

Gemi Adamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Öz

Gemiadamının fazla çalışma yapmasına ilişkin düzenleme 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun m. 28 hükmünde yer almaktadır. Madde hükmü gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini herhangi bir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlemiştir. Madde hükmü ile gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretinin alt sınırı belirlenmiş ancak taraflara anlaşmak suretiyle bu oranın üzerinde bir fazla çalışma ücreti belirleme olanağı da tanınmıştır. Deniz İş Kanunu'nda belirlenen fazla çalışma ücreti diğer bireysel iş kanunlarında belirlenenden daha düşüktür. Bu durum yapılan işin niteliğinden kaynaklanmamaktadır

ve kanunlar arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Eşitsizlik durumunu gözlemleyen Yüksek Mahkeme, 01.07.2012 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda gemiadamının fazla çalışma ücretine Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmünü esas almak suretiyle karar verme ve böylece fazla çalışma ücretlerini eşitleme yoluna gitmiştir. Ancak son dönemde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2018 tarihli bir kararına bu konuya ilişkin çarpıcı bir karşı oy şerhi düşülmüştür. Bu çalışmada yasal düzenlemeler, ilgili Yargıtay kararları ve karşı oy şerhi tüm dayanakları ile inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Gemi adamının fazla çalışma ücreti, gemi adamı, fazla çalışma ücreti.

Review of the Overtime Wages to be Paid to the Seafarers in Respect of the Actual Supreme Court Decisions

Abstract

The regulation on seafarers' overtime work is defined in Article 28 of the Maritime Labor Law no.854. The Article regulates the overtime wages to be paid to the seafarer in a clear manner without any ambiguity. The Article defines the lower limit of the overtime wages to be paid to the seafarer, but also allows the parties

to set an over-working fee above this rate. The overtime wage determined in the Maritime Labor Law is lower than the other individual labor laws. This situation does not arise from the character of the work done and creates an inequality between the laws. Observing the situation of inequality, the Supreme Court

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- arzuarslanerturk@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-7523-3605

has decided after 01.07.2012, that the seafarer's overtime wages to be paid in accordance with the Obligations Law Article 402 and thus equalized the overtime wages. However, recently an important dissenting opinion has

been noted for the decision of the Supreme Court dated 20.11.2018 regarding this issue. In this study, the legal regulations, relevant Supreme Court decisions and the dissenting opinions are examined with all the legal bases.

Keywords:

Seafarers, overtime work, seafarers' overtime work, Maritime Labour Law.

Giriş

Gemiadamının fazla çalışma yapmasına ilişkin düzenleme 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun¹ m. 28 hükmünde yer almaktadır. Madde hükmü, gemiadamının fazla çalışma durumuna, fazla çalışma ücretine, fazla çalışmanın ispatına ve fazla çalışma ücretinin ödenmesine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme içermektedir.

Deniz İş Kanunu m. 28 hükmü gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini herhangi bir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlemektedir. Buna göre, gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamayacaktır. Bu şekliyle madde hükmü gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretinin alt sınırını belirlemiş olup taraflara anlaşmak suretiyle bu oranın üzerinde bir fazla çalışma ücreti belirleme olanağı tanımıştır. Ancak Deniz İş Kanunu'nda belirlenen fazla çalışma ücreti diğer bireysel iş kanunlarında belirlenenden daha düşüktür. 4857 sayılı İş Kanunu'nda² ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununda (Basın İş Kanunu'nda)³ fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 oranında yükseltilmesi suretiyle hesaplanmaktadır. Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁴ m. 402 hükmünde de fazla çalışma ücret

oranı %50 olarak belirlenmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun fazla çalışma ücretini diğer bireysel iş kanunlarından daha düşük olarak belirlemesi yapılan işin niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu hal Kanunlar arasından bir eşitsizlik yaratmaktadır. Bu durumu gözlemleyen Yüksek Mahkeme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan uyumsuzluklarda, gemiadamının fazla çalışma ücretine ilişkin olarak Deniz İş K. m. 28 hükmünü uygulamayı bir yana bırakmış, TBK m. 402 hükmünü esas almak suretiyle karar verme ve böylece fazla çalışma ücretlerini eşitleme yoluna gitmiştir. Ancak son dönemde, Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesinin gemiadamının fazla çalışma ücretine ilişkin 20.11.2018 tarihli bir kararına⁵ konuya ilişkin çarpıcı bir karşı oy şerhi düşülmüştür. İşte bu çalışmamızda konuya ilişkin yasal düzenlemeler, ilgili Yargıtay kararları ve karşı oy şerhi tüm dayanakları ile inceleme konusu yapılacaktır.

I. Deniz İş Kanunu'na Göre Normal Çalışma Süresi ve Fazla Çalışma

A. Normal Çalışma Süresi

1. Çalışma Süresi Kavramı

Çalışma süresi, iş sözleşmesi uyarınca işçinin yapmakla yükümlü olduğu iş görme edimini yerine getirmek üzere çalıştırıldığı zaman dilimi ve

1 RG. 29.04.1967, Sayı: 12586.

2 RG. 10.06.2003, Sayı: 25134.

3 RG. 20.06.1952, Sayı: 8140.

4 RG. 04.02.2011, Sayı: 27836.

5 Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

harcadığı süredir⁶. Bu süre, ara dinlenme süreleri dışında kalan ve işin başlangıcından sona ermesine kadar olan zaman parçası içerisindeki fiilen çalışılan süredir. İşçinin çalışma süresi kanun, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi hükümleri uyarınca ve işverenin yönetim hakkı kapsamında belirlenebilmektedir⁷.

İç sularda ya da yakın yollarda günlük sefer yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının çalışma süreleri diğer kanunlara tabi işçilere göre fazla bir özellik göstermemektedir. Zira gemide kalma mecburiyeti olmayan bu kişiler için gemi, sadece bir işyeri olup çalışma süresi dışında kalan sosyal yaşamları gemi dışında geçmektedir. Bu gemiadamlarından bazıları vardiya usulüne göre çalışmakta, bazıları da karada çalışanlar gibi rutin sabah akşam mesaisi yapmaktadır⁸. Ancak uzak yol seferlerine çıkan gemiadamlarının çalışma süreleri, yaptıkları işin niteliğinden ve özelliğinden kaynaklanan sebeplerle diğer çalışanlardan farklı düzenlenmiştir. Öncelikle bu gemiadamları için gemi hem bir işyeri hem de bir yaşam alanıdır. Gemilerin türüne ve yolculuğun uzunluğuna göre, gemiadamları tüm zamanlarını onlar için aynı zamanda bir "işyeri" olan gemide geçirmek durumundadır. Uzak yol seferleri yapan gemilerde gemiadamlarının hem iş süresini hem de dinlenme süresini gemide geçirmek zorunda olmaları sebebiyle, çalışma süresinin ve dinlenme

süresinin birbirinden ayırılması önem taşımaktadır. Yine gemiadamlarının çalışma süresi, gemide yaptıkları iş, geminin büyüklüğü, türü ve seferin uzunluğuna göre farklılıklar göstermekte olup dinlenme sürelerini de diledikleri gibi değerlendirme olanakları mevcut değildir⁹.

Gemiadamının normal çalışma süresine ilişkin düzenleme "İş süresi" başlığı altında Deniz İş K. m. 26 hükmünde yer almaktadır. Deniz İş Kanunu m. 26/f 2 hükmüne göre iş süresi, gemiadamının "iş başında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süre"dir. Kural olarak gemiadamının iş başında çalıştığı süre, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da işverenin talimatı ile verilen ve işgörme ediminin fiili olarak yerine getirildiği süredir¹⁰. Ancak gemiadamının iş süresi boyunca mutlaka eylemli olarak çalışması gerekmektedir. Çalışma süresi içinde gemiadamının işgörme borcunu ifa etmek üzere işverenin emrinde hazır bulunduğu ancak eylemli olarak çalışmadığı süreler de iş süresinden sayılmaktadır¹¹. Yine gemiadamının raspa, boya, bakım, onarım gibi çalışmalarda, seyir ve liman vardiyalarında, gemi güvenliği için tutulan nöbetlerde geçirdiği süreler de iş sürelerinden sayılır¹².

Diğer yandan Deniz İş Kanunu m. 26/f 2 hükmünde yer alan ifade uyarınca, gemiadamının gemide iş başında çalıştığı ya da vardiya tuttuğu –iş gücünü işverenin emrine hazır tutarak nöbet beklediği- süre dışındaki sürelerin iş sürelerinden sayılıp sayılmayacağı hususu açıklığa kavuşturulması gereken bir sorudur. Zira Deniz İş Kanunu'nda İş Kanunu m. 66 hükmü gibi çalışma süresinden sayılan halleri düzenleyen açık bir hüküm mevcut değildir¹³. Yine denizde çalışmanın bir gereği

6 Ekonomi Müdir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, 271; Tuncay, Can: "ILO Normları Işığında Gemi Adamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 107; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, 1207; Kar, Bektaş: Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2014, 171; Ayrıca çalışma süresi, Astarlı'nın konuya ilişkin kapsamlı çalışmasında "işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme borcununun ifası amacıyla işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar geçen ve işçi tarafından fiilen çalışılan veya çalışılmayan tüm süreler" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Astarlı Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, 37. Bu kavrama ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Astarlı, 34 vd.; Güner, M. Deniz: Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, ÇMİS Dergisi, Cilt:15, Sayı:6, 2001, 12, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf>.

7 Kar, 171-172; Güner, 12.

8 Bedük, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Bursa, 2012, 162-163; Kar, 172.

9 Bedük, 162, 164; Kar, 172; Dündar, Esra: Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Ankara 2012, 144; Güner, 12.

10 Ekmekçi, Ömer: Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma, Deniz Hukuku Dergisi, Y:1, S: 3-4, Eylül-Aralık 1996, 37-38; Bedük, 164; Güner, 13.

11 Ekonomi, 272; Tuncay, 109; Bedük, 164; Dündar, 145; Güner, 13.

12 Bedük, 164; Kar, 172, Güner, 13.

13 Çalışma süreleri İş Kanunu m. 63 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 66 hükmü ile de çalışma sürelerinden sayılan haller açıklığa kavuştur-

olarak, gemi açık denizde seyir halinde iken veya limanda demirli iken gemiadamının karaya çıkma olanağının bulunmadığı durumlarla karşılaşma olasılığı mevcuttur. Öğretide genel olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, böyle bir durumda gemi adamının iş görme edimini yerine getirmemekle birlikte, çalışma şartlarının gerektirdiği bu fiili zorunluluk hali gereği karaya çıkmadığı ve gemide geçirdiği sürelerin tamamını çalışma süresinden saymak hakkaniyete aykırı olacaktır. Zira gemiden ayrılamama denizde çalışmanın özelliğinden kaynaklanmaktadır ve gemiadamı bu durumu bilerek işi kabul etmiştir. Ancak gemiadamının gemide bulunma hali bu işin niteliğinden kaynaklanan fiili bir zorunluluktan değil de işverenin ya da kaptanın emir ve talimatından veya liman ve tersanelere ilişkin mevzuattan kaynaklanıyor ise bu durumda uyku ve yemek gibi zorunlu ihtiyaçlara ilişkin zamanın dışında gemiadamının gemide geçirdiği diğer tüm süreler iş süresinden sayılmalıdır¹⁴. Zaten gemiadamlarına karada çalışan işçilere göre daha yüksek ücret ve ikramiye verilmesinin sebeplerinden birisi de onların çalıştığı işyeri olan gemiyi terketme olanaklarının daha sınırlı olmasıdır¹⁵.

Uygulamada Yargıtay da gemiadamının çalışma süresini ve fazla saatlerle çalışma süresini belirlerken gemide kaldığı tüm sürenin değil de iş başında geçirdiği ya da vardiya tuttuğu sürenin gözönünde bulundurulması gerektiği hususuna muhtelif kararlarında yer vermektedir¹⁶.

rulmaktadır. İş Kanunu m. 66/c hükmü uyarınca, "işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" günlük çalışma süresinden sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 138 vd.; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019, 702 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, 775 vd.

14 Şahlanan, Fevzi: Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar, TÜHİS, Kasım 1988, 12; Ekmekçi, 38-39; Tuncay, 109; Kar, 173; Dündar, 145-146.

15 Tuncay, 109; Dündar, 146.

16 "854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesinde günlük ve haftalık iş süresi belirlenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında da bu süre (gemi adamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu) süre olarak tanımlanmıştır. Buna göre; gemi adamının gerek normal gerekse fazla çalışmasında nazara

2. Haftalık ve Günlük Çalışma Süreleri

Deniz İş K. m.26 hükmüne göre, gemiadamının çalışma süresi, *günde sekiz ve haftada kırksekiz* saattir. Bu süre, haftanın iş günlerine eşit olarak bölünerek uygulanacaktır.

Madde hükmünde görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak Deniz İş Kanunu, sadece haftalık çalışma süresini değil günlük çalışma süresini de belirlemiştir. Yine madde hükmü ile haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olarak bölünmesi esası kabul edilmiştir. Böylece çalışma süresinin günlere bölünmesi açısından da 4857 sayılı İş Kanunu'nun benimsediği esnek yaklaşım, Deniz İş Kanunu'nda yerini -tıpkı 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda olduğu gibi- katı bir düzenlemeye bırakmaktadır¹⁷. Aslında bu durum bir anlamda Deniz İş Kanunu'nun oldukça eski tarihli bir kanun olması sebebiyle çağın gereklerinin dışında kalmasından kaynaklanmaktadır.

Deniz İş Kanunu'nun günlük ve haftalık çalışma süresini düzenleyen m.26 hükmü nispi emredici nitelikte olup, tarafların gemiadamı için günlük çalışma süresini sekiz saatten kısa ve haftalık çalışma süresini 48 saatten az belirlemesi mümkündür. Tarafların çalışma süresini daha uzun kararlaştırılması halinde ise Kanunda yer verilmiş olan günlük ve

alınacak süre, gemide kaldığı süre değil, gemide işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir. Gemi adamının gerek seyir halinde gerekse limanda gemi içinde bulunması fazla mesai sayılmaz. Fazla mesai alabilmesi için işbaşında çalışması veya vardiya tutması lazımdır.", Yarg. 9. HD., 11.04.2011, E. 2010/32452, K. 2011/10715; Yarg., 9.HD., 16.09.2013, E. 2013/4621, K.2013/22557, bkz. https://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/kas_mhkuk.pdf, 9.

17 Tuncay, 107-108; Astarlı, 159; Kar, 173-174; Bedük, 166-167; Dündar, 144; Deniz İş K. m. 26 hükmüne göre haftalık çalışma süresinin haftalık iş günlerine eşit olarak bölünmesi gerekmektedir. Bu durumda, taraflarca çalışma süresi olarak 48 saatlik kanuni haftalık çalışma süresinin kabul edilmesi halinde, işyerinde haftalık 6 gün, günde 8 saat çalışma yapılacaktır. Böyle bir durumda, haftalık çalışma süresinin çalışılan iş günlere farklı uzunlukta bölünmesi mümkün değildir. Ancak cumartesi gününün kısmen veya tamamen tatil edilmesi halinde, 48 saatlik çalışmanın altı günde değil de beş iş gününde yaptırılmasının mümkün olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz. Astarlı, 160-161; Yamakoğlu, Efe: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul 2011, 165.

haftalık çalışma süreleri uygulanacaktır¹⁸.

Gemiadamının çalışma süresi kural olarak aralıksız bir biçimde yani blok olarak uygulanmalıdır. Ancak gemiadamının günlük çalışma süresi, yaptığı işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde bölünerek de uygulanabilecektir¹⁹. Yine denizde yapılan çalışmaların aralıksız sürmesi nedeni ile vardiya usulü çalışma zorunlu bir hal almaktadır. Gemi seferde iken genellikle 24 saat çalışıldığı için en az üçlü vardiya esasına göre çalışma yapılması ve buna göre yeterli sayıda gemiadamının istihdam edilmesi gerekmektedir²⁰.

3. Normal Çalışma Süresinin Dışında Tutulan Gemiadamları

Deniz İş Kanunu m. 27 hükmü ile gemide çalışan bazı kimseler, yaptıkları işin gösterdiği özellikler sebebiyle, -günlük ve haftalık çalışma süreleri, fazla çalışma süreleri- gibi Kanunun iş sürelerine ilişkin hükümlerinden ayırık tutulmaktadır. Bu kişiler;

- Birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan veya Deniz İş K. m. 2/f c hükmünde yazılı olduğu şekilde kendisine vekalet eden kimse (kılavuz kaptanlar dahil),
- Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde başmakinist,
- Doktor ve sağlık memurları,
- Hemşire ve hastabakıcılar,
- Asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalışan gemiadamları,
- Gemide kendi nam ve hesabına çalışanlar.

Deniz İş Kanunu m. 27 hükmünde sayılmak suretiyle belirtilen bu kişilerin büyük bir kısmı, gemide bulunmaları gerekli olan ancak arızı olarak kendilerine ihtiyaç duyulduğu zaman görevlerini yapan ve gemide devamlı olan çalışma düzeni içerisinde bulunmayan kişilerdir. Sorumlulukları gereği kendilerine ihtiyaç duyulduğu zaman çalışan bu kişilerin vardiya usulü ya da günlük

çalışma süreleri içinde çalışmalarını da gerektirmektedir²¹. Düzensiz bir çalışma düzeni içerisinde çalışan bu kişiler, kimi günler günlük sekiz saatten fazla çalışsalar da, arızı olarak çalışmadıkları süreler mevcut olduğundan kümülatif çalışma sürelerinin dengelendiği varsayılacaktır²².

Gemide kendi nam ve hesabına çalışanların işçi sayılmadığı şüphesizdir. Bu kişiler genellikle kiralama ya da ihale usulü ile iş alan altişverenler olup kendi nam ve hesaplarına işçi çalıştırarak gemilerde yeme içme gibi hizmetler vermektedirler²³. Bir iş sözleşmesine tabi olarak çalışmayan bu kişiler Deniz İş K. kapsamı dışındadırlar. Bu sebeple kendilerine Deniz İş Kanunu'nda mevcut iş sürelerine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır²⁴.

Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde, başmakinistin konumu kaptana benzemekte olup bu kişi bir anlamda işveren vekilidir. Kılavuz kaptanlar ise sürekli olmamakla beraber sadece kılavuz kaptanın zorunlu olduğu geçişlerde mesai yapmaktadırlar²⁵. Gemide çalışan doktor, sağlık memuru, hemşire ve hastabakıcılar ise iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte, yaptıkları işin gemi ve denizle bir alakası bulunmamaktadır²⁶. Bu kişiler, kendilerine ihtiyaç duyulduğu zamanlarda arızı olarak görev yapmaktadırlar²⁷.

Görüldüğü üzere, Deniz İş K. m. 27 kapsamında iş sürelerine tabi olmayan çalışanların bir kısmı donatana bir iş sözleşmesi ile bağlı gemiadamlarından oluşmaktadır. Ancak bu gemiadamlarından -doktor, hemşire vb. gibi- bazılarının yap-

21 Şahlanan, 13; Tuncay, 111; Astarlı, 162-163; Bedük, 173 vd.; Kar, 176; Dündar, 147.

22 Şahlanan, 13; Bedük, 175; Astarlı, 163. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. Astarlı, 162-165.

23 Özellikle şehir hatları vapurlarında ve feribotlarda büfe ve çaycılık gibi hizmetler verenler bu grupta yer almaktadır. Bkz. Bedük, 175.

24 Şahlanan 13; Tuncay 111; Bedük, 175; Kar, 176; Dündar, 147.

25 Kar, 176.

26 Doktor ve hemşire gibi sağlık elemanlarının gemide yapmakta oldukları iş hiç şüphesiz ki denizle alakalı değildir. Ancak gemiadamı sayılmak için yapılan işin doğrudan denizle ve gemi ile alakalı olması gerekmektedir. Bu kişilerin gemide çalışmaları gemiadamı olmaları için yeterlidir. Bkz. Bedük, 174-175; Tuncay 111 ve Dündar 148.

27 Tuncay, 111; Kar 176; Dündar, 147-148.

18 Astarlı, 159; Kar, 174; Tuncay, 117.

19 Ekmekçi, 41; Astarlı, 162.

20 Kar, 174; Tuncay, 110.

tıkları iş doğrudan doğruya deniz ve gemicilikle alakalı olmayıp bu kişiler arızı olarak görev yapmaktadırlar. Deniz İş Kanunu m. 27 kapsamında olanların diğer kısmı ise gemide çalıştıkları halde gemiadamına iş sözleşmesi ile bağlı olmayıp kendi nam ve hesabına çalışanlardan oluşmaktadır²⁸.

B. Fazla Çalışma

1. Kavram

Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışma "Fazla saatlerle çalışma" başlıklı m. 28 hükmünde düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu m. 28/f 1 hükmüne göre "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar..." fazla saatlerle çalışma olarak nitelendirilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, madde hükmünde kullanılan "fazla saatlerle çalışma" kavramı 4857 sayılı İş Kanunu anlamında fazla saatlerle çalışma değildir. İş Kanunu'nda "fazla saatlerle çalışma", bir üst kavram olup bu kavram "fazla çalışma" ve "fazla sürelerle çalışma"yı ifade etmektedir²⁹. Oysa Deniz İş Kanunu'nda böyle bir ayırım mevcut değildir³⁰. Ayrıca her iki kanun açısından da fazla saatlerle çalışmayı belirleyen ölçütler de farklılık göstermektedir.

Deniz İş Kanunu fazla çalışma yapılabilmesi için herhangi bir neden öngörmemektedir. Bu sebeple işveren herhangi bir nedene dayanmaksızın ge-

miadamına fazla çalışma yaptırabilecektir. Ancak öğretide bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu iş kanunlarına göre genel kanun niteliği taşıdığından, fazla çalışma hakkına ilişkin olarak hüküm bulunmayan Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamları için Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışma borcunu düzenleyen m.398 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, normal sürelerden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yapılması zorunluluğu ortaya çıktığında, gemiadamı bunu yapabilecek durumda olur ve bu işi yapmaktan kaçınması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturursa, karşılığının verilmesi kaydıyla, gemiadamının fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir³¹.

Deniz İş Kanunu uyarınca gemiadamının iş başında çalıştığı ya da vardiya tuttuğu sürelerin günlük sekiz veya haftalık kırksekiz saati geçmesi halinde fazla çalışma yaptığı gündeme gelecektir. Bu bakımdan gemiadamının, gemi seyir halinde iken veya limanda gemi içinde iken çalışmadan veya vardiya tutmadan geçirdiği süreler fazla çalışma olarak değerlendirilmeyecektir³².

Deniz İş Kanunu m. 41 hükmü, liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde çalıştırılan gemiadamlarının haftada altı günden fazla çalıştırılmasını açık bir düzenleme ile yasaklamaktadır. Bu kişilerden hafta tatili günü çalıştırılanlara ise haftanın diğer bir günü ve nöbetleşe olarak hafta tatili kullandırılmalıdır. Madde hükmünde ifade edilen gemiadamlarının hafta tatili kullandırılmaksızın haftanın yedi günü sekizer saat çalıştırıldığı hallerde ise hafta tatili günü yaptırılan bu çalışma Deniz İş K. m. 28 hükmü uyarınca fazla çalışma olarak nitelendirilmelidir³³. Yine Deniz İş K. m. 41 hükmü kapsamı dışında kalan -yani liman hizmeti ve şehir hattı gemileri dışında kalan, örneğin

28 Tuncay, 111; Yamakoğlu, 166; Bedük, 174-175; Dündar, 147-148.

29 Deniz İş Kanunu 40 yıl öncesinin düşünce tarzını yansıtmaktadır. Kanun bu haliyle, bir önceki 1475 sayılı İş Kanunu'nun mantığına daha yakın olup, çalışma süreleri ve çalışma biçimleri açısından esnek düzenlemeler içermektedir. Deniz İş Kanunu'nda, 4857 sayılı İş Kanunu'nda mevcut olan denkleştirme esası da mevcut değildir. Yine İş Kanunu m. 41/f 7 hükmü uyarınca işverenin fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin onayının alınması gerekirken Deniz İş Kanunu kapsamında yapılacak fazla sürelerle çalışma için gemiadamının rızası ya da onayına gerek yoktur. Tuncay 112; Bedük, 177-178; Kar, 178. ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 238.

30 Bedük, 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi Deniz İş Kanunu'nda fazla sürelerle çalışma-fazla çalışma ayırımının bulunmadığını ancak Deniz İş Kanunu'na tabi çalışan gemiadamı açısından da İş K. m. 41 hükmünde öngörüldüğü şekilde fazla çalışma-fazla sürelerle çalışma ayırımının yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Bedük, 190; Yamakoğlu, 167.

31 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1262.

32 Ekmekçi, 42; Astarlı, 243-235; Kar, 179; Tuncay, 113; Öğretide Astarlı, normal çalışma süresinin iş sözleşmesi ile 48 saatin altında belirlendiği hallerde haftalık belirlenen çalışma süresini ve bunun günlere bölünmesi suretiyle bulunan günlük çalışma süresini geçen çalışmaların da fazla saatlerle çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Astarlı, 257-258; Güner, 20.

33 Tuncay, 112-113; Kar, 180; Astarlı, 235.

uzak sefer yapılan gemilerde çalışan- gemiadamlarının yaptıkları işin gereği olarak haftanın yedi gününde de çalıştırılmaları mümkün olup, böyle bir çalışma da Deniz İş K. m. 28 hükmü kapsamında fazla çalışmadır. İşverenin bu gemiadamlarına haftanın diğer bir günü tatil verme zorunluluğu mevcut değildir³⁴.

Deniz İş Kanunu'nda, İş Kanunu'ndaki gibi fazla çalışmaya günlük, aylık ya da yıllık olarak sınırlama getiren bir hüküm de mevcut değildir. Ancak Kanunun fazla saatlerle çalışma için yasal herhangi bir azami sınır öngörmemiş olması, gemiadamlarının herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın çalıştırılabilecekleri anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir düşünce tarzı iş hukukunun temel ve varoluş amacı olan işçiyi koruma ilkesine aykırılık oluşturacağı şüphesizdir³⁵.

2. Fazla Saatlerle Çalışma Kapsamı Dışında Kalacak İşler

Deniz İş Kanunu m. 28/ f 3 hükmünde, denizde çalışmanın özellikleri gözönüne alınarak, yapılması zorunlu olan ancak günlük ve haftalık çalışma süresini aşsa dahi fazla çalışma olarak nitelendirilmeyecek işleri düzenlenmiştir. Bu tür işler şunlardır:

- Geminin, gemideki şahısların veya gemi hamesinin selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler,
- Gümrük, karantina vesair sıhhi formaliteler dolayısıyla yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ilave işler,
- Gemi seyir halinde veya limanda iken gemide yaptırılan (yangın, gemiyi terketme, denizde çatışma, denizden adam kurtarma ve savun-

ma) talimleri.

Açık madde hükmü uyarınca yukarıda sayılan bu işler fazla çalışma olarak nitelendirilemeyecek ve gemiadamlarına çalıştığı bu saatler için fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir. Ancak bu sürelerin normal çalışma sürelerine dahil olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklık mevcut değildir. Öğretide ifade edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, bu süreler normal çalışma sürelerine dahil edilmelidir. Zira kanun koyucu Deniz İş K. m. 28/f 3 hükmü ile sadece bahsi geçen çalışmaları, nitelikleri gereği fazla çalışma kapsamında dışarıda bırakmayı amaçlamaktadır. Ancak madde hükmünün açık ifadesinden bu sürelerin normal çalışma süreleri içerisinde değerlendirilemeyeceği ve normal çalışma ücreti ödenemeyeceği anlamı da çıkmamaktadır. Zira kanun koyucunun iradesi aksi yönde olsa idi bu işlerin fazla çalışma sayılmayacağını değil, çalışma sürelerinden sayılmayacağını ifade ederdi. Bu sayede söz konusu işlerin fazla çalışmaya konu olmasının da önüne geçilmiş olurdu³⁶.

3. Kanuni Çalışma Sürelerinin Dışında Tutulan Gemiadamlarının Fazla Saatlerle Çalışması

Yukarıda ifade edilen³⁷ Deniz İş K. m. 27 hükmü kapsamında normal çalışma süresinin dışında tutulan gemiadamlarının fazla çalışma yapıp yapamayacakları hususu öğretilerde tartışma konusudur.

Bu konuda bizim de katıldığımız görüş, çalışma sürelerine tabi olmadan çalışan gemiadamlarının sürekli çalışmalarının ve bunun karşılığında bir ücret almayacaklarının düşünülmesinin mümkün değildir. Ancak bu kişilerin belirsiz olan iş sürelerinin yaptıkları işin özelliği de dikkate alınarak belirlenmesi gerekir ve bu sürenin üzerindeki

34 Tuncay, 112; Kar, 180.

35 Ekmekçi, 45; Astarlı, 239; Öğretilerde *Astarlı*, fazla çalışmaya Deniz İş Kanunu'nda da yasal bir sınırın getirilmesi gerekliliğini vurgulayarak yeni bir kanuni düzenleme yapılana kadar söz konusu sınırın *işçinin en çok çalışma gücü* olarak kabul edilmesi gerektiğini, işçinin en çok çalışma gücü kavramının göreceli olduğunu, yapılan işin kolay ya da zor olması, titizlik ve dikkat isteyip istememesi, çalışma ortamı ve niteliğine bakılarak işçinin sağlığını tehlikeye sokmaksızın yapabileceği azami çalışmayı ifade ettiğini belirtmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 239.

36 Şahlanan, 14; Astarlı, 242; Öğretilerde *Ekmekçi*, bu işleri yaparken geçen sürelerin normal çalışma süresinden dahi sayılmayacağını ve bu işlere karşılığında işçinin ücrete hak kazanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Ekmekçi, 43; Yine *Tuncay*'da denizde çalışmanın gösterdiği özellik gereği ihem 57 sayılı hem de 76 sayılı ILO sözleşmelerinde bu çalışmaların ne fazla çalışma ne de normal çalışma sayıldığını ifade etmektedir. Bkz. Tuncay, 114-115.

37 Bkz. yukarıda I, A, 3.

çalışmalarının da fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir³⁸. Bu kişilerin günlük çalışma süreleri hukukun genel ilkelerine göre belirlenmelidir. Günlük çalışma sürelerinin saptanmasında öncelikle iş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde bu konuda mevcut olan hükümlere gidilmeli, eğer hüküm yoksa işverenin yönetim hakkı kapsamında bu konuda bir düzenlemeye gidilebilmelidir. Bu yapılırken konuya ilişkin herhangi bir örf ve adet de olup olmadığına bakılmalıdır³⁹. Bir diğer görüş ise, gemide bulunması gereken ancak arızı nitelikte hizmet gören ve devamlı bir çalışma düzeni içinde bulunmayan bu kişilerin bazı günler hiç çalışmadığını bazı günler ise 8 saatin çok üstünde çalıştıkları düşünüldüğünde, bu şekilde çalışma sürelerinin dengelendiğini ve bu kişilerin kanuni çalışma sürelerinin üzerinde bir çalışma yapsalar dahi fazla çalışma iddiasında bulunamayacaklarını ifade etmektedir⁴⁰.

II. Deniz İş Kanunu'na Göre Gemiadamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücreti

Normal çalışma saatleri haricinde yaptıkları fazla çalışma karşılığında gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretine Deniz İş K. m. 28/f 2 hükmünde yer verilmiştir. Madde hükmüne göre, "Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında arttırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz." Fazla çalışmaya ilişkin bu hüküm nispi emredici nitelikte olup madde hükümü artırma oranının asgari sınırını göstermektedir. Bu nedenle taraflar sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile Kanundaki %25'lik oranı arttırabileceklerdir. Böyle bir durumda, fazla çalışmanın hesabı taraflarca arttırılmış oran üzerinden yapılacaktır⁴¹.

Fazla çalışma karşılığında %25 ücret ödenmesine ilişkin söz konusu düzenleme, ILO'nun 93 sa-

yılı⁴² ve 109 sayılı⁴³ sözleşmelerinde fazla çalışma ücreti için alt sınır olarak kabul görmüş oran ile aynı olup bu ilgili sözleşmeler bu oranın ulusal kanunlar, yönetmelikler ya da toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilirliğini belirtmektedir. Ancak fazla çalışmanın karşılığı olan ücretin hem 4857 sayılı İş Kanununun da hem de 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda normal çalışma ücretinin %50 oranında arttırılarak belirlenmesine ilişkin düzenlemeler karşısında Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar için bu oranın %25 olarak belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir⁴⁴. Fazla çalışmanın karşılığının tespiti konusunda, iş kanunları arasında mevcut olan bu farklılığın yapılan işin niteliğinden kaynaklanmayan gereksiz bir ayırım olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışma ücretine ilişkin m.402/f 1 hükmünde de bu oranın %50 olarak belirlenmesi söz konusu eleştiriye daha da güçlendirmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan bu değişikliğin ardından öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, Deniz İş Kanunu m. 28/f 2 hükmü ile "Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında arttırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz." denilmek suretiyle kanun koyucu tarafından fazla çalışma oranının alt sınırı belirlenmiştir. Taraflarca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bu oranın üzerinde bir oran kararlaştırılmadığı takdirde, TBK 402 hükmünün emsal alınarak fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretini %50 oranında arttırılarak belirlenmelidir. Aslında İş K. m. 41 hükmünde mevcut olan fazla çalışma-fazla sürelerle çalışma ayrımı Deniz İş

42 Fazla çalışma ücretine ilişkin düzenleme 93 sayılı ILO Sözleşmesi'nin m. 17 hükmündedir. Orijinal metin için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C093.

43 Fazla çalışma ücretine ilişkin düzenleme 109 sayılı ILO sözleşmesinin m. 18 hükmündedir. Orijinal metin için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C109.

44 Ekmekçi, 46; Tuncay, 113; Astarlı, 246; Bedük, 188-189; Kar, 184; Dündar, 150.

45 Ekmekçi, 46.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 245-246; Tuncay, 116-117.

39 Tuncay, 116.

40 Şahlanan, 13; Ekmekçi, 44.

41 Astarlı, 246; Tuncay, 117; Kar, 184.

Kanunu'nda mevcut olmamakla beraber, gemiadamı için de uygulama alanı bulması gereken bir düzenlemedir. Yani eğer taraflar arasında yapılan sözleşme ile kanuni sürenin altında bir çalışma süresi kararlaştırılmış ise; gemiadamının taraflarca belirlenen bu süreden uzun ama kanuni süreden kısa çalışması halinde, tıpkı İş K. m. 41/f 3 hükmünde olduğu gibi gemiadamına her bir fazla saat için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 artırılarak ödenmelidir. Ancak taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, yasal sürenin aşılması halinde, gemiadamına İş K. m.43/f 2 hükmünde olduğu gibi, fazla çalışma karşılığı olarak her bir saatlik fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 arttırılarak ödenmesi gerekmektedir⁴⁶. Yine bir başka görüşe göre ise, TBK m. 402 hükmü ile bu oranın %50'den az olamayacağı kurala bağlanmıştır. Deniz İş Kanunu m. 48 hükmüne göre "Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.". Genel kural olan TBK'daki fazla çalışma ücretine ilişkin m. 402 hükmü daha lehe olduğundan, Deniz İş K. m. 48 hükmünün yollaması ile bu tarihten itibaren gemiadamlarının fazla çalışma ücreti %50 zamlı olarak hesaplanmalıdır⁴⁷.

Deniz İş Kanunu m.28 hükmü uyarınca işveren veya işveren vekili, fazla saatlerle çalışmayı belgelemek için noterden tasdikli ayrı bir defter tutmalıdır. Bu defterde gemiadamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemiadamının hakettiği fazla çalışma ücreti gösterilecektir. Gemiadamının fazla saatlerle çalışma ücreti asıl ücretin ödenme zamanında ve ödenme yerinde tam olarak ödenmelidir.

III. Gemiadamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Sergilediği Yaklaşım

Yargıtay'ın gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretine ilişkin olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlar ile Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlar, dayandığı kanuni temeller açısından farklılık göstermektedir. Söz konusu kararları, hukuki dayanaklarına ilişkin farklılıkların daha açık bir şekilde ortaya konulabilmesi amacıyla iki ayrı grupta incelemek daha doğru olacaktır.

A. Yargıtay'ın Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Önceki Uyuşmazlıklara İlişkin Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1995 tarihinde verdiği bir kararda⁴⁸, Deniz İş K. m. 28 hükmüne uygun olarak, "fazla çalışmadan bahsedebilmek için gemiadamının günlük normal iş süresinin çalışarak veya vardiya tutularak tamamlamasının ardından ayrıca çalışmış ya da vardiya tutmuş olması gerektiğini ve fazla çalışma süresi için %25 zamlı ücret hesaplanması gerektiğini" ifade etmiştir. Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 2014 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararda⁴⁹, öncelikle Deniz İş K. m. 27 hükmüne uygun olarak günlük sekiz saati geçen çalışmaları fazla saatle çalışma olarak nitelendirmiş ve fazla çalışma ücretini "işyerindeki uygulamayı dikkate alarak" %50 zamlı ücret üzerinden hesaplamıştır. İlgili Yargıtay kararında Deniz İş K. m.28/f 2 hükmünün taşıdığı nispi emredici niteliğe uygun olarak, madde hükmünde belirlenen %25'lik fazla çalışma ücret oranı yerine işyerinde

46 Bedük, 189-190.

47 Kar, 184.

48 Yarg. 9. HD., 01.06.1995, E. 1995/18197, K. 1995/19595, www.kazanci.com.

49 Yarg. 22. HD., 22.10.2014, E. 2013/16635, K. 2014/28747, www.kazanci.com.

yerleşik olarak uygulanan %50 oranının esas alınması karşımıza doğru bir yaklaşım olarak çıkmaktadır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararında ise⁵⁰ gemiadamının fazla çalışmasına ilişkin uyuşmazlığın 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, 9. ve 22. Hukuk Dairelerine paralel olarak, gemiadamının günlük sekiz saati geçen çalışmasını Deniz İş K. m. 26 hükmü uyarınca fazla çalışma olarak nitelendirmiş ve bu çalışmanın %25 zamlı saat ücreti üzerinden hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2015 tarihli bir başka kararında da⁵¹ tıpkı diğer kararlarda olduğu gibi, gemiadamının fazla çalışma ücretinin Deniz İş K. m. 28/f 2 hükmüne göre normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 oranında arttırılmak suretiyle hesaplanacağını belirtilmektedir. Ancak davacı gemiadamı toplu iş sözleşmesinin uygulanmakta olduğu işletmede çalışıyorsa, Deniz İş K. m. 48 hükmünün "*Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.*" ifadesi uyarınca, davacı gemiadamına toplu iş sözleşmesinin "*fazla çalışma ücretinin %50 zamlı ücret üzerinden hesaplanacağına ilişkin hükmü uygulanacaktır.*"

Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme'nin tüm daireleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda gemiadamının fazla çalışma ücretini belirlerken Deniz İş K. m. 28 hükmünü esas alınması gerektiğini vurgulayarak gemiadamının fazla çalışma ücretini %25 zamlı saat ücreti üzerinden belirlemiştir. Ancak madde

hükmünün nispi emredici olduğu hususunu da atlamayarak, eğer işyerinde fazla çalışma ücretinin oranını m. 28 hükmünden daha fazla belirleyen bir iş sözleşmesi hükmü, işyeri uygulaması ya da toplu iş sözleşmesi hükmü mevcut ise, Deniz İş K. m. 48 hükmü uyarınca, gemi adamının fazla çalışma ücretini bu oran üzerinden belirleneceği hususunda hüküm ihdas etmiştir.

B. Yargıtay'ın Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Uyuşmazlıklara İlişkin Kararları

Yüksek Mahkeme 01.07.2012 tarihi itibarıyla, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin fazla çalışma ücret alacağına ilişkin bir diğer kararı 03.10.2017 tarihli⁵². Yüksek Mahkeme bu kararında davacı gemiadamının fazla çalışma ücret talebine hükmederken Deniz İş Kanunu'na göre genel kanun olarak nitelendirdiği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışma ücretini düzenleyen m. 402 hükmüne atıf yapmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m.402 hükmü uyarınca, "*İşverenin, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlüdür.*" Bu yasal düzenleme ile genel kanun özel kandan daha lehe bir hüküm getirmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, Deniz İş K. m. 48 hükmü de dikkate alındığında, kanun koyucunun "*kanun yanında, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaat getiren toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükümlerinin ya da örf ve adetlerden doğan ve süregelen uygulamaların dikkate alınmasını*" amaçladığı açıktır. Bu sebeple 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, gemiadamının fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde artık TBK m. 402/f 1 hükmü dikkate alınmalıdır. Genel kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, gemiadamının fazla çalışma ücreti en az %50 zamlı olarak ödenmelidir⁵³.

50 Yarg. 7. HD., 21.10.2014, E.2014/13016, K. 2014/19237, www.kazanci.com.

51 Yarg. 22. HD., 23.12.2015, E. 2015/33399, K. 2015/35583, www.kazanci.com.

52 Yarg. 9. HD., 03.10.2017, E. 2015/27849, K. 2017/14749, www.kazanci.com.

53 "Nitekim işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinin tarafı

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.11.2018 tarihli bir kararında da⁵⁴ alt mahkemenin davacı gemiadamı için TBK m. 402 hükmünü uygulamak suretiyle fazla çalışma ücretinin %50 zamlı ücret üzerinden ödenmesine hükmetmesi gerektiğini, ancak alt mahkemenin 854 sayılı Deniz İş K. m. 28 hükmüne göre fazla çalışma ücretinin %25 zamlı olarak ödenmesini hüküm altına aldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme fark fazla çalışma ücret alacağının tahsiline karar verilmesi gerektiğinden bahisle alt mahkemenin kararını bozmuştur. Burada davacının üzerinde durduğu husus ise yine bir önceki kararında olduğu gibi, Deniz İş K. m. 48 hükmünün atfı sonucunda 01.07.2012 tarihinden itibaren, 6098 sayılı TBK m. 402 hükmü uyarınca bundan böyle fazla çalışma ücretlerinin %50 zamlı olarak ödenmesi gerektiğidir.

Görüldüğü üzere Yargıtay önceki kararlarından farklı olarak, 01.07.2012 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, fazla çalışma ücretine ilişkin olarak verdiği yukarıdaki iki kararına da hukuki dayanak olarak Deniz İş Kanunu'nu değil 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu esas almaktadır. Yüksek Mahkeme bu duruma gerekçe olarak da Deniz İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nun sonradan yürürlüğe girdiğini, TBK m. 402'deki fazla çalışma ücretine ilişkin düzenlemenin Deniz İş K. m. 28'deki fazla çalışma ücretine ilişkin düzenlemeye göre gemiadamının daha lehine olduğunu ve her zaman daha lehe olan düzenlemeye atf yapan Deniz İş K. m. 48 hükmü uyarınca, bundan böyle gemiadamının fazla çalışma ücretinin TBK m.402 hükmüne göre belirleneceğini ifade etmektedir.

Yine yukarıda da bahsettiğimiz üzere, Yargıtay'ın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürür-

lük kazanmasından sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin kararlarına dayanak yaptığı ve TBK m. 402 hükmü uyarınca gemiadamına fazla çalışma ücretinin %50 zamlı olarak ödenmesi gerektiği yolundaki görüşü, aslında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle beraber öğretide de kabul görmüştür⁵⁵.

C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2018 Tarihli Kararı'na Düşülen Karşı Oy Şerhi

1. Karşı Oy Şerhinde İleri Sürülen Hususlar

İçeriğine değindiğimiz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2018 tarihli kararına karşı oy şerhi düşünülmüştür. Bu karşı oy şerhinde Yargıtay'ın karara esas aldığı tüm argümanlar tartışılmakta, Deniz İş K. m.28 hükmünde mevcut olan açık düzenleme karşısında fazla çalışma ücretinin %25 zamlı ücret üzerinden hesaplanması gerektiği, sonradan yürürlüğe giren TBK m. 402 hükmünün Deniz İş Kanunu'na tabi gemiadamları açısından uygulanamayacağı ifade edilmektedir.

Karşı oy şerhinde öncelikle 854 sayılı Deniz İş K. m. 48 hükmünün Türk Borçlar Kanunu hükümleri açısından uygulama alanının mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Zira söz konusu hükme, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde, zaten yürürlükte olan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda⁵⁶ mevcut olan, gemiadamlarına ve onların haklarına ilişkin bazı düzenlemelerin uygulanabilirliğini devam ettirebilmek amacıyla Deniz İş Kanunu'nda yer verilmiştir⁵⁷. Bugün

55 Bkz. yukarıda III, B.

56 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu 29.06.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

57 "...Deniz İş Kanunu 29.04.1967 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu tarihte 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda gemi adamlarının haklarına dair bazı düzenlemeler bulunmaktaydı. Sözü edilen Kanun 1956 yılında yürürlüğe girmiş olup, 822. maddesinde gemi adamlarının kimler olduğu belirlenmiş ve devam eden maddelerinde gemi adamlarının çalışma sistemi ve bazı haklarına dair düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Kanun'un 1190. maddesinin 8. fıkrasında "Gerek bu bendin, gerekse müşterek avaraya ile ilgili diğer hükümlerin tatbikinde, donatanın kanun ile veya iş akdiyle bunları ödemeye mecbur olduğuna bakılmaksızın, kaptan ve diğer gemi adamlarına veya onlar lehine yapıl-

olan Sendikanın başvurusu üzerine T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu tavsiye kararında, aynı gerekçelerle şikayetin kabulüne, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihinden itibaren gemiadamlarına fazla mesai ücretinin %50 zamlı ödenmesinde yasal bir engel bulunmadığına talebin karşılanması ve mağduriyetin giderilmesi için işverene tavsiyede bulunulmasına karar verilmiştir." Bkz. Yarg. 9. HD., 03.10.2017, E. 2015/27849, K. 2017/14749, www.kazanci.com.

54 Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

hala, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun⁵⁸ "Deniz Ticareti" başlıklı Beşinci Kitabında, gemiadamları ile ilgili düzenleme içeren otuziki hüküm mevcuttur⁵⁹. Bu sebeple, 2011 yılında Türk Ticaret Kanunu'nun kabulü aşamasında, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun m. 48 hükmünde bir değişiklik yapılmamış ve böylece gemi adamları yönünden lehe olan hükümlerinin uygulanmasının devamlılığı sağlanmıştır. Hali hazırda gemiadamlarına ilişkin ve Deniz İş Kanunu'na göre daha elverişli haklar

mış bulunan bütün ödemeler ücret sayılır" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Yine 1230. maddede, bir gemi veya yükün bir başka gemi tarafından kurtarılması halinde, kurtarma veya yardım ücretinin, donatan, kaptan ve diğer gemi adamları arasında ne şekilde paylaşılacağı düzenlenmiştir. Kanun'un 1341. maddesinde Kaptanın veya diğer gemi adamlarının hizmet veya iş akitlerinden doğan ücret alacakları kendileri tarafından sigorta ettirilemeyeceği düzenlenmiş, 1353. maddede ise, gemi adamlarına ödenecek ücretlerin gemi ile birlikte veya ayrı ayrı olarak yahut gayrisafi navlunun sigorta ettirilmesi suretiyle sigorta ettirilebileceği öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 1467. maddesinde Kaptanın gemi adamlarının disiplin amiri olduğu ve yetkinin kullanılmasını bazı diğer gemi adamlarına bırakabileceği hususları düzenlenmiştir...Deniz İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından bir değişikliğe gidilmemiş, gemi adamlarının çalışması ve bazı haklarına dair hükümlerin yürürlükten kaldırılmamıştır. Bu nedenle ... Deniz İş Kanunu'nun 48. maddesinde saklı haklar düzenlenmek suretiyle Türk Ticaret Kanunu ve varsa diğer kanunların gemi adamlarına daha elverişli haklar sağlayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiştir". Karar metni için Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

58 RG. 14.02.2011, Sayı: 27846.

59 "...Örneğin Kanun'un "Gemi adamlarının çalıştırılması" başlıklı 1127. maddesinde, "Geminin gemi adamlarıyla birlikte kiracının emrine verildiği kira sözleşmelerinde, gemi adamlarının çalıştırılmasından doğan bütün borç ve yükümlülüklerden kiraya veren, kiracı ile birlikte ve müteselsilen sorumlu" olacakları öngörülmüştür. Yine Türk Ticaret Kanunu'nun 1320. maddesinde, gemi adamlarının "Ülkelere getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları", Gemi Alacaklısı Hakkı kapsamında tanımlanmış ve geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı ileri sürülebileceği açıklanmıştır. Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu'nun gemi adamlarının haklarını güvence altına alan hükümleri, gemi adamına 854 Sayılı... Deniz İş Kanunu'na göre daha elverişli haklar sağlamakta ve mevcut 48. maddede kapsamında uygulanmaktadır". Karar metni için Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

sağlayan TTK hükümleri, Deniz İş K. m.48 hükmü kapsamında uygulanmaktadır. Burada kanun koyucunun amacı "ileride başka bir kanun ile daha elverişli bir hak sağlanması durumunda lehe olan kuralların uygulanmasına başlanacağı" şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer yandan, Deniz İş Kanunu özel bir kanundur. Bu özel Kanunun kendinden çok daha sonra yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanunu gibi genel nitelikli bir kanunun herhangi bir hükmüne önceden çekince koyduğu şeklindeki bir yaklaşımın "Kanunun amacını aşan bir yorum" olacağı karşı oy şerhinde ifade edilmektedir. Deniz İş K. m. 48 hükmü gemi adamlarına mevcut kanunlar çerçevesinde daha elverişli haklar sağlayan hükümlerin uygulanmasına devam edileceği şeklinde bir anlam ifade etmektedir. Kanun koyucunun amacının ileride başka bir kanun ile daha elverişli bir hak sağlanması durumunda lehe olan kuralların uygulanmasına başlanacağı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Hele özel kanun hükmünün kendisinden daha sonra yürürlüğe giren bir genel kanun hükmüne önceden çekince koyduğu şeklindeki varsayım, Kanunun amacını aşan bir yorum olacaktır⁶⁰.

Karşı oy şerhinde tartışılan bir diğer husus ise genel kanun-özel kanun ilişkisidir. Deniz İş Kanunu'nun özel kanun, Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun niteliği taşıdığı şüphesizdir. Eğer bir konuya ilişkin olarak özel kanunda boşluk varsa, bu durumda konuya ilişkin genel kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak gemi adamının fazla çalışma ücretinin hesaplanması noktasında Deniz İş Kanunu'nda bir boşluk bulunmayıp Deniz İş K. m. 28 hükmünde fazla çalışma ücretinin %25 zamlı ücret üzerinden hesaplanması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır. Karşı oy şerhinde Deniz İş Kanunu'nda mevcut olan bu açık hüküm karşısından artık Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin m. 402 hükmünün uygulama

60 "...özel kanun hükmünün daha sonra yürürlüğe giren bir genel kanun hükmüne önceden çekince koyduğu şekilde varsayım, Kanunun amacını aşan bir yorum olacaktır". Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

alanı bulamayacağı ifade edilmektedir⁶¹. Yine özel kanun niteliği taşıyan Deniz İş Kanunu gemiadamlarının fazla çalışma ücretini düzenlemiş olup genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nda gemiadamlarına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple, fazla çalışma ücretinin hesabı noktasında, genel kanun ile özel kanun arasında bir çatışma da mevcut değildir⁶².

Ayrıca karşı oy yazısında son olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmünün gerekçesi değerlendirilmiş, madde hükmünün gerekçe metninde Deniz İş Kanunu yönünden herhangi bir değerlendirmenin mevcut olmadığına işaret edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmü, iş kanunlarının kapsamı dışında kalan ve hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bakımından fazla çalışma ücretinin hesaplanmasına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Ne TBK m. 402 hükmü ne de hükmün gerekçe metni Deniz İş Kanunda mevcut olan fazla çalışma ücretinin hesap yöntemine ilişkin olarak gemiadamı lehine bir değişikliğe işaret etmemektedir.

2. Karşı Oy Şerhinde İleri Sürülen Hususların Değerlendirilmesi

a) Konunun "Kanun Boşluğu" Açısından Değerlendirilmesi

Kanun hükümlerinin araştırılması ve mevcut

hükümlerin yorumlanması sonucunda, hukuksal sorunlara cevap veren ve olaya uygulanabilir bir hükmün bulunmaması durumunda *kanun boşluğu* söz konusudur⁶³. Kanun boşluğundan bahsedebilmek için kanunda uygulanabilir hiçbir hükmün bulunmaması gerekmektedir. Kanunda mevcut bir hükümdeki boşluk ise *hüküm içi boşluk* olarak adlandırılmaktadır. Hüküm içi boşluktan bahsedebilmek için ise; kanunda konuya ilişkin mevcut bir hükmün bulunması ancak söz konusu hükmün uygulanabilmesi için hüküm dışı unsurlarla tamamlanması gerekmektedir. Hüküm içi boşlukluğun doldurulması o hükmün uygulanması ile ilgili iken, kanun boşluğu ancak örf ve âdet hukukuna başvurulmasını ya da gerektiğinde hâkimin hukuk yaratmasını –yeni kural koymasını– gerekli kılmaktadır⁶⁴.

Hukukun her alanında olduğu gibi iş mevzuatımızda da işçi-işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen tüm hususlar eksiksiz olmayıp, iş kanunlarında birçok konuda düzenleme boşlukları bulunmaktadır. İş kanunlarında boşluk bulunduğu bu hallerde genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine, burada da bir düzenleme bulunmadığı takdirde aynı kanunun genel hükümlerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkacaktır⁶⁵. Ancak Deniz İş K. m. 28 hükmü "Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz." demek suretiyle fazla çalışma ücretinin hesaplanma yöntemini açıkça hükme bağlamıştır. Madde hükmü gayet açık olup bu konuda ne kanun boşluğundan ne de hüküm içi boşluktan söz edilebilecektir. Bu sebeple, karşı oy yazısında da doğru bir şekilde işaret edildiği gibi, gemiadamının fazla çalışma ücretinin en

61 "...Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri kural olarak diğer iş kanunlarının uygulama alanı dışında kalan iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Bunun dışında diğer iş kanunlarında düzenlenmeyen hallerde yönelik kuralların da genel kanun olması sebebiyle uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Örneğin işçinin kişiliğinin korunması iş kanunlarında düzenlenmemiş olup, Türk Borçlar Kanununun 417. maddesi genel kanunun genel hükmü olarak uygulama alanı bulabilecektir. Yine aynı Kanun'un 440. maddesinde öngörülen ölüm tazminatı, diğer kanunlarda yer verilen kıdem tazminatından ayrı olarak düzenlendiğinden ve hak sahipliği mirasçılık belgesinden ayrı olarak belirlendiğinden, genel kanun hükmü olarak doğrudan uygulanabilecektir." Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

62 "...her iki kanun arasında bu konuda çatışma olduğunun kabulü halinde dahi, her iki düzenlemenin amacına uygun şekilde uygulama alanı belirlenmelidir. Amaçsal yorumda özel olarak her iki düzenlemenin amacı ve kanunların diğer hükümleri dikkate alınmalıdır. Salt işçi yararına yorumla hareket edilmesi de doğru olmaz." Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

63 Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, 123 vd.; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 25. Bası, İstanbul 2019, nr.321, 100; Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2017, nr.51, 99; Dinçkol, Abdullah: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul 2018, 264-265.

64 Edis, 122; Oğuzman/Barlas, nr.322-323, 101; Hatemi, nr.51, 99; Dinçkol, 264.

65 Süzek, 37, 234.

az yüzde yirmibeş zamlı olarak ödenmesine ilişkin Deniz İş K. m. 28 hükmünün varlığı karşısında, fazla çalışma ücretinin en az yüzde elli zamla ödenmesine ilişkin TBK m. 402 hükmü gemi adamları açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

b) Konunun “Özel Kanun-Genel Kanun” ve “Eski Tarihli Kanun-Yeni Tarihli Kanun” İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

aa) Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi Açısından Değerlendirme

Kanunlar, farklı ölçütler esas alınmak suretiyle bazı türlere ayrılmaktadırlar. Bu ayrımlardan bir tanesi de “genel kanun-özel kanun” ayrımıdır. Bur ayırmada esas alınan ölçüt, *kanunların düzenlediği menfaat ve durumların genellik derecesi* ile ilgilidir. İçerik olarak genellik gösteren ve kapsam itibarıyla geniş bir konuyu düzenleyen kanunlara “genel kanun” adı verilmektedir. Buna karşılık, sınırlı konuda düzenleme yapan ve belli bir alanla ilgili olarak çıkartılan kanunlar “özel kanun” niteliği taşımaktadır⁶⁶.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Türk İş Hukuku Mevzuatında bireysel iş ilişkilerini düzenleyen üç adet kanun mevcuttur. Bunlar, 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunudur. Üç kanunun da uygulama alanı ve kişiler bakımından kapsamı ayrıntılı olarak belirlenmiş olup İş Kanunu uygulama alanı diğer iki Kanuna göre en geniş olan Kanundur. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Altıncı Bölümü hizmet sözleşmesine ayrılmış olup bu üç kanunun uygulama alanı dışında kalan işçiler de Türk Borçlar Kanunu’na tabi olarak çalışmaktadırlar.

Bireysel İş Hukuku Mevzuatını oluşturan İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması, gerek tüm bu Kanunların uygulama alanının belirlenmesi açısından, gerekse özel kanun-genel kanun ayrımının ortaya konulması açısından büyük önem taşımaktadır;

66 Yılmaz, Ejder: “Genel Kanun-Özel Kanun” İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S: 22, 23-24.

Öğretide bir görüş, İş Kanunu’nun Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’na göre “ana kanun” niteliği taşıdığını, bu iki Kanunun aslında İş Kanunu’nun özelliği bulunan bölümleri olduğunu, bu durumun bir sonucu olarak da Deniz İş Kanunu’nda ve Basın İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallede öncelikle İş Kanunu’na gidileceğini, daha sonra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine gidilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁷. Ancak öğretilde baskın görüş, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığını, bu kanunların tümü açısından sadece Türk Borçlar Kanunu’nun genel kanun niteliği taşıdığını kabul etmektedir⁶⁸.

Uygulamada Yargıtay’ın da 4857 sayılı İş Kanunu’nu Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu için ana kanun olarak kabul ettiği, diğer İş Kanunlarının aslında 4857 sayılı İş Kanunu’nun özelliği olan bir bölümü olarak nitelendirdiği kararları mevcuttur⁶⁹. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2013 yılında verdiği bir kararına⁷⁰ konu olayda, işçi Deniz İş Kanunu kapsamında bir gemiadamı olup alt işveren işçisi olarak görev yapmaktadır. Olayda yerel mahkeme muvazaayı değerlendirirken İş Kanunu’nun asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen m. 2/ f 7 hükmünü esas almak suretiyle, olayda asıl işin alt işverene verilebilme koşullarının bulunmadığından bahisle muvazaayı kabul etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, Deniz İş Kanunu’nda asıl işveren-alt işveren kavramlarına yer verilmemiş olduğunu, Deniz İş Kanunu kapsamındaki işyerinde ise 4857 sayılı İş Kanunu

67 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Beşinci Bası, Ankara 1984, 37; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 60-61

68 Süzek, 38; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 20; Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı:38, Yıl:2013, 87.

69 Yarg. 9. HD., 21.10.1993, E. 1993/3494, K. 1993/1497, bkz. Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1994, 28-29.

70 Yarg. 9. HD., 25.02.2013, E. 2010/46245, K. 2013/6661, karar metni ve incelemesi için bkz. Aydın, İbrahim: 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, Y:2013, S: 4, 36 vd.

hükümlerinin birebir veya kıyasen uygulanamayacağını belirterek, Türk Borçlar Kanunu'nun muvazaaya ilişkin genel hükümleri ile –olayın sosyal güvenlik boyutu dikkate alındığında- Deniz İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıyan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun alt işverene ilişkin m.12 hükmü kapsamında değerlendirme yapılması ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerektiğinden bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁷¹.

Gerçekten de Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun diğer iki kanuna göre daha ayrıntılı düzenlemeler içermesi ve daha geniş kapsamlı olması, onun ana kanun olduğu anlamına gelmemektedir. Zira bu kanunların hiçbirinde İş Kanunu'nun diğer iki kanuna göre genel kanun olduğuna ilişkin bir ifade mevcut değildir. Tam aksine, İş Kanunu'nun hangi hallerde uygulanacağını bu iki kanun da istisnalar halinde ayrıca ve açıkça belirtilmektedir. Örneğin; Deniz İş Kanunu m. 49 hükmünde iş hayatının denetimine ilişkin konularda ve bu alanda uygulanacak cezai yaptırımlarda İş Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağı esaslı açık bir şekilde ifade edilmektedir⁷².

Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu üç iş kanunu açısından da genel kanun niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda, iş kanunlarında Türk Borçlar Kanunu'na genel kanun olarak atıf yapan herhangi bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, Türk Medeni Kanunu m. 5 hükmü uyarınca Türk Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümleri, genel uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanacaktır. Söz konusu hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun temel kanun olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun genel gerekçesi de, bu Kanunu "temel kanun" olarak nitelendirmektedir⁷³. Öyleyse üç iş kanununda da

hüküm bulunmayan hallerde ortaya çıkacak olan norm boşluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri ile doldurulacaktır⁷⁴.

Tüm bu açıklamalara dayanarak, Türk Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu şu anlama gelmektedir: Uygulama sırası itibarıyla Deniz İş Kanunu önce gelecektir. Deniz İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır⁷⁵.

Yargıtay Kararında mevcut olan karşı oy yazısı da Deniz İş Kanunu'nun özel kanun, Türk Borçlar Kanunu'nun ise genel kanun olduğundan hareketle ancak özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağını ifade etmekte ve bunu örneklemektedir⁷⁶. Aynı örnekler Deniz İş Kanunu'na da uyarlanabilir niteliktedir. Örneğin; Deniz İş Kanunu'nda gemiadamının kişiliğinin korunmasına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından konuya ilişkin Türk Borçlar Kanunu m. 417 hükmü, gemiadamı için de genel kanunun genel hükmü olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak özel kanun niteliği taşıyan Deniz İş Kanunu m. 28 hükmünde zaten gemiadamının fazla çalışma ücretine ilişkin açık düzenleme mevcuttur. Bu sebeple gemiadamının fazla çalışma ücretini belirlemek için Türk Borçlar Kanunun m. 402 hükmüne gidilemeyecektir.

bb) Eski Tarihli Özel Kanun-Yeni Tarihli Genel Kanun İlişkisi Açısından Değerlendirme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Deniz İş Kanunu eski tarihli özel bir kanun, Türk Borçlar Kanunu ise yeni tarihli genel bir kanundur. Karşı oy

71 Aydınli, 36 vd.; Çil, Şahin: "10. Yılında İş Kanunu Uygulaması Genel Hükümler", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016, 85.

72 Süzek, 36-39; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 20; Karaçöp/Yamakoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 87.

73 Genel Gerekeçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

74 Yılmaz, 28; Karaçöp/Yamakoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 87.

75 Yılmaz, 28.

76 "...Örneğin işçinin kişiliğinin korunması iş kanunlarında düzenlenmemiş olup, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi genel kanunun genel hükmü olarak uygulama alanı bulabilecektir. Yine aynı Kanun'un 440. maddesinde öngörülen ölüm tazminatı, diğer kanunlarda yer verilen kıdem tazminatından ayrı olarak düzenlendiğinden ve hak sahipliği mirasçılık belgesinden ayrı olarak belirlendiğinden, genel kanun hükmü olarak doğrudan uygulanabilecektir.". Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

şerhinde, bu iki kanundan birinin eski tarihli özel kanun diğerinin ise yeni tarihli genel kanun olması sebebiyle, her iki kanun arasında çatışma olup olmadığı hususu değerlendirilmiştir.

Gerçekten de eski tarihli özel kanun ile yeni tarihli genel kanun ilişkisi özellikle bu iki kanun arasında bir çatışmanın mevcut olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Zira aralarında bir çatışma olması halinde yeni tarihli genel kanun hükümlerinin eski tarihli özel kanun hükümlerini yürürlükten kaldırıp kaldırmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu konuda elimizde uygulanabilecek sabit bir ilke mevcut olmadığından, sonucuna varmak her zaman çok da kolay değildir. Bir sonuca varabilmek için özellikle kanun koyucunun, her iki kanunu ayrı tarihlerde çıkartırken güttüğü amacın tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Eğer kanun koyucu aynı konuda farklı amaçlar gütmüş ve bu amaçlar geçerliliklerini aynen sürdürmekte ise, genel kanun hükümlerinin özel kanunu hükümlerini yürürlükten kaldırdığını söylemek doğru olmayacaktır. Zira kanun koyucu, bu genel kanunu kabul ederken, bu özel kanunun yürürlüğünü muhafaza etmeyi amaçlamaktadır⁷⁷.

Yine yeni tarihli özel genel kanun hükümlerinin eski tarihli özel kanunu hükümlerini ortadan kaldırması için, her iki kanunun da aynı konuyu düzenlemesi yeterli değildir. Bu kanunların kişiler açısından kapsamının ve içeriğinin de aynı olmaması gerekmektedir. Örneğin; İş Kanunu da Türk Borçlar Kanunu da ilk bakışta iş sözleşmesini düzenlemekte ise de her iki Kanunun da kişiler açısından uygulama alanı aynı değildir. Kanun koyucunun bu iki Kanunda da iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri yaparken güttüğü amacın farklı olduğu Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanununun gerekçe

metinlerinden de ortaya çıkmaktadır⁷⁸. Bu sebeple her iki kanunun kapsamında bir örtüşme ya da çelişmeden bahsedilemez⁷⁹.

Yargıtay kararında yer alan karşı oy yazısında Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında herhangi bir çatışma olmadığı ifade edilmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz konuluş amacı, kişiler bakımından kapsamı ve içeriği dikkate alındığında, iki kanun arasında bir çatışma olmadığı gibi işçinin fazla çalışma ücretini belirleyen TBK m. 402 hükmü ile gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini düzenleyen Deniz İş K. m. 28 hükmünün yürürlükten kalktığını söylemek de mümkün değildir.

Deniz İş Kanunu m. 2/B hükmünde gemiadamını tanımlamaktadır. Buna göre, "*Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemiadamı" denir.*" Ancak Kanun hükmünde tanımlanan gemiadamlarının Deniz İş Kanunu'na tabi olabilmesi için Deniz İş K. m. 1 hükmü gereğince *denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde hizmet akti ile çalışıyor olmaları gerekmektedir.* Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı gayet spesifik olup bu durum gemiadamlarının çalışma sürelerinin ve yaptıkları işin niteliğinin diğer işçilere göre büyük farklılıklar göstermesinden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nda gemiadamına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmü ancak iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen iş kanunlarına tabi olmayan işçiler için uygulama alanı bulacaktır.

c) Konunun Türk Borçlar Kanunu m. 402 Hükmü ve Gerekçesi Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 402 hükmü, Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar için fazla çalışma ücretine ilişkin bir düzenlemedir. Madde hükmü uyarınca "*İşveren, fazla çalışma için*

77 Edis, 172; Oğuzman/Barlas, 87-88; Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, 148; Yılmaz, 27; Gözler ise öğretilerde ağır basan görüşün önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanun ile ortadan kaldırılamayacağı yönünde olduğunu, burada "*genel hükmün, önceki özel hükümle düzenlenen şeyleri sona erdirmeyeceği*" ilkesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, Onaltıncı Bası, Bursa 2019, 395-396; Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara 2019, 156.

78 Türk Borçlar Kanununun gerekçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> ve İş Kanununun gerekçe metni için bkz. https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, 71 vd.

79 Yılmaz, 30.

işçiye normal çalışma ücretini en az %50 fazlasıyla ödemekle yükümlüdür.” Maddenin ikinci fıkrası ise işçinin isteği halinde fazla çalışmanın ücret yerine fazla çalışmayla orantılı olarak serbest zaman şeklinde kullanılmasına cevaz vermektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmünün iş kanunlarının kapsamı dışında kalan ve hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından fazla çalışma ücretinin hesaplanmasına ilişkin bir düzenleme olduğu şüphesizdir. Ancak uygulama alanını belirlerken madde hükmünün lafzının yanında, kanun koyucunun amacına tam olarak vakıf olabilmek için tıpkı karşı oy şerhinde olduğu gibi, hükmün gerekçe metni de değerlendirilmelidir.

Kanun koyucu m. 402 hükmünün gerekçe metninde⁸⁰, hükümde mevcut olan düzenlemeyi 4857 sayılı İş Kanunu ile karşılaştırma yoluna gitmekte ve uygulama açısından her iki Kanun arasındaki benzerliğe işaret etmektedir. Ancak gerekçe metninde Deniz İş Kanunu yönünden herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemektedir. Bu nedenle, karşı oy yazısındaki değerlendirme kanaatimizce de doğru olup, tıpkı TBK m. 402 hükmü gibi hükmün gerekçe metninin de fazla çalışma ücretinin hesaplanması açısından gemiadamı lehine bir değişikliğe işaret etmediğini söylemek yanlış olmayacaktır⁸¹.

d) Konunun Deniz İş Kanunu m. 48 Hükmünün Uygulama Alanı Açısından Değerlendirilmesi

aa) Deniz İş Kanunu m. 48 Hükmünün Kapsamı Açısından

“Saklı Haklar” başlıklı Deniz İş Kanunu m. 48 hükmüne göre, “*Bu kanun hükümleri, gemiada-*

mına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez.”

Öğretide bir görüş, gemiadamının fazla çalışma ücretinin Deniz İş K. m. 28 hükmüne göre normal çalışma saat ücretinin %25 oranında arttırılarak değil de TBK m. 402 hükmüne göre %50 oranında arttırılarak belirlenmesinin nedeninin Deniz İş K. m. 48 hükmü olduğunu ifade etmektedir. Madde hükmü ile “*daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan*” kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi hükümlerine hatta örf ve adete açık atıf yapılmaktadır. Deniz İş K. m. 48 atfı ile Deniz İş K. m. 28 yerine, TBK’nın lehe olan m. 402 hükmü uygulanacak ve gemiadamının fazla çalışma ücreti %50 zamlı olarak hesaplanacaktır⁸². Uygulamada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yukarıda incelediğimiz iki kararı da bu durumu gerekçe göstermek suretiyle, gemiadamının fazla çalışma ücretinin, Deniz İş K. m. 28 hükmü yerine TBK m. 402 hükmünün esas alınmak suretiyle belirleneceği yönünde karar vermiştir⁸³.

Buradaki tartışma konusu, Deniz İş K. m. 48 hükmünün kendisinden daha sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri açısından uygulama alanının olup olmadığı meselesidir. Deniz İş Kanunu m. 48 hükmü aslında özel bir amaca hizmet etmektedir. Bu durum karşı oy şerhinde tarihi dayanakları da gösterilmek suretiyle açıklanmaktadır:

854 sayılı Deniz İş Kanunu 29.04.1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun yürürlüğe girmeden önce, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nda gemiadamlarına ve bazı haklarına ilişkin olan bazı düzenlemeler mevcut idi. O dönemde Deniz İş Kanunu’nda, m. 48 hükmü gibi bir hükme yer verilmesinin esas nedeni, Türk Ticaret Kanunu’nda zaten mevcut olan gemiadamlarına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğinin devam ettirmekten başka bir şey değildi. Bu şekilde, Türk Ticaret Kanunu’nun gemiadamları için daha lehe haklar sağlayan elverişli hükümlerinin uygulanabilirliği

80 Gerekçe metni için bkz. Başöz, Lütfi/Çakmakçı, Ramazan: Gerekçeli Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, 513-514.

81 “...Düzenleme... diğer iş kanunlarının kapsamı dışında kalan hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bakımından fazla çalışma ücreti hesap yöntemi gösterilmiştir. Deniz İş Kanunda yer alan hesap yönteminin gemi adamı lehine değiştirildiği yönünde bir sonuca varılamamaktadır. Aksine bir yorum, gemi adamları bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin öncelikle uygulama alanı bulacağı, daha sonra özel kanun niteliğindeki Deniz İş Kanunu’nun uygulanması gerektiği şeklinde sonuca götürülecektir.”. Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

82 Kar, 184.

83 Bkz. yukarıda III, B.

sağlanmıştı. Daha sonra 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun⁸⁴ "Deniz Ticareti" başlıklı Beşinci Kitabında, gemiadamları ile ilgili otuziki hüküme yer verilmesi sebebiyle, Deniz İş Kanunu'nda bir değişiklik yapılmaksızın m. 48 hükmü aynen korunmuştur. Bu şekilde gemiadamları yönünden lehe olan hükümlerinin uygulanmasının devamlılığı sağlanmıştır.

bb) Hukuk Güvenliği ve Hukuki Belirlilik Açısından

"Hukuk güvenliği" ve "hukuki belirlilik" ilkele-ri hukuk devleti kavramını belirleyen iki önemli ve evrensel ilkelerdir. Anayasa Mahkemesi 07.04.2016 tarihli bir kararında⁸⁵ da bu iki ilkeden ve öneminden bahsetmektedir. Söz konusu karara göre, "...Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk Devletinin unsurları doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi 'Hukuki Güvenlik' ve 'Belirlilik' ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir..."

Anayasa Mahkemesinin kararında açıkça ifade ettiği üzere, kişinin hangi somut eylem ve olguya

hangi hukuki yaptırımın veya neticenin bağlandığını, bunun kimlere hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesi, "belirlilik ilkesi"nin önemli bir kısmını oluşturmakta olup bu ilke tümüyle hukuki güvenlikle bağlantılıdır. Diğer bir söylemle, belirlilik ilkesi gereği kişi, hangi hukuk kurallarına tabi olduğunu önceden bilecek ve davranışlarını da ona göre ayarlayacaktır. Bu durumun aksi hukuki belirsizlik doğurur⁸⁶. Yine "Belirlilik" ilkesinin bir gereği olarak, maddi hukuk ve usul kuralları önceden öngörülebilir bir açıklıkta olmalı ve kişilerin haklı beklentilerini bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmalıdır. Aksi takdirde, yetkilerin sınırlarının belirsizliği, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesine neden olacak ve kanunun verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasal engel nedeniyle gerektiği gibi yapılamayacaktır⁸⁷. Yine Hukuki güvenlik ilkesi gereği hukuk kurallarında sık sık değişiklik yapılarak hukuki istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar da ihdas edilmemelidir⁸⁸.

Deniz İş Kanunu m. 48. hükmünün amacı, doğrudan ve açık bir şekilde gemiadamına ilişkin olan her türlü yasal düzenlemenin lehe olan kısımlarının Deniz İş Kanunu'na rağmen uygulanmasına imkân vermektir. Karşı oy şerhinde de belirtildiği üzere, bu durum madde metninde yer alan ve "gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan" ibaresinden açıkça anlaşılmaktadır. Aksi takdirde başka birçok kanunda doğrudan gemiadamına yönelik olmayan ancak Deniz İş Kanu-

84 RG. 14.02.2011, Sayı: 27846.

85 AYM, 07.04.2016, E.2015/94, K.2016/27, RG. 03.05.2016-29701 Sayı. Söz konusu kararın tam metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2016-27.pdf.

86 Köküarı, İsmail: Hukuk devletinde bireyin hukuki güvenliği ve önemi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.51-52, 18-19.

87 Yavuz, Ersen: Hukuk Devletinde Hukuk Güvenliği ve Belirlilik Kavramları Üzerine, Gelenek ve Gelecek, Nisan 2019, <http://gelenekvegelecek.com/hukuk-devletinde-hukuk-guvenligi-ve-hukuki-belirlilik-kavramlari-uzerine-ersen-yavuz/>; Köküarı, 19; Ayrıca belirlilik ilkesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Gülçür, Abdülkadir: AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi, MÜHF. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, Haziran 2018, 149 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/509543>; Köküarı, 7 vd.

88 Altundış, Mehmet: Hukuki Güvenlik İlkesi, 61, Yasama Dergisi, Sayı:10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/428.pdf>.

nu'nda yer alan düzenlemelere göre daha lehe olan pek çok düzenleme karşımıza çıkacaktır. Her lehe düzenleme için Deniz İş K. m. 48 hükmünü devreye sokmak, Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı için büyük bir belirsizlik yaratacaktır. Böylesi bir durum ise hukukun önemli amaçlarından olan "hukuki güvenlik" ve "hukuki belirlilik ilkelerine aykırı düşecek, hatta "hukuki belirsizlik" sonucunu beraberinde getirecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Deniz İş K. m. 48 hükmünün uygulama alanını gösteren en doğru örnek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun gemiadamlarına ilişkin düzenlemeleridir. Türk Ticaret Kanunu'nun beşinci kitabında yer alan gemiadamlarına ilişkin düzenlemelerin daha lehe olanları ancak Deniz İş K. m. 48 hükmü sayesinde uygulanabilecektir. Genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin hiçbirisi açıkça ve doğrudan gemiadamına yönelik hak veya menfaatler sağlayan düzenleme niteliği taşımamaktadır. Zaten Türk Borçlar Kanunu'nun sadece Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde başvurulabilecek bir genel kanun olduğu tartışmasızdır. Kaldı ki gemiadamına verilecek fazla çalışma ücreti Deniz İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olup, bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine gitmek için de herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ve fazla çalışma ücretini düzenleyen m. 402 hükmü, Deniz İş K. m. 48 hükmünün uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Sonuç

Gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücreti Deniz İş K. m. 28 hükmünde hiçbir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlenmiştir. Buna göre, *gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktardan %25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamayacaktır.* Madde hükmü ile ödenecek fazla çalışma ücretinin alt sınırını belirlemiştir. Taraflar istedikleri takdirde aralarında anlaşarak bu oranın üzerinde bir fazla çalışma ücreti belirleyebileceklerdir. Ancak taraflar ara-

sında herhangi bir belirleme mevcut değil ise açık Kanun hükmü uyarınca fazla çalışma ücreti %25 arttırılarak belirlenmek durumundadır. Bu açıdan bakıldığında Deniz İş Kanunu'nda belirlenen fazla çalışma ücreti diğer bireysel iş kanunlarında belirlenenden daha düşüktür. İş Kanunu'nda ve Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 oranında yükseltilmesi suretiyle hesaplanmaktadır. Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.402 hükmünde de fazla çalışma ücret oranı %50 olarak belirlenmiştir.

Bireysel İş Mevzuatımızda mevcut düzenleme boşlukları bu kanunlara göre "*genel kanun*" niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine başvurulmak suretiyle doldurulmaktadır. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi mevcuttur. Bu şu anlama gelmektedir: Uygulama sırası itibarıyla Deniz İş Kanunu önce gelecektir. Deniz İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Deniz İş K. m. 28 hükmü fazla çalışma ücretinin miktarını ve hesaplanma yöntemini açıkça hükme bağlamıştır. Madde hükmü gayet açık olup bu konuda kanun boşluğu ya da hüküm içi boşluk söz konusu değildir. Bu sebeple, fazla çalışma ücretine ilişkin Deniz İş K. m. 28 hükmünün varlığı karşısında, TBK m. 402 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

Yine yeni tarihli genel kanun hükümlerinin eski tarihli özel kanun hükümlerini ortadan kaldırdığından bahsedebilmek için, her iki kanunun da aynı konuyu düzenlemesi yeterli değildir. Bu kanunların kişiler açısından kapsamının ve içeriğinin de aynı olması gerekmektedir. Deniz İş Kanunu'nun kişiler açısından uygulama alanı gayet spesifik olup gemiadamlarına ilişkindir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nunda gemiadamına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmü ancak iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen İş Kanunlarına tabi olmayan işçiler için uygulama alanı bulacaktır. Madde hükmünün gerekçe metninde de fazla

çalışma ücretinin hesaplanması açısından gemiadamı lehine bir değişikliğe işaret edilmemektedir. Konuluş amacı, kişiler bakımından kapsamı ve içeriği dikkate alındığında TBK m. 402 hükmünün gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini düzenleyen Deniz İş K. m. 28 hükmünü yürürlükten kaldırdığını söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan Deniz İş Kanunu m. 48 hükmünün amacı, doğrudan ve açık bir şekilde gemiadamına ilişkin olan her türlü yasal düzenlemenin lehe olan kısımlarının Deniz İş Kanunu'na rağmen uygulanmasına imkân vermektir. Bunların başında Türk Ticaret Kanunu'nun gemiadamları için daha lehe haklar sağlayan hükümleri gelmektedir. Aksi halde başka kanunlarda, doğrudan gemiadamına yönelik olmamakla beraber Deniz İş Kanunu'ndaki hükümlere göre daha lehe olan pek çok düzenleme bulmak mümkündür. Ancak her lehe düzenleme için Deniz İş K. m. 48 hükmünü devreye sokmak, Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı bakımından büyük bir belirsizlik yaratacaktır. Böylesi bir durum ise hukukun önemli amaçlarından olan "hukuki güvenlik" ve "hukuki belirlilik" ilkelerine aykırı düşecek, hatta "hukuki belirsizlik" sonucunu beraberinde getirecektir.

Deniz İş Kanunu'nun fazla çalışma ücretini diğer bireysel iş kanunlarından daha düşük olarak belirlemesi yapılan işin niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu durumun kanunlar arasında bir eşitsizlik yarattığı şüphesizdir. Ancak bu sorunun çözümü gemiadamının fazla çalışma ücretini düzenleyen Deniz İş K. m. 28 hükmünü bir yana bırakarak TBK m. 402 hükmünü esas almak değildir. Kanaatimizce yapılması gereken şey, Deniz İş Kanunu m. 28 hükmündeki fazla çalışma ücretinin diğer bireysel iş kanunlarına paralel olarak değiştirilmesidir.

KAYNAKÇA

- Altundiş, Mehmet: "Hukuki Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, Sayı:10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/428.pdf>.
- Astarlı Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.

- Aydınlı, İbrahim: "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, Y: 2013, S: 4.
- Başöz, Lütfi/Çakmakçı, Ramazan: Gereçeli Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.
- Bedük, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Bursa, 2012.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Beşinci Bası, Ankara 1984.
- Çil, Şahin: "10. Yılında İş Kanunu Uygulaması Genel Hükümler", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016.
- Dinçkol, Abdullah: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul 2018.
- Dündar, Esra: Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Ankara 2012.
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983.
- Ekmekçi, Ömer: "Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma", Deniz Hukuku Dergisi, Y:1, S: 3-4, Eylül-Aralık 1996.
- Ekonomi Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.
- Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, Onaltıncı Bası, Bursa 2019.
- Gülçür, Abdülkadir: "AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi", MÜHF. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, Haziran 2018, 149 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/509543>.

- Güner, M. Deniz: "Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri", ÇMİS Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 6, 2001, 12, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf>.
- Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara 2019.
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2017.
- Kar, Bektaş: Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2014.
- Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin hükümleri ve İş Kanunları ile ilişkisi (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 38, Yıl: 2013.
- Köküarı, İsmail: "Hukuk devletinde bireyin hukuki güvenliği ve önemi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 51-52.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 25. Bası, İstanbul 2019.
- Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.
- Şahlanan, Fevzi: "Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar", TÜHİS, Kasım 1988.
- Tuncay, Can: "ILO Normları Işığında Gemi Adamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008.
- Yamakoğlu, Efe: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul 2011.
- Yavuz, Ersen: "Hukuk Devletinde Hukuk Güvenliği ve Belirlilik Kavramları Üzerine", Gelenek ve Gelecek, Nisan 2019, <http://gelenekvegelecek.com/hukuk-devletinde-hukuk-guvenligi-ve-hukuki-belirlilik-kavramlari-uzerine-ersen-yavuz/>.
- Yılmaz, Ejder: "Genel Kanun-Özel Kanun" İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S: 22.