

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2008/51

Karar Sayısı : 2011/46

Karar Günü : 10.3.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ve K. Kemal ANADOL

İPTAL DAVASININ KONUSU : 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentleri ile (C) ve (D) fıkralarının, Anayasa'nın 2., 7., 11., 43., 153. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 28.5.2008 tarihli dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 07.05.2008 Tarihli ve 5761 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesi ile Değiştirilen 12.03.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Kanunun 8 inci Maddesinin (A) Fıkrasının (1) Numaralı Bendinin (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) Alt Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

07.05.2008 tarihli ve 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile değiştirilen 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (A) fıkrasının iptali istenen alt bentleri de içeren (1) numaralı bendinde, Turizm alanlarında ve turizm merkezlerinde imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerde Hazineye ait yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerin Kültür ve Turizm Bakanlığının talebi üzerine, Çevre ve Orman Bakanlığınca bu Bakanlığa tahsis edileceği belirtilmekte, aynı maddenin (D) fıkrasında ise, Bakanlığın tasarrufuna geçen bu taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkili kılınmış ve taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılması öngörülmüştür.

Bu durumda 8 inci maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin alt bendinde sayılan ve 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerler; alt yapı hizmetlerine tahsis edilebilecek ve bu yerlerde turizm tesisleri yapılabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin 13.09.2000 gün ve E.2000/14, K.2000/21 sayılı kararında,

"Anayasanın 169 uncu maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemenin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasanın 169 uncu maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi maddenin birinci fıkrası doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için Devlete gereken tedbirleri alıp kanun koymayı ve bütün ormanların gözetimi ödevini getirmektedir.

İkinci fıkra, Devlet ormanlarının yalnız Devletçe yönetilmesi ve işletilmesinin yasayla düzenleneceği, mülkiyeti ve yönetiminin özel kişilere devronulamayacağı belirtilmekte, maksatlı olarak yapılan orman tahripleri, ağaçlar ve ormanlara vaki tecavüzlerde ormanların zaman aşımı suretiyle mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı kesin olarak hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği

hususunu da üçüncü fıkrada anayasal bir hüküm olarak yer almaktadır.”

denilmiş ve yine Anayasa Mahkemesinin 07.05.2007 günlü ve E.2007169, K.2007/55 sayılı kararında da;

“Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde turizm yatırımları için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur.

2634 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesinin itiraz konusu bölümlerinde, hangi taşınmazların ve orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edileceği ile ilgili genel bir çerçeve çizilmekle beraber, ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte Yasada yer verilmemiştir.

Bu bağlamda, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa da, Anayasanın 169 uncu maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına da belirginleştirilmesi Anayasanın yasa koyucuya yüklediği bir görev olarak kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasanın 169 uncu maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 169 uncu maddesine aykırıdır; iptali gerekir.”

denilmek suretiyle bir orman alanının başka bir etkinliğe (sağlık, eğitim, spor gibi tesislere) tahsisinde aranması gerekli koşullar şu şekilde belirlenmiştir:

Gerçekleştirilmesi istenen etkinliğin,

a) orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mümkün olamaması,

b) Devlet ormanları üzerinde bulunmasındaki veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesi

İptali istenen kurallarda öngörüldüğü biçimde orman alanlarında turizm yatırımları için irtifak hakkı tesisi, Anayasa Mahkemesinin kararında açıklanan koşulları karşılamamaktadır. Şöyle ki;

I- 2634 sayılı Kanununun 8 inci Maddesinin (A) Fıkrasının (1) numaralı bendinin (d) alt bendi yönünden

İptali istenen (d) bendi ile “Eko - turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkân sağlayan” orman alanları turizm etkinliğine açılmaktadır.

Bu düzenlemede; bir orman alanının eko - turizm kapsamında bir etkinliğe sadece imkân sağlaması bu alanın söz konusu etkinliğe tahsisi için yeterli görülmüş, etkinliğin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesi diğer bir anlatımla ormanların korunmasına ilişkin Anayasanın 169 uncu maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemiştir.

Bu nedenle iptali istenen kural, Anayasanın 169 uncu maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı gibi yasama organı yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen

yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak ve sözcükleri ayrı olsa bile, iptal edilen yasalarla, içerik ya da nitelik yönünden aynı veya benzer olan yasaları çıkarmamak zorundadır. Yapılan bu düzenlemede, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleri de dikkate alınmadığından dava konusu kural, Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırıdır.

Öte yandan bu kural, ekoturizm kavramının taşıdığı anlama ve bu turizmin amacına da ters düşmektedir.

Uluslararası Doğa Koruma Birliği'nin tanımına göre eko turizm, doğayı ve kültürel kaynakları anlayarak korumayı destekleyen, düşük ziyaretçi etkisi olan ve yerel halka sosyo - ekonomik fayda sağlayan, bozulmamış doğal alanlara çevresel açıdan sorumlu seyahat ve ziyaretir (Kurdoğlu, 2001, s: 4). Uluslararası Eko turizm Topluluğu TIES (The International Ecotourism Society); "ekoturizm, çevreyi koruyan ve yerel halkın refahını gözetken, doğal alanlara karşı duyarlı seyahattir" olarak tanımlamıştır.

Her iki tanıma da bakıldığında ekoturizm, doğal ve kültürel değerlerin korunarak turizme açılmasıdır.

Ekoturizm kavramında, yeşil turizm, alternatif turizm, doğa turizm, yabancı turizm, macera turizmi, kültürel turizm gibi terimler kullanılmaktadır.

Ekoturizm, genellikle küçük gruplar halinde, ailelerin işlettiği küçük tesislerde, geleneksel mimarinin ve yerel kaynakların kullanımını hedef almaktadır (Yard. Doç. Dr. Esin ÖZKAN YÜRİK, Turizmin Geleceği: Ekoturizm).

Doğal ve kültürel değerlerin korunarak turizme açılması olarak tanımlanan ekoturizm için, bu turizmin amacına aykırı bir şekilde en büyük doğal kaynaklar olan orman alanlarının Eko turizme yönelik tesislerinin yapımına tahsis olunmasını öngören bir düzenlemenin, bu yönden de Hukuk Devleti ve yasaların kamu yararına dayanması ilkeleriyle bağdaşmadığı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine ters düştüğü açıktır.

II- 2634 sayılı Kanununun 8 inci Maddesinin (A) Fıkrasının (1) numaralı bendinin (e) alt bendi yönünden

İptali istenen (e) alt bendi ile "*Golf turizmüne yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleştirilmesine imkân sağlayan*" orman alanları turizm etkinliğine açılmaktadır.

Türkiye Golf Federasyonunun yayınladığı Golf Sahası Yatırımcı Kılavuzunun (Ek. 1) "Golf arazisi seçiminde temel koşullar" bölümünde,

"Golf arazisi seçiminde arazi büyüklüğü, ulaşım kolaylığı, su kapasitesi, imar durumu, mikro klima, 50 yıllık meteorolojik değerler, zemin kesiti, zemin eğimleri, toprak kalitesi, toprağın asidite oranı, çevredeki tarım alanlarında kullanılan tarım ilaçlarının muhtemel etkileri gibi araştırılması gereken birçok konu vardır. Ancak bir arazinin 18 delikli bir golf sahası yapımına uygunluğu için üç temel ölçüt şunlardır:

- Ortalama 750.000 m² arazi,
 - Yazın en sıcak zamanda ortalama 2.000 m³ su,
 - Ulaşılabilirlik (konaklama merkezlerinden uzaklığı 60 km'yi geçmemeli)"
- denilmiştir.

Bu ölçütlere göre, golf sahası orman eko sistemi dışında yapılması mümkün olabilecek bir etkinliktir. Nitekim Türkiye Golf Federasyonunun yayınladığı Türkiye'nin Öncelikli Golf Sahası Bölgelerinin gösteren haritadan da, golf sahalarının orman alanlarında yapımının bir zorunluluk olmadığı açıkça görülmektedir.

Diğer taraftan, geçmişte orman alanlarında yapılan golf sahaları doğa katliamına yol açmıştır. Bu bağlamda, 31 Ekim 2007 tarihli Hürriyet Gazetesinde "Belek ormanları golf sahası kurbanı" başlık haberde (Ek. 2) özetle; 30 yılda ağaçlandırılan Belek Ormanları'nda, bölgenin turizm alanı ilan edilmesinin ardından bir doğa katliamı yaşandığı, golf sahaları için 500 bin ağacın kesildiği açıklanmıştır.

2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında % 93'ü Turizm Bakanlığı'na tahsis edilen Belek Orman alanlarında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen 16 milyon 372 bin metrekarelik alanın 8 milyon 876 bin metrekaresinde golf ve konaklama tesislerinin yapılması için 10 adet, 7 milyon 846 bin metrekaresinde otel, konaklama ve günübirlik tesis yapımı için 47 adet izin verildiği ve golf tesislerinin bir kısmının tamamlandığı ve konaklama tesislerinin inşaatının devam ettiği bilinmektedir (TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, hkmo.org.tr).

Bu durumda, orman alanlarının golf turizmine açılmasında üstün kamu yararı bulunmadığının açık bir göstergesidir.

Açıklanan nedenlerle, 2634 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (e) alt bendi; Anayasanın 169 uncu maddesindeki ilkeler doğrultusunda, golf turizminin özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamaları karşılamadığından ve Anayasa Mahkemesi kararlarını da göz önünde bulundurmadığından Anayasanın 153 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırıdır.

III- 2634 sayılı Kanunun 8 inci Maddesinin (A) Fıkrasının (1) numaralı bendinin (f) alt bendi yönünden

İptali istenen (f) alt bendi ile *“Kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlayan”* orman alanları turizm etkinliğine açılmaktadır.

Bu kural ile hangi orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edileceği ile ilgili çerçeve çizilirken ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair bir ölçüt yerine yararlanma bakımından kolaylık sağlayan nedenler sayılmakla yetinildiğinden bu kural da, Anayasanın 153 üncü ve 169 uncu maddelerine ters düşmektedir.

Öte yandan bu düzenlemede, kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi için kolaylık sağlama, orman alanının turizm etkinliğine açılması nedeni gösterilmiştir. Anayasanın 43 üncü maddesinde, “kıyılardan yararlanma” koşulları düzenlenirken deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikli kamu yararının gözetileceği ve kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanım amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. 43 üncü maddede bu yerlerden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği belirtildiğine göre buradaki yararlanmanın ortak kullanımını sağlayıcı ve kolaylaştırıcı olması, yararlanma tesis kurma biçiminde olduğuna göre, bu tesislerin kamuya açık veya kamu yararı gerçekleştirmeye yönelik bulunması (iskele, liman yapıları, rıhtım, çekek yeri, fener, teknik alt yapı ve tesisleri gibi) zorunludur.

İptali istenen kural, belirtilen şekilde bir sınırlandırmaya yer vermediğinden Anayasanın 43 üncü maddesine de ters düşmektedir.

IV- 2634 sayılı Kanunun 8 inci Maddesinin (A) Fıkrasının (1) numaralı bendinin (g) alt bendi yönünden

İptali istenen bu kural ile orman alanları *“Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıda başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan”* turizm etkinliklerine açılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 05.01.2006 günlü ve E.2005/98, K.2006/3 sayılı kararında,

“Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında ifade edildiği gibi, tersane, gemi sökme yeri ve su ürünlerine dayalı sanayi tesisleri, faaliyetlerinin özelliği gereği kıyıda yapılması zorunlu tesislerdendir. Aynı şekilde faaliyetleri gereği kıyıda olması zorunluluğu bulunan fabrika ve santral gibi yapıların kıyılarda ve sahil şeritlerinde yapılmasında anayasal bir sorun bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, kamu yararı amacıyla kruvaziyer ve yat limanlarının faaliyetlerinin gereği olarak kıyıda yapılması zorunluluğunun bulunduğu ve kullanılmasının da bu zorunlulukla sınırlı olacağı açıktır. Başka bir anlatımla kruvaziyer ve yat limanlarının kıyılarda yapılma zorunluluğu, bu limanların olağan gereksinimleriyle ilgisi olmayan yapılaşmalara izin verir biçimde anlaşılabilir.”

denilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararından da anlaşılacağı üzere, kıyılarda kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik kruvaziyer ve yat limanları ve bu limanların olağan gereksinimleriyle sınırlı bir yapılaşma mümkündür. İptali istenen düzenleme; kruvaziyer ve yat limanlarına bağlı olarak orman alanlarının otel, lokanta, ofis binaları gibi başka yerlerde yapılması mümkün olan konaklama ve alışveriş yerleri gibi söz konusu amacı aşan yapılaşmalara açılması, kamu yararı önceliğinin, orman arazisinin bu hizmetlere

tahsisini zorunlu hale getirme ilkesinin gözardı edilerek kişisel yararın öne çıkarılması sonucunu doğuracağından Anayasanın 43 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırılık oluşturacağı açıktır.

V- 2634 sayılı Kanununun 8 inci Maddesinin (A) Fıkrasının (1) numaralı bendinin (h) alt bendi yönünden

İptali istenen (h) alt bendi ile "Uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan" orman alanları turizm etkinliklerine açılmaktadır.

Bu kuralda; orman ekosisteminde gerçekleştirilmek istenilen etkinliğin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mümkün olamaması, bu etkinliğin (spor tesislerinin) daha büyük kamu yararı yaratması (etkinliğin sağlayacağı kamu yararına en düşük toplumsal maliyetle ulaşılabilmesi) gibi koşulları tanımlayan ve ortaya koyan hükümleri içermediğinden, Anayasa Mahkemesinin kararında açıklanan Anayasaya aykırılık gerekçesinin gereklerini karşılamadığından Anayasanın 153 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kurallarda öngörüldüğü biçimde orman alanlarında turizm yatırımları için irtifak hakkı tesisinin, Anayasa Mahkemesinin kararında açıklanan koşulları karşılamaktan uzak olduğu ve dolayısıyla Anayasa hükümleriyle bağdaşmadığı çok açıktır.

Diğer taraftan Yasa'nın 8 inci maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin son paragrafında getirilen sınırlamalar; ormanları koruyacak şekilde, sadece kaçınılmaz ve zorunlu olan hallerde turizm yatırımlarına tahsis edilmesini sağlamasının mümkün kılacak yeterli ve ölçüde olmaktan uzaktır. Şöyle ki;

1. Turizme tahsis edilecek alanın il genelindeki orman sayılan yerlerin toplamının % 1'ini geçemeyeceğine ilişkin şarttaki sınır sanıldığı gibi küçük değildir. Bu durumda, ülkemizdeki 211.887 hektarlık orman alanındaki 2118,87 hektarlık yani 2.118.870.000 m²'lik orman alanındaki ağaçların kesilmesinin yolu açılmış olmaktadır. Ormanlık alanlardaki turizm yatırımlarının toplam orman alanına oranı Antalya'da binde iki, Muğla'da ise onbinde beştir. Ayrıca bu illerdeki yatırımların neredeyse tamamının kıyı bandında olduğu dikkate alındığında Yasa'daki sınırın az olmadığı ortaya çıkacaktır. Doğru kıyaslama yapılabilmesi için kıyı bandındaki ormanlık alanların ne kadarlık bir bölümünün yatırımcılara tahsis edildiğinin ortaya konulması gerekir. Ayrıca, verimsiz orman alanlarının % 49 olduğu düşünülürse tahsis oranının daha da yüksek olduğu görülecektir.

2. Yapılaşmaya esas inşaat hakkına ilişkin emsal (E) 0.30'luk sınır oldukça yüksektir. Yüzde 30 oranında inşaat hakkı orman dokusunu bozacak bir yoğunluktur. Ayrıca taban alanı kat sayısı (TAKS – Taban alanının imar parseli alanına oranı) yanında, kat (inşaat) alanı kat sayısı da (KAKS – Yapı inşaat alanının imar parseli alanına oranı) belirlenmemiştir.

3. Yasa'da turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedelinin ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla gelir olarak kaydedileceği öngörülmüştür. Ancak, varolan ormanın yok edilip yeni orman kurulması, uygulanma olasılığı çok güç ve tartışmaya açık bir konudur. Zira, Orman Kanunu'nda da yanan orman alanlarının ağaçlandırılacağı zorunlu kılınsa da 1985 yılından günümüze dek 234.482 hektar (2.344.820.000 m²) orman alanımız yanmış ancak bu alanların sadece 40.824 hektarı yani ortalama % 17'si ağaçlandırılarak geri kazanılmıştır. İklim değişikliği ve diğer etkenler dikkate alındığında bir ağacın yetiştirilmesi özellikle kurak bölgelerimizde hiç de kolay değildir (TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, hkmo.org.tr).

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 07.05.2008 tarihli ve 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 2 nci maddesi ile değiştirilen 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Kanununun 8 inci maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin;

- (d), (e), (h) alt bentleri Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 169 uncu maddelerine,

- (f) ve (g) alt bentleri Anayasanın 2 nci, 11 inci, 43 üncü, 153 üncü ve 169 uncu maddelerine,

aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

2) 07.05.2008 Tarihli ve 5761 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesi ile Değiştirilen 12.03.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Kanunun 8 inci Maddesinin (C) ve (D) Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 2634 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (C) fıkrasında; Kültür ve Turizm Bakanlığının tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edileceği öngörülmüştür.

Bu kural ile Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi için Bakanlığa yetki verilmiş, ancak Yasa'da bu yetkinin nasıl ve hangi şartlarla kullanılacağına ilişkin doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu konudaki esas ve bedel ve süreler dahil tüm şartların saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edileceği öngörülmüştür.

Anayasanın, "C. İdarenin Kuruluşu" ve "1. Merkezi İdare" başlığını taşıyan 126 ncı maddesinin üçüncü fıkrası "Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın <<görev ve yetkileri kanunla düzenlenir>>." demektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Anayasaya göre, merkezi idarenin görev ve yetkilerinin yasa ile düzenlenmesi esastır.

İptali istenen kuralda öngörüldüğü üzere İdareye saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda tespit yetkisinin verilmesinin Yasa ile düzenleme anlamına gelmediği kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin müteaddit kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

İptali istenen kural ile Bakanlığın yetkisini nasıl ve hangi şartlarla kullanılacağını karşılayan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, Yasanın 8 inci maddesinin (C) fıkrası kapsamına giren konularda yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması nedeniyle söz konusu yasa kuralı Anayasanın 7 nci maddesine aykırıdır;

Yasa'nın 8 inci maddesinin (D) fıkrasında ise, Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlığın yetkili olduğu, bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisinin, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

İptali istenen bu kural da, (C) fıkrası için belirtilen nedenlerle Anayasanın 7 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 07.05.2008 tarihli ve 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesi ile Değiştirilen 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Kanunun 8 inci Maddesinin (C) ve (D) fıkraları Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

07.05.2008 tarihli ve 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile değiştirilen 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin iptali istenen (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentleri; Anayasanın 169 uncu maddesinde aranan nitelikteki kamu yararı yerine, turizm açısından gelir getirici olan Devlet orman alanlarının bu doğrultuda kullanıma açılmak istenmesi amacına yöneliktir.

Anayasamızın 169 uncu maddesinin orman alanlarının daraltılmasına yol açabilecek yasal ve fiili çalışmaları sınırlayan hükümlerine aykırı, ormanların korunmasında Devletin yüksek menfaatlerini göz önüne almaktan uzak olan iptali istenen hükümlerin uygulanmaları halinde; ormanların bütünlüğünün bozulmasına, ormanların daraltılmasına ve kıyıların tahribine neden olan tahsislere yenilerinin eklenmesine yol açacağı gibi ormanlara zarar verecek faaliyetlere de imkân vereceğinden sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara neden olacağından, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

Diğer taraftan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hükümler hakkında yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 07.05.2008 tarihli ve 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 2 nci maddesi ile değiştirilen 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin; (d), (e), (h) alt bentleri Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 169 uncu maddelerine; (f) ve (g) alt bentleri Anayasanın 2 nci, 11 inci, 43 üncü, 153 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

2) 2 nci maddesi ile değiştirilen 12.03.1982 tarihli ve 2634 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (C) ve (D) fıkraları Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Yasayla değiştirilen (A) fıkrasının iptali ve yürürlüğünün durdurulması istenilen kuralları da içeren (1) nolu bendi ile (C) ve (D) fıkraları şöyledir:

“*Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı:*

Madde 8- A. Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan;

(1) (Değişik: 7/5/2008-5761/2 md.) Hazineye ait olan yerler Maliye Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir. Hazine adına tescilli yapılmamış Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle, kapanan yollar ve yol fazlalarının resen tescilli, talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içinde tamamlanır. Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan yerlerden;

a) Sağlık turizmine yönelik fizik tedavi tesisi veya rehabilitasyon merkezi tesislerini kapsayan konaklamalı tesisler yapılabilmesi için iklimsel ve çevresel zorunluluk bulunan,

b) Termal turizmine yönelik jeotermal kaynakları bulunan,
c) Kış turizmi kapsamında uygun yapı ve tesislerin yapılabileceği yeterli pist uzunluğunu ve gerekli rakımı sağlayan,

d) Eko-turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkan sağlayan,

e) Golf turizmine yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleştirilmesine imkan sağlayan,

f) Kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlayan,

g) Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıdan başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan,

h) Uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan,

yerler talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir.

Bu Kanuna göre tahsis edilecek orman sayılan yerlerde;

a) Turizme tahsis edilecek alan, il genelindeki toplam orman sayılan yerlerin binde 5'ini geçemez.

b) Yapılaşmaya esas inşaat hakkı, emsal (E) 0.30'u geçemez.

c) Turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedeli, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına, doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla gelir olarak kaydedilir ve kaydedilen tutar karşılığı ödenek öngörülür. Belirtilen bedelin yatırılmadığının tespiti halinde, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmez."

"C. (Değişik: 7/5/2008-5761/2 md.) Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralınması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir."

"D. (Değişik: 7/5/2008-5761/2 md.) Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 11., 43., 153. ve 169. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına, 5.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklama

12.3.1982 tarihinde kabul edilmiş olan 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, adından da anlaşılacağı üzere, turizmi teşvik etmeyi amaçlayan bir yasadır. Bu çerçevede, turizm yatırımlarını teşvik etmek amacıyla çeşitli finansman teşvikleri, arazi tahsisleri ve alt yapı tesislerinin yapımının üstlenilmesi gibi teşvik araçları Yasa'da öngörülmüştür. Öğretide, Turizmi Teşvik Kanunu'nun turizm sektörü açısından getirdiği en önemli yenilik ve teşvikin, hazineye ait taşınmazların turizm yatırımları için tahsis edilmesine imkân vermesi olduğu belirtilmektedir.

2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yer alan ve orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsisine imkân veren bir kısım düzenlemelerin iptali istemiyle 2007 yılında yapılan bir itiraz başvurusu üzerine, 7.5.2007 günlü, E.2006/169, K.2007/55 sayılı kararda Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'nın 169. maddesi gereğince, ormanların turizm amaçlı yatırımlara tahsisinin ancak kamu yararı bulunması ve zorunluluk hallerinde mümkün olabileceği vurgulanmış ve sözü edilen itiraz konusu yasa kurallarının zorunluluk ya da kaçınılmazlık ölçütlerine yer vermediği sonucuna varılarak iptallerine karar verilmiştir. Bu iptal kararı üzerine yasakoyucu, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı *Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'la 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesini yeniden düzenlemiştir.

B- 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinin incelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin (A) fıkrasında, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki hazineye ait yerlerle ormanların Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın talebi üzerine bu Bakanlığa tahsis edileceği hususu düzenlenmiştir. Bu taşınmazların adı geçen Bakanlığa tahsis edilmesi, kamu taşınmazlarının Turizmi Teşvik Kanununda ve ilgili Yönetmelikte belirlenen amaçlara uygun olarak kullanılmak üzere Bakanlığın tasarrufuna bırakılması anlamına gelmektedir.

2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin (A) fıkrasında 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler de dikkate alındığında aşağıdaki esaslar çerçevesinde orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edilebileceği anlaşılmaktadır.

1- Öncelikle, herhangi bir bölgedeki değil, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi veya turizm merkezi olarak ilan edilmiş olan yerlerdeki orman arazilerinin tahsisi mümkün olabilecektir. Ayrıca tahsis edilecek yerin, imar planlarının yapılmış ve turizme ayrılmış olması gerekmektedir.

2- 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre orman sayılan yerlerden turizm yatırımları için tahsis yapılabilmesi Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmaması şartına bağlanmıştır.

3- Turizm yatırımlarına tahsis edilecek orman arazisinin, il genelindeki toplam orman sayılan yerlerin binde 5'ini geçemeyeceği kuralına yer verilmiştir.

4- Yapılaşmaya esas inşaat hakkının, emsal (E) 0.30'u geçemeyeceği düzenlenmiştir.

5- Turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına, doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla gelir olarak kaydedileceği ve belirtilen bedelin yatırılmadığının tespiti halinde, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

6- Yasa'nın 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinde hangi hallerde orman sayılan yerlerin turizm yatırımlarına tahsis edilebileceği gösterilmiştir. Dava konusu alt bentlerde, "*eko-turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkan sağlayan*", "*golf turizmine yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleştirilmesine imkan sağlayan*", "*kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma*

bakımından alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlayan”, “krvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıda başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan”, “uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan” ve orman sayılan yerlerin, talep üzerine, Çevre ve Orman Bakanlığı’nca Kültür ve Turizm Bakanlığı’na tahsis edileceği düzenlenmiştir. Böylece, yukarıdaki bentler kapsamında gerçekleştirilmek istenen bir turizm yatırımı için talep edilen alanın fiziki ve doğal durumu nedeniyle, söz konusu yatırımın başka yerde kurulamaması, yeterli rakım, iklimsel ve çevresel gereklilikler gibi zorunluluklar çerçevesinde orman arazisinin turizm yatırımlarına tahsis edilmesi öngörülmüştür.

7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler sonucunda, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde orman arazisinin turizm yatırımlarına tahsisi bağlamında 2634 sayılı Yasa’nın 8. maddesinin önceki halinde öngörülmeyen bir kısım sınırlamalara ve ölçütlere yer verilmiştir.

2- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde özetle, dava konusu yasa kurallarının, Anayasa Mahkemesi’nin 7.5.2007 günlü, E.2006-169, K.2007/55 sayılı kararında yer verilen koşulları karşılamadığı, turizm yatırımları için ancak zorunluluk bulunması halinde orman arazilerinin tahsisi yoluna gidilebileceği halde, 8. maddenin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinde sayılan turizm türleri için, orman arazisinin tahsisinde zorunluluk şartının aranmadığı, orman arazisinin bu turizm türlerine imkan sağlamasının tahsis için yeterli görüldüğü, oysa “uygun imkan sağlama”nın değil “zorunlu olma”nın esas alınması gerektiği; turizme tahsis edilecek alanın il genelindeki orman sayılan yerlerin toplamının binde beşini geçemeyeceğine ilişkin kuralın yanısıra yapılaşmaya esas inşaat hakkına ilişkin düzenlemenin ve turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ile ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin yatırımcı tarafından ödenecek olmasına ilişkin düzenlemelerin ormanların korunması ve sadece kaçınılmaz ve zorunlu hallerde turizm yatırımlarına tahsis edilebileceğinin vurgulanması bakımından yeterli ve etkili olmadığı belirtilerek, dava konusu kurallardan (d), (e) ve (h) alt bentlerinin Anayasa’nın 2., 11., 153. ve 169. maddelerine; (f) ve (g) alt bentlerinin ise Anayasa’nın 2., 11., 43. 153. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa’nın 43. maddesinde, “*Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarruf altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir.*” denilmiştir; 153. maddesinin son fıkrasında da “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.*” kuralına yer verilmiştir. Anayasanın 169. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında ise “*Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.*” vurgusu yapılmıştır.

Anayasa’nın 169. maddesinin birinci fıkrasında, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaların çıkarılması görevi yasama organına verilmiştir. Keza, maddenin üçüncü fıkrasında, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez hükmü yer almaktadır. Buna karşılık, 169. maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olabileceği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin konuyla ilgili daha önceki kararlarında ise, Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine izin veren yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun incelenmesinde, yasanın konusunu oluşturan

kamu hizmetinin kamu yararına olmasının tek başına yeterli olmadığı, ayrıca ormanlar üzerinde bu hizmetler için irtifak hakkı tesis edilmesinin söz konusu kamu hizmetlerinin ifası bağlamında zorunlu olup olmadığına da bakılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Anayasa, Devlet ormanları üzerinde özel mülkiyete izin vermemekte, sadece, kamu yararının bulunması halinde irtifak hakkı tesis edilmesine imkân tanımaktadır. Anayasada bu konuyla ilgili olarak başkaca bir sınırlama veya düzenleme yapılmamıştır. Örneğin, belli kamu hizmetleri sayılarak bu hizmetlerin ifası için gerekli olması halinde ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği, aksi halde bunun mümkün olamayacağı yönünde bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle gerekli şartların varlığı halinde, diğer bir kısım kamu hizmetlerinin ifası için ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesinde olduğu gibi turizm yatırımları için de orman arazisi tahsis edilebileceği şüphesizdir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili önceki kararında da açıklıkla vurgulandığı üzere, kamu yararı ve zaruret bulunması halinde turizm yatırımları için Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine, bu ormanların kiralanmasına veya kullanılmasına yasayla izin verilmesinde Anayasayla bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 169. maddesinde sadece, kamu yararının bulunması halinde ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği belirtilmiştir. Bunun ötesinde, belli kamu hizmetleri için ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesinin "zorunlu" ya da "kaçınılmaz" olup olmadığının irdelenmesi yönünde Anayasada herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Keza, Anayasa'nın 43. maddesinde de, kıyılardan ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği açıklanmış ve bu yerlerden yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir.

Turizm yatırımları için orman arazilerinin tahsis edilmesinde kamu yararı olabileceği, bunun aksini iddia etmenin her durumda doğru olmayacağı şüphesiz olduğuna göre, ikinci bir aşama olarak, dava konusu yasa kurallarında bir kısım turizm yatırımları için orman arazisinin tahsisine izin verilirken koruma ve kullanma dengesinin gözetilip gözetilmediğinin araştırılması uygun olacaktır. Konuya bu açıdan bakıldığında, hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmaması halinde ormanlardan tahsis yapılabileceğinin belirtilmiş olması, bir ildeki toplam orman alanının en fazla binde 5'inin turizm yatırımlarına tahsis edilebileceğinin öngörülmüş olması, yapılaşmaya esas inşaat hakkının, emsal (E) 0.30'u geçemeyeceği hükmüne yer verilmiş olması ve turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına, doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla gelir olarak kaydedileceği ve belirtilen bedelin yatırılmadığının tespiti halinde, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmeyeceği yönündeki kurallarla ormanların korunmasına yönelik tedbirlere yer verilerek koruma ve kullanma dengesinin gözetildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'ya uygunluk denetiminde, yasakoyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır. İncelenen yasama belgeleri, yasakoyucunun, 2634 sayılı Yasanın 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) nolu bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinde sayılan turizm etkinliklerinin ormandan yararlanmaksızın amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilemeyeceği sonucuna vardığını göstermektedir. Gerçekten de, turizmin, deniz, doğa, tarih ve otantik kültür unsurlarını gerektirdiği bilinen bir husustur. Bu nedenle, turizmin istihdam yaratabilmesi, gelir artışına yol açabilmesi ve kendisinden beklenen diğer sosyal ve siyasal yararları ortaya çıkarabilmesi bakımından orman arazilerinin turizm yatırımları için tahsis edilmesine ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Aksi halde, turizmden beklenen kamu yararının gerçekleşmeyeceğinin değerlendirilmiş olduğu ve bu çerçevede tahsisin zorunlu görüldüğü anlaşılmaktadır.

Dava konusu kurallarla, turizmi koruma ve gelişim bölgelerinde hazineye ait yeterli alanın bulunmaması, belli miktar sınırlamalarının gözetilmesi, sadece yasada öngörülen turizm türleri için orman arazilerinin tahsis edilebilmesi gibi kriterler getirildiğinden, kamu yararı anlayışıyla hareket edilerek zorunluluk ve kaçınılmazlık ölçütlerinin karşılandığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralları Anayasa'nın 2., 43., 153. ve

169. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI, (d), (e), (f) ve (h) alt bentleri yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ, (g) alt bendi yönünden de bu görüşe katılmamışlardır.

C- 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen (C) fıkrasının incelenmesi

Dava dilekçesinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi için Bakanlığa yetki verilmiş olduğu, ancak bu yetkinin nasıl ve hangi şartlarla kullanılacağına ilişkin Yasa'da doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğu, Yasa'nın 8. maddesinin kapsamına giren konularda yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması nedeniyle dava konusu kuralın yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine yer veren Anayasa'nın 7. maddesine ve buna bağlı olarak da 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 7. maddesinde ise "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Yasa'nın 8. maddesinin dava konusu (C) fıkrasına göre, "Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir."

Dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığının incelenmesinde, 24.7.2003 günlü, 4957 sayılı Yasayla 2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesine eklenmiş olan (L) fıkrasına da işaret edilmesi gerekmektedir. Sözü edilen (L) fıkrası şöyledir: "Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar (C) fıkrasında belirtilen çerçevede ve doğrudan yabancı sermaye yatırımının teşvik edilmesi, uluslararası marka, zincir, teknoloji ve standartların ülkeye kazandırılması, etkin alan yönetimi, kalite denetimi ve sosyal, kültürel, fiziki çevreyle uyumlu sürdürülebilir turizm ilkeleri gözetilerek Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." Bu fıkroda, (C) fıkrasında çıkarılacağı öngörülen yönetmeliğe atıf yapılarak, yönetmeliğin hazırlanışında hangi hususların gözetileceği belirtilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalarda 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler sonucunda Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında orman arazilerinin tahsisinde hangi sınırlayıcı hükümlere yer verildiği gösterilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde, 2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin gerek (A) fıkrasında gerekse de (C) ve (L) fıkralarında öngörülen kapsam, getirilen sınırlamalar, belirlenen ilkeler ve çizilen çerçeve dolayısıyla Bakanlığın tasarrufuna geçen orman arazilerinin tahsisi bağlamında idareye sınırsız bir düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanınmış olduğu

söylenemeyeceğinden, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasanın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D- 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, (D) fıkrasının incelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen (D) fıkrasına yönelik ayrı bir iptal gerekçesine yer verilmemiş, yukarıda özetlenen (C) fıkrasına ilişkin iptal gerekçelerinin (D) fıkrası için de geçerli olduğu belirtilmiştir.

2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin dava konusu (D) fıkrasında, "*Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.*" denilmektedir

Yasa'nın 8. maddesinin (D) fıkrasında, (A) fıkrasında sözü edilen taşınmazları yine bu maddede belirtilen şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etme yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığı'na verilmiştir. Bakanlığa tanınan bu yetkinin nasıl kullanılacağı ise yukarıda sözü edilen yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. (D) fıkrasının ikinci cümlesinde ise, bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi işleminin, Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca yapılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalarda 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler sonucunda Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında orman arazilerinin tahsisinde hangi sınırlayıcı hükümlere yer verildiği gösterilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde, 2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin gerek (A) fıkrasında gerekse de (C) ve (L) fıkralarında öngörülen kapsam, getirilen sınırlamalar, belirlenen ilkeler ve çizilen çerçeve dolayısıyla Bakanlığın tasarrufuna geçen orman arazilerinin tahsisi bağlamında idareye sınırsız bir düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanınmış olduğu söylenemeyeceğinden, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentleri ile (C) ve (D) fıkralarına yönelik iptal istemleri, 10.3.2011 günlü, E.2008/51, K.2011/46 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve alt bentlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 10.3.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen;

1- (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin;

a- (d), (e), (f) ve (h) alt bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- (g) alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (C) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (D) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

10.3.2011 gününde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz
PAKSÜT

Üye
Fulya
KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Fettah OTO

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla
PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY YAZISI

I- 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinde 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre orman sayılan yerlerden hangilerinin turizm amaçlı tahsis edilebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda eko-turizm, golf turizmi, alt yapı ve üst yapı tesisi konusunda kolaylık sağlamak, kruvaziyer ve yat turizmi ve turizm amaçlı spor tesisleri gibi amaçlarla Çevre ve Orman Bakanlığı'nca, Turizm Bakanlığı'na tahsis edilebilecek yerler sayılmıştır.

Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında ormanların korunması ve

sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaların çıkarılması görevi yasama organına verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu edilebileceği belirtilmiş; üçüncü fıkrasında ise ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği de vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı ve zaruret bulunması halinde turizm yatırımları için Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine, bu ormanların kiralanmasına veya kullanılmasına yasayla izin verilmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyebilecektir. Ancak Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kamu yararı, maddenin ilk ve üçüncü fıkralarındaki anlayış gözetilerek değerlendirildiğinde, Anayasa koyucunun getirdiği istisnanın salt turizm gelirlerini artırmak şeklinde bir kamu yararı olamayacağı açıktır.

İptal istemine konu (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentlerinde sayılan turizm yatırımları her ne kadar turizm gelirlerini artırmak yönünden kamu yararı koşuluna uyuyor görünmekte ise de bunların orman arazisine müdahaleyi gerektiren bir zorunluluk içermedikleri, yasa kuralları düzenlenirken bunun gözetilmeyerek ormanların tahsisindeki istisna ana kural haline getirilecek şekilde geniş ve esnek tutulduğu anlaşılmaktadır. Örneğin golf turizmi mutlaka orman arazisine müdahaleyi gerektirmediği yani bu yönden bir zorunluluk bulunmadığı gibi, yat turizmi ve kruvaziyer turizmi de çeşitli konaklama, ikmal ve alışveriş tesisleriyle birlikte anlam ifade edeceğinden, bunun orman bölgesinde değil aksine orman arazisinde uzak yerlerde yatırım gerektirdiği açıktır. Bu nedenle kurallar Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olup, iptalleri gerekir.

II- Kanun'un 8. maddesinin (C) fıkrasında orman arazilerinin yatırımlara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile sürelerin, bedellerin, hakların sona ermesi ile diğer şartların Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın tespit edilmesi öngörülmüştür.

Kuralla, yasa ile düzenlenmesi gereken bir konuda üç Bakanlığa, yürürlükteki yasalara uymak zorunda olmadan istedikleri gibi düzenleme yapmak yetkisi verilmektedir. Böyle bir halin Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine ilişkin pek çok Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulanan nedenlerle anayasaya aykırı olacağı açıktır. İdareye verilen böyle bir yetkinin çerçevesi ve sınırları yasayla belirlenmesi gerekirken bunun yerine yine İdarenin çıkartacağı bir Yönetmeliğin hükümleriyle dengelenerek anayasaya uygun hale geldiğinin kabulüne de olanak yoktur. Bu nedenle kuralın iptali gerekir.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen A fıkrasının (1) numaralı bendinin iptali istenen (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentleri ile turizm tesisinin, belirlenen alanın fiziki ve doğal konumu nedeniyle başka yerde kurulamaması, jeotermal kaynak, yükseklik, iklimsel ve çevresel gereklilikler gibi özellikleri taşıyan yeterli hazine arazisi bulunamaması gibi durumlarda, bazı turizm türleri için turizm işletmelerinin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak orman arazisinin tahsis edilmesi öngörülmüş, (C) ve (D) fıkralarında da Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar, süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartların saptanması konusunda yetki verilen bakanlıklar ve bu esaslara göre yapılacak tahsislerle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı yaşamsal önem nedeniyle, korunmaları ve sahalarının genişletilmesi için alınacak önlemler ve diğer hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu özel düzenlemenin, doğal servet niteliğindeki ormanların tahrip edilerek yok olmasının önlenmesi ve ekolojik dengenin de bozulmaması amacına yönelik olduğu kuşkusuzdur. Maddenin birinci fıkrasında,

Devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı, bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, ikinci fıkrasında, Devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı, Devlet ormanlarının kanuna göre, Devletçe yönetileceği ve işletileceği, bu ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı, üçüncü fıkrasında, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme izin verilemeyeceği son fıkrasında da sayılan yerler dışında orman sınırlarında daraltma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemelere göre, ormanların mülkiyet hakkına ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olmasına ve son fıkrada sayılarak belirlenen yerler dışında sınırlarında daraltma yapılmasına olanak yoktur. Ormanlar üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı kurulabilmesinin ölçüsü ise kamu yararının bunu zorunlu kılmasıdır. Aksi takdirde, irtifak hakkı kurulmasındaki kamu yararının ormanın korunmasındaki yarardan daha fazla olduğu ileri sürülerek takdire dayanan varsayımlarla orman örtüsünün kısa sürede tahribine yol açılması kaçınılmaz olur.

Bu husus, Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 günlü, E.2004/67, K.2007/83 sayılı, kararında da vurgulanarak, "Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerin, talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkanı bulunup bulunmadığı hususu gözetilmek suretiyle belirlenmesi gerekir" denilmiştir.

Dava konusu (d), (e), (f) ve (h) alt bentleri uyarınca, turizme tahsis edilecek yerlerin ortak özelliği, bu alanların, yapılması düşünülen tesisler için kolaylık oluşturacak veya onları daha çekici kılacak niteliklere sahip olmalarıdır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde yapılan düzenlemenin, orman arazileri üzerinde kamu yararının zorunlu kıldığı bir yapılanma gereksiniminden kaynaklanmadığı, turizme hizmet amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 169. maddesi, Yasa koyucuya bu tür amaçlara öncelik tanıyarak orman arazisinin kullanılması konusunda yetki vermemektedir.

Öte yandan, 8. maddenin dava konusu (C) ve (D) fıkralarında belirtilen hususlarla ilgili esasların yasa ile belirlenmeyerek idareye bırakılması ve yapılacak düzenlemelerde de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olunmayacağına öngörülmesi suretiyle bu konularda da idarenin yetkili kılınması, Anayasa'nın 7. maddesinde belirtilen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle incelenen kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Orman, ağaçlarla birlikte diğer bitkiler, hayvanlar, mikroorganizmalar gibi canlı varlıklarla toprak, hava, su, ışık ve sıcaklık gibi fiziksel çevre faktörlerinin birlikte oluşturdukları karşılıklı ilişkiler dokusunu simgeleyen bir ekosistemdir.

İrtifak hakları, sahibine, konusu olan eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya ondan yararlanma yetkileri veren veya malike bir çekinme borcu yükleyen sınırlı bir hâkimiyet hakkıdır. Bu haklar taşınmaz lehine ya da belirli bir şahıs lehine tesis edilirler. Bir taşınmaz lehine tesis edilen irtifak hakkına eşyaya bağlı (arzî) irtifaklar, belirli bir şahıs lehine tesis edilen irtifak haklarına da şahsa bağlı (şahsi) irtifaklar denir.

İptali istenilen kurulla orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsisi amaçlanmıştır. Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem

gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu özel ve ayrıntılı düzenlemenin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı gibi doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için, gereken tedbirleri alma, kanun koyma ve ormanların gözetimi yükümlülüğü Devlete verilmiştir.

Öte yandan maddede, Devlet ormanlarının yalnız Devletçe yönetilmesi ve işletilmesinin yasayla düzenleneceği, mülkiyetinin ve yönetiminin özel kişilere devronulamayacağı belirtilmekte, maksatlı olarak yapılan orman tahripleri, ağaçlar ve ormanlara vaki tecavüzlerde ormanların zaman aşımı suretiyle mülk edilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkında konu olamayacağı, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Anayasa'daki bu düzenleme ile ormanların korunması ve bütünlüğünün bozulmaması amaçlanmış olup, ancak kamu yararının zorunlu kıldığı kimi durumlarda irtifak hakkı tesisine izin verilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 2000/75 Esas sayılı kararında, kimi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olmasının gerekeceği, önemli olan hususun bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisinin zorunlu hale getirilmesi olduğu, bu çerçevede kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabileceği; 2004/67 Esas sayılı kararında da, önemli olan hususun hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesi olduğu, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerin, talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkânı bulunup bulunmadığı hususunun gözetilmek suretiyle belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Belirtilen koşullar gözetilerek turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve hizmetlerin orman içinde yapılması zorunlu olduğu ölçüde Devlet orman alanlarının turizme tahsisi gerekebilecektir.

İptali istenen 8. maddenin (A) bendinin (d), (e), (f), ve (h) alt bentlerinde belirtilen faaliyetlerin nitelikleri itibarıyla, orman ekosistemi içinde gerçekleştirilmeleri zorunluluğunun açıkça kuralda gösterilmesi gerekir. Aksi halde kuralın ormanların korunması ve bütünlüğünün bozulması ilkesiyle bağdaştığından söz edilemeyeceği gibi kısmi kısıtlamaların getirilmesi bu koşulların oluşturduğu anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen (d), (e), (f) ve (h) alt bentlerinin iptaline karar verilmesi gerekirken aksi yönde oluşan çoğunluk görüşüne katılmıyorum. 10.03.2011

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 169. maddesi, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önemi gözeterek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunu ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin, ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden ve sürdürülebilir ekolojik dengenin korunabilmesi için de ormanların, orman olarak korunması zorunluluğundan kaynaklandığı kuşkusuzdur.

Anılan maddede, Devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı, bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, Devlet ormanlarının; mülkiyetinin devredilemeyeceği, kanuna göre Devletçe yönetilip işletileceği, zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı, yine ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eyleme izin verilemeyeceği, yanan ormanların yerine yeni ormanların yetiştirileceği, bu yerlerde

tarım ve havancılığın yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Devlet ormanlarında kamu yararı dışında irtifak hakkı tesis edilemeyeceğine ilişkin hüküm ile irtifak hakkı tesis edilebilmesi kamu yararı bulunması koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa, Devlet ormanlarının özel mülkiyete konu edilmesine izin vermemekte, kamu yararının bulunması halinde ise sadece irtifak hakkı tesis edilmesine olanak tanımaktadır.

Anayasa'nın, Devlet ormanlarında, gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi için öngördüğü kamu yararı ise karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi **öncelikli kamu hizmeti** niteliğindeki hizmetlerin yerine getirilmek istenmesi ve bunun için de **Devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunduğu** hallerle sınırlı olmasını gerektirmektedir. Ancak bu koşulların bulunması durumunda kamu yararının varlığı gerekçesiyle Devlet ormanlarında irtifak hakkı tesis edilebilecektir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin, 17.12.2002 günlü, 2000/75-2002/200 sayılı kararından da bu anlaşılmaktadır.

Turizmi Teşvik Kanunu'nun 5761 sayılı Kanun ile değişik 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin itiraz konusu (d), (e), (f), (g) ve (h) alt bentleri ile kurulmak istenen irtifak hakkı, Anayasa'nın 169. maddesinde aranan nitelikteki kamu yararına dayanmaktan ziyade, turizm açısından gelir getirici özellikleri taşıyan orman alanlarının bu amaçla kullanıma açılmak istenmesi temeline dayanmaktadır.

Bu tür düzenlemelerin ise ormanların koruması için ayrıntılı hükümler içeren Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

İptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY

Üye Fulya KANTARCIOĞLU'nun 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen A fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f) ve (h) alt bentleri ile (C) ve (D) fıkralarının Anayasa'nın 169. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ve bu nedenle iptali gerektiğine ilişkin yukarıda açıklanan gerekçesine katılıyorum.

Aynı fıkranın (g) alt bendinde yer alan dava konusu kurala gelince; bu düzenlemenin de kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik turizm yatırımları için getirildiği görülmektedir. Kıyıda yapılacak bu yatırımlara orman alanlarının tahsisi, yatırımların orman alanlarına taşması durumunda söz konusu olabilir. Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmi amacıyla yapılacak tesisler kamu yararının mutlak zorunlu kıldığı yapılanmalar değildir. Bunun için orman alanlarının tahsisine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu yatırımlara orman alanlarının tahsisi halinde ise, Anayasa hükümleriyle koruma altına alınan ormanların tahrip olacağı açıktır. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fettah OTO

KARŞIOY GEREKÇESİ

7.5.2008 günlü, 5761 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen 12.03.1982 günlü, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin;

A) fıkrasının 1 numaralı bendinin;

“d) Eko-turizm kapsamında yer alan yayla turizmi, kırsal turizm ve benzeri turizm türlerine yönelik tesislerin yer alabileceği çevresel ve sosyal anlamda imkan sağlayan,

e) Golf turizmine yönelik olarak uygun iklim yapısı ve topografik özellikler dikkate alınarak uluslararası standartlara uygun tesisler gerçekleşmesine imkan sağlayan,

f) Kıyıların coğrafi ve fiziksel yapısı nedeniyle kumsallardan, doğal manzaradan, çevresel zenginlikten, biyolojik çeşitlilikten yararlanma bakımından alt yapı ve üst yapı

tesisi konusunda kolaylık sağlayan,

g) Kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıda başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan,

h) Uluslararası yarışmaların yapılabileceği turizm amaçlı spor tesisleri yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan yerler talep tarihinden başlayarak en geç bir ay içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığınca, Bakanlığa tahsis edilir” şeklindeki alt bendleri;

“C) Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir.”

“D) Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.” fıkralarının iptali istenilmektedir.

Anayasa'nın “Ormanların korunması ve geliştirilmesi” başlıklı 169. maddesinde;

“Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi devlete aittir.

Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.” denilmektedir.

Anayasa'da yer alan bu düzenleme ile ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek korunmaları ve genişletilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrası gereğince, Devlet doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gereken tedbirleri alıp bunun için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak ve bütün ormanların gözetimi ödevini yerine getirmek durumundadır.

Aynı maddede Devlet ormanlarında irtifak hakkı tesis edilebilmesi kamu yararı bulunması koşuluna bağlanmaktadır.

Anayasa'nın devlet ormanlarında gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi için öngördüğü kamu yararı; devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunduğu hallerle sınırlı olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda ormanların olduğu gibi muhafaza edilmesindeki kamu yararı ve zorunluluk sonucu, orman alanlarında yapılması istenen faaliyetlerden beklenen kamu yararı ve bu faaliyetin orman alanında yapılmasının zaruri olması (zorunluluk-kaçınılmazlık) koşullarının birarada bulunması ile mümkündür. Buna göre kamu yararı taşıdığı kabul edilen hizmetin, orman eko sistemi dışında gerçekleştirilmesinin imkansız olması gerekmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 gün **E.2000/75, K.2002/200** sayılı kararında da “Ancak kamu yararı bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir.” denilmiş olup, kararda amaçlanan kanunda izin konularının sayılması olmayıp, orman eko sisteminde gerçekleştirilmek istenen etkinliğin orman dışında bir başka alanda gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması, bu etkinliğin daha büyük bir kamu yararı yaratması koşullarının tanımlanması

olduğu açıktır. Bu haliyle de söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi kararında açıklanan Anayasa'ya aykırılık gerekçesinin gereklerini karşılamamaktadır.

Netice olarak, iptale konu düzenlemede irtifak hakkına konu olan hizmetlerin orman eko sistemi dışında gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve bu hizmetlerin daha büyük kamu yararı yaratması gibi koşulları içermediği, sadece her hizmette esasen olması gereken kamu yararından bahisle devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine olanak tanındığı açıktır. Bu durumda kural, uygulanması halinde ormanların bütünlüğünün bozulmasına ve orman alanlarının daraltılmasına yol açabileceği gibi, ormanlara zarar verecek faaliyetlere de imkan vereceğinden Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan dava konusu düzenlemenin (C) fıkrası ve (D) fıkrasında Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın Turizm Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından müştereken tespit edileceği belirtilmekte, Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların Türk ve yabancı gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine Bakanlığa yetki verilmektedir.

Bu durumda; Anayasa'nın 169. maddesinde öngörülen şartlar dışında irtifak hakkı tesis edilmesi ve bu yetkinin kullanımında 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olunmayacağı şeklindeki düzenleme, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkinin kullanılması sonucunu doğurmakta olup, bu haliyle kural Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenle 7.5.2008 günlü 5761 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen, 12.3.1982 günlü 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinin (d), (e), (f), (g), (h) alt bentleri ile (C) ve (D) fıkralarının Anayasa'nın 7. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

MUHALEFET ŞERHİ

Anayasa'nın 169. maddesi, "Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır... kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz... Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez..." hükmünü amirdir. **Dava konusu yasa kuralı Anayasa'nın bu hükmüne ve Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/169-K.2007/55 sayılı kararına aykırı bulunmaktadır. Mezkur kararda, "orman alanlarında turizm yatırımı yapılabilmesi için ancak üstün kamu yararı ve zorunluluk hali bulunması gerektiği..." vurgulanmaktadır.** Yine mahkemenin E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında, "Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri ve sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlı olması gerektiği, başka bir ifade ile kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine olanak tanınabil"eceği belirtilmektedir. Bu kararlara göre kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan yararlar. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararının bulunduğu kabulü için kanunun sadece bireylere ya da guruplara değil toplumun geneline yönelik yararlar sağlayan bir niteliğe sahip olması gereklidir. Dava konusu 8. maddenin (d), (e), (f) ve (h) bentleri ile getirilen kuralların, **kamu yararı ve zorunluluk halleri** yönünden Anayasa'ya uygun olmadığını, belli bireylere ya da guruplara imkan tanıyıp, herkese bu yerlerden yararlanması imkanı vermediği kanaatindeyim. Ayrıca tanınacak irtifak haklarının ormanları korumayan ve ormanlara zarar verebilecek nitelikte olduğunu düşündüğümden de çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI E:2006/169 (2634 SAYILI KANUN HK.)



24 Kasım 2007 Tarihli Resmi Gazete

Sayı: 26710

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2006/169

Karar Sayısı : 2007/55

Karar Günü : 7.5.2007

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Altıncı Daire

İTİRAZIN KONUSU: 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin A fıkrasının (1) numaralı bendi ile (b) alt bendinin, C ve D fıkralarının, Anayasa'nın 7. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I - OLAY

Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik'in kimi maddelerinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, iptali istenilen yönetmeliğin dayanağını oluşturan itiraz konusu kuralların Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Altıncı Daire, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir.

"(...) 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 3373 sayılı Yasa ile değiştirilen 17. maddesinin üçüncü fıkrasında; Turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebileceği öngörülmüş iken anılan hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 günlü, E:2000/75, K:2002/200 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin sözü edilen gerekçeli kararında özetle; "Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemenin, ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Maddenin birinci fıkrasında, Devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı, bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, ikinci fıkrasında, Devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı, Devlet ormanlarının kanuna göre, Devletçe yönetileceği ve işletileceği, bu ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı, üçüncü fıkrasında da, ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eyleme izin verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 7. maddesinde ise, Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir.

Orman Kanunu'nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk tümcesi uyarınca, Anayasa ile korunan ve yasaklanan alanlar, kapsam dışı bırakılmaksızın ve kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarla ilgili herhangi bir çerçeveye çizilmeksizin, turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapılması için Orman Bakanlığı'nca gerçek ve tüzel kişilere bedeli karşılığı izin verilebilmektedir. Bu durumda, orman arazilerinin bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığı yeterli görülmekte, ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmemesi ve çerçevesinin çizilmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Anayasa'nın 169. maddesinde öngörülen "kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz" tümcesine dayanılarak kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle gerçek ve tüzel kişilere bina ve tesisler yapmak üzere orman arazileri tahsis edilemez. Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabileceği, öte yandan, Anayasa'nın 169. maddesiyle ormanların özel olarak korunduğu gözetilerek bu maddede geçen "kamu yararı" kavramının hangi durumları kapsadığının yasayla belirlenmesi gerekirken, bu yola gidilmeyerek söz konusu kavramın kapsam ve içeriğinin tespitinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır." denilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 7. ve 169. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir."

(...) Hazineye ait olan yerlerde, ormanların turizme ayrılması ve yatırımcılara tahsisi, kiralanması ya da üzerine irtifak hakkı tesisinde yukarıda yer alan Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen biçimde kamu yararı kavramının hangi durumları kapsadığının belirtilmediği, sınırlarının belirlenmediği ve çerçevesinin çizilmediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda turizm bina ve tesislerinin orman arazileri üzerinde yapılması amacıyla anılan tesislerin anılan yerlerde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olarak ve ancak üstün kamu yararı bulunması halinde orman arazilerinin tahsisinin olanaklı olması belirtilen durumlar dışında ise orman arazilerinin turizm yatırımlarına ayrılmaması gerektiği açıktır.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, (...) Hazineye ait olan yerlerdeki ormanların hiçbir çerçeve çizilmeksizin ilgili kuruluşlarca yatırımlarda tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisinin hukuken olanaklı hale getirilmesi yukarıda sözü geçen Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen ilkelere ve Anayasanın 169. maddesine aykırılık oluşturur. Başka bir anlatımla ormanların turizm amaçlı yatırımlara tahsisinin ancak üstün kamu yararı bulunması ve zorunluluk halinde mümkün olabilmesi aksi halde orman arazilerinin turizm yatırımlarına hiç ayrılmaması Anayasal bir zorunluluk olduğu halde, (...) 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8. maddesinin c bendiyle; anılan yerlerin, Orman Kanunu'ndaki kurallara bile tabi kılınmadan ve hiçbir çerçeve çizilmeden turizm yatırımlarına tahsisine, kiralanmasına ya da irtifak hakkı tesisine olanak tanındığından 2863 sayılı Yasanın söz konusu hükmü Anayasanın 169. maddesine aykırıdır.

Her ne kadar orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsisinde de kamu yararı bulunduğu düşünülebilirse de ormanların orman olarak korunmasındaki kamu yararının daha öncelikli ve üstün nitelikte olduğu açıktır.

Öte yandan orman alanlarının turizm yatırımlarına tahsisine ilişkin olarak tesis edilen bireysel işlemlerin idari yargı yerlerinde denetlenebilecek olması Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesine engel teşkil etmez. Zira idareye çok geniş takdir yetkisi tanıyan 8. madde ormanlara özel bir önem veren ve bu konuda çok ayrıntılı hükümler içeren 169. maddenin ruhuyla da bağdaşmaz. Çünkü sürdürülebilir ekolojik dengenin sağlanabilmesi için

ormanların öncelikle orman olarak korunması Anayasal bir zorunluluktur. Kaldı ki yasama organının ormanların hangi hallerde turizm yatırımlarına tahsis edileceğine ilişkin hiçbir belirleme yapmaksızın, herhangi bir sınır koymaksızın konuyu idareye bırakması Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır. (...)"

III - YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin iptali istenilen kuralları da içeren A fıkrası ile C ve D fıkraları şöyledir:

"Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı:

Madde 8- A. Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan;

(1) Hazineye ait olan yerlerle ormanlar, ilgili kuruluşlarca Bakanlığa tahsis edilir.

Bu tahsisler:

(a) Hazine adına tescili yapılmamış Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle kapanan yollar ve yol fazlalarının resen tescili,

(b) Ormanların, turizme ayrılması ve amenejman planlarının tadili,

İşlemleri tamamlandıktan sonra yapılır ve talep tarihinden başlayarak en geç 1 ay içinde tamamlanır.

(2) Kamu kuruluşlarına ait olanlar, talep tarihinden başlayarak en geç 2 ay içinde Hazine adına tapuya tescil ve Bakanlığa tahsis edilir. Devre ilişkin şartlar ve bedel, ilgili kuruluşlar ile Hazine arasında 6830 sayılı İstimlak Kanununun 30 uncu maddesine göre çözümlenir.

(3) Diğer gerçek ve tüzel kişiler ile vakıflara ait olup turizm işletmesi belgesine sahip olmayanlar, Bakanlıkça kamulaştırılarak, Hazine adına tapuya tescil ve tescil tarihinden başlayarak en geç 1 ay içinde Bakanlığa tahsis edilir. Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır. Uyuşmazlıkların çözümlenmemiş olması, arazinin turizm amaçlı kullanıma tahsisine engel sayılmaz.

B. (...)

C. Bu taşınmaz malların yatırımcılara tahsisi, kiralınması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından 2490 sayılı Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir.

D. (Değişik: 24/7/2003-4957/3 md.) Bu taşınmaz malları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu, gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 7. ve 169. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz

PAKSÜT'ün katılımlarıyla 31.1.2007 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Mahkemede bakılmakta olan davada, davacı, itiraz konusu yasa kuralları uyarınca ormanların turizm yatırımlarına tahsisine olanak tanınmasının Anayasaya aykırılığını ileri sürerek iptal isteminde bulunmuştur. Bu nedenle, 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendine ilişkin esas incelemenin "ormanlar" sözcüğü ile sınırlı olarak, (C) ve (D) fıkralarına ilişkin esas incelemenin "ormanlar" yönünden yapılmasına, 7.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin A fıkrasının (1) numaralı bendi ile (b) alt bendinin, C ve D fıkralarının iptali istenilmiştir.

Yasanın 8. maddesinin A fıkrasının iptali istenilen (1) numaralı bendinde, Kültür ve Turizm Bakanlığının talebi üzerine, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde, imar planlarında turizme ayrılmış yerlerdeki hazineye ait yerlerle ormanların ilgili kuruluşlarca Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis edileceği belirtilmekte, aynı bendin (b) alt bendinde ise, bu tahsis işleminden önce ormanlarla ilgili olarak hangi işlemlerin yapılması gerektiğine ve tahsis işleminin hangi sürede tamamlanacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Buna göre, belirtilen taşınmazların Bakanlığa tahsis edilmesi, bunların, Turizmi Teşvik Kanunu'nda ve ilgili Yönetmelikte belirlenen amaçlara uygun olarak kullanılmak üzere Bakanlığın tasarrufuna bırakılması anlamına gelmektedir.

İtiraz konusu C fıkrasında ise, Bakanlığın tasarrufuna bırakılan kamu taşınmazlarının yatırımcılara tahsisi ile ilgili ayrıntılı hususların bir idari düzenleyici işlemle kurala bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

İtiraz konusu D fıkrasının ilk cümlesinde de, bu taşınmazları maddede belirtilen şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etme yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığına verilmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise, bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi işleminin, Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca yapılacağı hükmüne yer verilmiştir.

C- Anayasaya Aykırılık Sorunu

a- Yasanın 8. maddesinin A fıkrasının itiraz konusu bölümlerinin incelenmesi

Başvuru kararında, ormanların turizm amaçlı yatırımlara tahsisinin ancak üstün kamu yararı bulunması ve zorunluluk hallerinde mümkün olabileceği, bunun dışındaki hallerde ormanların orman olarak korunmasında üstün kamu yararı bulunduğu; ormanların hangi hallerde turizm yatırımlarına tahsis edileceğine ilişkin hiçbir belirleme yapılmadan, herhangi

bir sınır konulmadan konunun idareye bırakılmasının Anayasanın 7. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasanın 169. maddesinin birinci fıkrası gereğince Devlet, doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gereken tedbirleri alıp kanun koymak ve bütün ormanların gözetimi ödevini yerine getirmek durumundadır.

Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında ise; *"Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz"* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olabileceği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerde sınırlıdır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde turizm yatırımları için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur.

2634 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin itiraz konusu bölümlerinde, hangi taşınmazların ve orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edileceği ile ilgili genel bir çerçeve çizilmekle beraber, ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte Yasada yer verilmemiştir.

Bu bağlamda, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa da, Anayasa'nın 169. maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına da belirginleştirilmesi Anayasanın yasa koyucuya yüklediği bir görev olarak kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasanın 169. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 169. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

Mehmet ERTEN bu düşüncelere değişik gerekçe ile katılmıştır.

Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

b- Yasanın 8. maddesinin C ve D fıkralarının incelenmesi

Başvuru kararında özetle, ormanların hangi hallerde turizm yatırımlarına tahsis edileceğine ilişkin yasama organınca hiçbir belirleme yapılmaksızın, herhangi bir sınır konulmaksızın konunun idareye bırakılmasının Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu savı ileri sürülmüştür.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin C fıkrasında, Bakanlığın tasarrufuna bırakılan kamu taşınmazlarının yatırımcılara tahsisi ile ilgili ayrıntılı hususların bir

idari düzenleyici işlemle kurala bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir. Nitekim, bu doğrultuda değişik tarihlerde yönetmeliklerin çıkarılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Yasa'nın 8. maddesinin D fıkrasının ilk tümcesinde ise, 8. maddenin A fıkrasında sözü edilen taşınmazları, bu maddede belirtilen şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etme yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığına verilmiştir. Bakanlığa tanınan bu yetkinin nasıl kullanılacağı ile ilgili olarak Yasada doğrudan bir düzenleme yapılmamış, konunun yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmesiyle yetinilmiştir. Söz konusu fıkranın ikinci cümlesinde ise, bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi işleminin, Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca yapılacağı öngörülmüştür.

Anayasanın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Bu çerçevede, Anayasanın 169. maddesinde, yasama organına, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklenmiş olduğu halde, itiraz konusu yasa kurallarında bu görev ve sorumluluğu karşılayan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, Yasanın 8. maddesinin C ve D fıkralarının kapsamına giren konularda yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması nedenleriyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 7. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

Mehmet ERTEN bu düşüncelere değişik gerekçe ile katılmıştır.

Tülay TUĞCU, bu düşüncelere Yasa'nın 8. maddesinin D fıkrası yönünden katılmamıştır.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

D- İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmiştir.

İptal edilen kuralların doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI - YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı "Turizmi Teşvik Kanunu" nun 8. maddesinin:

1- (A) fıkrasının;

a- (1) numaralı bendinde yer alan "ormanlar" sözcüğünün,

b- (1) numaralı bendinin (b) alt bendinin,

2- (C) ve (D) fıkralarının "ormanlar" yönünden,

iptallerine ilişkin hükümlerin süre verilerek yürürlüğe girmelerinin ertelenmesi nedeniyle bu kurallara yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 7.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VII - SONUÇ

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı "Turizmi Teşvik Kanunu" nun 8. maddesinin:

A- 1- (A) fıkrasının;

a- (1) numaralı bendinde yer alan "ormanlar" sözcüğünün,

b- (1) numaralı bendinin (b) alt bendinin,

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (C) fıkrasının "ormanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (D) fıkrasının "ormanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- İptal edilen kurallarının doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin, KARARIN RESMİ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.5.2007 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Tülay TUĞCU	Haşim KILIÇ	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Mustafa YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK
Üye		Üye
Serruh KALELİ		Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Dava, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin A fıkrasının bazı bölümleri ile C ve D fıkralarının iptali istemiyle açılmıştır.

8. maddenin A fıkrasının 1 numaralı bendi ile b alt bendinin iptali yönündeki karara, arkadaşlarımla istemin reddi gerektiği yolundaki karşıoylarında belirttikleri gerekçelerle katılmıyorum.

8. maddenin D fıkrasında da, C fıkrası uyarınca tespit edilmiş şartlarla taşınmazların tahsisine veya üzerlerinde irtifak hakkı tesisine hangi idarelerin yetkili olduğu belirtilmektedir.

C fıkrasındaki tahsis, kiralama veya irtifak hakkı tesisine ilişkin esasların Bakanlık, Maliye Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından müştereken tesbit edileceğine dair hüküm, konuyla ilgili "temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz geniş

bir alanın" yürütme organına bırakılmayacağına, bu hususların yasayla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek iptal edilmiştir.

Bu durumda yeniden düzenlenecek C bendinde usul ve esaslar açıkça belirleneceğine göre D bendinde de, C bendinde belirlenen bu esaslar çerçevesinde hangi idarelerin hangi işlemleri tekemmül ettireceğine ilişkin olarak verilen yetkinin Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olmadığı ve istemin reddi gerektiği görüşü ile 8. maddenin D bendinin iptali yolundaki karara katılmıyorum.

Başkan
Tülay TUĞCU

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın kabulünden birkaç ay önce yasalaşmıştır. Anayasa metninde "turizm"le ilgili hiçbir ibare ve anlatıma yer verilmemesi, Anayasa koyucunun bu fiili olguyu yok saydığını değil, bilakis konuyu Anayasal bir ilke olarak öngörmeyip, yasakoyucunun takdir alanına bıraktığını göstermektedir. Henüz TBMM'nin faaliyete geçmediği her iki tarihte de yasakoyucu ile Anayasa koyucu irade "aynı" olup, "asli kurucu irade", "tali kurucu irade" ayırımının, sorunun çözümü bakımından pratik yararı yoktur. Bu yönü itibarıyla, Turizmi Teşvik Kanunu'nu kabul edip yürürlüğe koyan iradenin, Anayasal ilkeler dışında hareket edebileceği savı yerinde değildir. Somut olayda birbirinin ardı sıra yürürlüğe koyulan her iki tasarrufun bu somut saptama ışığında değerlendirilip yorumlanması gerekmektedir. Bu saptama dikkate alınmadan, Anayasa'nın 169. maddesinin salt "sözünden" hareketle yapılacak bir yorum sonucunun isabetli olmayacağı açıktır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da işaret edildiği üzere "... Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasanın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü, her yasa gibi Anayasada bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin gözönünde tutulması, başka bir anlatımla sözünde açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun içinde kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir..." (Any. Mah.nin. 12.4.1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı)

Anılan karar ışığında, özellikle Anayasa'da hiç öngörülmemiş müessese ve kavramların değerlendirilmesi yönünden, "Başlangıç" dahil, bütününe ya da incelenen konuyla ilgili hükümlerin gözönüne alınması ve "öz"ün ortaya koyularak, içerik belirlemesinin yapılması gerekmektedir.

Davanın somutunda, itiraz konusu kuralların içerik belirlemesi yapılmamış, "turizm" olgusunun Anayasa'da hiç yer almaması karşısında "Başlangıç", 5., 17., 23., 43., 56., 63. ve 166. maddelerin 169. maddeyle birlikte yorumlanması yerine, sadece ormanlarla ilgili 169. maddenin "sözü" ile yetinilerek, Anayasa koyucunun gerçekte hiç öngörmediği bir sonuca ulaşılmıştır. Oysa, Anayasa'nın işaret edilen maddelerinin bütününe incelenmesinde, Anayasa'nın insana, çevreye, ormana "birbirine nazaran" üstün öncelikler tanımadığı, aksine her üçünün de dengeli ve uyumlu biçimde ele alınmış olduğu açıkça görülmektedir. İşaret edilen tüm bu Anayasal ilkeler ışığında Devlet; doğal ve kültürel değerleri korumanın yanısıra, insanın maddi ve manevi değerlerini, seyahat özgürlüğünü, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını, fiziksel ve düşünsel gelişimini, kıyı ve doğal kaynaklardan yararlanma hakkını da "plânlı ve dengeli biçimde" korumakla yükümlüdür. Ormanların insanlardan tamamen tecridi, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, ormana olan sevgi ve onu yaşatma imkânını ve bilincini ortadan kaldırdığı gibi, sağlıklı bir çevreyle buluşma olanağını da engelleyecektir. Turizm olgusunu ciddi biçimde benimseyip yaşama geçiren tüm çağdaş ülkelerin de kabul ettiği gibi, insanların ormanlardan yararlanmalarının

en etkili yolu, ormanlarda kamuya açık, denetimli turizm üniteleri yaratarak insanın doğayla başbaşa kalmasını sağlayacak yöntemler geliştirmektir. Bunu yaparken koruma ve kullanma dengesini gözetmek ve sürdürülebilirliği hedeflemek insanın ruh ve beden sağlığına doğrudan katkı sağladığı gibi, bu yolla üstün bir “kamu yararı”nın gerçekleşeceği de kuşkusuzdur.

Ormanlarda bulunan turizm tesisleri, gittikçe büyüyen kent yaşamında, fiziksel ve ruhsal olarak doğayla buluşma ve bütünleşme ihtiyacındaki insanın, kamuya açık oluşu nedeniyle en az zarar vererek bu ihtiyacını karşılaması sonucunu doğurmaktadır. Uygulamada karşılaşılabilecek yanlış örnekler insanın tamamen doğayla bağının kopartılması yoluyla değil, doğal ve kültürel alanlarda koruma ve kullanma dengesi gözetilerek, sürdürülebilirlik ölçüsünde kamuya açık, altyapı sorunu çözülmüş turizm tesislerinin plânlı ve kontrollü olarak yapılması ve denetlenmesi yoluyla, çözülebilir.

İnsanın doğasına aykırı, onun doğal ve kültürel kaynaklardan tecrit edilmesi sonucuna yol açan tedbirlerin mevzuatla alınması Anayasa'nın ruhuna ve işaret edilen maddelerinin özüne aykırı düşeceği gibi; kaçak yapılaşma, yangın, kamu malına el atılması, talan gibi hukuk dışı eylem ve yöntemlerin bu yolla önlenmesi mümkün değildir.

2- Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz ... ormanlar kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.” hükmünün yorumunun da, bir üst başlık altında açıklanan düşünce ve ilkeler ışığında yapılması gerekli bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 tarih ve E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararı; **“turizm alan ve merkezleri dışında kalan”** devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapımına ilişkin kuralın (6831 sayılı Orman Kanununun 17. maddesinin üçüncü fıkrası) Anayasal denetimine ilişkin olup; bu iptal kararının gerekçesindeki “... kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir...” saptamasının, bu dava konusuyla ayniyet gösteremeyeceği açıktır. Aynı nedenle, anılan kararda geçen “...Devlet ormanlarının gerçek ve tüzelkişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerde sınırlı olması gerekir...” saptaması da turizm alan ve merkezleri için geçerli olamaz. Kaldı ki, turizm alan ve tesislerinin işletmeye açılması ve tahsisi çok sıkı yasal koşullara bağlanmış olup; Anayasa'nın emrettiği “kamu yararının” gerçekleşebilmesi için birçok kanunda özel düzenleme öngörülmüş ve çok sıkı bir kamusal denetim ve prosedüre uyulması şart koşulmuştur.

Bu meyanda 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda öngörülenlerin dışında, 6831 sayılı Orman Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 3573 sayılı Zeytincilik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 5403 sayılı Toprak Koruma Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nda özel tahdit ve kayıtlamalar bulunmakta; ormanların turizme tahsisinde hem bu kanunlardaki sıkı kayıtlara, hem de ilgili uluslararası sözleşme hükümleri gözönünde tutulmaktadır. Dolayısıyla 1. derece doğal ve arkeolojik sit alanları, 1. sınıf tarım alanları, milli parklar, sık orman sahaları (sadece bozuk orman niteliğindeki alanlar turizme tahsis edilebilmektedir), zeytinlikler vb. yerlerin turizm alanı olarak değerlendirilmeleri söz konusu değildir.

Yasakoyucu tarafından gerek dava konusu kuralların da yer aldığı 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, gerek yukarıda sayılan diğer özel kanunlarda Anayasa'nın 169. maddesinde belirtilen “kamu yararı” ilkesinin somutlaştırıldığı açık olmakla birlikte; yüksek döviz getirisi ile ülkemizin dünya milletleri ailesi içinde öncelikli bir turizm geliri sahibi olmasında büyük payı olan, bu yönü itibarıyla de aynı derecede “kamu yararı”na hizmet gördüğü, yaratılacak

ekonomik kalkınmada planlı gelişmeye, istihdama, kültürel iletişim sayesinde insanın dünyaya katkısı ve dolayısıyla kamusal yararı kuşkusuz bulunan “turizm olgusunun”, yapılacak yorumda asla dışlanmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararındaki “kamu yararı” ve “zorunluluk” kriterlerinin, ormanların turizme tahsisinde de gözetilmesi Anayasa'nın bütününün ve işaret edilen maddelerinin ruhuna uygun düşmeyecek bir yorum biçimidir. Bu yorum ile mefhumun muhalifinden çıkacak olan, bugüne kadar rastlanılmamış “zorunlu olmayan kamu yararı” ölçütü, yasakoyucu önüne her konuda kamu menfaatini tarttıran bir ölçü dışı takdir yetkisi getirmiş olacaktır ki, bunun da kabulü mümkün değildir.

2634 sayılı Kanun'un kabulünden bugüne geçen 25 yıl içinde ülkemizin dünya turizmi içerisinde ulaştığı onur verici yer ve bundan milli gelire yapılan büyük katkı ve ülke insanının bu nedenle gayrisafi milli hasıladan aldığı pay görmezden gelinemez. Öte yandan, bu süre içinde turizme tahsis edilen orman alanlarında herhangi bir yangın ya da tahribatin söz konusu olmaması, aksine buraların eskisine nazaran çok daha mamur haline gelmeleri, bu yönü itibariyle de Anayasa'ca aranan “kamu yararı”nın gerçekleştiğini ortaya koyucu mahiyettedir. Kaldı ki, Turizm Teşvik Yasası'nın çıktığı 1982 yılından bugüne kadar turizme tahsis edilen toplam orman alanlarının, ülkemizde her bir yılda yanan orman alanları kadar olmadığı, ayrıca ilgili Bakanlıkça her yıl suni gençleştirme, erozyon kontrol ve uygulama nedenleri ile yanan alandan daha büyük alanların ağaçlandırılarak ülke toprağına kazandırıldığı da bir gerçektir.

Açıklanan nedenler ile, ormanı işlevsel hale getiren ve kullanma-koruma dengesini gözeten, insanla-doğa dengesini bozmayacak, bilakis uyumlu hale getirecek hükümler içeren 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “ormanlar” sözcüğü ile (1) numaralı bendinin (b) alt bendi ve 8. maddesinin (c) ve (d) fıkralarının “ormanlar” yönünden Anayasa'ya aykırı bir düzenleme içermedikleri kanaatine vardığımızdan, iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ
Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Sacit ADALI
Üye
Serruh KALELİ

DEĞİŞİK GEREKÇE

Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin, ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden ve sürdürülebilir ekolojik dengenin korunabilmesi için de ormanların, orman olarak korunması zorunluluğundan kaynaklandığı kuşkusuzdur.

Anılan maddede, Devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı, bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, Devlet ormanlarının; mülkiyetinin devredilemeyeceği, kanuna göre Devletçe yönetilip işletileceği, zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı, yine ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eylem izin verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Devlet ormanlarında kamu yararı dışında irtifak hakkı tesis edilemeyeceğine ilişkin hüküm ile irtifak hakkı tesis edilebilmesi kamu yararı bulunması koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa, Devlet ormanlarının özel mülkiyete konu edilmesine izin vermemekte, kamu yararının bulunması halinde ise sadece irtifak hakkı tesis edilmesine olanak tanımaktadır.

Anayasa'nın, Devlet ormanlarında, gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi için öngördüğü kamu yararı ise karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin yerine getirilmek istenmesi ve bunun için de Devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunduğu hallerle sınırlı olmasını gerektirmektedir. Ancak bu gibi durumlarda kamu yararı gerekçesiyle Devlet ormanlarında irtifak hakkı tesis edilebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin, 17.12.2002 günlü, 2000/75-2002/200 sayılı kararından da bu anlaşılmaktadır.

Devlet ormanlarının turizm yatırımlarına tahsis edilmek istenmesine ilişkin, 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun itiraz konusu kuralları ise Anayasa'nın 169. maddesinde aranan nitelikteki kamu yararından ziyade turizm açısından gelir getirici olan Devlet orman alanlarının bu amaçla kullanıma açılmak istenmesi temeline dayanmaktadır. Bu tür düzenlemelerin ise ormanları korumak için ayrıntılı hükümler içeren Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır. İptali gerekir.

İtiraz konusu kuralların iptaline ilişkin karara bu gerekçeyle katılıyorum.

ye

Mehmet ERTEN