

Yrd. Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İşyerinde Cinsel Taciz

### 1. Avrupa Birliği Hukuku: Ayrımcılığın Bir Görünümü Olarak Cinsel Taciz

1976 tarihli eşit davranma borcuna ilişkin Direktif'te değişiklik yapılması kararının alınması ile birlikte, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, Avrupa Birliği'nde cinsel tacizin önlenmesi konusunda son derece cesaretli bir adım atmıştır. Gerçekten 2002/73 sayılı Direktif, üye ülkelerin eşit davranma borcuna ilişkin yasal düzenlemeleri arasında uyum sağlamayı amaçlamıştır. Nitekim, bu Direktif'in kabulü ile birlikte, üye devletler, cinsel tacizi cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık olarak tanıyacaktırlar<sup>1</sup>.

Kadın ve erkeğin çalışma yaşamına eşit koşullarla katılımı Avrupa Birliği'nin temel konularından biri olmasına karşın, cinsel taciz 1980'li yıllara kadar Avrupa'nın ilgisini çekmiş değildir. Rubinstein tarafından 1987 yılında yayımlanan rapor sorunun önemli boyutlarda olduğunu ortaya koymuştur. 1990'lı yıllarda, konunun ciddiyetini farkederek Avrupa Komisyonu, çalışmalarını yoğunlaştırmış ancak kesin bir sonuç alamamıştır<sup>2</sup>.

2002/73 sayılı Direktif öncesinde İngiltere, Hollanda, Belçika ve Almanya gibi bazı ülkeler oldukça güçlü yasal düzenlemelere gitmişken, birlik içindeki Lüksemburg, Portekiz ve Yunanistan gibi bazı ülkeler de aynı düzeyde etkili anti-taciz yasal düzenlemeleri geliştirememiştir. Nitekim anılan Di-

rektif'in amacı, Avrupa Birliği ülkelerindeki farklı uygulamalar arasında bütünlük sağlamak ve cinsel taciz konusundaki standartları oluşturmaktır<sup>3</sup>.

2002/73 sayılı Direktif'in temel noktaları;

- Cinsel tacizin tanımlanması
- Cinsel tacize ilişkin önleyici tedbirler alınması
- Yargısal ve idari prosedürler
- Cinsel taciz mağdurlarının zararlarının telafi edilmesi
- Eşit istihdam şartları sağlanması için ulusal komisyonlar oluşturulması olarak ifade edilebilir.

Direktif'in 2. maddesinin 2. 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 yönelik 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.

Yine 2. maddenin 3. fıkrasına göre, bir kimse'nin cinsel tacizi reddetmesi veya buna maruz kalması bu kimseyi etkileyen istihdama (çalışma ilişkilerine) ilişkin bir kararın gerekçesini ve temelini oluşturamaz. Olası bir hukuki uyumsuzlukta, ortada bir cinsel taciz vakiasının var olup olmadığının tespiti için her şeyden önce, cinsel tacizin tanımlanması gerekmektedir. Bu noktada, 2002/73 sayılı

## 4857 sayılı Kanun, cinsel tacize ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir.

Direktifte cinsel tacizin tanımına ilişkin sözcükler büyük bir dikkatle irdelenmelidir.

Direktifin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, cinsel tacizin üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar;

- İstenilmeyen
- İnsan onuruna aykırı
- Suiistimal edilen çalışma ortamı (düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam)'dır.

Direktif'in bu terminolojisi ile Amerika Birleşik Devletleri hukuku arasında önemli benzerlikler mevcut bulunmaktadır. Gerçekten "istenilmeyen" (unwanted)" sözcüğü esas itibarıyla, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihadında da temel aldığı bir ölçüttür<sup>4</sup>.

Buna karşılık "insanlık onuru", cinsel taciz kavramına, tamamen Avrupa Birliği hukukunun bir katkısı olarak göze çarpmaktadır. Kuşkusuz insanlık onuruna aykırı bir davranışın var olup olmadığı, her bir üye devletin anlayışı ve sosyo-kültürel özellikleri çerçevesinde tespit olunacaktır<sup>5</sup>.

Cinsel tacizin üçüncü unsuru, Direktif'e göre, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratmaktır. Direktif hangi hallerde böyle bir ortamın oluştuğundan bahsedileceği konusunda bir açıklık içermemektedir. Belirtmek gerekir ki, Direktif'te yer alan "düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam" ölçütü, tamamen Amerika Birleşik Devletleri hukukundan alınarak adapte edilmiştir<sup>6</sup>. Bu noktada, hangi durumlarda, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortamdan bahsedileceğinin belirlenmesi gerekecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına göre, bu nitelikteki davranışların, işçinin çalışma koşullarını etkileyecek derecede ciddi ve ahlâksızca olması durumunda düşmanca bir ortamdan bahsedilebilecektir<sup>7</sup>. Yine Amerikan yargısına göre, bir davranışın bu nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde, işyerinin özellikleri ve özellikle sosyal ve kültürel yapısının dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim *Oncale v. Sundowner* kararında, belirtildiği üzere, bir profesyonel futbol antrenörünün oyuncusu maça girerken kalçasına dokunması normal olsa da, aynı hareketi sekreterine karşı yapma-

sı suiistimal edici bir davranış olarak nitelendirilebilecektir<sup>8</sup>.

Sosyal ve kültürel özelliklerin dikkate alınması, Avrupa Birliği üyesi ülkeler bakımından da farklılıkların ortaya çıkmasına yol açacak gibi gözükmektedir. Nitekim, bugün Avrupa ülkeleri arasında önemli sosyal ve kültürel farklılıklar mevcut bulunmaktadır. Hatta, bir ülke içinde bile, değişik çalışma ortamları arasında önemli sosyal ve kültürel farklılıklar mevcut olabilir. Nitekim Amerika'da 2001 yılında yapılan bir araştırmada, mavi ve beyaz yakalı işçiler arasında dahi, kadın-erkek ilişkileri bakımından ciddi anlayış farklılıkları olduğu ortaya konulmuştur<sup>9</sup>.

## II. Türk İş Hukukunda Cinsel Taciz Kavramının Yeri

### 1. Cinsel Tacizin Tanımı

4857 sayılı Kanun'da, işyerinde cinsel tacizin önlenmesi ve tacize uğrayan işçinin korunması amacıyla yönelik olarak özel düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Nitekim, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, işçi bakımından haklı fesih nedeni olacaktır. Ayrıca, Kanun'a göre; işveren, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (m. 25/II, c).

Buna karşılık, 4857 sayılı Kanun, cinsel tacize ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Buna göre, "cinsel tacizin" ne olduğu konusunda, İş Kanunumuzda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde cinsel tacize ilişkin tanımlamalar yapıldığı görülmektedir. Cinsel taciz konusunda yapılan farklı tanımlara örnekler veren Okur, net bir tanım getirmekten kaçınmakta; ancak, cinsel tacizin cinsel boyutunun dışlanarak bunun bilinçli bir yıldırma politikası saymanın isabetsiz olduğunu açıklamaktadır<sup>10</sup>.

Buna karşılık Bakırcı'ya göre, cinsel taciz mevcut mevzuat açısından (TMK ve TCK) ile korunan, kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla birlikte rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan/işyerinin düzenini bozan, hapsi gerektirecek suç veya ahlâk ve iyiniyet kurallarına

aykırı, cinsel nitelikli cinsiyet ya da cinsel tercih temelinde dayalı davranışlar olarak tanımlanabilir. Yaza göre her iki grupta da taciz oluşturan davranışların belli bir kişiye yönelik olması şart değildir. Kamu yararının ihlalini oluşturan suçlar yanında, belli bir kişiyi hedef almayan ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar da cinsel taciz oluşturabilir. Nitekim, Yargıtay, gece bekçisi olarak çalışan bir işçinin işyerine kadın getirerek ilişki kurmasının ahlâk ile bağdaşmadığını ve işverenin söz konusu işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı nedenle olduğunu kabul etmiştir<sup>11</sup>.

## 2. Hukukumuzda Yer Alan Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, Okur, cinsel taciz konusuna net bir tanım ortaya koymamakta, ancak bunun bir kadın-erkek savaşı sorunsalına indirgenmesini eleştirmektedir. Bu anlamda yazarın, cinsel tacizin kaynağını Amerikan hukukundan alan ve daha sonra AB hukukuna yansıyan “düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortama” boyutuna kuşku ile yaklaştığı söylenebilir.

Bakırcı'nın getirdiği tanımlama ise hem karışık, hem de son derece geniştir. Kanımızca yazarın verdiği örneği bir cinsel taciz olarak tanımlamaya olanak bulunmamaktadır. Gerçekten, bir işçinin işyerine bir kadın getirerek beraber olması, bu işçinin gece bekçisi olarak çalıştığı dikkate alındığında görevinin ihmali olarak yorumlanabilir. Yine böyle bir davranışın toplumun genel ahlak anlayışı ile bağdaşmadığı, işçinin işverenin güvenini kötüye kullandığından bahsedilebilir. Ama, bu davranış bir “cinsel taciz” oluşturamaz.

Kanımızca cinsel tacize ilişkin yapılacak isabetli bir doktriner tanımlama getirebilmek için, öncelikle cinsel tacize ilişkin olarak dünyada yapılan tanımları ortaya koymak ve bu kavramın dünyadaki gelişimini analiz etmek gerekir.

**Kamu yararının ihlalini oluşturan suçlar yanında, belli bir kişiyi hedef almayan ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar da cinsel taciz oluşturabilir.**

## Cinsel taciz kavramının ortaya çıkışı yeri Amerika Birleşik Devletleri'dir.

Cinsel taciz kavramının ortaya çıkışı yeri Amerika Birleşik Devletleri'dir. 1975 yılında Amerikan feministleri tarafından kullanılmaya başlanan bu deyim, kısa bir süre sonra Amerika'da medyanın ilgisini çeken popüler bir konu olmuş, birbiri ardına verilen mahkeme kararlarıyla<sup>12</sup> çok önemli bir hukuksal boyut kazanmıştır. Bir süre sonra ise, Avrupa'ya, hatta Japonya'ya sıçramıştır<sup>13</sup>.

Bununla birlikte cinsel taciz kavramına bakış her ülkede aynı şekilde olmamış ve konuya ilişkin yasal düzenlemelerde çok önemli farklılıklar gözlemlenmiştir. Nitekim bugün dünyada cinsel tacizi en geniş şekilde tanımlayan ve kabul eden Amerika Birleşik Devletleri'nde, cinsel taciz Civil Rights Act'ın ayrımcılık konusunu düzenleyen VII. Kitabında ele alınmıştır. Buna göre, Amerikan hukukunda, cinsel taciz son derece net bir biçimde cinsiyet temelinde dayalı bir ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, cinsel taciz, kadınlara yönelik bir cinsel ayrımcılık olarak görülmektedir. Gerçekten, cinsel tacizin her ne kadar aynı cinsiyete sahip kimseler arasında söz konusu olabileceği söylenebilirse de, yapılan araştırmalar, taciz vakıalarının büyük çok büyük bir oranının kadın ve erkekler arasında ve büyük çoğunlukla kadınlara yönelik olduğunu ortaya koymaktadır<sup>14</sup>. Fransa'da yapılan bir araştırmaya göre, taciz vakıalarındaki mağdurların %90'lık bir oranını kadın işçiler oluşturmaktadır<sup>15</sup>. Nitekim, cinsel taciz kadınların kişilik haklarına ve çalışma özgürlüklerine bir saldırı oluşturması ve dolayısıyla bir cinsiyet gurubunun diğerine kıyasla mağdur olması nedeniyle cinsiyet ayrımcılığı kapsamında ele alınmaktadır<sup>16,17</sup>.

1976 yılından itibaren, Amerikan mahkemeleri işyerinde cinsel taciz vakıalarını önlemeyen işverenleri hukuksal planda sorumlu tutmuşlardır. Amerikan mahkemeleri iki tip cinsel taciz tanımıştır. Buna göre, ilk olarak Latince “quid pro quo” denilen (this for that: buna karşılık olarak şu) olarak tanımlanan cinsel taciz söz konusu olabilir<sup>18</sup>. Burada cinsel amaçlı bir tehdit veya rüşvet (karşılık) söz konusudur. Örneğin, işçi amiriyle birlikte

olur ve bunun karşılığında kariyerinde ilerleme veya maaşına zam sağlar. Amerikan mahkemelerinin tanıdığı ikinci taciz tipi “hostile work environment” denilen ve ‘düşmanca çalışma ortamı’ şeklinde dilimize çevirebileceğimiz taciz tipidir. Burada cinsel içerikli söz veya davranışlar, bireyin çalışma performansına müdahale ediyor, ahlâk dışı, saldırgan, utanç verici veya düşmanca bir çalışma ortamı yaratıyorsa cinsel tacizden bahsedilmektedir. Düşmanca çalışma ortamı, istenmeyen cinsel temas, dokunuş veya sözleri, tehditleri kapsayabilir<sup>19</sup>.

Buna karşılık, Fransız hukukunda, cinsel taciz 2002 yılında yapılan değişikliğe kadar “yetkinin kötüye kullanılması“ (abuse of power/abus d’auto-rité) olarak tanımlanmıştır<sup>20</sup>. Buna göre, cinsel tacizden bahsedebilmek için, taraflar arasında hiyerarşik bir farklılık olması gerekir. Buna göre, eşit konumda çalışan işçiler arasında cinsel tacizden bahsedilemez.

Bazı Avrupa ülkelerinde ise cinsel taciz, kişilik haklarına bir tecavüz niteliğinde görülmüştür<sup>21</sup>.

bul edilen ve bilindiği üzere ülkemizde de 2003 yılında yürürlüğe giren “iş güvencesi” kurumu mevcut değildir. ABD’de işveren işçiyi serbestçe işten çıkarabilir. Buna ABD’de “employment at will doctrine” (yani istihdamın tarafların iradesine bağlı olması) denilmektedir. Manevi açıdan bakıldığında, Fransızların “vie privée” Amerikalıların ise “privacy” dedikleri, işçinin özel yaşam gizliliği ve kişilik hakları konusunda ABD’de sağlanan koruma Avrupa ülkelerinin çok gerisindedir. Somut ve güncel bir örnek vermek gerekirse, günümüzde yeni teknolojilerin kullanımının iş hukukundaki etkileri yoğun biçimde tartışılmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde “Amerikan İdareciler Birliği” (AMA) tarafından yapılan bir araştırma, işverenlerin %77,7’sinin işçilerin telefon görüşmeleri, e-mail, internet bağlantısı ve bilgisayarları üzerindeki dosya ve verilerini kaydettiğini ve gözetlediğini ortaya koymuştur<sup>22</sup>. Amerikan hukukunda, işverenin internet bağlantıları ve e-mailler üzerinde mutlak bir denetim hakkı olduğu kabul edilmektedir.

## 2002/73 sayılı AB Direktifi, cinsel tacizi cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak tanımlamaktadır.

Buna karşılık, yukarıda da görüldüğü gibi, 2002/73 sayılı AB Direktifi cinsel tacizi cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla, üye devletlerin, AB mevzuatına uyum sağlama zorunluluğu dikkate alındığında, cinsel tacizin artık Amerika Birleşik Devletleri dışında, Avrupa’da da ayrımcılık kapsamında nitelenen bir konu olacağı söylenebilecektir.

Amerika’da cinsel tacize ilişkin korumanın kapsamının dünyanın ve özellikle Avrupa’nın diğer ülkelerine göre daha gelişmiş olmasının ardında yatan neden sorgulanabilir. Bu durumda ilk olarak, akla, genel olarak Amerikan iş hukukunun Avrupa’ya göre daha gelişmiş olduğu açıklaması gelmektedir. Acaba gerçekten, Amerikan iş hukuku Avrupa ülkelerine göre daha gelişmiş midir? Yanıt, şaşırtıcı olmakla biçimde son derece net biçimde “hayır”dır. Gerçekten, Amerikan iş hukuku ne maddi açıdan ne de manevi açıdan işçilerin haklarını koruyan düzenlemelere sahip değildir! Maddi açıdan bakıldığında, Amerika Birleşik Devletleri’nde, bugün Avrupa’nın hemen her ülkesinde ka-

Amerikan yargısına bugün yön veren emsal nitelikteki olay Smyth v. Pillsbury Co. davasıdır. Söz konusu olayda, Smyth isimli işçi, haksız yere işten çıkarıldığını ve özel yaşam gizliliğine müdahale edildiğini ve hukuka aykırı biçimde toplanan delillerin kendisine karşı kullanıldığını belirterek tazminat talebinde bulunmuştur. Somut olayda, davacı işçi evdeki bilgisayarından fakat işverene ait e-mail sisteminden çeşitli e-mail mesajları göndermiştir. Bir süre sonra işveren bu mesajlara ulaşmış ve bunların içeriğinin şirket yönetimi açısından uygun bulunmadığı gerekçesiyle davacının iş sözleşmesini feshetmiştir. Olayda Mahkeme, e-mail mesajlarının gizli ve özel olduğu yolundaki savunmaya rağmen, bunun işverene ait e-mail sistemi üzerinden gerçekleştirilmiş olmasını dikkate alarak, davacı işçinin özel yaşamına müdahale edilmemesi yolunda haklı bir beklentisinin söz konusu olmayacağını açıklamış ve bu mesajların işveren lehinde delil olarak dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, işverenin internet ve e-maillerin yasalara aykırı veya mesleki amaçlar dışında kullanımını engellemek ko-

nusundaki yetkileri, işçinin özel yaşam gizliliği beklentisinin önünde gelmekte, menfaatler dengesinde daha ağır basmaktadır<sup>23</sup>. Diğer eyalet mahkemeleri de özel yaşama müdahale iddialarını benzer gerekçelerle reddetmişlerdir<sup>24</sup>.

İşverene mutlak bir denetim hakkı veren ve hangi yollarla olursa olsun, elde edilen verilerin delil olarak kullanabileceğini kabul eden Amerikan sisteminin aksine, Kara Avrupası'nda, işverenin işçinin özel yaşamına müdahale oluşturabilecek nitelikte araçlarla elde ettiği delillerin serbestçe kullanılması kabul edilmemektedir<sup>25</sup>. Nitekim, Fransız hukukunda, Yüksek Mahkeme'nin NIKON kararı olarak adlandırılan kararı, işverenin her türlü yolla topladığı delili işçiye karşı kullanamayacağını ortaya koyan, ilke kararı olarak kabul edilmiştir<sup>26</sup>. Bu karara konu olan olayda; işçi iş saatleri içinde şirket malzemesinin illegal olarak satışı üzerine kurulu eşzamanlı bir faaliyet yapması gerekçesiyle haklı nedenle işten çıkarılmıştır. İşveren, işçinin bu davranışını kanıtlamak üzere, işçiye temin etmiş olduğu bilgisayarda "kişisel" olarak adlandırılan dosyada yer alan, gönderilen ve alınan e-mail mesajlarına dayanmıştır. İstinaf mahkemesinin işveren lehindeki kararını, Fransız Yargıtayı bozmuş ve işçinin, işyerinde dahi olsa, özel yaşamı konusunda haklara sahip olduğunu belirterek, bunun iletişim gizliliği hususunu da kapsadığına hükmetmiştir.

ABD'de cinsel taciz kavramının geniş biçimde ele alınması ve bu konuda Avrupa ülkelerine göre çok daha etkili bir koruma sağlanmasının temelinde, gelişmiş bir iş hukuku düzeni değil, Amerikan feminist akımlarının, feminist hukuk düşüncesinin, kadın hakları ile ilgili olarak yapılan çalışmaların ve bu konuda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının yoğun çalışmaları ve Amerikan medyasının konuya gösterdiği ilgi yatmaktadır<sup>27</sup>. Gerçekten, Amerikalı feministlere göre, cinsel taciz kaba erkek cinsel kültürünün ve bağınazlığının bir sonucudur. Nitekim, feminist gruplar, cinsel tacizin ayı-

**Amerikan hukukunda, işverenin internet bağlantıları ve e-mailler üzerinde mutlak bir denetim hakkı olduğu kabul edilmektedir.**

**Mevcut konjonktür açısından cinsel taciz, ülkemize deyim yerindeyse yabancı, yurtdışından ithal edilmiş bir kavram gibi durmaktadır.**

rımcılığı düzenleyen Amerikan Medeni Kanunu'nun VII. Kitabı içinde düzenlenmesi konusunda çok büyük bir uğraş vermiş ve cinsel tacizin kadınların çalışma yaşamındaki olanaklarını kısıtlayıcı bir eylem olarak kabulü gerektiği öne sürülmüştür. Yine feminist gruplar cinsel taciz ile ilgili davalara büyük bir duyarlılık göstermiştir. Amerikan yasal sisteminin de, uzman tanık, amici curiae gibi kurumların mevcudiyeti, yargılama süreçlerinde çok etkili olmuştur. Yapılan yargılamalarda, işverenler çok büyük tazminatlarla karşılaşmışlardır<sup>28, 29</sup>.

Buna karşılık, Avrupa ülkelerinde, örneğin Fransa'da cinsel tacizin daha sınırlı biçimde ele alınmış olmasının nedeni, feminist grup ve sivil toplum kuruluşlarının bu derecede politik etkinliğe sahip olmamasıdır. Nitekim Fransa'da, cinsel taciz konusundaki Amerikan yasaları, "Amerikan aşırılığı" "püriten hassasiyeti"<sup>30</sup>, "cinsiyetler savaşı" gibi gerekçelerle eleştiri konusu yapılmaktadır<sup>31</sup>. Fransız medyasının konuya ilişkin tavrı da son derece soğuktur. Örneğin Fransız medyasının yalnızca % 43'ü bugüne kadar konuya ilgi göstermiştir. Buna karşılık ABD'de bu oran % 97'dir. Hatta Fransız medyasında çıkan haberlerin birçoğu Fransa ile ilgili değil, doğrudan Amerika'daki cinsel taciz vakıaları ile ilgilidir ve topluma verilmek istenen mesaj, "dikkatli olun, bu konuda Amerikan aşırılığına kaçmayın!" biçimindedir<sup>32, 33</sup>.

Cinsel taciz kavramını biçimlendiren sosyolojik etkenler ve bu kavramın gelişiminde etkili olan ideolojik nedenler ve özellikle feminist akımlar, bunun tanımlanmasını da son derece güç kılmaktadır. Gerçekten, ülkemiz bakımından nasıl bir cinsel taciz tanımı yapılacaktır? Bu kavramın sınırları dar mı, yoksa geniş mi tutulacaktır? Tanımlamada, ülkemizin mevcut sosyal ve kültürel gerçekleri mi, yoksa, ulaşmayı hedeflediğimiz Avrupa Birliği standartları mı esas alınacaktır?

Ülkemizin mevcut sosyal ve kültürel koşulları dikkate alındığında, cinsel taciz kavramı konusun-

da toplumda bir bilinç oluştuğundan söz etmek kolay gözükmemektedir. Özellikle, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi konusunda yapılan çalışmalar, Avrupa ve Amerika'nın oldukça gerisindedir. Dolayısıyla, mevcut konjonktür açısından cinsel taciz, ülkemize deyim yerindeyse yabancı, yurtdışından ithal edilmiş bir kavram gibi durmaktadır. Hukuki durum, toplumsal yapıdan da farklı değildir. Nitekim, cinsel tacize ilişkin son derece sınırlı yargı kararı mevcut bulunmakta ve ancak bu kararlarda son yıllarda bir hareketlenme gözlenmektedir.

Kuşkusuz ülkemizde kadınların çalışma yaşamına katılımı, sosyal ve kültürel gelişme ile birlikte, ülkemizde de cinsel taciz kavramı konusunda bilinçlenme artacaktır. Bu noktayı dikkate alarak, cinsel taciz kavramını mevcut konjonktüre göre değil, ulaşmak istediğimiz AB normlarına göre tanımlamak bize daha uygun gözükmektedir.

hâlâ uyum sorunu yaşamaktadır. Cinsel tacize ilişkin bu yaklaşım biçiminin, bizim toplumsal kültür ve anlayışımızla da uyumlu olduğunu düşünmüyoruz. Nitekim, cinsel tacizin bizim hukukumuzda da öğreti<sup>35</sup> ve uygulamada Amerikan ve AB hukukunda olduğu gibi geniş biçimde düşünülmediğini itiraf etmeliyiz.

Ancak, arkasında hangi ideolojik ve toplumsal nedenler olursa olsun, artık tüm Avrupa cinsel tacize ilişkin bu yaklaşım biçimini istese de, özellikle Fransızlar gibi pek istemese de! bir şekilde kabul etmek zorunda olacaktır. Biz de Avrupa Birliği'ne girmeyi hedeflediğimize göre, bizim açımızdan da aynı kaçınılmazlık durumu söz konusudur. Dolayısıyla, cinsel taciz "insan onurunu ihlal etme amacına yönelik 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

## Kuşkusuz kadınların çalışma yaşamına katılımı, sosyal ve kültürel gelişme ile birlikte, ülkemizde de cinsel taciz kavramı konusunda bilinçlenme artacaktır.

Avrupa Birliği standartları ve bunun temelini oluşturan 2002/73 sayılı Direktif'in üzerinde ise, yukarıda da görüldüğü gibi yoğun bir Amerikan etkisi mevcut bulunmaktadır<sup>34</sup>. Gerçekten, anılan Direktif cinsel tacizi Amerikan hukukunda benimlenen ölçüt ve esaslara göre geniş biçimde tanımlamaktadır. Nitekim, AB üyesi devletler bu yeni standartlara uyum için mevcut yasalarını düzenleme ve değiştirme zorunluluğu altına girmiştir.

Özellikle, cinsel tacizin, cinsel bir yarar sağlama amacı ölçütünün dışında tanımlanması bu noktada tartışma yaratmaktadır. Gerçekten "düşmanca çalışma ortamı" cinsel bir yarar sağlamanın ötesinde içinde cinsellik taşıyan öğelerle, özellikle kadın işçilere baskı kurulmasını ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, cinsel bir menfaat sağlanması söz konusu olmasa da, cinselliğin kullanılarak baskı yapılması rahatsız edici bir ortam yaratılması dahi "cinsel taciz" olarak kabul edilecektir.

Yukarıda kökenlerini izah etmeye çalıştığımız bu anlayış, daha Avrupa ülkesinde dahi fikirbirliği içinde benimsenebilmiş değildir. Örneğin Fransa, 2002 yılında kanunlarını değiştirmesine rağmen,

ortam yaratan davranış" olarak tanımlanmalı, yapılacak bir yasal düzenleme bu tanımdaki unsurları yansıtmalıdır. Kuşkusuz öğreti ve yargı kararları ile bizim toplumsal yapımız ve kültürümüze göre yukarıda belirtilen tanımlamanın içi doldurulacaktır.

2002/73 sayılı Direktif'e ve dünyadaki gelişmeleri dikkate alarak, cinsel tacizi ayrımcılığın bir biçimi olarak değerlendirmek, kanımızca hukukumuz bakımından da izlenmesi gereken yol olmalıdır. Gerçekten, teorik bakımdan olduğu kadar, pratik bakımdan da bu yorumun özellikle iki önemli sonucu söz konusu olacaktır.

İlk olarak biraz sonra üzerinde durulacağı üzere, cinsel taciz durumunda işçinin isteyebileceği maddi tazminatın kapsamının belirlenmesi son derece güç bir konu olup, cinsel tacizi ayrımcılık anlamında yorumlamak, işçiye 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinden yararlanma fırsatı yaratacak ve buna göre, işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir.

İkinci olarak, bilindiği üzere, ayrımcılık konu-

Cinsel tacizi ayrımcılığın bir biçimi olarak değerlendirmek, kanımızca hukukumuz bakımından da izlenmesi gereken yol olmalıdır.

sunda ispat yükünün işçi lehinde hafifletilmesi söz konusudur. AB'nin 97/80 sayılı Direktifi'ni, İş Yasası'nın 5. maddesi iç hukukumuzda yansıtmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, cinsel taciz bakımından da bu hükme dayanılabilmesi olanağı yaratılacaktır.

### III. İşyerinde Cinsel Tacizin Önlenmesi ve Türk İş Hukuku

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. fıkrasının (d) bendine göre, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturacaktır. Ayrıca, Kanun'a göre; işveren, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (m.25/II, c).

Söz konusu hükümlerin, cinsel tacizin önlenmesi konusunda yeterli olduğunu öne sürmeye olanak bulunmamaktadır. Gerçekten, işyerinde eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda en önemli sorumluluk işverene düşmektedir. İşyerinde cinsel tacizin önlenmesi için her şeyden önce işyerinde sağlıklı bir iletişim sistemi kurulması, her türlü hiyerarşik düzeyde sorumluluk tesis edilmesi ve işçilere bu alanda eğitim verilmesi ile mümkündür. Yine 92/131 sayılı tavsiye kararında belirtilen, talep ve şikâyet prosedürü oluşturulması, işçilere tavsiye ve yardım sağlanması, soruşturma yapılması, işyerinde disiplin ve cezalandırma sistemi kurulması konusunda işverenlere yükümlülükler getiren düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Kanımızca, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde olduğu gibi, bu konular da işletmelerin niteliklerine, büyüklüklerine göre düzenleme konusu yapılabilir. Örneğin, işyerinde cinsel tacizin önlenmesi konusunda alınması gereken tedbirler konusunda tüzük veya yönetmelikler çıkartılabilir. İşverenlere cinsel tacize ilişkin olarak iç yönetmelikler hazırlama yükümlülüğü getirilebilir<sup>36</sup>.

### IV. Cinsel Taciz ve İşverenin Sorumluluğu

#### 1. İşverenin Sorumluluğunu Tesis Etmenin Önemi

Dünyada yapılan bilimsel araştırmalar ve tecrübeler, işyerlerinde cinsel tacizin önlenmesinin, ancak bu konuda işverenin sorumluluğunun tesis edilmesi ile mümkün olabileceğini ortaya koymuş bulunmaktadır. Ancak hukukumuz bakımından, işçinin cinsel tacize uğraması durumunda sorumluluğunu tesis eden özel bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu Tasarısının üç fıkradan oluşan 421. maddesinde, işçinin kişiliğinin genel olarak korunması düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin kenar başlığında kullanılan "4. Tedbirler ve mesai mahalleri" ibaresi, Tasarıda "IV. İşçinin kişiliğinin korunması/1. Genel olarak" şekline dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrasında, işverenin işçinin kişiliğini koruması, kişiliğine saygı göstermesi, sağlığını gözetmesi, işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü öngörülmektedir. Gerçekten, işverenin, işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamama, tedavisi için gerekli izinleri verme, gerektiğinde işyerinde acil tedavi olanaklarını sağlama gibi yükümlülükleri söz konusudur. Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. 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.

**İşverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir.**

Cinsel taciz konusunun, işverenin hukuki sorumluluğunun tesis eden BK m. 332'nin yerini alacak olan hükümde düzenlenmiş olmasını olumlu bir gelişme olarak görmek gerekmektedir. Gerçekten, işçinin cinsel tacize uğradığı gerekçesiyle açacağı bir davada işverenin sorumlu tutulması konusunda iki temel hukuksal problemle karşılaşılacaktır. Birincisi işverenin sorumluluğunun hukuki dayanağı ne olacaktır. Bu sorumluluk kusurlu mu, yoksa kusursuz sorumluluk olarak mı nitelenecektir. İkinci olarak ise işçinin isteyeceği tazminatın kapsam ve ölçüsü neye göre belirlenecektir.

Gerek mevcut sistem, gerekse de BK Tasarısı bakımından cinsel taciz, işverenin işçiyi koruma borcunun bir ihlali olarak nitelendirilebilir ve buradan hareketle sorumluluk tesis edilebilir. Uygulamada Yargıtay, iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı koruma borcunun ihlali durumunda, işverenin “kusursuz” olarak sorumlu olacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, pratikte, işverenin

ren arasında illiyet bağı oluşup oluşmayacağı tartışılabilir. Bu durumda kanımızca olayın özelliklerine göre değerlendirmeye gidilmesi uygun olacaktır. Örneğin olayın işyeri içinde ya da dışında gerçekleşip gerçekleşmediği, işçinin bu konudaki rahatsızlığını önceden işverene bildirip bildirmediği gibi hususlar dikkate alınarak işverenin sorumluluğunun tesis edilmesi isabetli olacaktır<sup>40</sup>.

Yine işverenin işçilerinin cinsel taciz eylemlerinden sorumluluğunun varlığını kabul etmek yeterli olmayıp, esasen bunun kapsamının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Cinsel tacize uğrayan işçi maddi ve manevi zararlarının giderilmesi için işverene başvurabilecektir. Maddi zarar anlamında işçi, cinsel taciz nedeniyle gördüğü tedavi masraflarını, bu nedenle işe gidemediği için yoksun kaldığı ücretleri isteyebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki işçinin isteyebileceği maddi zararın kapsamının belirlenmesi kolay olmayıp, burada işvereni caydırıcı ve önlem almaya sevk edici

## İşveren vekillerinin fail niteliğinde olduğu cinsel taciz vakıalarında işverenin sorumluluğu geniş biçimde tesis edilmelidir.

kusuru ve işçinin birlikte kusuru, tazminatın belirlenmesinde etkili olmaktadır. Nitekim tarafların kusur oranları tazminatın takdirinde indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır<sup>37, 38</sup>.

Kanımızca, işverenin sorumluluğunun tespitinde işveren adına yönetim hakkı kullanan kimselerin, yani işveren vekillerinin fail niteliğinde olduğu cinsel taciz vakıalarında işverenin sorumluluğu geniş biçimde tesis edilmelidir. Bu anlamda, İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “işveren vekilinin bu sıfatla işçilere işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur” hükmünün işverenin sorumluluğunun hukuki dayanağını oluşturduğu kabul edilmelidir<sup>39</sup>. Buna karşılık, bir işçinin aynı seviyede diğer bir işçiye bulunduğu cinsel taciz bakımından işverenin sorumluluğu, bu olayı bilip bilmediği ve ikinci olarak işyerinde cinsel tacizin önlenmesi konusunda etkili bir mekanizma oluşturup oluşturmadığı dikkate alınarak belirlenmelidir. Üçüncü kişilerin (örneğin işletmenin müşterileri gibi) bulunduğu cinsel taciz vakıaları bakımından ise, işverenin sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılabilir bir konudur. Bu durumda olay ve işve-

ren bir tazminata hükmedilebileceğini söylemek pek mümkün görünmemektedir. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere, 2002/73 sayılı Direktif'in 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, cinsel tacize uğrayan işçiye ödenecek tazminat hem caydırıcı hem de orantılı olmalıdır. Bu noktada, tazminata üst sınır da getirilemeyecektir. Dolayısıyla, işçinin maddi zararlarına karşılık olarak maktu bir tazminatın ödenmesi uygun bir çözüm olacaktır. Nitekim, cinsel taciz, İş Kanunu'nun 5. maddesine göre ayrımcılık kapsamında ele alındığında işçiye 4 aylık ücret tutarında bir tazminat daha verilmesi söz konusu olabilecektir. Kanımızca, 5. maddeye ek bir fıkra getirilerek, İsviçre hukukunda olduğu gibi (Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, 5/3 ve 5/4), “ayrımcılık, cinsel taciz biçiminde gerçekleşirse, bu tazminat işçinin 6 aya kadar ücreti tutarında hükmedilir” şeklindeki düzenlemeyle cinsel tacize karşı etkin bir koruma sağlanması uygun olacaktır.

## 2. Cinsel Tacizin İspatlanması

Cinsel tacizin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesinin ikinci sonucu olarak, işçi işverene yö-



## İşverenin işçilerinin cinsel taciz eylemlerinden sorumluluğunun varlığını kabul etmek yeterli olmayıp, esasen bunun kapsamının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır.

nelteceği tazminat davasında, İş Kanunu'nun 5. maddesi hükmünden yararlanma olanağına kavuşacaktır. Gerçekten bu maddeye göre, işverenin ayırimcılık teşkil eder biçimde davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durum ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Nitekim, bu görüş bugün AB hukukunda da savunulmakta, ve cinsel tacizin ispatı konusunda, ayırimcılığın ispatını kolaylaştıran 97/80 sayılı Direktif'in temel alınması gerektiği öne sürülmektedir<sup>41</sup>.

Gerçekten, cinsel tacizin ispatlanması, işyerinde cinsel taciz sorununun, çözümü en güç yönünü teşkil etmektedir. Gerçekten, cinsel taciz çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında yaşanan ve bilinen bir eylem niteliğinde olmaktadır<sup>42</sup>. Dolayısıyla, sadece mağdur tarafından bilinen bir olayın inandırıcı biçimde ortaya konulması büyük bir güçlük arz etmektedir. Nitekim, belirttiğimiz bu nokta, bir Yargıtay kararında da; "...sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıklarıyla ispatı mümkün olmayan olaylardır"<sup>43</sup> biçiminde ifade edilmiştir. Buna çok benzer bir biçimde, Fransa'da, Toulouse İstinaf Mahkemesi de, bir kararında; "...Cinsel taciz vakıalarında, diğer kimselerin olayı görmeleri, görseler dahi tanıklık yapmayı kabul etmeleri istisnaidir" anlatımına yer vermiştir<sup>44</sup>.

Belirtmek gerekir ki, cinsel taciz, tacizde bulunan işçi bakımından işverence sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açabileceği gibi; cinsel tacize maruz kalan işçinin de bu gerekçeyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar, bu iki durum bakımından ispatlanması gereken eylem "cinsel taciz" olmakla birlikte, ispat yükünün tarafları farklı olacaktır. Gerçekten, cinsel tacizde bulunduğu gerekçeyle işçi işten çıkarıldığında, tacizin varlığını ispat, bunu iddia

eden işverene düşecektir. Buna karşılık, cinsel tacize uğradığını iddia ederek sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini açıklayan işçinin, tacizin varlığını ortaya koyması gerekecektir. Nitekim, Fransız hukukunda da, cinsel tacize uğradığını iddia eden işçinin bunu ispatlaması gerektiği, buna karşılık taciz ettiği gerekçesiyle işçinin işine son vermek işverenin taciz olgusunu kanıtlaması gerektiği yargı kararlarında kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, cinsel taciz eylemlerinin çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında bilinen olaylar olması, ispat konusunda önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın cinsel tacize ilişkin olarak verdiği kararlarda, genel yaşam tecrübelerini de olaya kattığı ve bu anlamda fiili karineler tesis ederek çözüm aradığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda, işyerinde ustabaşı olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi aynı işyerinde üç bayan işçiye sarkıntılıkta bulunduğu gerekçesi ile işverence feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme, feshin haksız olduğu iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatlarını hüküm altına alan yerel mahkeme kararını, bayan işçilerin olayı yer belirtmek suretiyle ayrıntılı olarak anlattıkları, kendilerine sarkıntılık yapıldığı şeklinde iftirada bulunmalarının hayatın olağan akışına uygun olmadığı ve sarkıntılık eyleminin gerçekleştiği gerekçesi ile bozmuştur<sup>46</sup>.

Kuşkusuz, bir işçi için, birden fazla kadın çalışanın gelerek işverene taciz iddiasıyla şikâyetinde bulunması, bu işçi hakkındaki şüpheleri oldukça artırdığı söylenebilir. Benzer şekilde, bir işçi hakkında birçok kimsenin şikâyetinde bulunmuş olması, Fransız İş Yargısı tarafından da, birçok kararda, ta-

**5. maddeye ek bir fıkra getirilerek, "ayırimcılık, cinsel taciz biçiminde gerçekleşir ise, bu tazminat işçinin 6 aya kadar ücreti tutarında hükmedilir" şeklindeki düzenlemeyle cinsel tacize karşı etkin bir koruma sağlanması uygun olacaktır.**

## Cinsel taciz eylemlerinin çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında bilinen olaylar olması, ispat konusunda önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir.

cizin varlığının bir göstergesi olarak kabul edilmiştir<sup>47</sup>. Ancak, yine Fransız Hukuku'nda belirtildiği üzere, bir kimse hakkında çok sayıda kişinin şikâyetinde bulunması, gerçekçilik sınırlarını aşmış, bu kimse hakkında deyim yerindeyse bir "komplö şüphesi" uyandırabilir. Bu noktada haklı olarak, bu işçilerin kendi aralarında ve suçladıkları kimse ile nasıl bir menfaat ilişkisi içinde buldukları, yargıç tarafından son derece duyarlı biçimde gözlemlenmelidir. Nitekim, Fransız Yargıtay, kararlarında tacize uğradığı iddiasıyla şikâyetinde bulunan kimselelerin birbirini tanımadıkları veya diğerlerinin tacize uğradığı konusunda herhangi bir bilgi sahibi olmadıkları olgusunun da altını çizmek gerektiğini belirtmektedir<sup>48</sup>. Fransız hukukunda kabul edilen bu isabetli görüşler ve yaklaşım biçimi dikkate alındığında, yukarıda anılan Yargıtay kararına konu olan olayda, üç bayan işçinin aynı zamanda şikâyetinde bulunmuş olmasının, taciz olayının varlığı konusunu oldukça şüpheli kıldığı söylenebilecektir<sup>49</sup>.

Yargıtay, bir başka kararında da, tacize uğradığı ileri sürülen bayan işçinin işverene hitaben yazdığı mektubu, tanık beyanlarını da dikkate alarak ve "bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır" anlatımına yer vererek, davacının iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedildiği sonucuna ulaşmış ve taleplerini reddetmiştir<sup>50</sup>.

Görüldüğü gibi, Yargıtay, delilleri bütünlük içinde değerlendirerek tarafların davranışlarını "hayatın olağan akışı" ölçütü bağlamında yorumlamakta ve taciz iddiasının gerçekçi olup olmadığını değerlendirmektedir. Nitekim, bir başka kararında da Yargıtay'ın aynı şekilde meydana gelen olayları ve davranışları bütünlük içinde irdeleyerek sonuca gittiğini görüyoruz. Nitekim, Yargıtay kararına konu bu olayda; davacı işyerinde çalışırken davalının oğlunun kendisine sarkıntılık yaptığı iddiası bulu-

narak ihbar, kıdem tazminatları ve bazı işçilik hakları için talepte bulunmuştur. Mahkemece dinlenen davacı tanıklarından birisi; davacıyı ağlarken gördüğünü, sebebini sorduğunda, işverenin oğlunun kendisine sarkıntılık yaptığını, tepki gösterince de işine son verildiğini belirtmiş ve diğer davacı tanığı da aynı mahiyette beyanda bulunmuştur. Davalı tanıkları ise sarkıntılık olayı hakkında bilgi sahibi olmadıklarını, ancak davacının devamsızlık yaptığını söylemişlerdir. Dosya içeriğindeki bu ifade ve bilgileri değerlendiren Yargıtay; "...Sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibarıyla görgü tanıklarıyla ispatı mümkün olmayan olaylardır. Davacının şikâyet dilekçesi, dinlenen tanık beyanları, olayların gelişimi ve tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde davacıya işyerinde işverenin oğlu tarafından sarkıntılık yapıldığı, bu nedenle hizmet akdini haklı olarak feshettiği sonucuna varmak gerekir" sonucuna ulaşmıştır<sup>51</sup>.

Yukarıda belirtilen kararda açıkça ifade edildiği üzere, taciz eylemleri gizli gerçekleştiğinden, çoğu zaman bunlara görgüsüyle tanıklık edecek kimse bulunmamaktadır. Ancak, görgüye müstenit olmasa da tanık beyanları, dosya içeriğindeki diğer delillerle birlikte hâkimde tacizin varlığı konusunda bir kanaat uyandırabilecektir<sup>52</sup>. Nitekim, Yargıtay, bir kararında tanık beyanlarının görgüye müstenit olmamasına karşın, tacize uğrayan bayan işçinin derhal olay sonrasında durumu bildirerek tutanak düzenlenmiş olması ve yine tacizle itham edilen davacının "sendelemesi üzerine elinin fermuarına dokunduğunu söylemek suretiyle bir bakıma tevil yoluyla davranışını kabul etmiş"<sup>53</sup> olmasını gerekçe göstererek cinsel taciz nedeniyle feshin haklılığını tespit etmiştir.

Belirttiğimiz gibi, tanık anlatımları, görgüye dayansın dayanmasın, cinsel taciz iddialarında hâkime kanaat verme konusunda büyük bir önem taşımaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.6.1994 gün ve 5617/10421 sayılı kararında, "Davacının, davalıya ait işyerinde çalışırken aynı işyerinde çalışmakta olan bir kadın işçiye sarkıntılık yaptığı, olaya maruz kalan işçinin şikâyeti üzerine düzenlenen tutanak içeriği, olayların akışı ve iş müfettişi raporunda yer alan açıklamalardan anlaşılmaktadır. Bu davranış İş Kanunu'nun 17/2. mad-

desi uyarınca işverene, iş akdini bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkı verir. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna rağmen isteklerin hüküm altına alınması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir” anlatımına yer verilerek tutanak içeriği, olayların akışı ve müfettiş raporu, cinsel tacizin varlığını gösteren deliller olarak hükme esas alınmıştır. Buna karşılık, yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine, kendisine intikal eden dosyayı inceleyen Hukuk Genel Kurulu; “...Dava ihbar ve kıdem tazminatı istemine ilişkindir. Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, davalı işverenin, davacının iş akdini haklı fesih hakkının doğmuş olup olmadığı noktasında toplamaktadır. Davalı işveren, davacının aynı yerde çalışmakta olan bir kadın işçiye sarkıntılık yaptığını ileri sürerek, davacının bu davranışının kendisine İş Kanunu'nun 17/II. maddesi uyarınca iş akdini bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkı verdiğini ileri sürmesine karşın, davacı böyle bir olayın meydana geldiğini ve sarkıntılık fiilini işlediğine dair tutulan tutanağın hukuken geçerli bir belge bulunmadığını savunmuştur. Gerçekten, mahkemece toplanan deliller bu konuda sonuca ulaşmada kanaat verici olmaktan uzaktır. Yalnızca olayla ilgili tutulan tutanak da savunmayı ispata yeterli değildir. Bu durumda mahkemece davalının delil listesiyle bildirdiği ve dinlenilmeyen tanıkların celbi suretiyle dinlenmeleri ve toplanan delillerin birlikte değerlendirilerek sağlıklı bir çözüme ulaşılması gerekir. Bu yön gözetilmeden sadece şahitler adlarına ücret yatırılması gereğine ilişkin ara kararı ile yetinilip, ve karar gereğini yerine getirilmemesinden söz edilerek eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir” anlatımına yer vererek “tutanak içeriği, olayların akışı ve iş müfettişi raporu” cinsel tacizin varlığını ispat için yeterli görülmemiş, maddi vakıanın tanık anlatımlarıyla açıklığa kavuşturulması gerektiği vurgulanmıştır<sup>54</sup>.

Fransız hukukunda da, cinsel tacizin ispatlanmasında, en önemli delilin, bu olay hakkında bilgisi olan kimselerin tanıklığı olduğu ifade edilmektedir<sup>55</sup>. Hatta Fransız hukukunda cinsel tacize tanıklık eden kimselerin korunması ile ilgili özel bir yasal düzenleme bile yapılmıştır<sup>56</sup>. Ancak yine de görgüye dayanan tanıkların çoğu zaman bulu-

## Cinsel tacizin ispatlanması, işyerinde cinsel taciz sorununun, çözümü en güç yönünü teşkil etmektedir.

namayacağı belirtilmektedir. Nitekim, bu konuda Fransız mahkemeleri de taciz olayının varlığını gösteren olguları bütünlük içinde ele alarak, tacize uğradığını iddia eden ile bunu inkar eden tarafın davranışlarını yorumlayarak sonuca gitmektedir. Nitekim, Fransız yargı kararlarına bakıldığında, işçinin taciz olayını amirlerine<sup>57</sup> veya kadın kuruluşlarına sendikaya veya işçi temsilcilerine iletmemiş ve şikâyetle bulunmuş olması, çalışma arkadaşlarına veya yakınlarına olayın gizli yönleri hakkında bilgi vermiş olması, mağdurun yaşadığı psikolojik bunalım, bunun yarattığı görünür mesleki başarısızlıklar, taciz eden kimse hakkında suç duyurusunda bulunmuş olması<sup>58</sup>, yargıçta taciz mağduru işçinin ciddi olduğu konusunda bir kanaat uyandırabilmektedir<sup>59</sup>. Yargıçlar, tacizde bulunduğu iddia edilen kimsenin davranışlarından da taciz olayının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeye çalışabilmektedir. Örneğin, işveren konumundaki failin, işçi temsilcisine, bir işçinin kalçasına dokunmanın o işçi ile arasının iyi olduğu anlamına geleceğini açıklanmış olması, tacizde bulunduğu bir kanıt olarak değerlendirilmiştir<sup>60</sup>. Yine tacizde bulunan kimsenin, aleyhinde tanıklık edecek kimseleri engellemeye ve üzerlerinde baskı kurmaya çalışmasını da cinsel tacizin varlığı konusunda bir emare olarak yorumlanmaktadır<sup>61</sup>. Fransız yargısının kararlarında esas aldığı bu ölçütler, hukukumuz bakımından da gözönünde tutulacak niteliktedir.

### DİPNOTLAR

- 1 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 292; aynı yazarlar: Implementing the new E.U.'s sexual harassment directive: Are employers entitled to a defense, J. Individual Employment Rights, Vo.11(2), 89-110, 2003-2004, 89.
- 2 Aeberhard-Hodges, Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail, Jurisprudence Récente, Révue Internationale du Travail, Vol 195, 1996, No:5, 545 vd.; Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 292.
- 3 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 292.

- 4 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 296.
- 5 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 296-297.
- 6 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 297.
- 7 Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, <http://www3.uakron.edu/lawrev/robert1.html>.
- 8 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 297.
- 9 Gomes-Owens-Morgan, Prohibiting sexual harassment in the European Union, 297-298.
- 10 A. R. Okur, İşyerinde Cinsel Taciz, *Argumentum*, Yıl: 4, sayı: 42, 2-4.
- 11 K. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa yay., İstanbul 2000, 101-102.
- 12 Bkz. Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, <http://www3.uakron.edu/lawrev/robert1.html>.
- 13 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorbanne, 45.
- 14 Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 22 vd.; bkz. A. R. Okur, İşyerinde Cinsel Taciz, *Argumentum*, Yıl: 4, Sayı: 42, 2 vd.
- 15 M-A. Moreau, A propos de l'abus de l'autorité en matière sexuelle, *Droit social*, Février 1993, 115.
- 16 Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 22 vd.; Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında, Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, 273-276; Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk Hukukunun AB Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, 67.
- 17 AB Hukuku'nda, Komisyon 7 Haziran 2000'de 76/207 sayılı Eşit İşlem Direktifi'nde yaptığı değişiklik teklifinde işyerinde cinsel tacizi, cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir biçimi olarak tanımlamıştır. Bkz. Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk Hukukunun AB Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, 56.
- 18 Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, 3-4.
- 19 Roberts-Mann, Sexual harassment in the workplace: A Primer, 4-5.
- 20 Bkz. S.Cromer- M.V.Louis, Existe-t-il un harcèlement sexuel "à la française?", *French politics and society*, Vol 10, Number 3. Eté 199, 37 vd.
- 21 Bkz. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 64-66.
- 22 American Management Association (AMA) raporu için bkz: [www.amanet.org/research/pdfs/emsshort 2001.pdf](http://www.amanet.org/research/pdfs/emsshort 2001.pdf)
- 23 C. J. Muhl, Workplace e-mail and internet use, employees and employers beware, *Monthly Labour Review*, February 2003, 37-38; Bassett, An Overview of E-Mail and Internet Monitoring in the workplace, [www.fnew.com/archive/monitoring](http://www.fnew.com/archive/monitoring), 5; Melissa A. Walls, E-Mail and Internet Monitoring in the Workplace: Has the Tide Turned on Employer Impunity? *Juris Magazine - The Duquesne University School of Law*, <http://www.juris.duq.edu/winter2001/email.htm> örnek davalar olarak bkz: [http://www.loundy.com/CASES/Bourke\\_v\\_Nissan.html](http://www.loundy.com/CASES/Bourke_v_Nissan.html).
- 24 Mc Laren v. Microsoft Corp. davasında, aynı Smyth davasında olduğu gibi, şirkete ait bilgisayar üzerinden gönderilen e-mail mesajlarının işçiye ait sayılmayacağını belirtmiş ve bunların işletmenin mülkiyet alanına girdiğini açıklanmıştır. Amerikan hukukunda, mahkemelerin "mülkiyet hakkı teorisini" (property rights theory) üstün tutarak çözüme gittiği belirtilmektedir. Rustad/Paulsson, Monitoring employee e-mail and internet usage: Avoiding the omniscient electronic sweatshops: Insights from Europe, <http://lrs.nellco.org/suffolk/ip/papers/6>, 45.
- 25 J. Fraysinnet, Nouvelles Technologies et protection des libertés dans l'entreprise, *Droit social*, Juin 1992, 596 vd.; S. Darmasin, L'Ordinateur, l'employeur et le salarié, *Droit social*, Juin 2000, 580 vd.
- 26 Fransız yargısının konuya ilişkin gelişimi incelendiğinde ilk kez 2001 yılında Fransız Yargıtayı (Chambre Sociale de la Cour de Cassation) ve Paris İstinaf Mahkemesi, iletişimin gizliliği konusundaki düzenlemelerin mesleki amaçlarla verilen elektronik postalar için de geçerli olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Ancak e-maillerin denetimi konusundaki ilkeler esas olarak, Fransız Yargıtayı'nın 2 Ekim 2001 tarihinde verdiği NIKON kararı ile ortaya konulmuş bulunmaktadır. Karar metni için bkz. *Droit Social*, Novembre 2001, 920. Karara internet üzerinden ulaşmak için: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/cass20011002.pdf>
- 27 A. Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 46 vd.
- 28 Aeberhard-Hodges, Le harcèlement sexuel sur les lieux de travail, *Jurisprudence Récente, Revue Internationale du Travail*, Vol 195, 1996, No:5, 559-560.
- 29 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 50.
- 30 Amerikan ve Fransız toplumunun cinselliğe bakışı ile ilgili kapsamlı bir inceleme olarak bkz. Saguy, Puritanism and Promiscuity, Sexual attitudes in France and in the United States, *Comparative social research*, Vol: 18, 227 vd.
- 31 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 53.
- 32 Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorboanne, 54.
- 33 Fransız yasal ve kültürel dokusunun, işletmeler üzerinde de kaçınılmaz biçimde etkileri mevcut bulunmaktadır. Nitekim bu konuda yapılan anket ve araştırmalarda Fransız insan kaynakları uzmanlarından birisinin konuya ilişkin açıklamaları çarpıcıdır "... bizim ülkemizde ABD'deki psikoloji mevcut değildir. Kanun bize iç yönetmeliklerde cinsel tacize ilişkin düzenlemeler yapmamızı emrediyor. Bu konuyu komitenin önüne getirdiğimde, herkes bana güldü ve her ne kadar iç yönetmeliği kanuna uygun biçimde onaylasak ve yürürlüğe koysak da herkes bunu bir şaka gibi görüyordu". Fransa'da cinsel tacizin ABD'de olduğu gibi ciddiye alınmamasının bir hukuksal plandaki nedeni ise, bu konuda işveren sorumluluğunun da ABD'ye göre çok daha sınırlı biçimde öngörülmüş bulunmasıdır. Gerçekten, Fransız yasalarına göre, işverenin karşılaştacağı tazminat, ABD'ye göre çok daha sınırlıdır. Bkz. Saguy, What is sexual harassment? From Capitol Hill to the Sorbonne, 54.
- 34 A. Saguy, International crossways, Traffic In Sexual Harassment Policy, *The European Journal Of Women's Studies*, 2002, Vol 9 (3), 251-253.
- 35 Ancak Bakırcı'yı bu tespitin dışında tutmak gerekir. Gerçekten yazar cinsel tacizi oldukça geniş biçimde yorumlamaktadır. Bkz. İşyerinde Cinsel Taciz, 101 vd.
- 36 Cinsel tacizin önlenmesi konusunda bkz. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 223 vd.

- 37 Bkz. İ. Ulsan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Kazancı Yay., İstanbul 1990, 135 vd; L. Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yay, Ankara 2001, 224 vd.
- 38 Bakırcı, işverenin cinsel tacizden doğan sorumluluğunu işverenin gözetme borcuna dayandırırken (bkz. 154-156), daha sonra bu sorumluluğunun “kusurlu sorumluluk” olduğu sonucuna ulaşmaktadır (bkz. 164).
- 39 Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 162-163.
- 40 Ayrıca bkz. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, 165 vd.
- 41 Owens-Morgan-Gomes, Implementing the new E.U.'s sexual harassment directive: Are employers entitled to a defense, 96-97.
- 42 Moreau, A propos de l'abus de l'autorité en matière sexuelle, Droit Social, Fév. 1993, 119.
- 43 Y. 9. HD, 19.2.1998, E. 1997/21644 - K. 1998/2236, Günay, İş Kanunu Şerhi Ankara 2005, 765.
- 44 A-L, Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, Droit social, Juin 2001, 616 dn.68.
- 45 A-L, Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, Droit social, Juin 2001, 616.
- 46 Y. 9. HD, 10.4.2001 E., 2001/412, K. 2001/5944, Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, 661.
- 47 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617 dn. 87'de anılan kararlar.
- 48 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617.
- 49 Bkz. yukarıdaki dipnotta anılan 10.4.2001 tarihli, 9. Hukuk Dairesi kararı.
- 50 Y. 9. HD, 8.3.2005, E. 2004/13286 K. 2005/7706, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 51 Ancak, anılan karara ekli muhalefet şerhinde “...Mahkemenin kararı dosya içeriğine uygun olup, delillerin değerlendirilmesinde hataya düşülmediğinden, onanması gerekirken bozulması görüşüne katılmıyoruz” görüşüne de yer verilmiştir. Y.9. HD, 19.2.1998, E. 1997/21644, K. 1998/2236, Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 765.
- 52 Örneğin, işçinin gönderdiği e-mail mesajları, tacizin varlığını gösteren deliller arasında görülmüştür: “...Dosyadaki bilgi ve belgelerden; bir eğitim kurumu olan davalı vakıfta bölge eğitim sorumlusu olarak çalışan davacının, davalının ibraz ettiği, davacının da kendisi tarafından çekildiğini kabul ettiği e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmıştır. Bizzat davacı tanıkları bu mesajların işverence 7.1.2004 tarihinde öğrenildiğini ifade etmişlerdir. Bu durumda davacının iş akdinin feshi geçerli bir sebebe dayandığının kabulü gerekir.” (Y. 9. HD., E. 2004/18435 K. 2004/28069, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 53 “...Davacının güvenlik görevlisi olarak davalıya ait işyerinde çalışırken bir bayan işçinin havanın sıcak olması sebebiyle çalıştığı odanın kapısını açarak havanın sıcaklığından söz etmesi üzerine "ateş başına mı vurdu" sözlerini söyleyerek o bayan işçinin elbisesinin fermuarını çekerek boyundan aşağı doğru indirdiği, bunun üzerine bayan işçinin durumu ilgililere bildirerek tutanak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, bayan işçi tutanak içeriğini mahkemede verdiği açık ve ayrıntılı ifadesinde doğruladığı gibi, öteki tanıklar da aynı olayı duyguya müstenit olarak açıklamışlardır. Bundan başka davacı işçi de sendelemesi üzerine elinin fermuarına dokunduğunu söylemek suretiyle bir bakıma tevیل yoluyla davranışını kabul etmiştir. İşyerinde çalışan bir başka işçiye bu şekilde sözle ve elle davranışta bulunduğu açık olduğu halde, sadece bayan işçinin beyanıyla olayın kabul edilmesinin doğru olmadığı sonucuna mahkemeye varılmış olması hatalı olup dosya içeriği ile de bağdaşmamaktadır. Bu durumda işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı olduğu kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatının reddedilmesi gerekir.” (Y. 9. HD, 6.6.2001, 7060/9654, Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, 663).
- 54 Y. HGK, 12.04.1995, E. 1995/9-112, K. 1995/381, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr
- 55 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 616.
- 56 Fransız İş Kodu, L.122-46, cinsel tacize uğrayan işçinin ve tanığının korunması başlığını taşımaktadır.
- 57 İşçinin durumu amirine makul sürede bildirmiş olması, Yargıtay'ca da tacizin varlığını gösteren bir olgu olarak değerlendirilmiştir. Y. 9. HD, 14.2.2005, 1827/4204, Çankaya-Günay-Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 511.
- 58 Fransız Yargıtayı'na göre, failin ceza davasından beraat etmiş olması ya da mağdur işçi tarafından cezai takibat yoluna gidilmemiş olması tacizin ispatını engellemez (Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617).
- 59 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel,616-617.
- 60 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel, 617.
- 61 Martin-Serf, Sur le harcèlement sexuel,617; Miné-Saramito, Le harcèlement sexuel, Droit Ouvrier, Février 1997, 53 vd.