

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2008/51

Karar Sayısı : 2011/46

Karar Günü : 10.3.2011

R.G. Tarih-Sayı : 14.05.2011-27934

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.

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 tescili yapılmamış Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle, kapanan yollar ve yol fazlalarının resen tescili, 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, 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. (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, dayanan 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', 'kruvaziyer ve yat gibi deniz turizmine yönelik olarak kıyıda başka bir yerde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan', 'uluslararası yarışmaların yapılabilmesi için uygun iklim yapısı veya coğrafi özellikler sağlayan' ve orman sayılan yerlerin, talep üzerine, Çevre ve Orman Bakanlığı'nca Kültür ve Turizm Bakanlığı'natahsis 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.'* denilmiş; 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 zamaşımı 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 kullanılmalarına 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 Meclisinindir. 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 fıkra, (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 Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığına 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'nın 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	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Fulya KANTARCIOĞLU

Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Fettah OTO

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye	Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Alparslan ALTAN	Burhan ÜSTÜN

Üye	Üye	Üye
Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU	Hicabi DURSUN

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	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 gerektirir 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, kiralınması 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 olunmayacağının 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 kuralla 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 itibariyle, 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 oluştuğu 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

dengeinin 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 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' 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'ceği belirtilmektedir. Bu kararlara göre kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan yarardır. 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