

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2006/169

Karar Sayısı : 2007/55

Karar Günü : 7.5.2007

Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 24.11.2007-26710

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, Anayasanın 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.

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 tüzelkişiler 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 tahsis, 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. 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, Haşım 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 Meclisindir. 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 ayrık 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

hükümünün 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,

Esas Sayısı : 2006/169
Karar Sayısı : 2007/55

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 RESMÎ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.5.2007 gününde karar verildi.

Başkan

Tülay TUĞCU

Başkanvekili

Haşim KILIÇ

Üye

Sacit ADALI

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Mustafa YILDIRIM

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

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, arkadaşlarımın 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 bırakılamayacağına, 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 itibariyle, 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 yanı sıra, 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 bütününe 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 tahribatın söz konusu olmaması, aksine buraların eskisine nazaran çok daha mamur haline gelmeleri, bu yönü itibarıyla 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 gözetken, 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 katılamıyoruz.

Başkanvekili

Haşim KILIÇ

Üye

Sacit ADALI

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

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 eyleme 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.

Üye

Mehmet ERTEN