

KAMU HUKUKU

İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasında Alternatif Model Önerileri*

Alternative Model Proposals for the Protection of
Potable Water Basins

Gül ÜSTÜN**

ABSTRACT

Among the duties of the Ministry of Forestry and Water Affairs in Article 2 of Decree Law No. 645 on the Organization and Duties of the Ministry of Forestry and Water Affairs; to create policies for the conservation and sustainable use of water resources, and to coordinate national water management. In this context, as mentioned in Article 26 of the Law, the Ministry has established the Regulation on the Protection of Drinking Water Cisterns using the authority of administrative regulation on the duties and authorities.

For the protection of drinking-use water basins, it is stated that for the protection of the surface waters to be supplied or planned to be used for drinking water, prohibition of leaving wastes to the receiving environment and preparation of conservation plans are required. Again, for the protection of these areas, a prohibition on structuring was prescribed and the authority of expropriation was stated.

The use of expropriation authority can be realized by the establishment of ownership, the source and easement rights and the partial expropriation of the immovable property.

However, in the drinking-water conservation basin, this authority does not always need to be used as the way of transfer of ownership. It is also possible to expropriate an administrative easement under the light of public interest and proportionality principle. Also; taking commitments from the proprietor to specific matters in order to achieve the objectives set out in the legal regulations; if it is sufficient to take necessary protective measures and to carry out its activities, it seems to be possible to choose this way without using the competence of expropriation of the relevant administrations.

Keywords: Water basins, potable water, expropriation, right of easement, principle of proportionality.

* Makale gönderim tarihi: 23.12.2017. Makale kabul tarihi: 29.12.2017.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
İletişim: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Yerleşkesi, Selimiye Mh. Tıbbiye Caddesi No: 38 Haydarpaşa 34668 Üsküdar – İstanbul.

Giriş

645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, Orman ve Su İşleri Bakanlığının görevleri arasında; su kaynaklarının korunmasına ve sürdürülebilir bir şekilde kullanılmasına dair politikalar oluşturmak, ulusal su yönetimini koordine etmek sayılmıştır. Bu kapsamda, Kanununun 26. maddesinde de zikredildiği şekilde, Bakanlık görev ve yetkilerine ilişkin konularda idari düzenleme yapma yetkisini kullanarak İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmeliği¹ tesis etmiştir.

Yönetmeliğin amacı; içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunmasına ve iyileştirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olup (madde 1), Yönetmelik, içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarını konu almaktadır (madde 2).

Bu kapsamda, Yönetmeliğin 5. maddesinde ilkeler belirlenmiş olup², yer altı

- 1 R.G. 28.10.2017, S. 30224. Bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır.
- 2 "MADDE 5 – (1) İçme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunmasında ve iyileştirilmesinde;
 - a) İçme-kullanma suyunun kaynağındaki su kalitesinin, insan sağlığını tehlikeye atmayacak ve içme-kullanma suyu olarak kullanılması için gerekli olan arıtma ihtiyaçlarını ve maliyetlerini en aza indirecek şekilde korunması veya iyileştirilmesi,
 - b) İçme-kullanma suyu kaynaklarının kalitesini ve miktarını olumsuz yönde etkileyecek unsurların kaynağında asgari düzeye indirilmesi, kontrol edilmesi ve bertarafının sağlanması,
 - c) İçme-kullanma suyu havzası koruma planının hazırlanmasında katılımcı bir yaklaşımın benimsenmesi ve bu planların nehir havza yönetim planı ile bütünleştirilmesi,
 - ç) İçme-kullanma suyu havzası koruma planı yapılmıncaya kadar Havza Koruma Eylem Planları ve daha sonra içme-kullanma suyu havzası koruma planı esas alınarak bölgesel ve yayınlı kaynaklı atıksular ile ilgili tedbirlerin ilgili kurumlar tarafından alınması,
 - d) İçme-kullanma suyu havzalarında teknik açıdan uygun olan ağaçlandırma ve erozyon kontrolü tedbirlerinin alınması,
 - e) İçme-kullanma suyu havzalarında organik tarım faaliyetlerine veya iyi tarım uygulamalarına geçilmesinin teşvik edilmesi,
 - f) İçme-kullanma suyu temin edilen su kaynaklarının korunmasına yönelik denetimlerin öncelikli olarak yapılması,
 - g) İçme-kullanma suyu temin edilen su kaynaklarında 11/2/2014 tarihli ve 28910 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yüzeysel Sular ve Yeraltı Sularının İzlenmesine Dair Yönetmelik kapsamında izlemelerin yapılması,
 - ğ) İçme-kullanma suyunu kullanan idare veya idarelerce eğitim ve bilinçlendirme faaliyetlerinin etkin ve sürekli olarak yapılması, suyun verimli kullanımının ve kullanılmış suların yeniden kullanımının teşvik edilmesi,
 - h) 29/6/2012 tarihli ve 28338 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İçme Suyu Elde Edilen veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre yerüstü içme-kullanma suyu kaynağı kalitesinin A1 kategorisine getirilmesi,
 - ı) İçme Suyu Elde Edilen veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelikte yer almayan parametreler için 30/11/2012 tarihli ve 28483 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yerüstü Su Kalitesi Yönetmeliğinde belirtilen çevresel kalite standartlarının sağlanması, esastır”.

sularının korunma esasları için Yeraltı Sularının Kirlenmeye ve Bozulmaya Karşı Korunması Hakkında Yönetmeliğe gönderme yapılmış (madde 14), yer üstü suları için koruma esasları ayrı ayrı düzenlenmiştir (madde 7-13).

Yönetmelikte, içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan yer üstü sularının korunması için atıkların alıcı ortama bırakılması yasaklanmış, koruma planlarının hazırlanması gereği ifade edilmiştir. Yine bu alanların korunması amacıyla yapılaşma yasağı getirilmiş, idareye kamulaştırma yetkisi tanınmıştır:

“Mutlak koruma alanı

MADDE 9 –

(1) Mutlak koruma alanı, içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan tabii göl, baraj gölü ve göletlerin, maksimum su seviyesinden itibaren yatayda 300 metre genişliğindeki kara alanıdır. Söz konusu alanın sınırının içme-kullanma suyu havzası sınırını aşması hâlinde, mutlak koruma alanı, havza sınırında son bulur.

(2) İçme-kullanma suyu temin edilmesi amacıyla yapılması planlanan baraj gölü ve göletler ile su alınması planlanan tabii göllerin çevresinde, maksimum su seviyesinden itibaren içme-kullanma suyu alma yapısını merkez alan, yarıçapı 300 metre genişliğindeki alanın kara kısmındaki bölümü, içme-kullanma suyunu kullanan idare tarafından kamulaştırılır. İçme-kullanma suyunu kullanan idarece gerekli görülmesi durumunda yarıçapı 300 metre genişliğindeki alana ilave olarak mutlak koruma alanının bir kısmı veya tamamı kamulaştırılabilir.

...

(5) Mevcut yapılar aynen korunur. Ancak, insan sağlığı ve çevrede telafisi mümkün olmayan neticelere yol açabilecek faaliyetlerin gerçekleştirildiği tesisler, tehlikeli atık bertaraf tesisi, tehlikeli madde deposu ve benzeri mevcut yapılar kaldırılır. Yapı inşaat alanında değişiklik yapmamak ve kullanım amacını değiştirmemek şartıyla gerekli bakım ve onarım yapılabilir. Mevcut yapılardan, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca riskli yapı olduğu tespit edilenler, inşaat alanında değişiklik yapmamak, kullanım amacını değiştirmemek ve üzerinde bulunduğu taşınmazları ifraz işlemine tabi tutmamak şartıyla yıkılarak yeniden inşa edilebilir. Parsel tevhidini ile yapı yoğunluğu, inşaat alanı ve emsal değeri arttırmaz³.

“Dere, çay ve nehirler için genel esaslar ve koruma alanı

MADDE 13 – (1) İçme-kullanma suyu temin edilen ve temin edilmesi planlanan dere, çay ve nehirlerin korunması amacıyla, regülatör, bent ve benzeri

3 Beşinci fıkradaki hüküm Yönetmeliğin kısa ve orta mesafeli koruma alanlarını düzenleyen maddelerinde de zikredilmiştir.

içme-kullanma suyu alma yapısını merkez alan, yarıçapı 300 metre genişliğindeki memba tarafındaki bölge, içme-kullanma suyunu kullanan idare tarafından kamulaştırılır. Bu alanda, içme-kullanma suyu projesine ait mecburi teknik tesisler haricinde hiçbir yapı yapılamaz ve faaliyete izin verilemez. Söz konusu dere, çay ve nehirlerden su alınarak faaliyetine izin verilmiş olan su ürünleri yetiştiricilik tesislerinin müktesep hakları saklıdır...”

Hükümlere bakıldığında, dere, çay ve nehirlerin 300 m. yakınındaki alanlarda zorunlu olan teknik tesisler haricinde yapı yapılamayacağı dolayısıyla sıkı bir yapılaşma yasağının olduğunu, bu alanda idarenin (içme-kullanma suyunu kullanan idarenin) kamulaştırma yapması gerektiğini; göl ve göletler de ise, mevcut yapılar haricinde yeni bir yapılaşmanın yasaklandığını, göl ve göletlerin 300 m. yakınındaki alanları idarenin kamulaştıracağını, daha ilerideki alanlar için takdir hakkına sahip olduğunu görebilmekteyiz⁴.

Söz konusu düzenlemelerle içme-kullanma suyu alanlarının/havzalarının korunmasının hedeflendiği muhakkak olup, bu amacı sağlamak için mülkiyetin devrini sağlayacak kamulaştırmanın gerekip gerekmediği, aynı amacı sağlayacak başkaca bir önlem/tedbir alınmasının mümkün olup olmadığı çalışmamızda değerlendirilmektedir.

I. Kamulaştırma ve Kamulaştırmanın Gerçekleştirilme Yöntemleri

Kamulaştırma; kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malları kamunun mülkiyetine aktarmasını veya bu taşınmaz mallar üzerinde irtifak hakkı kurmasını sağlayan bir idari işlemdir⁵. Mülkiyet hakkını sınırlayan hatta ortadan kaldıran ağır sonuçları olduğu için kamulaştırma işlemi Anayasanın 46. maddesinde de ayrıca düzenlenmiştir:

“Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırma ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprak-

4 Ancak, elbette ki bu yetkinin ilgili idarelerin görev ve yetkilerini konu alan kanunlarda öngörülmüş olması gerekmektedir. Örneğin 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ikinci maddesiyle “Kuruluş amacına dönük çalışmaların gerekli kılması halinde her türlü taşınmaz malı kamulaştırmak veya üzerinde kullanma hakları tesis etmek” yetkisi Genel Müdürlüğe verilmiştir.

5 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 206.

ların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır”.

Kamulaştırmada tesis edilecek işlemler, bedel hesaplaması, idare adına tes-cil gibi hususlar ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda düzenlenmiştir. 2942 sayılı Kanunda kamulaştırmanın üç şekilde gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır.

- taşınmazın mülkiyetinin idareye devri suretiyle,
- kaynak ve irtifak hakkı tesis etmek suretiyle,
- taşınmazın mülkiyetinin kısmen idareye devri suretiyle.

Kanundaki ilgili maddeler şu şekildedir:

“Madde 3 – İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.”

“Madde 4 - Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.”

“Madde 12 – Kısmen kamulaştırılan taşınmaz malın değeri;

a) Kamulaştırılmayan kısmın değerinde, kamulaştırma sebebiyle bir değişiklik olmadığı takdirde, o malın 11 inci maddede belirtilen esaslara göre takdir edilen bedelinden kamulaştırılan kısma düşen miktardır.

b) Kamulaştırma dışında kalan kısmın kıymetinde, kamulaştırma nedeniyle eksilme meydana geldiği takdirde; bu eksilen değer miktarı tespit edilerek, kamulaştırılan kısmın (a) bendinde belirtilen esaslar dairesinde tayin olunan kamulaştırma bedeline eksilen değer eklenmesiyle bulunan miktardır.”

İdareler kamu yararının mevcudiyeti halinde kamulaştırma yoluna başvuracak olup, anılan maddelere göre; taşınmazın mülkiyetinin devri yoluna başvurmak yerine amaç için yeterli olduğu takdirde irtifak hakkı tesisini sağlamak veya taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını devralmak suretiyle kamulaştırma usulüne başvurabilecektir.

II. Mutlak Koruma Alanları İle Dere, Çay ve Nehir Koruma Alanlarında Kamulaştırmanın Gerekip Gerekmediği

Kamulaştırma işlemi, Anayasamızın 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanunu gereğince, kamu yararının mevcudiyeti halinde gerçekleştirilebilir. Kaldı ki, kamulaştırmanın muhatabı olan hakkın mülkiyet hakkı olduğu göz önünde bulundurulursa Anayasamızın 35. maddesi⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 1. Protokolünün birinci maddesi⁷ gereğince de aynı sonuca varmak mümkündür. Diğer bir yandan, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin kamu yararı amacına yönelik olması gerektiği de İdare Hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesinin 1982/11 E., 1982/4377 K. sayılı kararında da⁸, “açılacak yolun köy halkının yararına değil, bir iki aile yararına olduğu anlaşıldığı gibi, dosyada bulunan Sulh Hukuk Mahkemesi kararı da bu yolun açılmasında kamu yararı değil, bir kaç kişinin yararının olduğunu kanıtlar nitelikte bulunduğundan, dava konusu kamulaştırma kararında yasaya uyarlılık görülmemiştir” hükmüne yer verilmek suretiyle kamulaştırmanın toplumun bir kesiminin yararına değil kamunun yararına olması gerekliliği zikredilmiştir.

Bu kapsamda, “mutlak koruma alanları ile dere, çay ve nehir koruma alanlarının” kamulaştırılması da ancak kamu yararının sağlanması yani, alanda yapılaşmaya engel olunması ve su havzasının kirlilik gibi etkenlere karşı korunması amacıyla tesis edilebilmelidir. Zira Yönetmelikle amaçlananın içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunması ve iyileştirilmesi olduğu Yönetmeliğin “Amaç” başlıklı 2. maddesinden anlaşılmaktadır.

Bu durumda söz konusu alanların korunması için (yeni) yapılaşmanın engellenmesi ve koruma amaçlı alınacak tedbirlerin tercihi konusunda idarenin amaç için gerekli, elverişli ve orantılı olanını tercih etmesi gerekmektedir.

Diğer bir ifadeyle, yapılaşmanın engellenmesi ve su havzasının korunması kamulaştırma dışında başka bir suretle sağlanabilecekse idarenin mülkiyete son vermesinde herhangi bir kamu yararı bulunmayacağını ifade etmek mümkün

6 “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”.

7 “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

8 www.kazanci.com (14.11.2017).

görünmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 1. Protokolü gereğince mülkiyet hakkı ancak kamu yararı gereği sınırlandırılabilir olup, kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge olması gerekmektedir. Yani, yapılacak sınırlandırmada hakkın özüne dokunulmaması ve ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu' nun 2015/202 E. sayılı kararında⁹ aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

“Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğinden, bu sınırlamalar da, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağından, bu özgürlüğe ilişkin getirilecek sınırlamaların belirtilen gereklerle de uygun olması bir zorunluluktur. Bu açıdan yargı yerleri, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre irdelemelidir”.

Bu kapsamda, ilgili mevzuatta öngörülen amacın gerçekleşmesi yani su havzasının korunması için başka bir olanak mevcut ise (örneğin malik tarafından idareye tanınan hak, tapuda idare lehine verilen bir şerh veya malik tarafından verilen bir taahhütname) bu durumda kamulaştırma usulüne başvurulmasında kamu yararı bulunmayacağı gibi, kamulaştırma işleminin tesis edilmesinde herhangi bir gereklilik bulunmadığından, kamulaştırma işlemi sebep ve konu yönünden hukuka aykırı olacaktır.

Ayrıca, Danıştay 6. Dairesinin 2013/3623 E., 2015/3467 K. sayılı kararında¹⁰, koruma alanlarındaki üzerinde yapılaşma yasağı olan taşınmazın başka türlü kullanımı mümkün ise, kamulaştırma usulüne başvurulmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir:

“...Dava dosyasının incelenmesinden, uyuşmazlık konusu parselin onaylı imar plan sahası dışında, İSKİ İçme Suyu Havzaları Yönetmeliği çerçevesinde kısa mesafeli koruma alanı içinde kaldığı ve tarım arazisi vasfında olduğu, uzun bir süre geçmiş olmasına karşın davalı idarece herhangi bir kamulaştırma programının hazırlanmadığı, kamulaştırma işlemlerinin yapılmadığı ve taşınmazın ne zaman kamulaştırılacağı konusunda herhangi bir bilginin de verilmediği, bu sebeple tasarruf haklarının kısıtlandığı iddiasıyla taşınmazın kamulaştırma talebi ile davalı idareye yapılan başvurunun zimnen reddine

9 www.kazanci.com (14.11.2017).

10 www.kazanci.com (14.11.2017).

dair işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

...

Mülkiyet hakkının ihlal edilmiş sayılabilmesi için malikin mülkünden istifadesinin tamamen ortadan kaldırılmış olması gerekmektedir. Davacı taşınmazına erişim ve arazisi üzerindeki hakimiyetini kaybetmemiştir; diğer bir anlatımla davacının taşınmazını satma ve mülkünden tarımsal amaçla yararlanma hakkına hala sahiptir.

Davacı esas itibariyle kısa mesafeli koruma alanında kalması sebebiyle mülkü üzerinde yapılaşmaya gidemediğini, taşınmazı normal rayiç bedelle satamadığını iddia ederek bu davayı açmıştır. Taşınmazında kısıtlama bulunduğunu bildiren davacı, taşınmazı bakımından bir belirsizlik olduğunu taşınmazından istifade edemediğini, bu sebeple satışının da mümkün olmadığını belirtse de; davacı taşınmazının satış hakkının tamamen ortadan kalkmadığı bilinmelidir. Bunun dışında davacı taşınmazı açısından bir belirsizlik de söz konusu değildir. İmara kapalı olan bir taşınmazda yapılaşmaya gidilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan taşınmazın imara kapalı olması cihetiyle bir belirsizlik görülmemektedir. Dolayısıyla imara açılmamış bir arazi üzerinde davacının inşaat yapma imkânı olmasa da, sözü edilen mevzuat hükümlerine göre, arazide şartlara uyulmak şartıyla tarım yapma imkanı bulunmaktadır. Bu çerçevede mülkiyet hakkının engellediğinden söz edilemez. Bunun dışında imara kapalı olan bir arazinin imara açık araziler gibi satış koşullarına sahip olması düşünülemez. Tarım arazisi olan taşınmazın bu niteliğine göre satışı yapılabilir.

Bu durumda, davaya konu parselin mevcut imar plan sınırları içerisinde yer almadığı dikkate alındığında yapılaşmaya elverişli olmayan bir alan için mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı iddiasının yerinde olmadığı, tarım arazisi vasfı olan bu alanda mevcut duruma göre zirai faaliyetlerin yapılabilmesi bakımından herhangi bir kısıtlılığın bulunmadığı, davacının uyumsuzluk konusu taşınmazdan yararlanmasının tamamen ortadan kaldırılmadığı; dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden de söz edilemeyeceği hususu göz önüne alındığında, davaya konu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir...”

Söz konusu karar, malikin mülkiyet hakkını kullanmadığı gerekçesiyle kamulaştırma yapılması talebinin reddi istemli davada tesis edilmiş olup, Yüksek Mahkeme, İSKİ tarafından verilen red kararının hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Nitekim İSKİ tarafından da her koruma alanında kamulaştırmaya başvurulmamakta hatta anılan Danıştay kararında olduğu gibi maliklerin kamulaştırma yönündeki talepleri reddedilmektedir¹¹.

11 Örneğin bkz. <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-67192.html> (23.05.2016)

Dolayısıyla mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma yapılabilmesi için ilk olarak taşınmazın hiçbir suretle maliki tarafından kullanılamaması gerekmektedir. Yani, mülkiyet hakkının kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini barındırdığı düşünülürse¹², malikin bu yetkilerinden birini veya birkaçını kullanamaması sonucunu doğuracak haller için, kamulaştırma işleminin tesisi mümkündür. Ancak, bu halde de malikin beyanının ve iradesinin dikkate alınması gerekli olup; örneğin malik üzerinde yapılaşma yasağı olan uyumsuzluğa konu taşınmazı bahçe/arsa olarak kullanacaksa; idare tarafından ulaşılmak istenen amaç bu şekilde de sağlanabileceğinden ötürü, malikin mülkiyet hakkının kamulaştırma suretiyle sınırlandırılmasına/son verilmesine gerek olmayacaktır.

Söz konusu hususlar göz önünde bulundurulursa, örneğin tarla ya da yeşil alan olan bir taşınmazın mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma yapılması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. İdare tarafından malikten bir taahhüt alınmasıyla (üzerinde yapılaşma olmayacağı, temiz tutulacağı, gereken bakım vs. önlemlerin alınacağı yönünde) koruma sağlanabilecektir. İdarenin amacı sağlamak için gerekli ve elverişli olan en hafif önlemi; diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkını en az kısıtlayan usulü tercih etmesi imkanı varken önlemlerin en ağırını uygulaması hakkın sınırlandırılmasında bir ölçüt olan ölçülülük ilkesini bertaraf edecektir.

Ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenen amaca en uygun, elverişli ve orantılı aranın tercih edilmesi gerekli olduğu anlamına gelmektedir¹³. Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “gereklilik” ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “orantılılık” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir¹⁴.

Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahke-

12 Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 100.

13 Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 21.

14 Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013 karar tarihli Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararı, § 38, www.anayasa.gov.tr (22.12.2017).

mesi, kararlarında¹⁵ demokratik toplum düzeni için gerekli olmak ile ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş; *“Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...”*¹⁶ diyerek amaca, temel haklara en az müdahaleyle ulaşmayı sağlayacak aracın tercih edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir¹⁷.

Bu kapsamda, söz konusu alanların korunması ve kirliliğinin önlenmesi için öngörülüş olan ancak yasal bir şart olarak düzenlenmeyen kamulaştırmanın başka yöntemlerin tercihi mümkünken tercihi/uygulanması ölçüsüz bir tercih olması nedeniyle sebep, konu ve amaç yönünden hukuka aykırılık taşıyacaktır.

III. Mutlak Koruma Alanları İle Dere, Çay ve Nehir Koruma Alanlarında Mülkiyetin Devri Yoluyla Kamulaştırmanın Gerekip Gerekmediği

Ölçülülük ilkesi; kamulaştırma işleminin usulü ve gerçekleştirme şeklinin belirlenmesinde de kullanılacak bir kriterdir. Çalışmamıza konu alanlarda malik tarafından idareye tanınan bir hakkın tapuda şerh edilmesiyle kamulaştırmanın gerçekleşmesi durumunda yasal düzenlemelerde öngörülen amacın sağlanması mümkündür. Böylelikle kamulaştırma işlemiyle idarenin hedeflediği sonuç daha hafif bir yöntemle gerçekleşebileceğinden hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması gündeme gelmeyecek, idare de hedeflediği amaca ulaşabilecektir.

Taşınmaz üzerinde idare lehine hak tanınması ve bu hakkın tapuya şerh edilmesi, kamu yararı amacıyla veya kamu emlakı yararına özel kişilerin maliki olduğu taşınmaz mallar üzerine konulan sınırlamalar olup¹⁸ maliklerin mülkiyet hakkından doğan bazı haklarını kısmen sınırlayacaktır. Kamulaştırma Kanununda da öngörülen bu usul; hakkın konusu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet

15 Anayasa Mahkemesinin E.2007/4, K.2007/81 sayılı kararı, K.T. 18/10/2007; E. 2013/130, K. 2014/18 sayılı kararı, K.T. 29.01.2014; E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararı, K.T. 14.05.2015, Kararlar için bkz. www.anayasa.gov.tr (22.12.2017).

16 Anayasa Mahkemesinin E.2007/4, K.2007/81 sayılı kararı, K.T. 18/10/2007, www.anayasa.gov.tr (22.12.2017).

17 Adalet Mehtap Buluryer, B.No: 2013/5447, 16.10.2014 karar tarihli Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararı, § 106, RG. 10.01.2015, S.29232.

18 Antalya, Topuz, s. 114.

hakkından doğan kullanma ve/veya yararlanma ile ilgili yetkilerin bir kısmını veya tümünü hak sahibine sağlayan veya taşınmaz malikinin mülkiyetten doğan yetkilerden bazılarını kullanmasını hak sahibi idare yararına yasaklayan sınırlı aynı bir hak olup, söz konusu alanların korunması, kirliliğin önlenmesi gibi tedbir ve önlemlerin alınmasını sağlayıcı niteliğe sahip görünmektedir.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesinin 1986/832 E., 1986/897 K. sayılı kamulaştırma işleminin iptali istemli dava sonucu verdiği kararda¹⁹, “*Diyarbakır-Silvan karayolunun yapımında alttemel ve beton malzemesi olarak kullanılmak üzere gerekli malzemenin temini ve konkasör şantiye sahası olarak davacılara ait taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, kamulaştırma amacının geçici nitelik taşıyıp taşımadığı ve idarenin irtifak hakkı tesisi suretiyle amacına ulaşip ulaşamayacağına araştırıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır*” yönünde hüküm tesis edilmiştir.

Aynı Dairenin 1986/363 E., 1986/525 K. sayılı kararında da²⁰ aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“Dava dosyasının incelenmesinden, davacının da paydaşı olduğu taşınmazların davalı idare tarafından diğer paydaşların muvafakat verdiği belirtilerek bir şirkete ait ruhsatname sahasında yapılacak üç boyutlu sismik etüd için gerekli olduğu nedeniyle kamulaştırılmış bulunduğu anlaşıldığından, Mahkemece davacı dışındaki paydaşların muvafakat verip vermedikleri konusunda belge olup olmadığı araştırılmaksızın karar verilmesinde isabet olmadığı gibi, sismik etüdün geçici nitelikte bir faaliyeti kapsayıp kapsamadığı belirlenerek kamulaştırma yerine taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi suretiyle amacın gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığının da incelenmemesi yerinde görülmemiştir”.

Kaldı ki, Yönetmelikte de, kamulaştırmadan bahsedilmiş olmakla birlikte, bu kamulaştırmanın taşınmazın tamamının mülkiyetinin devri yoluyla olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple İdare, yukarıdaki kararlarda da belirtildiği üzere, taşınmaz üzerinde lehine bir hak tesisini sağlama yoluna giderek; takdir yetkisini, sınırı olan kamu yararı, hizmetin gerekleri, hukukun genel ilkeleri, hakkaniyet, eşitlik, ölçülülük gibi ilkeleri dikkate alarak kullanmış olacaktır.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesinin 2003/917 E., 2003/4220 K. sayılı ve 2004/1374 E., 2006/1416 K. sayılı kararlarında²¹ alt sınır üzerinde idari para

¹⁹ www.kazanci.com (22.12.2017).

²⁰ www.kazanci.com (22.12.2017).

²¹ www.kazanci.com (22.12.2017).

cezası uygulanmasının haklı bir sebebinin olması gerektiği ifade edilmiş olup, tedbirlerin veya yaptırımların en hafifinden daha ağır olanın tercihi halinde bu tercihin gerekçelendirilmesi gerektiği; ancak haklı bir sebebin mevcudiyeti halinde, diğer bir ifadeyle ölçülü olduğunun tespit edilmesi halinde hukuken geçerli olacağı ifade edilmiştir.

Sonuç

İçme-kullanma suyu koruma havzalarında özel mülkiyet konusu olan taşınmazlara ilişkin olarak, idarenin mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma yoluna başvurmadan önce başvurabileceği daha hafif koruma tedbirleri uygulaması mümkünken taşınmazın mülkiyetinin devri yoluyla kamulaştırılmasında takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine ve hakkaniyete aykırı kullanımı söz konusu olacaktır. Oysaki idare yasal düzenlemelerde öngörülen amacı hak tesisi yoluyla sağlayabilecek olup; ancak, taşınmazın kullanımına engel olan, diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkını kullanılmaz hale getiren sınırlamalarda mülkiyetin devri yoluna başvurabilmelidir²².

Diğer bir yandan, idarenin mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırmadan daha hafif yöntemleri tercih etmemesi durumunda, taşınmaz bedelinin tümünün ödenmesi gerekecektir. Oysa ki, idare tarafından malikten alınacak bir taahhütname ile korumanın sağlanabilmesi ihtimalinde veya irtifak hakkı yoluyla kamulaştırma yoluna başvurması durumunda ödenecek bedelin daha az miktarda olacağı muhakkak olup, daha az bedel ödeyebilecekken daha fazla bedelin ödenmesi de kanımızca kamu yararına uygun bir sonuç da sağlamayacaktır.

Dolayısıyla, Yönetmeliğin kamulaştırma yetkisi tanıyan hükmünün uygulayıcı idareler tarafından salt olarak mülkiyetin devri yoluyla kamulaştırma olarak okunmaması; koruma ve iyileştirmeyi sağlamak için yeterli olması durumunda malikten taahhüt alarak bu korumanın sağlanabileceğine²³ dair düzenlemenin de öngörülmesi kanımızca yerinde olacaktır.

22 Bu yöndeki Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 2010/12640 E., 2011/778 K., 2014/12105 E., 2014/15593 K. sayılı kararları, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 2003/12076 E., 2003/14511 K. sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.kazanci.com (22.12.2017).

23 Taahhüde uyulmaması halinde elbette ki idare elinde olan diğer imkanları kullanabilecektir.

KAYNAKLAR

- Antalya, Gökhan, Topuz, Murat, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar*, Başlangıç Hükümleri, 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.
- RG. 10.01.2015, S.29232.
- R.G. 28.10.2017, S. 30224.

Elektronik Kaynaklar

- www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.12.2017)
- <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-67192.html> (Erişim Tarihi: 23.05.2016)
- www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 14.11.2017 / 22.12.2017)

ÖZ

645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, Orman ve Su İşleri Bakanlığının görevleri arasında; su kaynaklarının korunmasına ve sürdürülebilir bir şekilde kullanılmasına dair politikalar oluşturmak, ulusal su yönetimini koordine etmek sayılmıştır. Bu kapsamda, Kanununun 26. maddesinde de zikredildiği şekilde, Bakanlık görev ve yetkilerine ilişkin konularda idari düzenleme yapma yetkisini kullanarak İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmeliği tesis etmiştir.

İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmeliği'nde içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan yer üstü sularının korunması için atıkların alıcı ortama bırakılması yasaklanmış, koruma planlarının hazırlanması gereği ifade edilmiştir. Yine bu alanların korunması amacıyla yapılaşma yasağı getirilmiş, idareye kamulaştırma yetkisi tanınmıştır.

Kamulaştırma yetkisinin kullanımı, mülkiyetin devri, kaynak ve irtifak hakkı kurulması ile taşınmazın kısmen kamulaştırılması şeklinde gerçekleştirilebilecektir.

Ancak, içme-suyu koruma havzalarında bu yetkinin her zaman mülkiyetin devri sonucunu doğuracak şekilde kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Kamu yararı ve ölçülülük ilkeleri ışığı altında idari irtifak kurularak kamulaştırma yapılması da mümkün görünmektedir. Ayrıca; yasal düzenlemelerde öngörülen amaçların sağlanması bakımından malikten belirli konularda taahhüt alınması; gereken koruma tedbirlerini alması ve faaliyetlerini yürütmesi için yeterli olacaksa, ilgili idarelerin kamulaştırma yetkisini kullanmayarak, bu yolu tercih etmesi kanımızca mümkün görünmektedir.

Anahtar kelimeler: Su havzaları, içme-kullanma suyu, kamulaştırma, irtifak hakkı, ölçülülük ilkesi.

