



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO :2014/3303
KARAR TARİHİ : 29/12/2014

TAVSİYE KARARI

ŞİKAYETÇİ : H.İ

ŞİKAYET EDİLEN İDARE :1-KIYI EMNİYETİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
2-Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (RE'SEN)
3-Türkiye Denizciler Sendikası (RE'SEN)

ŞİKAYETİN KONUSU : Şikâyetçi, Deniz İş Kanununa tabi gemiadamı kadrosunda görev yaptığını belirterek, fazla çalışma ücretinin tarafına % 50 fazlasıyla ödenmesini talep etmektedir.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ: 21/07/2014

I. USÛL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1. Şikâyet başvurusu, 22/07/2014 tarih sayı ile kayıt altına alınan elektronik başvuru belgesi vasıtasıyla yapılmıştır. Şikâyet başvurusunun karara bağlanması için 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1-a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesine ve araştırmasına geçilmiş, 24/12/2014 tarihli Tavsiye Kararı önerisiyle Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2. Yapılan ön inceleme neticesinde, şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikâyetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da bir eksiklik bulunmadığı, bu nedenle şikâyetin inceleme ve araştırmasına engel bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Şikâyetçi, Deniz İş Kanununa tabi gemi adamı kadrosunda daimi işçi statüsünde bot makinisti olarak görev yaptığını, fazla çalışma ücretini % 25 zamlı olarak aldığını, 2012 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanununun 402 nci maddesine göre fazla çalışma ücretinin tarafına % 50 fazlasıyla ödenmesi gerektiğini belirterek, Deniz İş Kanununun 48 inci maddesinin lehine olacak şekilde dikkate alınmasını talep etmektedir.

B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

4. Şikâyet konusuyla ilgili; Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğüne gönderilen 29/08/2014 tarih ve sayılı bilgi ve belge isteme yazısına, cevaben 09/09/2014 tarihli ve sayılı yazı ve eki bilgi ve belgeler gönderilmiştir.

5. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen bilgi ve belgelerden özetle,

a) H.İ.'nun, 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olarak gemiadamı statüsünde Bot Makinisti olarak görev yaptığı,

b) Şikâyetçinin 854 sayılı Deniz İş Kanununun "Fazla Saatlerle Çalışma" başlıklı 28 inci maddesine göre % 25 zamlı olarak fazla çalışma ücreti aldığı,

c) Kurumda görev yapan tüm gemiadamlarına % 25 zamlı olarak fazla çalışma ücreti ödendiği,

d) Şikâyetçinin Borçlar Kanununun 402 nci maddesi uyarınca fazla çalışma ücretinin %50 zamlı ödenmesine ilişkin talebinin, tüm gemiadamlarının özel kanun niteliğinde olan 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmaları nedeniyle uygun görülmediği,

e) 854 sayılı Deniz İş Kanunu hükümlerine göre çalışmakta olan gemiadamlarının ücret ve sosyal haklarının, ilgili Genel Müdürlüğün üyesi bulunduğu Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) ile anılan kurumda örgütlü bulunan işçi sendikası Türkiye Denizciler Sendikası (TDS) arasında her iki yılda bir imzalanan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine göre ödendiği,

f) H.İ.'nun Borçlar Kanunu hükümlerinin dikkate alınarak fazla çalışma ücretinin tarafına % 50 fazlasıyla ödenmesini talep ettiği 19/06/2014 tarihli dilekçesine Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından 25/06/2014 tarihli ve sayılı yazısı ile olumsuz cevap verildiği,

g) Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğünün üyesi bulunduğu TÜHİS'e şikâyet konusu hususun iletilmesi neticesinde ilgili sendika tarafından verilen 30/06/2014 tarihli ve sayılı cevabi yazıda; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel Kanun niteliğinde olduğu ve İş Kanunları kapsamına girmeyen işçilere uygulandığı, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanunun kapsamı dışında kalan kişilere Borçlar Kanununun uygulandığı, ayrıca sayılan İş Kanunlarında hüküm bulunmaması halinde Borçlar Kanununun boşluk doldurucu işlevi ile devreye gireceği, eğer işçi-işveren ilişkisi açısından uygulanması gereken bir kural İş Kanununda düzenlenmemişse bu durumda Borçlar Kanununa bakılması gerektiği, aynı anda aynı olayı düzenleyen biri genel diğeri özel iki ayrı kanun yürürlükte bulunduğu takdirde, özel kanun niteliğindeki İş Kanununun söz konusu hükmünün genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanununa göre üstünlüğü bulunduğu, bu itibarla gemiadamlarının 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında oldukları ve konu ile ilgili olarak bir boşluk da bulunmadığı belirtilerek, yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre uygulama yapılması gerektiğinin ifade edildiği, Anlaşılmıştır.

C. Olaylar

6. Şikayetçi H.İ.'nin, 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olarak gemiadamı statüsünde Bot Makinisti olarak görev yaptığı,
7. Şikayetçinin 19/06/2014 tarihli dilekçesine Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğünün 25/06/2014 tarihli ve sayılı yazısı ile cevap verildiği ve cevabi yazıda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 402 nci maddesinin gemiadamlarını kapsamadığı, 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışan gemiadamlarının fazla çalışma ücretlerinin 854 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde açıklanan hüküm doğrultusunda, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 zamlı arttırılarak ödendiği, dolayısıyla şikayet konusu talebin karşılanmasının mümkün olmadığını belirttiği,
- Anlaşılmıştır.

D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları

8. Şikayet konusu kapsamında ve konunun çözümüne yönelik bilgi ve belgeler Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğünden istenilmiş olup, ilgili idarenin şikayet konusuna ilişkin açıklamalarına 4 ve 5 numaralı paragraflarda yer verilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

9. 04/02/2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun "Fazla çalışma ücreti" başlıklı 402 nci maddesinde; "İşveren, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlüdür. İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir" hükmüne,**
10. 10/06/2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan **4857 sayılı İş Kanununun "Fazla çalışma ücreti" başlıklı 41 inci maddesinin ikinci fıkrasında, "Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir." hükmüne,**
11. **5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununun "Çalışma müddeti ve fazla mesai" başlıklı Ek Madde 1 in dördüncü fıkrasında, "Her bir fazla çalışma saati için verilecek ücret, normal çalışma saati ücretinin % 50 fazlasıdır." hükmüne,**
12. **854 sayılı Deniz İş Kanununun 2 nci maddesinin (b) bendinde, "Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemiadamı" denir. "Fazla saatlerle çalışma" başlıklı 28 inci maddesinde, "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır. Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı % 25 oranında arttırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz..."**
- "Saklı hükümler" başlıklı 48 inci maddesinde, "Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara hanel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz."** hükümlerine, yer verilmiştir.

B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar

13. **Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 29/01/2013 tarihli ve E.2012/11492, K.2013/1161 sayılı kararında, "...Uluslararası Çalışma Örgütünün 180 sayılı sözleşmesi ile 1999/63/EC sayılı**

Avrupa Birliği Direktifi dikkate alınabilir. Anılan sözleşme ve direktifin 5. maddelerinde işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması amacıyla çalışma sürelerinde sınırlamaya gidilmiş ve asgari dinlenme süreleri belirlenmiştir. Buna göre "azami çalışma süresi 24 saatlik sürede 14 saati, 7 günlük sürede 72 saati geçemez. Dinlenme süresi ise 24 saatte 10 saatten, 7 günlük sürede 77 saatten az olamaz. Dinlenme saatlerinin 6 saatten az olmamak koşuluyla ikiye bölünerek uygulanması mümkün olup iki dinlenme süresi arasında geçecek zamanın da 14 saatten fazla olmaması gerekir". Buna paralel düzenleme Gemiadamları Yönetmeliğinin 84 üncü maddesinde yer almaktadır. Dinlenme sürelerini belirleyen bu kuraldan da aynı sonuç çıkarılabilir. Fakat yönetmelik dinlenme süresini günlük 10 saat olarak belirlerken, haftalık ise 70 saatten az olamayacağını belirtmiştir. Bu sözleşme ve direktifteki düzenlemeye göre daha az bir süredir. Bu sebeple sınırlamada sözleşme ve direktifin dikkate alınması daha isabetli olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta; taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde davacının aylık ücreti 3.500 USD olarak belirlenmiş ve fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, 4857 sayılı Kanun'daki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacı gemi adamına uygulanma imkanı bulunmamakla birlikte, bu durumda Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktifinin öngördüğu, azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saati geçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dahil 48 saatten 72 saate kadar olan çalışmanın asıl ücrete dahil olduğu kabul edilmeli, 72 saati aşan kısım varsa fazla mesai olarak değerlendirilmelidir. Bu husus dikkate alınmadan eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." denilmek suretiyle temyiz olunan kararın bozulmasına karar verilmiştir.

14. Yukarıda yer verilen karar incelendiğinde, sorunun çözümü noktasında ülke mevzuatı yanında uluslararası mevzuatın da dikkate alındığı, dolayısıyla şikâyet konusu hususun tam anlaşılması, talep edilen konuda hukuka ve hakkaniyete uygun bir sonuca varılmak için gemiadamlarına yönelik uluslararası mevzuatta tarafımızca gözetilmiştir.

C. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi

15. Kamu Denetçisi tarafından, şikâyetin kabulü ile Deniz İş Kanununun da gemiadamlarının fazla çalışma ücreti % 25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz şeklinde belirlenmiş olduğu ve şikâyetçinin fazla çalışma ücretinin aynı Kanununun 48 inci maddesi de göz önünde bulundurularak, Borçlar Kanununda belirlenmiş olan % 50 oranında zamlı ödenmesine yasal bir engelin bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu talebin karşılanması hususunda Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğüne tavsiyede bulunulması ile şikâyetçinin toplu sözleşmeye tabi çalışan gemiadamı olması sebebiyle, söz konusu talebin Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, işveren sendikası TÜHİS ile işçi sendikası TDS arasında imzalanacak yeni bir ilave sözleşme ile çözümlenebileceği hususunda, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğüne ve ilgili sendikalara tavsiyede bulunulması gerektiği yönünde öneride bulunulmuştur.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

16. Şikâyetçi H.İ.'nin, 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olarak gemiadamı statüsünde Bot Makinisti olarak görev yapmakta olduğu, söz konusu Kanununun 28 inci maddesine göre % 25 zamlı olarak fazla çalışma ücreti aldığı, 2012 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanununun 402 nci maddesine göre fazla çalışma ücretinin tarafına % 50 fazlasıyla ödenmesi ve Deniz İş Kanununun 48 inci maddesinin lehine olacak şekilde dikkate alınması gerektiğini belirttiği, ancak Kurum tarafından tüm gemiadamlarının özel kanun niteliğinde olan 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmaları nedeniyle uygun görülmediği anlaşılmıştır.

17. Bazı sektör çalışanları diğerlerine göre daha zor ve tehlikeli işlerle uğraşmaktadırlar ki bunlardan biri de denizcilik sektörüdür. Gemi adamlarının gördükleri işin niteliği bunların

diğer işçilerden ayrı değerlendirilmesini ve farklı düzenlemelere tabi tutulmasını gerekli kılmaktadır. Örneğin, farklı fesih sebepleri, fesih hükmünün ertelenmesi, yurda iade, iâşe servisi kurulması, ikâmet yeri sağlanması zorunluluğu vb. denizde yapılan faaliyetlere özgüdür.(Gemiadamlarının Çalışma Süreleri, Araştırma Görevlisi **M.D.G., İ.Ü. Hukuk Fakültesi**, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Ana Bilim Dalı <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf>, makale) Dolayısıyla, fazla çalışma ile ilgili hükümlerde de lehe olan hükümler uygulanmalıdır.

18. Deniz İş Kanununda iş süresi ve fazla çalışmaya ilişkin hükümler gemilerde yapılan çalışmaların niteliğine uygun olarak diğer iş kanunlarında yer almayan, farklı düzenlemeler içermektedir. Uluslararası alanda da denizcilik sektörü diğer sektörlerden ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Diğer sözleşmeler yanında, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1958 tarihli 109 sayılı Gemi Adamlarının Ücretleri, Çalışma Süreleri ve Geminin İşletilmesi Hakkında Sözleşmesinin tadili gerekmiş ve Gemiadamlarının İş Saatleri ve Gemilere Mürettebat Alımı ile ilgili 180 sayılı sözleşme kabul edilmiş, Avrupa Birliği'nde de 1999 yılında Gemi Adamları Federasyonu ve Armatörler Birliği arasında, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 180 sayılı sözleşmesinin esas alındığı bir sözleşme imzalanmış ve bu sözleşme 1999/63/EC sayılı Konsey Direktifi olarak yayınlanmıştır.

19. **Uluslararası Çalışma Örgütü'nün** gemi adamlarının çalışma sürelerine ilişkin 180 sayılı sözleşmesine ek olarak hazırlanan **187 sayılı tavsiye kararlarının** "Gemi Adamlarının Ücretleri" başlıklı II. Bölümünün 3 üncü maddesinin (c) bendinde fazla çalışmanın tazmini için **ödenek ücret veya ücretlerin saat başına ödenecek temel ücretin 1,25'inden az olmamak üzere yasal düzenlemeler veya toplu sözleşmelerle belirleneceği belirtilmektedir.** O halde uluslararası mevzuat da dikkate alındığında bir gemi adamının temel saat ücreti 100 lira ise fazla çalışma için kendisine saat başına en az 125 lira ödenmesi gerekmektedir.

20. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 24/07/2000 tarihli ve 3560 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına yazdığı yazı ve eki gerekçede; Bu protokol, onaylayan üye ülkelerin yayımlayacakları bir deklarasyonla söz konusu Sözleşme ekinde yer alan ve ulusal mevzuatlarının uyumlu olacağını taahhüt ettikleri sözleşmeler arasına Protokolün A ekindeki 103 sayılı Mürettebatın Barındırılması (Ek Hükümler) ve 180 sayılı Gemiadamlarının Çalışma Saatleri ve Gemide Görev Dağılımı ile B ekinde yeralan 108 sayılı Gemiadamlarının Kimlik Belgeleri, 135 sayılı işçi Temsilcileri, 164 sayılı Sağlığın Korunması ve Tıbbi bakım (Gemiadamları) ve 166 sayılı Gemiadamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesi Sözleşmelerinden uygun gördüklerini dahil etmelerini hükme bağlamaktadır.

Protokolün onaylanması, denizcilik sektörünün sıhhatli gelişmesine yardımcı olacağı gibi, uluslararası deniz taşımacılığında aranan standartlara ulaşılmasına ve bunun sonucunda da Türk Deniz Filosuna mensup gemilerin uluslararası sularda rahatça faaliyette bulunmasına imkan sağlayacaktır denilmekte olup, adı geçen protokollerin bir kısmı kabul edilmiş, bazıları ise kabul edilmemiştir.

20/1) ***Uluslararası Çalışma Örgütü'nün gemi adamlarının çalışma sürelerine ilişkin 180 sayılı sözleşmesine ek olarak hazırlanan 187 sayılı tavsiye kararı her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış bir karar olmasa da söz konusu kararın uluslararası standart olduğu ve şikayet konusu talebin daha net anlaşılabilmesini sağlaması açısından önem arz etmektedir.***

21. 2004-2008 Yıllarında Uluslararası Sefer Yapan Gemilerin Karıştığı Deniz Kazalarının Analizi sonucunda Deniz Kaza İnceleme Komisyonu tarafından incelemesi yapılan ve araştırma kapsamında ele alınan **115 deniz kazasının 46 adedinin (% 40) temel nedeni,**

insan hatası olarak belirlenmiştir. Kazalara neden olan diğer temel etkenlerin ise, kötü hava koşulları (% 33), arıza (% 13,9) ve yoğun trafik (% 8,7) olduğu görülmektedir. **En çok yaşanan kaza türü olan çatışma kazalarının (60 kaza) % 43'ü insan hatasından** ve % 38'i kötü hava koşullarından kaynaklanmıştır. Diğer en çok yaşanan kaza türü olan **karaya oturma kazalarının (33 kaza) ise, % 39'u insan hatasından** ve % 30'u kötü hava koşullarından kaynaklandığı belirtilmiştir. (Türkiye

Kıyılarında 2004-2008 Yıllarında Uluslararası Sefer Yapan Gemilerin Karıştığı Deniz Kazalarının Analizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi Cilt:4 Sayı:2 2012, Ender AsyalıTaner Kızıkan) Dolayısıyla, deniz kazalarının büyük oranda insan hatalarından kaynaklandığı anlaşılmış olup, ülkeler açısından da söz konusu konuda tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır. **Ayrıca mesleğin risk faktörü ve çalışma saatlerinin uzunluğu da dikkate alınarak gemiadamlarına yönelik çalışma koşullarında da bir takım avantajların ve kolaylıkların sağlanması gerektiği düşünülmektedir.**

22. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 187 sayılı tavsiye kararlarında fazla çalışma için ödenecek ücretin temel saat ücretinin bir tam bir bölü dördünden (1 1/4'ünden) az olamayacağı belirtilmekte ve böylelikle tavsiye kararlarına göre de fazla çalışma ücretinin en az %25 oranında arttırılması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla fazla çalışma ücretine ilişkin düzenlemenin uluslararası düzenlemelerle uyum içerisinde olduğu anlaşılmalı birlikte, fazla çalışma ücretinin Deniz İş Kanununda, 4857 sayılı İş Kanunu ve Basın İş Kanununda olduğu gibi % 50 değil de % 25 oranında arttırılmasının işçiler arasında eşitliğin sağlanması açısından büyük bir eksiklik olduğu düşünülmektedir.

23. Kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen geniş kapsamlı yasalara genel kanun, bu kanunun düzenleme alanına giren belirli bir hukuki ilişkiyi ayrıntılara girerek düzenleyen kanunlara ise özel kanun denir. Kural olan genel kanundan sonra özel kanun düzenlenmesinin gelmesidir. Zira özel kanun daha kapsamlı, daha ayrıntılı düzenlemeleri içerir. Özel kanun genel kanun ilişkisinde özel kanunda hüküm olmayan veya boşluk bulunan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Farklı, çatışan hükümlerin olması halinde ise özel kanun hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Genel olarak doktrinde dikkat çeken husus, özel kanun önce, genel kanun sonra yürürlüğe konulmuşsa hangisinin uygulanacağını doğrudan söylenemeyeceği gerçeğidir. (Zevkliler, A. Medeni Hukuk, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 5, s:72-73,1986, Diyarbakır)

24. **Şikâyete konu hususta olduğu gibi sorun genel kanunun, özel kanundan sonra yürürlüğe girmesi ve genel kanunun özel kanundan daha ileri, ayrıntılı düzenlemelere yer vermesi halinde hangisinin uygulanması gerektiği konusunda ortaya çıkmaktadır. Tarafımızca şikâyet konusu için şayet yasa koyucu önceki tarihli özel kanunla düzenlenen hususlarda yeni bir bakış açısıyla sonraki tarihli genel kanunla bir değişiklik öngördüğü takdirde olaya sonraki tarihli genel kanunun uygulanması gerektiği düşünülmektedir.** 25. 4857 sayılı İş Kanununun ve gerekse 854 sayılı Deniz İş Kanununun sistematiği, tekniği, kapsamı dikkate alındığında her ikisinin de özel kanun olduğu açıktır. Genel kanunun Borçlar Kanunu olduğu kabul edildiğinde ise, Deniz İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Diğer taraftan Deniz İş Kanunu diğer özel kanunlardan farklı olarak, kendi içinde esnek bir takım hükümlere yer vererek gemiadamları lehine düzenlemeler getiren kanunların (bunun yanında sözleşme ile de getirilebilir) uygulanmasını sağlamaktadır. Bu hükümlerden biri de 854 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde belirtilen, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara hâlel getirmez hükmüdür. **Dolayısıyla diğer kanunlarda açıkça gemiadamı lehine düzenlemeler var ise bu kuralların dikkate alınması gerekmektedir.(6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 854**

sayılı Deniz İş Kanununa Etkisi, Bektaş Kar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 72, sayı 2)

26. Mevzuatta açık, anlaşılabilir hüküm bulunmayan ya da hiçbir hüküm ihtiva etmeyen bir konuda yargı organlarının sorunu işçi lehine olacak şekilde çözüme kavuşturulmasına **işçi lehine yorum** denir. İşçi lehine yorum iş hukukunun işçiyi koruma amacından yola çıkılarak, sosyal devlet kavramının ana teması olan güçsüz konumda olanları koruma gayesinin iş hukukuna yansımalarıyla oluşmuş kendine özgü bir ilkedir.

27. Ülkemizde genel bir kanun maddesi olarak mevzuatta düzenlenmeyen bu ilke İş Hukukunun işçiyi koruma gayesinden hareketle, uygulamada yargı organları ve doktrin tarafından kabul edilmiştir. 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında (Y.İ.B.K, 28.05.1958, 157/4628) ise bu husus, Kanun koyucuya iş kanunlarını kabul ettiren sebepler arasında zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyarak içtimai muvazenesi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Genel bir planda yorum yapılırken, iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gereği tanınmış hukukçular tarafından da ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 25.1.1978 tarihli 10- 3435 E. 23 sayılı kararında "İş hukukuna egemen bulunan ilkelerden biri de kuşkusuz işçiyi koruma ilkesi olup, yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunludur hükmüne, delillerin takdiri yönünden de aynı konu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.04.2000, 1676/5561 sayılı delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir şeklinde açıklanmıştır.

28. Deniz İş Kanunundaki bazı hükümler incelendiğinde üstü kapalı, çeşitli anlamlara gelebilecek hükümlere rastlanabilir. Anayasa Mahkemesinin 27.09.1968 tarihli E:1967/236, K: 1968/28 sayılı kararına göre bir metin okunur okunmaz anlaşılmaz, başka anlamlara olanak verecek, duraksamalar doğuracak nitelikte ve yanlışlık apaçık ise o zaman yoruma gidilir hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca, şikayet konusunun çözüme kavuşturulması için **gerek Deniz İş Kanunu, gerekse de Borçlar Kanunu hükümleri ile ilgili yorum yapılırken, kanunun uygulanması anındaki toplum ihtiyaçlarına ve düzenlenmek istenen yarar ve çıkar uyumsuzluklarına en uygun gelecek şekilde yorumlanmalıdır.**

29. **27/9/2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı" nın 4 üncü bölümü; "Akit Taraflar, adil bir ücret hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla...özel durumlara ilişkin istisnalar dışında, çalışanların fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkına sahip olduklarını tanımayı...taahhüt ederler." hükmünü taşımaktadır.**

29/1) Anayasamızda ifadesini bulan çalışma barışının gerçekleştirilebilmesi ve adil çalışma koşulları ile adil ücret alma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi amacına yönelik olarak, fazla mesai karşılığında alınan zamlı ücretin de adil bir şekilde verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Kararımızın 17 nci paragrafında da belirtildiği üzere, denizcilik sektörü diğer sektörlerle göre daha tehlikeli ve zor olduğu halde ve mevzuatta "asgari % 25" hükmü bulunmasına rağmen, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından fazla mesai ücretinin % 50 zamlı olarak ödenmemesinin "çalışma barışına" ve "adil çalışma ve ücret alma hakkına" aykırı olduğu düşünülmektedir. Bu durum ise Anayasamızın 2 nci maddesinde yer alan "insan haklarına saygılı hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

30. **Gemiadamlarının fazla çalışma ücreti Deniz İş Kanununda % 25 oranında artırılabilmek suretiyle bulunacak miktardan az olamaz şeklinde belirlenmiş iken 4857**

sayılı İş Kanunu ve Basın İş Kanununda ise fazla çalışma normal çalışma saat ücretinin % 50 si oranında belirlenmiştir.

31. Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda; Deniz İş Kanununa tabi çalışanlar için fazla çalışma ücretinin % 25 zamlı olarak ödenmesi Anayasada yer verilen hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırıdır. 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanununun 402 nci maddesi ile bu oranın %50'den az olamayacağı kuralı getirilmiştir. Genel Kanun olan Yeni Borçlar Kanundaki bu hüküm gemiadamlarının lehine olduğundan, Deniz İş Kanununun 48 inci maddesi ile beraber dikkate alındığında fazla çalışma ücretinin asgari % 50 oranında ödenmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

32. Aynı zamanda **854 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde belirlenen % 25 oranının alt sınır olduğu dikkate alındığında şikayete konu sorunun toplu iş sözleşmesi ile çözümlenmesi mümkündür.**

33. Yukarıda yer verilen hükümler ve açıklamalar doğrultusunda şikâyetçinin 2012 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanununun 402 nci maddesine göre fazla çalışma ücretinin tarafına % 50 fazlasıyla ödenmesini ve Deniz İş Kanununun 48 inci maddesinin lehine olacak şekilde dikkate alınmasına ilişkin 19/06/2014 tarihli talebinin, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından tüm gemiadamlarının salt özel kanun niteliğinde olan 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmaları nedeniyle uygun görülmemesinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk görülemediği.

E. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

34. İnsan hakları yönünden etkin başvuru yollarının açık olduğu, eşitlik ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği tespit edilmekle birlikte, Anayasamızda devletin niteliği, sosyal hukuk devleti olarak nitelenmiştir. Sosyal devletin temel amacı herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamaktır. **Anayasamızın 49 uncu maddesi, "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."** hükmündedir.

34/1) Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışma hakkı, temel insan haklarından biridir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23 üncü maddesinde; Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, âdil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı olduğu, herkesin, hiçbir fark gözetilmeksizin, eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hakkına sahip olduğu ve çalışan her kimsenin kendisine ve ailesine insanlık haysiyetine uygun bir yaşayış sağlayan ve gerekirse her türlü sosyal koruma vasıtalarıyla de tamamlanan âdil ve elverişli bir ücrete hakkı olduğu belirtilmiştir. 34/2) **Çalışma hakkı, birçok uluslararası hukuk belgesinde yer alan temel bir haktır. Çalışma hakkı, diğer insan haklarının gerçekleşmesi için şarttır ve insan onurunun ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Her birey, insan onuruna yaraşır bir hayat sürebilmek için çalışma hakkına sahip olmalıdır. Çalışma hakkı, çalışılan iş özgürce seçildiği ve kabul edildiği süreçte, bireyin kendisinin ve ailesinin yaşamlarını sürdürmelerine, gelişmelerine ve toplumda tanınmalarına katkıda bulunur** (168 No'lu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi 1988)

34/3)İlgili idarenin işçi hakları yönünden işçi lehine hareket etmesi gerekmekte iken, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından fazla mesai ücretinin % 50 zamlı olarak ödenmemesinin Anayasamızın 2 nci maddesinde yer alan "insan haklarına saygılı hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmadığı anılan hakka uygun davranılmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

F. İyi Yönetişim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

35. 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde "Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, **kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi**, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar." hükmü yer almaktadır.

35/1)Şikayetçinin Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğüne yaptığı 19/06/2014 tarihli başvurusuna söz konusu Kurum tarafından 25/06/2014 tarihinde cevap verilmiş olup, **şikayete konu talebin reddedilmesinin gerekçesi açık, net ve şikayetçinin tereddütlerini giderecek şekilde yeterli gerekçeye bağlı olmadığı, başvurulacak kanun yollarının gösterilmediği ve iyi yönetim ilkelerinin gözardı edildiği**, idarenin bundan böyle iyi yönetim konusunda duyarlı davranacağı beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

36. 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

B. Yargı Yolu

37. 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı arta kalan süre içinde İstanbul İş Mahkemesinde yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçeler ve dosya kapsamına göre **ŞİKÂYETİN KABULÜNE**;

1. Şikayetçinin fazla çalışma ücretinin % 50 oranında ödenmesine yasal bir engelin bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu talebin karşılanması ve mağduriyetin makul sürede giderilmesi hususunda yeni bir işlem tesisi için **KIYI EMNİYETİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE TAVSİYEDE BULUNULMASINA**,

2. Ayrıca, şikayetçinin toplu sözleşmeye tabi çalışan gemiadamı olması sebebiyle, söz konusu talebin Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) ile işçi sendikası olan Türkiye Denizciler Sendikası (TDS) arasında imzalanacak yeni bir ilave sözleşme ile çözümlenebileceği hususunda, **KIYI EMNİYETİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE, TÜRK AĞIR SANAYİ VE HİZMET SEKTÖRÜ KAMU İŞVERENLERİ SENDİKASINA VE TÜRKİYE DENİZCİLER SENDİKASINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA**,

3. Yukarıda anılan Kanunun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, **KIYI EMNİYETİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, TÜRK AĞIR SANAYİ VE HİZMET SEKTÖRÜ KAMU İŞVERENLERİ SENDİKASI VE TÜRKİYE DENİZCİLER SENDİKASI** tarafından bu karar üzerine tesis edilecek işlem ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

4. Bu kararın şikâyetçiye, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğüne, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikasına ve Türkiye Denizciler Sendikasına tebliğine, 5. Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

M.Nihat ÖMEROĞLU

Kamu Başdenetçisi