

ÇİMENTO İŞVEREN

ÇİMENTO MÜSTAHSİLLERİ İŞVERENLERİ SENDİKASI YAYIN ORGANI

Atatürk diyor ki:

Medeniyet yolunda yürümek ve muvaffak olmak, şartı hayattır.

Bu yol üzerinde tevakkuf edenler (duraklayanlar) veyahut bu yol üzerinde ileri değil geriye bakmak cehil (bilmemezlik) ve gafletinde bulunanlar, medeniyeti umumiyenin huruşan (çağlayan) seli altında boğulmaya mahkumdurlar.

Efendiler, medeniyet yolunda muvaffakiyet teceddüde vâbestedir (yenileşmeye bağlıdır). İctimai hayatta, iktisadi hayatta ilim ve fen sahasında muvaffak olmak için yegâne (tek) tekâmül ve terakki (gelişme ve ilerleme) yolu budur.

Hayat ve maişete hakim olan ahkâmın (hükümlerin), zaman ile tagayyür (değişim), tekâmül (gelişim) ve teceddüdü (yenilenmesi) zaruridir. Medeniyetin ihtiraları (icatlari), fennin harikaları, cihanı tahavvülden tahavvüle (değişimden, değişime) duçar ettiği (uğrattığı) bir devirde, asırlık köhne zihniyetlerle, maziperestlikle (geçmişe düşkünlükle) muhafazai mevcudiyet (varlığımızı korumak) mümkün değildir.



30.08.1924 Dumlupınar

ÇİLT .
SAYI : 1
OCAK 1998 12

GAZİ MUSTAFA KEMAL BULVARI 83/7 MALTEPE 06570 ANKARA

<http://www.cmis.org.tr>

TÜSİAD'IN SOSYAL GÜVENLİK RAPORUNUN ARDINDAN

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ülkemizde sürdürülebilir bir sosyal güvenlik sistemi oluşturmanın ana şartı dünyadaki gelişmelerin ışığında temel sosyal güvenlik ilkelerinin (gelirin yeniden dağılımı, tasarruf ve sigorta) yeniden çalıştırılmasıdır.

Türk Sosyal Güvenlik sisteminin 1990'lı yıllarda tam bir kriz içine düştüğü, sosyal güvenlik kuruluşlarının açıklarının gittikçe büyüdüğü, Hazine katkısı olmadan ayakta kalamayacak ve sistemden yararlananları bile tatmin etmeyen bir duruma geldiği inkâr edilemeyecek bir gerçektir. Ülkemizde sürdürülebilir bir sosyal güvenlik sistemi oluşturmanın ana şartı dünyadaki gelişmelerin ışığında temel sosyal güvenlik ilkelerinin (gelirin yeniden dağılımı, tasarruf ve sigorta) yeniden çalıştırılmasıdır. Her ne kadar işçi sendikaları ve bazı siyasi partiler (belli bazı nedenlerle) kabul etmiyor görünseler de bunun yolunun sistemin reforme edilmesinden geçtiği kesindir. Ülkenin bütününe ilgilendiren önemli ve hassas konularda cesur araştırma ve çalışmalar yapmasıyla ya da yaptırmasıyla tanınan sivil toplum örgütü TÜSİAD bu probleme de el atmaya karar verince ortaya "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma" konulu rapor çıktı. Uludağ Üniversitesi öğretim üyesi meslektaşım Prof. Dr. Yusuf Alper ile birlikte TÜSİAD Parlamento İşleri Komisyonu üyeleri Cemal Zağra ve Melih Araz'ın koordinatörlüğünde yaklaşık 15 ay süren bir çalışma sonucu hazırladığımız bu raporda dünyadaki gelişmelerden de yararlanarak Türk Sosyal Güvenlik sistemindeki krize ne gibi bir çare bulunabilir sorusuna cevap aramaya çalıştık. Raporla aktüeryal testleri yapılan ve olumlu sonuçlar vereceğine inandığımız bir de model önerisine yer verdik.

8-9 Ekim 1997 tarihlerinde Ankara ve İstanbul'da gerçekleştirilen toplantılarda kamuoyuna açıklanan "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma" konulu rapor yazılı ve görsel basın organlarında haber ve yorum şeklinde geniş olarak yer almış bulunmaktadır. Özellikle gazetelerde yer alan yorumların bir kısmı, Türkiye'nin en önemli ve hassas konularından birini cesaretle ele aldığı, realist çözüm yolları önerdiği için raporu hazırlayan TÜSİAD ve raporu hazırlayan akademisyenleri alkışlarken, bir kısım yazıların önyargılı, maksatlı ve haksız biçimde "patronlar klübü" adını taktıkları TÜSİAD'ı ve raporu eleştirdikleri dikkat çekmektedir. Raporun tümü dikkatle okunmadan, ya da okunduğu halde önyargılı ve maksatlı olarak önemli bölümleri gözardı edilerek yapılan bu haksız eleştirileri bir yana bırakarak raporda yer verdiğimiz tespit ve açıklamalar ile vardığımız sonuçları ana hatları ile şöyle özetleyebiliriz.

1) Sosyal Güvenlikte Yaşanan Kriz Yalnızca Ülkemize Özgü Bir Sorun Değildir. Gelişmekte olanından tutun da gelişmişine kadar hemen hemen tüm ülkelerde büyük küçük bir kriz yaşanmaktadır. Krizin nedenleri her ülkede aynı değildir. Bu konuda gelişmiş olan ülkelerle gelişmekte olan ülkeler birbirinden az çok farklılık gösterirler. Gelişmiş ülkelerde sosyal refah devleti anlayışının sonucu aylık ve ödemelerdeki hızlı artışlar, nüfusun yaşlanması, doğumların azalması, sürekli ve yüksek oranlı işsizlik, sağlık hizmetlerinin maliyetindeki artışlar ve aile yapısındaki değişiklikler sosyal güvenlik sistemlerinin finansman yükünü arttırmış bunlar da sistemi krize sürüklemiştir.

Gelişmekte olan ülkelerde ise sosyal güvenliğe tahsis edilen ekonomik kaynaklar yetersizdir. Nitekim gelişmiş ülkelerde GSYİH' nin % 20-35'i sosyal güvenlik harcamalarına tahsis edilebilirken bu oran gelişmekte olan ülkelerde 2-17 arasında değişmektedir. Eski sosyalist bloka dahil olan ülkelerde bu oran % 17-19'a çıkabilmektedir. Tablo 1: GSYİH'nin Yüzdesi Olarak Sosyal Güvenlik Harcamaları (1992)

ÜLKE	%	ÜLKE	%
Fas	1.8	Avusturya	24.5
Tunus	4.1	Bulgaristan	19.8
Kanada	21.7	Çek. Cumhuriyeti	11.1
Kolombiya	2.4	Danimarka	29.5
Meksika	2.8	Finlandiya	30.5
Arjantin	4.5	Almanya	24.7
A.B.D.	10.5	Macaristan	17.3

Uruguay	14.8	İrlanda	19.4
Azerbaycan	3.1	Norveç	19.6
Çin	5.7	Polonya	17.0
Hindistan	0.3	Portekiz	9.0
Kore	2.3	İsveç	38.3
Y. Zelanda	20.2	İsviçre	14.0
		TÜRKİYE	4.9

Türkiye'de ise ancak % 4.9 dur. Sağlık harcamaları ile birlikte bu oran GSYİH'nin %9.2'sine denktir. Sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınan nüfus ve sosyal riskler yetersizdir. Kayıt dışı ekonomi ve istihdam yaygındır. Sağlanan sosyal güvenlik garantisinin (aylık ve hizmetler) seviyesi düşüktür. Politik müdahalelerin de etkisiyle sosyal güvenlik kuruluşları kötü yönetilmektedir. Aktüeryal dengeleri ve aktif/pasif dengesi bozulmuştur. Nihayet, bir çoğunda yaşanan yüksek oranlı enflasyon fonları eritmekte, sağlıklı finansal kararlar alınmasını güçleştirmektedir.

2) Ülkemizde sosyal güvenliği krize sürükleyen nedenler genel olarak gelişmekte olan ülkelere benzemektedir. Şöyle ki, koruma kapsamındaki nüfus yetersizdir. Nüfusun %82'si (bağımlılar ve emeklilerle birlikte) koruma kapsamında görünüyorsa da, işgücünün ancak %47'si koruma kapsamındadır. Diğer bir ifade ile 10.595.000 aktif çalışana karşılık 41.774.000 bağımlı ve pasif sigortalı vardır. Kayıtdışı çalıştırma yaygındır. Aktif/pasif dengesi bozulmuştur. Yaklaşık 1.8 çalışan, 1 aylık alanı beslemektedir. Bu oran AB ülkelerinde 5 e 1 dir. Genç yaşta emeklilik, prim afları, borçlanma kanunları, sosyal yardım zammı ödemeler gibi temel sosyal güvenlik ilkelerine ters düşen uygulamalar sistemi rayından çıkarmıştır. Prim tahsilat oranı düşüktür. Kurumlar arasında yönetim şekli, aylığa veya hizmete hak kazanma şartları, ödenen aylıkların miktar ve süresi bakımından ciddi farklılıklar vardır. Norm ve standart birliği yoktur. Sosyal güvenliğe ayrılan kaynaklar yetersiz olmak bir yana, sosyal güvenlik kurumlarının açığı GSYİH'nin %3'üne ulaşmış durumdadır. Devlet her yıl sosyal güvenlik kurumlarının bütçe açıklarını kapatmaz ise emekli aylıkları ödenemez hale gelmiştir. Bu yetmiyormuş gibi sosyal güvenlik aylıkları çok düşük, özellikle sağlık hizmetleri yetersiz ve kalitesizdir. Nüfusun %35'i devletin sağlık hizmetlerinden yararlanamamaktadır. Tutarlı, yeterli, kaliteli bir sağlık politikası yoktur.

3) Nasıl bir sosyal güvenlik sistemi geliştirilmelidir?

Dünyadaki son gelişmeler de gözönünde tutularak raporda önerilen hedef ve öncelikler şunlardır.

- İki ayaklı sisteme geçilmelidir. Artık dünyada tek ayaklı sistemler demode olmuş, yeniden yapılanan sistemlerde iki veya üç ayaklı sistemlere geçilmektedir. Bu ülkelere Macaristan, Çek Cumhuriyeti gibi eski sosyalist ülkelere başta, Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, İsveç gibi AB üyesi ülkelere de dahildir. Biz iki ayaklı bir sistemi önerdik. Birinci ayakta Sosyal Sigortalar Kurumu, Emekli Sandığı ve Bağ-Kur revize edilerek muhafaza edilecek, ikinci ayak ise çalışan ve işverenlerden zorunlu olarak yapılacak kesintilerden oluşacak fonların bireysel tasarruf hesaplarında birikimiyle çalışacaktır. Ne anlama geldiği pek belli olmayan, belki de hantal bir dev yaratacak sosyal güvenlik kurumlarının aynı çatı altında birleşmeleri fikrinden vazgeçilmelidir. Bunun yerine sosyal güvenlik kurumlarında norm ve standart birliği sağlanmalıdır.

- Birinci ayak kurumlar siyasi iktidarın müdahalesinden arındırılarak **özerk** hale getirilmelidir. Örneğin SSK genel kurulu diğer tüzel kişilerde olduğu gibi en üst irade organı haline getirilmeli, Kurum genel müdürünü bu organ seçmeli, yönetim kurulunda devletin ağırlığı azaltılmalıdır.

- Kayıtdışı çalışanlar sistem içine çekilmelidir. Türkiye kaçak sigortalı cenneti olmaktan çıkarılmalıdır. Gelecek 10 yıl içinde kayıt dışı kalan ve sisteme eklenecek 4.5 milyon çalışan sosyal güvenlik kapsamına alınmalıdır. Bunu gerçekleştirilemez ise sistemin başarıya ulaşması mümkün olamaz.

- Devlet sisteme açık kapatan sıfatıyla değil prim ödeyerek katılmalıdır. Devletin prime katkısı kayıt içi istihdamı özendirerek biçimde olmalı, yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen, eksik yerine getiren işverenler devletin katkısından tamamen ya da kısmen yoksun bırakılmalıdır. Bu uygulama haksız rekabet koşullarını da bir ölçüde engelleyecektir. Böylece sosyal devlet ilkesi güçlendirilmiş olacaktır.

- Kadının 38 erkeğin 43 yaşında emekli olabilmesine imkân veren bir sistem dünyanın hiçbir yerinde yoktur. Dünyada gelişmekte olan ülkelere bile kadınlar 50-60, erkekler 55-65 yaşında emekliliğe hak kazanmaktadır. Tablo 2: Bazı Ülkelerde Emeklilik Yaşı

ÜLKE	KADIN	ERKEK	ÜLKE	KADIN	ERKEK
Kongo	55	55	Cezayir	55	60
Gana	60	60	İran	55	60
Kenya	55	55	Libya	65	65
Nijerya	55	55	Suriye	60	60
Senegal	55	55	Polonya	60	65
	55	60		55	60

Sudan			Romanya		
Zaire	60	62	Azerbaycan	55	60
Çin	55	60	Kazakistan	55	60
Endonezya	55	55	Rusya	55	60
Malezya	55	55	Şili	60	65
Pakistan	55	60	Küba	55	60
Sri Lanka	50	55	Brezilya	60	65
Hindistan	55	55	Uganda	50	55

Gelişmiş ülkelerde yaş sınırı kadında 60 erkekte 65 civarındadır. Hatta bir kısım ülkelerde kadın erkek farkı kaldırılmış, önümüzdeki yıllarda yaş sınırlarını en az 2 puan yükselten yasalar kabul edilmiştir.

Türkiye'de son DPT verilerine göre yaşam beklentisi kadında 69 erkekte 65'tir. Sigortacılık prensipleri açısından 20 yaş başlangıç alınır. Bu takdirde bu sınır 70 (E) ve 74 (K)'e çıkmaktadır. Önerimiz kadının Türk toplumundaki ve aile içindeki rolü gözönünde tutulduğunda tüm kurumlar için ülkemizde emeklilik yaşının kadında 55 erkekte 60 olarak belirlenmesi ve 5 yıllık bir geçiş dönemi tanınmasıdır. Tablo 3: OECD Ülkelerinde Emeklilik Yaşı

ÜLKE	ERKEK	KADIN
Avusturya	65	60 (2024-2033 yılları arasında 65 olacak)
Belçika	60-65	60-65
Danimarka	67	67
Finlandiya	65	65
Fransa	60	60
Almanya	65	65 (35 yıllık sigortalılıktan sonra 63 yaşında sağlanan erken emeklilik uygulaması 2001-2013 yılları arasında 65'e yükseltilecek)
Yunanistan	65	60 (1993 yılında 65'e yükseltildi)
İrlanda	65	65
İtalya	61 (1994-2002 yılları arasında kademeli olarak 65 olacak)	56 (1994-2002 yılları arasında kademeli olarak 60'a yükseltilecek)
Hollanda	65	65
Norveç	67	67
Portekiz	65	62 (1994-2002 yılları arasında 65'e yükseltilecek)
İspanya	65	65
İsveç	65 (1994-1997 yılları arasında kademeli olarak 66'ya yükseltilecek)	65 (1994-1997 yılları arasında kademeli olarak 66'ya yükseltilecek)
Türkiye	55	50
Birleşik Krallık	65	60 (2010-2027 yılları arasında 65'e yükseltilecek)
A.B.D.	65 (2000-2027 yılları arasında 67'ye yükseltilecek)	65 (2000-2027 yılları arasında 67'ye yükseltilecek)

Tablo 4: Kademeli Bir Geçişle Emeklilik Yaşının Yükseltilmesi

KADIN		ERKEK	
Sigortalılık Süresi *	Önerilen Emeklilik Yaşı	Sigortalılık Süresi *	Önerilen Emeklilik Yaşı
16-19 yıldan beri sigortalı olanlar	41	20-24 yıldan beri sigortalı olanlar	44
12-15	44	15-19	48
9-11	47	10-14	52

5-8	51	5-9	55
5 yıldan az	53	5 yıldan az	58
ilk defa sigortalı olanlar	55	ilk defa sigortalı olanlar	60

* Uygulamanın yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu olan sigortalılık süresi

DPT verilerine göre en uzun süre yaşlılık aylığı ödeyen ülke Türkiye'dir ve bu 19.5 yıldır. Ortalama hayat süresinin en uzun olduğu ülkelerin başında gelen İsveç'te bu süre 14 yıldır. Yine SSK'nın 1998 yılı verilerine göre sadece 39 yaşın altında 9868 kişiye yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Yaşlılık aylığı alanların %62.8 ise 39-59 yaşları arasındadır. 50 yaşın altında yaşlılık aylığı almaya hak kazanan sigortalıların oranı ise %60'tır. SSK'ndan yaşlılık aylığı alan 55 yaşın altındaki 720 bin kişi eğer emekli olmayıp çalışsaydılar ve ücretlerinden asgari ücret üzerinden prim kesilseydi Kurumun yıllık prim kazancının 111.744 trilyon lira olacağı Kurum yetkililerince ifade edilmektedir. Hatta bu kişiler emekli olmayıp da çalışsalar kurumun yıllık pirim kazancı 375.765 trilyon lira olacaktı. Bunlar gözardı edilemeyecek düşündürücü rakamlardır.

Dünyanın hiç bir ülkesinde kadını 38, erkeği 43 yaşında emekli eden bir sistem bulunmamaktadır. Mısır'da kadın ve erkek 60, Libya'da 65 yaşında emekli olmaktadır. Belirtelim ki bir ülkede asıl olan emekli aylığı almak değil, çalışmaktır.

4) Önerilen Modelin Finansal Yapısı

- Birinci ayak aylıklarda devletin garanti ettiği en alt sınır (fakirlik çizgisi alt sınırı) fert başına düşen milli gelirin (1996 da 2713 dolar) %50'si, üst sınırı ise FBMG'in %75-80'idir. Alt sınır hiç bir sosyal güvenliği olmayan muhtaç ve yoksullara verilecek kamu yardımının da alt sınırını oluşturacaktır. Asgari ücretin iki katına kadar olan ücretten prim alınacaktır. Bu ayakta işçi ve işveren yanında devlet de prim ödeme yoluyla sisteme katkıda bulunacak, fakat bağımsız çalışanlarda ve isteğe bağlı sigortalılıkta işveren katkısı sözkonusu olmayacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi devletin bu ayakta prim yoluyla sisteme katkısı sigorta kapsamına girmeyi özendirici nitelikte olacak ve işletme içi kayıtlı işçi sayısı ile bağlantılı olacaktır. Bu ayakta finansman, dağıtım (pay as you go) yönetimine göre işleyecektir. Kurumların aktüeryal dengelerini bozan sosyal yardım zammı gibi prim karşılığı bulunmayan ödemelerden, borçlandırma ve prim affi yasalarından vazgeçilmelidir.

- **İkinci ayak aylıklar**, bireysel tasarruf ya da fon esasına göre işleyecektir. Bu fonlar özel fon yönetimi kuruluşları tarafından yönetilecek fakat devletin sıkı denetimine tabi olacaktır. Fon birikimleri profesyonel yöneticiler tarafından sermaye piyasasında değerlendirilerek sermaye piyasasının güçlenmesine ve ülke kalkınmasına katkıda bulunacaktır. Bu ayaktan verilecek aylıklarda alt ve üst sınır söz konusu olmayacak, ödemelerin miktarı birikime ve bunun iyi nemalandırılmasına bağlı olacaktır. Primlerin seviyesi de sigortalılık süresi ve reel getirilere bağlı olarak değişecektir. Sigortalı ve işveren paylarından oluşan ikili katılım sisteminde prime esas kazançların üst sınırı asgari ücretin 5 katı olacak, ücret seviyesi yükseldikçe işverenin payı azalacak, sigortalının payı artacaktır. Bağımsız çalışanlar primlerini tamamen kendileri ödeyecektir.

Tablo 5: I. Ayak Prim Oranları

	SSK	BAĞ-KUR	ES
Sigortalı			
İşveren	7 2 - 6 5 - 9	6 - 10 - 8 - 12	7 2 - 6 5 - 9
Devlet			
TOPLAM	18	18	18

II. Ayak Prim Oranları

	A.Üx1	A.Üx2	A.Üx3	A.Üx4	A.Üx5
Sigortalı	4	5	6	7	8
İşveren	4	3	2	1	-
Toplam	8	8	8	8	8

İşçi ve işverenden yıllarca kesilen zorunlu tasarrufların bu fonlara aktarılması isabetli olacaktır. Bu ayakta da zorunlu katılım esasına göre işleyecek, devletin buradaki görevi katılım değil denetim olacaktır. Önerdiğimiz modelde işverenlerin prim yükünün azaltılmış, çalışanlarının değişmemiş olmasının haklı nedenleri vardır. Bir kere işsizlik sigortası ve devletin prim yoluyla katkısı sisteme dahil edilmiş, işverenleri daha çok sigortalı çalıştırmaya özendirici önlemler getirilmiştir.

Her iki ayakta da finansmanla ilgili kararlar kurumların yönetimlerinde alınacaktır, devletçe değil. Tablo 6: Yeni Prim Sistemi

	SSK	ES	Bağ-Kur
I. Ayak			

(Malullük, Yaşlılık, Ölüm, Sürekli İKMH)	7 6-2 5-9 1 1	7 6-2 5-9 - -	10-6 -- 8-12 - -
Çalışan			
İşveren			
Devlet			
(Geçici İşgöremezlik)			
Çalışan			
İşveren			
TOPLAM	20	18	18
II. Ayak			
Çalışan	4-8 4-0	4-8 4-0	4-8 --
İşveren			
TOPLAM	8	8	4-8
Genel Sağlık Sigortası			
Çalışan	3 3	3 3	6 -
İşveren	2	2	2
Devlet			
TOPLAM	8	8	8
İşsizlik Sigortası			
Çalışan	1.5 1.5 1.5	- - -	- - -
İşveren			
Devlet			
TOPLAM	4.5	-	-
GENEL TABLO			
Çalışan	16.5-20.5 15.5-8.5	14-18 13-6	16-24 -
İşveren	8.5-12.5	7-11	10-14
Devlet			
TOPLAM	40.5	34	30-34

Böylece önerilen sistem Hazine Müsteşarlığının 1995 yılında ILO uzmanlarına hazırlattığı ve 4 seçenekten oluşan raporun 3 no.lu seçeneğine benzetilebilir. Bazı kesimlerin iddia ettiği gibi TÜSİAD raporunda Şili sistemi önerilmediği gibi, önerdiğimiz modelin tamamen bireysel fon esasına dayanan (ILO raporunun 2. alternatifi) Şili sistemiyle tek benzerliği 2. ayakta zorunlu bireysel tasarruf hesabı biçimini öneriyor olmamızdır. Kaldı ki Şili sisteminden bahsetmek de ne tabudur, ne de ayıp bir şeydir. O da (başta Latin Amerika olmak üzere) birçok ülkenin ilgisini çekmiş ve şimdilik başarıyla uygulanan yeni bir modeldir.

5) Diğer öneriler ve düzenlemeler

- SSK'na tabi olanlar için işsizlik sigortası kurulacaktır. Bu konuda 1993 tarihli Yasa tasarısı esas alınabilir. Bunun finansmanına işçi-İşveren ve devlet eşit oranlarda (%1.5'ar) katılacaktır. Bu takdirde ötedenberi işsizlik sigortasının alternatifi olarak bakılan kıdem tazminatı müessesesinin de revize edilmesi gerekecektir.

- **Genel sağlık sigortası kurulacaktır.** Sağlık hizmetleri sosyal güvenlik kurumlarından ayrılacak ve kurulacak Sağlık Finans Kurumunun yönetimine devredilecektir. Yani Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur hastane işletmeciliği ile uğraşmayacaktır. Profesyonelce yönetilen sağlık tesisleri devreye girecektir. Bunun finansmanı da üçlü katkıya dayanacak, sağlık hizmetlerinden küçükler ve muhtaçlar ücretsiz yararlanacaktır.

- **Herkese bir sosyal güvenlik numarası** verilecektir. Burada tabi olunan kurum farkı, aktif ya da pasif sigortalı farkı, gözletilmeyecektir.

- **İdari organizasyon** yapılacaktır. Ancak bu SG kurumlarının tek çatı altında toplamak gibi mutlak ve tehlikeli sonuçlara götürebilecek şekilde değil aralarında koordinasyon, norm ve standart birliği sağlanması şeklinde yapılacaktır. 2925 ve 2926 SK. kapsamındaki ile isteğe bağlı sigortalılar Bağ-Kur, banka özel sandıkları ise, SSK kapsamına alınacaktır.

- **SG sistemi bilgisayar ağıyla donatılacaktır.** Bugün bilgisayar teknolojisinden yoksun bir sosyal güvenlik sistemine çağdışı kalmış gözüyle bakılmaktadır. Primlerin tahsilatında etkinlik, aylıkların ödenmesinde kolaylık sağlanacaktır.

- Sosyal sigorta prensipleriyle bağdaşmayan kurumlar, gereksiz yükler altına sokan **karşılığı alınmayan ödeneklerden vazgeçilmelidir.** Sosyal yardım zammı ödemesi gibi.

- **Prim ödememeyi caydırıcı ödemeyi özendirici önlemler** alınacaktır. Bununla beraber asgari ücretin devamlı artmasıyla küçük işyerleri için çok yüksek hale gelmiş idari para cezalarında istisnalar tanınmalıdır.

- İster katılnmalı ister katılmısz sosyal güvenlik sisteminde aylık ve gelirlerin seviyesi insanca yaşamaya yetecek düzeye çıkarılacaktır.

- Prim ödememeyi kayıt dışı istihdamı cesaretlendiren prim afları, borçlanma yasaları çıkarılmamalıdır.

- **Temel sosyal güvenlik yasası** çıkarılacaktır. Bununla dağınık halde bulunan sosyal güvenlik yasaları arasında norm ve standart birliği kurulacaktır.

6) Modelin Sonuçları:

- Model, 1997-2010 yılları için yıllık, 2010-2050 dönemi için 10'ar yıllık aralıklarla test edilmiş bulunmaktadır.

- 10 yıllık dönemde aktif sigortalıların %50, pasif sigortalıların %30 artacağı varsayılmıştır.

- Başlangıç yılı için, prim katkısı, bütçe transferi ve faiz ödemesi olarak GSMH'nın %42'si gibi yüksek oranlı bir mali külfet altına giren devletin bu yükü 10 yıl sonra %1.2 ye düşmektedir. Bu katlanılabilecek bir yükür. Uzun vadede bu yükün azalma eğilimi devam etmekte, 2040 yılında GSMH'nın %0.14'üne düşmekte 2050 yılında ise ortadan kalkmaktadır.

- Aktif/pasif sigortalı oranı, hiç bir zaman arzu edilen 4'e 1 oranına ulaşamamakta, 2010 yılına 3'e 1 olan bu oran tekrar düşmeye başlamaktadır. Bu da uzun dönemde emeklilik yaşınının 60-65 yaş seviyesine yükseltilmesi gereğini ortaya koymaktadır.

- İkinci ayak sosyal güvenlik kurumları, 2020 yılından itibaren birici ayak sosyal güvenlik kurumlarınca sağlanan gelirin 3 ve daha fazla katı gelir garantisi sağlamaya başlamaktadır.

- İkinci ayak sosyal güvenlik kurumları 2. sistemin işlemeye başlamasından kısa bir süre sonra GSMH'nın %3-4'ü oranında yıllık birikim sağlamaya başlamaktadır. Bu yolla yaratılan fonlar 15 yıl içinde kümülatif olarak GSMH'nın %40'ı gibi yüksek bir orana ulaşmaktadır.

Sonuç olarak şu hususu belirtelim ki, önerilen modelin başarılı olmasının en önemli şartı buna herkesin inanması, önyargısız, özverili davranılması ve bunun bir siyasi faturasının olacağıının da kabullenilmesidir. Bunu da sorumluluk duygusuna sahip özellikle sendikal ve politik çevrelerden beklemekteyiz.

Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde, İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları

Osman Usta

Sayıştay Uzman Denetçisi

Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nden 1973 yılında mezun oldu. 1973-1975 yılları arasında Çalışma Bakanlığı'nda İş Müfettişi Yardımcısı olarak görev yaptı. 1975'de Sayıştay'a geçti. Denetçilik mesleğinin değişik aşamalarında bulundu. Ayrıca bir süre eğitici olarak görev aldı ve Denetçi Yardımcılarına yönelik İş Hukuku dersleri verdi.

Çeşitli gazete ve dergilerde iş hukukuna ve mali konulara ilişkin çok sayıda makalesi yayınlandı. 3568 sayılı Kanun uyarınca Yeminli Mali Müşavir unvanını aldı. KIDEM TAZMİNATI ve HARCIRAH KANUNU adlı iki kitabı yayınlandı.

GENEL OLARAK

Anayasa'ya göre, işçi - işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olan Devlet, ayrıca, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için de gerekli önlemleri alır.

Milletlerarası Çalışma Teşkilatı(İLO)nun 1949 yılındaki Cenevre konferansında kabul edilen, "Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik" 94 sayılı Uluslararası Sözleşme uyarınca, bu sözleşme hükümleri, bir kamu kurumu tarafından, işçi çalıştıran yükleniciler aracılığı ile yaptırılacak inşaat, onarım, yıkım, imalat, montaj, nakil işlerinde uygulanacak; ve yetkili makam, bu sözleşme hükümlerinin anılan işlere uygulanmasını sağlamak üzere gereken önlemleri alacaktır.

Türkiye tarafından 1960 yılında 161 sayılı Kanunla onaylanan ve böylece Kanun hükmünde bir iç hukuk kaynağı haline gelen, 94 sayılı Sözleşmede öngörülen tedbirleri özetleyecek olursak:

- Kamu kurumlarının yukarıda sayılan işler nedeniyle yapacakları sözleşmeler; kamudan iş alan işverenlerce çalıştırılan işçilere, işin yapıldığı aynı bölgedeki işkolu veya sanayide aynı nitelikteki iş için, toplu sözleşme, hakem kararı veya milli mevzuatla belirlenmiş olanlardan daha az elverişli olmayan ücretleri (ödenekler dahil), iş sürelerini vediger çalışma koşullarını garanti eden hükümler içerecektir. Bu çalışma koşulları, işin yapıldığı bölgede, yukarıda sayılan şekillerden biri ile düzenlenmediği takdirde; yüklenicilerle yapılacak sözleşmelerde, benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayide aynı nitelikteki bir iş için belirlenmiş olanlardan veya kendisi ile sözleşme yapılan müteahhidin iş yaptığı iş kolu veya sanayie mensup, benzeri koşullar içinde bulunan diğer işverenlerin o iş kolu veya sanayide uydukları genel seviyeden daha az elverişli olmayan ücretleri (ödenekler dahil), iş sürelerini ve diğer çalışma koşullarını garanti edecektir. Müteahhitlerin öngörülen bu koşullardan haberdar olabilmeleri için, şartnamelerin ilanı gibi gerekli her türlü önlem alınacaktır.

- İşçi sağlığı, iş güvenliği ve sosyal servislere ilişkin gerekli önlemlerin, müteahhitlerle yapılan sözleşmelerle sağlanması olanağı yoksa, yetkili kamu makamı, işçilere bu koşulları sağlamak üzere gerekli önlemleri alacaktır.

- 94 sayılı Sözleşme hükümlerini uygulama alanına koyan kanun, tüzük veya diğer metinler; bütün ilgililere bildirilecek, bunların uygulanmasını sağlamakla yükümlü kimseler açıklanacak, işçilerin çalışma koşulları işyerlerinde ilan edilecek, işçilerin çalıştıkları süreleri ve ödenen ücretlerini gösterir uygun defterler tutulacak, bu önlemlerin etkili biçimde uygulanmasını sağlayacak teftiş rejimi kurulacaktır.

- Kamu sözleşmelerine dahil edilmiş olan çalışma koşullarına uyulmasını sağlamak amacıyla uygun müeyyideler tatbik edilecektir.

- İlgili işçilerin hakları olan ücretleri elde edebilmeleri için, sözleşme gereği tahakkuk eden müteahhit istihkaklarından kesinti yapmak veya herhangi bir yolla uygun önlemler alınacaktır.

TBMM tarafından onaylanan 94 sayılı Uluslararası Sözleşme'nin öngördüğü önlemlerin, milli mevzuatımıza yansıtılabilmesi amacıyla, daha önce 3008 sayılı İş Kanunu'nda yer almayan bir düzenlemeye gidilerek; incelediğimiz konu ilk kez 931 ve 1475 sayılı Kanunlarda yer almıştır (md.29). Ayrıca, 94 sayılı Sözleşme'nin öngördüğü önlemlerin tam ve eksiksiz uygulanabilmesi için, ihale mevzuatında da bir takım hukuki düzenlemeler yapılmış ve bu amaçla, "Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi" (Şartname) hükümleri ile "Kamu Kuruluşlarınca Yapıtılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar"(Esaslar) çıkarılmıştır.

Sözü edilen hukuki düzenlemelerin ve bu düzenlemelere ilişkin olarak aşağıda verilen karşılaştırmalı tablonun incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, Türkiye tarafından kabul edilen 94 sayılı Sözleşme'nin hemen bütün hükümleri iç mevzuatımıza yansıtılmış bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden sadece bir bölümünü oluşturan İş Kanununun 29. maddesiyle, maddede sayılan kamu kurum ve kuruluşlarına, işçi ücretlerinin hem işverene ve hem de işverenin alacaklılarına karşı güvenceye alınabilmesi bakımından bazı yetkiler ve sorumluluklar verilmiştir. Böylece kamu tüzel kişilerinin, işçi ücretlerinin üç aylık tutarını, işçi yararına garanti etmeleri sağlanmıştır. Ancak, 29. madde hükmü, 94 sayılı Uluslararası Sözleşmenin uygulanmasına yönelik düzenlemelerden sadece bir bölümünü oluşturduğu için, incelememizde bu maddenin yanısıra, konumuzu - daha doğrusu 94 sayılı Sözleşme'nin öngördüğü önlemleri - ilgilendiren diğer mevzuat hükümleri de göz önünde bulundurulmuştur.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "teminatın ve hakedişlerin prim borcuna karşılık tutulması" başlıklı 83. maddesi ise, incelememizin dışındadır.

MÜTEAHHİT VE TAŞERON KAVRAMLARI

Taşeron ve müteahhit kavramları sık sık karıştırılmakta, bazen aynı anlamda kullanılmaktadır. Borçlar Yasasının "istisna akdi"ni düzenleyen 355. maddesi uyarınca müteahhit, iş sahibine karşı ücret karşılığında bir iş (yapıt, eser) yapmayı taahhüt eder. Aynı Yasanın 356. maddesine göre de, işin niteliği açısından bir sakınca yoksa müteahhit üstlendiği işi bir başkasına devredebilir. İşin devredildiği bu kişi ya da kuruluş taşerondur. Müteahhit iş sahibine karşı işin tümünden sorumludur. Taşeronun asıl iş sahibine karşı bir sorumluluğu yoktur. Taşeron tanımının temel özelliği, taşeronun asıl işin bir bölümünü üstlenmesidir. İş sahibinden işin tamamını üstlenen müteahhidin, işin bir kısmını bir başkasına devretmesi halinde taşeronluk kavramı anlamını bulmaktadır.

Devlet İhale Kanunu uygulamasında müteahhit, "üzerine ihale yapılan istekli veya istekliler" olarak tanımlanmış; taşeron ise, "nevi itibariyle kısımlara ayrılan işin bir kısmını idareye karşı bedeli karşılığında gerçekleştirmeyi üstlenen gerçek veya tüzel kişi veya kişiler" şeklinde tarif edilmiştir. Bu Kanunun öngördüğü sistemde, işler bir bütün olarak müteahhitler eliyle yaptırılabilir gibi, belli bazı işler, nevi itibariyle kısımlara ayrılmak suretiyle, araya bir müteahhit girmeksizin taşeronlara da yaptırılabilir.

İŞÇİLERE SAĞLANAN GÜVENCELER

1 - ÜCRETİN TESPİTİNDE BELİRLİ DÜZEYİN ALTINA İNİLEMEMESİ

94 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinde, bu Sözleşme kapsamına giren mukavelelerin (yani, 94 sayılı Sözleşme kapsamına giren kurumların, yine bu Sözleşme kapsamındaki işleri dolayısıyla müteahhitlerle yapacakları mukavelelerin) işçilerin ücretleri, iş süreleri ve diğer çalışma koşulları bakımından bazı standartların altında olmamasını garanti etmesini öngörmektedir. Sözü edilen standartlar, "işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayi", "benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayi" ölçütüne göre sınıflandırılmıştır.

Buna göre "işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide" aynı mahiyetteki iş için, toplu sözleşme, hakem kararı veya milli mevzuatla belirlenmiş ücretler, iş süreleri ve diğer çalışma koşulları varsa, müteahhidin çalıştırdığı işçilere sağlanacak haklar da bunlardan aşağı olamayacaktır. Eğer "işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide" sözü edilen türde bir düzenleme yapılmamışsa; bu takdirde, işçilere ücret, iş süreleri ve diğer çalışma koşulları bakımından sağlanacak haklar, "benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayide" aynı mahiyetteki bir iş için, toplu sözleşme, hakem kararı veya milli mevzuat yoluyla belirlenmiş olanlardan daha aşağı olamayacaktır.

94 sayılı Sözleşme'nin öngördüğü bu koşul, İş Kanunu'nun 29. maddesine yansımamışsa da, "Kamu Kuruluşlarınca Yapıtılacak İşlerde, İşçilerin Çalışma Şartları İle İlgili Genel Esaslar"ın (Esaslar) 2. maddesinde; "Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi"nin (Şartname) ise 33. maddesinin onüçüncü fıkrasında aynen yer almıştır. Her ne kadar Şartname'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında, sözü edilen 33.madde hükmünün uygulanıp uygulanmaması idarelerin takdirine bırakılmışsa da; bu Şartname'den daha sonraki bir tarihte yürürlüğe konulan Esaslar'ın 1.maddesinin son fıkrası ile sözünü ettiğimiz Şartname hükmü geçersiz kılınmıştır. Bunun dışında, Esasların 8. maddesinde, "işçilerin çalışma şartları ile ilgili olarak başka şartnamelerde farklı hükümler tespit edilmiş olsa dahi öncelikle bu Genel Esaslar uygulanır." denilmek suretiyle, Şartnamenin idarelere takdir hakkı veren hükmünün geçersizliği bir kez daha vurgulanmıştır. Bu durumda, işçilere ödenecek ücret ile sağlanacak çalışma koşulları bakımından belirli düzeyin altına inilmemesini öngören Şartname ve Esaslar'da yer alan hükümler geçerliliğini korumaktadır.

94 sayılı Sözleşme'ye paralel bir düzenlemeyi içeren Şartname ve Esaslar'da yer alan bu hükümlerin uygulanmasında, şu iki sorunun yanıtlanması gerekir:

Birincisi, müteahhidin yükümlülüğü, "çalıştırdığı işçilerin, işin dahil olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki iş için *toplu sözleşme veya mevzuatla* kabul edilenlerden daha aşağı olmayacak şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlamak" olduğuna ve işçilere ödenen taban ücret (asgari ücret) de mevzuatla belirlendiğine göre, *işçilerine asgari ücret düzeyinde ödeme yapan müteahhit*, bu yükümlülüğü yerine getirmiş olacak mıdır? Kanımca bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü İş Kanunu'nun 33. maddesine göre asgari ücret, hizmet akdi ile çalışan ve bu kanunun kapsamına giren "*her türlü işçi*" için belirlenmekte; görülen işin ve işçinin niteliği göz önünde bulundurulmamaktadır. Oysa, 94 sayılı Sözleşme, Şartname ve Esaslar'daki ölçü "*aynı mahiyetteki*", "*aynı tipteki*" iştir. Yani "görülen işin niteliği" önem kazanmaktadır. Hal böyle olunca, kamu idarelerinden iş alan müteahhit, nitelikli - niteliksiz ayırımı yapmadan bütün işçilerine asgari ücret düzeyinde ödeme yapıyorsa, mevzuatın öngördüğü söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmiş olmayacaktır.

Yanıtlanması gereken ikinci soru ise şudur: Müteahhidin tarafı bulunduğu bir toplu iş sözleşmesi mevcut ve işçileri de bu toplu iş sözleşmesinin kapsamında ise, belirli bir ücret düzeyinin sağlanması bakımından yine de Şartname ve Esaslar'ın uygulanması söz konusu olacak mıdır? Bu soruya vereceğimiz yanıt da olumsuzdur. Zira, 94 sayılı Sözleşme ve onun yansıması Şartname ve Esaslar ile güdülen amaç, örgütsüz (sendikası) ve dolayısıyla toplu sözleşmesiz işçilere, çalıştıkları işkolundaki bir toplu iş sözleşmesinin asgari koşullarını sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de, bir bakıma, toplu iş ilişkilerine değil; ferdi iş ilişkilerine müdahale söz konusudur. Müteahhidin işçileri, zaten bir toplu iş sözleşmesinin kapsamında iseler; bunların, ayrıca korunmalarına ve gözetilmelerine ihtiyaç da kalmamış demektir. Özet olarak ifade etmek gerekirse, Şartname ve Esaslar hükümlerinin, toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işçiler açısından uygulama alanı bulunmamaktadır.

Öte yandan, söz konusu hükümdeki "işin dahil olduğu bir işkolu" ibaresi ile "müteahhidin taahhüt ettiği işin görüldüğü işyerinin tabi olduğu işkolu"nun mu, yoksa "müteahhidin işçilerine gördürdüğü işin kapsamına girdiği işkolu"nun mu anlatılmak istendiği konusunda, haklı olarak tereddüt uyanmaktadır. Bu konuda kabul edilecek - bizim de katıldığımız -bir görüş açısından; Ülkemizdeki mevcut toplu iş sözleşmesi düzeninde işkolunun işyerinde görülen asıl işe göre belirleneceğinden ve işyerinde görülen yardımcı işlerin asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağından (Sendikalar K.m.60/II) söz edilerek, Genel Esaslar md.2/bent b'deki "işkolu" deyimiyile, "asıl işin tabi olduğu işkolu"nun kastedildiğini savunmak mümkündür. Buna karşılık, kabul edilebilecek ikinci bir görüş açısından da; müteahhidin işçilerine gördürdüğü işin kapsamına girdiği işkolunun esas alınması gerektiği savunulacaktır. Böyle bir görüş bakımından, Sendikalar K. m. 60/II'deki yardımcı işlerin asıl işin bağlı olduğu işkolundan sayılması kuralı, ancak aynı (asıl) işverence gördürülecek asıl ve yardımcı işler bakımından geçerli olan bir kural olup, başka bir işyerine bağlı olan müteahhit (aracı) işçilerinin başka bir (asıl işverene ait) işyerinde işgörmeleri durumunda söz konusu olmaz denilebilir. Anılan ikinci görüş, esas itibarıyla asıl işe yardımcı nitelikteki işlerin müteahhitlere gördürülmesi durumunda bir önem taşır.

Sonuç olarak, kamu idaresinden bir yapım işini alan müteahhit, - bu işte çalıştırdığı işçiler bakımından bir toplu iş sözleşmesinin tarafı değilse - işin yapıldığı bölgede, yoksa en uygun ve en yakın bölgede aynı işkolu (asıl işin tabi olduğu iş kolu) için uygulanan toplu iş sözleşmesini örnek alacak; bu sözleşmede hangi tipteki işler için ne miktar ücret öngörülmüşse, çalıştırdığı işçilerine ödeyeceği ücret bunun altında olamayacaktır. Diyelim ki, kalıp işleri yapan bir usta, emsal alınan toplu iş sözleşmesine göre günlük 5.000.000 lira ücret alıyorsa, müteahhidin çalıştırdığı kalıpcının ücreti de bundan aşağı olamayacaktır.

Gerçi, nitelikli (= vasıflı, kalifiye, uzman) işçilerin ücretleri, sektörlerle ve bölgelere göre farklılık gösterse bile, belli bir düzeyin altına düşmemekte ve bu düzey de genellikle asgari ücretin üstünde ve tatmin edici boyutlarda oluşmaktadır. Deyim yerindeyse, bu işin de bir piyasası ve rayici söz konusudur. Ve birçok müteahhit, örneğin bir ahşap kalıpcıyı ya da elektrikçiyi asgari ücretle çalıştıramaz. Ancak uygulamada, herhangi bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan bazı müteahhitlerce, - işçilere yüksek ücret ödeme bile - sigorta primi yükünü azaltmak amacıyla, ödenen gerçek ücretler bordroya yansıtılmamakta ve bütün işçilerin ücretleri mevzuatın öngördüğü asgari miktara göre beyan edilmektedir. Bu tür bir uygulama, nitelikli işçilerin elde ettiği ücreti etkilememekle birlikte, bunların sosyal güvenlik açısından hak kaybına uğramalarına yol açmaktadır. Buna rağmen, müteahhitlere iş veren kamu idarelerinin, Şartname ve Esaslar'ın kendilerine verdiği yetkiyi kullanarak, ücret düzeyi bakımından yeterli denetim yaptıklarını söylemek güçtür.

Diğer taraftan, Genel Esasların bu hükümleri karşısında, müteahhidin işçileri bu imkândan faydalanmak için sendikaya üye olmak veya dayanışma aidatı ödemek mecburiyetinde değildirler. Müteahhit, ferdi iş sözleşmelerinde bunu nazara almak mecburiyetinde tutulmuştur. Aksi takdirde, kamu kuruluşu bu hükme riayet edilmesi için "gerekli tedbirleri" alacak (m.2/d), hatta ilgili işçilerin şikayeti üzerine, müteahhidin istihkakından uygun bir kısmını alıkoyarak bu meblağı müteahhit adına işçilere ödeyecektir.

2 - ÜCRETİN ÖDENMESİNİN SAĞLANMASI

94 sayılı Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. bendinde, "İlgili işçilerin hakları olan ücretleri elde edebilmeleri için, mukavele gereğince tahakkuk eden istihkaklarından tevkifat yapmak yoluyla yahut da diğer herhangi bir başka yolla uygun tedbirler alınacaktır."denilmiştir; Sözleşme'nin bu hükmü İş Kanunu'nun 29. maddesinde, Şartname'nin 33. maddesinde ve Esaslar'ın 3. maddesinde yerini bulmuştur.

Esaslar'da sadece müteahhidin işçilerinin ücret alacakları için müteahhit istihkakından (hakedişinden) kesinti yapılması öngörülmüşken, İş Kanunu'nun 29. maddesi ile Şartname'nin 33. maddesinde, müteahhitten iş alan taşeronun çalıştırdığı işçilerin ücretleri de güvenceye alınmış ve bu amaçla müteahhit ve taşeronlarca ücretleri ödenmeyen işçilerin ücret alacaklarının, istihkaktan kesinti suretiyle kendilerine ödenmesi kabul edilmiştir. Ancak, İş Kanunu'nun 29. maddesiyle Şartname'nin 33. maddesi arasında,

kesinti yapılacak işverenler bakımından bir farklılık bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 29. maddesinde, müteahhit ve taşeron işçilerinin ücret alacaklarının, her iki işverenin istihkaklarından kesilmesi öngörülmüşken; Şartname'nin 33. maddesinde, taşeron tarafından çalıştırılan işçilerin ücret alacaklarının da müteahhidin istihkakından kesileceği belirtilmiştir. Şartnamenin bu hükmü bir eksiklik gibi görünmekte ise de, kamu idarelerinin ihale sistemi incelendiğinde, bu düzenlemenin bir mantığı olduğu görülecektir. Şöyle ki:

Bilindiği üzere kamu idareleri, Devlet İhale Kanunu'na tabi olsun ya da olmasınlar, yapım, onarım ve benzeri işleri genellikle iki yöntemle gerçekleştirmektedirler.

Birinci yöntemde iş tümüyle bir müteahhide ihale edilmektedir. İş, bütünü ile bir müteahhide ihale edildiğinde, idare ile muhatap olan işveren, ihaleyi alan müteahhittir. Bu yöntemde, kamu idaresi sadece müteahhide istihkak (hakediş) öder. Eğer bu işin bir veya daha fazla bölümü müteahhit tarafından taşeronlara yaptırılmakta ise, müteahhitle taşeron arasında bir asıl işveren - alt işveren ilişkisi doğmakta, taşeron yaptığı işin bedelini müteahhitten talep edebilmektedir. Taşeronun idareden istihkak talebi olamayacağı için, idarenin taşeron istihkakından kesinti yapma olanağı da bulunmamaktadır. İşte böylesi bir durumda, müteahhitten iş alan taşeronun çalıştırdığı işçilerin ücretleri, taşeronlar tarafından ödenmeyecek olursa, işveren idare, bu işçilerin ücretlerini de müteahhidin istihkakından kesecektir. Şartname'nin 33. maddesi uyarınca, taşeronun çalıştırdığı işçilerin ücret alacaklarının da müteahhit hakedişinden kesilmesinin sebebi budur.

Kamu idarelerince uygulanan ikinci yöntem; işin parça parça emanet yöntemiyle yaptırılmasıdır. Örneğin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 81.maddesinde ifadesini bulan emanet yönteminde, bu işle görevlendirilen emanet komisyonu, işi, malzeme temin etmek ve işçi çalıştırmak suretiyle bizzat yaptırabileceği gibi, işi nevi itibarıyla kısımlara ayırmak suretiyle, araya bir müteahhit girmeksizin taşeronlara da yaptırabilmektedir. Eğer iş, emanet yöntemiyle ve taşeronlar aracılığı ile yaptırılıyorsa, taşeron istihkakları, işi yaptıran kamu idaresince yine taşeronlara ödenecektir. 6.7.1984 tarih ve 18450 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği'nin 20. maddesine göre, taşeron tarafından temin edilen ve çalıştırılan işçilerin ücretleri bordrolara dayanılarak, taşeron tarafından ödenir. Komisyon gerek puvantajı, gerekse bordroları kontrol etmek ve istemek hakkını haizdir. Eğer taşeron, işçi ücretlerini zamanında veya herhangi bir şekilde ödemezse, taşeron hakedişinden gerekli kesinti yapılmak suretiyle işçilere komisyonca ödeme yapılır. Kuşkusuz, İş K. 29. madde kapsamına giren kamu tüzel kişilerinin tamamı Devlet İhale Kanunu'na tabi değildir. Ancak, bu Kanuna tabi olmayan kamu idarelerinin ihalelerinde de aşağı yukarı aynı yöntemler uygulanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İş Kanununun 29. maddesi, her iki uygulamayı da kavrayacak biçimde kaleme alınmış ve müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyen işçilerin ücretlerinin, bunların (yani müteahhidin veya taşeronun) istihkaklarından kesilerek, idarece ödenmesi öngörülmüştür.

3 - DİĞER GÜVENCELER

a) İş süreleri ve diğer çalışma koşulları

Esaslar'ın 2/a ve Şartname'nin 33/XIII maddeleri uyarınca müteahhit, çalıştırdığı işçilerin, işin dahil olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha aşağı olmayacak *şartlarda çalışmalarını* ve ücret almalarını sağlar. Ücret, yan ödeme ve *çalışma şartlarının* toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde müteahhit, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip bir iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerden veya müteahhidin bulunduğu iş kolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az olmayacak şekilde ücret, yan ödeme ve *çalışma şartlarını* temin eder.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, "ücrette belirli düzeyin altına inilmemesi"ne ilişkin olarak işçilere tanınan güvence, "iş süreleri ve diğer çalışma şartları" bakımından da söz konusudur. O halde, yukarıda "ücretin belirli düzeyin altına inilmemesi" başlığı altındaki açıklamalarımız, "çalışma şartları" bakımından da geçerlidir. Öte yandan, 94 sayılı Sözleşme'de zikredilen "iş süreleri" deyimini, Şartname ve Esaslar'a yansıtılmamış, sadece "çalışma şartları"ndan söz edilmiş olup, "çalışma şartları" kavramı, "iş süreleri"ni de içine aldığından, bunu bir eksiklik olarak görmediğimizi belirtmeliyiz

"İş süreleri" de dahil olmak üzere, ara dinlenmesi; gece çalışma süresi; hazırlama, tamamlama, temizleme işleri; çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı; yer ve su altında çalıştırma yasağı; gece çalıştırma yasağı; analık halinde çalıştırma yasağı gibi, işin düzenlenmesi ile ilgili diğer konuları da içeren "çalışma şartları", esasen İş mevzuatı ile de güvence altına alınmıştır.

b) İhtiyaçların karşılanması

"Çalışanların yiyeceği ve içeceği" başlığı altında Şartname'nin 36. maddesinde yer alan hüküm, esas itibarıyla, İş Kanunu'nun "kantin açılması" başlıklı 22. maddesinin bir başka şekilde ifadesidir.

c) Sağlık ve güvenlik önlemleri

Şartname'nin, "çalışanların sağlık işleri", ve "çalışanların kazaya uğramaları" başlıklı 34 ve 35. maddelerinde, bu maddelerde sayılan hususlarda müteahhitlerin, "yürürlükte olan sağlık ve güvenlik mevzuatı hükümlerine uygun olarak" gerekli önlemleri almak zorunda oldukları belirtilmiştir.

İşçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin hükümler İş Kanunu'nun 73 ila 82. maddelerinde düzenlenmiştir.

d) Sakat ve eski hükümlü çalıştırma

Şartname'nin 37. maddesinde, İş Kanunu'nun sakat ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu düzenleyen 25. maddesinin kısa bir tekrarı yapılmış ve uygulama konusunda anılan maddeye ve bu maddeye göre çıkarılan Tüzük hükümlerine göndermede bulunulmuştur.

KAMU SEKTÖRÜNE İLİŞKİN YETKİ VE SORUMLULUKLAR

1 - YETKİLİ VE SORUMLU KAMU KURULUŞLARI

94 sayılı Sözleşme'nin 1.maddesinde kullanılan deyim, "kamu kuruluşları"dır. Bu deyim, Esaslar'ın 1. maddesinde de aynen yer almıştır. İş Kanunu'nun 29. maddesinde, "genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar" sayılmışlardır. Şartnamenin 2. maddesinde ise, "genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler" yükümlülük altına sokulmuşlardır.

94 sayılı Sözleşme ile Esaslar'ın "kapsam"ı belirleyen 1. maddeleri, tartışmasız kamu tüzel kişilerinin tamamını kavramaktadır. İş Kanununun 29. maddesinin düzenleniş tarzına göre, kapsama dahil kamu tüzel kişileri bakımından, belli bir sınırlamaya gidildiği izlenimi edinilmekte ise de, maddede sayılan kavramlar incelendiğinde, bunların da kamu tüzel kişilerinin tümünü ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi kurumlar tarafından uygulandığı için, anılan Şartname'de sadece bu kurumların sayılması olağan karşılanmalıdır. Ancak, Esaslar'ın 1.maddesi ile İş Kanunu'nun 29. maddesi, Devlet İhale Kanunu kapsamına giren veya girmeyen tüm kamu tüzel kişilerini kapsadığı için, öngörülen yetki ve sorumluluklar da bütün kamu idareleri bakımından bağlayıcıdır. Nitekim, 29. maddeyle ilgili gerekçede, "...bu maddenin hususiyetide şumulüne yalnız artırma ve eksiltme kanununa tabi olan kamu tüzel kişilerinin değil, sair iktisadi devlet teşekküllerini ve ortaklarını da almış olmasıdır..."denilerek; kapsamın özellikle genişletildiği açıklanmıştır. Ayrıca, Esaslar'ın, İhale Kanunu kapsamına girsin ya da girmesin tüm kamu ihalelerine ait sözleşmelerin doğal eki sayıldığını; işçilerin çalışma şartları ile ilgili olarak başka şartnamelerde (BİGS dahil) farklı hükümler tespit edilmiş olsa dahi öncelikle bu Esaslar'ın uygulanması gerektiğini de unutmamak gerekir.

2 - YETKİ VE SORUMLULUK ALANINA GİREN İŞLER

94 sayılı Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinde, bu Sözleşme'nin, "bayındırlık işlerinin yapılması, tadili, tamiri veya yıkımı, materyal, levazım ve teçhizatın imali, takılması, işlenmesi veya nakli, hizmetlerin bizzat ifası veya temini" işlerinde; Sözleşme hükümlerinin büyük bir benzerlikle iç hukukumuzda yansıtılmasını sağlayan düzenlemelerden biri olan Esaslar'ın 1. maddesinde de, bu Esaslar'ın, "yapım, hizmet, dekapaj ve malzeme nakli işleri"nde uygulanacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

İş Kanunu'nun 29. maddesinde sayılan işler ise, "*her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işleri*"dir. BİGS'ne gelince, bu Şartname de, "tanımları Kanunun (2886 sK.) 4. maddesinde yapılmış olan *her türlü yapım ve hizmet işleri*"nde uygulanacaktır.

İş Kanunu'nun 29. maddesinde sadece, "yapım işi" kavramı içinde düşünebileceğimiz "yapım ve onarım" işlerinden söz edilmiş; hizmet ve nakil işlerine ise yer verilmemiştir. Sözleşme ve Esaslar'da belirtilen "nakil işi" ise malzeme nakli ile sınırlı tutulmuş; personel nakli işleri kapsama alınmamıştır. Ayrıca, yine Esaslar'da sözü edilen dekapaj işleri, diğer hukuki metinlerde yer almamıştır.

Görüldüğü gibi, konumuzla ilgili mevzuatta kavram birliği yerine sanki bir kavram kargaşası hakimdir. O halde, net bir sonuca varabilmek için öncelikle bu kavramların ne anlama geldiğinin açıklanması ihtiyacı vardır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesindeki tanımlamalara göre:

Yapım: Her türlü inşaat, ihzarat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işlerini,

Taşıma: Yükleme, taşıma, boşaltma, depolama ve bunlara ilişkin ambarlama işlerini,

Hizmet: Kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre çalıştırılan aylıklı, ücretli, yevmiyeli ve sözleşmeli personel istihdamı hariç olmak üzere gerçek veya tüzel kişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, prototip imalat, istikşaf (araştırma), etüt, harita, plan, proje, kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetleri, ifade etmektedir.

Dekupaj: Açık işletme biçiminde üretim yapmak amacıyla, bir mostrayı ya da çok derin olmayan yatağın bir bölümünü örten araziyi kaldırma işidir. (Büyük Larousse)

Konumuzla ilgili mevzuatın öngördüğü işleri, 2886 sayılı Kanundaki tanımların içine ithal edecek olursak, şöyle bir sonuca varırız:

Yapım işi: 94. sayılı Sözleşme'de sözü edilen, "bayındırlık işlerinin yapılması, tadili (değiştirilmesi), tamiri (onarımı) veya yıkımı, materyal, levazım ve teçhizatın imali (imalat), takılması (montaj), işlenmesi (iyileştirme, yenileştirme) işlerini; İşK. md. 29'da belirtilen, "her türlü bina, köprü, hat ve yol inşaaı gibi yapım ve onarım işlerini; Esaslar'ın 1. maddesinde geçen, "yapım" işini; Şartname'nin 1. maddesinde bahsedilen "her türlü yapım" işini;

Hizmet işi: 94 sayılı Sözleşme'de geçen, "hizmetlerin bizzat ifası veya temini"işini; Esaslar'ın 1.maddesinde sözü edilen, "hizmet" işini; Şartname'nin 1. maddesinde belirtilen "her türlü hizmet" işini;

Nakil işi: 94 sayılı Sözleşme'de belirtilen, "materyal, levazım ve teçhizatın...nakli" işini; Esaslar'ın 1. maddesinde geçen, "malzeme nakli" işini;

ifade etmektedir. Sadece Esaslar'da yer alan dekupaj'ın ansiklopedik tanımını ise yukarıda vermiştik.

Bütün bu açıklamalardan çıkardığımız sonuç şudur: İş Kanunu'nun 29. maddesinde kamu tüzel kişilerine ilişkin yetki ve sorumluluklar, Esaslar'da en kapsamlı biçimde yer aldığına; Esaslar'da yer alan hükümlerin de, ihale kanununa tabi olsun ya da olmasın, tüm kamu tüzel kişilerini bağladığına göre, Esaslar'da sözü edilen *yapım, hizmet, dekupaj ve malzeme nakli* işleri, yukarıda belirtildiği şekilde tanımlanmalı ve bu tanımlar kapsamına giren işleri müteahhitlere yaptırılan kamu tüzel kişilerinin, müteahhit ve taşeron işçilerine karşı yetki ve sorumluluk altında olduklarının kabulü gerekmektedir.

3 - YETKİ VE SORUMLULUĞUN KAPSAMI VE SINIRI

a) Yaptırılan işler bakımından

Kamu tüzel kişilerinin, işçilerin alacakları ve çalışma şartları bakımından yetki ve sorumlulukları, müteahhit veya taşeronlara verdikleri işlerin türü ile sınırlıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, kamu tüzel kişilerinin, yapım, hizmet, dekupaj ve malzeme nakli işleri dışındaki işler nedeniyle, müteahhit veya taşeron işçilerinin ücretleri ve çalışma koşullarının güvenceye alınması anlamında herhangi bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Örneğin, bir kamu idaresi, personel taşınması işini müteahhit aracılığı ile yaptırıyorsa, bu anlamda bir yetki ve sorumluluk altında değildir.

b) İşçi alacakları ve çalışma koşulları bakımından

Konumuzla ilgili mevzuatı irdelerken, 94 sayılı Sözleşme ve diğer hukuki düzenlemelerde işçilerin ücret ve çalışma koşulları bakımından bir takım güvenceler getirildiğini, bu amaçla kamu tüzel kişilerine bir takım yetki ve sorumluluklar verildiğini belirtmiştik. İşçilerin çalışma koşullarını ilgilendiren düzenlemeler, İş Kanunu'nun ilgili maddeleriyle güvenceye alındığı için, burada ağırlıklı olarak işçi ücretleri ile ilgili güvenceler üzerinde durulacaktır.

- Ücretle sınırlama:

94 sayılı Sözleşme'de, işçilere ücret bazında sağlanması gereken asgari haklar sıralanırken, bu ücretlere "ödenekler" in dahil olduğu belirtilmiş; ancak, müteahhit istihkakından kesintiyi düzenleyen 5. maddesinde, salt "ücretler" den söz edilmiştir. Sözleşme'deki bu ikilem, Esaslar'a da yansımış; ancak Esaslar'da, Sözleşme'den farklı olarak, "ödenek" yerine "yan ödeme" tabiri kullanılmıştır.

İş Kanunu'nun 29. maddesi ile BİGŞ'nin 33.maddesinde söz konusu edilen ise, sadece "ücretler" dir.

Maddede zikredilen "ücretler" sözcüğü ile, genel anlamda ücretin mi (İşK.md.26/I); yoksa geniş anlamda (giydirilmiş) ücretin mi kastedildiği tartışmalıdır. Kanımıza göre, Esaslar'da ve İşK. md.29'da "ücretler" denildiğine göre, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil, yıllık izin ücretleri ile primler, ikramiyeler, sosyal yardımlar gibi geniş anlamda ücrete dahil unsurların da bu tanım içinde düşünülmesi gerekir.

- Üç aylık ücretle sınırlama:

94 sayılı Sözleşme'de ve Esaslar'da kamu tüzel kişilerinin garantisinde olan ücret tutarı ile ilgili herhangi bir sınırlama bulunmamasına karşın, İşK.md.29'da ve Şartname md.33'de "üç aylık ücret" ten söz edilmiştir. Ancak buradaki sınırlama, işçinin üç aylık ücretini aşan alacağına hakedişlerden kesilmeyeceği anlamında olmayıp, kamu idarelerinin, "müteahhidin istihkakından kesinti suretiyle ücretin işçiye ödemesi" sorumluluğunun sınırınıdır. 29.maddedeki ifadeyle, "ücret alacağı olan işçilerin ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez."

Anılan maddenin üçüncü fıkrada hükmünde, işçilerin üç ayı aşan ücret alacakları da gözetilmiş ve bu amaçla, "anılan müteahhitlerin bu idarelerdeki her çeşit teminat ve istihkakları üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin *ücret alacaklarından* fazlası hakkında hüküm ifade eder" hükmü getirilmiştir. Ancak, buradaki düzenlemenin "teminat ve istihkakların devir, el değiştirme, haciz ve icra takibi" ile sınırlı olduğunu unutmamak gerekir. Bu fıkrada ile ilgili düşüncelerimiz, (İŞÇİ ALACAKLARININ GÜVENCEYE ALINMASI YÖNÜNDE, MÜTEAHHİTLERİN ALACAKLARI, HAKLARI VE VARLIKLARI ÜZERİNDEKİ KISITLAMALAR / 29. maddenin öngördüğü kısıtlamalar) başlığı altında, aşağıda açıklanmıştır.

c) Çalışanlar bakımından

94 sayılı Sözleşme'nin 1. maddesinin 3 numaralı bendinde yer alan hükme göre, "Bu sözleşme, taşeronlar veya mukaveleyi devir alan şahıslar tarafından yapılan işler hakkında (da) uygulanır; yetkili makam ... Sözleşmenin mezkur işlere uygulanmasını sağlamak üzere gereken tedbirleri alır." Bu kural, Esaslar'ın 2. maddesinin (d) bendine aynı şekilde yansıtılmış ve "müteahhit, söz konusu kamu ihalesine ilişkin olarak varsa taşeronun; yetkili kamu kuruluşu da sözleşmenin devri halinde işi devralan müteahhidin, bu çalışma şartlarına uymasını sağlayacak gerekli tedbirleri alır." denilmek suretiyle, ücret ve çalışma koşulları bakımından asıl müteahhidin işçilerine tanınan haklardan, taşeronun ve iş devredilmişse devralan işverenin çalıştırdığı işçilerin de yararlanmaları öngörülmüştür. Aynı hükmün bir benzeri, Şartname'nin 33. maddesinin onüçüncü paragrafında da yer almıştır.

İş Kanunu'nun 29. maddesinde, işçilerin ücret düzeyi ve çalışma koşullarına ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir. Sadece ödenmeyen ücretlerin müteahhit istihkakından kesilmesi ile ilgili olarak, taşeronun çalıştırdığı işçilerin ücret alacaklarının da müteahhit istihkakından kesileceği belirtilmiştir. Ancak, Esaslar'da yer alan hükümlerin tüm kamu tüzel kişilerince uygulanması zorunluluğu bulunduğundan, 29. maddede bu konunun düzenlenmemiş olması, taşeronlar ve işi devralan işverenlerin kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmez.

Bu düzenlemelerden çıkarılacak sonuca göre, idareden iş alan asıl müteahhitin yanısıra, müteahhitten iş alan taşeron ve - iş devredilmişse - devralan işveren de, Esaslar ve Şartname'de belirtilen ücret ve çalışma koşullarını işçilerine sağlamakla yükümlüdürler. Bu koşulların taşeron işçilerine sağlanmamasından müteahhit; devralan işverenin işçilerine sağlanmamasından ise kamu idaresi sorumludur.

Öte yandan, 29. maddenin uygulanmasında, işveren kamu idaresinin asıl işveren niteliğinde olup olmamasının önemi yoktur. Kamu kuruluşu işin tamamını ihale yöntemiyle müteahhide vermişse, Yargıtay içtihatlarına göre, asıl işveren - alt işveren ilişkisi doğmaz. Ancak bu ilişkinin doğmamış olması, kamu idaresinin, ücreti ödenmeyen müteahhit ve taşeron işçilerine ait ücretleri, müteahhit hakedişinden kesmesine engel değildir.

Müteahhitte taşeron arasındaki ilişki ise, asıl işveren- alt işveren ilişkisidir. Bu ilişkide asıl işveren müteahhidin de İş Kanunu'nun 1/son maddesinden kaynaklanan müteselsil sorumluluğu söz konusudur.

Ayrıca, kamu işverenlerine karşı doğrudan doğruya müteahhitler sorumlu tutulduğuna göre, ücreti ödenmeyen taşeron işçileri için müteahhidin hakedişinden kesinti yapılması halinde, müteahhitlerin de bu miktar için taşeronların kendilerinden olan alacaklarından kesinti yapabileceklerini kabul etmek gerekir.

Özetleyecek olursak, mevzuatın öngördüğü yetki ve sorumluluk, kamu tüzel kişisinden işi alan müteahhit, müteahhitten iş alan taşeron ve müteahhidin işi devretmesi halinde, devralan işverenleri kapsamaktadır. "İş Kanununun 29. maddesi, müteahhit ya da taşeronların alt işveren sıfatına sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulanma alanına sahiptir."

d) Çalışanlar bakımından

Yukarıdaki açıklamamızın doğal sonucu olarak, kamu idarelerinin çalışanlar bakımından yetki ve sorumlulukları öncelikle, müteahhit, taşeron ve devralan işverenin "işçi"lerini içine alır. Öncelikle diyoruz, çünkü, Şartname'de bir adım daha ileri gidilerek, müteahhit veya taşeron yanında çalışan "işçi"lerden başka, diğer "personel" ve "teknik elemanlar"ın, - belirli bir ücret düzeyi altına inilmemesi dışındaki - hakları da güvenceye alınmıştır. Sözü edilen personele tanınan bu güvenceler, ücretlerinin ödenmesi, sağlık ve güvenlik işleri, yiyecek ve içeceklerinin sağlanması olup, Şartname'nin 33, 34, 35 ve 36. maddelerinde açıkça dile getirilmiştir. Ancak, Şartname'nin sadece Devlet İhale Kanunu'na tabi kamu idarelerince uygulanmakta olduğunu hatırdan uzak tutmamak gerekir.

Kanun koyucu, kamu işverenlerine ait yapım ve onarım işlerinde çalışmayı esas almış ve bu işlerde çalışan işçilerin ücret alacaklarını güvence altına almak istemiştir. Kamu işverenleri müteahhitlere verdikleri yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden ücreti ödenmeyenlerin bulunduğunu tespit etmeleri halinde, bunların müteahhit ya da taşeronun işçisi olup olmadığına bakmaksızın, ödenmeyen ücret miktarını müteahhidin hakedişinden kesip ücreti ödenmeyen işçiye vermekle yükümlüdür.

4 - YETKİNİN KULLANILMASI

a) İlan

Kamu idareleri kendilerine verilen yetkilerini kullanırken, mevzuatın öngördüğü bir takım prosedürleri yerine getirmek durumundadırlar. Bunlardan biri "ilan"dır.

İlan zorunluluğunun iki amacı vardır. Birincisi, "sağlık, güvenlik, ücret gibi işçilerin çalışma şartları ile ilgili hususların" işçiler tarafından öğrenilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu yükümlülük 94 sayılı Sözleşme'nin 4.maddesiyle öngörülmüş; Esaslar'ın 2/c maddesi ile de uygulamaya konulmuştur. İlanın ikinci amacı ise, ücreti ödenmeyen işçilerin bulunup bulunmadığını belirlemektir. Bu amaçla kamu idaresi, müteahhide istihkak ödeneceğini, işyerinde şantiye şefliği işyeri "ilan tahtası" veya "işçilerin toplu bulunduğu yerler" gibi işçilerin görebilecekleri yerlere yazılı ilan asılmak suretiyle duyurur. (İş.K.md.29/II, BİGŞ. md.33)

b) İstihkaktan kesinti

İş Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrası "uyarınca, müteahhitlere ödenecek her istihkaktan önce yapılacak ilan sonucunda, işyerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin belirlenmesi halinde, kamu idareleri, müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların istihkaklarından öderler.(İş.K.md.29/I) Esaslar'ın 3 üncü ve Şartname'nin 33 üncü maddelerinde getirilen hükümler de aynı doğrultudadır.

Yeri gelmişken, "istihkak"ın ne anlama geldiğine de kısaca değinmek istiyoruz. İstihkaklar, müteahhitlerce iş programına uygun olarak yapılan işin ve işte kullanmak üzere işyerine getirilen malzemenin miktarını, birim fiyatını, tutarını; hak kazandığı fiyat farkının hesaplanma biçimini ve tutarını; sözleşme ve yasaların öngördüğü kesintileri gösteren raporlardır. Uygulamada bu belgeye "hakediş raporu" denilmektedir. Hakediş raporları, "geçici hakediş raporu" ve "kesin hakediş raporu" olmak üzere iki türdür. Geçici hakediş raporu, genellikle ayda bir düzenlenir ve müteahhitlerin o ay içinde yaptıkları işin karşılığını belirtir. Kesin hakediş raporu ise, iş bitirildikten sonra çıkarılacak kesin hesaba dayalı olarak düzenlenir. Gerekli imza, onay ve prosedürler tamamlandıktan sonra, hakediş raporlarında beliren miktarlar müteahhitlere fatura karşılığında ödenir.

İŞÇİ ALACAKLARININ GÜVENCEYE ALINMASI YÖNÜNDE, MÜTEAHHİTLERİN ALACAKLARI, HAKLARI VE VARLIKLARI ÜZERİNDEKİ KISITLAMALAR

1 - 29. MADDENİN ÖNGÖRDÜĞÜ KISITLAMALAR

İş Kanunu'nun 29. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, *müteahhitlerin iş yaptıkları kamu idaresindeki her çeşit "teminat" ve "istihkakları" üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi, bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarından fazlası hakkında hüküm ifade eder.*

Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, "Bir işverenin üçüncü kişiye olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan *tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş veya tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler* üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra kalan kısmı üzerinde hüküm ifade eder." hükmünü taşımaktadır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, 29.maddenin hukuki tasarruflar bakımından öngördüğü kısıtlamalar, kamu idaresinde "teminat ve istihkak"ı olan müteahhitler için farklı; kamudan iş alsın veya almasın, işyerinde "tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş veya tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler"i bulunan genel anlamda işverenler için farklıdır. Şimdi konuyu biraz açmaya çalışalım:

a) Kamu idarelerinden iş alan "müteahhitler" bakımından kısıtlamalar:

29.maddenin üçüncü fıkrasını unsurlarına ayırdığımızda şöyle bir sonuçla karşılaşırız:

- Bu fıkra, kamudan iş alan "müteahhitlerle" ilgilidir,
- Bu müteahhitlerin, "kamu idaresindeki" alacakları için söz konusudur,
- Alacağın türü "her çeşit teminat ve istihkak"tan ibarettir.
- Söz konusu alacaklar üzerindeki sınırlama, "bu işte çalışan" işçilerin ücretleri bakımından geçerlidir. Örneğin müteahhit, bir bina yapımını üstlenmişse, bu işte, yani bina yapım işinde çalışan işçilerin ücretleri için geçerlidir.
- Ücretin miktarı yönünden bir sınırlama bahis mevzuu edilmemiştir.

Ayrıca, 29.maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen "üç aylık ücret tutarı", müteahhitlerin teminat ve istihkakları üzerinde üçüncü fıkraya konu hukuki tasarrufların istisnasını değil; kamu idarelerinin sorumluluğunun sınırını ifade eder. Bir başka deyişle, ücret alacağı olan işçilerin ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez;

ancak, müteahhitlerin idarede bulunan teminat ve istihkakları üzerinde, devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi söz konusu olduğunda, bu tür işlemler, işçilerin üç aylık değil, tüm ücret alacaklarından fazlası hakkında hüküm ifade eder.

Üçüncü fıkradaki bu düzenleme, 94 sayılı Sözleşme'nin 5/2 ve Esaslar'ın 3. maddelerine de uygun düşmektedir. Zira bu hükümlerde, işçilerin üç aylık değil, bütün ücretlerinin güvenceye alınması öngörülmüştür. Böylece Yasa Koyucu, kamu idarelerinin sorumluluğunu işçinin üç aylık ücret tutarı ile sınırlarken, müteahhidin teminat ve istihkakları üzerindeki hukuki tasarrufların söz konusu olduğu hallerde, işçilerin ücret alacakları olup olmadığının bir kere daha gözden geçirilmesini, varsa, teminat ve istihkaklardan işçilerin ücretlerini karşılayacak kadarının, işçilere ödenmek üzere alıkonulmasını arzulamış ve böylece işçilerin ücret alacakları için, üçüncü fıkra da sayılan işlerle sınırlı da olsa ek bir güvence getirmek istemiştir. Bu konudaki yükümlülük, elbetteki, devir ve el değiştirme işlemleri ile haciz ve icra takibini yapmakla görevli olanlara ait olacaktır.

Bu nitelikleri itibarıyla üçüncü fıkra, kamu idarelerinden iş alan müteahhitler ve işçileri ilgilendiren "özel" bir hükmü içermektedir.

b) Genel olarak " bir işveren" bakımından kısıtlamalar:

Aynı maddenin dördüncü fıkrasını tahlile tabi tuttuğumuzda ise karşılaştığımız sonuç şudur:

- Bu fıkra, kamudan iş alan müteahhitten değil, "bir işveren"den söz edilmiştir. Dolayısıyla bu işveren, kamudan iş alan müteahhit olabileceği gibi, taşeron, devralan işveren veya herhangi bir alanda faaliyet gösteren herhangi bir "işveren" olabilir,
- Bu işverenin "işyerinde bulunan" patrimuanı bakımından kısıtlama söz konusudur.
- Kısıtlamaya tabi patrimuanı "tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş veya tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler"dir.
- Kısıtlama, "bu işyerinde çalışan" işçilerin ücret alacakları ile ilgilidir. Üçüncü fıkradaki gibi yapılan "iş" değil; çalışılan "işyeri" baz alınmıştır.
- İşçilerin "üç aylık" dönem içindeki ücret alacakları için geçerlidir. Oysa üçüncü fıkra da bu tür bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Sayılan bu özellikleri nedeniyle dördüncü fıkra hükmü, İş Kanunu kapsamındaki tüm işverenlerle bunların işçilerini ilgilendirmekte, bu yönüyle de "genel" mahiyettedir.

2 - MEDENİ KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ KISITLAMALAR

Medeni Kanunun 807.maddesi uyarınca, müteahhit ve işçiler, bir taşınmaz üzerindeki yapıda veya başka yapılarda, malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları dolayısıyla malikten veya müteahhitten olan alacakları için, o taşınmaz üzerinde, kanuni bir ipotegün tescilini isteyebilirler. Aynı Kanunun 809. maddesine göre, işçilerin ve müteahhitlerin ipotek hakkı, işin icrasını yükledikleri günden itibaren tapu siciline kaydolunur. Ayrıca müteahhit ve işçiler, anılan Kanunun 811.maddesinde belirtilen koşullarda, ipotek hakkı tescil edilen taşınmaz üzerinde öncelik hakkına sahip olurlar.

ÖZEL SEKTÖRE İLİŞKİN YETKİ VE SORUMLULUK

1 - ÖZEL SEKTÖRE TANINAN YETKİLER

29.maddenin son fıkrasında yer alan hükme göre, bu maddede kamu tüzel kişilerine ve bazı teşekküllere verilen yetkileri, bu kanunun birinci maddesinin son fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan bütün işverenler de kullanmaya yetkilidir. "Bu yetkileri kullanmak, maddede sözü edilen kamu kurum ve kuruluşları için, asıl işveren sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın bir yükümlülük olarak öngörülmüş iken, bunlar dışında kalan l. maddenin son fıkrasına göre sorumluluk taşıyan asıl işveren için, kullanılıp kullanılmaması bunların iradesine bağlı tutulmuştur."

2 - ÖZEL SEKTÖRÜN SORUMLULUĞU

29. maddede sözü edilen yetkilerin 1/son maddeye göre sorumluluk taşıyan asıl işverenlerin de kullanabileceklerinin belirtilip, bunlar için bir sorumluluktan söz edilmemesinin nedeni, asıl işverenlerin 1. maddenin son fıkrasına göre başkalarına verdikleri işlerde çalışan işçilere karşı zaten müteselsil sorumlu olmalarıdır.

94 sayılı Sözleşme'nin mevzuatımıza ne derecede yansıtıldığını gösteren karşılaştırmalı tablo

94 sayılı uluslararası sözleşme hükmü	iş kanunlarındaki hüküm	bayındırlık işleri genel şartnamesindeki hüküm	kamu kuruluşlarınınca yaptırılacak işlerde, işçilerin çalışma şartları ile ilgili genel esaslar hükmü	diğer mevzuat hükümleri
Bu sözleşme, kamu kurumlarınınca müteahhitlere yaptırılan inşaat, onarım, tadilat, yıkım, materyal, levazım ve teçhizatın imali, takılması, işlenmesi veya nakli işlerinde uygulanır. (md.1/1)	Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanunla verilmiş yetkiye dayanarak kurulan banka ve kuruluşlar; müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşaatı gibi yapım ve onarım işlerinde...(md.29/1)	Bu Genel Şartname, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idareler ve belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca taahhüde bağladıkları yapım ve hizmet işlerini kapsar. (md.2/1)	Kamu kuruluşlarınınca yaptırılacak yapım, hizmet, dekupaj ve malzeme nakil işlerinin ihalesinde...(md.1) Yukarıda belirtilen işleri yapmayı taahhüt eden taraf, işçilerin sağlık ve güvenliği, çalışma şartları ve ücretle ilgili mevzuat hükümlerine uyar. (md.2/a) İşçilerin çalışma şartları ile ilgili olarak başka şartnamelerde farklı hükümler tespit edilmiş olsa dahi öncelikle bu Genel Esaslar uygulanır. (md.8)	
Yetkili makam, merkezi makamlardan gayri makamlar tarafından yapılmış olan mukavelelere sözleşmenin ne ölçüde ve hangi şartlar dahilinde uygulanacağını tayin edecektir.(md.1/2)		Bu Genel Şartname, iş sahibi idareler tarafından kanunda yazılı usullerden biri ile yaptırılan ve tanımları aynı kanunun 4. maddesinde yapılmış olan her türlü yapım ve hizmet ilişkilerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit eder. (md.1)	Bu Genel Esaslar, metin olarak konmamış olsa dahi, 1 inci maddeye göre tespit edilen parasal sınırın üzerindeki keşif bedelini haiz işlere ait sözleşmelerin tabii eki sayılır.(md.7) İşçilerin çalışma şartları ile ilgili olarak başka şartnamelerde farklı hükümler tespit edilmiş olsa dahi öncelikle bu Genel Esaslar uygulanır. (md.8)	
Bu Sözleşme, taşeronlar veya mukaveleyi devir alan şahıslar tarafından yapılan işler hakkında uygulanır; yetkili makam bu Sözleşmenin mezkur işlere uygulanmasını sağlamak üzere gereken tedbirleri alacaktır.(md.1/3)		Müteahhit, varsa taşeronlarının, iş sahibi idarede sözleşmenin devri halinde işi devir alan müteahhidin bu çalışma şartlarına uymalarını sağlayacak gerekli tedbirleri alacaktır. (md.33/XIII) Müteahhit üstlenmiş olduğu işi ..devredebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gerekir. Ayrıca devir alacaklar da ilk ihaledeki şartlar aranır(md.46).	Müteahhit, sözkonusu kamu ihalesine ilişkin olarak varsa taşeronun, yetkili kamu kuruluşu da sözleşmenin devri halinde işi devralan müteahhidin, bu çalışma şartlarına uymasını sağlayacak gerekli tedbirleri alır.(md.2/d)	Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır (2886 SK.md.66).
İlgili işveren ve işçi teşekküllerinin mevcut olduğu yerlerde bu teşekküllerle istişareden sonra yetkili makam tarafından tayin edilen bir haddi geçmeyecek tutarda bir amme fonunun sarfını istilzam eden mukaveleler, bu Sözleşmenin uygulamasından istisna edilebilir.(md.1/4)		Keşif bedeli veya tahmin edilen bedeli...liraya kadar olan her türlü yapım ve hizmet işlerinde bu şartnamenin uygulanması zorunlu değildir.Keşif bedeli veya tahmin edilen bedeli ...liradan ...liraya kadar olan işlerde ise, bu şartnamenin ...33.maddenin çalışma şartları ile ilgili son iki fıkrası, işin gereğine göre idareler tarafından değiştirilerek uygulanabilir veya tümüyle uygulanmayabilir.(md.2/II)	...Keşif bedeli...her yıl Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayımlanacak karne katsayısı vasıtasıyla bu parasal sınırın sözkonusu yıla dönüştürülmüş miktarından, az olmayan ve ihalenin diğer tarafınca işçi istihdamını gerektiren sözleşmelere çalışma şartları ile ilgili hükümler konulması mecburidir. BİGS' nin 2.maddesinin, bu maddeye göre belirlenecek parasal sınırlara aykırı olan hükümleri geçersizdir.	
Yetkili makam, ilgili işveren ve işçi teşekküllerinin mevcut olduğu yerlerde bu teşekküllerde istişareden sonra idari mevkiiler işgal veya teknik veya ilmi mahiyette vazifeler ifa edip, çalışma şartları millî mevzuat veya kollektif mukavele veya bir hakem kararı ile tanzim edilmemiş olan ve umumiyetle bedeni bir iş görmeyen kimseleri bu sözleşmenin		BİGS'de bu tür bir istisna getirilmemiştir. BİGS hükümlerine göre işveren idare, müteahhidin bütün işçi, personel ve teknik elemanı için, ücretin ödenmesi, çalışma şartları, sağlık işleri vb. haklarını garantiye alacak hükümler getirilmiştir. (md.33, 34, 35, 36)	İşçilerle sınırlı tutulmuştur.	

tatbik sahası dışında bırakabilir.(md.1/5)				
Bu sözleşmenin kapsamına giren mukaveleler, ilgili işçilere, işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki iş için, toplu sözleşme, hakem kararı veya milli mevzuatla belirlenmiş olanlardan daha az elverişli olmayan ücretleri, (ödenekler dahil)iş sürelerini ve diğer çalışma şartlarını garanti eden hükümleri içerecektir.(md.2/1)		Müteahhit çalıştırdığı işçilerin, işin yapılmakta olduğu bir işkolu veya meslekte aynı tipteki bu iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha az elverişli olmayan şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlayacaktır. (md.33)	b) Müteahhit, çalıştırdığı işçilerin, işin dahil olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha aşağı olmayacak şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlar. (md.2/b)	
Yukarıda zikredilen çalışma şartları, işin yapıldığı bölgede, yukarıda yazılı şekillerden birine göre tanzim edilmediği takdirde, mukavelelere konulacak maddeler, ilgili işçilere; benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki bir iş için toplu sözleşme, hakem kararı veya milli mevzuat yoluyla belirlenmiş olanlardan; Veya, kendisiyle mukavele yapılan müteahhidin iş yaptığı iş kolu veya sanayide mensup olup, benzeri şartları içinde bulunan işverenlerin o iş kolu veya sanayide riayet ettikleri genel seviyeden, daha az elverişli olmayan ücretleri, iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti edecektir. (md.2/2)		Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde müteahhit, en yakın ve uygun bir bölgedeki işkolu veya meslekteki aynı tip bir iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerde veya müteahhidin bulunduğu işkolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az elverişli olmayan ücret, yan ödeme ve çalışma şartları sağlayacaktır.(md.33)	Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde müteahhit, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerden veya müteahhidin bulunduğu iş kolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az olmayacak şekilde ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını temin eder. (md.2/b)	
Müteahhitlerin, şartların mahiyetinden haberdar olabilmeleri için, yetkili makam, şartnamelerin ilanı gibi lüzumlu tedbirleri veya sair her türlü tedbirleri alacaktır. (md.2/4)			Müteahhitlerin çalışma şartları ile ilgili gerekli bilgiyi önceden sahip olabilmeleri için sözleşmeye konacak çalışma şartlarına ait bilgilerin ihale dosyasında bulunduğu hususu ihale şartnamesinde belirtilir.(md.6)	İhale ilanlarında, şartname ve eklerinin nereden ve hangi şartlarla alınacağı belirtilir.(2886 sK. md.18) İlan yapıldıktan sonra şartname ve eklerinde değişiklik yapılması zorunlu olursa, önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur.(2886 sK. md.19)
Bu sözleşme hükümlerini uygulamaya koyan kanun, tüzük, veya diğer metinler: Bütün ilgililere bildirilecek; Bunların uygulanmasını sağlamakla mükellef kimseleri tasrih edecek; İşçileri, tabi oldukları çalışma şartlarından haberdar etmek üzere, iş yerlerinde veya diğer çalışma mahallerinde herkesçe görülebilecek bir şekilde ilanlar konulmasını mecburi kılacak;		Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliğinde gösterilmiştir.(RG.5.9.1979-16745) (müteahhidin istihkakından kesinti yapılabilmesi için),müteahhidin hakediş isteği ve hakedişin ödeneceği tarih, 1475/29'da yazılı olduğu şekilde ilan olunur(md. 33/IV).	c) Kamu kuruluşlarının 1.maddeye göre tespit edilen parasal sınırın üzerindeki keşif bedelini haiz yapım ve hizmet işlerinde sağlık, güvenlik, ücret gibi işçilerin çalışma şartları ile ilgili hususları belirten afiş ve ilanlar, müteahhitlikçe işyeri ve eklentilerinde işçiler tarafından kolayca görülebilecek yerlerde, şantiye faaliyetinin fiilen başladığı tarihten itibaren 1 ay içinde ilan tahtalarına asılmak suretiyle duyurulur (md.2/c).	Türk Hukuk sistemine göre, bu tür metinler Resmi Gazetede ilan edilmektedir.
İlgili işçilerin çalıştıkları müddetleri ve kendilerine ödenen ücretleri gösterir münasip defterler tutulmasını;	İşveren her ödemede işçiyeye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek veya işçinin yanında bulunan deftere ücretle ilgili bu hesapları yine imzası veya özel işareti altında kaydetmek zorundadır.(md.30) Her İşveren çalıştırdığı işçilerin doğum yılları itibarıyla kadın ve erkek olarak ayrı ayrı çizelgelerini düzenlemek ve işyerine	Müteahhit yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak, işe aldığı her işçi personel ve teknik eleman işe girdiği tarihi, adı ve soyadını, ücretini ve ücretin ödeneceği tarihi gösteren, kendisi veya vekili tarafından imzalanmış usulüne uygun bir karne vermek zorundadır. (md.33/1)	Uygulamayı sağlamak için gerekli denetim, idarelerce	

Bunların müessir bir tarzda tatbikini sağlayacak münasip bir teftiş rejimi kurulmasını derpiş edecektir (md.4).	giren her işçiyi ilgili çizelgeye kaydetmek ve işyerinden ayrılan işçinin karşısına gerekli açıklamayı yapmak, bu çizelgeleri istendiği zaman yetkili memurlara göstermek zorundadır(md.71). Bu maddelere uyulmaması halinde İşK.md.99/B, 107. maddeleri uyarınca cezai müeyyide uygulanır. Çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını Devlet izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikle teftiş ve denetlemeye yetkili memurlarca yapılır(md.88).		İlgili mevzuata göre yapılır. (md.4)	
Kamu mukavelelerine konulan çalışma şartlarına riayetten ve bunları uygulamaktan imtina edilmesi halinde, mukavele yapmayı red yoluyla veya diğer herhangi bir başka yolla, uygun müeyyideler uygulanacaktır. (md.5/1)		Müteahhidin yukarıdaki paragrafta açıklanan çalışma şartlarına uymaması veya bu şartları uygulamaması halinde 47. madde hükümleri ile "Yapım ve Hizmet İhalelerine Katılma Tüzüğü" nün ceza hükümleri uygulanır. (md.33/son)	Müteahhidin söz konusu çalışma şartlarına uymadığının veya bu şartları uygulamadığının tespiti halinde, gerekli idari ve cezai kovuşturma yapılarak müeyyide uygulanır.(md.5)	Sözleşme yapıldıktan sonra..müteahhitin...taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, ...kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilir.(2886 sK md./62) Taşeron, anlaşma ve eklerinde tayin olunan vecibelerden herhangi birine riayet etmezse,...anlaşma feshedilebilir (EİAUY md.26).
İlgili işçilerin hakları olan ücretleri elde edebilmeleri için, mukavele gereğince tahakkuk eden istihkaklardan kesinti yapmak yoluyla yahut da diğer herhangi bir başka yolla uygun tedbirler alınacaktır.(md.5/2)	..müteahhitlere ödenecek her istihkaktan önce işyerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrol edip ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların istihkaklarından öderler (md.29/I).	Kontrol teşkilatı iş yerinde çalışanlar arasında müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten ve taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretlerin müteahhit hakedişinden ödenmesini sağlar. (md.33/III)	İlgili işçilerin şikayeti üzerine, ihaleye taraf olan kamu kuruluşu, 2 nci maddede öngörülen hükümler uyarınca, işçilerin hak sahibi oldukları ücretleri alamadıklarını tespit etmesi halinde, müteahhidin istihkakından uygun bir kısmını alıyarak bu meblağı müteahhit adına işçilere öder. (md.3)	Eğer taşeron işçi ücretlerini zamanında veya herhangi bir şekilde ödemezse, taşeron hakedişinden gerekli kesinti yapılmak suretiyle komisyonca ödeme yapılır. (EİAUY md.20)

Ar. Gör. Özgür Öztürk

İTÜ İşletme Fakültesi

1973 yılında doğdu. 1994 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Halen A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsünde "İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasında İşçi Kesiminin Rolü" adlı yüksek lisans tezi çalışmalarını sürdürmektedir.

SIGORTALI HİZMETİN TESPİTİ

I-GİRİŞ

Ülkemizde Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olması gerektiği halde Kurumun bilgisi dışında çalıştırılan büyük bir kitlenin olduğu bilinen bir gerçektir. Sorun, işveren ve sigortalıların bilgisizliği, işverenin sigorta primlerini ödemek istememesi; iş güvencesinden yoksun olan sigortalının da bunu kabule mecbur kalması gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda sigortalıların da ücretlerinden yapılacak prim kesintilerinden kurtulmak için Kuruma bildirilmeden çalışmayı kabul hatta teklif ettikleri düşünülürse çalışanların da sorunun oluşumunda katkıları olduğu ortaya çıkar. Yine iş güvencesinin yokluğu nedeniyle şikayet mekanizmasının işletilmemesi ve denetimlerin de yetersiz olması konunun daha idari aşamada çözüme kavuşturulmasını engeller. Bu nedenle sigortalı hizmetin tespiti davaları iş mahkemelerini ve giderek Yargıtayın ilgili dairesini en çok meşgul eden uyuşmazlıklar arasında yer almaktadır. Gerçekten söz konusu davalarla ilgili olarak oldukça zengin ve büyük ölçüde tutarlı bir içtihat olduğu söylenebilir.

Çalışmanın amacı Yargıtay kararları çerçevesinde sigortalı hizmetin tespiti davasının genel esaslarını ortaya koymaktır. Bu sebeple prim belgelerinin Kuruma verilmemesinin diğer bir sonucu olan 'prim belgelerinin Kurumca re'sen düzenlenmesi ve prim borcunun saptanması' incelememiz dışında kalacaktır.

II-DÜZENLEMENİN AMACI

Sosyal güvenlik hakkı, bireylerin geleceğe güvenle bakmalarını sağlayan bir insan hakkıdır. Aynı zamanda "sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir". Bu esası göz önüne alan anayasa koyucu "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı altında sosyal güvenlik hakkını da düzenlemiş ve 60'ncı madde ile "herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" hükmünü getirmiştir. Görüldüğü gibi vatandaşlara bu konuda anayasal bir hak tanınırken, devlete de onların bu haktan yararlanmasını sağlayacak şartları hazırlama görevi yüklenmiştir. Devlet kendisine anayasa tarafından verilen görevi yerine getirebilmek için çeşitli kanunlar çıkarmış, kurumlar kurmuştur. İnceleyeceğimiz 'sigortalı hizmetlerin yargı kararı ile tespiti', ise bu geniş yelpaze içinde anılan amaca hizmet edecek araçlardan sadece birisidir.

Anılan hükme göre, "yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır."

Belirttiğimiz gibi SSK m.79/8 genel olarak sosyal güvenliğin sağlanması araçlarından birisidir. Söz konusu düzenlemenin özel amacı ise, kanunun diğer maddeleriyle birlikte değerlendirildiğinde daha açık biçimde ortaya çıkar.

SSK m.6/1'e göre, çalıştırılanlar işe alınmakla kendiliğinden sigortalı olurlar. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında sigortalı olmak hak ve yükümünden vazgeçilemeyeceği öngörülmüştür. Gerçekten, işe başlamakla sigortalılık niteliği kazanılır ve sigorta kollarına tabi olunur. Ne var ki, tek başına sigortalılık bazı sigorta kollarının sağladığı birtakım haklardan yararlanmak için yeterli değildir. Bunun için belli bir süreden beri sigortalı olmak ve/veya o sigorta kolu için belli bir prim ödeme gün sayısına ulaşmak gerekir (SSK m.32/E, 35/son, 37/1, 40/1, 42/son, 48/A, B, 49, 51, 54/b, 60, 66). Prim ödeme gün sayıları kimi zaman da bağlanacak aylıkların hesaplanması açısından önem taşır (SSK m.55, 61, 67).

Sigortalı hakkındaki böylesine önemli bilgilerin, bu doğrultuda işlem yapılabilmesi için Kuruma ulaşması gerekir. Bunu sağlamak için de sigortalı çalıştıran işverenlere sosyal sigorta ilişkisi çerçevesinde bazı yükümlülükler getirilmiştir.

İşveren öncelikle işyerini (SSK m.8) ve çalıştırdığı sigortalıları (SSK m.9) SS Kurumuna bildirmek zorundadır. Böylelikle Kurum, işyeri ve sigortalıdan haberdar olur, onları takip edebilir. İşveren ayrıca çalıştırdığı sigortalı sayısı, sigorta primleri hesabına esas tutulacak kazançlar toplamı (SSK m.77), prim ödeme gün sayıları ve sigorta primleri miktarını da Kuruma bildirmelidir (SSK m.79/1). Bu da örnekleri Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliğinde gösterilen 'aylık sigorta primleri bildirgesi' (SSİY m.16) ve 'dört aylık sigorta primleri bordrosu' (SSİY m.17) düzenleyerek yapılır.

İşveren bu yükümlülüklerini yerine getirmemez, SS Kurumu da bunu tespit edemezse Kurumun bilgisi dışında, 'kaçak', sigortalı çalıştırılması söz konusu olur. Tekrarlayarak belirtelim ki, işverenin bildirim yükümlüklerini yerine getirmemesi çalışanın sigortalılığını değil fakat kazanılması süre ve/veya belirli bir prim ödeme gün sayısına bağlanmış haklarını engeller. İşte SSK m.79/8'deki hükmün amacı, sigortalıların açacakları bir dava ile işverenin Kuruma vermediği belgelerde bulunması gereken hususların tespit edilerek bunun Kurum tarafından nazara alınmasını sağlamaktır.

III-SİGORTALI HİZMETİN TESPİTİ DAVASI

1- GENEL OLARAK

Sigortalı, işveren ve SS Kurumu arasında kurulan sosyal sigorta (çalışma) ilişkisi kamu hukuku niteliği taşır. Tarafların hak ve yükümlülükleri de bu çerçevede içinde değerlendirilir. Sigortalılığın zorunlu oluşu, sigortalı olmanın getirdiği hak ve yükümlülüklerden kaçınmama, sosyal sigorta ilişkisinin bir kamu hukuku ilişkisi olmasından kaynaklanır.

Sigortalı hizmetin tespiti davasında hakim tarafların kanıt ve beyanlarıyla yetinmez, kendiliğinden araştırma yapabilir, başka deliller inceleyebilir. Kanımızca hakim bu re'sen inceleme yetkisi Yargıtayın kararlarında değindiği, sigortalı hizmetin tespiti davasının kamu düzenine ilişkin olmasından değil, sosyal sigorta ilişkisinin bir kamu hukuku ilişkisi niteliği taşımasından kaynaklanır.

2- DAVANIN NİTELİĞİ

SSK m.79/8'de sözü edilen dava, nitelik itibarıyla bir olumlu tespit davasıdır. Ne var ki, bu dava ileride açılacak olan eda davasına esas teşkil edecek bir tespit davası olarak nitelenemez. Kanuni düzenlemeye göre davacı, açacağı davada sigortalı hizmetlerinin tespitini isteyecek; talebi kabul edilirse alacağı ilamı gerekli işlemleri yapması için Kuruma iletacaktır. Bu nedenle sigortalı hizmetin tespiti ve örneğin Kurumca aylık aylığı bağlanması taleplerinin aynı davada görülüp sonuçlandırılması mümkün değildir. Yine aynı gerekçeyle bu davalarda, eda davasının açılması mümkün olan hallerde tespit isteğinde bulunmakta hukuki yarar yoktur gerekçesiyle ret kararı verilemez. Davacının bu davayı açmaktaki hukuki yararı bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.

Ancak varılan bu sonuç hukuki yararın tamamen göz ardı edileceği anlamına da gelmemelidir. Alınan ilam sigortalıya bir yarar sağlamayacaksa, örneğin mevcut hizmetlerle birleştirilmek üzere eski hizmetlerin tespiti istenmiş ve fakat bu hizmetlerin birleştirilmesi mümkün değilse dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir.

Sigortalı hizmetin tespiti davasında hukuki yarar konusu ile ilgili olarak deyinilmesi gerektiğine inandığımız son bir nokta da tespitinin bütün sigorta kolları için istenip istenemeyeceği sorudur. Aslında bu şekilde bir adlandırmanın sorunu tam olarak karşıladığı söylenemez. Gerçekten, mahkeme dava sonucunda vereceği kararda sadece hangi tarihler arasında kaç gün çalışıldığını (prim ödeme gün sayısını) ve günlük çalışma ücretini belirler. Mahkeme ilamında gösterilen ücret üzerinden alınacak prim oranları ve miktarlarını kanundaki usule uygun olarak (SSK m.72 vd.) SS Kurumu hesaplayacaktır.

Yargıtay, sigortalı hizmetin tespiti ve o döneme ait primlerin işverenden tahsil edilip davacı sigortalıya verilmesi istemiyle açılan bir davada haklı olarak primleri takip ve tahsil yetkisinin SS Kurumuna ait olduğuna karar vermiştir. Ancak yine aynı kararda Yargıtay, "Kurumun kısa vadeli sigorta kolları için geçmiş döneme ilişkin olmak üzere, yapacağı bir hizmet, prim tespit ve tahsili söz konusu olamaz" demektedir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla sigortalı tarafından kısa vadeli sigorta kollarında eskiden yapılmış olması gereken bir takım yardımları ve bağlanması gereken bazı ödenekleri alabilmek amacıyla açılan ve Kuruma bildirilmemiş prim ödeme gün sayılarının tespitini isteyen dava yukarıdaki gerekçeyle, hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir.

Gerçekten, SSK m.10'daki düzenlemeye göre sigortalı çalıştırılmaya başlandığı süresi içinde Kuruma bildirilmezse, bildirgenin sonradan verildiği veya çalışmanın Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde sigorta yardımları ilgililere Kurumca sağlanacaktır. SSK m.79/son'da da sigortalının prim ödeme şartını yerine getirdiği halde prim belgelerinin verilmemesinin veya verilen belgelerde prim ödeme gün sayılarının eksik gösterildiğinin Kurumca tespiti halinde bunlara hastalık ve analık sigortalarından gerekli yardım yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, bildirilmeyen sigortalılar için prim ödeme gün sayısına bağlı olmayan yardımlar SSKm.10'a göre sağlanacaktır. Hastalık ve analık sigortalarında kazanımları belli bir prim ödeme gün sayısına bağlanan yardımlar için ise SSK m.79/son'a gitmek gerekecektir. Bu son halde Kurumun yapacağı tespit mahkeme ilamı yerine geçecektir. Kanun koyucunun genel kuraldan ayrılmasının temelinde hastalık ve analık risklerinin ani oluşu ve bunlar için derhal yardım yapılması gereği yatmaktadır.

Bu şekliyle kısa vadeli sigorta kollarından yapılacak yardımlardan yararlanabilmek için sigortalı hizmetin tespiti davasının açılmasının gereksiz olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkar gözükmektedir. Ancak kabul edilmelidir ki, Kurumun tespitinin bulunmadığı durumlarda anılan davayı açma gereği doğacaktır. Bunun yanında Kurumun yapacağı tespiti karşı sigortalı tarafından itiraz edilebilir. Kurum nezdinde yapacağı başvurudan (SSK m.119). Bir sonuç alamayan sigortalı m.79/8'de öngörülmüş olan davayı açabilmelidir. Maddede davanın sadece uzun vadeli sigorta kolları için söz konusu olacağına dair bir sınırlama yoktur.

Yargıtay kararında savunulan, "Kurumun kısa vadeli sigorta kolları için geçmiş döneme ilişkin olmak üzere yapabileceği bir hizmet söz konusu olamaz" şeklindeki görüş ise kabul edilemez niteliktedir. Böyle bir düşünce tarzı, bazen büyük miktarlara varan harcamalar yapmak zorunda kalan, sigortalıların kendi kaderleriyle baş başa bırakılması sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki, Kurumun geçmiş dönem için ödemeler yapabileceği bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Gerçekten, SSK m. 99'da hak kazanılan gelir ve aylıklar ile diğer yardımların hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenebileceği hükme bağlanmıştır. Açılan tespit davası sonucunda aradaki hukuki ilişki kesin olarak tespit edilmiş olacağına göre, kanımızca, sigortalı geriye doğru beş yıllık haklarını alabilmek için tespit davası açabilecektir.

3- GÖREVLİ MAHKEME

Sosyal Sigortalar Kanununun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir(SSK m.134). Dolayısıyla sigortalı hizmetin tespiti davası da iş mahkemesinde, iş mahkemesinin kurulmadığı yerlerde görevlendirilecek olan mahkemede görülür.

4- YETKİLİ MAHKEME

SSK m.134'te kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların yetkili iş mahkemesinde çözüleceği öngörülmüş, ancak yetkili mahkemenin hangisi olacağı yolunda bir hüküm getirilmemiştir. Yargıtay'a göre, iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen İş Mahkemeleri Kanununun (İMK) 5'nci maddesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklara ilişkindir. Bu nedenle maddenin sigortalı hizmetin tespiti davalarında uygulanma imkanı yoktur. Dolayısıyla yetkili mahkemenin HUMK'a göre belirlenmesi gerekir.

HUMK m.9'da genel yetki kuralı getirilmiştir. Aşağıda da görüleceği gibi sigortalı hizmetin tespiti davasının davalıları işveren ve SS Kurumudur. Anılan maddeye göre birden fazla davalı olması halinde, dava davalılardan birisinin ikâmetgâhı mahkemesinde açılabilir. Hükümün uygulanması için davalılar arasındaki dava arkadaşılığının ihtiyârî veya mecburi olması arasında bir fark yoktur.

Bunun dışında davalılardan birisi için özel yetki kuralı öngörülmüş olabilir. Gerçekte, HUMK m.17'ye göre dava konusu işlemi yapan SS Kurumu şubesinin bulunduğu yer mahkemesi özel yetkili olarak kabul edilmiştir. Ne var ki, şubenin bulunduğu yer mahkemesi davalılardan işveren için özel yetkili mahkeme olmadığından, işveren burada açılan bir davaya karşı yetki itirazında bulunabilir.

5- DAVANIN TARAFLARI

a) Davacı

aa) Sigortalı

Sigortalı hizmetin tespiti davasında davacı, tespitini istediği süreler bakımından sigortalı niteliğini taşımaktadır. Taraf sıfatına sahip olabilmesi için bu şarttır.

Bu nedenle önce kimlerin sigortalı olduğu ortaya konulmalıdır. Belirtelim ki, burada sözü edilen sigortalı zorunlu sigortalıdır. İsteğe bağlı sigortalılık ve topluluk sigortasında sigorta primlerini kesen ve sigortalıları SS Kurumuna bildirmek zorunda olan bir işveren bulunmadığı, prim yatırıp yatırmamak, Kurum ile ilişkileri kurmak ve devam ettirmek, kural olarak, sigortalıların iradesine bırakıldığı için bunların SSK m.79/8'e dayanan bir talepte bulunmaları söz konusu olamaz.

Sigortalı hizmetin tespiti davasını açabilecek olan zorunlu sigortalılar ise kanunun lafzından ve yorumundan çıkan şekliyle, iş ilişkisi kural olarak hizmet akdine dayanan, SSK m.3'teki istisnalara girmeyen ve işini işverene ait işyerlerinde yapan kişilerdir. Bu kişilerin İş Kanunu kapsamında olmaları gerekmez. İş ilişkisi hizmet akdine dayanan kişilerin yanında memuriyet ilişkisine dayanarak çalıştırılan koruma bekçileri (SSK m.2/2) ile istisna akdine dayanarak çalıştırılan sanatçı, düşünür ve yazarlar (SSK Ek m.10) da sigortalı sayılmışlardır. Çalışmalarını bir hizmet akdine dayanarak sürdürmelerine rağmen sigortalı kabul edilmeyenler de SSK m.3'te düzenlenmiştir. Ancak zaman içinde yapılan kanun değişiklikleriyle bunların sayısı oldukça azaltılmıştır. Sigortalı sayılmada önem taşıyan bir diğer husus da işin işverene ait bir işyerinde yapılmasıdır. Kanun işyerini SSK m.2'de belirtilen sigortalıların işlerini yaptıkları yer olarak tanımlamış, eklentileri ve araçları da işyerinden saymıştır (SSK m.5). Görüldüğü gibi, işyeri tanımlanırken sigortalı esas alınmıştır. Bu nedenle sigortalı çalıştırmayan yerler SSK anlamında işyerinden sayılmayacaklardır.

Kısaca kimlerin sigortalı olabileceğini gördükten sonra sigortalılığın başlangıç anına da değinmekte yarar vardır. SSK m.6'ya göre sigortalılık hak ve yükümlülükleri işe alınma ile başlar. İşe alınma ibaresi gerek doktrin ve gerekse yargı içtihatları tarafından çalışmanın temelini teşkil eden hukuki ilişkinin (sözleşme veya atama) kurulma tarihi değil, fiilen işe başlama tarihi olarak kabul edilmektedir. Ancak bunun fiili bir iş görmeyi ifade etmediği, kişinin işverenin emrinde çalışmaya hazır beklemesinin de sigortalılık niteliğinin kazanılması için yeterli olacağı belirtilmelidir. Sigortalı sayılabilmek için mutlaka geçerli bir hukuki işlemin (iş akdinin) varlığı da gerekli değildir. Çünkü sosyal sigorta ilişkisi fiili bir ilişkidir. Belirli şartların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden doğar. Bundan dolayı, kişinin temyiz kudretine sahip olmaması, çalışması yasak olan bir işte çalışması vb. nedenlerle akdin geçersizliği halinde de kişi sigortalılık niteliğini kazanır. Sözleşmenin butlanı ileri sürülünceye kadar da bu nitelik devam eder.

Fiilen işe başlamanın yanı sıra tespiti istenen dönemde ilgili sigorta kollarının kurulmuş olması, sigortalının yaşı, işyerinin veya işin kanun kapsamına alınmış olup olmaması da sigortalılığın başlangıcında önem taşır.

İlgili sigorta kollarının kurulmuş olması. SSK'nın yürürlüğe girmesinden önce yapılan çalışmalar da belli şartlar altında sigortalı hizmetin tespiti davası için önem taşıyabilirler. Bunun için ilgili sigorta kolu kapsamına giren bir çalışma olması gerekir. İş kazaları, meslek hastalıkları ve analık sigortaları 27.6.1945 tarih ve 4772 sayılı yasa ile kurulmuştur. Hastalık sigortasının kuruluşu da 1.3.1951 tarihinde 5502 sayılı 'hastalık ve Analık Sigortası Kanunu' ile olmuştur. 1.4.1950 tarihinde ise 5417 sayılı 'İhtiyarlık Sigortası Kanunu' uygulanmaya başlanmıştır; bu kanun 1.6.1957'de yürürlüğe giren 6900 sayılı 'Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu' ile yürürlükten kaldırılmış; maluliyet ve ölüm sigortaları ilk kez bu tarihte oluşturulmuştur. İlgili sigorta kolunun kurulup kanunun yürürlüğe girmesinden önceki çalışmalar, SSK m.2'deki düzenleme kapsamında olsalar dahi, kişiye sigortalılık niteliği kazandırmayacak, hizmet tespitine konu olmayacaktır.

Sigortalının yaşı. Kişi kanuni rüşt yaşı olan 18 yaştan önce veli veya vasisinin rızası ya da icazeti ile akit yapabilir. Hatta icazet verilmese bile yapılan hizmet akdi, sakatlığı ileri sürülene kadar, geçerli olur. Böyle bir çalışmaya dayanarak sosyal sigorta ilişkisi de kurulur. Ne var ki, 18 yaş bazı sigorta kolları için özel önem taşır. SSK m.60/G'deki düzenlemeye göre yaşlılık aylığından yararlanmada, "...18 yaşından önce Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir." Ancak bunların ödedikleri primler prim ödeme gün sayılarının hesabında dikkate alınacaktır.

İşyerinin veya işin kanun kapsamına alınmış olması. Sigortalılığın başlangıcını belirlerken göz önünde tutulacak bir diğer husus da işyerinin Kanun kapsamına alınma tarihidir. Bunun için SSK geçici m.1'in dikkate alınması gerekir. söz konusu hükme göre maddede belirtilen sayıdan az kişinin çalıştığı yerler Kanun kapsamına girmeyecek, dolayısıyla bu gibi yerlerde çalışanlar sigortalı sayılmayacaktır. Belirtelim ki, kanunun hemen tüm geçici maddeleri gibi bu hüküm de ölü madde haline gelmiş, Bakanlar Kurulu kararlarıyla, en son 1 Nisan 1972'de SSK m.2'de sigortalı sayılanları çalıştıran bütün işyerleri kanun kapsamına alınmıştır. Ancak tespiti istenen dönem için sigortalılık niteliği taşımak gerektiğinden işyerinin kapsama alındığı tarih önem kazanmaktadır. Zira diğer koşullar mevcut olsa bile işyeri kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte değilse tespit talebi reddedilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi SSK m.3'te gösterilen işlerde çalışanlar sigortalı sayılmazlar. Maddenin kapsamı zaman içinde kabul edilen kanunlarla değişikliğe uğramış, bazı işler kanun kapsamına alınırken, bazıları da kapsam dışına çıkarılmıştır. Bunun dışında sonradan getirilen ek maddelerle de bazı işlere SSK'nın uygulanacağı kabul edilmiştir. Yapılan işin kanun kapsamına alınması durumunda sigortalılık bu tarihten itibaren başlayacaktır.

bb-Sigortalının aile bireyleri

Sigortalının aile bireyleri sigortalının eşi, geçindirmekle yükümlü olduğu çocukları ile bakmakla yükümlü olduğu ana ve babasıdır (SSK m.23, 24, 35, 42, 68, 69). Bunlar ile Kurum arasında doğrudan olmasa bile bir ilişki vardır. Bu kişiler sigortalının sosyal sigorta ilişkisi dolayısıyla sigorta yardımlarından yararlanırlar. Ancak aile bireylerinin sigorta ilişkisi ve hakları sigortalınınkinden ayrı ve bağımsızdır. Bu nedenle onlar da sigortalının yaşamında kanunda belirtilen hakları için bizzat taraf sıfatına sahip olabilmelidirler. Sigortalının ölümü halinde ise hak sahibi olanlar (SSK m.68, 69) bu davayı açabilirler.

Ancak bütün bu hallerde -dava sigortalı, işveren ve Kurum arasındaki sosyal sigorta ilişkisine dayandığı için- tespiti istenen dönemdeki sigortalılık niteliğinin de araştırılması gerekir.

b-Davalı

SSK m.79/8'de sigortalı hizmetin tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Bu konudaki Yargıtay içtihadı zaman içinde değişiklik göstermiştir. Yüksek mahkeme önceleri husumetin sadece işverene yöneltilmesi gerektiğine ilişkin kararlar verirken Kurumun herhangi bir uyumsuzluk çıkarmadığını, sigortalının elinde mahkeme ilamı yokken varlığı iddia edilen çalışmaların kabul edilmemesinin doğal olduğunu gerekçe göstermekte, bu nedenle SS Kurumuna husumet yöneltilmeyeceğini öngörmekteydi.

Son yıllarda verilen kararlarda ise davanın işveren ile birlikte Kuruma karşı da açılması gereği vurgulanmaktadır. Gerçekten, SS Kurumu tespit ilamını aldığı anda işverenden o döneme ait prim belgelerini vermesini ister. Aksi halde bunlar Kurumca re'sen düzenlenir. Tespit edilen döneme ilişkin primler de gecikme zammı ve faizi ile birlikte Kurum tarafından tahsil olunur. Ayrıca tespit edilen hizmet süresi, prim ödeme gün sayısı ve aylık kazanç toplamları Kurum tarafından yapılacak yardımlarda ve bağlanacak aylıklarda dikkate alınır. Bu yüzden Kurumun sonucunda alınacak ilamı infaz edeceği ve hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olması doğaldır. Kurum davanın açılmasına neden olmamışsa yargılama giderleri ve avukatlık ücretini ödemesine karar verilemez. Ancak Kurum çalışmadan haberdar olmasına rağmen gereken işlemleri yapmamışsa görevini ihmal etmiştir; bu durumda Kurumun davanın açılmasına sebebiyet vermediğinden söz edilemez. Dava sadece işverene veya Kuruma karşı açılmışsa davacıya diğerini de davaya dahil etmesi için süre verilecektir.

Yargıtay, kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özelliklerini göz önünde tutarak bu sonuca varmıştır. Hatta Yüksek Mahkeme bir kararında Kurumu "yasal hasım" olarak nitelemiştir. Başka bir kararda ise husumetin hem işverene hem de SS Kurumuna yöneltilmesinin "doğal ve hatta zorunlu" olduğu belirtilmiştir. Bu haliyle Yargıtayın davalılar arasındaki ilişkiyi şekli bakımından mecburi dava arkadaşlığı olarak nitelediği anlaşılmaktadır. Oysa davalılar

arasında böyle bir ilişki olabilmesi için bunun kanun tarafından açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Bu nedenle, kanımızca, Yargıtayın vardığı sonuç haklı olmakla beraber davanın işveren ve Kuruma karşı birlikte açılacağı konusunda bir yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Bu noktada davalı işveren üzerinde kısaca durmakta yarar vardır. SSK m.4/1 sigortalı çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerin işveren sayılacağını belirtmiştir. Koruma bekçileri koruma ve ihtiyar meclislerince seçilirler, atamaları vali ya da kaymakamca yapılmasına rağmen (Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun m.7/2) bunların işverenleri kendilerini seçen meclistir.

Dava tespiti istenen dönemdeki işverene karşı açılır. O tarihler arasında işyeri el değiştirmişse husumetin bu dönemdeki bütün işverenlere yöneltilmesi gerekir. Kendilerine husumet yöneltilmeyen işverenlere karşı usulüne uygun olarak dava açılmazsa onların işverenliği dönemi tespite konu olmaz.

SSK m.82'ye göre işyerinin devir ve intikali halinde yeni işveren eskisinin prim, gecikme zammı ve faiz borçlarından müteselsilen sorumludur. Bu nedenle eski işverene karşı ve sadece onun dönemi için açılan sigortalı hizmetin tespiti davasına müdahil olarak katılabilir. Ancak onun sorumluluğu sadece SS Kurumuna karşıdır ve yukarıda da belirttiğimiz gibi prim borcu, gecikme zammı ve faiziyle sınırlıdır. Eski işverenin diğer ödevlerinden (prim belgelerinin verilmesi yükümlülüğü gibi) dolayı sorumlu olmadığı için davanın ona karşı açılmaması gerekir.

İşveren vekili, SSK m.4/2'de işveren adına ve hesabına işin yönetimini yapan kimse olarak tarif edilmiştir. Kişinin SSK anlamında işveren vekili sayılabilmesi için işin bütününe yönetiyor olması gerekir. Aynı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında sırayla kanundaki işveren deyiminin işveren vekilini de kapsayacağı, işveren vekillerinin kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı işveren gibi sorumlu olacakları belirtilmiştir. Bu sorumluluk müteselsil sorumluluktur. Anılan nedenlerden dolayı, kanımızca, sigortalı hizmetin tespiti davasının o dönemdeki işveren vekiline karşı açılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır.

6- DAVA AÇMA SÜRESİ

Hukuk düzeni alacakların sahipleri tarafından uzun süre takip edilmeden öylece bırakılmalarına izin vermemiş; bu haldeki alacakların ya tamamen ortadan kalkacaklarını ya da varlıklarını sürdürmekle beraber artık talep edilemeyeceklerini çeşitli düzenlemelerle hükme bağlamıştır. Bu tip bir düzenleme SSK m.79/8'de de mevcuttur. Maddede sigortalıların sigortalı hizmetin tespiti davasını "...hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5yıl içerisinde..." açmaları gerektiği öngörülmektedir.

Doktrinde sigortalılık hakkının mülkiyet hakkı, şahsiyet hakkı gibi mutlak bir hak olduğu, bu nedenle de bunun tespitini öngören davaların herhangi bir süreye bağlanmaması gerektiği düşüncesi savunulmaktadır. Nitekim, 506 sayılı SSK'dan önceki sigorta yasalarında bu davaların açılması herhangi bir süreyle sınırlandırılmamıştı. SSK'nın ilk halinde ise 5 yıllık dava açma süresi kabul edilmişken 20.6.1987 tarih ve 3395 sayılı yasa ile bu süre 10 yıla çıkarılmıştır. Son olarak 1.6.1994 tarih ve 3995 sayılı yasa değişikliği süreyi tekrar 5 yıla indirmiştir.

Bilindiği gibi usul hukukunda 'hemen uygulama' ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla dava açma süresinin 10 yıldan 5 yıla indirilmesinin açılmış ve açılacak olan davalar üzerinde bazı etkileri olacağı düşünülebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir karara konu olan olayda 31.1.1981 tarihinde sona eren hizmetlerin tespiti 22.1.1991 tarihinde dava edilmiştir. O zaman yürürlükte bulunan kanun hükmüne göre dava süresi içinde açılmıştır. Yargıtayın çoğunlukla aldığı karara göre, her dava açıldığı tarihteki maddi ve hukuki esaslara göre çözümlenmelidir. Sonradan dava açma süresinin kısaltılması eski düzenlemeye göre usulüne uygun olarak açılmış davanın reddini gerektirmez.

Acaba eski düzenlemeye göre henüz dava açma süresi bulunan ancak yeni düzenleme ile bu süresi sona ermiş olan sigortalının durumu ne olacaktır? Örneğin 3995 sayılı kanunla getirilen değişikliğe göre 17.5.1987'de işyerinden ayrılan kişi için dava açma süresi 31.12.1992 tarihinde sona ermiş bulunmaktadır. Bu kişinin davası, hemen uygulama ilkesi gereğince, süresinde açılmadığı için rem mi edilecektir? 3995 sayılı kanun bu konuda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Kanundaki bu boşluk hakim tarafından doldurulacaktır. İlk olarak hakimin bu boşluğu HUMK m.578'I kıyas yoluyla uygulayarak doldurması düşünülebilir. Gerçekten anılan hükme göre henüz süresi geçmemiş olmak şartıyla ilgililer kanunda yazılı süre içinde haklarını kullanabilirler. Bundan hareketle yukarıdaki örnekte davacının davasını 3995 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl içinde açabileceği gibi bir çözüm benimsenebilir. Yada kazanılmış hak kavramından hareketle dava açma süresinin işlemeye başlamış olan 10 yılın sonunda biteceğine hükmedilebilir. Bu durumda örnekteki sigortalının dava açma süresi 1997 yılının sonunda dolacaktır.

Benzerleri gibi burada da sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle dava açma süresinin hukuki niteliği, başlangıcı ve işleyişi hakkında öğretici ve uygulamada görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu görüşünü benimsemektedirler. Yargıtayın verdiği kararlarda da "kamu yararı dikkate alınarak" sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edildiği görülmektedir.

Sürenin zamanaşımı süresi olduğu görüşünde olan yazarlar ise SSK m.79/8'in sigortalının sosyal güvenlik hakkını korumak amacıyla konulduğu, zamanaşımı süresi şeklindeki bir kabulün de bu amaca uygun düşeceği kanısındadırlar.

Gerçekten madde çalışıkları halde işveren tarafından Kuruma bildirilmeyen sigortalıların prim ödeme gün sayıları ve hizmet sürelerini tespit ettirerek bazı sosyal sigorta yardımlarından yararlanmalarını sağlamak amacıyla getirilmiştir. Bunun yanında sosyal

güvenlik hakkının kamu düzenini ilgilendirdiği ve sosyal sigorta ilişkisinin kamu hukuku karakterli olduğu bilinen bir husustur. Ancak bunun sonucu belli süre içinde kullanılmamanın o hakkı sona erdirmesi olmamalıdır. Aşağıda da görüleceği gibi hakim zaten bu davalarda gerçeği re'sen araştırıp bulmakla yükümlüdür. O nedenle, kanımızca, bu davalarda esas olan ve kamu yararını ilgilendiren yön, davacının tespitini istediği dönemde gerçekten sigortalı niteliğini taşıyıp taşımadığı ile çalışıp çalışmadığıdır. Bu şartları gerçekleştirmiş bir kimsenin sırf belli bir süre içinde dava açmadığı için anayasal bir hakkının 'ortadan kalkacağını' ileri sürmek doğru değildir. Bize göre SSK m.79/8'de öngörülen dava açma süresini bir zamanaşımı süresi olarak değerlendirmek yerinde olur.

Yargıtay dava açma süresini hak düşürücü süre olarak belirledikten başka sürenin başlangıcı ve işleyişi konularında temelinde işçilerin iş güvencesinden yoksun olmalarının sakinlerini gidermek kaygısı yatan, ancak kimi zaman hukuka aykırı, bazı sonuçlara varmıştır:

i-Dava açma süresinin başlangıcı: Dava açma süresinin başlangıcı olarak maddede "...hizmetlerin geçtiği yılın sonu..." belirlenmiştir. Bu ibareyi her çalışılan gün için ait oldukları yılın sonu olarak yorumlamak da mümkünken, Yüksek Mahkeme yukarıda belirttiğimiz kaygı ile hizmetlerin geçtiği yılın sonu olarak, işverenin yanındaki çalışmanın son bulunduğu yılın sonunu kabul etmiştir. İşverenin değişmesi halinde hizmet akitleri yeni işverenle de devam ettiği için kanımızca dava açma süresi bu işverenin yanındaki hizmetin sona ermesiyle işlemeye başlayacaktır. Yine Yargıtay içtihadına göre 506 sayılı kanundan önceki sosyal sigorta yasalarında bu tür davaların açılması süreye bağlanmadığı için bu kanunun yürürlüğe girdiği 1.3.1965 tarihinden önceki hizmetler için dava açma süresinin başlangıcı 1965 yılının sonu olacaktır. Sigortalı öldüğünde bildirilmeyen hizmetleri için dava açma süresi geçmemişse mirasçıları için süre, artık, sigortalının ölüm tarihinden itibaren işlemeye başlar.

ii-Dava açma süresinin işleyişi: Yüksek Mahkeme, yakın zamana kadar dava açma süresinin sigortalının işverenin işinden ayrıldığı yılın sonundan başlayacağına hükmederken işveren yanındaki hizmetlerin kesintisiz olması gibi bir şart aramamıştı. Buna göre, sigortalının işten ayrıldıktan sonra dava açma süresi içinde tekrar aynı işverenin yanında çalışmaya başlaması halinde dava açma süresi en son kurulan hizmet ilişkisinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başlayacaktır. Ayrıca sigortalının mutlaka aynı işyerine girmesi de gerekmeyecek, işverenin farklı işyerlerindeki çalışmalar da dava açma süresini kesecekti.

Sigortalı hizmetin tespiti davalarında en çok eleştirilen kararlar bunlar olmuştur. Gerçekten Yargıtay anılan kararlarında hem SSK m.79/8'deki 5 yıllık dava açma süresini hak düşürücü süre olarak değerlendirmiş hem de bu sürelerin özelliklerine tamamen aykırı olarak yeniden işverenin emrinde çalışmaya başlama ile kesilecekleri düşüncesini kabul etmişti. Şüphesiz bu uygulamanın temelinde tekrar işe giren sigortalının işverene karşı dava açmasındaki fiili güçlük yatmaktaydı. Oysa bilindiği gibi, hangi sebeple olursa olsun hak düşürücü sürelerin işleminin kesilmesi veya durması söz konusu olmaz. Yüksek Mahkeme sonunda suiistimalleri ve doktrindeki itirazları da dikkate alarak bu konudaki içtihadını değiştirmiştir. Buna göre, hak düşürücü sürelerin özelliklerine uygun olarak, işçinin tekrar eski işverenin yanında çalışmaya başlaması dava açma süresini kesmeyecektir.

Oysa kanımızca, savunduğumuz görüşe de uygun olarak, sigortalıların menfaatlerini zarara uğratmadan da hukuku aykırı olmayan çözümlere ulaşmak mümkündür. Bilindiği gibi hak düşürücü sürelerin aksine olarak zamanaşımı sürelerinin işleminin hangi hallerde duracağı (m.132) ve kesileceği (m.133 ve m.136/1) Borçlar Kanununda sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar içinde tekrar aynı işverenin yanında işe başlamanın süresinin işleyişini durduracağı veya keseceği hakkında bir hüküm yoktur. Sadece BK m.132/4'te ev hizmetlerinde çalışanların hizmet sözleşmelerinin devamı boyunca zamanaşımının duracağı öngörülmüştür.

Zamanaşımının durması veya kesilmesi hakkında iş ve sosyal güvenlik mevzuatımızda bir düzenleme bulunmadığı için uyumsuzlığa genel kanun olan Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bununla beraber işçinin işverene göre zayıf durumda bulunması ve iş güvencesinden yoksun olması karşısında liberal bir düşüncenin ürünü olan Borçlar Kanunundaki zamanaşımını düzenleyen hükümlerin iş hukukunun özelliklerine uygun düşmediği rahatça söylenebilir. Bu nedenle genel hükümlerin uygulanması sırasında iş hukukunun temel ilkelerine uygun bazı değişiklikler (uyarlamalar) yapılabilir. İşte bu çerçevede sadece ev hizmetlerinde çalışanların değil, fakat bütün işçilerin hizmet akitlerinin devamı süresince işverenlerine karşı olan taleplerinde dava açma süresinin işlememesi gerektiği sonucuna varılabilir. Böyle bir düşünce tarzı geliştirildiğinde, hiç değilse, zaten var olan zamanaşımının kesilmesi ve durması hallerine hukuk yaratarak boşluk doldurma yoluyla bir yenisi eklenmiş olacaktır. Buna karşılık Yargıtayın önceki içtihadının hak düşürücü sürelerin niteliğiyle bağdaşmadığı, şimdiki içtihadın ise sigortalı aleyhine sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir.

Yüksek Mahkeme sigortalının işten ayrıldıktan sonra ihbar ve kıdem tazminatları gibi işçilik hakları için talepte bulunması halinde sigortalı hizmetin tespiti davasını açma süresinin uygulanma şekli ile ilgili içtihadını da değiştirmiştir. Eski içtihadı göre işçilik hakları ile ilgili davalarda hizmet süresi ve ücret de tespit edildiğinden bu davalar SSK m.79/8'deki süre içinde açılmışsa sonradan açılan sigortalı hizmetin tespiti davası sürenin geçtiği gerekçesiyle reddedilmemekteydi. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi sigortalı hizmetin tespiti davasının davalıları işveren ve SS Kurumudur. Dolayısıyla işverene karşı açılmış olan bir davanın o uyumsuzluk için üçüncü kişi olan Kurumun hak alanını etkilememesi gerekir. Nitekim belirttiğimiz gibi Yargıtay da bu içtihadını değiştirmiştir.

Son olarak Yargıtayın dava açma süresi hakkındaki yasal düzenlemenin dışına çıktığı iki durumdan bahsetmek yerinde olacaktır. Bunlardan ilki Kurumun sigortalının çalışmasından haberdar olması halidir. Yüksek Mahkemeye göre burada artık dava açma süresi ile ilgili hüküm uygulanmaz. Kurum işverenin sigortalı çalıştırdığını değişik yollarla öğrenebilir. Her şeyden önce Kurum SSK m.130/1 uyarınca sigorta müfettişleri aracılığıyla kendisine bildirilmeyen sigortalıları tespit edebilir. Kurumun sigortalı çalıştırıldığı öğrenmesinin bir başka yolu da Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği ile tespit edilen belgelerin işveren tarafından Kuruma verilmesidir. Bu belgeler yukarıda da belirttiğimiz gibi işe giriş bildirgesi, aylık sigorta primleri bildirgesi ve dört aylık sigorta

primleri bordrosudur. İşveren bu belgelerden herhangi birisini Kuruma vermişse Kurumun sigortalının o işyerinde çalıştığını bildiği kabul edilir.

Böyle bir durumda hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı düşüncesi Kurumun sigortalıyı izleme imkanının bulunmasına dayanır. Gerçekten SSK m.79/5'te çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup da kanun uyarınca verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen verilmemesi halinde, Kurumun bu belgeleri re'sen düzenleyeceği ve buna göre ödenmesi gereken sigorta primlerini tespit ve tahsil edeceği öngörülmüştür. Buna karşılık Kurumun hareketsiz kalması 4792 sayılı yasanın 1'nci maddesi ile kendisine verilen "iş hayatındaki her türlü hallere karşı ilgili sigorta kanunu hükümlerini uygulamak" şeklindeki görevini ihmal anlamına gelir. Yargıtay da verdiği kararlarda Kurumun prim alacağını kovalama olanağı bulunduğu halde bunu yapmamasının kusur teşkil edeceğini hükme bağlamıştır. Yine Yargıtay'a göre kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez. Kurumun yasal görevini yapmayarak dava açılmasına sebebiyet vermesi, sonra da 'hak düşürücü süre'nin geçtiği itirazında bulunması Medeni Kanunun 2'nci maddesine göre hakkın kötüye kullanılması sayılır. Kurumun sigortalının çalışmasından haberdar olması halinde 'hak düşürücü süre' sadece öğrenme tarihinden sonraki çalışmalar için uygulanmaz. Yoksa sigortalının bundan önceki çalışmaları için sürenin geçip geçmediği araştırılacaktır. Örneğin 2.9.1966 ile 18.5.1980 tarihleri arasında bir işverenin emrinde çalışan ancak kendisi için işe giriş bildirgesi 20.10.1974 tarihinde verilen sigortalı, 20.10.1974 ve 18.5.1980 tarihleri arasında herhangi bir dönemin tespitini dava açma süresine bağlı kalmadan her zaman isteyebilecek, bundan önceki çalışmaları için ise dava açma süresi o dönemdeki yasa hükmü uyarınca 31.12.1985 tarihinde sona ermiş olacaktır.

Resmi kurum olan işverenin sigortalıya ait ücretten prim kesmesi hali de Yargıtayın dava açma süresi hakkındaki yasal düzenlemeden ayrıldığı ikinci durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'a göre işverenin resmi bir kurum olması halinde işyeri kayıtları usulüne uygun olarak düzenlenmiş, sigortalıya ait ücret bordroları tutulmuş ve ödenen ücretlerden sigorta primleri kesilmişse SSK m.79/8'deki dava açma süresi primi kesilen çalışmanın Kuruma bildirilmediğinin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Yüksek Mahkeme konu ile ilgili kararlarında anılan durumlarda bir kamu kurumu olan işverenin, yönetmelikte tespit edilen belgeleri düzenlemediğinin ileri sürülemeyeceğini, belgelerin düzenlenmesinde muvaza'a olduğunun iddia edilemeyeceğini vurgulamıştır. Buna göre prim belgelerinin ve primlerin Kuruma ulaşmamasının veya kayıtlarda gözükmemesinin nedenleri, "bilgisizlik, ihmal ve muhasebe hatası"dır. Kurum da denetim görevini yerine getirmeyerek kusur işlemiştir. Yine bu düşünce tarzına göre 'hak düşürücü süre'yi yasadaki haliyle uygulamak, "Kuruma kendi kusurundan ve işveren idareye de ihmal ve kayıtsızlığından yararlanma olanağı tanımak ve bunun yasal ve hukuki sonuçlarını da sigortalıya yüklemek olur ki, buna ne yasaca ne de hukukça olanak yoktur".

Yargıtayın kararlarında vardığı sonucun ücretinden prim kesildiği için çalışmalarının SS Kurumuna bildirildiğini zanneden sigortalının yararına olduğu tartışma dışıdır. Ancak aynı kesinlik varılan sonucun, Yargıtayın iddiasının aksine, kanuna aykırılığı konusunda da mevcuttur. Yüksek Mahkemenin kararlarını 'işyerinin resmi bir kuruluş olması nedeniyle davacıyla ilgili belgelerin düzenlenmesinde muvazaadan söz edilemeyeceği' hususuna dayandırdığı anlaşılmaktadır. Bu husus çalışma olgusu saptanırken önemli bir hareket noktası olsa da üzerinde tartıştığımız konu için herhangi bir önem taşımadığı ortadadır. Zira kanuna göre sigortalı hizmetin tespiti davasının sebebi sigortalının kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayılarını Kuruma bildirecek belgelerin verilmemesidir. Bu yüzden işverenin işyeri kayıtlarını usulüne uygun olarak tutup tutmaması, sigortalının ücretinden prim kesip kesmemesi önemli değildir. Ayrıca SSK m.79/8'de yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen sigortalılardan söz edilmiş, belgelerin Kuruma verilmeme ya da ulaşmama ya da kayıtlarda gözükmemesi nedenleri hakkında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle işveren kamu kurumu olduğu için tutulan kayıtlara dayanarak çalışma olgusunun gerçek olduğu kanısına varan Yargıtayın, sigortalıyı mağdur etmemek için bulduğu yapay gerekçelerden olan, dava açma süresini yasadaki haliyle uygulamanın işverene "ihmal ve kayıtsızlığından yararlanma olanağı" tanıyacağı düşüncesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Aksine işverenin ihmal ve kayıtsızlığı prim belgelerinin Kuruma verilmemesi her durumda söz konusudur. Kurumun denetim görevini yerine getirmediği, bu nedenle kusurlu olduğu yolundaki gerekçe de aynı şekilde dayanaksızdır. Kurumun bütün işyerlerini denetlememesi olanak yoktur. Zaten kanun koyucu da maddede "...çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen" şeklinde bir ibareye yer vererek bunu kabul etmiş görünmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun hem işverenin ihmal ve kayıtsızlığını hem de Kurumun yetersizliğini göz önünde tuttuğu, ancak yine de sigortalı hizmetin tespiti davasının açılmasını süreye bağladığı düşünülmelidir. Aksinin kabulü halinde HGK'nun 21.4.1993 tarihli kararına yazılan karşı oy yazısında da belirtildiği gibi madde fiilen uygulamadan kaldırılmış olacaktır.

7- TESPİTİ GEREKEN HUSUSLAR VE İSPAT

a-Tespiti Gereken Hususlar

Davacı hizmet tespiti davasında belli bir dönemdeki çalışmalarının tespitini ister. Bu istek - dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da- prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içerir. Mahkeme ilamı işverenin Kuruma vermediği bildirelger yerine geçecek belge niteliğindedir. Bu nedenle mahkeme de dava sonunda vereceği kararda, tespit edilen dönem için aylar itibarıyla prim ödeme gün sayıları ile SSK m.77'ye göre hesaplanacak olan 'o dönemdeki' bir günlük ücreti belirtecektir. Ücretlerin miktarlarının farklı olduğunun saptanması halinde, tüm devre için aynı günlük ücret esas alınmaz. Farklı ücret miktarları kararda ayrıntılı olarak gösterilmelidir. Tespit edilen dönemde işveren tarafından yatırılmış primler varsa bunların o dönemdeki toplam prim ödeme gün sayısından indirilerek karar verilmesi gerekir.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında tespit için incelemenin hangi sıraya göre yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre öncelikle SSK m.79/8'de sözü geçen belgelerin işverence verilip verilmemesi veya çalışmanın Kurumca tespit edilip edilmediği araştırılacaktır. Belgeler verilmişse ya da çalışma Kurumca tespit edilmişse dava hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir. Sonra tespiti istenen dönemde kişinin sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı (işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, kanun kapsamında veya

kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı, yapılan işin kanun kapsamına girip girmediği vb.) araştırılmalıdır. Hizmet sigortalı bir hizmet değilse dava taraf sıfatının yokluğundan reddedilmelidir. Yargıtay'a göre çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu ancak bu koşullar varsa inceleme konusu yapılabilecektir.

b-İspat

Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilir. İşe giriş bildirgesinin işlevi Kurumu sigortalının çalışmaya başladığından haberdar etmek olduğundan bildirgenin verilmiş olması mutlaka çalışıldığını göstermez. O nedenle çalışma olgusunun ispatı başka delillere ihtiyaç gösterir. Yargıtay önceleri işe giriş bildirgesinin sigortalının imzasını taşıdığı, dolayısıyla bildirmede yazılı işe giriş tarihinin aksinin ancak eş değerde delillerle kanıtlanabileceği yönünde kararlar vermektedir. Ancak Yüksek Mahkeme sonraki kararlarında içtihadını değiştirerek, kanımızca haklı olarak, işe giriş bildirgesinin daha önceki çalışmalar için aksi kanıt olmayacağı, bu çalışmaların her türlü delille ispatlanabileceği sonucuna varmıştır. Yargıtay bu görüşe dayanak olarak işe giriş bildirgesindeki sigortalının imzasının kimliğiyle ilgili bilgilerle sınırlı olduğunu, işe giriş tarihinin altını işverenin imzalamasını ve bildirgenin verilmesinin çoğu zaman sigortalının bilgisi dışında gerçekleşmesini göstermiştir.

Sigortalı hizmetin tespiti için verilen kararlarda bu davaların özel bir duyarlılığı gerektirdiği ve suiistimallere açık olduğu düşüncesinden hareketle son derece titiz davranılmakta ve hüküm için sadece tanık beyanları yeterli sayılmamaktadır. Kararlarda tanık beyanlarının diğer delillerle desteklenmesi gereğine işaret edilmektedir.

Yargıtayın konu ile ilgili olarak verdiği şablon kararlara göre, tanık beyanları somut olgulara dayanmalıdır. Görevi 'maddi' gerçeği bulmak ve delilleri re'sen toplamak olan hakim bunların inandırıcılığı üzerinde durmalı, tanıkların sigortalı ve işveren ile olan ilişkilerinin mahiyetini -örneğin o dönemde çalışıp çalışmadıklarını- araştırmalıdır. Bazı hallerde uzun yıllar öncesine ait bilgilerin nasıl olup da unutulmadan taşınabildiği hakim tarafından göz önüne alınmalı, tanıklar buna göre isticvap edilmeli, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliğiyle bu beyanlar karşılaştırılmalıdır. Hakim, ayrıca, işyerindeki müdür,şef, ustabaşı, posta başı gibi işveren vekilleri ve işyerinde çalışan diğer kişiler ile komşu işyerlerinden o yeri bilenleri de re'sen çağırarak dinlemeli, çalışma olgusunu bu şekilde hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde sağlıklı bir biçimde belirlemelidir.

Yazılı belgenin aksi ancak eş değerdeki bir delille ispatlanabilir. Bu nedenle sigortalının çalıştığı döneme ait bir yazılı belge varsa, örneğin işyerinde sigortalının çalışmaları düzenli olarak Kuruma bildirilmiş, kayıtları düzenli tutulmuş, primleri yatmış ve işyerindeki bordrolarda sigortalının imzası varsa artık bu dönem için tanık dinletilemez. Aynı şekilde Yargıtay resmi kurumlarda çalışmanın yasa gereği mutlaka kayıtlara geçeceği, ücret ödeneceği, ücretlerden sigorta primi kesileceği ve prim belgelerinin düzenlenip Kuruma ulaştırılacağından hareketle resmi kurum kayıtlarında gözükmeyen çalışma iddialarının ayrıntılı şekilde araştırılarak kayıtlara geçmeme nedeninin incelenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Yargıtay kararlarına göre ücret miktarı HUMK m.288'dekisınırları aşılırsa, hüküm altına alınabilmesi için yazılı delil aranmalıdır. Bu sınırın altında kalan miktar için tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesi mümkündür (HUMK m. 292).

SSK m.78/1'de prime esas günlük kazançların alt ve üst sınırlarının ne olacağı gösterilmiştir. Günlük kazancın alt sınırı HUMK m. 288'deki sınırı aşılırsa ücretin yazılı delille saptanması gereğinin pratikte bir önemi kalmayacaktır. Çünkü zaten SSK m.78/2'ye göre, "...günlük kazançları alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden.....hesaplanır."asgari ücretin alt sınırla tespit edilen miktardan fazla olması halinde ise günlük kazancın hesaplanmasında asgari ücret esas alınır .

Yargıtayın eski içtihadına göre işçilik haklarıyla ilgili açılan davada kesinleşen karar, o davada saptanmış olan dönemle sınırlı olmak üzere daha sonra açılan sigortalı hizmetin tespiti davası için kesin hüküm oluştururdu. Kabul edilmelidir ki, işçilik haklarına ilişkin olarak açılan dava ile SSK m.79/8'edayanarak açılan davanın tarafları farklıdır. O nedenle anılan durumda kesin hükümden değil ancak işçilik haklarıyla ilgili davada verilen kararın kesin delil etkisinden söz edilebilir .

Sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının ve sosyal güvenlik hukukunun kamu hukuku içinde yer almasının sonucunda işverenin kabulü ya da davacının feragati tek başına hükme etkili olmaz (HUMK m. 95). Feragat veya kabule rağmen hakim delilleri hep birlikte değerlendirerek bir karara varacaktır. Yine aynı nedenle bu davalarda yemin teklif olunamaz (HUMK m.346). Buna rağmen hakim taleple bağlıdır (HUMKm74). Talepten fazlaya karar verilebilmesi ancak davalının muvafakatiyle mümkündür (HUMK m.185/2).

8- DAVANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Kurum sigortalı hizmetin tespiti davası sonucunda mahkemenin verdiği ilamın gereğini yerine getirmek zorundadır. Aksi halde davacı infaz hukuku çerçevesinde ilgili mercilere başvurabilir.

Sosyal Sigortalar Kurumu mahkeme tarafından hüküm altına alınan çalışma süreleri için işverene tebligat çıkararak o döneme ait belgeleri verme ve prim ödeme yükümlülüklerini yerine getirmesini ister. İşveren prim belgelerini vermezse Kurum re'sen prim

tahakkuk belgesi düzenler.

Kurumun geçmiş hizmetlere ait primleri tahsili konusunda bazı tartışmalar vardır. İlk olarak tahsil edilecek prim miktarı konusunda Yargıtay ile doktrin arasında bir görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme kısa vadeli sigorta kollarında Kurumun geçmişe yönelik olarak yapacağı bir hizmetin söz konusu olamayacağı düşüncesinden hareketle bu sigorta kollarına ait primlerin tahsil edilemeyeceği kanısındadır. Doktrinde, bizim de katıldığımız düşünce tarzına göre, sigortalı hizmetin tespiti davası sonucunda alınacak ilam hem sigortalıyı hem de Kurumu korumaya yöneliktir. Bu ilam sonucunda yapılacak işlemlerle sigortalının mağduriyeti önlenecek ve sigortalı tüm primlerini ödemiş bulunan sigortalılarla aynı statüye getirilecektir. Kurum da sigortalı için ödenmesi gerekli olan tüm primleri tahsil ederek gelir kaybına uğramamış olacaktır. Aksi takdirde aradaki menfaat dengesi bozulur. Sigortalı hizmetin tespiti davası sonunda tespit edilen çalışmalara ilişkin olarak sadece uzun vadeli sigorta kollarına ait olanların tahsil edilecek olması işvereni Kurumun bilgisi dışında sigortalı çalıştırmaya, sigortalıyı da buna rıza göstermeye teşvik eder.

Primlerin tahsiline ilişkin bir diğer sorun prim alacağının zamanaşımına uğraması halinde çıkar. Bilindiği gibi sosyal sigorta primi işveren ve sigortalı paylarından oluşur. Kuruma ödemeyi işverenin yapması onun primin tümünün borçlusu olduğu anlamına gelmez. İşte bu yüzden işveren sigortalı hizmetin tespiti sonunda kendisinden talep edilen ödemeyi yaptığında sigortalıya ait prim payını ondan istemek hakkına sahiptir. Kusurlu davranışı nedeniyle sigorta primin yatırmamış olması işverenin bu hakkını engellemez. Elbette ki, işveren sigortalıdan prim payını kestiği halde Kuruma yatırmamışsa artık sigortalıya rücu etmesi söz konusu olamaz.

SS Kurumu uygulamasında zamanaşımına uğramamış prim borçları için işverene başvurulur, zamanaşımına uğramış primler ise işveren payı da dahil olmak üzere sigortalıdan alınır. Yargıtay konuyla ilgili olarak verdiği kararlar çelişkilidir. Yüksek Mahkeme bir kararında maddenin primlerin ödenmemesi durumunda tespit edilen sürenin sigortalılık süresinden sayılmayacağına dair bir ön koşul getirmediyse, bundan dolayı primler ödenmese de tespit edilen sürelerin Kurumca dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Başka bir kararda ise tespit edilen sürelerin primler ödenmeden göz önünde tutulamayacağına hükmedilmiştir. Buna karşılık bir görüşe göre SSK m.79/8'deki ".....nazara alınır...." şeklindeki ifade Kurum yönünden bağlayıcılık taşımaktadır. Bu açık ifade karşısında primlerin tahsil kabiliyetinin olup olmamasının önemli olmaması gerekir; Kurum gerekli işlemleri yapmakla yükümlüdür.

Belirtelim ki, primli rejimde yardımlardan yararlananların bunların finansmanına katılmaları esastır. Bu yüzden Kurumun alınan ilamla tespit edilen primleri talep etmesi normaldir. Ancak prim borcunun zamanaşımına uğraması halinde işveren payının da sigortalıdan tahsili, sigortalının bu miktarı ödeyecek güçte olmaması halinde de tespit edilen sürelerin dikkate alınmaması adalet duygusunu zedeler niteliktedir. Gerçekten Kurum işverenin çalıştırdığı sigortalıları bildirmemesi, prim belgelerini vermemesi nedeniyle sigortalı çalıştırıldığını öğrenememiş ve alacağı takip etme olanağı ortadan kalkmıştır. İşverenin bu davranışının sonucuna ne sigortalının ne de Kurumun katlanması beklenmemelidir. Kanımızca böyle bir durumda sigortalı prim borcunun sadece kendisine düşen kısmını ödeyerek geçmiş hizmetlerini saydırabilmelidir. Bu şekilde Kurum da kısmen bile olsa verdiği hizmetin karşılığını almış olur. İşveren sigortalı için işe giriş bildirgesi vermişse alacağını takip etmeyen Kurumun mahkemece tespit edilen süreleri nazara almaması objektif iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir.