

ORMAN SAYILAN ALANLARDA ORMAN DIŞI AMAÇLARLA İRTİFAK HAKKI TESİSİNİN KAMU YARARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Suat ŐİMŐEK*

ÖZET

Ormanlar, toplum hayatı açısından büyük öneme sahiptir. Bundan dolayı, orman alanlarının bu vasıflarının korunması son derece önem taşımaktadır. Ancak bazı durumlarda bu alanların başka amaçlarla kullanımı da kamu yararına olabilmektedir. 1982 Anayasası'nın 169. maddesi de ormanların kamu yararı amacıyla irtifak hakkına konu edilebileceğini belirtmektedir. Bu maddede yer alan kamu yararı kavramını irdelemek amacıyla hazırlanan bu çalıŐma ile, kamu yararı kavramını sadece kamu hizmetleriyle sınırlı olarak düşünülmemesi gerektiği ortaya konulmaktadır. Üstelik irtifak hakkı tesisi açısından kamu yararının varlığı yeterli olup, kamu yararının irtifak hakkı tesisini zorunlu kılması gibi bir Şart söz konusu değildir. Zorunluluk Şartı, devlete ormanların korunması amacıyla verilen görevlerden kaynaklanmaktadır. Kamu yararının kapsamını belirleme yetkisi ise yasama organına aittir.

Anahtar Kelimeler: Orman, Kamu Yararı, Kamusal Mallar, İrtifak Hakkı

THE EVALUATION IN RESPECT TO THE PUBLIC BENEFIT OF CONSTITUTION OF SERVITUDE AT FOREST AREAS WITH NON-FORESTAL PURPOSES

ABSTRACT

Forests have great importance in terms of community life. Therefore, protection of characteristics of forest fields is rather important. However, in some cases, using these fields for other purposes may benefit the public. In Article 169 of 1982 Constitution, it is specified that forest can be a subject of servitude based on public benefit considerations. In this study, conducted with the purpose of looking into the concept of public benefit indicated in Article 169, it is concluded that the concept of public benefit should not be viewed only within the understanding of public services. Furthermore, from the aspect of constitution of servitude, presence of public benefit is deemed sufficient, however there is no such requirement that public benefit entails the

* Maliye Bakanlığı Milli Emlak Kontrolörü

constitution of servitude. Such a requirement is stemming from duties entrusted to the State with respect to the protection of forests. The authorization to define the scope of public benefit belongs to the legislative body.

Keywords: Forest, Public Benefit, Public Goods, Servitude.

1. GİRİŞ

Orman mevzuatı açısından temel kural, orman arazilerinde bina ve tesis yapılmasının yasak olmasıdır. Bir başka ifadeyle, ormanların orman olarak kullanılması ve başka amaçlara tahsis edilmemesi gerekir. Ancak bazı durumlarda kamu hizmetlerinin görülmesi için ihtiyaç duyulan tesislerin orman alanlarına rastlaması kaçınılmaz olmaktadır. Üstelik bazı tesislerin orman alanlarında yapılması, kamu yararını da beraberinde getirmektedir. Bu gibi durumlarda orman alanlarında yapılacak bina ve tesislerin yaratacağı yararın, ormanların orman olarak topluma sağlayacağı yarardan daha üstün olabileceği savunulmuş, buna bağlı olarak orman alanlarında izin ve irtifak hakkı verilebileceği çeşitli kanunlarla düzenlenmiştir. 1937 yılında çıkarılan 3116 sayılı Orman Kanunu ile birlikte, günümüze dek ormanlar üzerinde kamu yararı amaçlı irtifak hakkı kurulabilmesine imkan tanınmıştır. 1961 Anayasası'nın 131. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 169. maddesi de, kamu yararının varlığı halinde, ormanların irtifak hakkına konu olabilmesine izin vermektedir.

Yürürlükte bulunan mevzuata göre ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesisini, turizm amaçlı irtifak hakları ve diğer amaçlarla tesis edilen irtifak hakları olmak üzere iki kapsamda değerlendirmek mümkündür. Bacasız sanayi olarak da adlandırılan turizm, ülkemizin en önemli gelir kaynaklarından birisidir. Türk turizmi özellikle 1983 yılından itibaren büyük bir gelişme göstermeye başlamıştır. 1980 yılında Türkiye'ye gelen turist sayısı 1.288.060 kişi iken bu sayı 2010 yılı itibarıyla yaklaşık yirmi beş kat artarak 33.027.943 kişiye ulaşmıştır (TÜİK, 2011). Turizm sektörünün 1980'lerden günümüze bu gelişmeyi göstermesindeki en büyük etken turizm yatırımlarının çeşitli yollarla devlet tarafından desteklenmesidir. Bu desteklerden en önemlilerinden birisi de kamuya ait taşınmazların (ormanlar da dahil) turizm yatırımcılarına ve işletmecilerine tahsis edilmesidir. Turizmi Teşvik Kanunu'nun yanı sıra 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesine göre, ormanlar üzerinde çeşitli amaçlarla irtifak hakkı tesis edilmesi mümkündür.

Hangi amaçla olursa olsun, Anayasa'nın 169. maddesine göre ormanlar üzerinde kurulacak irtifak hakkı tesisinin kamu yararına olması gerekir. Anayasa ormanların ancak kamu yararının varlığı halinde irtifak hakkına konu olabileceğini belirtmekle yetinmiş, kamu yararının mevcut olduğu durumları tespit yetkisini kanun koyucuya bırakmıştır. Fakat kamu yararının ne olduğu ve hangi durumlarda kamu yararının gerçekleşebileceği konusundaki belirsizlik, orman alanlarında tesis edilebilecek irtifak hakları konusunda tartışmalara neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği iki karar (17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200 sayılı karar ile 22.11.2007 tarihli ve E: 2004/67, K: 2007/83 sayılı karar) arasında çelişki olması ise konuyu daha da karmaşıklaştırmıştır.

Bu konudaki belirsizliği bir ölçüde gidermek amacı taşıyan çalışmamızda, öncelikle orman sayılan alanlarda irtifak hakkı tesisinin tarihçesi incelenecek, ikinci aşamada mevcut durum itibarıyla ormanların turizm ve turizm dışı amaçlarla tahsisi konusundaki mevcut mevzuat değerlendirilecek, sonrasında ise Anayasa'nın 169. maddesinde yer alan "kamu yararı" kavramından ne anlaşılması gerektiği, Temsilciler Meclisi ve Danışma Meclisi tutanakları irdelenerek açıklanmaya çalışılacaktır.

2. ORMAN VE İRTİFAK HAKKI KAVRAMLARI

Ormanlar, biyolojik ve hukuki olmak üzere iki açıdan tanımlanmaktadır. Biyolojik açıdan orman "*geniş alanlarda kendine özgü bir iklim yaratabilen, belirli yükseklik, yapı ve sıklıktaki ağaçların, ağaççık, çalı ve otsu bitkiler, yosun, eğrelti ve mantar, toprağın altında ve üstünde yaşayan mikro organizmalar ve çeşitli böcekler ve hayvanlarla orman toprağının birlikte oluşturduğu bir yaşam birliği*" olarak tanımlanmıştır (Ayanoğlu, 1999: 15). Hukuki açıdan orman tanımı ise 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1. maddesinde yapılmıştır. Buna göre tabii olarak yetişen ve emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları, yerleriyle birlikte orman sayılır. Bu tanıma göre ormanın iki önemli unsuru vardır: Ağaç ve ağaççık topluluğu ile bunların üzerinde yetiştiği orman toprağı. Dolayısıyla mülkiyet hukuku yönünden bakıldığında ormanın birleşik eşya niteliğinde olduğu görülmektedir (Akipek, 1977: 3). Bu birleşik eşyanın asli unsuru, orman toprağıdır. Ağaçlar ve ağaççıklar ise bütünüleyici parçadır. Orman toprağı asli unsur olduğu için toprağın üzerinde bulunan ağaçların yangın, kesme gibi herhangi bir sebeple yok olması, o

toprağın orman toprağı niteliğini kaybetmesine neden olmaz (Anayasa Mahkemesinin 10.03.1966 tarihli ve E: 1966/46, K: 1966/14 sayılı kararı).

Anayasa'nın 169. maddesi ormanların irtifak hakkına konu olabilmemesinden bahsettiğine göre açıklanması gereken ikinci kavram irtifak hakkıdır. İrtifak hakkı, bir taşınmazdan özel bir nedene dayanarak yararlanmaya imkan veren sınırlı bir ayni haktır. Medeni Kanun'un 779. maddesine göre irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine oluşturulan bir yüküdür ve yüklü taşınmazın sahibini, irtifak hakkına malik olan kimse tarafından kullanmaya ait bazı tasarruflara razı olmaya veya mülkiyete özgü olan bazı hakların kullanılmasından kaçınmaya zorunlu tutar. Görüldüğü üzere, irtifak hakkı sahibine kullanma ya da yararlanma hakkı verirken, malike de katlanma ya da kaçınma ödevi yüklemektedir. Medeni Kanunda irtifak hakkı türleri ismen sayılmak suretiyle belirlenmiş olup bunlar, taşınmaz irtifak hakkı, şahsi irtifak hakları (irtifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı) ve diğer irtifak hakları (atış eğitimi, spor alanı ya da geçit) olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Anayasa'nın 169. maddesinde geçen irtifak hakkı kavramı ile ilgili olarak iki hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İlk husus, bu maddede irtifak hakkı kavramının medeni hukuk anlamında ele alınıp alınmadığıdır. Ayanoğlu (1993: 85), ormanla üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesi için ilgili bakanlıkların iznine ihtiyaç duyulduğunu, bu iznin ise medeni hukuk anlamında bir anlaşma sayılamayacağını vurgulayarak ormanlar üzerinde kurulacak irtifak haklarının, medeni hukuk irtifaklarından farklı olduğu ve bu irtifakların idari irtifak olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir. Buna karşı çıkan ve bizim de katıldığımız görüşe göre idari irtifaklar özel mülkiyette bulunan mallar üzerinde kamu yararı amacıyla ve devlet lehine mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalardır; ormanlar üzerinde kurulacak irtifak hakkının lehtarları özel hukuk kişileri olduğuna göre bunların idari irtifak olarak değerlendirilmesi mümkün değildir (Akipek, 1977: 30-31). Anayasa'nın 46. maddesinde idari irtifak deyiminin kullanılmış olmasına rağmen ormanlar üzerindeki irtifak haklarını düzenleyen 169. maddede sadece irtifak hakkı deyiminin kullanılmış olması da bu hususu doğrulamaktadır. 169. maddede geçen kamu yararı ifadesi, irtifakın idari irtifak olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Bu maddede geçen irtifak hakkı deyimini, Anayasa ve Orman Kanunu medeni hukuk irtifakları olarak

değerlendirmiştir (Akipek, 1977: 30). Zaten “Orman Kanununun 17 ve 18 inci Maddelerinin Uygulama Yönetmeliği”nin 34. maddesi de kurulan irtifakın Medeni Kanun hükümlerine tabi olduğunu açıkça belirtmektedir.

İkinci husus olarak, 169. maddenin irtifak haklarından hangisini ya da hangilerini kapsadığına ilişkin olup, bu konu doktrinde tartışmalıdır. Usluoğlu, Anayasa’da geçen irtifak hakkı kavramının orman alanlarında üst hakkı değil, yalnızca intifa hakkı kurulmasına izin verdiği görüşünü ileri sürmüştür. Buna karşılık Ayanoglu (1993: 85) 169. maddede geçen irtifak kavramının yalnızca üst hakkını işaret ettiğini ileri sürmüştür. Hatta yazar 17. maddenin 2896 sayılı Kanun’la değişik şekilde geçen “intifa” ifadesinin dahi üst hakkını işaret ettiği görüşündedir. Yazara göre Kanun’u hazırlayan kişiler intifa kelimesini üst hakkını kastetmek amacıyla kullanmışlardır, bu hakkın miras yoluyla geçmesini önlemek için de kasten intifa hakkı ifadesini kullanmışlardır. Konu Medeni Kanun çerçevesinde değerlendirildiğinde, irtifak hakkı türlerinden taşınmaz lehine irtifak haklarının ormanlar üzerinde kurulamayacağı görülmektedir. Çünkü Orman Kanunu yalnızca gerçek ve tüzel kişilere izin verilebileceğini vurgulamaktadır. Diğer irtifak hakları (atış eğitimi, spor alanı ya da geçit) da Orman Kanunu’nun 17. maddesi kapsamına girmez. Geriye sadece şahsi irtifak hakları (intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı) kalmaktadır. Bunlardan oturma hakkı, 17. maddeye uygun değil, kaynak hakkı ise 17. madde kapsamına girmemektedir. Bu açıdan bakıldığında ormanlarda tesis edilebilecek irtifak hakkı olarak sadece intifa ve üst hakkı kalmaktadır. Anayasa’nın 169. maddesi, Orman Kanunu’nun 17. maddesi ve Medeni Kanun hükümleri dikkate alındığında, ormanlar üzerinde hem intifa hakkı, hem de üst hakkı kurulabileceği görülmektedir.

3. ORMAN SAYILAN ALANLARDA İRTİFAK HAKKI TESİSİNİN TARİHÇESİ

1921 Anayasası ile 1924 Anayasası’nda orman alanlarında irtifak hakkı tesisi ile ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamasına karşılık 1937 yılında çıkarılan 3116 sayılı Orman Kanunu’nun 16. ve 25. maddeleri, ormanlar üzerinde irtifak hakkı kurulmasına cevaz vermiştir.

1956 yılında çıkarılan 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 17. maddesinin ilk halinde de ormanlarda orman dışı amaçlarla bina ve tesis yapma yasağı ifade edildikten sonra, ormanlarda sağlık, güvenlik, kamu yararı, estetik ve

turistik amaçlarla yapılacak her tür bina ve tesis için (o tarihteki) Ziraat Vekaletinden izin alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bu maddede 1983 yılında 2896 sayılı Kanun'la önemli değişiklikler yapılmıştır. Her şeyden önce kamu yararı kavramı ilk defa zikredilmiştir. Bunun yanı sıra turizm bölge, alan ve merkezleri Orman Kanunu'nun kapsamı dışına çıkarılmıştır (Ayanoğlu, 1993: 83). Turizm bölge alan ve merkezlerinde irtifak hakları Turizmi Teşvik Kanunu ile düzenlenmiştir. Ayrıca irtifak hakkı tesis edilebilecek durumlar oldukça genişletilmiştir. Yapılan değişikliğe göre turizm bölge alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler ile orman ürünlerini işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere izin verilebilecekti. 17. maddenin 1987 yılında 3373 sayılı Kanun'la değişik şekilde ise turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere izin verilebileceği, bu izin süresinin kırk dokuz yılı geçemeyeceği, Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesislerin izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bunun üzerine 17. madde, iptal gerekçeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atıksu, petrol, doğalgaz, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesislerinin; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesislerinin ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca¹ izin verilebilir. 17. maddenin bu halinin de Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesi maddenin yeni şeklinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

¹ Maddede ifade edilen Çevre ve Orman Bakanlığı 03.06.2011 tarihli ve 636 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kaldırıldığı ve 29.06.2011 tarihli ve 644 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın 30. maddesine göre mevzuatta bu Kanun Hükmünde Kararname ile Orman ve Su İşleri Bakanlığına devredilen birimlerle ilgili görevler nedeniyle Çevre ve Orman Bakanlığına yapılmış olan atıflar bu Bakanlığa yapılmış sayılacağı için, 17. maddeye izin verme yetkisi Orman ve Su İşleri Bakanlığındadır.

Kültür ve turizm koruma ve gelişme bölgelerindeki ormanlarda irtifak hakkı tesisi ise, 1983 yılına kadar Orman Kanunu hükümlerine göre yapılmaktaydı. 1982 yılında 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun yürürlüğe girmesini müteakiben 1983 yılında 2896 sayılı Kanun'la Orman Kanunu'nun 17. maddesinde yapılan değişiklikle orman alanlarında turizm amaçlı irtifak hakkı tesisi Orman Kanunu kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu konu 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu Kanun'un Anayasa Mahkemesince iptal edilen 8. maddesine göre kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki devlet ormanlarının, turizme ayrılması ve amenajman planlarının değiştirilmesi sonrasında Hazinece Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilmesi gerekmektedir. Kamu kuruluşlarına ait ormanlar ise Hazine adına tapuya tescil edildikten sonra ve bu Bakanlığa tahsis edilmekteydi. Bu Bakanlık, kendisine tahsis edilen ormanları yatırımcılara tahsis etmekteydi.

Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan bu hükümler, Anayasa Mahkemesinin 07.05.2007 tarihli ve E: 2006/169, K: 2007/55 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bunun üzerine, 2008 yılında çıkarılan 5761 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiş olan söz konusu madde, halen yürürlüktedir. Anayasa Mahkemesi bu madde ile ilgili olarak verdiği 10.03.2011 tarihli ve E: 2008/51, K: 2011/46 sayılı kararında orman alanlarının turizm amaçlı irtifak hakkına konu edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

4. MEVCUT DURUM İTİBARIYLA İRTİFAK HAKLARIYLA İLGİLİ TEMEL ESASLAR

Yürürlükte bulunan mevzuata göre, orman sayılan alanlarda tesis edilebilecek irtifak haklarını turizm amaçlı olanlar ve diğerleri olmak üzere iki kısımda değerlendirmek mümkündür.

4.1. Orman Alanlarında Turizm Amaçlı İrtifak Hakkı Tesisi

Mevcut durumda orman alanlarında turizm amaçlı irtifak hakkı tesisi 2634 sayılı Kanun'un, 5761 sayılı Kanun'la değişik 8. maddesiyle düzenlenmiştir. Buna göre Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanunu'na 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 kıyidan 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 Orman ve Su İşleri Bakanlığınca, Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilir.

8. maddenin 5761 sayılı Kanun'la yapılan değişik son hali incelendiğinde Anayasa Mahkemesi'nin 8. maddeye ilişkin iptal kararının gerekçesinin dikkate alındığı ve orman alanlarının turizme tahsisi konusunda idareyi kısıtlayıcı çeşitli emniyet önlemleri alındığı görülmektedir. Örneğin 8. maddeye göre, orman sayılan yerlerin turizm yatırımlarına tahsis edilebilmesi için Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmaması gerekmektedir.² Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile uyum içindedir (Coşkun, 2009: 231). Ayrıca orman alanlarının tahsis edileceği amaçlar madde metnin-

² Elbette ki ormanlar da tapuda Hazine adına tescil edilmektedir. Ancak 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesindeki bu ifadeyi, Hazine'nin özel mülkiyetindeki (tapuda Hazine adına tescilli olup kamu malı niteliğinde olmayan) alanlarla sınırlı olarak değerlendirmek gerekir.

de sayılarak her türlü turistik amaç için orman alanlarının tahsis edilmesinin önüne geçilmiştir. Tüm ihtiyaçlar için değil, sadece madde metninde sayılan ihtiyaçlar için gerekli ormanların tahsisi öngörülmüştür. Ormanların turizm yatırımlarına tahsis edilebileceği durumlar madde metninde tek tek sayıldığı için bu kapsama girmeyen ihtiyaçlar için tahsis yapılması mümkün değildir. İlave olarak, turizm yatırımlarına tahsis edilecek orman alanlarının toplam yüzölçümünün, il genelindeki orman sayılan yerlerin toplam yüzölçümünün binde 5'ini ve yapılaşmaya esas inşaat hakkının, emsal (E) 0.30'u geçemeyeceği hüküm altına alınarak turizme tahsis edilecek orman alanları miktar yönünden de sınırlandırılmıştır. Üstelik herhangi bir bölgedeki değil, Bakanlar Kurulu kararıyla 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. Son olarak, turizm yatırımı için tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alanın ağaçlandırma bedeli ile ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin, yatırımcı tarafından Orman Genel Müdürlüğü hesabına, doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla ödeneceği ve bu bedelin yatırılmadığının tespiti halinde, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

4.2. Orman Alanlarında Turizm Dışı Amaçlarla İrtifak Hakkı Tesisi

6831 sayılı Kanunun orman alanlarında turizm dışı amaçlarla irtifak hakkı tesisini düzenleyen ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine yeniden düzenlenen 17. maddesinde, orman alanlarında yapılabilecek tesisler sınırlı olarak sayılmış ve bu tesislerin yapılması için kamu yararı ve zaruret bulunması şartı getirilmiştir. Ancak kamu yararı şartında olduğu gibi, zorunluluk şartının da ne şekilde gerçekleşeceği hususu yeterince açıklığı kavuşturulmamıştır.

5. GENEL OLARAK KAMU YARARI KAVRAMI

5.1. Tanım

Anayasa'nın pek çok maddesinde kamu yararı ifadesi geçmesine rağmen Anayasa ve kanunlar kavramı tanımlamaktan kaçınmışlardır. Anayasa Mahkemesi de kamu yararı kavramının tanımını yapmaksızın dava konusu

kanun normunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının belirlenmesi ile yetinmektedir.

Kavram Keleş (1998: 85) tarafından kamu kuruluşlarının elinde bulunan yetkilerin ve kaynakların halkın iyiliği için kullanılmasını belirleyen tüzel koşul, mülkiyet hakkının sınırının belirtilmesinde kullanılan ve bu hakkın özüne dokunulmamasını güvenceye bağlayan yasal ölçü olarak tanımlanmaktadır. Gençay (2010: 38) ise, toplumun ortak çıkarı için yapılan ve idarenin kamu hizmetlerini yerine getirmek için bir takım faaliyetlerde araması gereken olgu olarak tanımlamaktadır. Akıllıoğlu (1991: 3) kamu yararı kavramının, idarenin faaliyetlerini meşru kılmak için icat edilmiş bir kavram olduğu görüşündedir. Yazar'a göre bu kavram niteliği ya da içeriği önceden belirli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanımlanan bir kavramdır. Bu anlamda kamu yararı devlete temel haklara müdahale etme konusunda hareket alanı sağlayan başlıca dayanaklardan birisidir. Tunaya (1980: 166) da kavramı tanımlamanın zorluğuna dikkat çekmektedir. Yazar'a göre kavramın dar ve hukuki anlamda bir boyutunun olmasının yanı sıra bir de felsefi ve sosyolojik boyutu da söz konusudur. Erdoğan'a (1999: 229) göre kamu yararı, toplumun genel yararının nasıl belirleneceği ve hangi araç ve yöntemlerle gerçekleştirileceği sorularının yanıtıdır. Yayla (1990: 74) ise kavramı, toplumdaki çıkar çatışmalarında (istisnai haller saklı kalmak kaydıyla) sayısal yönden çoğunluğun çıkarlarının, azınlığın çıkarlarına tercih edilmesi olarak yorumlamaktadır.

Kamu yararı kavramını, gerçekleştirildiği takdirde toplumun fayda sağlayacağı durumlar olarak ifade etmek yerinde olacaktır. Bu anlamda toplumun huzur ve refahının artması sonucunu doğuracak faaliyetler kamu yararınadır. Buna göre bir faaliyetin yapılması, toplumun büyük bir kesimine katkı sağlıyor ise faaliyet kamu yararınadır. Nitekim 1924 Anayasası da dahil olmak üzere, Cumhuriyet anayasaları kamu yararı kavramını geniş anlamda kullanmışlardır. Örneğin turizmin teşvik edilerek döviz gelirlerinin artmasının amaçlanması, tabii kaynak ve servetlerin çıkarılması ya da yatırımın ve istihdamın teşvik edilmesi, kamu yararınadır.

5.2. Kavramın Özellikleri

Kamu yararı kavramının ilk özelliği, yasama ve yürütmenin etkinliklerinin temel hedefi olmasıdır. Kamu yararı, yasanın oluşumunda

belirleyici bir kavram olduğu kadar uygulanmasında da belirleyicidir (Akıllıoğlu, 1991: 13). Çünkü gerek yasama ve gerekse yürütme organı toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere vardır. Anayasa Mahkemesi de 21.10.1992 tarihli ve E: 1992/13, K: 1992/50 sayılı kararında devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararının temel hedef olduğunu ifade etmiştir. Kanun koyucunun kamu yararına olan düzenlemeleri belirleme ve yürürlüğe koyma yetkisi anayasa normları ile sınırlıdır, bu nedenle kanun koyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır.³ Bundan dolayı yasalar çıkarılırken kamu yararının hedeflenmesi zorunlu olduğu gibi, bu yasalar uygulanırken de temel hedef kamu yararının sağlanması olmalıdır.

Buna paralel olarak kamu yararı kavramı, yasa koyucunun ve idarenin denetimi için önemli bir kriter teşkil etmektedir. Gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse diğer yargı mercileri kamu yararı kavramını önemli bir kriter olarak kullanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun getirdiği düzenlemenin kamu yararına uygun olup olmadığını denetlememekte, sadece yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığını sorgulamaktadır. Mahkeme yalnızca kanun koyucunun amacını sorgulamakta, eğer amaç kamu yararı ise, getirilen düzenlemenin kamu yararını gerçekleştirmeye müsait olup olmadığı konusuna girmemektedir. Mahkeme bu yaklaşımını şu şekilde formüle etmektedir: *“Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesi’nin yapacağı inceleme yasanın yalnızca kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Yasayla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve yasa koyucunun takdirine aittir.”*⁴ Mahkeme 12.05.2011 tarihli ve E: 2009/30, K: 2011/76 sayılı kararında da *“İptali istenilen kuralla yürürlükten kaldırılan düzenlemenin kamu yararını daha iyi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğini ya da çatışan değerleri daha iyi uzlaştırmayı uzlaştırmayacağını belirlemek yasa koyucunun takdir alanı içinde bulunduğundan anayasallık denetimi kapsamı içinde değerlendirilemez.”* görüşünü dile getirmiştir. Mahkeme 10.03.2011

³ Anayasa Mahkemesinin 17.06.1992 tarihli ve E: 1992/22, K: 1992/40 sayılı kararı.

⁴ Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 tarihli ve E: 1994/77, K: 1995/24 sayılı kararı.

tarihli ve E: 2008/51, K: 2011/46 sayılı kararında ise Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı hususunun dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁵

Kavramın bir diğer özelliği geniş ve belirsiz bir anlama sahip olmasıdır. Kamu yararı kavramı bağımsız ve mutlak bir kavram değildir (Eren, 1974: 782), tam aksine (doğası gereği) geniş, öznel ve bulanık bir kavramdır (Duran, 1982: 25). Bundan dolayı kavramın tanımını yapmak ve içeriğini belirlemek oldukça zordur (Çakmak, 2008: 150). Gerçekten de kavramın yasal mevzuat ya da Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmış bir tanımı bulunmadığı gibi, doktrinde de üzerinde anlaşılmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Üstelik kavramın durağan bir anlama sahip olmadığı, devletten devlete farklılık gösterebildiği ve toplumun farklı dönemlerinde kendisine farklı anlamlar yüklenebildiği bilinen bir gerçektir. Bunun yanı sıra kavram, tanımlayan kişinin siyasi görüşlerine göre oldukça değişik anlamlara bürünebilmektedir. Bundan dolayı kamu yararı kavramının içeriği yasa koyucu tarafından belirlenmektedir (Eren, 1974: 782). Anayasa Mahkemesi de kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu vurgulamaktadır.⁶

Kamu yararı kavramı, bir yandan kanun koyucuya mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkan tanıyarak bir "sınırlandırma amacı" teşkil eder (Eren, 1977: 186), bir yandan da mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek bir "sınırlama sınırı" oluşturur (Eren, 1974: 782).

Kavramın dikkat çekici bir diğer özelliği ise zaman içinde değişebilir olmasıdır (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1972 tarihli ve E: 1972: 14, K: 1972/34 sayılı kararı). Bundan dolayı bugün için kamu yararına olan bir durumun, belirli bir dönem sonra kamu yararına olmaması mümkün olabilir. Örneğin 1950'li yıllarda enerji bunalımını aşmak amacıyla ormanların linyit ocakları

⁵ Ancak Yıldırım (2001: 441), Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarını gerekçe göstererek Anayasa Mahkemesi'nin sadece yasa koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediğini değil, fakat aynı zamanda yasanın kamu yararını sağlamaya uygun olup olmadığını denetlediğini ileri sürmektedir.

⁶ Anayasa Mahkemesinin 17.06.1992 tarihli ve E: 1992/22, K: 1992/40 sayılı kararı.

için tahsis edilmesi kamu yararına sayılabilirken, günümüzde şehirlerdeki aşırı yağılma, alternatif ve temiz enerji kaynaklarının çoğalması, linyit ocakları için yapılan tahsislerdeki kamu yararını adeta ortadan kaldırmıştır.

6. ANAYASA’NIN 169. MADDESİ ANLAMINDA KAMU YARARI

Ormanların başta turizm olmak üzere orman dışı amaçlara tahsisinde temel kriter, 1961 Anayasası’nın 131. ve 1982 Anayasası’nın 169. maddesinde geçen kamu yararı kavramıdır. Çünkü her iki Anayasa da orman alanlarında, ancak kamu yararının varlığı halinde irtifak hakkı tesisine izin vermektedir. Kanun koyucu da ormanların irtifak hakkına konu olmasını düzenlerken, Anayasa’nın 169. maddesiyle bağlıdır. Bundan dolayı ormanlar üzerinde irtifak hakkı kurulabilecek durumlar mutlaka kamu yararına uygun olmalıdır. Bu durumda karşımıza Anayasa’nın 169. maddesinde geçen kamu yararının kapsamının ne olduğu konusu çıkacaktır.

6.1. Anayasa Mahkemesinin Görüşü

Anayasa Mahkemesi, 17. maddeyle ilgili olarak verdiği ilk karar olan 17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200 sayılı kararda 169. maddede yer alan kamu yararı kavramını karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olarak kabul etmiştir. Bu hizmetlerin tamamı kamu hizmeti niteliğindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 169. maddesinde geçen kamu yararı kavramını sadece kamu hizmetleriyle sınırlı olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre 169. maddede geçen kamu yararı kavramının, başka yerde görülmesi mümkün olmayan kamu hizmetlerinin orman alanlarında yapılmasının zorunlu olduğu durumlarla sınırlı olarak algılamak gerekir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi 2634 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle ilgili olarak verdiği kararlarında Orman Kanunu’nun 17. maddesiyle ilgili olarak verdiği iki karardan daha farklı bir tutum izlemiş ve orman alanlarının turizm yatırımlarına tahsis edilmesini (ilke olarak) Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, 8. madde ile ilgili olarak verdiği 10.03.2011 tarihli ve E: 2008/51, K: 2011/46 sayılı kararında orman alanlarının turizm amaçlı irtifak hakkına konu edilmesini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Mahkemenin bu kararına göre Anayasa’nın 169. maddesi

sadece, kamu yararının bulunması halinde irtifak hakkı tesis edilmesine imkân tanımış, 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 Mahkeme, gerekli şartların varlığı halinde, diğer bir kısım kamu hizmetlerinin ifası için ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği gibi turizm yatırımları için de orman arazisi tahsis edilebileceği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre kamu yararının bulunması halinde turizm yatırımları için Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisine yasayla izin verilmesinde Anayasa'yla bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır. Kanun koyucu, 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinde sayılan turizm etkinliklerinin ormandan yararlanmaksızın amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilemeyeceği sonucuna varmış ve bu amaçla gerekli düzenlemeyi yapmıştır. Anayasa Mahkemesine göre kanun koyucu bu düzenlemede kamu yararının söz konusu olduğu sonucuna varmıştır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde ise, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir.

Anayasa Mahkemesinin verdiği bu kararlarda dikkat çeken bir başka husus, orman alanlarında irtifak hakkı tesis edilebilmesi için kamu yararının zorunlu kılması şartının aranıp aranmayacağı konusunda çelişkilerin söz konusu olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, Orman Kanunu'nun 17. maddesiyle ilgili olarak verdiği kararlar (17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200; 22.11.2007 tarihli ve E: 2004/67, K: 2007/83) ile 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesine ilişkin olarak verdiği 07.05.2007 tarihli ve E: 2006/169, K: 2007/55 sayılı kararda orman alanlarının başka amaçlara tahsis edilebilmesi için kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Mahkeme özellikle K:2007/55 sayılı kararında turizm yatırımlarına orman alanlarının tahsis edilmesini değil, bu tahsisin hangi şartlarda yapılacağını kanun metninde belirtilmemesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme ormanlarda ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde irtifak hakkı tesis edilebileceğini belirtmiş ve 8. maddede zorunluluk koşuluna yer verilmemesinin Anayasa'ya uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin bu kararında Anayasanın 169. maddesine göre ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis

edilebileceği, 8. maddede ise 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 yer verilmediği ifade edilmiştir. Mahkeme'ye göre, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa da, 169. maddede ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem dikkate alındığında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına belirginleştirilmesi zorunludur. Bundan dolayı turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık teşkil eder.

Buna karşılık Mahkeme tarafından 8. maddeyle ilgili olarak verilen 10.03.2011 tarihli ve E: 2008/51, K: 2011/46 sayılı kararda zorunluluğun bir şart olmadığı vurgulanmıştır. Bu kararda Anayasa'nın 169. maddesinde sadece, kamu yararının bulunması halinde ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceğinin belirtildiği; bunun ötesinde Anayasa'da, belli kamu hizmetleri için ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesinin "zorunlu" ya da "kaçınılmaz" olması gerektiğine dair herhangi bir hükme yer verilmediği ifade edilmiştir. Bundan dolayı orman alanlarının turizm amaçlı olarak irtifak hakkına konu edilebilmesi için zorunluluk bir şart değildir. Kamu yararı şartı yeterlidir ve turizm yatırımları için orman arazilerinin tahsis edilmesinde kamu yararı olabileceği, bunun aksini iddia etmenin her durumda doğru olmayacağı şüphesizdir. Anayasa Mahkemesi zorunluluk şartı gerekmediğini ifade etmesine rağmen aynı kararında zorunluluk açısından da değerlendirme yapmıştır. Mahkeme 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ancak kültür ve turizmi koruma ve gelişim bölgelerinde Hazine'ye ait yeterli alanın bulunmaması durumunda ormanların turizm yatırımlarına tahsis edilebilmesi, belli miktar sınırlamalarının gözetilmesi, sadece yasada öngörülen turizm türleri için orman arazilerinin tahsis edilebilmesi gibi kriterler getirildiğini dikkate alarak zorunluluk ve kaçınılmazlık ölçütlerinin karşılandığı sonucuna varmıştır.

6.2. Danıştay'ın Görüşü

Orman Kanunu'nun 17. maddesinde kamu yararına her türlü tesise izin verilebileceğinin söz konusu olduğu dönemde Danıştay, orman varlığımızı korumak amacıyla, sadece kamu yararı için zorunlu tesisler söz konusu olduğunda irtifak hakkı tesis edilebileceği görüşünü benimsemiştir. Bu kararlarda⁷ genellikle ormanlarda yapılacak tesislerinin pek çoğunun nihai anlamda kamu yararına olduğu kabul edilmekle birlikte, "üstün kamu yararı" kavramına vurgu yapılmış ve tesisin yapılması durumunda kamunun sağlayacağı fayda ile söz konusu alanın orman olarak kullanılması durumunda kamunun sağlayacağı faydanın dikkate alınarak durumun değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır (Gencay, 2010: 45). Danıştay'ın bu kararlarında orman alanlarında yapılacak tesisler konusunda kamu yararı konusu değerlendirilirken sadece bu tesislerin ekonomiye katkısının gözetilemeyeceği, aynı zamanda ormanların çevresel önemi ve sürdürülebilir kalkınma açısından da değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararlarda orman alanı içerisinde yapılması planlanan tesislerin sadece kısa dönem etkilerinin değil, aynı zamanda uzun dönem etkilerinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır (Gencay, 2010: 45).

Danıştay ormanlarda irtifak hakkını gerektirecek kamu yararına durumları dar olarak yorumlamış ve ormanlarda hidroelektrik santrallerin yapılması, akaryakıt istasyonu tesislerinin kurulmasında kamu yararı varlığının bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 6. Dairesinin kamu yararı konusunda önemli olanın doğa ve insan yaşamı olduğunu savunan 13.05.1997 tarihli ve E: 1996/5477, K: 1997/2312 sayılı kararında, ekonomik değer düşünülerek doğa ve insanlar üzerinde olumsuz risk yaratacak bir faaliyette kamu yararı aranmasının olanaksız olacağı belirtilmiştir. Danıştay orman arazilerinin turizm amaçlı tahsisi konusunda da Anayasa Mahkemesi ile benzer görüşleri paylaşmaktadır. Danıştay 6. Dairesi, Sorgun Ormanlarında Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılan turizm amaçlı tahsislere karşı Danıştay'da açılan iptal davasında ormanların turizm amaçlı olarak tahsisinin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddiayı ciddi bularak turizm amaçlı orman tahsisi işlemlerinin yürütmesini durdurmuştur. Danıştay'ın

⁷ Danıştay 6. Daire, 06.12.1999, E: 1998/3571, K: 1999/6104; Danıştay 8. Daire, 30.03.2000, E: 1999/3912, K: 2000/2438; Danıştay 10. Daire, 28.5.2004, E: 2001/598, K: 2004/5220; Danıştay 6. Daire, 14.12.1999, E: 1998/7240, K: 1999/6551

gerekeçeli kararında "Her ne kadar orman arazilerinin turizm yatırımlarının tahsisinde kamu yararı bulunduğu düşünülebilirse de, ormanların orman olarak korunmasındaki kamu yararının daha öncelikli ve üstün nitelikte olduğu açıktır" ifadesine yer verilmiştir. Buna karşılık Danıştay 10. Dairesinin 05.07.2005 tarihli ve E: 1999/474, K: 2005/3949 kararında orman alanlarında serbest bölgelerin kurulup işletilmesi konusunda, 19.11.2001 tarihli ve E: 1999/2273, K: 2001/3966 sayılı kararında ise devlet ormanı sayılan bir alanda gemi sökümlü bölge olarak faaliyet yapılmasında kamu yararının varlığı sonucuna varılmıştır (Gençay, 2010: 45).

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 01.12.2006 tarihli ve E: 2006/12988, K: 2006/14294 sayılı kararında bir petrol şirketinin alt yapı tesislerinin orman içerisinden geçirilmesinde kamu yararının ve zorunluluğun bulunup bulunmadığının tespitinin Çevre ve Orman Bakanlığı'nın yetkisinde olduğunu vurgulamıştır.

6.3. Doktrin

Doktrin konuya yaklaşımı da Danıştay'ın yaklaşımına paraleldir. Doktrin, konuyu incelerken üstün kamu yararı kriterini kullanmaktadır. Çünkü orman alanlarında yapılması planlanan pek çok faaliyetin şöyle ya da böyle bir kamu yararı sağlaması mümkündür. Ancak bir faaliyetin orman alanlarında yapılabilmesi için bu faaliyetin orman alanında yapılmasının sağlayacağı kamu yararının, bu alanın orman olarak kullanılmasının sağlayacağı kamu yararından üstün olması gerekir ki bu duruma üstün kamu yararı denilmektedir. Üstün kamu yararı, bir alanın birçok alternatif kullanımında ortaya çıkabilecek farklı kamu yararlarının karşılaştırılması ve üstün olan seçenek doğrultusunda karar verilmesi anlamına gelmektedir (Geray, 2011: 1). Her ikisi de kamu yararına uygun olan durumlarının birinin diğerine üstünlüğü olarak vurgulanan (Gençay, 2010: 45) üstün kamu yararı kavramı, ormanlarda yapılması düşünülen tesislerin kamu yararına olduğunu reddetmemekle birlikte orman alanlarının korunmasına ve sürdürülebilir büyümeye de büyük önem vermektedir⁸. Bu kavrama göre bu tesislerin yapılmasının topluma sağladığı kamu yararı, ormanların orman olarak kullanılmasının topluma sağladığı yarardan daha üstün olmalıdır (Gençay,

⁸ Danıştay 6. Daire, 22.9.2003, E: 2002/946, K: 2003/4410; Danıştay 10. Daire, 5.7.2005, E: 1999/474, K: 2005/3949; Danıştay 6. Daire, 7.12.1999, E: 1998/2072, K: 1999/6209

2010: 47-48). Örneğin ormanlar üzerinde çöp tesisleri ya da katı atık depolama gibi kamu yararına tesislerin yapılması, ormanların ekolojik bütünlüğüne zarar verebilmektedir. Bu durumda ormanların ekolojik bütünlüğünün korunması da, madencilik faaliyetleri de kamu yararınadır. Bunlardan birinin tercih edilmesi de üstün kamu yararı kavramı sayesinde olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında üstün kamu yararı kavramı, farklı iki yarar arasında birinin diğerine olan üstünlüğünü gösteren bir ayıraç olarak kullanılmaktadır (Gençay, 2010: 45).

Coşkun (2009: 235), orman alanlarının çeşitli amaçlar için (örneğin turizm) tahsis edilmesinin kamu yararına olabileceğini vurgulamıştır. Gençay (2010: 46) da ormanların, savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesisleri, sanatoryum, baraj, gölet ve mezarlıklar, devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesislerinin yapılması amacıyla tahsis edilmesinde kamu yararı bulunduğunu vurgulamaktadır.

6.4. Değerlendirme

6.4.1. Anayasa'nın 169. Maddesinde Yer Alan Kamu Yararı Kavramının Kapsamı

1961 Anayasası'nın 131. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 169. maddesinde geçen kamu yararı kavramının ne anlama geldiğini anlayabilmek için anayasalarımızın hazırlık çalışmalarına yönelmek en uygun yaklaşım olacaktır. Gerek 1961 Anayasasını hazırlayan Anayasa Komisyonu ve gerekse Temsilciler Meclisi, kamu yararı kavramını sadece kamu hizmetleri olarak değil, geniş manada ele almıştır. Anayasa Komisyonu Başkanı Muammer Aksoy 131. maddede geçen kamu yararı kavramını geniş anlamda ele aldıklarını, turizm, petrol, maden gibi amaçların da kamu yararı kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 4, Sayfa: 106-107): *"Gayet tabiidir ki, burada kamu yararına irtifak tesisini geniş manada kabul ettik. Meselâ Uludağ'a bir otel yapılacaksa, bundan memleketin faydalanacağı şüphesizdir. Maden ve petrol gibi hususlarda da, bu yola gidilecektir."* Bu ifadeler bize 131. maddede kullanılan kamu yararı kavramının sadece kamu hizmetlerini değil, kamu yararına olan bütün durumları kapsadığını göstermektedir. 1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında ormanlarla ilgili maddeler görüşülürken kamu yararı kavramının ne anlama geldiği konusunda herhangi bir beyanda

bulunulmamıştır. Bunda, 1961 Anayasası'nın 131. maddesinde geçen kamu yararı kavramının geniş manada ele alınması gerektiği yönünde yerleşmiş görüş birliği oldukça etkili olduğu söylenebilir. Hazırlık çalışmalarını irdeleyerek vardığımız bu sonuç kamu yararı kavramının doğasıyla da uyumludur. Gerçekten de idare hukukunda kabul görmüş genel bir yaklaşım olarak, kamu yararı kavramının sadece kamu hizmetlerini değil, yasa koyucunun kamu yararına gördüğü tüm hususları kapsadığı yolunda yaygın bir görüş söz konusudur. Üstelik Anayasa Mahkemesinin Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesiyle ilgili olarak verdiği iki kararda da orman alanlarının turizm amaçlı olarak irtifak hakkına konu edilmesi (ilke olarak) Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Mahkemeye göre Anayasa'nın 169. maddesinde 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 Mahkeme, gerekli şartların varlığı halinde, diğer bir kısım kamu hizmetlerinin ifası için ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği gibi turizm yatırımları için de orman arazisi tahsis edilebileceği kanaatine varmıştır.

Bu saydığımız gerekçelerle ormanlarda irtifak hakkı tesisi açısından gereken kamu yararı şartının geniş olarak yorumlanması (her ne kadar ormanların, orman olarak kullanılması tercihe şayan ise de) anayasal açıdan daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Anayasa koyucu irade, 169. maddede geçen kamu yararı kavramını, kamu hizmeti kavramından daha geniş bir anlamda kullanmıştır.

Orman alanlarında irtifak hakkı tesis edilmesini öngören düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının söz konusu olmadığı görülmektedir. Anayasa orman alanlarında irtifak hakkı tesisi için kamu yararının varlığını yeterli görmüştür. Bir konunun kamu yararına olduğu konusunda takdir hakkı ise yasama organına aittir. Yasama organı ise turizm amaçlı irtifak hakkı tesisini, kamu yararı kapsamında değerlendirmiştir. Üstelik Porsuk tarafından yapılan bir çalışmada katılımcıların % 79'u ormanların "orman" olarak kullanılmasının da turizm amaçlı olarak kullanılmasının da kamu yararı ürettiğini; bundan dolayı ormanların turizme tahsisine belli katsayılar, ölçütler ve göstergeler kapsamında izin verilmesi ve

bu sayede her iki sektörün ürettiği kamu yararından sürekli olarak faydalanılmasının gerektiğini, ifade etmişlerdir (Porsuk, 2010: 3).

6.4.2. Kamu Yararı Kavramının Kapsamının Belirlenmesi

Anayasa ormanların kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda irtifak hakkı tesisine konu olabilmesine izin vermiştir. Bu durumda karşımıza irtifak hakkı tesisi açısından kamu yararı kavramının içeriğinin nasıl ve kim tarafından doldurulacağı sorunu çıkacaktır. Çünkü kamu yararı kavramı, niteliği gereği sübjektif bir kavram olduğu için kişiden kişiye değişebilmektedir.

Kanaatimizce Anayasa'nın 169. maddesinin ormanlara verdiği önem dikkate alındığında irtifak hakkı tesisi açısından kamu yararı kavramının içeriğinin kanun koyucu tarafından doldurulması en uygun yaklaşım olacaktır. Çünkü tecrübeler göstermiştir ki irtifak hakkı tesis edilebilecek halleri belirleme yetkisinin yasama organı yerine idareye bırakılması durumunda orman alanlarının korunması açısından ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Orman Kanunu'nun 17. maddesinin önceki halinde izin verilecek durumlar tek tek sayılmadığı için bu dönemde orman alanlarında değişik yatırım ve tesisler için izin verilmiştir. Bu uygulama, izin verilen sahaların az veya çok ormansızlaştırılmasına yol açmaktadır. Verilen izinler arasında çöp döküm alanı, toptancı hali, mezar yeri, spor tesisleri, vakıf üniversiteleri, askerî tesisler gibi ormanlık alanlarda yapılması zorunluluğu tartışılabilir yatırımlar da bulunduğu bizzat Sayıştay tarafından ifade edilmiştir (Sayıştay, 2004: 33-34).

Üstelik Anayasa Mahkemesinin kamu mallarıyla ilgili konularda karar alma yetkisinin kanun koyucuda olduğu yolundaki görüşü de irtifak hakkı tesis edilebilecek hallerin kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesi ile getirilen korumadan özel mülkiyette bulunan malların yanı sıra kamunun mülkiyetinde bulunan malların da yararlanması gerektiği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 35. maddesinde gerçek kişi - tüzel kişi ayırımı yapılmaksızın mülkiyet hakkının "herkes" için öngörülmesi ve maddenin gerekçesinde malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin bu güvenceden yararlanabileceklerinin açık olarak belirtilmesi dolayısıyla özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence, kamu mülkiyeti için de geçerlidir (07.07.1994, E: 1994/49, K:

1994/45-2). Çünkü, anayasa koyucunun özel mülkiyetin korunması konusunda gösterdiği özenin, kamu mülkiyetinin korunması konusunda gösterilmediği ve Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Bundan dolayı, mülkiyet hakkını koruyan 35. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki “bu hakkın ancak kanunla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı” hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla ancak kanunla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz (07.07.1994, E: 1994/49, K: 1994/45-2). Bu kararlara göre kamu mallarının gerçek sahibi kanun koyucu olduğu için irtifak hakkı tesis edilebilecek durumların kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirlenmesi daha doğrudur.

Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 tarihli ve E:2000/75, K:2002/200 sayılı kararında vurgulandığı üzere Anayasa'nın 169. maddesiyle ormanların özel olarak korunduğu dikkate alındığında 169. maddede geçen kamu yararı kavramının hangi durumları kapsadığının kanunla belirlenmesi zorunludur. Bu yola gidilmeyerek söz konusu kavramın kapsam ve içeriğinin tespitinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaşmaz.

Üstelik irtifak hakkı tesis edilebilecek durumların kanun koyucu tarafından açık olarak belirlenmesi, üstün kamu yararı kavramı çevresinde yapılan tartışmaları engelleyecektir. Sayıştay'ın bir raporunda belirtildiği üzere kamu yararı konusunun tanımlanmamış, hangi şartlarda gerçekleşeceğinin belirlenmemiş olması, orman alanlarına yapılacak tesislerin sağlayacağı kamu yararı ile ormanların orman olarak kalmasının sağladığı yararların karşılaştırılmasına yönelik bir değerlendirme yapılmaması, bu gerekçeyle verilen izinlerin çoğunu tartışılabilir hale getirmiştir (Sayıştay, 2004: 33-34).

6.4.3. İrtifak Hakkı Tesisi İçin Zorunluluk Şartı Aranıp Aranmayacağı

İrtifak hakkı tesisi için kamu yararı şartı açısından değinilmesi gereken bir diğer nokta, kamu yararının varlığının yeterli olup olmadığı, bir başka ifadeyle irtifak hakkı tesis edilebilmesi için kamu yararının zorunlu olup olmadığıdır. Öncelikle Anayasa bir bütün olarak incelendiğinde “*kamu yararına olan durumlar*”, “*kamu yararının gerektirdiği durumlar*” ve “*kamu yararının zorunlu kıldığı durumlar*” arasında özenli bir ayırım yapıldığını

görmekteyiz. Örneğin 46. maddede kamulaştırma yapılacak durumlar için “kamu yararının gerektirdiği haller” ibaresi kullanılmasına karşın, 47. maddede devletleştirme yapılabilecek durumlar için “kamu yararının zorunlu kıldığı haller” ibaresi kullanılmıştır. Ormanlar üzerinde irtifak hakkını düzenleyen 169. maddede ise yalnızca kamu yararından bahsedilmiş, bir “gereklilik” ya da “zorunluluktan” söz edilmemiştir. Bundan dolayı, 169. maddede yer alan “kamu yararı” açısından değerlendirdiğimizde orman alanlarında irtifak hakkı tesis edilebilmesi için kamu yararının zorunlu kılması şeklinde bir şart söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki yaklaşımı ise oldukça çelişkilidir. Anayasa Mahkemesi, 17. maddeyle ilgili olarak verdiği ilk karar olan 17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200 sayılı kararda 169. maddede geçen kamu yararı kavramını, sadece kamu hizmetleri bağlamında ele aldığı gibi kamu hizmetlerinin orman alanlarında yapılmasının da zorunlu olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, 17. maddenin Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200 sayılı kararının gerekçesine uygun olarak değiştirilen yeni haliyle ilgili olarak verdiği 22.11.2007 tarihli ve E: 2004/67, K: 2007/83 sayılı kararda da orman alanlarında tesis edilecek irtifak hakları açısından zorunluluk şartı getirilmesini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu’nun 8. maddesiyle ilgili olarak verdiği ilk kararında daha önceki kararlarına atıfta bulunarak irtifak hakları için zorunluluğun bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemenin zorunluluk şartı aranacağı yönünde karar vermesinin temelinde, orman alanlarını korumak olduğu görülmektedir. Eğer orman alanlarında irtifak hakkı tesisi için zorunluluk şartı aranmazsa, her türlü tesis orman alanlarında yapılabilecek, bu durum da ormanların tahrip edilmesine yol açabilecektir. Zorunluluk şartının aranması ise, orman alanlarının korunmasını mümkün kılacaktır. Mahkeme’nin bu konudaki endişelerinin yersiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Orman alanlarının zorunluluk şartı aranmaksızın ve plansız şekilde orman dışı amaçlara ayrılması, bu alanların tahribine neden olmaktadır. Buna karşılık Mahkeme 10.03.2011 tarihli ve E: 2008/51, K: 2011/46 sayılı kararında Anayasa’nın 169. maddesinde sadece, kamu yararının bulunması halinde ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceğinin belirtildiğini; bunun ötesinde belli kamu hizmetleri için ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesinin “zorunlu” ya da “kaçınılmaz” olup olmadığı yönünde Anayasa’da

herhangi bir hükme yer verilmediğini ifade etmiştir. Mahkemenin bu kararına göre orman alanlarının irtifak hakkına konu edilebilmesi için “zorunluluk” bir şart değildir, kamu yararı şartı yeterlidir. Çünkü Anayasa, Devlet ormanları üzerinde kamu yararının bulunması halinde irtifak hakkı tesis edilmesine imkân tanımaktadır ve Anayasada bu konuyla ilgili olarak başkaca bir sınırlama veya düzenleme yapılmamıştır.

Konuya sadece kamu yararı açısından bakıldığında, orman alanlarında (başta turizm olmak üzere) orman dışı amaçlarla irtifak hakkı tesis edilebilmesi için, kamu yararının “zorunlu” kılması gerekmemektedir. Buna karşılık Anayasa’nın 169. maddesi ormanların korunması için devlete pek çok görev yüklemiştir. Madde hükmüne göre 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. Bu açıdan bakıldığında “zorunluluk” şartı önem kazanmaktadır. Anayasa’nın ormanların korunması hükmünü hayata geçirecek uygulama, orman alanlarının ancak zorunluluk durumunda orman dışı amaçlara tahsis edilmesidir. Üstelik 169. maddede yer alan “ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez” yolundaki hüküm de, ormanların zorunluluk şartı aranmaksızın her türlü durum için irtifak hakkına konu edilmesine engeldir.

6.4.4. Üstün Kamu Yararı Şartının Gerekip Geremediği

İncelenmesi gereken bir diğer konu, irtifak hakkı tesis edilebilecek durumlar açıkça sayılmış olmakla birlikte, bir alanın bu amaçlarla irtifak hakkı tesisine konu edilebilmesi için üstün kamu yararı şartının gerekip gerekmeyeceğidir. Bir başka ifadeyle, orman sayılan bir alanın orman olarak kullanılmasının sağlayacağı kamu yararı ile orman dışı amaçlarla irtifak hakkına konu edilmesinin sağlayacağı kamu yararının karşılaştırılıp karşılaştırılamayacağıdır.

Orman alanlarının orman olarak korunmasının toplum için taşıdığı önem dikkate alındığında, ancak bunu sağlayacak denetim ve değerlendirme esaslarının hayata geçirilmesi gerektiği açıktır. Üstelik Orman Kanunu’nun 17. maddesi, bu maddede sayılan tesislerin orman alanlarında bulunması ya da yapılmasında kamu yararının varlığını şart koşmaktadır. Bundan dolayı 17. madde kapsamında yapılacak yargı denetiminde kamu yararının varlığının da

araştırılması gerekmektedir. Ancak bir alanın orman olarak kullanılmasının sağlayacağı kamu yararı da, orman dışı amaçlarla irtifak hakkına konu edilmesinin sağlayacağı kamu yararı da sübjektiftir. Bir başka ifadeyle değerlendirmeyi yapan kişinin konuya yaklaşımına göre birbirinden oldukça farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Üstelik, bu hususların rakamsal olarak ölçülmesi de mümkün görünmemektedir. Her ne kadar bu konuda yapılan bazı çalışmalar (örneğin Porsuk, 2010) söz konusu ise de, bu çalışmaların da tamamıyla o bölgede yaşayan kişilerin olaya bakış açılarına dayandığı dikkate alındığında, konunun sübjektiflikten uzaklaşmadığı görülmektedir. Bu da idare tarafından tesis edilecek irtifak haklarının denetiminde, hukukilik denetiminden yerindelik denetimine kayılması endişesi doğurur.

Buna karşılık turizm amaçlı olarak tesis edilecek irtifak haklarında kamu yararı ya da üstün kamu yararı açısından bir yargı denetimi ciddi sıkıntılara neden olacaktır. Her şeyden önce Orman Kanunu'nun 17. maddesinin aksine, Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde kamu yararının varlığı ayrı bir şart olarak belirtilmemiştir. Bunun yanı sıra Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında tesis edilecek irtifak hakları için pek çok emniyet tedbiri öngörülmüştür. Bundan dolayı, Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde yapılan değişikliklerden sonra, orman alanlarının turizm amaçlı olarak irtifak hakkına konu edilmesine ilişkin işlemlerin denetiminde ve değerlendirilmesinde üstün kamu yararı kriterinin kullanılmaması daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

7. SONUÇ

1961 Anayasası'nın 131. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 169. maddesinde geçen kamu yararı kavramı, sadece kamu hizmetlerini değil, kamu yararına olan tüm faaliyetleri (örneğin turizm, petrol, maden) kapsar. Anayasa, kamu yararı kavramını dar değil, geniş anlamda kullanmıştır. Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi'nin Orman Kanunu'nun 17. maddesinin iptaline ilişkin olarak verdiği 17.12.2002 tarihli ve E: 2000/75, K: 2002/200 sayılı kararda belirttiği gibi, kamu yararı kavramının karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olarak kabul edilmesi, Anayasa'nın 169. maddesiyle uyumlu değildir. Anayasa Mahkemesi de, 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle ilgili verdiği iki

kararda, orman alanlarının turizm amaçlı olarak irtifak hakkına konu edilebileceğine hükmetmiştir.

Anayasa'nın 169. maddesi kamu yararı kavramının hangi durumları kapsadığını belirtmediği için, kavramın kapsamının belirlenmesi ya idareye ya da yasama organına kalmaktadır. Anayasa'nın orman alanlarının korunmasına verdiği büyük önem ve orman alanlarının toplum hayatı için taşıdığı değer dikkate alındığında, irtifak hakkı tesis edilebilecek durumların yasama organınca açıkça belirlenmesi daha uygun olacaktır. Çünkü 17. maddenin eski halinin yürürlükte olduğu dönemlerde yaşanan tecrübeler göstermiştir ki, kamu yararına olan durumların belirlenmesinin idareye bırakılması, orman alanlarının ciddi şekilde tahrip edilmesine neden olmaktadır. Bu durum, Sayıştay raporlarına konu olacak kadar alenileşmiştir. Üstelik Anayasa Mahkemesinin "kamu mallarının gerçek sahibinin yasama organı" olduğu yolundaki yorumu da, irtifak hakkı tesis edilebilecek durumların yasama organı tarafından belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Anayasa'nın ormanları özel olarak koruduğu da dikkate alındığında, kamu yararı kavramının kapsamının yasayla belirlenmesi gerektiği açıktır. Aksi bir durum, yani kapsam ve içeriğinin tespitinin idareye bırakılması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Kamu yararı kavramının içeriğinin yasama organı tarafından belirlenmesi, orman alanlarının orman dışı amaçlarla tahsisinde üstün kamu yararı kavramı çerçevesinde yaşanan tartışmaları da bir nebze olsun hafifletecektir.

Anayasa, orman alanlarının irtifak hakkına konu olabilmesi için kamu yararının varlığını yeterli görmüştür; bundan dolayı irtifak hakkı tesisi için kamu yararının zorunlu kılması gibi bir şart söz konusu değildir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararları çelişkili ise de 169. madde kamu yararının varlığını yeterli görmektedir. Zorunluluk şartı kamu yararı kavramının kendisinden değil, Anayasa'nın ormanların korunmasına verdiği büyük önemden kaynaklanmaktadır. Anayasa, ormanların korunmasını devlete bir ödev olarak yüklediğine göre, irtifak hakkının ancak zorunluluk durumlarında söz konusu olması gerekir. Ancak yine de vurgulamak gerekir ki bu zorunluluk kamu yararından kaynaklanmamaktadır.

Bugün için, Turizmi Teşvik Kanunu orman alanlarının orman dışı amaçlarla irtifak hakkına konu olabileceği durumları ve şartları ayrıntılarıyla belirlediği için, bu Kanun kapsamında yapılacak tahsisler açısından üstün

kamu yararı kavramı çevresinde geçmişte yapılan tartışmaların geride kalması gerekir. Çünkü her şeyden önce yasama organı irtifak hakkı tesis edilebilecek durumları tek tek saymıştır. Bunun yanı sıra Turizmi Teşvik Kanunu, irtifak hakkının, ancak zorunluluk hallerinde söz konusu olabileceğini hüküm altına almıştır. Üstelik turizm amaçlı irtifak hakkı tesisinin şartları Kanun'da açıkça belirlenmiş ve önemli emniyet önlemleri alınmıştır. Bundan dolayı, bu Kanun kapsamında yapılan irtifak hakkı tesisine ilişkin işlemlerin denetiminin, kanunun aradığı şartların karşılanıp karşılanmadığı ile sınırlı olması gerekir. Buna karşılık Orman Kanunu'nun 17. maddesine göre tesis edilecek irtifak haklarında kamu yararı ve üstün kamu yararı açısından denetim söz konusudur. Çünkü maddenin bizzat kendisi, bu maddede sayılan tesislerin orman alanında bulunması ya da yapılmasında kamu yararının varlığını şart koşmuştur. Ancak kamu yararı kavramına dayanılarak yapılan değerlendirmeler sübjektif olup, ormanların orman olarak kullanılmasının sağlayacağı kamu yararı ile, orman dışı amaçlarla kullanılmasının sağlayacağı kamu yararının rakamsal olarak ölçülmesi mümkün olmadığından, yapılacak her değerlendirme kişisel bakış açılarını yansıtabilecek ve irtifak haklarının denetiminde hukukilikten ziyade yerindelik denetimine kayılması söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin (1991), *"Kamu Yararı Üzerine Düşünceler"*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2
- Akipek, Jale (1977) *"Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı"*, Prof. Dr. O. F. Berki'ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Ayanoğlu, Sedat (1993), *"Ormanlar Üzerinde Sınırlı Ayni Haklar"*, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Yıl: 1993, Seri B, Cilt: 43, Sayı: 3-4
- Ayanoğlu, Sedat (1999) Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız, Ormancılık Hukuku, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara.
- Coşkun, A. Aydın (2009), *"Orman Arazisinden Yararlanma Hakları: Orman Kanunu ve Turizmi Teşvik Kanunu'na Yönelik Bir Değerlendirme"*, II. Ormancılıkta Sosyo-Ekonomik Sorunlar Kongresi Bildiriler Kitabı, Isparta.
- Çakmak, N. Münci (2008), *"Kamu Yararı ve Biyolojik Çeşitlilik"* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 1
- Duran, Lütfi (1982), *"İdare Hukuku Ders Notları"*, İÜHF, İstanbul.
- Erdoğan, Mustafa (1999), Anayasal Demokrasi, Ankara.
- Eren, Fikret (1974), *"Mülkiyet Kavramı"*, A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Eren, Fikret (1977), *"Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanununun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam"*, Medeni Kanunun 50. Yılı, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara.
- Gençay, Gökçe (2010) *"Ormancılıkta Kamu Yararı"* İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Sayı: 60
- Geray, Uçkun (2011), *"Belek'te Golf Alanları ve Turizm Tesisleri İçin Tahsis Edilen Alanlar Konusunda Bir Değerlendirme ve Üstün Kamu Yararı"*, Erişim Adresi: www.forestconomics.org/belekgeray.pdf, Erişim Tarihi: 22.06.2011
- Keleş, Ruşen (1998), Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Ankara.

- Porsuk, Tuncay (2010), *“Sürdürülebilir Orman Yönetimi Araçlarının Pratikte Kullanımı: Orman Kaynaklarının Turizme Tahsisi Örneği”*, Türkiye'de Sürdürülebilir Orman Yönetimi: Mevcut Durum ve Gelecek Ulusal Çalıştayı, Isparta, 2010, Erişim Adresi: http://ormanweb.sdu.edu.tr/soy/sunumlar/2_4.pdf, Erişim Tarihi: 22.04.2011
- Sayıştay (2004) Ormanların Korunması Hakkında Sayıştay Raporu, Sayıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara.
- Tunaya, T. Zafer (1980), *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- TÜİK (2011), Haber Bülteni, Sayı: 87 (20.04.2011).
- Yayla, Yıldızhan (1990), *İdare Hukuku*, İstanbul.
- Yıldırım, Turan (2001), *“Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”*, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2001, Sayı: 18 (Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25–26 Nisan 2001)
- Yılmaz, Ejder (2005), *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara.