

İŞ HUKUKU KAPSAMINDA PSİKOLOJİK TACİZİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE MAĞDURLARIN KULLANABİLECEKLERİ HAKLAR

THE ANALYSIS OF PSYCHOLOGICAL HARASSMENT WITHIN THE SCOPE OF LABOUR LAW AND THE RIGHTS OF THE VICTIMS

S. Alp LİMONCUOĞLU

Özet: Psikolojik taciz her gün ismini daha fazla duyduğumuz bir kavram haline gelmiştir. Uluslararası hukuk literatüründe 20 yıl önce tartışılmaya başlanmış olan psikolojik tacizin ulusal hukukumuz kapsamında değerlendirilmesi 6-7 sene önce başlamıştır. Konunun hukuku ihlal ettiği birçok alan bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de çalışma hakkıdır. Buna karşın çalışanların gerek kavram olarak psikolojik tacizi tam olarak bilmedikleri gerekse mağdurların kullanabilecekleri hukuksal yolları değerlendiremedikleri görülmektedir. Bu amaçla bu makalede öncelikle psikolojik taciz kavramı üzerinde durulmuş, bunun iş hukuku kapsamında değerlendirmesi yapılmış ve nihayetinde mağdurların başvurabilecekleri hukuki yollar analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Psikolojik taciz – mobbing - iş hukuku

Abstract: Psychological harassment has become a popular term day by day. While the term has been started to be discussed nearly 20 years ago in the international legal literature, the subject is quite new in Turkey with about 6-7 years of history. Psychological harassment violates more than one branches of law. One of them is employment rights (labour law). In spite of that, it can be noticed that the workers are not only really aware of the meaning of the term, but they are also mostly ignorant about the rights they can use once they confronted with it. Thus, this article primarily focuses on the terminology, analyzes it within the scope of Turkish labour law and finally tries to clarify the legal instruments the psychological harassment victims can use.

Keywords: Psychological harassment – mobbing – Turkish labour law

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

1980’li yıllarda uluslararası akademik çalışmalarda artan bir hızla incelenmeye başlayan işyerinde psikolojik taciz olgusu, 1990’lı yılların başından itibaren yasal düzenlemelerde de kendini göstermeye başlamıştır. Türkiye’de ise konuya eğilim 2000’li yıllarda önce akademik çalışmalar sonra da yargı kararları ile kendini göstermiş, nihayetinde psikolojik taciz kavramı 2011 yılında yasal mevzuata dahil olmuştur. Gerçekleşen psikolojik tacizin mağdura yönelik ekonomik, sosyal ve sağlıksal sonuçlarının yanında gerek örgütlere ilişkin gerekse ülke ve toplum ekonomisine ilişkin olumsuz sonuçlarının bulunması, ülkeleri, bu konuda engelleyici düzenlemeler yapmaya itmektedir. Karşılaştırmalı hukukta incelendiğinde, Türkiye’de bu çabalar göreceli olarak geç başlamış gözükmeyle birlikte, diğer bir çok ülkede de konuya eğilim, özel yasaların yapılması yerine varolan hukuki enstrümanlar kapsamında çözüm üretilmesidir.

Türkiye’de konu ile ilgili bugüne kadar yapılan hukuki çalışmalar incelendiğinde, konunun genel olarak iş hukuku boyutu ile ele alındığı; yine, kişilik haklarının korunması bakımından medeni hukuk ve ceza hukuku boyutlarının belirli bir kapsamda ortaya konulmaya çalışıldığı görülür. Bu durum, psikolojik tacizin bireylerin kişilik haklarına, sağlık haklarına ve çalışma haklarına olan müdahalesinden kaynaklanır.

Çalışma haklarına yapılan müdahale sebebi ile konunun iş hukuku boyutu önem arz etmektedir. Bilindiği üzere iş hukuku, genel olarak özel hukuka ilişkin iş ilişkilerini düzenler. Bu kapsamda kalanların büyük bir kısmı 4857 sayılı İş Kanunu dahilinde değerlendirilirler. Ancak 4857 sayılı yasanın kapsamı dışında kalan birçok çalışanın da psikolojik tacize mağduru olabileceği aşikardır. Bu bakımdan, konunun iş hukukunun bütün alanlarında çalışanları kapsayacak şekilde incelenmesi ihtiyacı mevcuttur.

Bu düşünce ile bu çalışmada öncelikle psikolojik taciz kavramı üzerinde durulacak, psikolojik tacizin etkilerinden bahsedildikten sonra özel hukuka tabi çalışanlar için çalışma mevzuatında psikolojik tacize karşı koruma sağlayabilecek düzenlemeler değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken, henüz yeni kabul edilebilecek konu ile ilgili yasal düzenlemeler ve tabi ki yargı kararları üzerinde de durulacaktır.

II. PSİKOLOJİK TACİZ

Psikolojik taciz, sosyal yaşamın her çevresinde karşılaşılabilecek bir olgudur. Ancak konumuz açısından önemli olan işyerinde gerçekleşen psikolojik tacizdir. Bu bakımdan kavram akademik çalışmalarda “*işyerinde psikolojik taciz*” olarak da ifade edilmektedir. Buna rağmen, dünya literatüründe kavram üzerinde terim birliğine varıldığını söylemek doğru olmaz. Örneğin, Heinz Leymann çalışmasında “*mobbing*” (yıldırma) terimini kullanmıştır. Bunun etkisi ile tüm İskandinav ülkeleri ile birlikte Alman ekolünde de aynı terim kullanılmaya devam etmektedir. Anglo-Sakson hukuku incelendiğinde ise “*workplace bullying*” (zorbalık) teriminin kullanıldığı görülür. Latin ülkeleri ile birlikte Fransa ekolünde ise manevi taciz anlamına gelen “*harcèlement moral*” veya psikolojik taciz anlamına gelen “*harcèlement psychologique*” terimlerinin kullanıldığı görülür. Ancak kavramı ifade etmek için kullanılan terimler bununla sınırlı değildir¹.

Türkiye’de ise konu üzerine çalışma yapan akademisyenler tarafından psikolojik taciz terimi kullanılmakla birlikte hemen devamında parantez içinde “*mobbing*” teriminin de ilave edildiği görülür. Tınaz, belki de Türkiye’ye öncülük eden çalışmasında, “*yıldırkaçır*” teriminin kullanılmasını önermiştir². Henüz bu terim üzerinde görüş birliğine varıldığı söylenemez. Konuya ilişkin verilmiş çok sınırlı sayıda yargı kararında ise “*psikolojik taciz*” teriminin daha sık bir biçimde kullanıldığı, bir kararda “*duygusal taciz*” terimine yer verildiği, bazılarında bu terimlerin yanında yine parantez içinde “*mobbing*” teriminin de kullanıldığı görülmektedir³. Yasal veya idarenin yaptığı çalışmalara baktığımızda ise psikolojik taciz terimi ile birlikte “*mobbing*” terimine de yer verildiği söylenebilir. Konuyla ilgili 19 Mart 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Başbakanlık genelgesinin adı “*İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi*”dir. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu da Nisan 2011 tarihinde “İş-

¹ Pınar Tınaz, Fuat Bayram ve Hediye Ergin, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 6.

² Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 11.

³ Ankara 8. İş Mahkemesi, 20.12.2006, 2006/19 E. 2006/625 K.; Y9HD, 30.05.2008, E. 2007/9154 K. 2008/13307; Y9HD, 01.04.2011, E. 2009/8046 K. 2011/9717; Y9HD, 22.03.2010, E. 2010/10905 K. 2010/7511; Y9HD, 18.03.2010, E. 2008/22535 K. 2010/7225; Y9HD, 11.06.2007, E. 2006/32353 K. 2007/18337.

yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri" isimli bir rapor hazırlamıştır. Konuyla ilgili tek yasama faaliyeti diyebileceğimiz 11.01.2011 kabul tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise "işçinin kişiliğinin korunması" başlıklı 417. maddede "psikolojik taciz" teriminin tercih edildiği görülür. Kanımızca, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ülkemizdeki terimsel tartışmalara nokta koyacak mahiyettedir. Bu itibarla, bu çalışmada da kavramı ifadede salt "psikolojik taciz" terimi kullanılmıştır.

Psikolojik taciz, akademik literatürde en yoğun biçimde referans alınan kaynak olan ve bu konuda ilk araştırmacılardan kabul edilen İsveçli endüstri psikoloğu Heinz Leymann'a göre sistematik olarak, bir veya daha çok kişi tarafından genelde bir kişiye yöneltilen ve kişiyi savunmasız ve yardıma muhtaç bir duruma düşürüp, süreklilik arz eden eylemler ile bu halde tutan, düşmanca ve ahlak dışı her tür iletişimidir⁴. Konunun Amerika Birleşik Devletleri'nde gündeme gelmesinde en büyük pay sahiplerinden olan akademisyenler Gary ve Ruth Namie'ye göre ise kavram, "bir başka kişiyi kontrol amacıyla o kişiye karşı yapılan kasti ve tekrarlanan zarar verici her tür kötü muameleyi" ifade etmektedir⁵. Fransa ve latin dünyasında kavramın öncülerinden sayılan Marie-France Hirigoyen ise psikolojik tacizi, söz, bakış, hareket veya yazı ile olsun, bireyin kişiliğine, haysiyetine, fiziksel veya psikolojik bütünlüğüne yönelik her tür saldırgan davranış olarak tanımlamış, ayrıca bu davranış sistematik ve tekrarlanan nitelikte olduğunu belirtmiştir⁶. Buna ilave olarak, bu davranışların "işyeri iklimini" olumsuz etkilemesi veya işçinin istihdamı açısından tehdit yaratması gerektiği üzerinde de durmuştur. Türk akademik literatüründe psikolojik taciz, işyerinde çalışanlara diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar olarak

⁴ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Cilt 5, 1996, s. 168.

⁵ Gary Namie ve Ruth Namie, *Bullyproof Yourself at Work!: Personal Strategies to Recognize and Stop the Hurt from Harassment*, DoubleDoc Press, Benicia: CA, 1999, s. 17'den aktaran David C. Yamada, "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", *Georgetown Law Journal*, Cilt 88, s. 480.

⁶ Marie-France Hirigoyen, *Malaise Dans le Travail : Harcèlement Moral, Démêler le Vrai du Faux*, Éditions La Découverte & Syros, Paris, 2001, s. 7.

ifade edilmiştir⁷. “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı 19 Mart 2011 tarihli 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’nde kavramın tanımı tam olarak yapılmasa da ortaya çıkış şekli ile izah edilmeye çalışılmıştır. Buna göre psikolojik taciz “kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde” ortaya çıkmaktadır. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu’nun hazırladığı “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri” isimli bir raporda psikolojik tacizin, “sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade ettiği” belirtilmiştir. Psikolojik taciz ile ilgili ülkemizdeki ilk yargı kararlarından olması bakımından önem arz eden Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 20.12.2006 tarih E. 2006/19 K. 2006/625 sayılı ilamında “(Mobbing) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., davranışları içermektedir” şeklinde açıklanmıştır⁸. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 14.3.2008 tarihli E. 2008/3122, K. 2008/4922 sayılı kararında psikolojik taciz, işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işverenden veya işveren vekillerinden tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır⁹.

Görüldüğü üzere, kavram üzerinde tek bir tanım olduğunu söylemek mümkün olmasa bile, belirli koşullar üzerinde fikir birliği mevcuttur. Örneğin, ortada saldırgan bir davranış bulunmalı, bu davranış, işçinin kişiliğine yönelmiş olmalı, zarar kastı bulunmalı ve hareketler sistematik ve tekrarlanmakta olmalıdır. Bu koşullar altında davranışın tekrarlanır nitelikte olması, psikolojik tacizin gerçekleşmesi için şart görünmekle birlikte, ciddi sonuçlar doğuran tek bir hareketin dahi psikolojik taciz olarak nitelendirilebileceği de savunulmuştur¹⁰. Nitekim

⁷ Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 7.

⁸ Karar, Y9HD 30.05.2008 E. 2007/9154 K. 2008/13307 sayılı ilamı ile onanmıştır.

⁹ Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 477-478.

¹⁰ Hirigoyen, 2001: 24, 25; Maria Isabel S. Guerrero, “The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 27, Sayı 2, s. 484.

bu görüş, bir takım yasal tanımlarda da yer bulmuştur. Örneğin, Kuzey Amerika'da psikolojik taciz üzerine ilk yasal düzenleme kabul edilen Quebec Eyaleti'ne ait İş Standartlarına Dair Kanun'da değişiklik yapan 2002 tarihli düzenleme ile getirilen tanım uyarınca, işçide kalıcı zararlı etki bırakan tek bir ciddi nitelikte "*benzer*" hareket de psikolojik taciz kabul edilecektir¹¹. Son olarak belirtmek gerekir ki, üzerinde görüş birliği olan bir diğer husus psikolojik tacizin, işçiye karşı işveren tarafından gerçekleştirilebileceği üzere o işyerinde çalışan diğer bir işçi veya işçiler tarafından da gerçekleştirilebilir.

Hukukun, psikolojik taciz kavramına ilişkin ilgisi, her şeyden önce, psikolojik tacizi doğuran olayların bireylerin kişilik haklarını ihlal etmesine dayanır. Ancak bu davranışlar ile ihlal edilen haklar sadece kişilik hakları değildir. Kişilerin sağlık haklarında olduğu gibi çalışma hakları da bu davranışlar ile zarar görür.

III. İŞ HUKUKU KAPSAMINDA PSİKOLOJİK TACİZİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Psikolojik taciz olgusunun bireylerin birçok hakkını ihlal etmesine karşın¹², bu makalenin konusu itibarı ile burada çalışma hakkına ilişkin müdahale ve buna karşı iş hukuku mevzuatında var olan hukuki mücadele yolları üzerinde durulacaktır. Özel hukuka tabi çalışanlar genel itibarı ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalmaktadırlar. Ancak bu kapsamda olmamakla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun ve 212 sayılı Basın Mesleğinde Çalış-

¹¹ Kanunun 81.18 sayılı bölümü uyarınca, psikolojik taciz, işçinin haysiyetini veya psikolojik veya fiziki bütünlüğünü etkileyen ve işçi açısından zararlı bir iş ortamı doğuran, tekrarlanan, düşmanca veya istenmeyen nitelikte olan davranış, sözlü ifade, eylem veya vücut hareketi şeklindeki her türlü sıkıntı veren hareketi ifade etmektedir.

¹² Psikolojik taciz, Türk Ceza Kanunu kapsamında eziyet suçu, kişilerin huzur ve sükununu bozma, hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal, tehdit, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Burcu Özkul, İlker H. Çankıcı, "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2010, s. 481-499. Ayrıca, psikolojik taciz eylemlerinin intihara yönlendirme suçu, kasten yaralama suçu, eziyet suçu, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçu, cebir kullanma suçu, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ve hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi bakımından bkz. Mustafa Ruhan Erdem ve Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, Mayıs-Haziran 2010, s. 261-286.

şanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un kapsamında kalanlarda mevcuttur.

Yukarıda da arz edildiği üzere, özel hukuk çalışanlarının büyük bir çoğunluğu 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalmaktadırlar. Ancak 4857 sayılı yasa bir genel yasa niteliğinde olmadığından, bunun kapsamı dışında kalan diğer çalışanlara buradaki hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz. İş hukuku kapsamında genel geçerli yasa Türk Borçlar Kanunu'dur. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı kanunun hizmet sözleşmesini düzenleyen maddeleri, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan, 854 ve 212 sayılı yasaya tabi çalışanlar için de, kendi kanunlarında özel bir düzenleme yok ise, genel geçerli olarak kabul edilecektir. Yine 4857 sayılı yasada düzenleme bulunmayan hallerde, bu yasaya tabi çalışanlar için de Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama imkanı bulacaktır. Nitekim gerek 854 gerekse 212 sayılı yasa kapsamında psikolojik tacizi değerlendirmek mümkün olmadığından, bu kanunlara tabi çalışanlar da Türk Borçlar Kanunu kapsamında çeşitli haklara sahip olacaklardır. Son olarak, 2013 yılı itibarı ile yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, uygulama bakımından kamu ve özel hukuka tabi tüm işyerlerini kapsadığından, bu kanun hükümlerinin de psikolojik tacize karşı tüm çalışanlar açısından koruma sağlayabileceğini belirtmek gerekir.

Her ne kadar yeni bir kanun olsa da, psikolojik taciz, terim olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer almamıştır. Aradan geçen süre içinde, psikolojik taciz konusu üzerine çalışmalar yoğunlaşmış ve bu konuda Türk Borçlar Kanunu'na özel hüküm konmuş olmasına karşın, İş Kanunu'nda bir değişikliğe gidilme ihtiyacı hissedilmemiştir.

Özel bir düzenleme mevcut olmaması karşısında, çalışanların maruz kaldıkları psikolojik tacizin hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirildiği görülmüştür. Nitekim sayıca az olmakla birlikte, bugüne kadar yargı mercileri tarafından yapılan değerlendirmelerde de psikolojik taciz, işçi - işveren ilişkisi kapsamında tarafların karşılıklı yükümlülükleri açısından ele alınmıştır. Bir başka ifade ile İş Kanunu'nda psikolojik taciz terim olarak bulunmamakla birlikte, hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar kapsamında psikolojik tacize karşı bir korumanın zaten mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan bir değerlendirme

yapıldığında, psikolojik taciz, işverenin işçiyi gözetme borcuna ve eşit davranma borcuna aykırılık taşımaktadır. İşçiyi işverene ve/veya işverenin bir diğer işçisine karşı koruyucu yasal yollar da buna göre belirlenmektedir¹³.

A. Psikolojik Taciz ile İhlal Edilen Yükümlülükler

1. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcuna Aykırılık

Psikolojik tacizin ihlal ettiği ilk yükümlülük, hizmet sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan işverenin işçiyi gözetme (koruma) borcudur. İşverenin işçiyi gözetme borcu yasal dayanağını hem Türk Borçlar Kanunu'ndan hem İş Kanunu hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan almaktadır¹⁴.

818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında, 332. madde kapsamında işçinin iş görme yükümlülüğü çerçevesinde maruz kalacakları tehlikelere karşı işverenin gerekli tedbiri alması gerektiği düzenlenmekteydi. Bu düzenleme de işverenin işçiyi gözetme borcunun temelini oluşturmuştu. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise eski 332. madde yerine "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417 ve devamı maddelerini getirmiştir. Bu maddenin önemi, psikolojik taciz terimine açıkça yer vermiş olması ve kişiliğin korunmasını yoruma yer vermeyecek biçimde düzenlemesidir. Buna 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.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür".

¹³ Psikolojik taciz ayrıca işçinin kişilik haklarına da müdahale niteliği taşıdığından, kişiliğin korunmasına yönelik her tür hukuki yol, psikolojik taciz ile mücadele aracı olarak kabul edilebilir.

¹⁴ Bunun yanında Sosyal Güvenlik mevzuatı ve yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu çerçevesinde işverenin işçiyi gözetme borcuna ilişkin bir takım hükümler düzenlenmiştir.

Kanun, işverene açıkça işçilerin psikolojik tacize uğramamaları ve şayet uğradılar ise daha fazla zarar görmemeleri için gerekli tüm önlemleri alma borcu getirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ise *“işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak”* yükümlüklerini düzenlemiştir. Bu ve devamındaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin maddeleri 31 Aralık 2012 tarihinde yürürlükten kaldıran 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise 4. maddesinde işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla ilgili genel yükümlülüğünü düzenlemiş ve devamında bu hususu detaylandırmıştır. Ayrıca aynı kanunun 2. maddesinde bu kanunun *“kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın”* uygulanacağı belirtilmiştir.

Görüleceği üzere gerek Türk Borçlar Kanunu (gerek İş Kanunu) gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hizmet ilişkisi kapsamında işverenin işçinin sağlığının korunması amacıyla gözetme borcu olduğunu açıkça kabul etmiş durumdadır. Bu noktada işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamının dar yorumlanmaması gerektiğini belirtmek gerekir. Sağlığın korunması kavramı kişinin sadece fiziksel zarar görmesi hali ile ilişkili değildir. Bireyin psikolojik olarak zarar görmesi halinde de işçinin sağlığı zarar görmektedir. Nitekim Bayram da, psikolojik tacizi iş kanunu boyutu ile incelediği eserinde, doktrinde gözetim borcunun işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından değerlendirildiğini, bir başka ifade ile maddi kişilik değerlerinin korunmasının kastedildiğini; ancak işçinin korunması konseptinin *“manevi kişilik değerleri”* de dahil olmak üzere işçinin tüm kişilik değerlerini kapsayacağını ifade etmiştir¹⁵. Süzek, işçinin kişiliğinin korunmasının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasını da içerdiğini belirtmektedir¹⁶. Çenberci de bundan yaklaşık 40 sene önce yaptığı çalışmada, İş Kanunu'nun 77. maddesinin işverene *“çalışan insanın beden ve ruh tamlığının korunması*

¹⁵ Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 89.

¹⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012: 420.

“için yararlı” her türlü tedbiri alma yükümlülüğü yarattığını yazmıştır¹⁷. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir¹⁸. Doktrinde gözetim borcunun, işçiyi çalışma ortamındaki rahatsız edici her tür davranıştan korumak olarak anlaşılması gerektiği sıklıkla ifade edilmektedir¹⁹. Bu kapsamda sadece işverenin işçiye yapmış olduğu psikolojik taciz değil, bir başka işçi veya işçilerin de işverenin başka bir işçisine karşı yapmış oldukları psikolojik tacize karşı koruma, gözetim borcunun kapsamına girmektedir. Henüz 6331 sayılı özel yasa yokken yapılan bu yorumların 6331 sayılı yasada da aynen geçerliliğini sürdürmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, birçok maddesi 2013 yılı ile birlikte yürürlüğe girdiği için henüz çok yeni bir düzenleme olarak kabul edeceğimiz bu mevzuat, içeriğinde psikolojik taciz gibi işçinin manevi kişilik değerlerini de zedeleyecek durumlar ile ilgili özel bir hüküm içermemesi bakımından kanımızca eksiktir.

Bu hali ile işverenin bir işçisine (gerek işveren gerekse diğer işçiler tarafından) uygulanan psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık taşır. Konunun dayanağının Borçlar Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’ndaki (ayrıca İş Kanunu) farklı maddeler olması sebebiyle psikolojik taciz eyleminin hem haksız fiil niteliğinin bulunduğu hem de hizmet sözleşmesinden doğan borca aykırılık niteliğinin bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir²⁰. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 332. maddesindeki düzenlemenin kusur sorumluluğu oluşturduğu doktrinde ifade

¹⁷ Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986, s. 970.

¹⁸ Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 34, Cilt 3, 2012: 171, 157-188; Y10HD 4.3.2008, E. 2007/6310 K. 2008/2821

¹⁹ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, Barış Yayınları, İzmir, 1994: 231-233; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 168 vd; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen/Kaplan, *İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, s. 129-130; Öner Eyrenci, Şavaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 144, Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2010, s. 81; Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 529 vd.; Selver Yıldız ve İlknur Kılış, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, Cilt 1 Sayı 1, s. 85.

²⁰ Sarper Süzek, 2012: 436; Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101; Aktay / Arıcı / Senyen-Kaplan, 2011: 130-133; Gülay Işkın, *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010: 53.

edilmiştir²¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki 417. maddesindeki düzenleme incelendiğinde ise yasa koyucunun, işverenin bu madde-deki yükümlülüğüne aykırı davranışını hizmet sözleşmesinden doğan borca aykırılık olarak kabul ettiği açıkça görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 3. fıkrası *"İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir"* düzenlemesi getirmiştir. O halde, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte sorumluluklar bakımından İş Kanunu düzenlemesi ile bir farklılık kalmadığı söylenebilir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Oğuzman ve Tekinay, Borçlar Kanunu düzenlemesinde esas olanın kusurlu sorumluluk hali olması ve kusursuz sorumluluğun ancak kanunda özel olarak belirtilen istisnai durumlarda kabul edilmiş olmasına dayanarak, sözleşmeden doğan sorumluluğun kusursuz sorumluluk hali olduğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olmasından hareketle, bu sorumluluğun kusurlu bir sorumluluk olduğunu savunmuşlardır²². Nitekim Süzek de aynı görüştedir²³. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür"*. Görüleceği üzere, ilgili madde bir kusurlu sorumluluk hali düzenlemiştir. Ancak ispat yükünü ters çevirmiş de bulunmaktadır. Buna göre borçlunun borcundan kurtulmasının tek yolunun kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi şartıdır. Bu şartlar altında değerlendirildiğinde, işverenin bir işçisine psikolojik tacizde bulunması halinde ve/veya işverenin bir işçisinin bir başka işçiye psikolojik tacizde bulun-

²¹ Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010: 124; Süzek, 2012: 436; Kemal Tahir Gürsoy, "İşverenin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974: 185-198.

²² Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101; İlhan Ulsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 97 vd.; Bu konuda detaylı bir literatür taraması için bkz. Nüvit Gerek, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2006, s. 111 vd.

²³ Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985, s. 205; Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101.

ması halinde işveren bu konuda bir kusurunun bulunmadığını ispatla mükelleftir. Kusursuzluğunu ispatlayamadığı takdirde sorumluluk işverende olacaktır. Psikolojik tacize ilişkin gerekli önlemleri, gerek Türk Borçlar Kanunu'nun 417 gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri çerçevesinde almayan işverenin bu noktada kusurlu olduğu kabul edilebilecek ve bundan dolayı işçinin zararından sorumlu olacaktır.

Doktrinde İş Kanunu'nun 77. maddesi kapsamından doğan sorumluluğun²⁴ kusursuz bir sorumluluk olduğu da ifade edilir²⁵. Buna dayanak olarak da Yargıtay uygulaması gösterilmektedir. Gerçekten de Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında özellikle İş Kanunu'nun 77. maddesi ile borçlar hukukunun istihdam edenin kusursuz sorumluluğu hükümlerini bir arada değerlendirerek, iş kazası neticesi ortaya çıkan zarardan, işverenin kusursuz sorumlu olacağını belirtmektedir²⁶. Yargıtay bir kararında bu sorumluluğu şu şekilde ifade etmiştir:

“1475 sayılı Kanunun 73, 4857 sayılı Kanunun 77. maddesi ve işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğü hükümlerine göre işyerinde gerekli güvenlik tedbirlerini almayan işveren, bu tedbirlere riayet etmediği oranda sorumlu olacağı gibi, diğer işçinin kusurundan da istihdam eden sıfatıyla sorumludur.

Ancak, bu sorumluluk kuralları dışında bir de bu konuda sanayiinin gelişmesiyle toplumsal düşünceden kaynaklanan tehlike (risk) sorumluluğu teorisine dayalı sorumluluk hali vardır. Gerek öğretide gerekse uygulamada ve özellikle İş Hukuku alanında benimsenen ve 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında biçimlenen bu sorumluluğun esası; zararlandırıcı olay işyerinde işverenin yada çalıştırdığı adamın tedbir konusunda gerekli özeni göstermesine, 3. kişi ile işçinin de herhangi bir kusurlarının bulunmamasına rağmen işçi için bir zarar doğurmuşsa, bunun sonucunda hak ve nesafet kuralları içinde işçinin işinden yararlanan işverenin sorumlu tutulmasıdır”²⁷.

Nüvit Gerek, Yargıtay'ın tehlike sorumluluğuna dayalı kusursuz sorumluluk esasını benimsemesine karşı, hala kusur unsurunu tam

²⁴ Artık İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu olarak değerlendirmek gerekir.

²⁵ Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101; Sarper Süzek, 2012: 429; Gülay Işkın, s. 54; Nüvit Gerek, 2006: 113 vd.

²⁶ Y9HD, 03.11.1967, E. 1967/8057 K. 1967/10174; Y10HD, 13.06.1975, 1975/1949 E. 1975/3782 K.; YHGK, 28.10.1983, E. 1983/ 9-929 K. 1983/1044.

²⁷ YHGK, 12.11.2003, E. 2003/21-673 K. 2003/641.

olarak göz ardı etmediğini ve tam olarak kusursuz olduğu durumlarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine hükmettiğini de ifade etmektedir²⁸. Haklı olarak eleştirildiği üzere kusursuz sorumluluk esası içerisinde kusur araştırılması çelişki yaratmaktadır.

Bu açıklamalara karşın, Yargıtay konu ile ilgili son birkaç kararında olayı risk esasına bağlı kusursuz sorumluluk kapsamında değil kusur sorumluluğu altında değerlendirmiş ve yerleşik görüşünü değiştirdiğinin sinyallerini vermiştir²⁹. Bu kararlar uyarınca “bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin her durumda bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir kazadan işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal göstermesi sonucu kazanın meydana gelmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir”.

Yeni yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu’nda tehlike sorumluluğu ayrı olarak düzenlenmiştir. Kanun’un 71. maddesi “tehlike sorumluluğu” başlığı taşır ve “önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin” müteselsilen sorumlu olacağını düzenler. Görüleceği üzere, bu madde de tehlike sorumluluğu, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğan zarara bağlanmıştır. Bu faaliyet sonucu bir zarar ortaya çıktıysa herhangi bir kusura bakılmaksızın işletme sahibi ve işleten müteselsil sorumlu kabul edileceklerdir. Maddenin mefhumu muhalifinden, işletmenin, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme kabul edilmeyeceği durumlarda, bu faaliyetlerden doğan zararın kusur sorumluluğuna bağlı olduğunun kabulü gerekir.

Bu halde yeni Türk Borçlar Kanunu kapsamında, tehlike sorumluluğu ve buna bağlı kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri düzenlendiğine göre, önemli ölçüde tehlike arz etmeyen işletmelerde iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uyulmaması sebebi ile işçilerin görecekları zararların, tehlike sorumluluğu teorisi adı altında değerlendirilmesi tartışmalara sebep olacak niteliktedir. Her ne kadar Kanun’un 71/3.

²⁸ Nüvit Gerek, a.g.e, s. 115.

²⁹ Y21HD, 12.6.2006, E. 2006/4895 K. 2006/6303; Y21HD, 27.9.2010, E. 2009/8698 K. 2010/9099; YHGK, 3.2.2010, E. 2010/21-36 K. 2010/67; son kararın detaylı incelemesi için bkz. Güzel ve Çatalkaya, 2012: 157-188.

maddesinde “belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır” düzenlemesi getirilmiş ise de, Yargıtay uygulamasındaki uygulamanın açık bir özel sorumluluk hükmüne dayandığı tartışmalı olduğundan, bu fıkranın dayanak teşkil etme imkanı da mümkün gözükmemektedir.

Bu açıklamalar muvacehesinde şu sonuca varılabilir. İşverenin veya bir işçisinin, işverenin diğer bir işçisine psikolojik tacizde bulunması halinde, işveren gerek tehlike sorumluluğu teorisine dayalı olarak gerekse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacak ve tacize uğrayan işçinin veya daha ağır sonuçlar doğması halinde murislerinin zararlarını tazmin yükümlülüğü altında olacaktır.

2. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırılık

İşverenin işçiye eşit davranma borcunun yasal dayanağının temelini Anayasa’nın 10. maddesi oluşturur. Bu madde uyarınca “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Bu düzenlemede geçen benzeri sebepler teriminden hareketle, Anayasa’daki eşitlik düzenlemesinin genel anlamda eşit davranma borcunu güvence altına aldığı ve İş Hukukundaki eşit davranma borcunun da normatif bir dayanağını teşkil ettiği doktrinde ifade edilmiştir³⁰.

Anayasa’nın 10. maddesindeki düzenlemeden hareketle İş Kanunu’nun 5. maddesinde de eşit davranma ilkesi vücut bulmuştur³¹. Bu madde şu şekildedir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

³⁰ Can Tuncay, İş Hukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982: 23; Süzek, 2012: 471; Mollamahmutoglu, 2008: 542; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2011: 426; 425-458.

³¹ Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere “İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır”.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz”.

İş mevzuatında eşit davranma borcuna ilişkin düzenleme bununla da sınırlı değildir. Yukarıda belirtilen ana ilkeden hareketle, İş Kanunu’nun 12. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesine bağlı çalışanlar ile belirsiz süreli iş sözleşmesine bağlı çalışanlar arasında, İş Kanunu’nun 13. maddesinde kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında ayırım yapılamayacağı; İş Kanunu’nun 18. maddesinde fesihte eşit davranma yükümlülüğü; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 26. maddesinde sendikal faaliyetlerde yararlanmada üyeler arasında eşitliğe ilişkin yükümlülük düzenlenmiştir.

Bütün bu düzenlemelere rağmen, işverenin eşit davranma borcu, tüm işçilerine mutlak eşit davranması anlamına gelmez. Bu sebeple nispi nitelik taşır³². Süzek, eşit davranma borcunun aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusu olduğunu ifade etmektedir³³. Narmanlıoğlu da, Anayasa Mahkemesi’nin 18.4.1983 tarih ve E. 1981/13, K. 1983/8 sayılı kararına atıf yaparak, eşit davranma yükümlülüğünün, aynı işte eşit verimle çalışan ve aynı nitelikteki işçiler için söz konusu olduğunu, mutlak nitelik taşımadığını yazmıştır³⁴. Çelik’in de ifade ettiği şekilde, “eşit davranma borcu, herkesi mutlak olarak eşit kılmak anlamında alınmamalıdır”³⁵. Nitekim Yargıtay da eşit davranma ilkesinin iş hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranma borcu yüklediğini belirtmektedir³⁶.

³² Yenisey bunu şekli eşitlik anlayışı olarak izah etmektedir, bkznz. Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, Sayı 11, Cilt 4, 2006, s. 69.

³³ Süzek, 2012: 475;

³⁴ Narmanlıoğlu, 1994: 233-234;

³⁵ Çelik, 2011:183; ayrıca bu konuda bkznz. Tuncay; 1982: 5, 120; Ertürk ve Gürsel, 2011: 429.

³⁶ Y9HD, 11.9.1967, E. 1967/8479 K. 1967/7519; YHGK, 7.6.1969, E. 1969/606 K.

Psikolojik taciz açısından eşit davranma borcunu ele aldığımızda önemli bir husus dikkat çeker. Eşit davranma borcu, doğrudan işverenin fiilen uygulamasına dayandığından, ancak doğrudan bir işveren tarafından işçiye karşı yapılan psikolojik taciz eylemlerinde ihlal edilen bir yükümlülüktür. İşverenin bir işçisi tarafından bir başka işçiye psikolojik tacizde bulunulması halinde, işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, kanımızca, ayrımcılık saiki ile bir işçinin bir başka işçiye psikolojik tacizde bulunmasına göz yuman işveren de eşit davranma borcuna aykırı hareket etmektedir. İşveren tarafından gerçekleştirilen ve psikolojik taciz içeren eylemde, işveren eşit konumdaki işçiler arasında bir ayrımcılığa giderek, salt bir işçinin kişilik haklarına yönelik bir eylem gerçekleştirmekte, onu yalnızlaştırmakta, çalışma yaşamını kısıtlamakta ve çoğu zaman çalışmasını çekilmez hale getirmektedir. Bu hali ile de eşit davranma ilkesine aykırı hareket etmektedir³⁷. Bunun yanında her tür psikolojik taciz eyleminin eşitlik ilkesine aykırılık doğurduğunu söylemek de doğru olmaz³⁸. Psikolojik taciz nedeninin ayrımcılık yasakları olduğu hallerde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir.

IV. PSİKOLOJİK TACİZE UĞRAYAN İŞÇİNİN İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN HAKLARI

A. ZARARIN TAZMİNİ HAKKI

1. Gözetme Borcuna Aykırılık Halinde Zararın Tazmini Yolları

İşveren veya bir işçisi tarafından psikolojik tacize uğrayan ve bundan zarar gören işçi, işverenin Türk Borçlar Kanunu'nun 417. ve İş Kanunu'nun 77. maddelerinden (2013 itibarı ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan) doğan gözetim borcuna aykırılığı iddiası ile her şeyden önce Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi kapsamında zarar tazmini talep edilebilecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere, bu madde

1969/607; Y9HD, 17.2.2009, E. 2007/36441 K. 2009/2758; YHGK, 23.12.2009, E. 2009/9-485 K. 2009/598.

³⁷ Bayram, 2008: 116; Bu konuda ayrıca bkznz. Işkın, 2010: 53; Fatma Burcu Savaş, İşyerinde Manevi Taciz, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006, s. 119-122; Sabahattin Şen, "Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu", Çimento İşveren Dergisi, Sayı 5, Cilt 23, s. 58.

³⁸ Ali Güzel / Emre Ertan, "İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı"; Çalışma ve Toplum, Sayı 16, Cilt 1, 2008, s. 165.

sözleşmeye aykırılık sebebi ile uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Bu noktada işveren kendisine hiçbir kusurun yüklenebileceğini ispat etmedikçe zarardan sorumluluk taşıyacaktır. Yargıtay'ın son yıllara kadar önüne gelen bir çok olayda, özellikle, işverenin üzerine düşen iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almayı ihmal ettiği durumlarda sorumluluğunu, risk tehdidinde dayalı kusursuz sorumluluk niteliğinde kabul etmesi sebebi ile, işçilerin bu dayanak ile dava açma imkanlarının da olduğunun hatırlatılması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre 49. ve 54. maddeleri çerçevesinde maddi tazminat, 53. maddesi çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı ve 56. maddesi kapsamında manevi tazminat davaları da 112. madde ile temin edilemeyen alacak bulunması halinde açılabilir. Ancak 112. madde kapsamında açılacak davalarda zamanaşımı 10 yıl iken (md. 146), haksız fiile dayalı davalarda zamanaşımı zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği andan itibaren 2 ve herhalde psikolojik taciz olayının vuku anından itibaren 10 yıldır (md. 72).

Psikolojik taciz karşısında işçinin görmüş olduğu asıl zarar manevi kişilik değerlerinin zedelenmesidir. Çoğu zaman ortaya çıkan zarar maddi olmaktan öte işçinin ruhsal dünyası ile ilgili olduğundan, manevi tazminat davalarının psikolojik taciz olaylarında önemli bir yer tuttuğu ortadadır. Ülkemizde çoğu zaman manevi tazminat davaları sonucu hükmedilen maddi tutar oldukça düşük görünmektedir. Bunun sebebi manevi tazminat ile ilgili yüksek mahkemenin bugüne kadar vermiş olduğu ilke kararlarıdır³⁹. Uygulamada işçilerde psikolojik taciz sebebi ile oluşan zararların çoğunluğunun manevi nitelikte bulunması sebebi ile bu davalarda hükmedilecek tazminat miktarı, psikolojik tacizi gerçekleştiren bireyler açısından caydırıcı nitelik de taşımalıdır. Ülkemizdeki manevi tazminat uygulamalarının çoğu ise bu caydırıcılıktan yoksundur. Psikolojik taciz eylemine karşın bahsi geçen bu davaların açılması, işçinin gerek Anayasa gerekse Medeni Kanun'dan doğan kişiliğin korunmasına ilişkin davaları açmasına engel teşkil etmez⁴⁰. Konunun kapsamı gereği kişiliği koruyucu bu davalardan bu makale içinde bahsedilmeyecektir.

³⁹ YİBK, 26.6.1966, E. 1966/7 K. 1966/7; Y21HD, 24.3.2009, E. 2009/1602 K. 2009/4319.

⁴⁰ İşçilerin açabileceği kişiliğin korunmasına ilişkin davalar için bkz. Bayram, 2008: 105 vd.; Işkın, 2010: 63-68; Savaş, 2006: 110-119.

Yukarıdaki paragrafta belirtilen tazminat talep hakkı, işverenin gözetim borcuna aykırılık neticesi doğan haklara ilişkindir. İşverenin eşit işlem yapma borcunun karşılığı istenecek tazminatlar ise farklılık taşır.

2. Eşit Davranma Borcuna Aykırılık Halinde Zararın Tazmini Yolları

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde kanunda ilk olarak öngörülen tazminat türü, ayrımcılık tazminatıdır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca iş ilişkisi sürecinde veya sona ermesinde işverenin bu madde hükümlerine aykırı ayırım yapması halinde, işçinin işverenden dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat isteme hakkı vardır. Uygulamada buna ayrımcılık tazminatı, ayırım tazminatı ve eşit davranmama tazminatı da denmektedir⁴¹. Süzek, işverenin eşit davranma borcunu, yaptırımlar bakımından iki ayrı nitelikte ele almaktadır. Süzek'e göre ayırım yapmak ile genel anlamda eşit davranmamayı ayrı değerlendirmek gerekir. Ayırım yapmak işçinin salt İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan nitelikleri gereği farklı muameleye tabi tutulmasıdır. Genel anlamda eşit davranmamakta ise bu nitelikler söz konusu olmamakla birlikte bir işçiye farklı muamele yapılmaktadır. Örneğin, bir şirketin muhasebe departmanında çalışan yardımcılarının hepsi 2.000 TL ücret alırken, aynı koşullarda çalışan bir tanesinin 1.250 TL alması halinde genel anlamda eşit davranmama olayı mevcut iken, bu kişiye salt kadın olması veya dini inancı sebebi ile düşük ücret ödeniyorsa, ortada ayırım yapmak olayı mevcuttur. Genel anlamda eşit davranmama halinde, işçi, eşitlik ilkesine aykırılık sebebi ile yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. Ancak bu eşitsizlik işçiye ayrımcılık tazminatı talep etme yetkisini vermez. Adı geçen tazminat ayırım yapılması halinde talep edilebilecektir. Bu değerlendirme ile birlikte yüksek mahkeme genel anlamda eşit davranmama hallerinde dahi, özellikle hizmet sözleşmesi feshedildiyse ayrımcılık tazminatına hükmedebilmektedir. İşyerinde bir eyleme katılan işçilerin sadece bir tanesinin

⁴¹ Süzek, 2012: 487; Sümer, 2010: 82; Ertürk/Gürsel, 2011: 447 vd.; Serkan Odaman, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, 2010: 31; Yenisey, 2006: 76 vd.; Mollamahmutoğlu, 2008: 552; Y22HD, 12.7.2012, E. 2012/13064 K. 2012/16519; Y9HD, 19.10.2010, E. 2010/ 802 K. 2010/29784.

hizmet akdinin feshedilmesi diğerlerinin devamına ilişkin bir davada yüksek mahkeme söz konusu eylemi işverenin eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirmiş ve işçinin İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen tazminata hak kazanacağına hükmetmiştir⁴². Benzer bir şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.2.2011 tarihli E. 2009/4160 K. 2011/2530 sayılı kararında, mesai saatleri içinde kahvede okey oynarken yakalanan 10 işçiden sadece ikisinin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilmesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılık bulunduğu sonucuna varmış, tazminat da dahil yeniden değerlendirilmek üzere dosyayı yerel mahkemeye göndermiştir.

Ayrımcılık tazminatı için esas alınacak ücret, madde gerekçesinde asıl ücret olarak belirtilmiştir⁴³. Buna göre ücretin ekleri olarak kabul edilen prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal haklar tazminatın hesabına dahil edilmez. Tazminatın tutarı konusunda da kanunda sadece bir üst sınır tespit edilmiştir. Ortaya çıkan olayda, hakim, yapılan ayrımcılığın niteliği, zararın varlığı ve boyutu, işçinin işyerindeki konumu gibi hususları dikkate alarak bu üst sınırı geçmeyecek şekilde bir tazminat takdir edecektir. Bununla birlikte işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanabilmesi için ortada bir zararın doğmuş olması gerekmez; ayrımcılığa maruz kalması yeterlidir⁴⁴.

Ayrımcılık tazminatının İş hukukundaki diğer tazminatlarla birlikte ödenip ödenmeyeceği de doktrinde tartışılmıştır. Burada ifade edilen diğer tazminatlar kavramından İş Kanunu 17. maddesinde düzenlenen kötüniyet tazminatı, 21. maddesinde düzenlenen işe başlatmama tazminatı ve Sendikalar Kanunu 31. maddesinde düzenlenen sendikal tazminat kastedilmektedir⁴⁵. Ayrımcılık tazminatını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası, devamında 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olacağını da düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, yasa koyucu ayrımcılığın sendikal nedenlere dayandığı durumlarda işçinin daha üstün bir koruma

⁴² Y9HD, 18.9.2007, E. 2007/28938 K. 2007/26952; Ertürk / Gürsel, 2011: 449.

⁴³ Süzek, 2012: 488; Ertürk / Gürsel, 2011: 448.

⁴⁴ Süzek, 2012: 488; Ertürk / Gürsel, 2011: 448; Mollamahmutoğlu, 2008: 553; Yenisey, 2006: 77.

⁴⁵ Makale yazım tarihi itibarı ile TBMM 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nu kabul etmiş ve kanun Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu yeni kanunda sendikal tazminat 25. maddede düzenlenmektedir.

sağlayan sendikal tazminat talep edebileceğini ancak ayrımcılık tazminatını talep edemeyeceğini öngörmüştür. Benzer bir hüküm diğer tazminatlar için söz konusu değildir. Gerek kötüniyet tazminatı gerekse işe başlatmama tazminatı ile korunmak istenen menfaatler ayrımcılık tazminatı ile korunmak istenen menfaatlerden farklıdır. Gerek işe başlatmama tazminatı gerekse kötü niyet tazminatı, iş sözleşmesinin hukuken geçerli bir nedene dayanmadığı durumlarda işçinin iş güvencesini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir. Oysa ayrımcılık tazminatı ise bir insan hakkı ihlali sayılan ayrımcılık yapma yasağının iş kanununda öngörülen yaptırımı niteliğindedir. Bu sebeple aynı olayda ayrımcılık tazminatı ödenmesinin işçi lehine ayrıca işe başlatmama tazminatına veya kötü niyet tazminatına hükmedilmesine engel teşkil etmediği düşüncesindeyiz. Nitekim işçi lehine yorum ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hali ile öğretide var olan bu tazminatların birlikte hükmedilemeyeceklerine ilişkin görüşe katılmıyoruz⁴⁶.

Eşit davranma borcuna aykırılık sebebi ile işçi tarafından talep edilebilecek bir diğer tazminat türü sendikal tazminattır. Sendikal tazminatın psikolojik taciz vakası ile bağdaşması ancak işçiye sendikal sebeplerle psikolojik taciz eyleminde bulunulması durumlarında ortaya çıkar. Bir işçiye sendikadan istifa etmesi amacıyla yapılan psikolojik taciz buna örnek teşkil eder. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi ve yeni yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca, bir işçiye sendikal nedene dayalı bir ayırmada bulunulması halinde işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası hükmü gereği ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın aynı anda kazanılması söz konusu değildir. Ancak sendikal tazminatın maddi değeri ayrımcılık tazminatından daha yüksek olduğundan, böyle bir durumda işçi ayrımcılık tazminatı yerine sendikal tazminatı tercih edecektir.

Yüksek Mahkemenin psikolojik tacizden kaynaklı tazminat talebini içeren henüz tek bir adet kararı mevcuttur. Bu kararda da tazminat talebinin dayanağı olarak hem işverenin işçiye gözetme borcu hem de

⁴⁶ Bu konuda öğretideki tartışmaların detaylı değerlendirilmesi için bkz. Süzek, 2012: 489/490; Ertürk/Gürsel, 2011: 449-451; Yenisey, 2006: 78-81; Odaman, 2010: 31 vd.

eşit davranma yükümlülüğü belirtilmiştir. Davaya konu olayda, davacı işçi TMMOB jeoloji mühendisleri odasında uzun yıllar çalışmış, ancak yönetimin değişmesi sonucu amiri konumundaki genel sekreter ile sorunlar yaşamaya başlamıştır. Disiplin kimliği temiz olan davacının 1,5 yıl içinde 5 kez savunması alınmış, 2 defa kınama cezası verilmiş, “kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırılarak “sen bu işi beceremiyorsun” gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır”. Davacının mesai saatleri sonrası ağlama krizine girdiği tanık beyanları ile kanıtlanmış, psikolojik tedavi görmesi ve rapor alması da psikolojik tacize uğradığı kanaatini güçlendirmiştir. Buna dayanarak Ankara 8. İş Mahkemesi tarafından 20.12.2006 tarih E. 2006/19 K. 2006/625 sayılı ilam ile davacının davasının kabulü ile 1.000.-TL manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Yerel mahkeme kararında açık olarak “MK 2. maddesine ilişkin iyiniyet kuralları, 4857 sayılı yasanın işverenin çalışanlara eşit davranmasına ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde işverenin işçisini koruma-gözetme sorumluluğunun bulunduğu açıktır” değerlendirmesine yer vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.5.2008 tarihinde E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı ilamı ile yerel mahkemenin bu önemli kararını onamıştır.

B. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık halinde işçinin kullanabileceği haklar sadece dava hakkı değildir. Yukarıda sayılan tazminat haklarının yanında, işçinin şartları oluştuğunda hizmet sözleşmesini tek taraflı fesih etme ve çalışmaktan kaçınma hakkı da mevcuttur. Bilindiği üzere, hizmet sözleşmelerinin kural olarak tek taraflı feshi ancak geçerli bir sebep bulunması veya haklı bir nedene dayanması halinde mümkündür. Hatta geçerli sebeple fesih hakkı da sadece işverene tanınan bir hak (İş Kanunu md. 18 vd.). İş Kanunu düzenlemesinde işçinin fesih hakkı sadece haklı bir nedenin varlığı halinde düzenlenmiştir. Haklı nedenle fesih aynı zamanda işçiye bir takım işçilik haklarını talep etme imkanı da tanır. Haklı nedene dayanmayan diğer fesih hallerinde ise işçi kanuna dayanmayan bir fesihte bulundu-

ğu için tüm işçilik haklarını kaybedeceği gibi, ani fesihlerde işverene ihbar tazminatı ödemek yükümlülüğü altına da girer.

İş Kanunu'nun 24. maddesi işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal fesih hakkını düzenler. Burada işçinin fesih hakkını kullanabilmesi üç farklı sebebe bağlanmıştır. İşçi, ya sağlık sebepleri, ya ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ya da zorlayıcı sebepler ile iş sözleşmesini fesih hakkına sahiptir. Sağlık sebeplerinden neyin ifade edildiği madde metninde açıkça belirtilmiştir. Buna göre;

“a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa”

işçi derhal fesih hakkını kullanabilecektir.

Psikolojik taciz bu iki şartla da örtüşmemektedir. Psikolojik taciz halinde işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı tehlikeye girmez. Burada doğrudan doğruya işveren tarafından veya o işverenin bir işçisi tarafından bir diğer işçiye karşı yapılan kasti bir fiil mevcuttur. Bu fiilin de yapılan işin niteliği ile bir ilgisi olması beklenebilir. Bunun gibi psikolojik taciz olayında bir diğer işçi veya işverenin bir hastalığa tutulması söz konusu olmadığından, işçinin psikolojik tacize uğraması halinde sağlık sebeplerine dayalı olarak iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı bulunmamaktadır.

İş Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilen zorlayıcı sebep de işçinin işini yaptığı işyerinde işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerdir. Psikolojik taciz spesifik bir işçinin işini görmesini engelleyebilir ancak işyerinin bütününde işin durmasını gerektirecek boyutta bir olay değildir. Çünkü mağdur çoğu zaman tek bir kişidir veya o işyerinde çalışan işçilerin çok kısıtlı bir sayıda olanıdır.

1. Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri Sebebi ile Fesih Hakkı

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine bakıldığında ise kanunun burada tahdidi bir sayıma gitmediği görülür.

Bunlar incelendiğinde ise işçiye psikolojik taciz sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı veren kanımızca üç sebebin varlığından söz edilebilir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, kanun maddesinde psikolojik tacize ilişkin doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır.

24. maddenin II/b bendinde ise işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi, davranışlarda bulunması veya işçiye cinsel tacizde bulunması hallerinde işçinin tek taraflı fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Psikolojik taciz tanımı gereği bireyin şeref ve namusuna dokunmaktadır. İşverenin işçiye psikolojik taciz uyguladığı her durumda şeref ve namusa dokunacak davranışlarda bulunulduğu, bir kısmında da sözler söylediği ortadadır. Bu halde psikolojik taciz mağduru işçi, işverenin kendisine psikolojik tacizde bulunması halinde bu madde hükmüne dayanarak iş sözleşmesini derhal fesih hakkı mevcuttur. Maddede bu tür söz söyleme ve davranma eylemlerinin açıkça işveren tarafından gerçekleştirilmesi şartı getirildiğinden, işçinin bu maddeye dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı sadece işveren tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz eylemlerinde söz konusu olabilecektir. İşverenin bir başka işçisi tarafından işçiye psikolojik taciz gerçekleştirildiğinde ise md. 24/II, b hükmüne dayanamayacaktır. Bunun tek istisnası mevcuttur. O da, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 5. fıkrası uyarınca işveren vekilinin işçiye karşı yaptığı psikolojik tacizdir. Anılan maddeye göre işveren vekillerinin, bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bir başka deyişle, işveren vekilinin işçiye karşı yaptığı psikolojik tacizden de işveren sorumlu olacağından, psikolojik taciz eyleminin bir başka işçi değil ancak işveren vekili tarafından gerçekleştirildiği hallerde de işçinin derhal fesih hakkının bulunduğu kabulü gerekir⁴⁷.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II/c bendine bakıldığında ise *"işverenin işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması veya gözdağı vermesi..... yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda"* bulunmasının fesih sebebi kabul edildiği görülür. Psikolojik tacizin bir işçiye gözdağı verilerek, sataşmada bulunularak veya işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnad ve ithamlarda

⁴⁷ Süzek, 2012: 712,713.

bulunarak gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu tür olayların gerçekleşmesi halinde, işçi, İş Kanunu'nun tanıdığı bu haktan yararlanarak iş sözleşmesini derhal feshedebilecek ve bundan doğan zararı mevcutsa bunu da işverenden talep edebilecektir (md. 26/2). Yukarıdaki paragrafta da belirtildiği üzere, işçinin bu hükme dayanarak iş sözleşmesini fesih hakkı da, belirtilen eylemlerin işveren tarafından gerçekleştirilmesi halinde mevcuttur. Yine işveren vekilin bu maddeye aykırı davranışı da aynen işveren tarafından yapılmış gibi kabul edilerek, işçiye fesih hakkı yetkisi verecektir (md. 2/5). Ancak, psikolojik tacizin işverenin diğer bir işçisi tarafından uygulandığı durumlarda, mağdur işçi için bu madde uyarınca bir fesih hakkı doğmayacaktır.

İşçinin psikolojik taciz karşısında iş sözleşmesini feshine izin veren bir diğer maddenin de Kanun'un 24. maddesinin II/f bendi olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Hükme göre, "... çalışma şartları uygulanmazsa..." işçinin iş sözleşmesini derhal fesih hakkı vardır. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının öngördüğü tedbirlerin alınmaması da çalışma şartlarının uygulanmaması altında değerlendirilir. Çalışma şartlarından iş hukuku ile ilgili tüm mevzuattan kaynaklanan şartlar anlaşılır. Nitekim yüksek mahkemenin görüşü de bu yöndedir⁴⁸. Bu sebeple psikolojik taciz vakalarında işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaması söz konusu olacağından işçinin buradaki fesih hakkından yararlanabileceği savunulur.

Bugüne kadar verilmiş az sayıda psikolojik taciz kararı incelendiğinde, uygulamada mahkemelerin ve Yargıtay'ın işçinin uğradığı psikolojik taciz neticesi hizmet sözleşmesini tek taraflı fesih hakkı bulunduğunu kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Ancak yüksek mahkeme bu kararlarında maddesel detaylı incelemeye girmediğinden işçinin fesih hakkını niteliksel anlamda 24. maddenin 2. fıkrasının hangi bendine dayandırdığı bilinmemektedir. Örneğin, işçinin maaşının düşürüldüğü ve diğer işçilerin kendisi ile konuşmamasının talimat verildiği bir olayda yüksek mahkeme, davacı işçinin hizmet sözleşmesini feshini, uğranılan psikolojik taciz sebebi ile haklı bulmuş, ancak bunun yasal dayanağı üzerinde bir değerlendirmeye gitmemiştir⁴⁹.

⁴⁸ Süzek, 2012: 716-717, 885;

⁴⁹ Y9HD, 22.3.2010, E. 2010/10905 K. 2010/7511; YHGK, 2.11.2011, E. 2011/9-590 K. 2011/677.

Bununla birlikte, her ne kadar yukarıdaki açıklamalarımızda, işveren ve işveren vekili dışı kişiler tarafından gerçekleştirilen (işçinin mesai arkadaşları tarafından) psikolojik taciz vakalarında işçinin İş Kanunu'nun 24/II, b ve c maddelerine dayanarak hizmet sözleşmesini tek taraflı feshedemeyeceği üzerinde durulmuşsa da, Yargıtay, amiri tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz eylemleri neticesi istifa etmek zorunda kalan işçinin bu eylemini (işveren vekili olup olmadığı tartışması yapmadan) haklı sebeple fesih olarak yorumlamaktadır. 9. Hukuk Dairesi'nin 1.4.2011 tarihli E. 2009/8046 K. 2011/9717 sayılı ilamına konu olayda, davacı işçi, amiri tarafından kendisine zaman zaman bağırılması ve bir gün bayılması üzerine amirinin hastaneye götürülmesine karşı çıkması olayları neticesi hizmet sözleşmesini tek taraflı feshetmiştir. İşten ayrılırken kendisine istifa dilekçesi imzalatılmıştır. Fesih işleminden yaklaşık iki hafta önce hastaneye giden işçiye hipoglisemi ve hipotansiyon teşhisi konmuştur. İşçi, fesih işleminden sonra kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için dava açmış, işveren ise işçinin istifa ettiği savunmasında bulunmuştur. Olayı inceleyen yüksek mahkeme, işçinin amirinin (tanık beyanı ile sabit olan) yukarıda sayılan eylemlerinin doktor raporu doğrultusunda "*psikolojik baskı (mobbing)*" sayılacağını ve işçinin istifaya zorlandığı tespiti ile işçinin hizmet akdini feshini haklı sebeple fesih olarak nitelendirmiştir. Kararda, işçinin amiri konusunda bulunan kişinin işveren vekili olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. Yine fesihteki haklı sebebin, Kanun'un 24. maddesinin II. bendinin hangi fıkrasına dayandığı üzerine bir değerlendirme de yapılmamıştır. Karar her ne kadar mağdur işçinin korunması bakımından önemli olsa da, dayanak bakımından doğruluğu kanımızca tartışmalıdır. Yüksek mahkemenin psikolojik tacize ilişkin kararlarında kanımızca bu konulara netlik kazandırması gerekmektedir.

Yüksek mahkeme, bir başka olayda ise, işyerinde üretim müdürü statüsünde çalışan işçinin, işyerinde yeniden yapılanma sürecinde yerine yeni bir mühendis istihdam edilerek yetkilerinin elinden alınmasını, prim alacağı istendiğinde kendisine hakaret edilmesini ve huzursuz edilmesini de psikolojik taciz olarak nitelendirmiş; bunların neticesi işyerini terk etmesinin haklı nedenle fesih sayılacağı yorumunu getirmiştir⁵⁰. İşçinin müdür statüsünde çalıştığı kararda anlaşıldığı-

⁵⁰ Y9HD, 18.3.2010, E. 2008/22535 K. 2010/7225.

dan, sayılan eylemlerin bağlı bulunduğu genel müdürlük (muhtemelen işveren vekili) tarafından yerine getirildiği kanısı doğmaktadır. Bu itibarla, olayın hakaret içermesi anlamında da buradaki feshin Kanunun 24/II, b maddesine dayandığı kanısındayız.

Yüksek mahkemenin bu konuda vermiş olduğu bir önemli karar ise cinsel taciz vakasına ilişkindir. İşçinin cinsel tacize uğradığı her halde kişilik haklarının zarar gördüğü ve psikolojik olarak da etkilendiği bir gerçektir. Cinsel taciz mağduru kişi doğal olarak kendini psikolojik baskı altında hissedecektir. İş Kanunu, cinsel taciz durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkı olduğunu özel olarak düzenlemiştir (md. 24/II, d). Bundan dolayı, işçiye uygulanan psikolojik tacizin cinsel tacizi de içermesi halinde, işçinin bu bentteki haktan yararlanarak sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkının da bulunduğu kabulü gerekir. Anılan madde, cinsel taciz failinin işveren, bir başka işçi ve hatta işyerinde bulunan bir üçüncü kişi olması bakımından ayırım yapmadığından, kim tarafından yapılırsa yapılsın bu tür bir psikolojik taciz vukuunda (işverenin gerekli önlemleri almaması halinde) işçinin fesih hakkı doğacaktır. Yüksek mahkemenin bahse konu kararının önemini anlatmak için bu noktada İş Kanunu'nun 26. maddesini hatırlatmak gerekir. 26. madde işçinin fesih hakkını kullanmasını belirli bir süreye bağlamıştır. Buna göre, hizmet akdini haklı sebeple feshetmek zorunda kalan işçi, bu hakkını belirlenen eylemler gerçekleştikten veya bunun gerçekleştiğini öğrendikten sonra 6 işgünü içinde kullanmak zorundadır. Karara konu olayda ise, işçi, genel müdür asistanı olarak çalışmaktadır. Genel müdürün kendisine iki defa cinsel tacizde bulunduğunu ve onu reddetmesi üzerine kötü davranmaya ve küçük düşürmeye başladığını, hakkı olmadığı halde yılsonu 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 dayanamamaya sinir krizi geçirdiğini ve depresyon teşhisi konulduğunu, bunun üzerine hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshettiği iddiasında bulunmuştur. Yerel mahkeme tacizin vukuundan itibaren 6 günlük hak düşürücü sürede fesih eylemi gerçekleşmediğinden işçinin açmış olduğu

alacak davasını reddetmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise 4.11.2010 tarihli E. 2008/37500 K. 2010/31544 sayılı kararında, cinsel tacizi takip eden eylemlerin “mobbing”e dönüştüğünün kabulü ile temadi eden eylemler neticesi 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahsedilemeyeceğini kabul etmiş ve işçinin talebini haklı bulmuştur.

Bu noktada karardaki asıl önemli unsurun, fesih hakkının kullanılması süresine getirdiği yorum olduğuna dikkat çekmek gerekir. 26. madde kapsamında fesih hakkını kullanmanın 6 işgünlük süreye bağlandığı ve bu sürenin eylemin gerçekleşmesi ile veya işçi tarafından eylemin gerçekleştiğinin öğrenilmesi ile başladığı yukarıda belirtilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da psikolojik taciz olayında işçinin fesih hakkının psikolojik taciz içeren eylemin gerçekleştiği tarihten başlayarak 6 işgünü içinde kullanılması gerektiği düşünülebilir. Oysa psikolojik taciz, tanımından da anlaşılacağı üzere işçiye karşı “sistemik” ve “tekrarlanır” şekilde yapılan eylemlerden meydana gelir. Yargıtay, yukarıdaki kararında bunu “temadi eden eylemler” olarak belirtmiştir. Her bir eylem birbirinden bağımsız kabul edilmez. Bir başka deyişle her bir eylem ayrı bir psikolojik taciz kabul edilmeyip, eylemlerin tümü tek bir psikolojik taciz vakasını işaret etmektedir. Bu sebeple olaylar arasında süre geçse de hukuken bir kesintinin olduğu kabul edilemez. Bu nedenle psikolojik taciz içeren olaylarda, bu eylemlerin kesildiğini gösteren ciddi bir zaman aralığı olmadığı hallerde hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır. Kanımızca da yüksek mahkeme kararı doğrudur.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Uymama Sebebi ile Fesih Hakkı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu’nda iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, ve 89. maddeleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 1 Ocak 2013 tarihi itibarı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak hali hazırda bu konuda süregelen davaların olabileceği düşüncesiyle bu bölümde hem İş Kanunu’ndaki ilgili düzenleme hem de 6331 sayılı yasa düzenlemesi burada aktarılacaktır.

İş Kanunu kapsamında işçiye iş sözleşmesini feshetme yetkisi veren bir diğer düzenleme Kanunun 85. maddesinin 5. fıkrasındaki dü-

zenleme idi. Bu düzenleme uyarınca işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, bu durumu, o işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu varsa kurula, yoksa işverene veya işveren vekiline bildirecek; kurulun işçinin talebini haklı bulan kararı ve işçinin talebine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almadığı durumlarda işçi, Kanun'un 24/I bendine uygun olarak iş sözleşmesini sona erdirebilecekti. Her şeyden önce görüleceği üzere bu düzenleme sonucu işçinin iş sözleşmesini sona erdirebilmesi için, sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikeye ihtiyaç vardır. Psikolojik taciz vakalarının çoğunda tehlikenin niteliği bu boyutlara ulaşmamaktadır⁵¹. Psikolojik tacizde karşılaşılan birçok olayda, işçiye yapılan fiiller işçinin sağlığını bozacak niteliktedir; ancak bunlar yakın ve acil olsalar bile hayati bir tehlike arz etmezler. Sadece sınırlı sayıda psikolojik taciz vakasında böyle bir tehlike doğmuş olabilir. İşçi bu şartların gerçekleşmesi halinde dahi doğrudan doğruya sözleşmesini fesih etme yetkisine sahip olmaz. Öncelikle bu durumu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna bildirecektir. İş yerinde böyle bir kurul yoksa işverene veya vekiline bildirimde bulunur. Bu bildirim üzerine gerek kurul gerekse işveren veya vekilinin cevap verme zorunluluğu mevcuttur. 85. maddenin 5. fıkrası uyarınca şayet kurul işçiye haklı bulur ve işçinin talebine rağmen işveren gerekli önlemleri almaz ise o takdirde fesih yetkisi doğmaktadır. İşçinin başvurusu karşısında kurul işçiye haklı bulmaz ise bu fesih hakkı doğmayacağı gibi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmayan yerlerde işçinin fesih hakkının doğması için işverenin işçiye haklı bulan cevabi yazısının gerekip gerekmediği kanunda belirlenmediğinden, fesih hakkının uygulanmasında sıkıntılar doğacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu son halde, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı yerlerde tespit yazısının işveren vekili tarafından verileceği madde gerekçesinde ifade edilmiştir.

Bu noktada incelenmesi gereken bir husus da, Kanun'un 83. maddesinin 5. fıkrasındaki bu düzenlemenin 24. maddenin II/f bendindeki düzenleme ile ilişkisidir. Bu hususta doktrinde karşıt görüş mevcuttur. Yukarıda izah edildiği üzere, doktrinde bir görüşe göre iş sağlığı

⁵¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012: 631.

ğı ve güvenliği hükümlerine uyulmadığı takdirde işçinin 83. madde kapsamındaki fesih yetkisi, 24/II.f bendinde bahsedilen fesih yetkisini ortadan kaldırmaz. Süzek, 24/II.f bendinde fesih hakkının çalışma şartlarının uygulanmaması koşuluna bağlandığını, çalışma şartı kavramından mevzuattaki tüm düzenlemelerin anlaşılması gerektiğini, iş sağlığı ve güvenliği hükümleri de bu düzenlemelerden olmakla, işverenin bu kapsamda gerekli düzeni sağlayamaması halinde çalışma şartlarını uygulamamış olacağını belirtir⁵². Ayrıca Kanun'a dair bilim kurulu taslağında bu hususun açıkça yazıldığını belirtmiştir.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre⁵³, 83. maddede iş sağlığı ve güvenliğine uyulmamasının yaptırımı düzenlenmiştir ve bu düzenleme (haklı olarak eleştirilebilecek bir şekilde) Kanun'un 24/II.f bendindeki fesih şartını ağırlaştırmaktadır. Bu yasa koyucunun özel olarak ortaya koyduğu bir iradedir. Bir an için kanunda bu şekilde bir düzenleme yapılmamış olduğu düşünülecek olursa, işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaması halinde, çalışma koşullarına uymadığı tespitinde bulunulacak ve işçinin iş sözleşmesini derhal fesih yetkisini kullanmasının önünde hiçbir engel kalmayacaktır. Yasa koyucunun bu düzenlemenin varlığına rağmen, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bölüm içinde özel olarak düzenlemeye gitmesi ve var olan fesih yetkisini ağırlaştırılmış şarta bağlaması, 24. maddedeki hakkın bu açıdan kısıtlanması iradesi olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim bilim kurulu taslağındaki görüşe madde gerekçesinde de yer verilmemiş; bir başka ifade ile kasten çıkartılmıştır. Bu sebeple, psikolojik taciz durumunda, işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya bulunulmadığı durumlarda, işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı, ancak (yukarıda izah edilen) diğer fesih sebeplerine dayanılarak kullanılabilir.

⁵² Süzek, 2012: 885; aynı yönde görüşler için bkz. Gaye Burcu Seratlı, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 230-232; Ertan İren, "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 2, 2011, s. 281-307

⁵³ Ömer Ekmekçi, *4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası*, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003: 192; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2010: 305; Aktay/ Arıcı/ Senyen Kaplan, 2011: 123; Sümer, 2010: 154

2013 yılı başında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca konu değerlendirildiğinde, işçinin 13. madde kapsamında bir fesih hakkının bulunduğu görülür. Bu madde aslen, aşağıda da belirtildiği üzere işçinin, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymaması sebebi ile çalışmaktan kaçınma hakkını düzenlemektedir. Buna göre ve İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen 83. maddesindeki şartlardan farklı olarak, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula veya kurul yoksa işverene başvuruda bulunarak kendisine psikolojik tacizde bulunulduğunun tespitini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edeceklerdir. Görüldüğü üzere burada tehlikenin niteliği ciddi ve yakın olarak belirtilmiş, ancak iş kanunundaki hayati olması gerekliliği kaldırılmıştır. Kanun'un 13/4 maddesi uyarınca, iş sözleşmesiyle çalışanların, "talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda", tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilecekleri düzenlenmiştir. Kanun kapsam olarak kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacağı için (md. 2) hizmet sözleşmesinin niteliğine bakılmaksızın tüm çalışanlar için geçerli bir uygulama yaratılmıştır. Bu hali ile, 4857 sayılı yasaya tabi olanlar bu kanuna göre, 4857 sayılı kanun kapsamı dışında kalanlar ise nihayetinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre hizmet sözleşmesini fesih hakkına sahiptir. Yapılan düzenlemenin dikkat çekici yanı, çalışanın hizmet sözleşmesini fesih hakkının doğması için, işçinin başvurusu üzerine kurulun veya işverenin olumlu bir tespitte bulunması zorunluluğunu öngörmemiş olmasıdır. Belirtildiği üzere, işçinin talebi üzerine, işverenin gerekli tedbiri almadığı durumlarda, işçi sözleşmesinin bağlı olduğu kanuna göre fesih hakkına sahip olacaktır. İş Kanunu açısından değerlendirilecek olursa, bu düzenlemeye göre, psikolojik tacize uğrayan işçi durumu işverene bildirip gerekli tedbirleri almasını talep edecek. Talebine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almaması halinde, İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller hanesindeki sebeplere dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Bir başka deyişle, İş Kanunu'nda var olan ve iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulmamasına ağırlaştırılmış bir fesih hakkı tanıyan düzenleme (haklı olarak) artık geçerliliğini yitirmiştir.

3. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Fesih Hakkı

Psikolojik taciz sebebi ile işçinin iş sözleşmesini fesih hakkına dair yukarıda yapılan açıklamalar 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında dahil işçiler için geçerlidir. 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan çalışanlar açısından inceleme yapıldığında ise benzer bir fesih hakkının Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde düzenlendiği görülür. 435. madde iş sözleşmesinin haklı bir sebebe dayalı olarak taraflardan herhangi birisi tarafından fesih edilmesini düzenlemektedir. Madde uyarınca haklı sebep, *"sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar"* olarak tanımlanmıştır. Bir işçiye karşı yapılan psikolojik taciz, yukarıda da belirtildiği üzere işverenin Türk Borçlar Kanunu'ndan da doğan gözetim borcuna aykırılık içerdiği gibi, dürüstlük kuralına da açık aykırılık teşkil etmektedir. Bu halde, psikolojik taciz eylemi işçi açısından dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen durum ve koşul olarak kabul edilir. Bu halde, işçi sözleşmeyi aynı madde hükmüne göre derhal fesih etme hakkına sahiptir⁵⁴; ancak fesih sebebini yazılı olarak bildirecektir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel düzenleme gözönüne alındığında, psikolojik tacizin bir başka işçi tarafından uygulanması halinde dahi, gözetme borcunun ihlalinin bahsedilebileceği için, fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.

C. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca, işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığı halinde, işçinin durumu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işyerinde böyle bir kurul yoksa işverene bildireceği yukarıda aktarılmıştı. Bu halde işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı da anlatılmıştı. 83. madde de aynı durumda işçiye tanınan bir diğer hak ise çalışmaktan kaçınma hakkıdır. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçinin talebi doğrultusunda karar vermesi halinde işçi şayet dilerse işveren tarafından gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışılmayan bu dönem için işçinin ücret ve diğer haklarının saklı olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir (md. 83/4).

⁵⁴ Süzek, 2012: 422.

Bu hak çerçevesinde, psikolojik taciz ile karşı karşıya kalan işçi için kullanılabilecek bir diğer hak da çalışmaktan kaçınma hakkı olmaktadır. Ancak, her psikolojik taciz olayında işçinin bu hakkının bulunduğunu savunmak doğru olmaz. Çünkü 83. madde, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için bir takım usuller öngördüğü gibi, ortaya çıkan tehlikenin niteliği konusunda da betimleme yapmıştır.

İşçinin çalışmaktan kaçınması hakkını kullanabilmesi için öncelikle ortada işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığı gerekir. Düzenleme gereği tehlikenin niteliği bakımından bu üç durum ayrı ayrı aranacaktır. Mollamahmutoğlu, tehlikenin yakın olması ile henüz gerçekleşmemiş ancak yakın gelecekte gerçekleşme ihtimalinin olmasının; acil olması ile derhal önlem alınmasının gerektiğinin; hayati olması ile de işçinin sağlığını veya fiziki bütünlüğünü tehlikeye atacak ağırlıkta olmasının anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵.

Ancak bu tehlikenin varlığında dahi çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması bir şarta bağlanmıştır. Buna göre işçinin başvurusu üzerine iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçiyi haklı bulması ve bu doğrultuda karar vermesi gerekir. Kanun'da açıkça iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararı arandığından, bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağı tartışma yaratır. Kanun'un 83. maddesinin ilk fıkrasında iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması sebebiyle ilgili başvurunun kurula yapılması hususu düzenlenmiş; hemen takip eden ikinci fıkrada ise bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde başvurunun işverene veya vekiline yapılacağı belirtilmiştir. İşçi lehine yorum ilkesi ile md. 83/3'teki düzenleme değerlendirildiğinde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmayan yerlerde, işverenin veya işveren vekilinin işçinin lehine karar verdiği durumlarda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının var olduğunun kabulü daha doğru olacaktır⁵⁶. Madde gerekçesinde de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçilerin konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle kendiliğinden buna karar veremeyecek-

⁵⁵ Mollamahmutoğlu, 2008: 974; ayrıca bkz. Melda Sur, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", *A. Can Tuncay'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005: 395-414.

⁵⁶ İbrahim Aydın, "İşverenin İşyerinde Çalışan İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2010: 248, 243-271

leri, işyerinde hayati veya acil bir tehlikenin varlığı konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun yazılı tespitini almaları gerektiği, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde bu tespit yazısının bu konuda görevli işveren vekilinden alınacağı belirtilmiştir. İşverenden kendi aleyhine bu tür bir yazı vermesinin beklenmesi kanımızca gerçekçi olmadığından düzenlemenin işçi lehine makul bir başka usule bağlanması yerinde olacaktır.

Bu düzenleme çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun veya işveren ya da işveren vekilinin işçi lehine bir karar almadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının bulunmayacağı; bu şartlar altında çalışmaktan kaçınan işçinin eyleminin iş görme borcunun ihlali olduğu öğretide belirtilmiştir⁵⁷. Bununla birlikte işçinin talebinin reddedildiği hallerde işçinin iş müfettişine başvurabileceği ve müfettişin işçi lehine kararı sonucu yine bu hakkın kullanılabileceği de öğretide ifade edilmiştir⁵⁸.

Kanun'un 83. maddesi kapsamında iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçinin başvurusu üzerine aynı gün toplanarak karar vermesi gerekmektedir. Nitekim aynı hususun başvurunun işverene veya işveren vekiline yapıldığı durumlarda da kabulü gerekir. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçiyi haklı bulmadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını hukuken kullanamayacağı da bellidir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kanunda belirtilen süre içinde toplanmaması ve kararını açıklamaması halinde çalışmaktan kaçınma hakkının işçi tarafından tek tarafı olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Engin, burada "özellikle küçük işletmelerde işveren vekilinin acil ve yaşamsal tehlike bulunsa bile işçinin talebi doğrultusunda karar alamayabileceğinin" göz önünde bulundurulması gerektiğini ve acil ve hayati tehlikenin olduğu durumlarda işçiden çalışmasını (yaşama hakkı ve hayat bütünlüğünü tehlikeye atmasının) beklenemeyeceğini savunmuş; kurul veya işverenin (veya vekilinin) sessiz kaldığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını tek başına kullanabileceğini savunmuştur⁵⁹.

⁵⁷ Murat Engin, "Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003: 91, 77-94.

⁵⁸ Mollamahmutoğlu, 2008: 975.

⁵⁹ Engin, 2004: 91.

Psikolojik taciz olaylarının bir çoğunda işçinin sağlığını bozacak bir tehlike mevcuttur. Bu tehlikenin yakın ve acil olduğu da söylenebilir. Ancak tehlike yakın ve acil olsa dahi, psikolojik tacizin bir çok türünde, bu eylemler işçi için hayati bir tehlike yaratmamaktadır. Bu sebeple de işçinin, İş Kanunu'nun 83. maddesi kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması sınırlı olaylarda söz konusu olacaktır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre ise işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, kanunun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Yeni yürürlüğe girecek bu özel kanuna göre işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı muhafaza edilmektedir. Ancak bazı önemli değişiklikler göze çarpar. Bunlardan ilki, 4857 sayılı yasa kapsamında işçinin işverene müracaat hakkı ve dolaylı olarak çalışmaktan kaçınma hakkı "işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin" varlığına bağlanmışken, 6331 sayılı yasada yumuşamaya gidilmiş ve "ciddi ve yakın bir tehlikenin" varlığı halinde işçinin müracaat edebileceği öngörülmüştür. Bu noktada tehlikenin niteliği bakımından ciddi bir değişikliğe gidilmiştir. Tehlikenin hayati nitelikte olması artık gerekmeyecektir. Bu sebeple, bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, birçok psikolojik taciz vakası için, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesinin de önü açılmış olacaktır. Böyle bir tehlikenin varlığı halinde işçi aynen 4857 sayılı kanundaki düzenleme gibi iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvuruda bulunacaktır. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verecektir. 4857 sayılı yasadaki işverenin karar süresi ile ilgili bir düzenleme yapılmaz iken, bu yasadaki işverenin derhal karar vereceği açıkça belirtilmiştir. Belirsizliği ortadan kaldırması bakımından olumlu bir düzenleme olmuştur. Kurulun karar süresi ile ilgili olarak ise 4857 sayılı yasadaki "aynı gün" karar vermesi öngörülmüşken, bu yeni yasadaki aynı gün ibaresi çıkarılmış ve acilen karar vermesi öngörülmüştür. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, 4857 sayılı yasadaki düzenlemeye paralel olarak, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun veya işverenin işçinin talebi doğrultusunda karar vermesi halinde doğacaktır. 4857 sayılı yasadaki bulunmayan işveren teriminin buraya eklenmesi, yukarıda işçi lehine yorum ilkesi doğrultusunda yaptığımız yorumun yapılması ihtiyacını ortadan kaldırdığından olumlu bir gelişme olmuştur. 6331 sayılı kanunun getirdiği bir önemli yenilik ise "ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda" işçinin iş sağlığı ve güvenliği veya

işverene başvuru prosedürü olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terketme haklarının bulunduğu düzenlenmesidir. Madde ayrıca bu hareketten dolayı işçinin haklarının kısıtlanamayacağını da açıkça düzenlemiştir. Bu yeni düzenleme önceki paragrafta yorum zoruyla yapılan değerlendirmeyi açığa kavuşturması bakımından önemlidir.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak yükümlülüğü düzenlenmiş olmasına karşın, bu yükümlülüğe uyulmadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler bakımından çalışmaktan kaçınma hakkının mevcut olmadığı söylenebilir. Ancak, bu olumsuz durum 6331 sayılı yasanın 2013 itibarı ile yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkacaktır. Daha önce izah edildiği üzere, 6331 sayılı yasa kapsamı itibarı ile kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacağından, çalışmaktan kaçınma hakkı tüm çalışanlar için mevcudiyet kazanacaktır.

V. SONUÇ

Hukuk literatürümüzde psikolojik tacize ilişkin çalışmalar son 10 yıl içinde başlamış olup, her geçen gün toplumsal farkındalığın arttığı görülmektedir. Bununla birlikte, birçok olayda kişilerin psikolojik taciz kavramını tam olarak bilmedikleri ve kendilerine yapılan haksız buldukları birçok eylemi bu terim ile adlandırdıkları görülür. Psikolojik tacizin yasal bir tanımı ne yazık ki bu süreçte kanunlar çerçevesinde yapılmamış, idarenin gerçekleştirdiği iki çalışmada konunun çerçevesi çizilmiştir. Ortadaki kavramsal boşluğu yargı doldurmaya çalışmaktadır. Oysa kanımızca yapılması gereken, her şeyden önce kavrama hukuki bir tanımın yasa(lar) yolu ile kazandırılmasıdır.

İş hukuku mevzuatı incelendiğinde, bugüne kadar psikolojik taciz ile ilgili yapılan tek düzenlemenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi olduğu görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun iş ilişkilerinde genel geçerli bir yasa olması sebebi ile etkisi büyük ise de bu alanda en kalabalık işçi kitlesini kapsamına alan yasa olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda henüz özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. 2013 yılı başı itibarı ile yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda da psikolojik tacize yönelik özel bir düzenlemenin yapılmaması kanı-

mızca eksiklik oluşturmaktadır. Bu çerçevede, yasa koyucunun psikolojik taciz ile ilgili şu ana kadar ki iradesinin daha çok var olan yasalar nezdinde bu soruna çözüm getirmek olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, bu zamana kadar sayıca az olsa da, yargı makamları tarafından var olan yasaların psikolojik tacize de uygulanabileceğine karar verilmiştir.

Özel sektörde iş hukuku kapsamında çalışan işçiler bakımından, psikolojik tacize mağdur kalmaları anında kullanabilecekleri haklar, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshi, bu sebeple uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini ve çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Ayrıca işçinin haklı nedenle yapmış olduğu bu fesih kendisine kıdem tazminatı gibi işçi alacaklarını talep etme hakkı da vermektedir. Bununla birlikte işçinin haklı nedenle fesih hakkı, psikolojik tacizin işveren veya işveren vekili tarafından yapıldığı hallerde tartışmadan uzak bir şekilde kabul edilebilecekken, işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu hakkın kullanımı tartışmalı hale gelmektedir. Yargıtay'ın önüne gelen olaylarda, psikolojik taciz genel olarak çalışanın amiri konumundaki kişiler tarafından işlenmiş olmakla, yüksek mahkeme, amirin işveren vekili olup olmadığı tartışmasına girmeden işçinin tek taraflı fesih hakkını kabul ettiği görülmektedir.

İşçinin, amiri konumunda bulunmayan mesai arkadaşı veya arkadaşları tarafından psikolojik tacize mağdur kaldığı olaylarda ise yine İş Kanunu'nun 24/II.f bendinde yer alan "çalışma şartları uygulanmaması" sebebine bağlı olarak ve yahut iş sağlığı ve güvenliği hükümleri çerçevesinde fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak yargı psikolojik tacize ilişkin vermiş olduğu kararlarında henüz yasal dayanak ile ilgili detaylı incelemede bulunmadığından, uygulamada da bu görüşün hakim olduğunu söylemek doğru olmaz.

Fesih hakkının yanında işçinin uğradığı maddi ve manevi zararı, sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerine göre talep edebileceği de ortadadır. Belirtilen her iki hak da İş Kanunu kapsamı dışında kalıp Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olan işçiler bakımından da geçerlidir.

Psikolojik taciz mağduru işçinin kullanabileceği son hak ise çalışmaktan kaçınma hakkıdır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında 2013 yılı başından itibaren tüm çalışanların sahip olacağı bu hak, psikolojik taciz neticesi ortaya çıkan tehlikenin ancak kanunda yazılı niteliğe ulaşması halinde kullanılabilir.

Sonuç olarak, Türkiye’de psikolojik taciz ile mücadelede iş hukukuna tabi çalışanların var olan yasalar kapsamında çeşitli hakları bulunmaktaysa da, daha etkin ve adil bir mücadele sağlanması amacıyla, yargının yorumuna daha az ihtiyaç duyacak şekilde özel düzenlemeler yapılmasının daha olumlu olacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.
- AYDINLI, İbrahim: “İşverenin İşyerinde Çalışan İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2010, s. 243-271.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986.
- ÇİL, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- EKMEKÇİ, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003.
- ENGİN, Murat: “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 77-94.
- ERDEM, Mustafa Ruhan / PARLAK, Benay: “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, Mayıs-Haziran 2010, s. 261-286.
- ERTÜRK, Şükran / GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, *Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.425-458.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2010.
- GEREK, Nüvit: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2006.
- GUERRERO, Maria Isabel S.: “The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 27, Sayı 2, s. 477-500.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: “İşverenin Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974, s. 185-198.
- GÜZEL, Ali / ERTAN, Emre: “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı”; *Çalışma ve Toplum*, Sayı 16, Cilt 1, 2008, s. 149-170.
- GÜZEL, Ali / ÇATALKAYA, Deniz Ugan: “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 34, Cilt 3, 2012, s. 157-188.
- HİRİGOYEN, Marie-France: *Malaise Dans le Travail : Harcèlement Moral: Démêler le Vrai du Faux*, Éditions La Découverte & Syros, Paris, 2001.

- IŞKIN, Gülay: İşyerinde Psikolojik Taciz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- İREN, Ertan: "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 2, 2011, s. 281-307.
- LEYMANN, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Cilt 5, Sayı 2, 1996, s.165-184.
- MOLLAMAHMUDOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- NAMİE, Gary / NAMİE, Ruth: *Bullyproof Yourself at Work!: Personal Strategies to Recognize and Stop the Hurt from Harassment*, DoubleDoc Press, Benicia: CA, 1999.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Barış Yayınları, İzmir, 1994.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İzmir, 2012.
- ODAMAN, Serkan: "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 25, 2010, s. 31-40.
- ÖZKUL, Burcu / ÇARIKÇI, İlker H.: "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2010, s. 481-499.
- SAVAŞ, Fatma Burcu: İşyerinde Manevi Taciz, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006.
- SERATLI, Gaye Burcu: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 197-245.
- SUR, Melda: "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", *A. Can Tuncay'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 395-414.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.
- SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ŞEN, Sabahattin: "Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu", *Çimento İşveren Dergisi*, Sayı 5, Cilt 23, s. 46-68.
- TINAZ, Pınar / BAYRAM, Fuat / ERGİN, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- TUNCAY, Can: İş Hukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- ULUSAN, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı, İstanbul, 1990.
- YAMADA, David C.: "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", *Georgetown Law Journal*, Cilt 88, s. 475-536.
- YENİSEY, Kübra Doğan: "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, Sayı 11, Cilt 4, 2006, s. 63-82.
- YILDIZ, Selver / KILKIŞ, İlknur: "Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, Cilt 1 Sayı 1, s. 71-93.