeyeceği ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde feshin haklı ve/veya geçerli nedene dayandığının davalı şirket tarafından ispatlanamadığı, davacı işçinin cinsel tacizle ilgili davalı şirkete bildirimde bulunmasının akabinde iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakla işe iade talebinin yerinde olduğu...” anlaşılmıştır. Aksine itirazlar yerinde değildir.”¹³²⁵ İşveren geçerli fesih sebebini ispat ettiği takdirde, feshin aslında taciz olgusuna dayandığını iddia eden işçinin bunu ispat etmesi gerekecektir (İK m. 20/2).

Yargı uygulamasında cinsel tacizi ispat etmenin barındırdığı güçlükler dikkate alınarak olaya doğrudan tanıklık eden kişilerin bulunması aranmamakta, mağdurun tutarlı anlatımları dikkate alınmaktadır: “Cinsel tacizin ispatlanması sorunun çözümü noktasında işin en zor yanıdır. Olay çoğu zaman fail ve mağdur arasında yaşanan bir eylem niteliğindedir. Dolayısıyla sadece mağdur tarafından yaşanan bir olayın

¹³²⁵ İstanbul BAM, 28. HD. 17.7.2018, 2017/4225, 2018/1137, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

inandırıcı biçimde ortaya konulması büyük bir güçlük arz etmektedir. (...) Cinsel tacizin öncelikle işyeri dışında gerçekleştiğinin ve işveren vekili konumundaki genel müdür tarafından yapıldığının iddia edilmesi karşısında gerçekliğinin ve ispatının güçlüğü ortadadır. Davacının taciz olayını insan kaynaklarını bildirerek amiri konumundaki genel müdürden şikâyetçi olarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi, arkadaşlarına olayın ayrıntılarını ve gizli yönlerini anlatması, yaşamış olduğu psikolojik bunalım ve depresyon teşhisi nedeniyle alınan doktor raporları, olayın yaratmış olduğu netice ile performans notunun düşük gösterilmesi davacının iddialarının ciddi ve olayın gerçekliği konusunda kanaat oluşturmaktadır. Dosya içerisinde mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır. Öte yandan özellikle işçinin işyerinde ve işyeri dışında amiri tarafından tacize uğradığını belirtip ihtarname göndererek tüm detayları belirtmesi ve tacizde bulunanın amiri konumunda olan genel müdür olması karşısında taraflar arasındaki iş ilişkisinin varlığı işverenin konumunu daha da ağırlaştırmaktadır.”¹³²⁶ İşçinin psikolojik durumuna ilişkin hekim raporları da bu kararda olduğu gibi cinsel tacizin ispatına yardımcı olabilir.

Dolaylı tanıkların ve ispatı sağlayacak başka delillerin bulunmaması hâlinde dahi mağdurun tutarlı anlatımlarına itibar edilebilmektedir: “Somut olayda, davacı taciz eylemlerinin başka işçilerden uzak yerlerde ve yalnız iken gerçekleştiğini, ustabaşının devamlı bakışlarıyla taciz ettiğini, kendisine yalnız kalmalarını sağlamaya yönelik işler verdiğini, etiketsiz dolaplara etiketlemek için o bölüme gittiklerini, etiket yanlarında olmadığından almak için ayrılmak istediğinde ustanın şu an gerekli değil, ben gerekirse sana söylerim dediğini ve diğer olayları samimi bir şekilde anlatmış ve işverene de

¹³²⁶ Yargıtay 9. HD. 4.11.2010, 2008/37500, 2010/31544, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

bildirmiştir. Gerekirse yüzleşmeyi bile talep etmiştir. Gerçekten, 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. Davacının samimi beyanları ve dosyadaki bulgular doğrultusunda kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır.”¹³²⁷

Yargıtay’ın cinsel tacizin ispatında doğrudan tanık aramaması ve hayatın olağan akışı ölçütüne vermesi son derece isabetlidir. Gerçekten kadınların yalan cinsel taciz iddiasında bulunmaları hâlinde, bundan kazançtan çok zararları söz konusu olacaktır. Tacize uğrayan kadınlar dahi şikâyetçi olmaları hâlinde zarar görecekleri endişesiyle sessiz kalmayı seçmektedir. Cinsel tacizden şikâyetçi olmanın barındırdığı misilleme, alay konusu olma gibi güçlükler ve kadınların tacizden duyduğu utanç dikkate alındığında yalan iddiada bulunmanın oldukça istisnai bir hâl olacağı söylenebilir.¹³²⁸ Öte yandan Yargıtay’ın hayatın olağan akışına dair değerlendirmeyi “*namus ve iffet*” kavramlarına atıfla yapması eleştiriye açıktır.¹³²⁹ Bu ifadeler, özel yaşantısı toplumdaki namus ve iffet algısına uygun olmayan kadınların söz konusu ispat kolaylığından yararlanamayacağı şeklinde bir değerlendirmeye yol açma riskini barındırmaktadır. Yüksek Mahkemenin amacı bu olmasa ve iş hukuku daireleri cinsel tacizle ilgili oldukça isabetli kararlar verse de kanımca yargının dili bu tür ötekileştirici ifadelerden arındırılmalıdır. Zira iffetli-iffetsiz kadın ayrımı, toplumdaki cinsiyetçi yargılara göre iffetsiz olarak nitelendirilen kadınların mağduru olduğu cinsel suçları

¹³²⁷ Yargıtay 9. HD. 28.1.2010, 2008/14529, 2010/1463, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³²⁸ MacKinnon, 1979, s. 97.

¹³²⁹ Erdoğan, 2022, s. 469. Hayatın olağan akışı ölçütünün “*iffet*” üzerinden tanımlandığı diğer karar örnekleri için bkz. Yargıtay 9. HD. 10.2.2020, 2017/14071, 2020/1819, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. Yargıtay 22. HD. 23.1.2012, 2011/5071, 2012/429, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. Yargıtay 9. HD. 15.4.2015, 2014/2654, 2015/14413, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. Yargıtay 9. HD. 31.03.2011, 2009/10227, 2011/9523, İzmir BAM, 9. HD. 17.2.2020, 2018/220, 2020/167, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 19.2.2022.

önemsizleştirmekte, hatta bu kadınların başlarına gelenleri hak ettiğine dair algıyı yeniden üretmektedir. Bu bakış açısının ceza hukuku alanında doğurduğu sakıncalar iş hukuku açısından da bir uyarı niteliğinde görülmelidir.¹³³⁰

Yargıtay'ın 2014 yılındaki bir kararında hayatın olağan akışı ölçütünü ortaya koyarken “*iffet ve namusunu*” ortaya koymak ifadesi yerine “*aile ve iş yaşantısını*” etkileme ifadesini kullanmış olması daha isabetlidir: “*Diğer taraftan, davacı, taciz nitelikli eylemlerin fesih tarihine kadar tekrarlandığını iddia etmektedir. Davacının eşi olan şahit de, davacının eve ağlayarak geldiğini ve işi bırakmak zorunda kaldığını beyan etmiştir. Taciz eyleminin niteliği gereği, çoğu kez gizli ortamda, fail ve mağdur arasında yaşandığı nazara alındığında, eylemin salt görgü şahitleriyle ispatlanması gerektiğini kabul etmek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre, davacının işyerinde tekrarlanması muhtemel taciz eyleminden korunması için işverence herhangi bir önlem alınmadığı sabit olup, davacının, aile ve iş yaşantısını etkileyebilecek, hakkında dedikodulara sebep olabilecek şekilde, sebepsiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığını ileri sürmesi hayatın olağan akışına aykırıdır.*”¹³³¹

2. Cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin feshinde sebebin ispatlanması

İşverenin bir işçinin iş sözleşmesini diğer işçiyi taciz etmesi nedeniyle feshetmesi hâlinde ispatlanan olgu cinsel taciz olmakla beraber, davanın tarafları farklıdır ve ispat

¹³³⁰ 5237 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın kadınlara bakış açısının değerlendirilmesi için bkz. *Yalçın Sancar*, 2013, s. 206-214. 765 sayılı TCK'da kadının fuhuşu kendine meslek edinmiş olmasının ırza geçme suçunda ceza indirim sebebi olarak yer alması ve bunun yarattığı sakıncalar hakkında bkz. *Yalçın Sancar*, 2013, s. 145-156.

¹³³¹ Yargıtay 22. HD. 25.11.2014, 23315/33270, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

da buna göre farklılaşmaktadır.¹³³² İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.¹³³³ İK m. 20/2 uyarınca da iş sözleşmesini geçerli nedenle fesheden işveren geçerli nedeni ispatlamak durumundadır.

Yargıtay, cinsel tacizin ispatı için taciz mağdurunun ve diğer tanıkların dinlenmesini aramaktadır. Yüksek Mahkeme isabetli olarak yalnızca, tarihsiz, isimsiz ve imzasız el yazısı şikâyet dilekçesi delil gösterilerek yapılan feshin haklı görülemeyeceğine hükmetmiştir.¹³³⁴ Ayrıca şikâyet dilekçesi bu denli belirsizlikten uzak olmasa dahi salt dosyadaki dilekçeye göre hüküm kurulamayacağı kabul edilmekte, tarafların tanık deliline dayandığı davada taraf tanıklarının dinlenilmesi ve tanıklıkların diğer delillerle birlikte değerlendirilerek hüküm kurulması gerekmektedir.¹³³⁵ Tanık olarak bildirilen cinsel taciz mağdurları dinlenirken şikâyet dilekçelerindeki beyanlarının doğruluğunun sorgulanması aranmaktadır.¹³³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, mahkemenin tanık listesinde yer almayan kişileri re'sen dinlemesi mümkün değildir; bu tür bir uygulama taraflarca getirilme ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.¹³³⁷

İşverenin cinsel tacizi ispatlamasında da hayatın olağan akışında bir kadın işçinin “*iffetini*” ortaya koyarak iftirada bulunmayacağı değerlendirilmesi yapılmaktadır.¹³³⁸

¹³³² Özdemir, 2006, s. 94

¹³³³ Süzek, 2021, s. 734.

¹³³⁴ Yargıtay 9. HD. 11.4.2012, 2010/5209, 2012/12363, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³³⁵ Yargıtay 22. HD. 13.10.2015, 23091/28613, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³³⁶ Yargıtay 9. HD. 11.11.2010, 2008/37322, 2010/33662, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³³⁷ Yargıtay HGK. 30.5.2018, 2015/7-3171, 2018/1143, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³³⁸ “Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren, davacının iş akdinin, işyerinde çalışan Y. adındaki kadın işçiye cinsel tacizde bulunması üzerine haklı nedenle feshedildiğini savunmuş, davalı tanığı 1996 doğumlu özel eğitim gördüğü anlaşılan Y. yeminli ifadesinde özetle ‘...fiar günü yardım etmek için davacının çalıştığı birime gittiğini, yalnız kaldıkları bir sıra davacının üzerine gelip kendisini sıkıştırdığını, göğüslerine dokunduğunu, kızın yaşındayım bırak diye bağırdığını, eline bıçak aldığını ve bu sayede kurtulduğunu, olanları derhal F. isimli işçiye anlattığını, olay nedeniyle adli makamlar nezdinde şikâyet başvurusu

Ancak mahkemeler kararlarını salt mağdur işçinin beyanlarına ve hayatın olağan akışı ölçütüne değil, diğer işçilerin tanıklıklarına da dayandırmaktadır; ayrıca olayda cinsel tacizin varlığını doğrulayabilecek başka olgular da bulunabilmektedir. Örneğin bir olayda mağdur, tacizci işçiden uzaklaşabilmek için vardiya değişikliği talebinde bulunmuştur.¹³³⁹ Bir başka örnekte işçi cinsel tacizden korunmak için kendisini tuvalete kilitlemiş, tacizci işçi tuvaletin kapısını tornavidayla zorla açmıştır, davalı tanığı kapıda tornavida izlerini gördüğünü belirtmiştir.¹³⁴⁰ Yargıtay isabetli olarak, tacizin ispatı için mağdurun resmi mercilere şikâyetle bulunmasını aramamaktadır: “Mağdurenin anılan dilekçesi içeriği ve bunu destekleyen tanık ifadelerine rağmen, mağdurenin karakol ve

yapmadığını..’ beyan etmiştir.” Yargıtay 9. HD. 10.2.2020, 2017/14071, 2020/1819, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. “Cinsel tacize uğrayan bayan işçi davacı tarafından cinsel tacize uğradığını 18.06.2009 tarihli dilekçe ile işverene bildirmiş, yaşadığı olayları geniş bir şekilde açıklayıp bildirmiştir. Mağdur dışında dinlenen diğer davalı tanığı da davalının fesih sebebi yaptığı olguyu yer, zaman ve olaylara dayanarak doğrulayıcı yönde beyanda bulunmuştur. Kaldı ki, bir bayanın kendisini toplumda küçük düşüreceğini bile bile namus ve haysiyetini ortaya koyarak iddialarda bulunması yaşamın olağan akışına ters düşmektedir.” Yargıtay 22. HD. 27.10.2011, 1498/3526, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³³⁹ “Tanık beyanlarının hep birlikte değerlendirilmesinden ve olay mağduru Dilek’ in mahkemece alınan ifadesine göre, davacı işçinin adı geçen kadın işçiye yönelik olarak cinsel taciz niteliğinde söz ve davranışlarda bulunduğu, kadın işçinin bu davranışlar nedeniyle birkaç kez vardiya değişimi talebinde bulunduğu ve akabinde olayın işverence öğrenilmesi neticesinde işverence fesih hakkının kullanıldığı açıktır. Bir kadın çalışanın iffetini ortaya koyarak olmayan bir taciz olgusunu ileriye sürmesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı göz önüne alındığında sadece bu beyanın dahi işverenin feshinin haklı olduğunu ispata yeterli olacağı gözetilmeden davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD. 10.6.2014, 2012/15957, 2014/18734, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁴⁰ “Diğer taraftan, A. isimli bayan işçi, 4.12.2007 tarihli şikayet dilekçesi ile işverene başvurarak, davacının daha önceden de kendisine yakınlığını hissettiğini, erkek arkadaşı olduğunu söylemesine rağmen davacının olumsuz davranışlarını yine de devam ettirdiğini, bir gün mağazaya kendisini 08.00’de çağırdığını, oysa işyerinin 09.30’da açılması gerektiğini, davacının yine de gelmesinde ısrar ettiğini, kendisinin iş olduğunu düşünerek gittiğini, davacının ofiste kendisine arkadaşlık teklif ettiğini, kabul etmediğini, ısrarcı olması üzerine gidip lavaboya kendisini kilitlediğini, davacının kapıyı zorla tornavida ile açtığını, kendisinin bağırarak aşağıya indiğini, kapı önünde müşteriler olduğundan davacının davranışlarına devam edemediğini, hala da rahatsız ettiğini ifade etmiştir. Olayın işyerinde duyulması üzerine soruşturma yapılmış, iki mağaza çalışanı durumu bayan işçiden duymaya dayalı olarak anlatmış, bir tanesi ayrıca lavabo kapısındaki tornavida izlerinin halen durduğunu, bayanın ailesinden çekindiği için başkalarına anlatmadığını, şikayetçi olmadığını belirtmiştir. ... Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, bayan işçinin kendisine tacizde bulunulduğunu gerçek dışı olarak iddia etmesi, bir kadının namusunu, iffetini ortaya atacak şekilde beyanda bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır.” Yargıtay 9. HD. 31.03.2011, 2009/10227, 2011/9523, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

savcılığa şikâyet etmemesi nedeniyle işveren feshinin haklı olmadığı şeklindeki değerlendirme yerinde değildir.”¹³⁴¹

Cinsel tacize doğrudan tanıklık edilmesi neredeyse imkânsız olduğu için görgüye dayalı olmayan dolaylı tanıklıklar ispatta önem arz etmektedir.¹³⁴² Örneğin işçinin bir müşteriyi taciz ettiği olayda, davalı tanığının beyanları olayı doğrulamıştır: “Otel müşterisinin ağlayarak yanına geldiğini ve olayı anlattığını ifade eden davalı tanığının beyanı, müşterinin yazılı şikâyet dilekçesi ve olaya ilişkin tutulan tutanak birlikte değerlendirildiğinde davacının otel müşterisi kadını taciz ettiği anlaşılmaktadır.”¹³⁴³

Bir başka örnekte, mağdur işçi tacizi olayın hemen ardından bir diğer işçiye anlatmıştır: “Olayın akabinde görgü tanığı durumunda olan K3’in gerek davalı işveren tarafından yapılan idari soruşturmada, gerekse duruşmadaki ifadesi birbirini tamamlar ve doğrular durumdadır. Bu tanık beyanında her ne kadar olayın doğrudan görgü tanığı olmasa da, ‘...temizlik görevlisi K4’nin ağladığı, kendisine sorduğunda davacı işçinin kendisine arkadan sarıldığını ve öpmeye çalıştığını, kendisinin de onu itip yukarı çıktığını, bu nedenle ağladığını söylediğini..’ beyan etmiştir.”¹³⁴⁴ Bir başka olayda da yine görgüye dayalı olmayan tanıklıklar taciz olayını doğrulamıştır: “Somut olayda davacı tarafça tanık olarak dinlenmesini istediği kişilerden ... görgüye dayalı beyanı olmamakla beraber davacının ...’nin peşinden koştuğu ve taciz ettiğinin söylendiğini ifade etmiş, davalı tanıklarından ... Mehmetçik ise davacının iş yerinde çalışan ...’a cinsel tacizde bulunduğunu duyduğunu, bu sebeple işten çıkarıldığını bildiğini ifade etmiş, diğer davalı tanığı ... ise davacıyla konuştuğunda kendisine hitaben “yüz verseydi

¹³⁴¹ Yargıtay 9. HD. 11.4.2012, 2010/5209, 2012/12363, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁴² Özdemir, 2006, s. 95. Sevimli, 2013, s. 123.

¹³⁴³ Yargıtay 9. HD. 8.6.2020, 2016/16234, 2020/4947, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁴⁴ Yargıtay 9. HD. 1102.2009, 2007/3646, 2009/2201, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

ben bununla birlikte olacaktım" diye söylediğini beyan etmişlerdir."¹³⁴⁵Daha düşük sıklıkta da olsa taciz olayına kısmen de olsa doğrudan tanıklık edilmesi söz konusu olabilir; bir işçinin diğerini işyerinde sürekli takip ettiği ve sözlü taciz ettiği ileri sürülen olayda davalı işverenin tanıklarından biri şu ifadelerde bulunmuştur: *".... isimli evli arkadaşımızı rahatsız edici sözler söylüyormuş, iş akdi bu sebeple feshedildi, kasasının önünde durduğunu söylüyorlardı, ben kasanın önünde durduğunu gördüm, kasalar danışmanın yanında olduğu için Serkan bey de danışmada oturup kasaları izliyor, mağazanın diğer tarafında da kasa vardı H. hanım o taraftaki kasalara geçtiğinde Serkan o tarafa gidiyordu, bir seferinde H. hanım 'neden hep benim kasamın yanında duruyorsun neden bakıyorsun' dediğinde davacı 'sen nereye gidersen bende oraya gelirim' dediğini duydum, başka bir şey duymadım.."*¹³⁴⁶

Öğretide bir işçi hakkında birden çok işçinin cinsel taciz iddiasında bulunması hâlinde komplo ihtimalinin söz konusu olabileceği ve durumda ithamda bulunan işçilerin birbirleriyle ve suçladıkları kişiyle ilişkilerinin titizlikle araştırılması gerektiği ileri sürülmüştür.¹³⁴⁷ Yargı uygulamasında taciz mağdurunun ve tacize tanıklık eden diğer işçilerin iş sözleşmesi cinsel taciz sebebiyle feshedilen işçi arasında bir husumet bulunup bulunmadığını dikkate alınmakta, incelenen kararlarda taraflar arasında husumet olmadığı görülmektedir.¹³⁴⁸ Kanımca işçilerin kendi iradeleriyle bir araya

¹³⁴⁵ Yargıtay 22. HD. 28.12.2017, 2015/24369, 2017/31029, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁴⁶ Yargıtay 9. HD. 13.6.2019, 2016/3907, 2019/13291, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁴⁷ Özdemir, 2006, s. 94. Sevimli, 2013, s. 124.

¹³⁴⁸ "Somut uyumsuzlukta, tacize uğradığını bildiren kadın işçi Y. nin iffetini ortaya koyarak davacıya bu çeşit ithamda bulunması için bir sebep bulunmadığı gibi, tanık F. nin de davalı ile bir husumeti olmadığı anlaşılmaktadır." Yargıtay 9. HD. 10.2.2020, 2017/14071, 2020/1819, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. "Somut uyumsuzlukta, kadın işçi davacının davranışlarını işverene bildirmiş, işveren davacının iş akdini feshetmiştir. Şikayetçi kadın işçinin davacıya iftirada bulunması için bir sebep yoktur. Davacı tarafından şikayetin gairezen yapıldığına ilişkin bir sebep belirtilmediği gibi bu yolda bir ispat da yoktur." Yargıtay 9. HD. 13.6.2019, 2016/3907, 2019/13291, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. "şikâyetle bulunan S.Ç ve S.Ç isimli işçilerin gerek işverene yapmış oldukları şikâyet

gelerek komplo kurmaları düşük bir ihtimaldir. Buna karşılık işveren veya işveren vekilinin bir işçinin iş sözleşmesini feshetmek için haklı neden yaratmak üzere bu tür bir girişimde bulunması daha olasıdır. Yargıtay kararına konu olan bir olayda personel şefinin iş sözleşmesi feshedilmek istenen işçi hakkında diğer işçileri gerçeğe aykırı şikâyetlerde bulunmaya sevk ettiği görülmektedir: “Dairemizin 2015/33230 esas sayılı dosyasına konu olayda davalı şirkette çalışan Ay. B. isimli şahsın U. Y. S. isimli aynı işyerinde çalışan işçinin kendisine yönelik cinsel taciz içerikli eylemlerde bulunduğu bahisle işyerine dilekçe yazarak şikâyetle bulunduğu, benzer şekilde B. G. isimli aynı işyerinde çalışan başka bir işçinin de U. Y. S. isimli şahsın A. B.'yı rahatsız ettiğini belirtir dilekçesini işyerine verdiği, ancak, U. Y. S. isimli şahsın A. B.'ya yönelik cinsel taciz eylemi gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin haklı sebebe dayanılmak suretiyle feshinden sonra açılan işe iade davasında mahkemece dinlenen A. B.'nın U. Y. S.'in kendisine yönelik cinsel taciz boyutunda bir eyleminin bulunmadığını, U. Y. S.'in işten çıkarılmak istendiğinin kendisine söylendiğini ve personel şefi olan O. E. ne söyledi ise dilekçesine onları yazdığını beyan ettiği, aynı şekilde B. G.'ün de personel şefi olan O. E. kendisine ne söyledi ise onu yazdığını beyan ettiği anlaşılmış ve mahkemece U. Y. S. isimli şahsın iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshedildiği gerekçesiyle işe iadesine karar verilmiştir.” Kararda atıf yapılan 2015/33230 esas sayılı karara ulaşılamamıştır; bu kararda aynı personel şefinin kendisine küfredildiğine dair doğruluğu şüpheli tutanaklar tutturduğu anlaşılmaktadır.¹³⁴⁹

Bazı durumlarda, tacizde bulunan işçinin ikrarı veya iddiaları kaçamaklı olarak kabul etmesi söz konusu olabilmektedir. İşçinin ikrarı söz konusu olduğunda başka delil

başvurusunda gerekse, mahkemece yapılan keşifte soyunma odasını gözetleyen kişinin davacı olduğunu beyan etmişlerdir. Davacıya bu isnatlarda bulunan yukarıda ismi geçen şahıslar ile davacı arasında iftirada bulunmalarını gerektirir bir husumette bulunmamaktadır.” Yargıtay 7. HD. 10.11.2014, 12153/20578, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁴⁹ Yargıtay 22. HD. 11.1.2016, 2015/33123, 2016/91, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 31.1.2022.

bulunmasa da ispat gerçekleşmektedir: “Her ne kadar Mahkemece davacının dilekçede ismi geçen işçiye cinsel tacizde bulunduğuna dair tanık beyanı ve sair kuvvetli delil bulunmadığı, davalı işverence davacının işten çıkarılmadan bu konuda savunmasının alınmadığı, iş sözleşmesinin davacının kıdem ihbar tazminatına hak kazanamayacak şekilde son bulduğunun ispatlanamadığı gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatının kabulüne karar verilmiş ise de isabetli olmamıştır. Dosya içeriğine göre 26.02.2014 tarihinde şikâyet dilekçesi veren temizlik görevlisinin iddialarının, davacının 27.02.2014 tarihli yazılı ifadesi ile ikrar edildiği anlaşılmaktadır. Feshe konu olay, davacı tarafından doğrulandığından fesih sebebi yapılan cinsel taciz dosya kapsamı ile sabittir.”¹³⁵⁰ Bazı örneklerde davacı işçi, olayı doğrudan ikrar etmese de taciz davranışlarının yanlış anlaşıldığını ifade ederek davranışlarını kabul edebilmektedir.¹³⁵¹

Taciz olaylarının işyerindeki kamera kayıtlarıyla ispatlanması mümkün olabilmektedir: “Dosya içinde yer alan taciz olayına dair görüntü kayıtlarında davacının diğer çalışan kadın işçinin yalnız olduğu bir aşamada ve gece saatlerinde masasına geldiği, kısa süreli bir konuşmadan sonra diğer işçinin masadan kalkması üzerine asansörün önüne geldikleri, asansörün önünde elleri ile müdahale ederek diğer işçiyi asansör içine sokmaya zorladığı kadın işçinin elleri ile davacıyı itmek suretiyle zorlukla uzaklaşabildiği anlaşılmaktadır.”¹³⁵² Kamera kayıtları tam olarak taciz olayını

¹³⁵⁰ Yargıtay 22. HD. 1.7.2019, 2017/22798, 2019/14706, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁵¹ “Kadın çalışanların beyanları, davacının alınan yazılı savunmasında tanıkların söylediklerini kaçamaklı kabul etmesi, ancak karşı tarafça yanlış anlaşıldığını beyan etmesi karşısında davacının iş yeri çalışanı kadın işçilere karşı davranışlarının taciz boyutunda olduğu bu eylemler karşısında işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı” kabul edilmiştir. Yargıtay 9. HD. 18.1.2018, 2017/28047, 2018/659, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022. “Öte yandan davacı işçi idari soruşturmadaki beyanında ‘..acele ile telefona koşarken elini kendisine çarptığını...kendisine terbiyesiz gibi birkaç laf söyleyerek odadan çıktığını.....’ söylemiştir. Olayın gelişimi dikkate alındığında, davacı işçinin haklı feshe konu olan davranışı işlemiş olduğu dosya kapsamına göre somut delillerle ispat edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.” Bu örnekte davacının kaçamaklı ikrarının yanında tutarlı tanık anlatımları da mevcuttur. Yargıtay 9. HD. 11.2.2009, 2007/36469, 2009/2201, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁵² Yargıtay 9. HD. 25.3.2019, 2015/35803, 2019/6594, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

göstermese dahi buna dair bir izlenim edinilmesini sağlayabilir; işçinin iş sözleşmesinin otelde bir müşteriyi taciz etmesi sebebiyle feshedildiği bir olay bu tür bir duruma örnektir: *“Davalı tarafından alınan savunmasında, davacının odayı temizledikten sonra birden fazla kere odada bulunan eksikleri tamamlamak bahanesiyle kadın müşteri odadayken içeriği girdiğini, hatta kendinin müşteri tarafından taciz edildiğini savunduğu görülmüştür. İşyeri kamera kayıtlarının incelenmesi sonucu davacının birden fazla odaya giriş çıkış yaptığı, en son kadın müşteri tarafından kovulduğu tutanak altına alınmıştır.”*¹³⁵³

Cinsel tacizin yazılı mesajlarla gerçekleştirilmesi hâlinde, yazışmalar ispatı sağlamaktadır: *“Somut olayda; (...) davacının iş akdi iş yerinde staj yapmakta olan kadın stajyerin şikâyeti üzerine gerçekleştirilen değerlendirme sonucunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-(c) ve (d) maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiği, davalı işveren tarafından 03.10.2017 tarihinde davacının savunmasının alındığı; stajyer K2'na yönelik olarak şaka mahiyetinde elbisen çok güzel dediğini belirttiği, dosya içerisinde bulunan tanık beyanları, iş yeri şahsi sicil dosyası içerisinde bulunan yazılı beyanlar, bilirkişi marifetiyle dosyaya sunulan whatsapp mesaj dökümü bir bütün olarak değerlendirildiğinde feshin haklı nedene dayandığının davalı tarafça ispat edildiği kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi isabetlidir.”* Kararda yazışmaların içeriği yer almamaktadır ancak davacının stajyere sözlü olarak *“Seni o elbiseyle görsem kesin aşık olurdum.”, “Whatsapp profiline de baktım. Arkan dönüktü tanımadım, fotoğrafı büyüttüm, kalçalarına baktım bu olsa olsa K2'in kalçaları olur dedim.”* dediği ileri sürülmüştür.¹³⁵⁴ Çok sayıda yazılı taciz örneğine yukarıda yer verilmişti.¹³⁵⁵

¹³⁵³ Yargıtay 9. HD. 19.9.2013, 2011/26623, 2013/23091, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁵⁴ Adana BAM 7. HD. 7.2.2019, 2018/2818, 2019/219, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 14.2.2022.

¹³⁵⁵ Bkz. yukarıda §4-III-1-b.

Cinsel taciz mağdurunun tanık olarak dinlenmesi hâlinde, bunu mağduru tekrar travmatize edebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Fail ceza yargılamasında hüküm giymişse, failin ikrarı varsa, taciz olayını içeren açık yazılı deliller veya görüntü kaydı varsa mağdurun mutlaka dinlenmesi aranmamalıdır. Mağdurun hem asil hem de tanık olarak dinleneceği duruşmalarda HMK m. 28/2 gereği tarafların bu yönde talebi olmasa dahi hâkim re'sen gizlilik kararı almalıdır.¹³⁵⁶

3. Ceza soruşturma ve kovuşturmasının hukuk yargısına etkisi

Ceza mahkemesi kararının tazminatlardan sorumluluk üzerindeki etkisi TBK m. 74'te düzenlenmektedir; buna göre: *“Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”* Ceza mahkemesi kararının hukuk davasına etkisi bir Yargıtay HGK kararında şu şekilde açıklanmaktadır: *“Bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliliği, illiyet gibi esasların hukuk hâkimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, hukuk hâkiminin yukarda açıklanan bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle 'failin hukuka aykırılığı' konusu ile hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer*

¹³⁵⁶ “Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.”

bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır.”¹³⁵⁷

Nedensellik bağı bulunmadığı ya da fiil suç teşkil etmediği için verilen beraat kararları bakımından bu hükmün yerinde olduğu öğretide kabul edilmektedir. Zira, ceza hukukundaki nedensellik bağı ve tazminat hukukundaki nedensellik bağı birbirinden farklıdır; bir fiil suç teşkil etmese de hukuka aykırı olabilir. Delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararları bakımından da düzenleme isabetli olmakla beraber sanığın isnat edilen fiili işlememiş olması nedeniyle verilen beraat kararının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamadığı tartışmalıdır. Faili mahkûm eden ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimini bağladığı kabul edilmektedir.¹³⁵⁸

Cinsel tacizle ilgili davalarda, Yargıtay TBK hükmüne uygun olarak delil yetersizliğinden beraat kararının hukuk hâkimini bağlamadığına ve bu hâllerde dosyadaki delil durumuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir.¹³⁵⁹ Cinsel tacizde bulunan işçinin delil yetersizliğinden beraat ettiği bir olayda dosyadaki delillerin ceza mahkemesi tarafından tam olarak değerlendirilmediği görülmektedir: “*Cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır. Nitekim olay tutanağını düzenleyen tanıklar, davacı ve diğer bayan işçiyi tartışırken ve karşılıklı birbirlerine hakaret ederken gördüklerini, daha öncesini bilmediklerini belirtmişlerdir. Bu tartışma ve hakaret olayının herhangi bir neden olmadan çıkması hayatın olağan akışına aykırıdır. Olayın mağduru diğer bayan işçi, depoda yemek pişirme sırasında davacı işçinin kendisine arkadan sarılması üzerine bağırıldığını, ancak davacının kendisini*

¹³⁵⁷ Yargıtay HGK. 30.5.2018, 2015/7-3171, 2018/1143, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁵⁸ Oğuzman – Öz, 2012b. 79-80.

¹³⁵⁹ Yargıtay 9. HD. 25.3.2019, 2015/35803, 2019/6594. Yargıtay 9. HD. 8.6.2020, 2016/16234, 2020/4947, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

tuttuğunu ve boğazını sıktığını beyan etmiştir. Bayan işçinin bu beyanını, hazırlık aşamasında alınan ancak gerek Sulh Ceza Mahkemesince gerekse hukuk mahkemesince değerlendirilmeyen, "yüzünde ve kolunda sıyrık ve hematoma mevcuttur, basit etkili eyleme maruz kalmıştır" ibarelerini içeren adli rapor doğrulamaktadır. O hâlde somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin bayan işçiye hem cinsel tacizde, hem de etkili eylemde bulunmak sureti ile sataşma bulunduğu, bu sataşmasını tanıklar geldiğinde de devam ettirdiği sabittir.”¹³⁶⁰

Hukuk hâkimi ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı olmadığı gibi, ceza soruşturması sonrası kamu davası açılmaması da hukuk hâkiminin cinsel tacizle ilgili değerlendirmesinde etkili değildir: “Somut uyuşmazlıkta; davacı işçi cinsel taciz ve saldırıya uğradığını ileri sürerek savcılığa şikâyetle bulunmuş ve yapılan ceza soruşturması neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Ne var ki, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin bu karar, kamu davası açmaya yeterli delil bulunmadığına dayalı olarak verilmiş olup, mahkemece davacının kıdem tazminatı talebinin başı başına reddine gerekçe teşkil etmesi mümkün değildir.”¹³⁶¹ Cinsel tacize uğrayan işçinin çeşitli nedenlerle şikâyetçi olmamasının da değerlendirmede etkili olmadığı bir kez daha hatırlatılmalıdır.¹³⁶²

Ceza mahkemesinin sanığa ceza vermesi ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması hâlinde fiil sabittir, hukuk hâkimi bu hâlde maddi olgularla bağlıdır: “Davacının aynı işyerinde çalışan ... ile aralarında duygusal ilişki olduğu, evlenmeye karar verdikleri ancak ... vazgeçmesi üzerine davacının baskı yapmaya başladığı, tehdit

¹³⁶⁰ Yargıtay 9. HD. 12.10.2009, 115/26672, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁶¹ Yargıtay 9. HD. 22.1.2019, 2016/19517 K. 2019/1922, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁶² Yargıtay 9. HD. 25.9.2019, 6572/16671. Yargıtay 9. HD. 10.2.2020, 2017/14071, 2020/1819, Yargıtay 7. HD. 4.3.2014, 22443/5109, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

mesajları gönderdiği ve en sonunda işyeri mutfağında cinsel tacizde bulunduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Ayrıca davacı bu eylemi sebebiyle Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmış, suçu sabit görülmüş ancak hükmün açıklanmanın geri bırakılmasına karar verilmiştir. (...) Davacının işyerinde çalışan arkadaşına karşı sabit olan eylemi sebebiyle iş akdinin feshi haklı nedene dayanmakla birlikte feshin yasal süresi içinde yapılmadığı anlaşıldığından feshin geçerli hâle geldiği kabul edilerek davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.”¹³⁶³

Son olarak, cinsel taciz sebebiyle açılmış bir kamu davasının bulunması hâlinde bunun bekletici mesele yapılması gerekebilir: “İş sözleşmesi, cinsel taciz gibi eylemle haklı nedenle feshedildiği savunulan ve aynı zamanda ceza mahkemesinde fesih nedeninden dolayı kamu davası açılan işçinin açtığı kıdem ve ihbar tazminat istemli davasında, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı sunulan delillerle anlaşılmadığından ceza dosyasının sonucu eldeki fesihle ilgili uyuşmazlığın çözümünü doğrudan etkileyecek durumda olup, kesinleşmesi beklenmeden sonuca gidilmesi hatalıdır.”¹³⁶⁴ Yargılamanın bekletilmesi yasal dayanağını HMK m. 165/1 hükmünde bulmaktadır: *Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idarî makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idarî makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.”*

¹³⁶³ Yargıtay 7. HD. 5.11.2015, 23026/21586, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

¹³⁶⁴ Yargıtay 9. HD. 24.12.2015, 2015/36791, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 31.1.2022.

II. Ayrımcılığın ispatına dair kuralların cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından uygulanması gereği

Ayrımcılık yasağının etkili bir biçimde uygulanması için ispata ilişkin genel kurallardan ayrılmak gerekmiştir. Ayrımcılık hâlinde ispat eşiği düşürülerek bu tür davranışlara maruz kalanların hak aramaları kolaylaştırılmaktadır. Ayrıca, işçi-işveren ilişkisinde olduğu gibi ayrımcılık genellikle ilişkinin güçlü konumdaki tarafınca gerçekleştirildiği için de ispatın genel kurallardan ayrılması sayesinde bu eşitsizliğin ispata yansması bir ölçüde engellenmektedir.¹³⁶⁵ Bu doğrultuda, İK m. 5/son'da ayrımcı davranışın ispatına ilişkin özel bir kural getirilmiştir: *“20nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını 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.”*

İK m. 5/son'da ayrımcılığın ispatına ilişkin getirilen özel kural aslında ispat yükü açısından genel kuraldan ayrılmamakta, ayrımcılığı ispat eden tarafın bu durumu ispat etmesi gerekmektedir. Buna karşılık, düzenleme ayrımcılığa uğrayan işçi lehine bir ispat kolaylığı getirmekte ve dolaylı ispat aramaktadır.¹³⁶⁶ Medeni usûl hukuku anlamında burada aranan yaklaşık ispat değil, tam ispattır; ancak düzenlemede ilk görünüş ispatı kabul edilmiştir; dolayısıyla ispat yükünün hafiflemesi değil, ispat ölçüsünün düşürülmesi söz konusudur.¹³⁶⁷ İlk görünüş ispatı kısaca, genel hayat tecrübesine göre güvenilir olan belli vakılardan yola çıkarak, olaya uygulanacak normdaki vakıa

¹³⁶⁵ Karan, 2017, s. 427.

¹³⁶⁶ Okur, 2016, s. 590-591.

¹³⁶⁷ Albayrak – Yuvalı, 2012, s. 90. Karan, 2017, s. 428. Ünal, 2013, s. 418.

unsurunun tamamının gerçekleştiği sonucuna varılmasına izin veren ispat türüdür.¹³⁶⁸ Burada işçi iddia ettiği ayrımcılık vakıasını evre vakıaların ispatı yoluyla ortaya koymaktadır; hâkimin ayrımcılığın kesin olarak gerçekleştiğine değil, ağır basan bir ihtimal olarak gerçekleştiğine ikna olması yeterlidir.¹³⁶⁹ Dolayısıyla işçi, ilk görünüşte ayrımcılık yapıldığını gösteren, ispatlanması daha kolay ve genel hayat tecrübelerine göre ayrımcılık yapıldığı olasılığını gösteren vakıaları ortaya koymaktır.¹³⁷⁰ Yargıtay, burada somut delillerle ayrımcılık ihtimalinin gösterilmesini aramaktadır.¹³⁷¹ İşçinin yasanın aradığı ölçüye uygun şekilde ayrımcılığı ispat etmesinden sonra, delil ikame yükü yer değiştirecek ve işveren ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine dair karşı ispatta bulunacaktır.¹³⁷² Burada işverenin artık farklı uygulamanın altında yatan esas nedenin hukuken korunabilir, objektif, haklı ve makul olduğunu ispat etmesi gerekir.¹³⁷³ İK'da düzenlenen ayrımcılık ispatına ilişkin kural AB hukukuyla uyumludur.¹³⁷⁴

İK m. 5/son'daki ispat kuralının iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde yapılan ayrımcılıkta uygulanacağına şüphe yoktur. Ancak hatırlatılmalıdır ki işveren, haklı fesih yaptığını iddia ediyorsa haklı fesih sebebini, geçerli fesih yaptığını iddia ediyorsa İK m. 20/2 gereği geçerli bir fesih nedenine dayandığını ispat etmek durumundadır. İşe girişte ayrımcılıkta İK m. 5'te düzenlenen ispat kuralının uygulanıp uygulanmayacağı açık

¹³⁶⁸ Atalay, 2017a, s. 1623.

¹³⁶⁹ Albayrak – Yuvalı, 2012, s. 90, 92.

¹³⁷⁰ Baysal, 2010, s. 94. Yuvalı, 2012, s. 210.  nal, 2018, s. 418.

¹³⁷¹ Okur, 2016, s. 591.

¹³⁷² Albayrak – Yuvalı, 2012, s. 91. Okur, 2016, s. 592. Baycık, 2018, s. 272.

¹³⁷³ Yıldız, 2008, s. 302.

¹³⁷⁴ Doğan Yenisey, 2006, s.74. Yuvalı, 2012, s. 207. Karan, 2017, s. 447.

değildir. İşe girişte de iş ilişkisinin devamında ve sona ermesindeki ispat güçlüğüne bulunmasından hareketle aynı ispat kurallarının geçerli olması gerekir.¹³⁷⁵

İsviçre hukukunda, ayrımcılığa ilişkin yargılamalarda kamu yararı olduğundan re'sen araştırma ilkesi geçerlidir; ancak bu husus ispat yüküne ilişkin maddi hukuk kurallarını etkilememektedir.¹³⁷⁶ Federal Eşitlik Yasası'nda ayrımcılığı iddia eden taraf bunun muhtemel olduğunu ortaya koyduğunda ayrımcılığın var olduğunun varsayılacağı düzenlenmiştir (m. 6).¹³⁷⁷ Cinsel tacizin ispatı, bu özel kuralın dışında tutulmuş olmakla beraber, tacizle bağlantılı ayrımcı fesihlerde söz konusu kural uygulama alanı bulmaktadır.¹³⁷⁸ Cinsel tacizin bu düzenleme dışında tutulmasının altında, örneğin ücret ayrımcılığından farklı olarak ispatın işverenin elindeki bilgi ve belgelere dayanmaması ve tacizin aynı ispat rejiminde tâbi olması hâlinde işverenin olmayan bir durumu ispatlamak zorunda kalacağı düşüncesi yatmaktadır. Cinsel tacizde ispat ölçüsünde hafiflemeye gidilmemesi, kadın erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi amacına uygun düşmemektedir.¹³⁷⁹ Cinsel tacizin ispatına ilişkin güçlükler nedeniyle İsviçre'de yargı uygulamasında, hukukumuzdakine benzer şekilde, TMK m. 8'in karşılığı olan İsviçre MK m. 6 katı bir biçimde uygulanmamakta, tacizin ispatı çok güç olduğundan tacizin yüksek ihtimalle gerçekleştiğini ortaya koyan emareler dikkate alınmaktadır. Burada dikkate alınabilecek unsurlara örnek olarak, tarafların yargılama esnasındaki tavırları, tanık beyanları, taciz mağdurunu tedavi eden hekimin tanıklığı, taciz olayıyla bağlantılı

¹³⁷⁵ Ugan Çatalkaya, 2019, s. 196. İşe girişteki ayrımcılığın culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanması sebebiyle işe girişte de İK m. 5/son'daki ispat kuralının uygulanacağı yönünde, Yıldız, 2008, s. 204.

¹³⁷⁶ Lempen, 2006, s. 161-162.

¹³⁷⁷ "L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable; la présente disposition s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail."

¹³⁷⁸ Lempen, 2006, s. 168.

¹³⁷⁹ Lempen, 2006, s. 170-175, 183.

olarak ortaya çıkan farklı muameleler, taciz olayının ayrıntılı şekilde anlatılması gösterilebilir.¹³⁸⁰

Fransız hukukunda, 2016 yılından beri cinsel tacizin (ve psikolojik tacizin) ispatı ve ayrımcılığın ispatı ile aynı rejime tâbi tutulmuştur. Fransız İş Kodu'nun L1154-1 hükmüne göre, cinsel tacize uğrayan işçi veya işçi adayı bu tür bir tacizin gerçekleştiğini varsaymayı sağlayan unsurları ortaya koyacaktır. Bunlar karşısında, davalı taraf söz konusu davranışların taciz oluşturmadığını ve kararlarının tacize tamamen yabancı objektif nedenlere dayandığını ispat edecektir.¹³⁸¹ 2016 yılındaki değişiklikten önce, ayrımcılık ispatındaki düzenlemeden farklı olarak tacizin ispatında, tacizin varlığını varsaymayı mümkün kılan olguların ispatı aranmaktaydı (*“le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement”*). Bu değişiklik, Fransa'da cinsel tacizle mücadele için kurulu dernek AVFT'nin görüşleri doğrultusunda, cinsel taciz ve diğer ayrımcılık türlerini aynı ispat rejimine tâbi kılmak üzere gerçekleştirilmiştir. Önceki metinde geçen olguların ispatı ifadesi, yeni metinde yer alan tacizin gerçekleştiğini varsaymayı sağlamak ifadesinden daha ağır bir ispat ölçütünü ifade etmektedir. Bu farklılık karşısında ayrımcılık mağduru, dolaylı delillerden oluşan bir dizi delili ortaya koyarken cinsel taciz mağdurunun olguları ispatlamak durumunda kalabilmekteydi.¹³⁸²

Hukukumuzda yargı uygulamasında cinsel tacizin ispatında hayatın olağan akışına uygunluk değerlendirilerek ilk görünüş ispatı kabul edilmiş ve böylelikle ispat ölçüsü

¹³⁸⁰ Lempen, 2006, s. 164-167.

¹³⁸¹ “Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.”

¹³⁸² Leborgne-Ingelaere, 2016, para. 5-10.

düşürülmüş olmakla beraber, yukarıda ele alındığı üzere tacizin ayrımcılık oluşturduğuna dair bir uygulama henüz gelişmemiştir ve bu doğrultuda tacizin ispatı da ayrımcılık ispatına ilişkin kurallara tâbi kılınmamıştır. Cinsel ve cinsiyetçi taciz, her zaman cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğu için bu davranışların ispatında İK m. 5/6'da düzenlenen ispat kuralı uygulanmalıdır;¹³⁸³ bunun için bir yasa değişikliğine ihtiyaç bulunmamakla beraber bir yasa değişikliği ile açıkça düzenlemesi tereddüt kalmaması adına uygun olabilir. BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de cinsel taciz konusunda mağdurların üzerindeki ispat yükünün hafifletilmesi yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır.¹³⁸⁴

III. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi sorunu

HMK m. 189 uyarınca “(2) *Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz. (4) Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.*” Bu düzenlemenin gerekçesine göre: “*İkinci fıkra ile, ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukukî çerçevesi çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkroda öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz*

¹³⁸³ Karan, 2017, s. 315. Baycık, 2018, s. 273.

¹³⁸⁴ Lempen, 2019, s. 307.

ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta mahkemece re'sen karar verilebileceği hususu dördüncü fıkra ile öngörülmüştür. (...) Dördüncü fıkra, gösterilen delillerin caiz olup olmadığına mahkemece re'sen karar verileceği hususu düzenlenmiştir.”

Öğretide bir görüşe göre, temel haklar, özel yaşam alanı veya kişilik hakları ihlal edilerek elde edilen mahkemede değerlendirilemez. Söz konusu hakların ihlali nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırılık sadece tazminat ödenerek giderilemez; bu delillerin değerlendirilmemesi gerekir. Maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması kabul edilemez.¹³⁸⁵ Buna karşılık bir diğer görüş, mevcut yasal düzenleme karşısında mahkemelerin kararlarını hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillere dayandıramayacağını kabul etmekle beraber, olması gereken hukuk bakımından her türlü hukuka aykırı delilin değerlendirme dışı bırakılmasının doğru olmadığını ileri sürmektedir. Buna göre, her bir somut olay bakımından delil elde edilirken ihlal edilen hak ile bu delili elde eden tarafın korunmaya değer menfaati arasındaki dengeye bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Özellikle hukuka uygun yollarla delil elde edilmesi mümkün değilse veya beklenemeyecek kadar güçse, bu delil değerlendirilebilmelidir.¹³⁸⁶

Yargıtay uygulamasının yukarıda anılan ikinci görüş doğrultusunda olduğunu söylemek mümkündür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre: *“Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Vurgulanmalıdır ki, bir delilin*

¹³⁸⁵ Atalay, 2017a, s. 1596.

¹³⁸⁶ Akil, 2012, s. 1247-1249.

usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilirse de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir.”¹³⁸⁷

İş hukuku bağlamında işçilerin iletişimlerinin işveren tarafından izlenmesi ve işçilerin elektronik yöntemlerle gözetlenmesinin sınırlarına ve hangi şartlar altında hukuka uygun olduğuna yukarıda yer verilmişti. Yargıtay uygulamasında işverenin uyguladığı izleme ve gözetleme yöntemlerinin hukuka uygunluğu araştırılmadan bu delillerin değerlendirildiğine dair eleştirilere değinilmişti.¹³⁸⁸ Öğretide, hukuka uygun olmayan yöntemle elde edilen delillerin işveren tarafından yargılamada ileri sürülmesi hâlinde, delilin elde edilmesi TCK’nın “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” bölümünde yer alan suçlardan birini teşkil ediyorsa taraflar arasındaki menfaat durumuna bakılmaksızın delilin değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Aksi bir yaklaşım suç olan bir yöntemle elde edilmiş delilin mahkeme önünde değerlendirilmesi gibi tutarsız bir sonuç yaratacaktır.¹³⁸⁹

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatı bakımından, yukarıda ele alındığı üzere hukuka uygun yöntemlerle yapılan izleme ve gözetlemelerde elde edilen delillerin işveren tarafından tacizin ispatında kullanılması mümkündür. Ayrıca, izleme ve gözetleme farklı bir amaçla yapılıyor olsa da bu sırada tacizden tesadüfen haberdar olan işveren bu delilden yararlanabilir. Taciz içeren ifade veya görüntülerin işçiye elektronik iletişim araçları üzerinden gönderilmesi durumunda, mesaj, sosyal medya, e-posta gibi yazışmaların işçi tarafından delil olarak kullanılabileceği açıktır. Bu hâlde karşı taraf

¹³⁸⁷ Yargıtay HGK. 15.2.2012, 2011/703, 2012/70, www.lexpera.com.tr, 15.2.2023.

¹³⁸⁸ Bkz. yukarıda §6-I-3-c ve d.

¹³⁸⁹ Sevimli, 2006, s. 280-281. Öktem Songu, 2011, s. 1084. Okur, 2013, s. 198. Gürsel, 2016, s. 405.

yazışmaların kaydedildiğinden haberdardır; telefona bırakılan sesli mesaj, gönderilen fotoğraf, ses kaydı, videolar bakımından da aynı sonuca varılmalıdır.¹³⁹⁰ İşçinin kendisine gönderilen bu tür içerikleri delil olarak işverene sunması hâlinde de işveren bu delilleri hukuka uygun olarak elde etmiş olacaktır. İşçinin işverene elindeki yazışmaları sunması dışında işverenin hukuka uygun bir biçimde taciz şüphelisi işçinin iletişimi gözetleyebileceği sınırlı ihtimaller ortaya çıkabilir. Yine çok sınırlı hâllerde gizli gözetlemenin yapılması hukuka uygun hâle gelebilir. Bu ihtimallere yukarıda yer verildiğinden burada tekrarlanmayacaktır. Bu durumda iletişimin izlenmesi veya işçinin elektronik yöntemlerle gözetlenmesi yoluyla elde edilen delillerin de hukuka uygun olduğu ve mahkeme tarafından değerlendirilebileceği açıktır. Bu hâller dışında işverenin taciz olaylarıyla ilgili tacize uğrayan işçiyi tanık göstermesi ve işyerinde soruşturma gerçekleştirerek dolaylı tanıklara ulaşması çoğu zaman mümkündür. Hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delilin değerlendirilmesine izin verilmesi için başka türlü delil elde etmenin imkânsız veya beklenemeyecek kadar güç olması gerektiği görüşü doğrultusunda işveren açısından çoğunlukla bu tür bir güçlükten söz etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, işverenin işçilerin iletişimlerini izlemesinin veya kamerayla gözetlemesinin hukuka uygun hâle geldiği durumlar dışında bu deliller hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olduğundan kural olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

İş sözleşmesini cinsel taciz nedeniyle feshedilen işçinin açtığı davada işverenin taciz mağdurunu ve diğer işçileri tanık göstermesi mümkünse de taciz mağdurunun işverene karşı açtığı davada işyerinde çalışan diğer işçileri tanık göstermesi son derece güçtür. Tacize uğrayan işçi bakımından genellikle başka yolla delil elde etmek imkânsız olacaktır; bu hâllerde işçinin gizli kayıt gibi yöntemlerle elde ettiği delillerin

¹³⁹⁰ Frouin, 2015, para. 11.

değerlendirilmesi gerekir. Örneğin Fransız hukukunda, işçinin göreviyle bağlantılı olarak haberdar olduğu belgeleri davada delil göstermek için işyerinden gizlice alması veya belgelerin kopyasının çıkarması hâlinde bu delillere dayanabileceği kabul edilmektedir. Oysa bu fiil Ceza Kodu anlamında suç teşkil etmektedir.¹³⁹¹ Bu durum Fransız yargı uygulamasında geçmişte tutarsız sonuçların doğmasına yol açmıştır, Yargıtay’ın Sosyal Dairesi bu tür delilleri kabul ederken Ceza Dairesi bu fiillerin cezalandırılması yönünde hüküm kurmuştur; ancak daha sonra Ceza Dairesi içtihadını Sosyal Daire’yle uyumlu şekilde değiştirmiş ve bu tutarsızlık ortadan kalkmıştır.¹³⁹² Tacize uğrayan işçinin örneğin işyerindeki güvenlik kamerası kayıtlarının kopyalarını gizlice alması hâlinde bu kayıtlara görevi gereği erişimi olmasa dahi delillerin değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

İşçinin gizlice ses veya video kaydı alması durumunda bu delillerin değerlendirilmesi yönünden Yargıtay’ın sendikal fesih bağlamında verdiği bir karar yol göstericidir. İşçinin sendikal sebebi ispat edebilmek için gizli ses kaydı aldığı bir olayda 9. Hukuk Dairesi isabetli değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Sendikal tazminat talebi bakımından ise davacı tarafından dosyaya sunulan dökümü yaptırılan CD içeriğinde davacının ve bir işyeri yetkilisinin konuşma kayıtları bulunmakta olup, konuşma kaydında sendikanın yaptığı bilgilendirme toplantısına davacının işyerindeki çalışanları çağırdığı, bundan dolayı şube müdürünün gelip davacıyla konuştuğu, işyeri yetkilisinin sendikanın yaptığı toplantıya katılanları öğrenmeye çalıştığı ancak davacının bilgi vermediği, davacının kendisine daha önce sendikadan ayrıl dendiğini ancak ayrılmayınca 3 ay’da çalıştırıldığını, sendikayı bırakırsan seni oradan alırs dendiğini söylediği, ayrıca işyeri yetkilisinin, davacıya sık sık sen bu işte çalışmak*

¹³⁹¹ Boursier, 2003, s. 214-216.

¹³⁹² Frouin, 2015, para. 27-28.

istemiyor musun dediği görülmekte olup söz konusu ses kaydının amacının davacının sendikal tazminat iddiasını ispatlamak için kendi lehine bir delil oluşturmak olduğu anlaşılmakla hukuka aykırı delil niteliğinde olmadığı ,mahkemece çözümü yaptırılarak dosya arasına alındığı hâlde gerekçeli kararda bu konuşmada yer alan ifadelerle neden itibar edilmediğinin gerekçesi açıklanmamıştır.”¹³⁹³ Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatı bakımından da tacize uğrayan işçinin, taciz olayını gizlice kayda alması hâlinde bunun değerlendirilmesi uygun olacaktır. Zira burada kayıt almanın tacizcinin özel yaşamını ihlal ettiğinden ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğundan bahsedilemez.¹³⁹⁴

¹³⁹³ Yargıtay 9. HD. 22.1.2018, 2016/34331, 2018/780, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 8.2.2023.

¹³⁹⁴ Baldeck – Beckers, 2020, s. 143.

§9. SONUÇ

İş ilişkisinde cinsel taciz hem toplumdaki cinsiyet eşitsizliğiyle hem de iş ilişkisinin hiyerarşik yapısıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Cinsel taciz mağdurları çok büyük oranda kadınlardan oluşmaktadır; bu durum tacizin bireysel olarak kadınlara ayrı ayrı yönelen bir haksız fiil olmaktan öte, kadınlara bir grup olarak cinsiyetleri nedeniyle yönelen bir ayrımcılık olduğunu ortaya koymaktadır. Kadınlar iş ilişkisinde cinsel içerikli olmayan ancak kadınların aşağı cinsiyet olduğu görüşüne dayanan cinsiyetçi tacizlerle de karşılaşmaktadır. Bu tür tacizler de mağdurları üzerinde cinsel tacizin etkilerine benzer şekilde olumsuz etkiler yaratmaktadır. Ayrıca cinsiyetçilik sorunu sürdüğü sürece cinsel taciz sorununun sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle iş hukuku öğretisinde daha önce ele alınmamış olan cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayanan tacizler “cinsiyetçi taciz” olarak anılarak çalışma konusuna eklenmiştir. Bu tür tacizlere dikkat çekilmesi, bu çalışmanın iş hukuku öğretisine temel katkılarından biridir. Cinsel taciz kadınların işgücü piyasasındaki dezavantajlı konumunu daha da derinleştirmektedir. Dolayısıyla cinsel ve cinsiyetçi tacizle ilgili hukuk düzenlemeleri sadece bireysel ihlalleri tazmin etmeye değil, ayrımcılığı ortadan kaldırma amacına yönelmelidir.

Cinsel taciz sorunu ilk kez 1970’lerde ABD’de gündeme gelmiş ve feminist hukukçuların çabalarıyla cinsel taciz, mahkemeler tarafından bir ayrımcılık türü olarak ele alınmıştır. ABD hukuku Anglosakson hukuk düzenine dâhil olmakla hukukumuzdan çok farklı bir yapıdadır; ancak farklılıkları göz önünde tutarak bu ülkenin hukuk deneyiminden faydalanmak ortaya çıkabilecek çeşitli sorunları öngörmeye olanak vermektedir. ABD hukukundaki ayrımcılık bakış açısı okyanusu aşarak Avrupa’da da özellikle AB hukukunun etkisiyle kabul görmüştür. Avrupa’da cinsel tacizin geleneksel olarak insan onuruna aykırılık veya kişilik haklarına aykırılık temelinden ele alınması,

bir tür karmaşıya yaratmış olsa da Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ortaya çıkan çözümlerin hukukumuza aktarılması daha kolay olduğundan bu sistemdeki Fransa ve İsviçre hukukları incelenmiştir. Fransa’da cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin hukuk oldukça dinamiktir ve bu alanda çalışan feminist sivil toplum kuruluşlarının çabaları bunda etkilidir. İsviçre ise TBK’nın iktibas edildiği hukuk düzeni olduğu için özellikle sorumluluk hukuku bakımından önemli bir kaynak oluşturmaktadır.

Cinsel ve cinsiyetçi tacizle hukuk alanında mücadele etmek için öncelikle bu konudaki kadın deneyimini yani sosyolojik gerçekliği anlamak gerekmektedir. Nötr görünümlü, kadın ve erkeklere eşit mesafede durduğu varsayılan hukuk kuralları pek çok kez kadınların sorunlarını çözmekten uzak kalmakta, hatta kadınları dezavantajlı konuma sokmaktadır. Feminist hukuk metodolojisindeki yöntemlerden biri olan “kadın sorusu sormak” nötr görünümlü kuralların kadınlar için yarattığı dezavantajları tespit etmeyi sağlar. Cinsiyet temelli tacizler bakımından da ancak bu dezavantajlar tespit edilerek daha uygun çözümler getirilebilir. Bu çalışmada, tacize uğrayan işçinin haklı fesih hakkının 6 iş günlük hak düşürücü süreye tâbi olması ve bir diğer işçinin veya üçüncü kişinin tacizi sebebiyle haklı fesih hakkının işçinin ancak işverene durumu bildirmesine rağmen önlem alınmaması hâlinde doğması kadın sorusu sorularak tespit edilen iki temel sorun olmuştur.

Kadın homojen bir kategori değildir; dolayısıyla kadınların taciz deneyimleri ve tacize uğradıkları zaman ihtiyaç duyacakları destekler birbirinden farklılık arz etmektedir. Bu farklı deneyimler karşısında kadın sorusunun dışlananlar sorusuna evrilmesi gerekir. Emek piyasasındaki daha dezavantajlı konumdaki pek çok kadın işçi için yasal düzenlemeler ne kadar ileri olursa olsun bu haklara erişim güç olacaktır. Dezavantajlı konumdaki işçilerin tacizden korunması ve tacize uğramaları hâlinde adalete erişebilmeleri ancak devletin bu yönde politikalar geliştirmesi ve hayata

geçirmesi ile mümkün olabilir. Dolayısıyla bu çalışmada dışlananlar sorusu sorularak tespit edilen pek çok soruna tek başına hukuk önünde çözüm getirilmesi mümkün olamamıştır; ancak devletin bu bağlamdaki ödevlerine ilişkin öneriler getirilmiştir.

Kadınların emek piyasasındaki yeri ve taciz deneyimlerine ilişkin sosyolojik gerçekliğin anlaşılması bu çalışma bakımından elzem olduğundan çalışmaya bu alandaki araştırmalar ve görüşler incelenerek başlanmıştır. Kadınlar iş gücü piyasasında çok çeşitli yönlerden dezavantajlı konumdadır; iş gücüne katılım oranları erkeklerden düşüktür, iş gücü piyasası cinsiyete dayalı olarak hem yatay hem de dikey olarak ayrılmış durumdadır. Kadın emeği geleneksel olarak kadın işi olarak görülen emek yoğun, düşük ücretli ve vasıfsız işlerde yoğunlaşmaktadır. Kadın ve erkeklerin bir arada çalıştığı sektörlerde ise kadınlar nadiren yönetici pozisyonlarda çalışmaktadır. Kadınlar erkeklerden düşük ücretle çalışmaktadır ve kadın emeği doğum ve ailevi bakım yükleri nedeniyle daha kolaylıkla iş gücü piyasası dışına çıkmaktadır. Ayrıca kadınların apitik istihdam modellerinde çalışmaları da bazı güvencelerden yoksun kalmalarına neden olmaktadır. Cinsel ve cinsiyetçi taciz, kadınların bu dezavantajlı konumunun sebebi olmamakla beraber, aynı zamanda dezavantajlarını da derinleştirmektedir.

Cinsel tacize ilişkin araştırmalar, bu olguyla çok sık karşılaşıldığını ve mağdurların çok büyük ölçüde kadın olduğunu ortaya koymaktadır. Cinsel tacizin mağdurun, işi, psikolojisi ve bedeni üzerinde olumsuz etkileri vardır. Cinsel taciz kadar dikkat çekmeyen cinsiyetçi taciz de yaygındır ve cinsel tacizle benzer olumsuz etkiler yaratmaktadır. Cinsiyet temelli tacizlerin yarattığı bu tür sıkıntılara rağmen taciz mağdurlarının ezici çoğunluğu tacizleri şikâyet etmeye çekinmektedirler. Bunu altında, işlerini kaybetme veya misillemeyle karşılaşma korkusu, şikâyet mekanizmalarına duyulan güvensizlik, “aranmış olmakla” suçlanmaktan çekinmek ve özel hayatlarında yaşayabilecekleri sıkıntıları göze alamamak gibi nedenler yatmaktadır. Cinsel tacizin

failleri, çok büyük oranda erkeklerdir ve işyeri hiyerarşisindeki konumlarından bağımsız olarak taciz davranışlarında bulunabilmektedirler. Cinsel taciz olgusunu açıklayan iki grup görüş mevcuttur; bunlardan psikososyal görüşler taciz davranışının altındaki saiklere ve failin kişiliğine odaklanmaktadır. Örgütsel görüşler, tacizin bağlantılı olduğu çalışma koşullarını ortaya koymaktadır. Ağır bir hiyerarşinin bulunduğu ve üstlerin işçiler üzerinde sınırsız otoriteye sahip olduğu iş ilişkileri, tacizin ortaya çıkması ve yaptırımsız kalması için elverişli bir ortam sunmaktadır. Cinsiyete dayalı yatay ayrışma sonucu, geleneksel olarak erkek işinde çalışan kadınlar bakımından taciz riski artmaktadır. Hizmetler sektöründe, işçinin kişiliğinin emek gücüne dahil olduğu işlerde çalışan işçiler de cinsel tacize karşı daha savunmasızdır. Genel olarak işçinin izole olarak çalıştığı işler taciz riskini artırmakta; ayrıca göçmen işçiler bakımından daha yoğun bir risk söz konusu olmaktadır. Taciz riskinin arttığı bu tür işler, aynı zamanda hem devletin hem de işverenin önleme politikaları bakımından özel olarak ele alınması gereken işleri oluşturmaktadır.

ABD, cinsel taciz hukuku açısından adeta bir laboratuvar niteliği taşımaktadır. Catharine MacKinnon 1979 yılında yayımladığı “*Sexual Harassment of Working Women*” adlı kitabında cinsel tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilmesine ilişkin teorik çerçeveyi çizmiştir. Cinsel taciz, kişiye verdiği zarar itibariyle haksız fiil, bir grup olarak kadınlara yönelmesi itibariyle ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek nitelik taşımaktadır. Ancak haksız fiil hukuku cinsel tacizin sistematik olma unsuruna yanıt veremediği için, MacKinnon tacizi ayrımcılık yasakları çerçevesinde ele almıştır. Ayrıca salt tazmini sağlamak değil, var olan ayrımcılığı düzeltmek ancak ayrımcılık perspektifinden mümkün olabilir. MacKinnon, analizini özellikle *quid pro quo* olarak andığı, cinsel taleplerin karşılanması hâlinde menfaat vaadini ya da karşılanmaması hâlinde zarar tehdidini içeren taciz türü üzerinden yapmış ve tacizi özellikle cinsel

ezilmişlikle açıklamıştır. Daha sonra 1990'lı yıllarda ABD'de cinsel taciz teorisinde gelişmeler olmuş ve özellikle düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizler, cinsiyetçilik üzerinden açıklanmıştır. *Vicki Schultz*, cinsel tacizin gerçekleştiği bağlam olarak çalışma ilişkisini de dikkate alarak, bu ilişkideki hiyerarşinin tacize zemin hazırladığını ileri sürmüştür.

ABD'de yargı uygulaması 1970 ve 1980'lerde cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmiş, hem *quid pro quo* tacizleri, hem de düşmanca çalışma ortamı yaratan tacizleri tanımıştır. Ayrıca bu dönemde cinsel içerikli olmayan ancak cinsiyete dayalı tacizlerin ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmiştir. Hemcinsler arası tacizlerin ayrımcılık oluşturduğunun kabul edilmesi ise 1990'lı yılların sonlarında gerçekleşmiş, 2010'lu yıllarda cinsiyet kimliğine ve cinsel yönelime dayanan tacizlerin de ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmiştir. 2017 yılında ortaya çıkan *#MeToo* hareketi, neredeyse elli yıllık geçmişe sahip olan cinsel taciz hukukunun tüm bu gelişmelere rağmen pek çok sorunu çözümsüz bıraktığını gözler önüne sermiştir. Burada tespit edilen temel sorunlar; pek çok çalışanın ayrımcılık yasaklarının yasal dayanağını oluşturan Medeni Haklar Yasası'nın kapsamı dışında kalması, ilgili kurumlara başvurmak için öngörülen kısa zamanaşımı süreleri, ayrımcılıkla ilgili davaların sadece işverene yöneltilebilmesi, iş sözleşmelerinde yer alan zorunlu tahkim şartlarının hak aramayı engellemesidir. Ayrıca tüm güçlülere rağmen yargıya başvurabilen işçinin tacizin cinsiyetinden kaynaklandığını, tacizin ciddi veya yaygın olduğunu, tacizin istenmediğini ve işverenin sorumlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Mahkemeler bu kriterleri katı bir biçimde arayarak aslında cinsel tacize uğramış işçilerin tacize uğramadığı sonucuna varabilmektedir. İşverenin üçüncü kişilerin davranışlarından sorumluluğuna ilişkin kurallar da pek çok davada işverenin sorumlu olmaması sonucunu doğurmaktadır. Bunda özellikle, aslında işlevsel olmayan göstermelik önleme ve şikâyet

mekanizmalarına mahkemelerin gereğinden büyük bir önem atfederek işverenlerin gerekli önlemleri aldığı sonucuna varması etkilidir. Son olarak, tüm güçlülere rağmen davalarını kazanan işçiler, talep edilebilecekleri tazminatlara ilişkin üst sınırlarla karşılaşmaktadırlar. ABD hukukunda, mahkemelerin işlevsiz mekanizmalara değer atfetmesi sorunu diğer hukuk sistemleri için önemli bir uyarı niteliği taşımaktadır.

Avrupa’da cinsel taciz geleneksel olarak kişi hakları veya insan onuruna aykırılık temelinden ele alınmıştır. 1980’li yıllarda AB hukukunda, ABD hukukundan etkilenen lobi faaliyetlerinin de etkisiyle cinsel taciz bir ayrımcılık türü olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. 1990’lı yıllarda bağlayıcı olmayan kurallarla (*soft law*) konuyu ele alan AB, ilk kez 2002 yılında bağlayıcı bir direktifle cinsel taciz ve cinsiyete dayalı tacizi ayrımcılık olarak tanımlamıştır. AB hukukundaki bu gelişmelere karşılık, üye devletlerin iç hukuklarında cinsel taciz öteden beri kişilik haklarına ayrılık perspektifinden ele alınmaktadır. AB direktiflerinin iç hukuka aktarılmasıyla hem ayrımcılık hem kişilik haklarına aykırılık temelini aynı anda esas alan karmaşık bir yapı ortaya çıkmıştır. AB’nin müdahalesi özellikle cinsel ve cinsiyetçi taciz bakımından ispat yükünün tersine çevrilmesi, ulusal hukuklardaki tanımların genişletilmesi, tazminatlardaki üst sınırların kaldırılmasını sağlayarak olumlu etki yaratmışsa da cinsel tacize ilişkin farkındalık ve mağdurların şikâyetçi olmaları açısından radikal bir değişiklik doğurmamıştır. Geleneksel kişi haklarına aykırılık perspektifinin de süregitmesi cinsel tacizin psikolojik tacizle karışabilmesine ve cinsel tacizin altında yatan yapısal eşitliksizliklerin görünmez hâle gelmesine yol açabilmiştir. AB bakımından ortaya konan bu sorunlar hukukumuzda da karşılaşılabilecek sıkıntılardır; zira hukukumuzda da cinsel taciz bir yandan kişilik haklarına aykırılık olarak ele alınırken özellikle TİHEKK’in yürürlüğe girmesinden sonra ayrımcılık temeli de yasal dayanağa kavuşmuştur.

Hukukumuzda hem 3008 sayılı İş Kanunu hem de 1475 sayılı İş Kanunu döneminde cinsel taciz sayılan davranışlarda bulunan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Ayrımcılık yasağının iş yasalarında düzenlenmediği dönemde öğretilde, cinsel tacizin hem ayrımcılık hem de kişilik haklarına aykırılık temeline dayandırılabilmesi, ancak kişilik haklarına aykırılık bakış açısının daha geniş bir koruma sağladığı ileri sürülmüştür. Cinsel tacizin mevzuatta açıkça fesih sebebi olarak düzenlenmesi 4857 sayılı İş Kanunu ile gerçekleşmiştir. Ayrımcılık yasağının da açıkça düzenlendiği bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra öğretilde de cinsel tacizi ayrımcılık olarak gören görüşlerde artış olmuştur. 2012 yılında yürürlüğe giren TBK’da işverenin cinsel tacize karşı önlem alma borcu açıkça düzenlenmiş, 2017 yılında yürürlüğe giren TİHEKK’te cinsel taciz açıkça bir ayrımcılık türü olarak yer almıştır.

Hukukumuzda yargıya yansıyan cinsel taciz örnekleri incelendiğinde, davaların daha ziyade tacizci işçinin iş sözleşmesinin feshinden kaynaklandığı görülmektedir; tacize uğrayan işçilerin işverene açtığı dava örnekleri daha az sayıdadır. Yargı kararlarında cinsel taciz AB direktiflerine ve öğretiyeye atıfla tanımlanmakla beraber, ayrımcılık oluşturduğuna dair bir değerlendirme yer almamaktadır. Yargıya yansıyan cinsel taciz örneklerinin daha ziyade düşmanca çalışma ortamı oluşturan tacizler olduğu görülmüştür; buna karşılık *quid pro quo* taciz örneklerine de rastlanmıştır. Ayrıca bu şekilde anılmasa da cinsiyetçi taciz örnekleri de yargıya yansımıştır. Cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunun kabulü için bu yönde açık bir yasal düzenleme gerekmediği ve aslında bu bakış açısı TİHEKK’le yasal dayanağa kavuştuğu halde, yargı uygulamasının bu yönde gelişmemesi sebebiyle iş mevzuatına cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğunu içeren açık bir tanım eklenmesinin fayda sağlayabileceği kanaatine varılmıştır. Ayrıca cinsiyetçi tacizin ayrı olarak düzenlenmesi, bu kavramın görünürlük

kazanmasına katkı sağlayabilir. Bu nedenlerle incelenen yabancı ülke mevzuatları ve uluslararası sözleşmeler ışığında mevzuata eklenmesi için cinsel ve cinsiyetçi taciz tanımını önerileri getirilmiştir.

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin yakın kavramlarla ilişkisi ve bunlardan farkının ortaya konması uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi için önem arz eder. Öncelikle, cinsiyete dayalı bu taciz türlerinin yasal dayanağı bulunsa da bulunmasa da her zaman cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturacağı ortaya konmuştur. Eşit davranma borcuna aykırılıktan farklı olarak, ayrımcılığın ispatında diğer işçilere göre farklı muamelenin ispatı gerekmediğinden, cinsiyete dayalı tacizlerin ispatında da başka işçilerin durumuyla kıyas yapılması gerekmeyecektir. Cinsiyet temelli tacizlerle psikolojik tacizin birbirinden ayrılması, bu kavramların birbirine karışmasının ve cinsiyet temelli tacizlerin cinsiyete dayalı yapısal eşitsizliklere dayanan yapısının görünmez hâle gelmesinin engellenmesi için önemlidir. Avrupa’da cinsiyet temelli tacizlerin mobbing veya psikolojik tacizin ardında gizli kaldığına işaret edilmişti. Cinsel tacizin cinsel içerikli olması ve tek bir davranışla ortaya çıkabilmesi itibariyle psikolojik tacizden ayrılması nispeten kolaydır. Cinsiyetçi tacizi psikolojik tacizden ayırmak daha güçtür; ancak cinsiyetçi tacizin de sürekli olması gerekmediği gibi mobbing’de söz konusu olan işçiye zarar verme kastının bulunması da aranmaz. Hem cinsel hem de cinsiyetçi taciz psikolojik taciz sürecinde ortaya çıkabilir; bu hâllerde psikolojik tacizin süreklilik unsuru ortaya çıkmamış da olsa işçi, cinsiyet temelli tacizlere dayanan haklarını kullanabilmelidir. Cinsiyetçi tacizin mevzuatta tanımlanmamış olması karşısında, bu nitelikteki davranışların uygulamada sataşma olarak nitelendirildiği görülmektedir, cinsiyetçi davranışların sataşma olarak sınıflandırılması bunların cinsiyet eşitsizliğine dayanan yönünü görünmez kılar. Uygulamada cinsel niteliği ispatlanamayan arkadaşlık teklifleri ve ilgi gösterilerinin de sataşma olarak

sınıflandırılarak haklı fesih nedeni olarak değerlendirildiği görülmektedir; medeni insan ilişkileri çerçevesinde kalan ve ısrarcılık içermeyen ilgi gösterilerinin haklı veya geçerli fesih sebebi olmayacağı kanaatine varılmıştır. Aksi bir yaklaşım işverenlerin işçilerin kendi aralarındaki ilişkilerine sınırsız müdahalesinin kapılarını aralayacaktır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz sorunuyla devletin hem mevzuat hem de politika düzeyinde müdahalesi olmadan mücadele etmek mümkün değildir. Cinsiyet temelli bu tacizlerin ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlenebileceği yasalar TİHEKK ve İK'dır. Yasal düzenlemenin bu iki kanundan birinde yapılmasının çeşitli avantaj ve dezavantajları olacağı tespit edilmiştir. Cinsel taciz hâlihazırda TİHEKK'te bir ayrımcılık türü olarak düzenlendiği hâlde bu bakış açısı henüz iş hukuku uygulamasına yansımış değildir; ayrıca TİHEK'in yetkileri de son derece sınırlıdır. Buna karşılık TİHEKK, işe alınma aşamasından başlayarak tabi olduğu yasaya bakılmaksızın tüm işçileri hatta işçi sıfatı taşımayan kişiler bakımından uygulama alanı bulduğu için daha geniş kapsamlıdır. İK'da hâlihazırda götürü bir ayrımcılık tazminatı hakkının düzenlenmesi ve bu yasada yapılan düzenlemenin iş hukuku uygulamasını doğrudan etkileyecek olması düzenlemenin iş mevzuatı içerisinde yapılmasının temel avantajları olacaktır. Buna karşılık İK işe girişte ayrımcılığa götürü tazminat yaptırımını bağlamamakta, ayrımcılığa ilişkin İK m. 5 hükmü diğer iş yasaları ve TBK'ya tâbi işçileri, çırak ve stajyerleri kapsamamaktadır. Cinsel ve cinsiyetçi taciz ile ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerin tâbi olduğu yasaya bakılmaksızın tüm işçilere, çırak ve stajyerlere uygulanacağı yönünde bir düzenleme İK'ya getirilerek kişi yönünden kapsama ilişkin sorun giderilebilir. Yine işe girişte ayrımcılığın da açık bir yasal düzenlemeyle ayrımcılık tazminatı kapsamına eklenmesi mümkündür. Söz konusu değişikliklerin yapılması kaydıyla cinsel ve cinsiyetçi tacizin ayrımcılık olarak ele alan

düzenlemelerin İK'da yapılmasının daha hızlı ve doğrudan etki yaratacağı sonucuna varılmıştır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz aynı zamanda psikososyal riskler oluşturmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatında psikososyal risklerin risk değerlendirmesinde dikkate alınacağı düzenlenmekteyse de bu düzenlemeler yönetmelik düzeyindedir; ayrıca cinsel ve cinsiyetçi taciz bu riskler arasında açıkça anılmamaktadır. Cinsel taciz, ÇSGB'nin risk değerlendirme rehberlerinde de son derece sınırlı bir şekilde yer almaktadır. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin de aralarında bulunduğu psikososyal risklerin mevzuatta daha açık şekilde düzenlenmesi ve bakanlığın da bu risklere ilişkin rehberlik sağlayacak uygun kaynaklar üretmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Psikososyal risklerin engellenmesi için bunların mevzuatta yer almasıyla yetinmek mümkün değildir. İş sağlığı ve güvenliği kurullarının etkinliğinin artırılması, bu kurullarda işçilerin etkisinin artırılması ve en azından cinsiyetlerine oranla temsillerinin sağlanması ve genel olarak iş sağlığı ve güvenliği alanında kadınların temsiline ve katılımının sağlanması temelde kadınları etkileyen psikososyal risklerin gereğince ele alınması için elzemdir.

Devlet cinsel ve cinsiyetçi tacize ilişkin mevzuat oluşturma yanında bu tacizlerle mücadele için etkili politikalar geliştirmeli ve uygulamalıdır. Türkiye her ne kadar İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmiş olsa da sözleşmenin denetim organı GREVIO'nun denetimlerinde yer alan tavsiyeler, ILO'nun Türkiye'nin taraf olmadığı 190 sayılı Çalışma Dünyasında Şiddet ve Tacizin Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi'nde yer alan kurallar ve sözleşme ekindeki tavsiye kararına yer alan öneriler ve Türkiye'nin taraf olduğu CEDAW'a ilişkin CEDAW Komitesi'nin değerlendirme raporlarında yer alan öneriler bu politikaların belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Genel olarak istihdamda cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve iş ilişkisinin daha demokratik bir yapıya kavuşturulmasına ilişkin önlemler cinsel ve cinsiyetçi tacizin önlenmesine dair

politikaların ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Tacizlere ilişkin spesifik önerilere gelince, öncelikle sorunun boyutunun anlaşılması için bu konuda istatistikler tutulmalıdır. İş teftişinin cinsiyetçi tacizleri dikkate alacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Devletin aynı zamanda toplumun çeşitli kesimlerini eğitime ve farkındalık sağlama ödevi mevcuttur. Özellikle, ev hizmetlerinde çalışan işçiler ve göçmen işçilerin acil durum hizmetlerine ve sığınma evlerine erişimlerinin sağlanması da önem arz etmektedir.

Devlet cinsiyet temelli tacize ilişkin mücadele politikasını oluştururken kesişimsellik teorisi bağlamında dezavantajlı kesimlerin ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmalıdır. Kesişimsellik teorisi, kişinin birden fazla ve kesişen kimlikleri nedeniyle ayrımcılığa uğrayabileceğini ifade eder. Maddi eşitliğin sağlanması, sosyo-ekonomik dezavantaj yaratan, önyargı veya şiddet içeren, kişileri dışlayan veya marjinalize eden güç/iktidar ilişkilerinin analiz edilerek bunların giderilmesini gerektirir. İş ilişkisinde cinsiyet temelli taciz bağlamında, gece çalışması, izole şekilde çalışma, sağlık, konaklama, sosyal hizmet işleri, acil durum hizmetleri, ev hizmetleri, taşıma hizmetleri, eğitim ve eğlence gibi sektörlerde çalışanlar ve göçmen işçilerin özel desteklere ihtiyaçları vardır. Çalışmada bu işçi gruplarının her biri için özel önlemler önermek mümkün olmamış; ev hizmetlerinde çalışan göçmen işçiler üzerinden örnek önlemlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, acil yardım için telefon hatlarının kurulması, bu hatların tanıtımı ve bu hatlarda çok dilli hizmet sunulması, uygun dillerde bilgilendirici broşürler dağıtılması, kayıt dışı çalışan taciz ve şiddet mağduru göçmen işçilerin sınır dışı edilmemesi ve ev hizmetlerinin kayıt altına alınmasına yönelik öneriler getirilmiştir.

Cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçilerin adalete erişimlerindeki sorunlar şikâyetçi olmalarının önündeki engeller arasındadır. İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemesi, düzenlemenin yürürlüğe girdiği

2018 yılından beri taciz mağdurlarının adalete erişimi önünde yeni bir engel oluşturmaktadır. Zorunlu arabuluculuk, hem uyuşmazlığın tarafları arasındaki bilgi eşitsizliği ve ekonomik eşitsizlikten kaynaklanan güç dengesizliği nedeniyle hem de uyuşmazlık konusunun basit bir para alacağı olmaktan ziyade işçinin emredici hükümlerle korunan haklarını ilgilendirmesi sebebiyle iş uyuşmazlıklarına uygun bir yöntem değildir. Arabuluculuk sonucunda düzenlenen anlaşma tutanağının bir özel hukuk sözleşmesi olmasından hareketle, emredici hükümlere aykırılık, aşırı yararlanma ve irade sakatlıklarına aykırılık yönünden geçerlilik denetimine tâbi tutulacağı yönündeki isabetli görüş uygulamada yargı tarafından kabul görse dahi, bu çözüm arabuluculuktan kaynaklanan sorunları ancak kısmen çözebilir. Zira arabuluculukta anlaşmaya varmış işçinin daha sonra dava açması düşük bir ihtimaldir. Ayrıca yargının tek işlevi uyuşmazlık çözmek değildir; yargı organı, gerçekliği anayasa ve yasalarda yer alan ilke ve değerlerle uyumlu hâle getirmenin yanında özellikle iş hukuku alanında hukuk yaratarak toplumsal ve teknolojik değişimlerden hızla etkilenen bu hukuk dalının gelişimine katkı sağlamaktadır. Bu çalışma bağlamında getirilen pek çok önerinin hayata geçmesi, yargı içtihadının ilgili yönde gelişmesiyle yasa değişikliğine ihtiyaç kalmadan mümkündür. Örneğin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde cinsel taciz mağdurunun ayrımcılık tazminatına hak kazanması mümkündür. İş hukukunda uyuşmazlıkların önemli oranda arabuluculukta çözülmesi, yargının hukuk yaratma işlevini ortadan kaldıracığından iş hukukunun gelişiminde bir durağanlık yaratma riskini barındırmaktadır. Cinsiyet temelli tacizler bağlamında, zorunlu arabuluculuk uygulaması Türkiye'nin CEDAW'dan kaynaklanan yükümlülükleriyle de uyumsuzdur. Bu nedenlerle iş yargısında zorunlu arabuluculuk uygulamasından vazgeçilmelidir.

Taciz mağduru işçilerin adalete erişiminin önündeki engellerden biri yargılama giderlerinden çekinmeleridir. Adli yardım kurumu HMK'da düzenlenmekle beraber,

adli yardımdan yararlanmak için ödeme gücünden yoksunluk ve talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması şartlarının sağlanması gerekmektedir. Ödeme gücünden yoksunluk şartının yargılama giderlerini karşılayan kişinin ekonomik sıkıntıya düşmesi olarak değil, daha sıkı bir yoksulluk şartı olarak uygulanması asgari ücret kazanan işçilerin dahi adli yardımdan yararlanamaması gibi sonuçlar doğurmaktadır. Ödeme gücünden yoksunluk kriteri bakımından mahkemeler adalete erişimi kolaylaştıracak bir yorum yöntemi benimsemelidir. Ayrıca, devlet sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içinde adli yardım ve genel olarak adalet sistemi konusunda destek ve bilgi sağlamalıdır. Hukukumuzda medeni yargılamada adli yardım kapsamında ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı düzenlenmemektedir; özellikle göçmen işçiler bakımından tercüme hizmetleri adalete erişim için elzemdir. Ücretsiz tercüman sağlanmasının koşullarına ilişkin de yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacizi önleme borcu yasal dayanaklarını, hem işçinin gözetilmesine ilişkin TBK m. 417/1 hükmünde ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını düzenleyen İSGK m. 4'te, hem de ayrımcılığı yasaklayan İK m. 5 ve TİHEKK m. 4'te bulmaktadır. TBK, İSGK ve TİHEKK düzenlemeleri tabi oldukları yasaya bakılmaksızın tüm işçileri kapsamaktadır; dolayısıyla bütün işverenler cinsel ve cinsiyetçi tacizi önleme borcu altındadır. İşçinin cinsel çekiciliğinin çeşitli ölçülerde iş gücüne dahil olduğu işlerde çalışması işverenin önleme borcunu ortadan kaldırmaz; işçinin rıza gösterdiği davranışlar haricindeki tüm cinsel ve cinsiyetçi taciz davranışlarından korunması gerekir. İşverenin önleme borcu, yer ve zaman yönünden sadece işyeriyle ve çalışma saatleriyle sınırlı değildir; olay iş ilişkisiyle bağlantılı olduğu ölçüde işveren gerekli önlemleri almalıdır. Ayrıca işveren sözleşmesinin kurulmasından önce sözleşme görüşmeleri sırasında işçiyi gözetme borcuna uygun şekilde aday işçiyi tacizden koruması gerektiği gibi, işverenin gözetme borcu iş

sözleşmesinin sona ermesinden sonraya da belirli ölçüde uzanabilir; örneğin iş sözleşmesi sona erdikten sonra referans mektubu almak için işyerine gelen eski işçinin tacizden korunması gerekir.

İşverenin işçileri cinsel ve cinsiyetçi tacizden koruma borcu bağlamında alabileceği önlemlerin sınırını işçinin özel yaşamının gizliliği hakkı çizecektir. İşveren tacizi önleme bahanesiyle işçiler arasındaki duygusal ve cinsel ilişkilere yasaklama getiremeyeceği gibi, bu ilişkiler işyerinde (ilişkisi olan işçilerin işyerinde kavga etmesi gibi) olumsuzluklara sebep olmadıkça fesih sebebi yapılamaz; hatta işverenin işçilerin ilişkisi hakkında bilgi istemesi hâlinde işçiler buna yanıt vermek zorunda değildir. İşveren, işçilerin giyimlerine ve dış görünüşlerine, iş sağlığı ve güvenliğinin ya da hijyen koşullarının gerektirmesi, ayrıca işin gerekleri gereği haklı menfaatlerinin bulunduğu hâllerde hukuka uygun olarak müdahale edebilmektedir. Bu müdahale gerekçeleri dışında işçinin giyimine cinsel tacizin önlenmesi amacıyla müdahale edilemez; bu tür bir müdahale sebebinin kabul edilmesi tacizin sorumluluğunu faile değil mağdura yükler ve mağdurun giyim tarzıyla “aranmış” olabileceği şeklindeki arkaik bakış açısını yansıtır. İşçilerin iletişimlerinin denetlenmesi ve işyerinde gözetlenmeleri kural olarak önceden bilgi verilmesi ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde mümkün olabilir. İşverenin bu izleme ve gözetlemelerde elde ettiği bilgileri ilk baştaki amaca uygun kullanması gerekmeyle beraber, bu sırada taciz olgusuna rastlandığı takdirde, amaç bu olmasa dahi gerekli önlemler alınmalıdır. Bu şekilde elde edilen veriler mahkemede delil olarak da kullanılabilir. Cinsiyete dayalı tacizlerin önlenmesi amacının, çok sınırlı örnekler dışında işçinin bilgisi haricinde iletişimlerinin izlenmesinin ve işyerinde gizli gözetlemenin meşru gerekçesini oluşturamayacağı sonucuna varılmıştır. Aksinin kabulü, tüm işçilerin iletişimlerinin sürekli izlenebilmesinin ve gözetlenebilmelerinin kapısını aralar.

İşveren iş ilişkisinde cinsiyete dayalı tacizi önlemek amacıyla öncelikle işyerinde cinsiyet eşitliğini gözeten bir düzen oluşturmali, cinsiyete dayalı yatay ve dikey ayrışmayı ortadan kaldırmaya çabalamalıdır. İşyeri kültürünün taciz ortamının oluşmasındaki etkisi gözetilerek, eşitlik politikaları işyerinde en üst düzeyden başlayarak yayılmalı ve cinsiyetçilikle mücadele edilmelidir. İşveren cinsel ve cinsiyetçi tacizi açıkça yasaklayan bir politika belgesi oluşturmali, burada yasak olan davranışlar örnekleriyle yer almalı, şikâyet mekanizmaları ve başvuru usulleri açıklanmalıdır. Bu tür bir belgenin oluşturulmasında işçilerin katılımın sağlanması belgenin sağlayacağı yararı artıracaktır. İşyerinde yapılacak risk değerlendirmesinde cinsel ve cinsiyetçi taciz riskleri dikkate alınmalı ve risk değerlendirmesine bu tür tacizlerden en çok etkilenen kadın işçilerin katılımı sağlanmalıdır. İşveren işyerinde işçileri cinsel ve cinsiyetçi taciz konusunda bilgilendirmeli, katılımın işçiler bakımından gönüllülük esasına dayandığı işveren vekilleri bakımından zorunlu olduğu eğitimler düzenlemelidir. İşyerinde tacizin şikâyet edilebileceği mekanizmalar oluşturulmalı ve şikâyetçi işçilerin misillemelerden korunmasına yönelik güvenceler sağlanmalıdır. Öte yandan taciz ortaya çıktıktan sonra, salt bu politika ve mekanizmaların varlığı işvereni sorumluluktan kurtaracak bir unsur olarak değerlendirilmemeli, işçinin çeşitli sebeplerle işyerindeki şikâyet mekanizmasını kullanmamış olması aleyhine sonuç doğurmamalıdır. İşveren ayrıca taciz mağdurlarına destek ve danışmanlık sağlamakla görevli kişiler belirlemeli ve bunlara gerekli eğitimin verilmesini sağlamalıdır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz ortaya çıktıktan sonra bundan haberdar olan işveren, mağdur işçiyi korumak için gerekli önlemleri derhal almalıdır. Bu bağlamda alınacak önlemler mağdur işçinin çalışma koşullarını ağırlaştıramaz; örneğin mağdur işçinin işyerinin değiştirilmesi kendi talebi bulunmadıkça uygun bir yöntem olmaz. İşveren gözetme borcu gereği mağdur işçiyi, tacizi bildiren, bu konuda tanıklık eden işçileri,

diğer işçilerden gelebilecek misilleme davranışlarından da korumalıdır. İşveren olayın özelliği ve ağırlığına göre tacizde bulunan işçiye disiplin yaptırımları uygulayabilir, iş sözleşmesini geçerli veya haklı nedenle feshedebilir. Disiplin yaptırımını olarak tacizci işçinin işyerinin değiştirilmesi ancak bu konuda toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa işverenin tek taraflı olarak yapabileceği bir işlemdir. Disiplin hükümleri bütün işçiler bakımından genel geçer olarak düzenlenmek zorundadır; bu nedenle bireysel iş sözleşmesine konu olamaz. Tip iş sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmeliğinde yer alan işyeri değişiklik kayıtları ise TBK m. 24 gereği genel işlem koşullarındaki değişiklik kayıtları yazılmamış sayılacağından geçersizdir. O hâlde işveren tacizci işçinin iş yerini ancak İK m. 22’de yer alan değişiklik usulüne uygun şekilde değiştirebilir; işçi değişikliği kabul etmediği takdirde işveren iş sözleşmesini cinsel taciz sebebiyle geçerli olarak feshedebilir. İşçinin müşteri gibi üçüncü kişileri taciz etmesi hâlinde de işveren iş sözleşmesini feshedebilir veya disiplin yaptırımları uygulayabilir. Müşteri gibi üçüncü kişilerin işçiyi taciz etmesi hâlinde, işveren olayın koşullarına göre bu kişileri uyarmak veya bu müşteriyle ilişkisini kesmek gibi önlemler almalıdır.

İş ilişkisinde cinsiyet temelli tacizlere uğrayan işçi, taciz ortamı son bulana ve gerekli önlemler alınana kadar işverenin temerrüdü hükümlerine (TBK m. 408) dayanan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Bu durumda işçinin İSGK m. 13’te düzenlenen, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurma usulünü işletmesi aranmamalıdır. Özellikle tacizin işveren veya işveren vekilinden gelmesi hâlinde bu usulün işletilmesinde hiçbir yarar bulunmamaktadır. Öğretide katıldığım görüşe göre İSGK düzenlemesi, işçinin TBK hükümlerine göre çalışmaktan kaçınma hakkını ortadan kaldırmaz. Ayrıca İSGK’da yer alan düzenleme Türkiye’nin taraf olduğu 155 sayılı ILO Sözleşmesi’nde yer alan çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlemesiyle uyumsuzdur. Sözleşmenin ilgili hükmü, işçilere doğrudan hak

tanır nitelikte olup program hüküm niteliğinde değildir ve Anayasa m. 90/son gereği sözleşme hükmü doğrudan uygulanmalıdır.

Taciz mağduru işçi TMK’da düzenlenen kişiliği koruyucu davaları açabilir. İşçi aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Maddi ve manevi zarar ayrımında maddi zararı üstün tutan üstü kapalı bir değer hiyerarşisi mevcuttur. Kadınların uğradığı pek çok zarar manevi zarar kapsamında kaldığından bu zararlar hukuk önünde gereken yaptırımla karşılaşmamaktadır. Cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçi, bu nedenle tedavi görebilir, kazanç kaybı yaşayabilir, geleceğe yönelik olarak da çalışma gücünün azalması veya ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan kayıplarla karşılaşabilir. Bu zararlarını maddi tazminat kalemleri olarak talep edebilir. Hukukumuzda manevi tazminatın aynı zamanda bir caydırıcılık içermesi gerektiği iş kazaları bağlamında Yargıtay tarafından kabul edilmekle beraber manevi tazminat tutarları bu işlevi sağlamaktan uzaktır; manevi tazminat tutarlarının artırılması gerekmektedir. Zarar görenin geçerli rızası, bir hukuka uygunluk sebebidir ve bu hâlde tazminat sorumluluğu ortaya çıkmaz. Cinsel taciz tanımı gereği istenmeyen cinsel davranışları içerdiği için, bu hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıkması mümkün değildir. Zarar görenin geçersiz rızası, ortak kusur olarak değerlendirilerek hem maddi hem de manevi tazminattan indirim sebebi yapılabilmektedir. *Quid pro quo* tacizde, cinsel isteklere boyun eğmiş işçi bakımından tazminattan indirim yapılmaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Burada bir zarar tehdidi altında verilmiş rızaya tazminattan indirim sebebi olarak dahi hukuki değer atfedilmemesi gerektiği gibi, menfaat vaadinin pek çok zaman bir zarar tehdidini de içinde barındırdığı gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca işçinin tacizden şikayetçi olmaması, sessiz kalması, faille geçmiş ilişkisi, özel yaşamı, dışarıdan “kışkırtıcı” olarak nitelendirilen giyimi de ortak kusur olarak değerlendirilemez.

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçi, herhangi bir yasal değişiklik olmasa dahi bu taciz davranışları cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğundan İK m. 5'te düzenlenen ayrımcılık tazminatını talep edebilir. İşçinin en fazla dört aylık çıplak ücreti tutarı olarak düzenlenen bu tazminat tutar yönünden yetersizdir. Sendikal tazminat işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında düzenlenmektedir. Cinsiyetin ve diğer ayrımcılık temellerinin sendikal özgürlüklerden daha az korunmaya değer özellikler olduğu düşünülemez; bu nedenle ayrımcılık tazminatına dair düzenlemeler sendikal tazminat düzenlemeleriyle eşdeğer hâle getirilmelidir. İşveren ve işveren vekilinin tacizine uğrayan işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanacağına şüphe yoktur; bir diğer işçi veya müşteri gibi üçüncü kişilerin tacizine uğrayan işçi de işveren tarafından tacizin önlenmesi için veya tacize son verilmesi için gerekli önlemler alınmadığı sürece ayrımcılık tazminatına hak kazanmalıdır.

İş ilişkisinde cinsel tacize uğrayan işçi, failin işveren veya işveren vekili olması hâlinde doğrudan iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahipken, failin bir diğer işçi ya da üçüncü kişi olması hâlinde bu durumdan haberdar olan işveren gerekli önlemleri almadığı takdirde fesih hakkını kullanabilmektedir (İK m. 24/II-b ve d). İşçinin haklı fesih hakkını İK m. 26 gereği altı iş günlük hak düşürücü süre içerisinde kullanması gerekmektedir. Yargıtay isabetli olarak taciz olayları süregittiği, işveren önlem almamaya devam ettiği veya tacizin etkileri sürdüğü müddetçe hak düşürücü sürenin işlemeyeceğine hükmetmektedir. Cinsel taciz mağdurunun, özellikle olayın yarattığı travma veya bu davranışla yüzleşmenin barındırdığı güçlükler sebebiyle altı iş günlük süre içerisinde haklı nedenle fesih hakkını kullanması çoğu kez mümkün olmayacaktır. Hak düşürücü süreye ilişkin bu düzenleme, nötr görünümlü hukuk kurallının kadınların aleyhine işlediği bir örnektir; kadın deneyimiyle uyumlu değildir. İşçi tacizciyle yüz yüze gelmeye devam ettiği müddetçe, taciz sona ermiş olsa ve

misilleme niteliğinde davranışlar söz konusu olmasa bile tacizin etkileri devam ettiği için hak düşürücü sürenin geçmediği sonucuna varılmalıdır. İşveren ve işveren vekili dışındaki kişilerin tacizine uğrayan işçinin haklı fesih hakkını kullanabilmesi, olaydan haberdar olan işverenin önlem almaması koşuluna bağlı kılınmıştır. Bu düzenleme de kadın deneyimiyle uyumlu değildir; tacize uğrayan işçilerin ezici çoğunluğu şikâyetçi olmaktan çekinmektedir. Şikâyetle bulunmanın zorluklarını göze alamayan işçi doğrudan iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmelidir. İşçinin haklı feshinin temel sonucu bir yıldan fazla kıdemi varsa kıdem tazminatına hak kazanmak olacaktır. Kıdem tazminatına hak kazandıran pek çok hâlde işverenin kusurunun aranmadığı dikkate alındığında, tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini doğrudan feshederek kıdem tazminatına hak kazanması mümkün olmalıdır.

İşçinin haklı nedenle feshinin hukuki sonuçları gözden geçirilmesi gereken bir diğer sorun alanıdır. İş sözleşmesini haklı fesheden işçi, işverenin sorumluluğunun şartları varsa maddi ve manevi tazminata hak kazacaktır. Yargıtay tarafından yalnızca belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi hâlinde yoksun kalınan ücretlerin maddi tazminat olarak talep edilebileceği kabul edilmekte, belirsiz süreli sözleşmede kazanç kaybı talep edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır; dolayısıyla maddi tazminat kalemleri tedavi giderleri ve varsa çalışma gücünün yitirilmesi ya da ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlarla sınırlıdır. Bir yıldan fazla kıdemi olan ve İK veya BİK'e tabi işçi ayrıca kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ayrıca işçinin ayrımcılık tazminatı alabileceği bu çalışma boyunca savunulmaktaysa da bu yönde bir uygulama gelişmemiştir. Fransız Yargıtayı, işçinin işverene yüklenen sebeplerle iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde feshin sonuçlarının işverene yükleneceğini karara bağlamaktadır. Fesih kararı işçiye ait olmakla beraber, feshe işverenin davranışları zorladığı için bunun sonuçlarına işveren katlanmaktadır. İsviçre hukukunda

da önceleri benzer bir yöntem benimsenmişse de Federal Mahkeme daha sonra bu içtihattan dönmüştür. Anglosakson hukuk sistemlerinde de işçinin feshinin işverene yüklenmesi söz konusudur. Hukukumuzda, Yargıtay işçinin iş sözleşmesini işverenin baskısı altında feshetmesine, sözleşmenin işveren feshedilmesinin hukuki sonuçlarını bağlamaktadır. İçtihatteki baskı kavramının, daha geniş bir anlamda ele alınmasının mümkün olduğu ve aralarında cinsel ve cinsiyetçi tacizin de bulunduğu ciddi hukuka aykırı davranışların işçiye sözleşmeyi feshetmesi yönünde baskı oluşturduğu kabul edilerek, bu durumlara sözleşmenin işveren tarafından feshedilmesinin sonuçlarının bağlanması adil bir çözüm oluşturacaktır.

İş sözleşmesinin işçi cinsel veya cinsiyetçi taciz davranışlarına karşı çıktığı, bunları şikâyet ettiği veya bu konuda tanıklık ettiği için işveren tarafından feshedilmesi hâlinde, işçinin tabi olduğu hükümlere ve feshin yapılaş biçimine göre geçersiz, haksız veya kötü niyetli feshin sonuçları ortaya çıkacaktır. Sözü geçen fesihler aynı zamanda ayrımcı nitelik taşımaktadır. Hukukumuzda ayrımcı fesihlere mutlak geçersizlik yaptırımını bağlanmamaktadır; yalnızca iş güvencesine tabi işçilerin feshin geçersizliğini tespit ettirme hakkı vardır ve buradaki geçersizlik mutlak olmayıp kendine özgü nitelik taşıdığından işçi boşta geçen süreye ait ücretinin tamamına hak kazanmadığı gibi, işçi işe iade kararına rağmen işe başlatılmadığında işveren temerrüde düşmemekte sadece iş güvencesi tazminatı ödemektedir. Fransız hukukunda, ayrımcılık oluşturan veya temel hak ve özgürlüklere aykırı fesihlere mutlak geçersizlik yaptırımının bağlanacağı bazı hâllerde yasayla düzenlenmiş, bazı hâllerde Yargıtay içtihadı ile benimsenmiştir. İşçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmaması, mutlak geçersizlik yaptırımının uygulanması üzerinde etkili değildir. Fransız hukukunda hâkimin hukuk yaratma yetkisinin dahi düzenlenmediği dikkate alındığında ülkemizde yargıçların hem ayrımcı

hem temel hak ve özgürlüklere aykırı fesihler bakımından mutlak geçersizlik yaptırımını uygulanmasının gerekli ve mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacize uğrayan işçi, bu nedenle geçici veya sürekli iş göremez hâle geldiğinde geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır. İşçiye yapılan ödemeler, SGK tarafından işverenin kasıtlı olması veya gerekli önlemleri almaması hâllerinde işveren rücu edilebilir. İşçi aynı zamanda TİHEK'e başvuru hakkına sahiptir; ancak dava konusu olmuş uyuşmazlıklar konusunda Kuruma başvuru mümkün olmadığı gibi Kurumun uygulayabildiği yaptırımlar idari para cezası vermek ve ihlali tespit etmekten ibaret olduğundan, bu başvuru yolunun yalnızca işe giriş aşamasındaki tacizler bakımından anlam taşıdığı sonucuna varılmıştır.

Cinsel ve cinsiyetçi taciz sonucunda ortaya çıkan maddi ve manevi tazminat haklarından kimin sorumlu olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. İşverenin kendi gerçekleştirdiği tacizden doğrudan sorumlu olduğuna şüphe yoktur. Tüzel kişi işverenin organının gerçekleştirdiği tacizden de doğrudan işveren sorumlu olacaktır. İşveren vekili ve ifa yardımcıları tarafından gerçekleştirilen tacizlerde TBK m. 116'da düzenlenen ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk düzenlemesi gereğince işverenin sorumluluğuna gidilebilir. Burada işverenin kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. İşveren vekili niteliği taşımayan, mağdurla aynı hiyerarşik düzeydeki işçiler, ifa yardımcısı değildir. Burada işverenin önlem almakta veya tacize son vermekte bir kusuru varsa kendi kusurundan dolayı sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğuna gidilebilir. İşverenin buradaki kusurunun belirlenmesinde objektif kusur ölçütünün uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Böylece iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından kabul edilen objektif kusur ölçütü işçinin kişiliğinin korunması alanına taşınarak bütüncül bir koruma sağlanacaktır. İşverenin kusuru belirlenirken özellikle işyerinde cinsiyet eşitliğinin sağlanması unsurunun dikkate

alınması işvereni eşitlikçi bir düzen sağlamaya teşvik edebilir. Bir işçinin diğerine zarar vermesi hâlinde ayrıca işverenin TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir. Burada, işverenin munzam kusuru varsa işveren bu maddede düzenlenen kurtuluş kanıtından yararlanamaz. Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olup mağdur işçinin bu yönteme veya işverenin sözleşmeye aykırı kusurlu davranışından kaynaklanan sorumluluğuna dayanmayı seçmesi gerekir. İşçinin müşteri gibi işyerine yabancı bir kişi tarafından taciz edilmesi hâlinde işverenin gerekli önlemleri alıp almadığı objektif ölçütlere göre belirlenmelidir. İşçi ve üçüncü kişilerden kaynaklanan tacizlerde işverenin kusurlu olması için mutlaka tacizden haberdar olması aranmamalıdır; alınabilecek önlemlerde bir eksiklik varsa sorumluluğu doğmalıdır. Bu hâllerde işveren ile tacizde bulunan kişinin sorumluluğu müteselsildir.

Üçlü iş ilişkilerinden mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinde geçici işveren ve işverenin gözetme borcundan birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiş; buna karşılık meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde benzer bir düzenleme yer almamıştır. Bu ilişkide hem özel istihdam bürosunun hem de geçici işverenin kusurlu olduğu ihtimaller ortaya çıkabilir. İsviçre hukukundaki görüşler doğrultusunda, geçici işverenin, özel istihdam bürosunun ifa yardımcısı olduğu ve olayda hiçbir kusuru bulunmayan özel istihdam bürosunun da geçici işveren yanında tacize uğrayan işçinin haklarından sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisinin haklarından her iki işveren birlikte sorumludur. Asıl işveren işçisinin alt işveren işçisi taciz ettiğinde, alt işverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu doğacaktır.

Mevzuatta cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Cinsel tacizin ispatındaki güçlükleri dikkate alan Yargıtay, tacizin ispatında hayatın olağan akışında bir kadının kendisini zor durumda bırakacak şekilde

taciz iftirasında bulunmayacağından hareketle ilk görünüş ispatını kabul etmektedir. Bu bakış açısı hem işçinin uğradığı tacizin ispatlaması hem de tacizci işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin gerçekleştirmesi gereken ispat bakımından geçerlidir. Tacizin ispatında çoğunlukla doğrudan tanık bulunmadığı için dolaylı tanıklıklar önem taşımaktadır. Ayrıca işçi sağlık raporu almışsa bunlar da ispat aracı olabilmektedir. Taciz mağduru işçinin, resmi makamlar önünde şikayetçi olmaması, tacizci hakkında kamu davasının açılmaması veya davada delil yetersizliğinden beraat etmesi hukuk hakiminin değerlendirmesi üzerinde etkili değildir. Buna karşılık tacizci işçinin hüküm giymesi ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması hâlinde taciz fiili sabittir. Ceza davası sürerken iş davası açıldığında, ceza davasının bekletici mesele yapılması aranabilmektedir.

Ayrımcılığın ispatı konusunda İş Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almaktadır; işçi ayrımcılık ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda işverenin ayrımcılık yapmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Özel bir yasal düzenleme yapılmasa dahi cinsel ve cinsiyetçi taciz ayrımcılık oluşturduğu için ispatta bu kuralın uygulanması gerekir. Yargıtay'ın kabul ettiği hayatın olağan akışı ölçütü ispatı oldukça kolaylaştırmış olsa da ayrımcılık oluşturan taciz davranışlarının yasada yer alan ispat düzenlemesi dışında tutulması için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ispatında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin kullanılması söz konusu olabilmektedir. Her ne kadar HMK uyarınca bu tür delillerin değerlendirilmesi yasaklanmışsa da Yargıtay hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delillerle hukuka aykırı olarak yaratılmış deliller arasında ayırım yapmaktadır; ilk grup delil olayın koşullarına göre değerlendirilebilirken ikinci grup delil her zaman değerlendirme dışı tutulmaktadır. İşverenin cinsel tacizi ispatlaması bakımından, bazı hâllerde işçinin rızası olmadan ele geçirdiği yazışmalar ve gizli yapılan gözetlemeler

hukuka uygun hâle gelmektedir. Bu hâllerde delillerin değerlendirilmesinde sakınca yoktur; ancak bunların dışındaki durumlarda kural olarak işveren tarafından hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil değerlendirilmemelidir. Hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi için, başka yöntemle delil elde edilememesi veya bu şekilde delil elde etmenin beklenemeyecek kadar güç olması şartı aranmalıdır. İşverenin ispatta taciz mağduru işçinin tanıklığından yararlanması mümkündür. Buna karşılık, taciz mağduru işçinin delil elde etmesi çok güç olduğundan, taciz olayını gizlice kaydetmiş dahi olsa bu deliller değerlendirilmelidir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı taciz mağdurları bakımından daha esnek şekilde ele alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ABRAMS, Kathryn. (1998). The New Jurisprudence of Sexual Harassment. *Cornell Law Review*, 83(5), 1169-1230.
- ABRY-DURAND, Martin. (2022, Avril). Harcèlement sexuel: harmonisation des définitions entre Code pénal et Code du travail. *Revue de droit du travail*, s. 244-249.
- ACKER, Joan. (1990). Hierarchies, Jobs, Bodies: A Theory of Gendered Organizations. *Gender and Society*, 4(2), 139-158.
- AHMED, Sara. (2021). *Complaint!* Durham: Duke University Press.
- AKALIN, Ayşe. (2010). "Yukarıdakiler-Aşağıdakiler": İstanbul'daki Güvenlikli Sitelerde Göçmen Ev Hizmetlisi İstihdamı. T. W. Barbara Pusch (Ed.), *Türkiye'ye Uluslararası Göç: Toplumsal Koşullar – Bireysel Yaşamlar* (s. 111-134). İstanbul: Kitap Yayınevi.
- AKGEYİK, Tekin. (2017). Ülke Örnekleri ile Türkiye'de Yarı Zamanlı Çalışmanın Görünümü. *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 7(2), 33-62.
- AKİL, Cenk. (2012). Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(4), s. 1223-1270.
- AKIN, Levent. (2001). *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*. Ankara: Yetkin.
- AKIN, Levent. (2013). *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*. Ankara: Yetkin.
- AKKAN, Mine. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), s. 1-31.
- AKTEPE ARTIK, Sezin. (2014). *Medeni Usul Hukulunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin.
- AKYİĞİT, Ercan. (2022). *İş Hukuku* (14 b.). Ankara: Seçkin.
- ALBAYRAK, Hakan – YUVALI, Ertuğrul. (2012). İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9(34), s. 73-112.
- ALBORZ, Tolou. (2017). *La forfaitisation du dommage*. Zürich: Schulthess.
- ALP, Mustafa. (2005). *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*. Ankara: Seçkin.
- ALP, Mustafa. (2008). Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(3), s. 37-52.
- ALP, Mustafa – DULAY YANGIN, Dilek. (2021, Aralık). Haklı Yahut Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşyerinde Yaşanan Duygusal İlişkiler – Anayasa Mahkemesi ve

- Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 27(2), s. 1380-1415.
- ALPAGUT, Gülsevil. (2018). Dava Şartı Olarak Zorunlu Arabuluculuk. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantısı* (s. 111-130). İstanbul: İstanbul Barosu.
- ALPAGUT, Gülsevil. (2019). İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar. K. Doğan Yenisey (Ed.), *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan* (s. 275-313). İstanbul: On İki Levha.
- ALSTON, Philip. (2004). 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime. *European Journal of International Law*, 36, 457-522.
- ARICI, Kadir. (1983, Ocak-Nisan). İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası. *Yargıtay Dergisi*, 9(1-2), s. 160-176.
- ARICI, Kadir. (2022). *Türk İş Hukuku I - Ferdi İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi.
- ARSLAN, Ramazan – YILMAZ, Ejder – TAŞPINAR AYVAZ, Sema – HANAĞASI, Emel. (2021). *Medenî Usul Hukuku* (7 b.). Ankara: Yetkin.
- ARTUK, Mehmet Emin. (2006). Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105). *Çalışma ve Toplum*(11), 29-43.
- ASLAN ERTÜRK, Arzu. (2014). İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi - Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan*, 20(1), 285 - 340.
- ASLAN, Volkan. (2021). *İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi*. (<https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakki>, Erişim Tarihi: 21.9.2021).
- ASSOCIATION EUROPÉENNE CONTRE LES VIOLENCES FAÎTES AUX FEMMES AU TRAVAIL (AVFT). (2018). *Violences Sexistes et Sexuelles au Travail* (3 b.). Paris: AVFT.
- ATALAY, Oğuz. (2017a). *Pekcanitez Medeni Usûl Hukuku* (15 b., Cilt II). İstanbul: On İki Levha.
- ATALAY, O. (2017b). *Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku* (Cilt III). İstanbul: On İki Levha.
- ATAMER, Yeşim. (1996, Ocak-Nisan). Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini. *Yargıtay Dergisi*, 22(1-2), s. 99-132.
- ATKINSON, Joe. (2018). Human Rights as Foundations for Labour Law. H. Collins – G. Lester – V. Mantouvalou (Ed.), *Philosophical Foundations of Labour Law* (s. 122-138). Oxford: Oxford University Press.

- AUBERT, Gabriel. (1999). Jurisprudence sur la résiliation du contrat de travail. G. Aubert (Ed.), *Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale*. (s. 89-125). Zürich: Schulthess.
- AUBERT, Gabriel. (2003). Art. 328 - 328a - 328b. L. Thévenoz – F. Werro (Ed.), *Commentaire Romand - Code des obligations I* (s. 1727-1732). Basel: Helbing & Lichtenhan Verlag.
- AUBERT, Gabriel. (2011a). Art. 5. *Commentaire de loi fédérale sur l'égalité* (s. 125-144). içinde Slatkine: Genève.
- AUBERT, Gabriel. (2011b). Art. 10. G. Aubert – K. Lempen (Ed.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité* (s. 223-234). Genève: Slatkine.
- AUZERO, Gilles – BAUGARD, Dirk – DOCKÈS, Emmanuel. (2018). *Droit du travail* (32 b.). Paris: Dalloz.
- AYDIN, Ufuk. (2002). *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- AYKAÇ, Hande Bahar. (2016). Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması. T. Centel (Ed.), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (s. 47-134). İstanbul: On İki Levha.
- AYKAÇ, Hande Bahar. (2020). *İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması*. İstanbul: On İki Levha.
- BADUR, Emel. (2021). Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(18), s. 49-87.
- BAER, Susanne. (2004). Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and U.S. Law. C. MacKinnon – R. Siegel (Ed.), *Directions in Sexual Harassment Law* (s. 582-601). New Haven: Yale University Press.
- BAKIRCI, Kadriye. (2000). *İş Hukuku Yönünden İşyerinde Cinsel Taciz*. İstanbul: Yasa Yayınları.
- BAKIRCI, Kadriye. (2006, Haziran). İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(2), s. 114-121.
- BAKIRCI, Kadriye. (2007). İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(8), 22-40.
- BAKIRCI, Kadriye. (2012). *Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye* (2 b.). Ankara: Seçkin.
- BAKIRCI, Kadriye. (2019). "Alternatif" Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla "Alternatif" İş Hukukuna Doğru. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(140), 355-402.

- BAL BEKTAŞ, Özlem. (2020). İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları. *Adalet Dergisi*(65), s. .559-583.
- BALDECK, Marilyn – BECKERS, Maude. (2020, Mars). Les développements contentieux du harcèlement sexuel au travail. *Droit Ouvrier*(860), s. 139-146.
- BARTLETT, Katharine T. (1989). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, 103(4), 829-888.
- BAŞBUĞ, Aydın. (1998, Ocak). Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu Borç İlişkisinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar. *Kamu-İş*, s. 61-78.
- BAŞBUĞ, Aydın. (1999). *Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları*. Ankara: Tes-İş.
- BAŞTERZİ, Süleyman. (2005). Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerindeki Etkileri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(3), s. 53-94.
- BAŞTERZİ, Süleyman. (2016). *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*. İstanbul : Beta.
- BAYCIK, Gaye. (2011). *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara : Yetkin.
- BAYCIK, Gaye. (2012a). İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2), s. 487-504.
- BAYCIK, Gaye. (2012b). Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9(35), s. 77-104.
- BAYCIK, Gaye. (2013). Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu Düzenlemeler. *Ankara Barosu Dergisi*(3), 104-170.
- BAYCIK, Gaye. (2014). 6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 209 - 258.
- BAYCIK, Gaye. (2018). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi . *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (s. 7-356). İstanbul: On İki Levha .
- BAYSAL, Ulaş. (2010). İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* (25), 59-99.
- BEDÜK, Mehmet Nusret. (2019). İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkisine Etkisi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* (64), s. 1369-1460.
- BEGANY, Joseph J. – MILBURN, Michael A. (2002). Psychological Predictors of Sexual Harassment: Authoritarianism, Hostile Sexism, and Rape Myths. *Psychology of Men & Masculinity*, 3(2), 119–126.
- BELIN, Alice – ZAMPARUTTI, Tony – TULL, Kerina – HERNANDEZ, Guillermo – GRAVELING, Richard. (2011). *Occupational health and safety risks for the most vulnerable workers*. Bruxelles: European Parliament.

- BERDAHL, Jennifer L. (2007). Harassment Based on Sex: Protecting Social Status in the Context of Gender Hierarchy. *The Academy of Management Review*, 32(2), 641-658.
- BERNSTEIN, Anita. (1997). Treating Sexual Harassment with Respect. *Harvard Law Review*, 111(2), 445-537.
- BERNSTEIN, Anita. (1998). Old Jurisprudence: Respect in Retrospect. *Cornell Law Review*, 85(5), 1231-1244.
- BETTEX, Christian. (2012). L'application temporelle de l'article 328 CO. R. Wyler (Ed.) içinde, *Panaroma II en droit du travail*. Berne: Stämpfli.
- BİLGİLİ, Abbas. (2010). *İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz*. Adana: Karahan Kitabevi.
- BİRBEN, Erhan. (2016). İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi. T. Centel (Ed.), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (s. 135-170). İstanbul : On İki Levha.
- BOURSIER, Marie-Emma. (2003). *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz.
- BOYD, C. (2010, December). The Debate Over the Prohibition of Romance in the Workplace. *Journal of Business Ethics*, 97(2), s. 325-338.
- BRAKE, Deborah L. (2019). Coworker Retaliation in the #MeToo Era. *University of Baltimore Law Review*, 49(1), 1-58.
- BRUNNER, Christiane – BÜHLER, Jean-Michel – WAEBER, Jean-Bernard – BRUCHEZ, Christian. (2004). *Commentaire du droit du travail (selon le Code des obligations)*. Lausanne: Réalités sociales.
- BUDD, John W. (2016). *Çalışma Düşüncesi*. (F. Man, Çev.) İstanbul: Ayrıntı.
- BUĞRA, Ayşe. (2010). *Toplumsal Cinsiyet, İşgücü Piyasaları ve Refah Rejimleri: Türkiye'de Kadın İstihdamı*. İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu.
https://spf.boun.edu.tr/sites/spf.boun.edu.tr/files/1439799128_aysebugra_kadinis_tihdami_tubitak.pdf (Erişim Tarihi: 11.8.2020).
- CAMPBELL, Meghan. (2015). CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering New Approach to Intersectional Discrimination. *Revista Direito GV*, 11(2), s. 479-504.
- CANBOLAT, Talat. (2018). İş Yargısında Arabuluculuk. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantısı* (s. 95-110). İstanbul: İstanbul Barosu.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen. (2013). 6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi. *Çalışma ve Toplum*(39), 289-316.

- CANIKLIOĞLU, Nurşen. (2014). Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri. *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012* (s. 379-531). Ankara: Kamu-İş.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen. (2019). İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı. *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (s. 185-368). İstanbul: On İki Levha.
- CARLES, Mélanie. (2004, Janvier). Note - Cour d'appel de Riom (4e Ch. Civ.) 18 juin 2002. *Droit Ouvrier*, s. 31-33.
- CARRUZZO, Philippe. (2009). *Le contrat individuel de travail*. Zürich: Schulthess.
- CHAMALLAS, Martha. (1992). Feminist Constructions of Objectivity: Multiple Perspectives in Sexual and Racial Harassment Litigation. *Texas Journal of Women and the Law*, 1, 95-142.
- CHAMALLAS, Martha. (2007). Discrimination and Outrage: The Migration from Civil Rights to Tort Law. *William and Mary Law Review*, 48(6), 2115-2188.
- CHAMALLAS, Martha. (2013). *Introduction to Feminist Legal Theory* (3 b.). New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- CHAMALLAS, Martha. (2018). Will Tort Law Have Its #Me Too Moment? *Journal of Tort Law*, 11(1), 39-70.
- CHAMALLAS, Martha – WRIGGINS, Jennifer B. (2010). *The Measure of Injury*. New York: New York University Press.
- CHO, Sumi – WILLIAMS CRENSHAW, Kimberlé – MCCALL, Leslie. (2013). Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis. *Signs*, 38(4), s. 785-810.
- CİVAN, Orhan Ersun. (2015). *Genel İş Koşulları*. İstanbul: Beta.
- CİVAN, Orhan Ersun. (2017a). İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar. *Ankara Barosu Dergisi*, 75(4), s. 203 - 290.
- CİVAN, Orhan Ersun. (2017b). Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66(2), s. 311-397.
- CİVAN, Orhan Ersun. (2021). *İşçinin Yan Yükümlülükleri*. İstanbul: Beta.
- CLARKE, Jessica. A. (2020). The #MeToo Movement in the United States: Reckoning with the Law's Failure. A. M. Noel – D. B. Oppenheimer (Ed.), *The Global #MeToo Movement* (s. 19-36.). Full Court Press. (<https://www.globalmetoobook.com>, Erişim Tarihi: 28.7.2020).
- CLARKE, Linda. (2006). Sexual Relationships and Sexual Conduct in the Workplace. *Legal Studies*, 26(3), s. 347-368.
- COCKBURN, Cynthia. (1991). *In the Way of Women*. London: Macmillan.

- COHEN, Jean-Louis. (2002). *Regulating Intimacy: A New Legal Paradigm*. New Jersey: Princeton University Press.
- CONAGHAN, Joanne. (2002, September). Law, harm and redress: a feminist perspective. *Legal Studies*, 22(3), s. 319-339.
- CONAGHAN, Joanne. (2017). Labour law and feminist method. *International Journal of Comparative Labour Law*, 33(1), 93-114. (https://research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/96325452/labour_law_and_feminist_method.pdf, Erişim Tarihi: 10.4.2020).
- CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'ÉGALITÉ PROFESSIONNELLE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES (CSEP). (2016). *Kit pour agir contre le sexisme: trois utiles pour le monde du travail*. Paris: CSEP.
- COŞKUN, Emel. (2017). Türkiye’de Kağıtsız Göçmen Kadınlar ve Sosyal Hizmetler. *Çalışma ve Toplum*, 54, 1299-1315.
- CREIGHTON, Breen. (2004). The Future of Labour Law : Is There a Role for International Labour Standards? Catherine Barnard (Ed.), *The future of labour law: Liber Amicorum Bob Hepple QC* (s. 253-273). Oxford: Hart Publishing.
- CRENSHAW, Kimberlé. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 139-168.
- CRENSHAW, Kimberlé. (1992). Race, Gender, and Sexual Harassment. *Southern California Law Review*, 65, 1467-1476.
- CRUZ RIOS, Fernanda – CHONG, Wai K. – GRAU, David. (2017). The need for detailed gender-specific occupational safety analysis. *Journal of Safety Research*(62), 53-62.
- ÇANKAYA, Yiğitcan. (2021). *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği*. İstanbul: Beta.
- ÇELEBİ DEMİR, Duygu. (2019). *Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi*. Ankara: Adalet.
- ÇELİK, Aziz. (2017). Zarf Değişti Mazruf Aynı: 6356 Sayılı Yasa Sonrasında Türkiye’de İşçi Sendikacılığı. A. Makal – A. Çelik (Ed.), *Zor Zamanlarda Emek: Türkiye’de Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları* (s. 149-215). Ankara: İmge Kitabevi.
- ÇELİK, Nuri. (2007). İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* (14), s. 485-496.
- ÇELİK, Nuri – CANİKLİOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat – ÖZKARACA, Ercüment. (2021). *İş Hukuku Dersleri* (34 b.). İstanbul: Beta.
- ÇELİK, Özlem. (2020). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat

- Yardımdan Faydalanma Hakkı. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXIV(1), 285-327.
- ÇELİK, Yusuf – ŞENOL ÇELİK, Sevilay. (2007). Sexual Harassment Against Nurses in Turkey. *Journal of Nursing Scholarship*, 39(2), 200-206.
- ÇETİN, Evra. (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*. İstanbul: On İki Levha.
- ÇİL, Şahin. (2014). 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yüğü ve Deliller. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72(2), s. 87-102.
- ÇİL, Şahin. (2018). *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin.
- ÇOPUROĞLU, Çağlar. (2022). *Türk İş Hukukunda Mesleki Geçici İş İlişkisi*. Ankara: Seçkin.
- ÇSGB. (2016). *2015 Çalışma Hayatı İstatistikleri*. Ankara: ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğü. (https://www.cs.gb.gov.tr/media/1297/calisma_hayati_2015.pdf, Erişim Tarihi: 10.8.2020.)
- ÇSGB. (2017). *İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi* (4 b.). Ankara: ÇSGB.
- ÇSGB. (2021). *2020 Çalışma Hayatı İstatistikleri*. Ankara: ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğü. (https://www.cs.gb.gov.tr/media/87376/calisma_hayati_2020.pdf, Erişim Tarihi: 5.1.2023)
- ÇSGB İSGÜM. (2016). *Psikososyal Risk Faktörleri Bilgilendirme Rehberi*. Ankara: ÇSGB.
- DEKKER, Inez – BARLING, Julian. (1998). Personal and Organizational Predictors of Workplace Sexual Harassment of Women by Men. *Journal of Occupational Health Psychology*, 3(1), 7-18.
- DEMİR, Kübra. (2021). *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: On İki Levha.
- DEMİRBAŞ, Hilal Başak – KAÇAN, Serhat. (2016). *Trans Kadınların Alternatif İş Deneyimleri Proje Raporu*. <http://www.transkadinlarinistihdami.org/gorusmeler-soylenenler> (Erişim Tarihi: 2.1.2021).
- DEMİRDİZEN, Derya – ÇINAR, Sıdar – KESİCİ, Mehmet Rauf. (2012). İşyerinde Cinsel Yönelim Ayrımcılığı: LGB Bireylere Yönelik Bir Alan Çalışması. IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2012 Bildiri Kitabı (s. 311-330). İstanbul: Petrol-İş Yayınları.
- DEVEAUD-PLÉDRAN, Marie. (2011). *Le harcèlement dans les relations de travail*. Genève : Schulthess.

- DOĞAN YENİSEY, Kübra. (2001). İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi. *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan* (Cilt 2, s. 1175-1198). içinde İstanbul: Beta.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra. (2006). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasası. *Çalışma ve Toplum*(11), 63-81.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra. (2007). *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*. İstanbul: Legal.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra. (2016). İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk. K. D. Yenisey (Ed.), *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı - İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (s. 167-193). İstanbul: TİSK.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra. (2018). İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı. İ. H. Derneği içinde, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016* (s. 387-582). İstanbul: On İki Levha.
- DULAY YANGIN, Dilek. (2019). İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi). *Çalışma ve Toplum*(62), s. 2049-2071.
- DULAY YANGIN, Dilek. (2020a). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire'nin İşçilerin Gizli Kamera ile İzlenmesine İlişkin 17 Ekim 2019 Tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri Kararı'nın Değerlendirilmesi. *Çalışma ve Toplum*(66), s. 1703-1728.
- DULAY YANGIN, Dilek. (2020b). Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 1209-1237.
- DUNAND, Jean-Philippe. (2013). Art. 328 - 328a - 328b. J.-P. Dunand – P. Mahon (Ed.), *Commentaire du contrat de travail* (s. 268-255). Berne: Stämpfli Editions.
- DUNAND, Jean-Philippe - TORNARE, Sandrine. (2015). L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité). J.-P. Dunand – P. Mahon (Ed.), *Conflits au travail* (s. 29-70). Genève: Schulthess.
- DUNFORD, Robin – PERRONS, Diane. (2014). Power, Privilege and Precarity: The Gendered Dynamics of Contemporary Inequality. H. Johnstone – S. Madhok – A. Plomien – M. Henry – M. Evans – C. Hemmings – S. Wearing (Ed.), *The Sage Handbook of Feminist Theory* (s. 465-582). Dorchester: Sage.
- DURSUN ATEŞ, Sevgi. (2019). *İşverenin Yönetim Hakkı*. Ankara: Seçkin.
- ECEVİT, Yıldız. (1998). Türkiye'de Ücretli Kadın Emeginin Toplumsal Cinsiyet Temelinde Analizi. Ş. Tekeli – A. Bertay (Ed.), *75 Yılda Kadınlar ve Erkekler* (s. 267-284). İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları.
- EDELMAN, Lauren B. (2016). *Working Law - Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*. Chicago: The University of Chicago Press.

- EDELMAN, Lauren B. (2020). The #MeToo Movement, Symbolic Structures, and the Limits of Law. A. M. Noel – D. B. Oppenheimer (Ed.), *The Global #MeToo Movement* (s. 445-458). içinde Full Court Press. (<https://www.globalmetoobook.com>, Erişim Tarihi: 28.7.2020).
- EDELMAN, Lauren B. – CABRERA, Jessica. (2020, 8 June). Sex-Based Harassment and Symbolic Compliance. *Annual Review of Law and Social Science*, 16, 10.1-10.23.
- EDWARDS, Harry T. (1986). Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema? *Harvard Law Review*, 99, 668-684.
- EHRENREICH, Rosa. (1999). Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of workplace harassment. *Georgetown Law Journal*, 88(1), 1-64.
- EKMEKÇİ, Ömer – YİĞİT, Esra. (2020). *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (2 b.). İstanbul: On İki Levha.
- EKMEKÇİ, Ömer – ÖZEKES, Muhammet – ATALI, Murat – SEVEN, Vural. (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2 b.). İstanbul: On İki Levha.
- ELBİR, Nazlı. (2010). *Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları*. (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi) Ankara.
- ELBİR, Nazlı. (2020). *Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Yetkin.
- ELBİR, Nazlı. (2021). İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme. *Çalışma ve Toplum*(68), s. 289-316.
- ENGİN, Murat. (2012). *İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog*. İstanbul: Beta.
- ERDEMİR, Firdevs – AKGÜN ÇITAK, Ebru – ULUSOY, Hatice – GEÇKİL, Emine. (2011). Hemşirelerin Hastalar Tarafından Cinsel Tacize Uğrama Durumlarının Belirlenmesi. *Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Hemşirelik Dergisi*, 18(2), 27-35.
- ERDOĞAN, Çağla. (2016). *İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu*. Ankara : Yetkin.
- ERDOĞAN, Çağla. (2021). İnsan Hakları Olarak İşçi Hakları ve Koruma Sorunu. XI. *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020. III*, s. 749-787. Ankara: Ankara Barosu.
- ERDOĞAN, Çağla.. (2022). İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet. G. Uygur – N. Özdemir (Ed.), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (3 b., s. 441-520). Ankara: Seçkin.
- ERDOĞAN, Çağla – KULP, Zehra Betül. (2020). İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bağlamında İş İlişkisinde Fiziksel Şiddetin Önlenmesi. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Ar. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı*, 5(1), s. 1253-1288.

- ERDOĞAN, Ersin. (2017). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(55), 1211-1242.
- EREN, Fikret. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20 b.). Ankara: Yetkin.
- ERGİN, Berin. (2007). Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(7), s. 145-165.
- ERGİN, Hediye. (2016). İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(34), s. 67-81.
- ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül. (2019). İş Görmekten Kaçınma Sebebi Olarak İşyerinde Cinsel Taciz. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 16(61), 127-180.
- ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül. (2020). *İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı*. Ankara: Seçkin.
- ERTÜRK, Şükran – GÜRSEL, İlke. (2011). İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi. S. Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I* (s. 425-458). İstanbul: Beta.
- ESTRICH, Susan. (1991). Sex at Work. *Stanford Law Review*, 43(4), 813-861.
- EUROFOUND. (2007). *Fourth European Working Conditions Survey*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EUROFOUND. (2012). *Fifth European Working Conditions Survey*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EUROFOUND. (2017). *Sixth European Working Conditions Survey – Overview report (2017 update)*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EYRENCİ, Öner. (2016). İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74 (Özel Sayı - Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), s. 381-396.
- FISK, Catherine L. (2020). Nondisclosure Agreements and Sexual Harassment: #MeToo and the Change in American Law of Hush Contracts. A. M. Noel – D. B. Oppenheimer (Ed.), *The Global #MeToo Movement* (s. 475-483). Full Court Press. (<https://www.globalmetoobook.com>, Erişim Tarihi: 28.7.2020).
- FISS, Owen. (1984). Against Settlement. *The Yale Law Journal*, 93(6), 1073-1090.
- FUTZGERALD, Louise F. (2004). Who Says? Legal and Psychological Constructions of Women's Resistance to Sexual Harassment. C. A. MacKinnon – R. Siegel (Ed.), *Directions in sexual harassment law* (s. 94-110). New Haven: Yale University Press.
- FLEMING, Peter. (2017). *Çalışmanın Mitolojisi*. (E. Kılıç, Çev.) İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları.

- FRANKE, Katherine M. (1997). What's Wrong with Sexual Harassment? *Stanford Law Review*, 49(4), 691-772.
- FREDMAN, Sandra. (2016). *European Commission Directorate-General for Justice and Consumers, Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*. Luxembourg: EU Publications Office. doi:<https://data.europa.eu/doi/10.2838/241520>.
- FRIEDMAN, Gabrielle – WHITMAN, James Q. (2003). The European Transformation of Harassment Law. *Columbia Journal of European Law*, 9, 241-274.
- FROUIN, Jean-Yves. (2015, Décembre). La loyauté de la preuve en droit du travail. *Procédures*(12), s. Dossier 12.
- GÉA, Frédéric. (2012). Rompre (Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat). T. Sachs (Ed.), *La volonté du salarié* (s. 133-180). Paris: Dalloz.
- GERNİ, G. Mine (2001). İşyerinde Cinsel Taciz: Erzurum İlinde Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Uygulama. *AÜSBF Dergisi*, 56(3), 19-46.
- GERVAIS, Roxane ve diğerleri. (2014). *Mainstreaming gender into occupational safety and health practice, European Agency for Safety and Health at Work*. Luxembourg: European Agency for Safety and Health at Work.
- GIMLIN, Debra (2007). What Is 'Body Work'? A Review of the Literature. *Sociology Compass*, 1(1), 353-370.
- GLOMB, Theresa M. ve diğerleri. (1997). Ambient Sexual Harassment: An Integrated Model of Antecedents and Consequences. *Organizational Behavior And Human Decision Processes*, 71(3), 309-328.
- GLOOR, Werner. (1991). Aspects juridiques du harcèlement sexuel au travail. *Revue syndicale suisse*, 83(1), s. 10-20. (<http://www.e-periodica.ch>).
- GLOOR, Werner. (2013). Art. 337-339d. J.-P. Dunand – P. Mahon (Ed.), *Commentaire du contrat de travail* (s. 729-828). Berne: Stämpfli.
- GÖZLER, Kemal. (2021). *Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler)*. (<https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> adresinden, Erişim Tarihi: 1.9.2021).
- GÖZLER, Kemal. (2021). *İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 Tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı)*. (<https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm> Erişim Tarihi: 21.9.2021).
- GRÉSY, Brigitte – BECKER, Marie. (2015). *Le sexisme dans le monde du travail: entre déni et réalité - Rapport du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes n°2015-01*. CSEP.
- GROSSMAN, Joanna. L. (2000). The First Bite is Free: Employer Liability for Sexual Harassment. *University of Pittsburgh Law Review*, 61(3), 671-740.

- GUTEK, Barbara. (1992). Understanding Sexual Harassment at Work. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 6(2), 335-358.
- GÜLMEZ, Mesut. (2010). İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler. *Çalışma ve Toplum*(25), 217-265.
- GÜLMEZ, Mesut. (2015). *İçimdeki Ukde: İş Hukuku ve Sosyal Politika Öğretilerinin Sosyal İnsan Hakları ile İmtihanı (1938-2015)*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- GÜN, Servet. (2021). İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk: Dostane Çözüm mü? (Sahadan Notlar). *Çalışma ve Toplum*(69), s. 929-944.
- GÜRSEL, İlke. (2016). *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*. İzmir: Adalet.
- GÜZEL, Ali. (2007). *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005* (s. 11-74). içinde Ankara: Türk-İş.
- GÜZEL, Ali. (2016). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!... *Çalışma ve Toplum*(3), 1331-1346.
- GÜZEL, Ali. (2019). İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: "Zorunlu" Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım - I). K. Doğan Yenisey (Ed.), *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan* (s. 11-90). İstanbul: On İki Levha.
- GÜZEL, Ali. (2022). İş Sözleşmesinin "Eylemli" Feshi ve Uygulama Sorunları. *Çalışma ve Toplum*(75), s. 2485-2508.
- GÜZEL, Ali – UGAN ÇATALKAYA, Deniz. (2012). İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi). *Çalışma ve Toplum*, 34, s. 157-188.
- GÜZEL, Ali – OKUR, Ali Rıza – CANİKLİOĞLU, Nurşen. (2021). *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19 b.). İstanbul: Beta.
- HALLEY, Janet. (2004). Sexuality Harassment. C. MacKinnon – R. Siegel (Ed.), *Directions in Sexual Harassment Law* (s. 182–200). New Haven: Yale University Press.
- HATİPOĞLU AYDIN, Duygu. (2018). *Güvencesiz Adalet - İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*. İstanbul: On İki Levha.
- HEARN, Jeff – PARKIN, Wendy. (1995). 'Sex' at 'Work': *The Power and Paradox of Organisation Sexuality*. Hertfordshire: Prentice Hall.
- HEARN, Jeff – PARKIN, Wendy. (2001). *Gender, Sexuality and Violence in Organizations*. Londra: Sage Publications.
- HEPER, Hande. (2022). *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*. Ankara: Seçkin.
- HIRIGOYEN, Marie-France. (2015). *Manevi Taciz: Gündelik Hayatta Sapkın Şiddet* (2 b.). (H. Bucak, Çev.) İstanbul: İletişim.
- HYMAN, Richard. (2016). The very idea of Democracy at Work. *Transfer*, 22(1), s. 11–24.

- İKTİSADİ KALKINMA VAKFI. (2019). *AB Katılım Sürecindeki Türkiye'nin Kadın İstihdamı Karnesi*. İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları.
- ILO. (1988). *Equality in Employment and Occupation - General Survey by the CEACR*. Geneva: International Labour Office.
- ILO. (1996). *Equality in Employment and Occupation - Special Survey in Respect of Convention No. 111, Report of CEACR*. Geneva: International Labour Office.
- ILO. (2012). *Effective protection for domestic workers: a guide to designing labour laws*. Cenevre: ILO.
- ILO. (2013). *10 Keys for Gender Sensitive OHS Practice - Guidelines for Gender Mainstreaming in Occupational Safety and Health*. Cenevre: International Labour Office.
- ILO. (2016). *Formalizing Domestic Work*. Cenevre: ILO.
- İZMİRLİOĞLU, Ayça. (2020). İşyerinde Psikolojik Tacizin Eşit Davranma İlkesi Bağlamında İncelenmesi. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı*, 5(1), 1799-1819.
- JUMP. (2016). *Sexisme, Bientôt Fini ? Where Do We Stand On Sexism?* Bruxelles - Paris: www.jump.eu.com.
- KANDEMİR, Murat. (2017). *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler*. İstanbul: Legal.
- KAPAR, Recep. (2015). Çalışmada Sağlık ve Güvenlik Politikalarında Toplumsal Cinsiyet. S. Dedeoğlu – A. Elveren (Ed.), *2000'ler Türkiye'sinde Sosyal Politika ve Toplumsal Cinsiyet* (s. 173-203). Ankara: İmge Kitapevi.
- KAPLAN, Emine Tuncay (2003). İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı. *Kamu-İş*, 7(2), s. 2-16.
- KAR, Bektaş. (2018). *İş Yargılaması Usulü*. Ankara: Yetkin.
- KARAN, Ulaş. (2017). *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul : On İki Levha.
- KARAN, Ulaş. (2020). *European Commission Directorate-General for Justice and Consumers European network of legal experts Country Report Non-Discrimination Turkey 2020 - Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/78*. Publications Office of the European Union: Luxembourg.
- KESER, Hakan. (2017). İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(37), s. 9-32.
- KILINÇ, Ayşe. (2011). Bir İnsan Hakkı Olarak “Adli Yardım”. *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 3(1), s. 1-10.

- KISA, Adnan – DZIEGIELEWSKI, Sophia – ATEŞ Metin. (2002). Sexual Harassment and Its Consequences: A Study Within Turkish Hospitals. *Journal of Health & Social Policy*, 15(1), 77-94.
- KORKMAZ, Erkan. (2018). İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Açısından İncelenmesi. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(59), 933-958.
- KÖME AKPULAT, Ayşe (2018). *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*. İstanbul: On İki Levha.
- LAÇİNER, Vedat. (2012). Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar. *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 12(23), s. 313-378.
- LAULOM, Sylvaine. (2012). France. A. Numhauser-Henning – S. Laulom (Ed.), *Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries* (s. 101-108). European Union.
- LAW, Sylvia A. (2019). In defense of liberal feminism. R. West – C. Grand Bowman (Ed.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence* (s. 24-43). Cheltenham: Edward Elgar.
- LEBORGNE-INGELAERE, Céline. (2012, Octobre 2). Harcèlement - Le harcèlement sexuel dans le Code du travail depuis la loi du 6 août 2012 : entre avancées et imperfections. *La Semaine Juridique Social*(40), 1402 vd.
- LEBORGNE-INGELAERE, Céline. (2016, Octobre 4). Discrimination, harcèlement et agissement sexiste à la lumière de la loi du 8 août 2016. *La Semaine Juridique Social*(39), s. 1328 vd.
- LEBORGNE-INGELAERE, Céline. (2019, Mars 8). Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : la sortie de l'immobilisme. *La Semaine Juridique Social*(10), 1072 vd.
- LEBORGNE-INGELAERE, Céline. (2021, Novembre). L'alignement de la définition du harcèlement sexuel sur le code pénal : une harmonisation limitée. *Droit Social*, s. 929-933.
- LEMPEN, Karine. (2006). *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur*. Geneve: Schulthess Verlag.
- LEMPEN, Karine. (2008). Au-delà du mobbing: le harcèlement sexuel comme outil de maintien du système de genre. K. Arioli – M. Cottier – P. Farahmand - Z. Küng (Ed.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*. (s. 149-163). Zürich: Dike. (<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:75077>)
- LEMPEN, Karine. (2011). Art. 4 Harcèlement sexuel; discrimination. G. Aubert – K. Lempen (Ed.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité* (s. 97-123). Cenevre: Slatkine.
- LEMPEN, Karine. (2019). Article 11. M. Hertig Randal – M. Hottelier – K. Lempen (Ed.), *CEDEF - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de*

- discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif Commentaire* (s. 287-321). Zurich: Schulthess Verlag.
- LEROUGE, Loïc. (2014). Droit de la santé-sécurité et risques psychosociaux au travail: où situer le système français au regard des systèmes étrangers? L. Lerouge (Ed.), *Risques psychosociaux en droit social: approche juridique comparée, France, Europe, Canada, Japon* (s. 4-19). Paris: Dalloz.
- LEROUGE, Loïc. (2019, Mars 8). Harcèlement - Harcèlement sexuel au travail et droit comparé : comparaison des approches juridiques. *La Semaine Juridique Social*(10), s. 1074 vd. (<https://www.lexis360>).
- LEYMANN, Heinz. (1990). Mobbing and Psychological Mobbing and Psychological. *Violence and Victims*, 5, 119-126.
- LEYMANN, Heinz. (1996). The Content and Development of Mobbing at Work. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5(2), 165-184.
- LİMONCUOĞLU, Alp. (2013). İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(105), 51-88.
- LONGCHAMP, Guy. (2013). Art. 324. J.-P. Dunand – P. Mahon (Ed.), *Commentaire du contrat de travail* (s. 196-203). Stämpfli.
- MAASS, Anne – CADINU, Mara – GALDI, Silvia. (2014). Sexual harassment: motivations and consequences. M. K. Ryan – N. R. Branscombe (Ed.), *Sage Handbook of Gender and Psychology* (s. 341–358). Los Angeles: SAGE.
- MAASS, Anne – CADINU, Mara – GUARNIERI, Gaia – GRASSELLI, Annalisa. (2003). Sexual harassment under social identity threat: The computer harassment paradigm. *Journal of Personality and Social Psychology*, 85(5), 853–870.
- MacKINNON, Catharine A. (1979). *Sexual Harassment of Working Women*. New Haven: Yale University Press.
- MacKINNON, Catharine A. (1987). *Feminism Unmodified*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- MacKINNON, Catharine A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- MacKINNON, Catharine A. (1997). Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 96-568, Amici Curiae Brief in Support of Petitioner. *UCLA Women's Law Journal*, 8(1), 9-46.
- MacKINNON, Catharine A. (2015). *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (2 b.). (T. Yöney – S. Yücesoy, Çev.) İstanbul: Metis.
- MacKINNON, Catharine A. (2016). *Sex Equality* (3 b.). Saint Paul, Minnesota: Foundation Press.

- MacKINNON, Catharine A. (2020). Global #MeToo. A. Noel – D. Oppenheimer (Ed.), *The Global #MeToo Movement* (s. 1-15). Full Court Press. (<https://www.globalmetoobook.com>, Erişim Tarihi: 28.7.2020).
- MANAV ÖZDEMİR, Eda. (2015). İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri. *Çalışma ve Toplum*(47), s. 185-221.
- MANAV ÖZDEMİR, Eda. (2016). Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması. *TİSK Akademi*, 11(21), s. 194-228.
- MANAV, A. Eda. (2015). İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIX(2).
- MARTIN Jr., Robert. W. (1981). EEOC's New Sexual Harassment Guidelines: Civility in the Workplace. *Nova Law Review*, 5(3), 405-419.
- McCANN, Deirdre. (2005). *Sexual harassment at work: National and international responses*. Cenevre: International Labour Organization.
- McCULLOUGH, Kathleen. (2019). Mandatory Arbitration and Sexual Harassment Claims: #MeToo Mandatory Arbitration and Sexual Harassment Claims: #MeTooand. *Fordham Law Review*, 87(6), 2653-2691.
- McDONALD, Paula. (2012). Workplace Sexual Harassment 30 Years on: A Review of the Literature. *International Journal of Management Reviews*, 14, 1-17.
- McGINLEY, Ann. C. (2006). Harassment of Sex(y) Workers: Applying Title VII to Sexualized Industries. *Yale Journal of Law and Feminism*, 18(1), s. 65-108.
- MCLAUGHLIN, Heather – UGGEN, Christopher – BLACKSTONE, Amy. (2012). Sexual Harassment, Workplace Authority, and the Paradox of Power. *American Sociological Review*, 77(4), 625–647.
- MIAZAD, Amelia. (2020). How the #MeToo Movement Is Transforming Corporate Governance. T. G. Movement, A. M. Noel – D. B. Oppenheimer (Ed.), Full Court Press. (<https://www.globalmetoobook.com>, Erişim Tarihi: 28.7.2020).
- MINÉ, Michel. (2013). Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. *Revue de droit de travail*, 37-49.
- MINISTÈRE DU TRAVAIL (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE). (2019). *Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail: prévenir, agir, sanctionner - Guide pratique et juridique*. Ministère du Travail. (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/30645_dicom_-_guide_contre_harcelement_sexuel_val_v4_bd_ok-2.pdf, Erişim Tarihi: 21.4.2021)
- MIZRAHI, Ramit. (2004). Hostility to the Presence of Women: Why Women Undermine Each Other in the Workplace and the Consequences for Title VII. *Yale Law Journal*, 113(7), 1579-1622.

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi – ASTARLI, Muhittin. (2012). *İş Hukuku* (5 b.). Ankara: Turhan Kitabevi.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi – ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, U. (2021). *İş Hukuku Ders Kitabı - Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (5 b.). Ankara: Lykeion.
- MOULY, Jean. (2013, Juillet-Août). La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement nul n'autorise pas la réintégration du salarié dans son emploi. *Droit Social*, s. 647-648.
- MOULY, Jean. (2013, Mai). Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité principe des mesures de rétorsion. *Droit Social*, s. 415-418
- MOULY, Jean. (2014, Octobre). La prise d'acte : un mode de rupture à préserver. *Droit Social*, s. 821 vd.
- MOULY, Jean. (2015, Mai). La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel. *Droit Social*, s. 384-388.
- MUTLAY, Faruk Barış. (2018). İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. T. Centel (Ed.), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (s. 23-173). İstanbul: On İki Levha.
- NAMLI, Mert. (2016). İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. K. D. Yenisey (Ed.), *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı - İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* içinde (s. 151-165). İstanbul: TİSK.
- NAMLI, Mert. (2018). Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 15(60), 1295-1327.
- NARMANLIOĞLU, Ünal. (2012). *İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri* (4 b.). İstanbul: Beta.
- NI AOLAIN, Fionnuala. (2009). Exploring a Feminist Theory of Harm in the Context of Conflicted and Post-Conflict Societies. *University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper No. 09-45*.
- NUMMHAUSER-HENNING, Ann. (2012). Executive Summary. A. Nummhauser Henning – S. Laulom (Ed.), *Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries* (s. 1-34). European Union.
- ODAMAN, S. (2009). Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(14), 77-83.
- OĞUZ, Özgür. (2019). *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*. İstanbul: Legal.
- OĞUZMAN, M. Kemal – ÖZ, M. Turgut. (2012a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10 b., Cilt I). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- OĞUZMAN, M. Kemal – ÖZ, M. Turgut. (2012b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (9 b., Cilt II). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- OKTAY, Aygöl. (2001). İşyerinde Cinsel Taciz ve Cinsel İstismar. *İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Kadın Araştırmaları Dergisi*(7), 75-89.
- OKUR, Zeki. (2013). *İş Hukukunda Elektronik Gözetleme*. İstanbul: Legal.
- OKUR, Zeki. (2016). İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(Özel Sayı - Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), s. 587 - 600.
- OPPENHEIMER, Amy. (2020). Investigating Sexual Harassment. A. Noel – D. Oppenheimer (Ed.), *The Global #MeToo Movement* (s. 485-496.). Full Court Press. (<https://www.globalmetoobook.com>, Erişim Tarihi: 28.7.2020).
- ÖKTEM SONGU, Sezgi. (2011). İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı E-Posta ve İnternet Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme. S. Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I* (s.1057-1098). İstanbul: Beta.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi. (2018). Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(39), 113-145.
- ÖNER, Aysun. (2015). *Beyaz Yakalı Eşcinseller*. İstanbul: İletişim.
- ÖZDEMİR, Erdem. (2001). İş Hukukunda Disiplin Cezaları. *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan* (Cilt 2, s. 1255-1280). içinde İstanbul: Beta.
- ÖZDEMİR, Erdem. (2006). İşyerinde Cinsel Taciz. *Çalışma ve Toplum*(11), 83-96.
- ÖZDEMİR, Erdem. (2014). *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ÖZEN, Gülay – EMİR, Esra – KOCA, Canan. (2018). Türkiye’de Sporcuların Cinsel Taciz Algıları ve Deneyimleri. *Hacettepe Spor Bilimleri Dergisi*, 29(4), 157-177.
- ÖZTÜRK, Berna. (2021). *İşçinin Talimatlara Uyma Borcu*. İstanbul: On İki Levha.
- ÖZVERİ, Murat. (2020). İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları. *Çalışma ve Toplum*(65), s. 917-937.
- PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence. (2012, Janvier). Prise d'acte et résiliation judiciaire. *Droit Social*, s. 29-34.
- PEKSAN, Selcen – DELEN, Meltem – YORGUN, Sayım. (2020). İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma Araştırma. *Çalışma ve Toplum*(64), s. 321-346.
- PERDAEMS, Elsa. (2015). Quelle place réserver au licenciement par actes concluents en droit du travail suisse ? R. Wyler – A. Meier – S. Marchand (Ed.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert* (s. 233-248). Genève: Schultess.

- POUSSON, Alain. (2009). La volonté du salarié de rompre le contrat de travail. M. Nicod (Ed.), *De la volonté individuelle* (s. 285-303). Toulouse: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitôle.
- PRYOR, John. B. (1987). Sexual Harassment Proclivities in Men. *Sex Roles*, 17(5-6), 269-290.
- RADÉ, Christophe. (2019, Avril). Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse. *Droit Social*, 280-284.
- RAMAKRISHNAN, K. B. (2011). Inconsistent Legal Treatment of Unwanted Sexual Advances: A Study of the Homosexual Advance Defense, Street Harassment, and Sexual Harassment in the Workplace. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 26(2), 291-355.
- RAVER, Jana L. – GELFAND, Michele J. (2005). Beyond the Individual Victim: Linking Sexual Harassment, Team Processes, and Team Performance. *Academy of Management Journal*, 48(3), 387–400.
- REİSOĞLU, Safa. (2013). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24 b.). İstanbul: Beta.
- RHEE, Jeannie Sclafani. (1997). Redressing for Success: The Liability of Hooters Restaurant for Customer Harassment of Waitresses. *Harvard Women's Law Journal*, 20, s. 163-204.
- ROBIN-OLIVIER, Sophie. (2016). *Manuel de droit européen de travail*. Bruxelles: Bruylant.
- ROCHA, James. (2015). The Homophobic Sexual Harassment Claim and Sexuality Discrimination. *Ratio Juris*, 28(2), 204-215.
- RUSSELL, Brenda L. – TRIGG, Kristin Y. (2004). Tolerance of Sexual Harassment: An Examination of Gender Differences, Ambivalent Sexism, Social Dominance, and Gender Roles. *Sex Roles*, 50(7-8), 565-573.
- SAGUY, Abigail. (2003). *What Is Sexual Harassment? From Capitol Hill to the Sorbonne*. Berkeley: University of California Press.
- SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu. (2016). Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing). *İstanbul Hukuk Mecmuası - Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*, 74., 617 - 643.
- SAVAŞ, F. Burcu. (2007). *İşyerinde Manevi Taciz*. İstanbul: Beta.
- SAVAŞ, F. Burcu. (2009). İş Hukukunda "Siber Gözetim". *Çalışma ve Toplum*(22), s. 97-131.
- SAVAŞ, F. Burcu. (2012). *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*. İstanbul: Beta.
- SCALES, Ann. (2019). *Hukuki Feminizm*. (F. C. Akçabay, Çev.) Ankara: Dost.

- SCHULTZ, Vicki. (1998). Reconceptualizing Sexual Harassment. *Yale Law Journal*, 107(6), 1683-1806.
- SCHULTZ, Vicki. (2003). The Sanitized Workplace. *Yale Law Journal*, 121(8), 2061-2194.
- SCHULTZ, Vicki. (2018a). Open Statement on Sexual Harassment. *Stanford Law Review Online*, 78, 17-48.
- SCHULTZ, Vicki. (2018b). Reconceptualizing Sexual Harassment, Again. *Yale Law Journal Forum*(128), 22-66.
- SENIOR LABOUR INSPECTORS' COMMITTEE WORKING GROUP: New and Emerging Risks (EMEX): Guide For Assessing The Quality of Risk Assessments and Risk Management Measures with Regard to Prevention of Psychosocial Risks. (2018). European Comission. (<https://circabc.europa.eu/ui/group/fea534f4-2590-4490-bca6-504782b47c79/library/0aa69fb7-123b-462b-8f84-b62c6884e2fa/details>, Erişim Tarihi: 3.10.2022).
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay. (2020). *Bireysel İş Hukuku* (Cilt 11). Ankara: Gazi.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay. (2022). Çalışma Koşullarında Değişiklik. *TBB Dergisi*(158), s. 341-388.
- SERRAND-MITTON, Charlotte. (2018). *Le traitement juridique des risques psychosociaux*. Neuilly sur Seine: LexisNexis - Planete Social.
- SEVİMLİ, K. Ahmet. (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*. İstanbul: Legal.
- SEVİMLİ, K. Ahmet. (2013). Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında İşçinin Kişiliğinin Korunması. *Çalışma ve Toplum*(36), s. 107-147.
- SIEBLER, Frank – SABELUS, Saskia – BOHNER, Gerd. (2008). A Refined Computer Harassment Paradigm: Validation, and Test of Hypotheses About Target Characteristics. *Psychology of Women Quarterly*, 32, 22-35.
- SOJO, Victor. E – WOOD, Robert. E – GENAT, Anna. E. (2016). Harmful Workplace Experiences and Women's Occupational Well-Being: A Meta-Analysis. *Psychology of Women Quarterly*, 40(1), 10-40.
- SOUCEK, Brian – SCHULTZ, Vicki. (2019). Sexual Harassment by Any Other Name. *University of Chicago Legal Forum*, 227-260.
- SOYER, Polat. (2018). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(57), s. 21-46.
- SUPIOT, Alain. (2005). *Beyond Employment*. Oxford: Oxford University Press.

- SUR, Melda. (2008). Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri. M. Uçum (Ed.), *Devrim Ulucan'a Armağan* (s. 47-62). İstanbul: Legal.
- SUR, Melda. (2020). Çalışanın E-Postasına İşveren Tarafından Girilmesi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(44), s. 57-68.
- SUR, Melda. (2021). İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog. *Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi* (s. 25-53). İstanbul: Seçkin .
- SÜRAL, Nurhan. (2012). Turkey. A. Nummhauser Henning – S. Laulom (Ed.) içinde, *Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries* (s. 273-278.). European Union.
- SÜZEK, S. (1985). *İş Güvenliği Hukuku*. Ankara: Savaş.
- SÜZEK, S. (2002). İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması. *Kamu-İş*, 6(4), s. 73-94.
- SÜZEK, S. (2008). İşverenin Eşit Davranma Borcu. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(12), s. 24-38.
- SÜZEK, S. (2021). *İş Hukuku* (21 b.). İstanbul: Beta.
- ŞAHİN EMİR, Asiye – KAZMAZ TEPE, Büşra. (2018). İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi. *Çalışma ve Toplum*(58), s. 1481-1508.
- ŞAHİN, Mustafa – AYDIN, Betül – SARI, Serkan. (2012). AVM’lerde Çalışan Kadın Satış Danışmanlarının Cinsel Tacize İlişkin Görüşleri. *Cumhuriyet International Journal of Education*, 1(2), 67-81.
- ŞAHLANAN, Fevzi. (2014). İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı . *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012* (s. 75-142). Ankara: Kamu-İş.
- ŞİRİN, Tolga – ORCAN, N. Umut. (2022). Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(50), s. 241 - 278.
- TANER, F. Gökçen (2017). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2 b.). Ankara: Seçkin.
- TANRIVER, Süha. (2004). Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı. *TBB Dergisi*(53).
- TAŞKENT, Savaş. (1981). *İşverenin Yönetim Hakkı*. İstanbul: İTÜ İşletme Fakültesi.
- TENGİLİMOĞLU, Dilaver – TAHTASAKAL, Meral. (2004). Büro Etik Kuralları ve Bürolarda Yaşanan Cinsel Taciz Olaylarının Cinsiyete Göre Algılanma Biçimi: Bir Alan Çalışması. *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*(15), 30-44.
- TERCIER, Pierre. (1984). *Le nouvau droit de personnalité*. Zurich: Schulthess.

- THÉVENOZ, Luc. (1987). *Le travail intérimaire*. Lausanne : Payot.
- TIMMONS, Kelly C. (1995). Hooters: Should There Be an Assumption of Risk Defense to Some Hostile Work Environment Sexual Harassment Claims. *Vanderbilt Law Review*, 48(4), s. 1107-1154.
- TINAZ, Pınar. (2006). Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz. *Çalışma ve Toplum*, 11-22.
- TOKSÖZ, Gülay. (1994). Kadın Çalışanlar ve Sendikal Katılım. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 49(4), 339-454.
- TOKSÖZ, Gülay. (2012). *Kalkınmada Kadın Emeği*. İstanbul: Varlık.
- TOKSÖZ, Gülay – ERDOĞDU, Seyhan. (1998). *Sendikacı Kadın Kimliği*. Ankara: İmge.
- TOKSÖZ, Gülay – ERDOĞDU, Seyhan. (2013). *Türkiye’de Ev İşçileri*. Ankara: Uluslararası Çalışma Örgütü Yayınları.
- TOLU, Hazal. (2017). *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*. İstanbul: Beta.
- TULUKCU, N. Binnur. (2011). Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik. S. Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I* (s. 1099-1141). İstanbul: Beta.
- TUNCAY, A. Can. (2011). Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık. S. Başterzi (Ed.) içinde, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan* (Cilt I, s. 725-770). İstanbul: Beta.
- TUNCAY, A. Can. (1982). *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (EEOC). (2016). *Select Task Force on the Study of Harassment in the Workplace - Report of Co-Chairs Chai R. Feldblum & Victoria A. Lipnic*. (https://www.eeoc.gov/sites/default/files/migrated_files/eeoc/task_force/harassment/report.pdf, Erişim Tarihi: 21.2.2021).
- UÇKAN HEKİMLER, Banu. (2019). Kamu Kesimi Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolleri. *Çalışma ve Toplum*(61), 903-916.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz. (2019). *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. İstanbul: Beta.
- UGGEN, Christopher – BLACKSTONE, Amy. (2004). Sexual Harassment as a Gendered Expression of Power. *American Sociological Review*, 69, 64-92.
- ULUSOY, Hatice – SWIGART, Valerie – ERDEMİR, Firdevs. (2011). Think globally, act locally: understanding sexual harassmen from a cross-cultural perspective. *Medical Education*, 45, 603-612.
- UNUR, Kamil – ŞANLI, S. Ceylin (2018). Staj Yapan Öğrencilere Yönelik Cinsel Taciz: Otel İşletmeleri Örneği. *Seyahat ve Otel İşletmeciliği Dergisi*, 15(1), 149-161.

- URHAN, Betül. (2014). *Sendikasıız Kadınlar Kadınsız Sendikalar*. İstanbul: Kadın Dayanışma Vakfı.
- URHANOĞLU CENGİZ, İştar. (2009). Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi,. *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 10(4), s. 21-53.
- UYGUR, Gülriz. (2015). Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir. *Ankara Barosu Dergisi*(4), 121-132.
- UYGUR, Gülriz (2020). *Hukukta Adaletsizliğı Görmek* (3 b.). Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- ÜNAL REŞİTOĞLU, Halime – TOKAT, Özge. (2018). Gece Ekonomisinde Emek ve Muğlaklaşan Sınırlar: Kadın Barmenler ve Cinsel. *Mediterranean Journal of Humanities*, 8(2), 521-544.
- ÜNAL, Canan. (2013). Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* (37), 15-73.
- ÜNAL, Canan. (2018). *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*. İstanbul: On İki Levha.
- ÜNLÜTÜRK ULUTAŞ, Çağla – Pala, Hatice Zuhal. (2012). Sendikalarda Kadın Sesi: Türkiye’de Sendikalar ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliğı. IV. *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu* (s. 293-310). İstanbul: Petrol-İş.
- VALLERY, Gérard – LEDUC, Sylvain. (2017). *Les Risques Psychosociaux* (3 b.). Paris: PUF.
- VELAZQUEZ, Manuel. (2014). Analyse comparée du contrôle de la prévention des risques psychosociaux par les inspections du travail européennes. L. Lerouge (Ed.), *Risques psychosociaux en droit social: approche juridique comparée, France, Europe, Canada, Japon* (s. 25-45). Paris: Dalloz.
- WAQUET, Philippe. (2014, Février). Cessons de parler de prise d'acte. *Droit Social*, s. 97-99.
- WEISS, Deborah M. (2019). Sexual Harms without Misogyny. *University of Chicago Legal Forum*, 299-342.
- WEST, Robin. (1997). *Caring For Justice*. New York: New York University Press.
- WEST, Robin. (2004). Unwelcome Sex. C. A. MacKinnon – R. B. Siegel (Ed.), *Directions in sexual harassment law* (s. 138-152.). New Haven: Yale University Press.
- WEST, Robin. (2018). Manufacturing Consent: Why is it so difficult to wage a legal campaign against sexual harassment? *Baffler*(39), 57-73.
- WHITE, Rebecca Hanner. (2018-2019). Title VII and the #MeToo Movement. *Emory Law Journal Online*, 68, 1014-1034.

- WHITMAN, James Q. (2000). Enforcing Civility and Respect: Three Societies. *The Yale Law Journal*, 109(6), 1279-1398.
- WILLIAMS, Jamillah Bowman – SINGH, Lisa – MEZEY, Naomi. (2019). #MeToo as Catalyst: A Glimpse into 21st Century Activism. *University of Chicago Legal Forum* 2019, 371-394.
- WISHIK, Heather Ruth. (1985). To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence. *Berkeley Women's Law Journal*, 1(1), 67-77.
- WITZIG, Aurelién. (2018). *Droit du travail*. Genève: Schultess.
- WOLFENDALE, Jessica. (2016). Provocative Dress and Sexual Responsibility. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, XVII(1), s. 1-26.
- WOLKOWITZ, Carol. (2006). *Bodies at Work*. London: Sage Publications.
- WOOD, Diane P. (2019). Sexual Harassment Litigation with a Dose of Reality. *University of Chicago Legal Forum*, 395-413.
- WYLER, Rémy. (2012). La responsabilité de l'employeur. R. Wyler (Ed.), *Panorama II en droit du travail* (s. 659-677). Berne: Stämpfli.
- WYLER, Remy – HEINZER, Boris. (2014). *Droit du travail* (3 b.). Berne: Stämpfli.
- YALÇIN SANCAR, Türkan. (2013). *Türk Ceza Hukukunda Kadın*. Ankara: Seçkin.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem. (2021). İş Mahkemeleri Kanunu'nun Arabuluculuk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi* (s. 143-162). İstanbul: Seçkin.
- YILDIZ, Gaye Burcu. (2008). *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin.
- YILDIZ, Gaye Burcu. (2014). *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar*. Ankara: Yetkin.
- YILDIZ, Gaye Burcu. (2018). İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek. *Çalışma ve Toplum*(57), 733-748.
- YILDIZ, Gaye Burcu. (2021a). İşyerinde Yaşanan Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Açısından Değerlendirilmesi. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV(3), s. 3-37.
- YILDIZ, Gaye Burcu. (2021b). İşçinin Yönetime Katılması Usulü Olarak İşçi Temsilciliği Sistemi. *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi* (s. 55-73). İstanbul: Seçkin.
- YURACKO, Kimberly A. (2019). Sexual harassment law: an evolution in theory, scope and impact. R. West – C. Grant Bowman (Ed.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence* (s. 284-302). Cheltenham: Edward Elgar.
- YUVALI, Ertuğrul (2012). *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*. Ankara: Turhan Kitabevi.

YÜCEL, Yeliz. (2018). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Hukukunda Arabulucuya Başvurulmasının Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi Üzerine Bir İnceleme. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(60), 1351-1398.

ZIPPEL, Kathrin S. (2006). *The Politics of Sexual Harassment*. Cambridge University Press: New York.



ÖZET

İş ilişkisinde cinsel taciz esasen kadınların karşılaştığı bir sorundur. Kadınlar aynı zamanda cinsel içerikli olmayan ancak kadınların aşağı cinsiyet olduğu görüşüne dayanan tacizlere de maruz kalmaktadır. Bu tacizler toplumdaki cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanır; ancak iş ilişkisinin hiyerarşik yapısı da taciz sorununu derinleştirir. Cinsel tacizle mücadele, ABD’de cinsel mücadele ayrımcılık yasağı ekseninde yürütülmüşken Avrupa’da cinsel taciz geleneksel olarak kişi onuruna aykırılık olarak görülmüştür. Cinsel tacizin ayrımcılıkla ilişkisinin kurulmaması, sorunun toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle olan yakın bağlantısını görünmez kılar. ABD hukukunun etkisiyle AB mevzuatında da cinsel taciz zamanla ayrımcılık çerçevesinden ele alınmış ve bu da dolaylı olarak da Türkiye’deki mevzuatı etkilemiştir. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin ayrımcılık olarak ele alınması hukukumuzda yasal dayanağa kavuşmuşsa da yargı uygulaması cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğu yönünde gelişmemiştir.

İş ilişkisinde cinsel ve cinsiyetçi tacizle mücadele etmek devletin toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama ödevinin bir uzantısıdır. Bu ödev bağlamında ilk olarak bu tacizleri tanımlayan ve ayrımcılık olduğunu ortaya koyan mevzuatın oluşturulması gerekmektedir. Cinsel ve cinsiyetçi tacizin psikososyal riskler olarak iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına entegre edilmesi gerekir. Devletin ayrıca tacizle mücadele için politikalar oluşturulması ve mekanizmalar geliştirmesi gerekmektedir. Tacizle mücadele politikaları geliştirilirken kimlikleri veya çalışma koşulları gibi sebeplerden dolayı daha fazla risk altındaki işçilerin durumları gözetilmelidir. İşçilerin adalete erişimi önündeki engeller kaldırılmalı; iş yargısında zorunlu arabuluculuk uygulamasından vazgeçilmeli ve adli yardıma erişim kolaylaştırılmalıdır.

İşverenin cinsel ve cinsiyetçi tacize karşı önlem alma ve tacize son verme borcunun yasal dayanaklarını işçiyi gözetme borcu ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuat ile

ayrımcılık yasağı oluşturur. İşverenin tacize karşı önlem alma borcunun sınırını işçinin özel yaşamının gizliliği hakkı çizer. İşveren işyerinde cinsiyet eşitliğini sağlayan bir düzen kurmalı, tacize karşı politikalar ve mekanizmalar geliştirmelidir. İşveren taciz karşısında önlem alırken taciz mağdurunun çalışma koşullarını ağırlaştıramaz. İşveren bir diğer işçiyi ya da işyerine gelen üçüncü kişileri taciz eden işçiye disiplin yaptırımları uygulama ve iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir.

Taciz mağduru işçi, işyerinde önlem alınana kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Ayrıca maddi ve manevi tazminat ile ayrımcılık tazminatı talep edebilir. Ayrımcılık tazminatına ilişkin düzenlemelerin tüm işçileri kapsayacak, işveren açısından caydırıcılık ve mağdur açısından tazmin sağlayacak şekilde gözden geçirilmesi gerekmektedir. İş ilişkisinde tacize uğrayan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Haklı nedenle fesih için öngörülen 6 iş günlük süre taciz olaylarında sosyal gerçeklikle bağdaşmadığından işçi tacizciyle karşılaştığı sürece fesih hakkını kullanabilmelidir. Tacize uğrayan işçinin sözleşmesinin bununla bağlantılı olarak feshedilmesi hukuka aykırılık oluşturur. Olması gereken hukuk açısından bu tür fesihlerin yaptırımı mutlak geçersizlik olarak düzenlenmelidir. Taciz mağduru işçinin haklarından işverenin sorumluluğu kendi sözleşmeye aykırı davranışına dayanabileceği gibi, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa veya adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna dayanabilir.

Cinsel tacizin ispatında yargı uygulaması fiili karinelerden yararlanarak ispatı kolaylaştırmaktadır. Cinsel ve cinsiyetçi taciz ayrımcılık oluşturduğundan, bunların ispatında ayrımcılığın ispatına ilişkin kurallar uygulanmalıdır; bunun açık yasal düzenlemeye kavuşturulması uygun olur. Özellikle işçinin maruz kaldığı cinsel tacizi ispatlaması bakımından hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi yasağı esnek bir biçimde uygulanmalıdır.

ABSTRACT

Sexual harassment at work is primarily a women's issue. Working women often face sexist harassment rooted in the false belief that females are inferior. Such sex-based harassments arise from gender inequality in society and is further exacerbated by the hierarchical order of employment relationships. In the United States, the issue is regarded as a form of discrimination, whereas in Europe it is traditionally viewed as an attack on dignity. If sexual harassment is not addressed within the context of discrimination, its close links to societal gender inequality becomes invisible. The European Union has gradually accepted the discrimination perspective in tackling sexual harassment, due in part to the influence of US law. This shift has indirectly impacted Turkish legislation, which now includes a legal basis for defining sexual and sexist harassment as discrimination. However, there have been no corresponding developments in jurisprudence thus far.

Combatting sexual and sexist harassment at work is an essential part of the state's duty to ensure gender equality. To this end, the state must first legislate definitions of sex-based harassment from a discrimination perspective and integrate them into occupational health and safety law as psychosocial risks. Policies and mechanisms must also be developed to tackle the problem of harassment, considering the vulnerabilities that stem from employees' identities or working conditions. Obstacles that impede employees' access to justice must be removed, including mandatory mediation in labour disputes and the facilitation of legal aid.

Employers have a duty to prevent and end sexual and sexist harassment, based on their duty of care, occupational health and safety legislation, and the prohibition of discrimination. Employees' right to privacy sets the limits of the employer's duty to take measures against harassment. Employers must establish a work organization that ensure

gender equality and set up policies and mechanisms to combat sex-based harassments. Measures taken after harassment has occurred must not impose any burden on the victim, and employers may impose disciplinary sanctions on the harassers or terminate their contracts.

Victims of harassment have the right to remove themselves from dangerous working conditions and to receive pecuniary and non-pecuniary damages and discrimination indemnity. The provisions on discrimination indemnity must be reformed to provide equal protection to all employees, better compensation for victims, and to ensure greater deterrence for employers. The employee who is the victim of harassment may immediately terminate the employment contract. However, the legislation sets forth that the right to immediate termination can only be used within 6 working days of the incident, which is incompatible with social reality. Victims must be able to terminate the contract if they have to face the harasser, as the effects of harassment are ongoing. The termination of the victim's contract in relation to the harassment is illegal, and the sanction of such termination should be an absolute nullity, *de lege ferenda*. The employer's civil liability against the victim may arise from their own fault or from vicarious liability.

While the case law on sexual harassment facilitates proof by relying on the presumption of facts, both sexual and sexist harassments constitute discrimination, and therefore the proof of these acts must be subject to the rules of proof of discrimination. An explicit provision to this effect could be effective. The rules against illegal evidence must be applied flexibly regarding proof of harassment, especially when the burden of proof lies on the victim.