

## Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Durum

**Doç. Dr. Aynur Aydın Coşkun**

*İ.Ü. Orman Fakültesi*

*Ormancılık Hukuku Anabilim Dalı*

*34473 Bahçeköy İstanbul*

*0 212 226 17 99*

*0 212 226 11 00/25394*

*aynur90@istanbul.edu.tr*

### I. Giriş

Orman alanlarının turizm faaliyetlerine tahsis edilmesi işlemi, konuya ilişkin hukuksal düzenlemenin ilk yürürlüğe girdiği tarihten bu yana tartışılmıştır. Konu, Anayasa Mahkemesinin, 2006/169 E., 2007/55 K. sayılı kararıyla orman alanlarının tahsisine imkan sağlayan “*Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin*” dayanağı olan 2634 sayılı Turizm Teşvik Yasasının 8. maddesinde yer alan ve ormanlara ilişkin düzenleme getiren hükümlerinin iptaline karar vermesi ile yeniden gündeme gelmiştir.

### II. İptal Kararından Önceki Yasal Durum

Turizmi Teşvik Kanunu ve Orman Kanunu arasında, orman alanlarının turizme tahsisine olanak tanıyan organik bağ, uzun bir tarihsel sürece dayanır. Orman mevzuatında, ormancılık dışı faaliyetler için orman alanlarının tahsisine izin veren düzenlemelerin varlığı, bu faaliyetler arasında turizm amaçlı tahsislerin durumu, tahsis kriterlerinin sübjektifliği ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile Orman İdaresine ait yetkilerin kısmen Turizm Bakanlığına devri, konuyu içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçeleri ve sonucuna geçmeden önce iptal kararına konu, mevcut hukuksal durumu, Orman Kanunu ve Turizmi Teşvik Kanunu arasındaki ilişkileri de ortaya koyarak açıklamak gereklidir.

#### II.1. Orman Kanununda Durum

Orman alanlarının ormancılık dışı faaliyet ve hizmetlere tahsisi, yeni bir kavram ve uygulama değildir. 1937 yılında yürürlüğe giren 3116 sayılı Orman Kanununun 25. maddesinde<sup>1</sup> “*umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı yapılacak her nevi bina ve tesisat ile orman hasılatı işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisatın*” ormanlarda yapılmasına izin verilmiştir. Görüleceği üzere, 1937 yılında, ormanlarda bina ve tesis yapılması için kamu sağlığı, güvenliği ve kamu yararı kriterleri aranmıştır. Ayrıca, orman ürünlerini işleyecek olanlara da herhangi bir kritere tabi olmaksızın aynı yapılaşma hakkı tanınmıştır.

1956 yılında yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Kanununun 17. maddesinde “*umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı veya estetik ve **turistik** bakımdan yapılacak her nevi bina ve tesisat ile orman hasılatı işleyeceklerin ve kullanacakların yapacakları bina ve her nevi tesisat*”ın ormanlarda yapılması hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile kamu sağlığı, güvenliği ve kamu yararına olacak bina ve tesislerin yanı sıra 3116 sayılı Kanun hükmüne ek olarak *estetik ve turistik* özellik taşıyan bina ve tesislerin de bir kritere tabi olmaksızın orman içinde yapılmasına izin verilmiştir. Ayrıca, yine 3116 madde hükmünü genişletir ve sübjektif hale getirir mahiyette, orman ürünü kullanacaklara da ormanlarda bina ve tesis yapma izni verilmiştir. Halen yürürlükte bulunan 6831 sayılı Kanunun, orman alanlarının başka amaçlara

<sup>1</sup> 1937 tarih ve 3116 sayılı Orman Kanunu

Madde 25. Ormanlarda umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı yapılacak her nevi bina ve tesisat ile orman hasılatı işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisat için Ziraat Vekaletinden izin almak lazımdır.

tahsisi konusunda, amaçları ve hak sahibi kitleyi belirleme yönlerinden daha sübjektif ve yapılaşmayı artıran bir değişiklik getirdiği hemen göze çarpmaktadır. Nitekim bugün tartışılan “turizm” kelimesi de ilk kez açıkça burada ifade edilmiştir.

6831 sayılı Orman Kanununda, yürürlüğe girişinden 27 yıl sonra 1983 yılında yapılan bir düzenleme ile<sup>2</sup>, 17. madde değiştirilmiş ve “*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*” in ormanlarda yapılmasına izin verilmiştir. 1983 yılında yapılan bu değişikliğin akabinde 1987 yılında yapılan değişiklikle<sup>3</sup> de “*.turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için*” izin verilmesi hükme bağlanmış ve 17/3. madde 2002 tarihli Anayasa Mahkemesinin<sup>4</sup> iptal kararına dek bu haliyle kalmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, Orman Kanununun 17/3. maddesini 2002 yılında iptalinin ardından, 2004 yılında 5192 sayılı Kanun ile, 17. madde, yeniden düzenlenmiştir<sup>5</sup>. Buna göre, orman alanlarında artık “*Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesislerinin; sanatoryum, baraj, gölet 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*” izin verilmesi söz konusudur. Madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere artık Orman Kanunu uyarınca, orman alanlarının turizme tahsisi söz konusu değildir. Üstelik iptal öncesi durumda madde metninde bulunan “*turizm alan ve merkezleri dışında olan ormanlarda*” ibaresi de, hukuki dayanaktan yoksun kaldığından iptal edilmiş ve orman alanlarında sayılan tesisler dışında hiçbir tesisin tüm yapılmasına izin verilmemiştir.

Orman Kanunu yönüyle açıklığa kavuşan bu durum, Turizmi Teşvik Kanunu açısından aynı düzeni getirmemektedir.

---

<sup>2</sup> 1983 tarih ve 2896 sayılı Kanun

Madde 17.- 6831 sayılı Orman Kanununun 17 nci maddesinin 3 üncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve 4 üncü fıkraya eklenmiştir.

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 Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığınca, intifa için kullanım bedeli karşılığında izin verilebilir. Bu izin üzerine tesis edilecek intifa hakkı süresi kırk dokuz yılı geçemez. Bu süre sonunda bütün bina ve tesisler bedelsiz ve eksiksiz olarak Hazineye devredilir. Ancak, işletmelerin başarılı olduğu, konusuyla ilgili bakanlıkça belgelenecek hak sahiplerinin intifa hakkı Tarım ve Orman Bakanlığınca ; yer bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksan dokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda Hazineye devir işlemi bu uzatma sonunda yapılır. Bu suretle yapılmasına izin verilen bina ve tesislerin amaç dışı kullanılması yasaktır.

<sup>3</sup> 1987 tarih ve 3373 sayılı Kanun

MADDE 7- 6831 sayılı Orman Kanununun 17 nci maddesinin 3 ncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir. Bu izin süresi kırk dokuz yılı geçemez. Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesisler için izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğünün tasarrufuna geçer. Ancak işletmenin maksadına uygun faaliyet gösterdiği Orman Genel Müdürlüğünce belgelenecek hak sahiplerinin kullanma hakları yer, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksan dokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda adına tapuda irtifak hakkı tesis edilir. İzin ve irtifak hakları amaç dışı kullanılmaz.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararı

<sup>5</sup> (Değişik fıkra: 22/5/1987 - 3373/7 md.; İptal: Ana. Mah.nin 17/12/2002 tarihli ve E.:2000/75, K.:2002/200 sayılı Kararı ile; Yeniden düzenleme: 17/6/2004-5192/1 md.) Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesislerinin; sanatoryum, baraj, gölet 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 Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir.

## II.2. Turizm Kanununda Durum

Yukarıda açıklandığı üzere, Orman Kanunu'nun 3373 sayılı kanunla değişik 17.maddesinde ormanlarda bina ve tesis yapılabilmesi konusu farklılaşmış ve **“turizm alan ve merkezleri dışında kalan”** devlet ormanlarında, kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için izin verilmesi hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, Orman Kanunu hükümlerinin, sadece turizm alan ve merkezleri dışında kalan ormanlarda geçerli olması ve bu alanlar dışında kalan ormanlarda, farklı kanun ve farklı bir sorumlu idare ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Bu noktada ortaya çıkan Kanun, 1982 yılında yürürlüğe giren 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, yetkili İdare ise Kültür ve Turizm Bakanlığıdır.

Turizmi Teşvik Kanununun 8.maddesinde<sup>6</sup>, taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımına yer verilmiş ve ormanlar da bu kapsamda ele alınmıştır. Buna göre, turizm alan ve merkezleri içinde kalan orman alanları, Turizm Bakanlığının talebi üzerine Çevre ve Orman Bakanlığınca Turizm Bakanlığı'na tahsis edilecektir<sup>7</sup>.

Turizm sektörünü düzenleyecek, geliştirecek, dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturacak düzenleme ve önlemlerin alınmasını sağlamak amacıyla yürürlüğe giren Turizm Teşvik Kanununun 3.maddesi, yürürlüğe giriş tarihinde turizm bölge, alan ve merkezi<sup>8</sup> olmak üzere bu alanları tanımlamıştır.<sup>9</sup> 6831 sayılı Orman Kanunu uyarınca, üzerlerinde bina ve tesis yapılmasına izin verilen orman alanları, Turizmi Teşvik Kanunu kapsamı dışında kalan

<sup>6</sup> Turizmi Teşvik Kanununun Madde 8.

Taşınmaz Malların Turizm Amaçlı Kullanımı :MADDE 8 - A. (Değişik ibare: 4957 - 24.7.2003 / m.8) "Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri"nde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan;

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

Bu tahsisler :

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

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

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

B. (A) fıkrasına göre tahsis edilen taşınmaz mallar yatırımcıya intikal ettirilinceye kadar, Hazinece Bakanlıktan bir ödeme talep edilmez.

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

D. Bakanlık, bu taşınmaz malları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere kiralamaya, tahsis etmeye, bu taşınmaz mallar üzerinde müstakil ve daimi haklar dahil irtifak hakkı tesisine ve bunlardan altyapı için gerekli olanlar üzerinde, altyapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisine yetkilidir. D. (Değişik: 4957 - 24.7.2003 / m.3) Bu taşınmaz malları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu, gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlar dan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.

<sup>7</sup> Sayıştay'ın 2004 yılında hazırlamış olduğu Ormanların korunması hakkında Raporda Orman Genel Müdürlüğünden alınan dokümanlar doğrultusunda, 2002 yılı sonu itibarıyla Orman Kanununun 17'nci maddesi uyarınca 16.192.881 m<sup>2</sup>'lik orman alanında turistik tesislere izin verildiği görülmektedir.

<sup>8</sup> Turizm Bölgeleri: Sınırları Bakanlığın önerisi ve B.K.kararıyla tespit ve ilan edilen bölgeleri

Turizm Alanları: Turizm Bölgeleri içinde öncelikle geliştirilmesi öngörülen, mevkii ve sınırları Bakanlığın önerisi, B.K.kararıyla tespit ve ilan edilen doğal veya sosyokültürel değerlerin yoğunlaştığı alanları

Turizm Merkezleri: Turizm Bölgeleri içinde veya dışında yeri, mevkii ve sınırları Bakanlığın önerisi, B.K. kararıyla tespit ve ilan edilen, turizm yönünden önem taşıyan yerleri veya bölümlerini ifade eder.

<sup>9</sup> Kanunda 4957 sayılı Kanunla 2003 yılında yapılan bir değişiklikle, bu tanımlar “Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri”, “turizm merkezleri” ve “kültür ve turizm koruma ve gelişim alt bölgesi” şekline dönüştürülmüştür.

alanlar olarak belirlendiğinden bu tanımlamalar özel bir öneme sahiptir. Nitekim, tanımlanan alanların kapsamı genişledikçe Orman Kanununun uygulama ve yetki sınırları daralmakta, inisiyatif tamamen Kültür ve Turizm Bakanlığının eline geçmektedir. Bu konunun tartışılması gereken ancak bu metin dışında bırakılan bir başka boyutunu oluşturmaktadır.

### II.3. 17. Maddenin İptali İle Oluşan Durum

İstanbul 2 No'lu İdare Mahkemesi, İstanbul İli, Sarıyer İlçesi, Rumelifeneri Mevkiindeki Mavromoloz Devlet Ormanı içinde bulunan alana üniversite kurulması amacıyla, bedelli izin verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle idareye karşı açılan davada, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 3373 sayılı Yasa ile değiştirilen 17. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Bu başvurusunda söz konusu kuralın Anayasa'nın 63. ve 169. maddelerine aykırılığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, 1956 tarih ve 6831 sayılı "Orman Kanunu"nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasanın 169. Maddesine aykırı olduğuna ve iptaline; üçüncü fıkrasının, birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan diğer tümceleri ile maddenin dördüncü fıkrasının iptaline oybirliğiyle karar vermiştir"<sup>10</sup>.

Anayasa Mahkemesi, temel iptal gerekçesi olarak, Orman Kanununun 17/3 maddesinin sadece kamu yararı kriterine bağlı olarak orman arazilerinin tahsisine izin veren bir düzenleme olduğunu ve kamu yararı kavramının tespitinde Orman idaresinin gereğinden fazla takdir hakkı kullandığını belirtmiştir. Böyle bir düzenleyici işlemin ise Anayasanın 7. Maddesinde yer alan "yasama yetkisinin devredilmeyeceği" ilkesine aykırılık teşkil ettiğini vurgulamıştır.

*"Turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere Tarım ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir"* şeklindeki maddenin iptal edilmesi ile Orman Kanununda, ormanlarda bina ve tesis yapılmak istenmesi durumunda başvurulabilecek bir hukuki dayanak kalmamıştır. İptal kararıyla hukuka aykırı bir durum ortadan kaldırılmış ve yeni bir hukuki durum ortaya çıkmıştır.

2002 yılındaki bu iptal kararı, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunundaki düzenlemenin varlığını etkilememiş; Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde bulunan orman alanlarının Turizm Bakanlığınca tahsisine devam edilmiştir. Ancak, bu arada Turizm Teşvik Kanununda 2003 yılında 4957 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle,<sup>11</sup> Orman Kanununda, turizm tesisleri açısından oluşan boşluk Anayasa Mahkemesi kararına ve açıklanan gerekçelere aykırı bir biçimde doldurulmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemeyle, Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri **dışında kalan** Devlet ormanlarında ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu ve 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname gereğince tespit ve ilan edilen yerlerde turizm yatırımı için arazi tahsisinin Çevre ve Orman Bakanlığının uygun görüşü alındıktan sonra Turizm Bakanlığı tarafından yapılmasına cevaz verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararından 7 ay sonra yürürlüğe giren bu yasa ile Orman Kanununda Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilen hüküm, mevcut kriterleri de kaldırmak suretiyle bir kez daha

<sup>10</sup> Esas sayısı:2000/75 Karar Sayısı 2002/200 Karar Günü 17.12.2002

<sup>11</sup> 4756 sayılı kanun MADDE 6.- 2634 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir. EK MADDE 4.- Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri dışında, 6831 sayılı Orman Kanununa göre Devlet ormanı sayılan yerler ile 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu ve 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname gereğince tespit ve ilan edilen yerlerde turizm yatırımı için arazi tahsisi Çevre ve Orman Bakanlığının uygun görüşü alındıktan sonra Bakanlıkça yapılır.

canlanmış ve turizm alan ve merkezleri dışında kalan ormanların da turizme tahsisine olanak sağlanmıştır. Bu tahsiste sadece Çevre ve Orman Bakanlığının “olumlu görüşü” alınması söz konusudur. Bu düzenleme gerekçesi de şu şekilde ifade edilmiştir<sup>12</sup>.

*“Daha önce Orman ve Turizm Bakanlıkları arasında düzenlenen protokol hükümlerinin yasal zemine oturtulması, turizm yatırımlarına arazi tahsisi işlemlerinin turizm yatırımlarını tespit eden, planlayan, yönlendiren ve bu alanlara konusunda yetkin yatırımcıları tespit etme hususunda deneyimli ve uzman olan Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılması, bu şekilde orman arazilerine yatırım yapmak isteyen yatırımcıların doğru ve yerinde seçimi ve tesislerin alt yapı sorunları ile işletmeye açılmaması ve çevre sorunlarının doğmaması sağlanmaktadır”*

Nitekim, uygulamada, yukarıda varlığından söz edilen iki başlılık ve eşgüdüm sorunları iki bakanlık arasında 9.10.1997 tarihinde imzalanan ve 1.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren bir protokolle çözülmeye çalışılmıştır. Ancak söz konusu protokole bugüne kadar işlerlik kazandırılmamıştır. 4957 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, turizm yatırımcıları için en önemli teşvik unsuru olan arazi tahsisi, plan bütünlüğü içerisinde ve alt yapı imkânları sağlanması ve tüm işlerin **tek elden** yürütülmesi hedeflenmiştir.

Turizmi Teşvik Kanununda değişiklik yapan 4957 sayılı Kanun, iptal edilen Orman Kanunu hükmü ile aynı konuyu düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesinin kararında iptal gerekçesi olarak açıklanan kamu yararı ve zorunluluk kriterlerini taşımayan biçimde yapılan bu düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, tüm orman alanlarının zaten uygulanmakta olan bir prosedüre paralel olarak Turizm Bakanlığına tahsisi ve devam eden sürecin tek elden yürütülmesinin amaçlandığı görülmektedir. Bu nedenle iptal edilen Anayasa Mahkemesi kararına aykırı hüküm içerdiği açıktır ve madde hükmü halen Turizmi Teşvik Kanununda varlığını sürdürmektedir.

### **III. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Sonrası**

*Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin*<sup>13</sup> kimi maddelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, iptali istenilen yönetmeliğin dayanağını oluşturan 2634 sayılı Kanunun 8. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay 6. Daire, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 2006/169 E., 2007/55 K. sayılı ve 24.11.2007 tarih ve 26710 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan kararı ile 2634 sayılı Kanunun 8. madde düzenlemesinin ormanlara yönelik hükümlerinin Anayasanın 169 ve 7. maddelerine aykırılığından bahisle iptaline karar vermiştir. Mahkeme Kararı, Resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girecektir.

#### **III.1. Dava Süreci**

2634 sayılı Kanunun 8. maddesinin ormanlar yönünden iptaline dek uzanan süreç, Antalya Barosunun Kültür ve Turizm Bakanlığı aleyhine “*Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin*” 7 ve 11/d maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açmış oldukları dava<sup>14</sup> ile başlamıştır.

<sup>12</sup> www.tbmm.gov.tr

<sup>13</sup> Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik (Mülga)  
Bakanlar Kurulu Karar Tarihi - No : 31/03/1983 - 83/6285

21/07/2006 tarih ve 26235 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2006/10507 sayılı "Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik" in birinci maddesi gereği yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>14</sup> Danıştay 6. Daire E.2005/5371

Antalya Barosu, davasını, temelde Anayasa Mahkemesinin 2002 yılında Orman Kanununun 17/3. maddesini iptal eden kararında gösterilen, “kamu yararı” kavramının hangi durumları kapsadığının yasayla belirlenmesi gerektiği” savına<sup>15</sup> dayandırmıştır. Bu temelden hareketle de, turizm alan ve merkezlerindeki ormanların hiçbir çerçeve çizilmeksizin ilgili kuruluşlarca yatırımlarda tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisinin hukuken olanaklı hale getirilmesinin yukarıda sözü geçen Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen ilkelere ve Anayasanın 169. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Başka bir anlatımla, davada, Turizmi Teşvik Kanununda da, ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin Orman Kanununda belirtilen “üstün kamu yararı” ve “zorunluluk” kriterlerine uyması gerektiği iddia edilmiştir. Zira, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8. maddesi ile bu kurala aykırı bir düzenleme öngörüldüğü; orman alanlarının, Orman Kanunu’ndaki kurallara bile tabi kılınmadan ve hiçbir çerçeve çizilmeden Anayasanın 169. maddesine aykırı biçimde turizm yatırımlarına tahsisine olanak tanındığı vurgulanmıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda, Danıştay 6. Dairesi, bakmakta olduğu davada uygulanacak Kanunu, Anayasaya aykırı görmüş ve Turizmi Teşvik Kanununun söz konusu maddesinin ormana ilişkin düzenlemelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, yapmış olduğu esas incelemesinde ormanların turizm yatırımlarını düzenleyen 8. maddesindeki düzenlemelerin Anayasaya aykırılığını değerlendirmiş ve davaya konu düzenlemeleri Anayasanın 7 ve 169. maddesine aykırı bulmuştur<sup>16</sup>. Bu kararında dayandığı gerekçeleri de şu şekilde açıklamıştır:

- Anayasa’nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur.
- Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması, kamu yararı ve zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde turizm yatırımları için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur.

<sup>15</sup> “Orman Kanunu’nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk tümcesi uyarınca, Anayasa ile korunan ve yasaklanan alanlar, kapsam dışı bırakılmaksızın ve kamu yararının zorunlu kıldığı durumlara ilgili herhangi bir çerçeve çizilmeksizin, turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapılması için Orman Bakanlığı’na gerçek ve tüzel kişilere bedeli karşılığı izin verilebilmektedir. Bu durumda, orman arazilerinin bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığı yeterli görülmekte, ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmemesi ve çerçevesinin çizilmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Anayasa’nın 169. maddesinde öngörülen “kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz” tümcesine dayanılarak kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle gerçek ve tüzel kişilere bina ve tesisler yapmak üzere orman arazileri tahsis edilemez.

<sup>16</sup> Konunun kapsamını daraltmak açısından 8. maddenin A,C ve D fıkralarına ilişkin iptal karar gerekçeleri birlikte ele alınmıştır. Kabul ve red oyları fıkra düzenlemelerinde farklılık gösterdiğinden bu konuya girilmemiştir. Ancak, kararların oybirliği ile alınmayıp neredeyse eşite yakın (6 kabul, 5 red ) bir biçimde alındığının da vurgulanması gereklidir.

- 2634 sayılı Yasa' nın 8. maddesinin itiraz konusu bölümlerinde, orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edileceği ile ilgili genel bir çerçeve çizilmekle beraber, bu tahsisin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir. Bu bağlamda, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde **devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa** da, Anayasa' nın 169. maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına da belirginleştirilmesi Anayasanın yasa koyucuya yüklediği bir görev olarak kabul edilmelidir.
- Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasanın 169. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 169. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

Aynı dava kapsamında 2634 sayılı Kanunun 8. maddesinin C ve D fıkralarının Anayasanın 7. maddesine aykırı olduğu da kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

2634 sayılı Kanunun orman alanlarının turizme tahsisine ilişkin düzenlemelerini iptal eden kararı 6 kabul 5 red oyu ile alınmıştır. Bu kararda, 5 kişinin verdiği ve çok detaylı biçimde açıklanan red oyu gerekçeleri de konunun geleceği açısından önem taşımaktadır. Bu gerekçeler şu şekilde sıralanabilir:

- 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 1982 Anayasası'nın kabulünden önce yasallaşmıştır. Anayasa metninde "turizm"le ilgili hiçbir ibare ve anlatıma yer verilmemesi, Anayasa koyucunun bu fiili olguyu yasa koyucunun takdir alanına bıraktığını göstermektedir. Bu yönü itibarıyla, Turizmi Teşvik Kanunu'nu kabul edip yürürlüğe koyan iradenin, Anayasal ilkeler dışında hareket edebileceği savı yerinde değildir. Bu saptama dikkate alınmadan, Anayasa'nın 169. maddesinin salt "sözünden" hareketle yapılacak bir yorum sonucunun isabetli olmayacağı açıktır. Nitekim, Anayasa'nın bütününcü incelenmesinde, insana, çevreye, ormana "birbirine nazaran" üstün öncelikler tanımadığı, aksine her üçünün de dengeli ve uyumlu biçimde ele alınmış olduğu açıkça görülmektedir.
- İnsanların ormanlardan yararlanmalarının en etkili yolu, ormanlarda kamuya açık, denetimli turizm üniteleri yaratarak insanın doğayla baş başa kalmasını sağlayacak yöntemler geliştirmektir. Bunu yaparken koruma ve kullanma dengesini gözetmek ve sürdürülebilirliği hedeflemek insanın ruh ve beden sağlığına doğrudan katkı sağladığı gibi, bu yolla üstün bir "kamu yararı"nın gerçekleşeceği de kuşkusuzdur

<sup>17</sup> Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. Bu çerçevede, Anayasanın 169. maddesinde, yasama organına, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklenmiş olduğu halde, itiraz konusu yasa kurallarında bu görev ve sorumluluğu karşılayan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, Yasanın 8. maddesinin C ve D fıkralarının kapsamına giren konularda yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması nedenleriyle itiraz konusu yasa kuralları Anayasanın 7. maddesine aykırıdır; iptali gerekir

- Anayasa Mahkemesi'nin 2002 tarihli iptal kararı "turizm alan ve merkezleri dışında kalan" devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapımına ilişkindir ve bu dava konusuyla aynıyet gösteremeyeceği açıktır. Dolayısıyla, maddede sayılan bina ve tesislerin kamu yararı ve zorunluluk kriteri taşımaları gerekliliği, turizm alan ve merkezleri için geçerli olamaz.
- Bu meyanda 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda öngörülenlerin dışında, 6831 sayılı Orman Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 3573 sayılı Zeytincilik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 5403 sayılı Toprak Koruma Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nda özel tahdit ve kayıtlamalar bulunmakta; ormanların turizme tahsisinde hem bu kanunlardaki sıkı kayıtlara, hem de ilgili uluslararası sözleşme hükümleri gözönünde tutulmaktadır. Dolayısıyla 1. derece doğal ve arkeolojik sit alanları, 1. sınıf tarım alanları, milli parklar, sık orman sahaları (sadece bozuk orman niteliğindeki alanlar turizme tahsis edilebilmektedir), zeytinlikler vb. yerlerin turizm alanı olarak değerlendirilmeleri söz konusu değildir.
- Ekonomik kalkınmaya, planlı gelişmeye, istihdama, kültürel iletişim sayesinde insanın dünyaya katkısı ve dolayısıyla kamusal yararı kuşkusuz bulunan "turizm olgusunun", asla dışlanmaması gerekir.
- Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararındaki "kamu yararı" ve "zorunluluk" kriterlerinin, ormanların turizme tahsisinde de gözetilmesi Anayasa'nın bütününe ve işaret edilen maddelerinin ruhuna uygun düşmeyecek bir yorum biçimidir. Bu yorum ile mefhumun muhalifinden çıkacak olan, bugüne kadar rastlanılmamış "**zorunlu olmayan kamu yararı**" ölçütü, yasakoyucu önüne her konuda kamu menfaatini tarttıran bir ölçü dışı takdir yetkisi getirmiş olacaktır ki, bunun da kabulü mümkün değildir.

## Sonuç

2002 tarihli Anayasa Mahkemesi iptal kararı ve ertesinde, ormanlara ilişkin iş ve işlemleri düzenleyen temel kanun olan Orman Kanununda, orman alanlarının turizme tahsisine izin veren bir düzenleme kalmamıştır. Bu 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin bir bölümü, 1 yıl sonra yürürlüğe girmek üzere 2007 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.

Bugün geldiğimiz noktada, öncelikle, 1982 Anayasasının, orman alanlarında kurulacak irtifak hakkı tesisinde "kamu yararı" koşulu arayan 169. madde hükmü, 6831 sayılı Orman Kanununun orman alanlarının turizme tahsisine cevaz vermeyen 17. madde hükmü, 2002, 2007 tarihli Anayasa Mahkemesi kararları ve gerekçeleri ışığında Turizmi Teşvik Kanununun 8. maddesi ilgili maddelerinin iptalinin hukuka uygunluğu tartışılmalıdır. Zira, konunun iptal gerekçeleri doğrultusunda yeniden düzenlenmesi söz konusudur ve Anayasa Mahkemesi kararı, oybirliğiyle alınmış bir karar olmayıp aksine 5 karşı oyla alınmıştır. Bu nedenle, iptal gerekçeleri kadar karşı oy gerekçeleri de önem taşımaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin hem iptal karar gerekçesi, hem de karşı oy gerekçesinde tutarlı olmayan, yanlış anlamaya uygun, tartışmaya açık saptamaların bulunduğu görülmektedir. Bu çelişkileri veya yorum boşluklarını şu şekilde sıralamak mümkündür.



Her iki gerekçede de, Orman Kanununun 17. madde düzenlemesinde yer alan ve orman alanlarının başka faaliyetlere tahsisi koşulu olarak aranan “kamu yararı” ve “zorunluluk” kriterlerinin değerlendirilmesi konusu net olarak ortaya konulamamıştır. Nitekim iptal gerekçesinde, “**kamu yararının zorunlu kıldığı haller**” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadenin doğruluğu tartışılabilir. Burada aranan öncelikli olarak kamu yararı hatta üstün kamu yararı kriteridir ve bunun olması durumunda da, o bina ve tesisin ormanda yapılmasında bir zorunluluk durumunun varlığı aranacaktır. Aksi halde, yani bu iki kriterin tek bir kriter olarak birleştirilmesi halinde “**zorunlu kamu yararı**” gibi hatalı bir sonuç ortaya çıkmakta ve karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere “**zorunlu olmayan kamu yararı**”nın varlığı gibi bugüne kadar rastlanmamış bu ölçütü akla getirmektedir.

İptal gerekçesinde ormanların turizme tahsisi için, Orman Kanununun 17/3. maddesi kriterleri olan “kamu yararı ve zaruret koşulları” aranması gerekliliğinden söz edilmektedir. Oysa, madde düzenlemesinde, 2002 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile turizm tesisleri, orman alanlarında yapılacak bina ve tesisler içinde sayılmamış, kapsam dışında bırakılmıştır. Buradan hareketle, orman alanlarının turizme tahsisi konusunu, Orman Kanununun 17. maddesi ile ilintilendirmek artık mümkün değildir. Bu nedenle de, dava konusu ile örtüşmediği açıktır. Turizm Teşvik Kanunundaki düzenleme için baz alınacak olan kriter, içinde yer almadığı Orman Kanunu 17. madde hükmü değil, Anayasanın 169. madde hükmü olmalıdır. Zira, ormanlara ilişkin temel esasları belirleyen Anayasanın 169. madde hükmü, ormanlara özel bir önem vermekte ve diğer doğal kaynaklardan ayrık ve korumacı bir anlayışı üst düzeyde sergilemektedir. Dolayısıyla, bu tür tesislerde Anayasanın öngördüğü biçimde “kamu yararı” kavramı aranmalı ve kamu yararının belirlenmesinde idarenin takdir hakkını tartışan ve bunun yasa ile olması gerektiğini ifade eden 2002 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının gerekçelerinden bu yönde yararlanılmalıdır.

Karşı oy gerekçesinde, 2634 sayılı Kanun dışında pek çok kanunla özel tahdit ve kayıtlamalar bulunduğu ve ormanların turizme tahsisinde hem bu kanunlardaki sıkı kayıtlara, hem de ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine uyulduğu belirtilmiş, milli parklar gibi korunan alanların turizm alanı olarak değerlendirilmelerinin söz konusu olmadığına değinilmiştir. Oysa, daha önce açıklandığı üzere 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun ek 4. maddesinde bu saptamanın tamamen tersine hüküm bulunmaktadır. Bu da, Anayasa'nın 169. maddesinde aranan nitelikteki kamu yararından ziyade turizm açısından gelir getirici olan tüm orman alanlarının bu amaçla kullanıma açılmak istenmesi temeline dayanmaktadır. Orman alanlarının koşulsuz olarak turizme tahsisine olanak tanıyan bu bakış açısı ve mantık ile yaşanacak tahripleri kestirmek çok güç değildir.

Karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, orman alanlarının turizme tahsisi, insanların ormanlardan yararlanmalarının yollarından birisidir ancak en etkili yolu saptaması kesinlikle doğru değildir. “Ormanlarda kamuya açık, denetimli turizm üniteleri yaratarak insanın doğayla baş başa kalmasını sağlayacak yöntemler geliştirmek” fikri şüphesiz kulağa hoş gelmektedir ancak yapılacak tesislerin kamuya açık olması ve denetiminin gerçekleştirilmesi konularında uygulamada sorunlar yaşandığı açıktır. Doğayla baş başa kalmanın tek yolu, çoğunluğu lüks olarak tanımlanabilecek ve doğayla uyumlu olmayan dev tesislerin yapılması değildir.

Turizmin ülke ekonomisine sağladığı getiriye yadsımak mümkün değildir ve bu yönüyle bir kamu yararı oluşturduğu kabul edilebilir. Ancak, orman alanlarının orman olarak kalmasındaki kamu yararı **üstün** ve **önceliklidir**. Bu nedenle, ormanlardan yararlanma yönünde yapılacak olan düzenlemelerde, Anayasanın koymuş olduğu ilkeler doğrultusunda,

ormanları sadece gelir getirici bir doğal kaynak olarak görmeyen ve tahribine yasal zemin hazırlamayan, sübjektif kriterlerden uzak, idarenin takdir yetkisini, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine uygun biçimde düzenleyen bir anlayış güdülmelidir.

### **Yürürlük Sorunu**

1982 Anayasasında, iptal edilen hükümlerin gerekçeli kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkması esası benimsenmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca saptayabilir ve bu süreyi, derhal yürürlüğe girme ile oluşabilecek hukuki boşluğun, kamu düzeni açısından doğurabileceği tehlikeyi önlemek ve yeni kanuni düzenleme için yasama organına fırsat tanımak için 1 yıla kadar erteleyebilir.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesinin orman alanlarının turizme tahsisini iptal eden kararı da, 1 yıl sonra yürürlüğe girecektir. Bu durumda, “uygulama nasıl yürüyecektir” sorusu akla gelmektedir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 1 yıl daha yürürlükte. Ancak, Kanunun iptal edilen hükümlerinin Anayasa Mahkemesince aykırılığı tespit edilmiş olmakla meşruluğunu yitirmiş olduğu söylenebilir<sup>18</sup>. Bir yıllık süre içerisinde, Turizmi Teşvik Kanununun Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü durumlarda dava mahkemelerinin de nasıl tavır alması gerektiği belirsizdir.<sup>19</sup> Dava önüne gelen mahkeme, kanunun iptal edildiğini dikkate alarak davada uygulamazsa, Anayasa Mahkemesinin 1 yıllık erteleme kararına uymamış olacak; Kanunu uygulaması durumunda ise itiraz başvurusunda bulunan taraf için haksız bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durumda yapılması en uygun olanın, “dava mahkemelerinin de kendi verecekleri kararı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar bekletmeleri”<sup>20</sup> olduğu fikrine katılmamak mümkün değildir.

---

<sup>18</sup> Özbudun,E. Türk Anayasa Hukuku, 6. bası, Yetkin Kitabevi, Ankara,2000,syf.383

<sup>19</sup> Tanör,B., Yüzbaşıoğlu, N., Türk Anayasa hukuku, Yapı kredi Yayınları,2002, İstanbul

<sup>20</sup> Azrak,Ü., Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, Anayasa Yargısı, Ankara,1984,syf.165-66