

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

TÜRKİYE'DE ORMANLARDAN YARARLANMANIN

YASAL ESASLARI

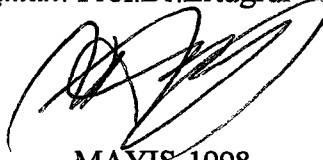
DOKTORA TEZİ

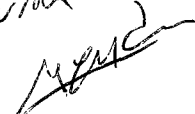
77977

Aynur AYDIN

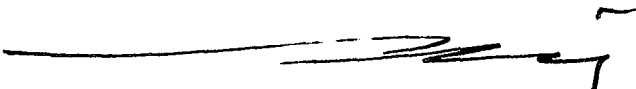
Orman Mühendisliği Anabilim Dalı
Ormancılık Hukuku Programı

Danışman: Prof.Dr.Ertuğrul ACUN


MAYIS-1998

Doç. Dr. Turan Tildırım


Prof. Dr. Sedat AYANOĞLU



I

ÖNSÖZ

Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Ormancılık Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı çerçevesinde hazırlanmıştır.

Ülkemizin giderek azalan doğal kaynaklarının başında gelen ve kamu malı olması nedeniyle özel bir statüye sahip bulunan ormanların çok amaçlı yararlanmalara konu oldukları açıktır. Bu yararlanmaların gerçekleşmesi, kaynağını ormancılık mevzuatından alan çok karmaşık ve bir o kadar da dağınık prosedürün uygulanmasına bağlıdır. Bu çok başlılık, her yönden tehlikeye son derece açık olan ormanları yasal olarak da savunmasız bırakabilmektedir.

Çalışmada, ormanlardan ve özellikle çoğu açıdan farklılık arzeden devlet ormanlarından yararlanmanın hukuksal esaslarına yer verilmiş, bu konularda mevzuattaki karmaşaya bir açıklama getirilmeye çalışılmıştır.

Bu tezin seçiminde ve yürütülmesinde yol gösterici olan Hocalarım Sayın Prof.Dr.Ertuğrul ACUN ve Prof.Dr.Sedat AYANOĞLU'na teşekkürü borç bilirim. Ülkemizdeki orman varlığının korunmasında adeta savaşçı bir ruhla mücadele veren ve bunu bana da aşılayan Tez Hocam Sayın ACUN'a bu konuda ayrıca teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu çalışma içinde bana zaman ayıran Değerli Hocam Sayın Prof.Dr.Teoman Ünal'a ve Sayın Doç.Dr.Osman Gürzumar'a teşekkür ediyorum.

Bu çalışma sırasında bana hertürlü desteği sağlayan aileme sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Tezin yazımı aşamasında büyük bir özveriyle çalışan Funda Kelkit'e teşekkür ediyorum.

Aynur AYDIN

Mayıs 1998

II

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	II
ÖZ -ABSTRACT	III
I GİRİŞ	1
II MATERYAL VE METOD	5
III BULGULAR	8
3.1. Ormanlardan Yararlanma	8
3.1.1. Orman Tanımı, Niteliği, Kamu Malları Arasındaki Yeri.....	8
3.1.1.1.Orman Tanımı	8
3.1.1.2. Orman Niteliği ve Kamu Malları Arasındaki Yeri	9
3.1.2. Ormanlardan Yararlanmanın Kısa Tarihçesi	11
3.1.2.1. Eski Hukukta Ormanlardan Yararlanma.	11
3.1.2.2. Cumhuriyet Sonrası Dönem	18
3.1.2.2.1. 1937 Tarih ve 3116 Sayılı Orman Kanunu	18
3.1.2.2.2. 1956 Tarih ve 6831 Sayılı Orman Kanunu	19
3.1.2.2.3. 1983 Tarih ve 2896 Sayılı Orman Kanunu	20
3.1.2.2.4. 1987 Tarih ve 3373 Sayılı Orman Kanunu	21
3.1.2.3. T.C.Anayasalarında Orman İrtifak Hakları	24
3.1.3. Ormanlardan Yararlanma Usulleri	29
3.1.3.1. Çeşitli Ülkelerin Orman Kanunlarındaki Yararlanma Hakları	29
3.1.3.2. Örf ve Adet Hukukuna Göre Ormanlardan Yararlanma Hakları.....	34
3.1.3.3.Türkiye’de Ormanlardan Yararlanma Usulleri	41
3.1.3.3.1.Kanundan Doğan Yararlanma Usulleri	41
3.1.3.3.1.1. Doğrudan Yararlanma Usulleri	41

3.1.3.3.1.1.1.. Medeni Kanun Hükümlerine Göre	
Ormanlardan Doğrudan Yararlanma	41
3.1.3.3.1.1.2.. Orman Kanunu Hükümlerine Göre	
Ormanlardan Doğrudan Yararlanma	42
3.1.3.3.1.2. Dolaylı Yararlanma Usulleri	43
3.1.3.3.1.2.1. Medeni Kanun Hükümlerine Göre	
Ormanlardan Dolaylı Yararlanma	43
3.1.3.3.1.2.2. Orman Kanunu Hükümlerine Göre.....	.
Ormanlardan Dolaylı Yararlanma.....	46
3.1.3.3.1.2.2.1. İzin	47
3.1.3.3.1.2.2.1.1. Maden Ocakları Araştırma ve İşletme İzni	56
3.1.3.3.1.2.2.1.2. Fabrika Hızar ve Şerit Tesisi Kurma İzni	59
3.1.3.3.1.2.2.1.3. Ocak İzinleri	59
3.1.3.3.1.2.2.1.4. Su Ürünleri Tesisi Kurma ve İşletme İzni.....	60
3.1.3.3.1.2.2.1.5. Turizm Yatırımları İçin Kurulan İzinler	61
3.1.3.3.1.2.2.1.6. Ağaçlandırma İzni	66
3.1.3.3.1.2.2.2. İmtiyaz	71
3.1.3.3.1.2.2.3. Tahsis	74
3.1.3.3.1.2.2.3.1.Turizm Bölge Alan ve Merkezlerinde Bulunan	
Ormanlarda Tahsis.....	77
3.1.3.3.1.2.2.3.2. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununa Göre Tahsis.....	84
3.1.3.3.2.. Sınırlı Ayni Haklar	91
3.1.3.3.2.1. Medeni Kanun Hükümlerine Göre İrtifak Hakları.....	91
3.1.3.3.2.1.1. İntifa Hakkı	93
3.1.3.3.2.1.2. Sükna Hakkı	94
3.1.3.3.2.1.3. Düzensiz Şahsi İrtifaklar	94
3.1.3.3.2.1.3.1.. Üst Hakkı (İnşaat Hakkı)	95
3.1.3.3.2.1.3.2.. Kaynak Hakkı	98

	Sayfa No
3.1.3.3.2.1.3.3. Diğer Düzensiz Şahsi İrtifaklar	98
3.1.3.3.2.2. Orman Kanunu Hükümlerine Göre İrtifak Hakları	99
3.1.3.3.2.2.1. Teknik Tesis ve Tesisat Kurulmasına Yönelik İrtifak Hakkı.....	122
3.1.3.3.2.2.2. Mecra İrtifakı	128
3.1.3.3.2.2.3.Kaynak İrtifakı	132
3.1.3.3.2.2.4.Orman İntifa Hakkı.....	139
3.2. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanlar ve Özel Ormanlardan Yararlanma Esasları	141
3.2.1. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanlardan Yararlanma	141
3.2.1.1. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanların Hukuki Rejimi	141
3.2.1.2. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanlarda İrtifak Hakkı	146
3.2.2. Özel Ormanlardan Yararlanma	153
3.2.2.1. Medeni Kanun Hükümlerine Göre Özel Ormanlardan Yararlanma ...	153
3.2.2.2. Orman Kanunu Hükümlerine Göre Özel Ormanlardan Yararlanma	154
3.2.2.2.1. Özel Ormanlarda İnşaat İzni	154
3.2.2.2.2. Özel Ormanlarda İfraz	160
3.3. Orman İrtifak Hakları Uygulamasında Kamu Yararı Ölçütü	173
3.3.1. Genel Anlamda Kamu Yararı	173
3.3.2. Ormanlarda Kamu Yararı Kavramı	186
IV.TARTIŞMA VE SONUÇ	183
V.ÖZET	
VI.KAYNAKLAR	
VII.ÖZGEÇMİŞ	

ÖZ

“Türkiye’de Ormanlardan Yararlanmanın Yasal Esasları”

İnsanlığın devamı için gerekli temel faktörlerden biri; sağlıklı bir çevrede yaşamını sürdürmektir. Bu da, doğal kaynakların korunmasıyla gerçekleşecektir.

İnsanın ve onun kurduğu sistemin karşısında yalnız bırakılan ormanlar, gün geçtikçe tahrip edilen doğal kaynakların başında gelmektedir. Ayrıca, ormanlar yasal olan veya olmayan yararlanmalar karşısında, hukuksal anlamda da korumasız kalabilmektedir.

Bu nedenle, ormanların bu savunmasız durumundan kurtarılarak yasal koruma altına alınması için bir an önce boşluklar bulunmalı ve tanımlamalar yapılarak gerekli tedbirler alınmalıdır.

ABSTRACT

“Legal Principals of Benefiting From Forests In Turkey”

Living in healthy environment is one of the basis factors for continuation of human being . This will become true with the protection of natural resources.

The forests which are left alone towards human being and human being’s system; are being destroyed everyday. In addition, sometimes there isn’t enough legal protection about legal or illegal utilizations.

Consequently; Forests must be taken under legal protection, lacking in law must be found and completed and necessary precautions must be taken without delay. In this way, forests will be continuous.

I.GİRİŞ

İnsan yaşamı için sürekli ihtiyaç duyulan ve vazgeçilmeyen yenilenebilir doğal kaynak olan ormanlarla insanların ilişkisini, çok gerilere kadar götürmek hatta insanın yeryüzüne gelişle birlikte bu ilişkinin başladığını ifade etmek olanaklıdır.

Tarihi bu denli eskiye dayanan söz konusu ilişkileri yasal düzenlemelerle biçimlendirme girişimlerine de 10.yy'da Fransa'da; 11 ve 12.yy'larda ise Almanya'da başlanmış ve bu tür yasal düzenlemeler 19.yy'da daha kapsamlı içeriklere kavuşturularak günümüzdeki duruma gelinmiştir (İNAL,1969).

Ülkemizde ise; ormancılıkla ilgili düzenlemeler daha yakın zamanda kendini gösterir. Mevcut düzenlemelerin sürekli değişim göstermesi; yapılan değişikliklerin hukuksal temellere oturtulamaması, uygulamalarda hukuk bilgisinin noksanlığı gibi birçok neden yüzünden, orman azalması devam etmektedir. Orman azalması, Cumhuriyet tarihimiz boyunca belli dönemlerde gerçekleştirilen yasal düzenlemelerle doruk noktasına çıkarılmış, bazı dönemlerde ise tutarlı ve dengeli ormancılık politikaları izlenerek asgari düzeye indirilebilmiştir.

Ormanların azalmasına ve tahribine yol açan eylem, işlem ve düzenlemelerin kökeni düşünüldüğünde; maddi değeri çok yüksek ve herkesin faydalanmasının serbest olarak sürdürüldüğü bir "mal", bunun yanında oy aracı olarak kullanılan bir potansiyel ve siyasette başarıya giden bir yol olarak görülen orman kavramı ile karşılaşmaktadır.

Ormanlardan yararlanmanın tarihçesine bakıldığında; gerek İslam Hukuku'nda, gerekse Osmanlı Hukuku'nda arazi üzerinde özel mülkiyetin çok sınırlı olduğu görülecektir. Çünkü "Mülk Allah'ındır." Arazi üzerinde şahıslara tanınan sadece kullanma hakkıdır ve bu hak da sıkı kayıtlara tabi tutulmuştur. Böylece ülke topraklarının en iyi şekilde kullanılması sağlandığı gibi askeri sisteme de işlerlik kazandırılmıştır.Şu halde, eski hukukumuz açısından ormanların devlet elinde bulunması prensibi tartışmasızdır.

Günümüze gelinceye kadar; bu prensip doktrinde tartışmalara konu olsa temelde varlığını sürdürmüştür. Ormanların büyük çoğunluğu Devlet elinde ve mülkiyetindedir. Bu kural Anayasa tarafından da güvenceye alınmıştır. Ancak; ormanların mülkiyet düzenine dokunmadan; kişilere de yararlanma hakları tanınmıştır. Bu hak, başta Orman Kanunu olmak üzere çeşitli mevzuatta hüküm altındadır. Son Orman Kanunu'na (6831 s.k.) bakıldığında;

orman arazisinden ve ormanın ürünlerinden yararlanmanın belli koşullar altında ve belli idari mercilerin izinlerine bağlı olarak gerçekleştiği görülecektir.

Tezin kapsamı içine, orman ürünlerinden yararlanma yanında son yıllarda giderek önem kazanan ve yine ormanların sadece inşaat alanı olarak görülmesine dayalı bir düzenleme olan orman arazisinden yararlanma da girmektedir.

Orman tahribine en fazla yol açan düzenlemelerin başında, 6831 sayılı Orman Kanununun 17. ve 115.maddelerinde düzenlenen ve ormanlarda her türlü bina ve tesis yapılmasını mümkün kılan hükümler gelmektedir. Benzer sonuçlar doğuran istisnai düzenlemeler de bunun yanısıra hüküm sürmektedir.

Çeşitli kanunlarda hüküm altına alınan ve Devlet Ormanlarında inşaat yapılmasına olanak tanıyan düzenlemelerin neler olduğu, bu düzenlemelerin hangi koşullara tabi bulunduğu ve hukuki mahiyeti, çalışmanın temel noktasını oluşturacak; ormanlardan yararlanma kavramı altında esas olarak bu konu üzerinde durulacaktır.

Ormanlar üzerinde kurulan irtifak haklarının hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Ancak, ormanlar ve ormancılık hukuku konusunda yeterli done bulunamadığından bu tartışma da çok sınırlı boyutta kalmıştır. Gerçekten ormanlarla ilgili hukuksal olan hemen her konuda kaynak sıkıntısı çekilmekte, bu da çalışmalar için zorluklar yaratmaktadır. Ancak,ormanların sürekliliğinin sağlanması açısından büyük önem taşıyan orman irtifak hakları konusunun hukuki niteliğini belirlemek ve belli bir temele oturtmak gereklidir. Ormanlarda geçerli irtifak haklarının medeni hukuk anlamında bir irtifak hakkı olup olmadığı, eğer öyleyse hangi türünden olduğu saptanmalıdır.

İrtifak hakkının kurulmasında temel şart olan “Kamu Yararı” kavramının ne olduğu, sınırları ve kapsamının nereye kadar genişlediği de belirsizdir. 3116 sayılı Orman Kanunu’ndan bu yana da çeşitli değişikliklere uğramıştır. Kamu Yararı kavramının, ormanlar üzerinde irtifak hakkı kurulmasının temel unsuru olmasından hareketle bu kavramın ne olduğu, ormancılıkta kamu yararını nelerin sağladığı, hangi koşullarda kamu yararının var sayılıp ormanlarda inşaata izin verilebileceği tam olarak belirlenip; belli kıstaslara bağlanmalıdır. Bunun saptanmasında da uygulamadan ,yargı kararlarından yararlanılmalıdır.

Sonuç olarak, ormanlar üzerinde kurulacak irtifak haklarında kamu yararının tespiti büyük önem kazanmaktadır. Objektif koşullara, bilim ve fen gerçeklerine ve pozitif hukuka

uygun olarak doğru, kesin saptanmış bir “Kamu Yararı” ormanların aleyhine bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak, subjektif kıstaslarla belirlenen ve gerçekten kamunun yararına yönelik olmayan durumlarda ormanlardan yararlanmanın sözkonusu olması vahim sonuçlar doğuracaktır.

Bu amaçla, çalışmada genel kamu yararı kavramının ve özel olarak ormancılıkta kamu yararının ne olduğu üzerinde de durulmuştur.

Devlet ormanlarından başka ,kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlar ve özel ormanlar da, son yıllarda özellikle yararlanma konusunda çeşitli açılardan gündeme gelmektedir.Bu ormanlardan yararlanmalar,kendine has bazı özellikler taşımaktadır. Orman Kanunu’na dayanan bu yararlanmalarda hukuka aykırılıklar da bulunmaktadır.Hangi mülkiyet türüne dahil olursa olsun, doğanın korunması ,bu aykırılıkların tespitine ve giderilmesine bağlı olacaktır.

Özetlenecek olursa; çalışmanın ana metni içinde yer alan konular 7 bölümde toplanabilir:

Birinci Bölümde; Ormanın tanımı, niteliği ve bir kamu malı olarak kamu malları arasındaki yeri ele alınmış çeşitli görüşlere de yer verilerek kısa bir orman varlığı tanımlaması yapılmıştır.

İkinci Bölümde; Ormanlardan yararlanmanın tarihi gelişimi üzerinde durulmuş, Arazi Kanunnamesi’nden önceki dönemden başlayarak günümüz kanunlarına kadar gelinmiştir. Bunun yanısıra anayasal düzenlemeler de aynı gelişim içinde günümüze kadar getirilmiştir.

Üçüncü Bölümde;Çeşitli ülkelerin Orman Kanunlarında yer alan yararlanmalar üzerinde durulmuştur. Ayrıca,örf adete dayanan yararlanmalara da burada değinilmiştir.

Dördüncü Bölümde;Ormanlardan Yararlanma Usulleri başlığı altında Medeni Kanun’dan ve Orman Kanunu’ndan doğan yararlanmalar doğrudan ve dolaylı yararlanma tasnifine tabi tutularak ele alınmıştır. Yine aynı bölüm içinde Sınırlı Ayni Haklar da Medeni Kanun’da ve Orman Kanunu’nda olmak üzere iki başlık halinde incelenmiştir.

Beşinci bölümde ;Kamu kurumlarına ait ormanlardan yararlanma konusu ele alınmış, Orman Kanunu hükümleri kapsamında ve somut bir örnekle incelenmeye çalışılmıştır.

Altıncı bölümde; özel ormanlardan yararlanma konusu ,öncelikle Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde ele alınmış,bu bağlamda mevcut hukuka aykırılıklar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yedinci Bölümde; Ormanlardan yararlanmaya temel teşkil eden “Kamu Yararı” kavramı önce genel kapsamda ele alınmış, devamında Orman İrtifak Hakları uygulamasında Kamu Yararı ölçütünün neler olabileceği açıklanmaya çalışılmıştır.



II. MATERYAL VE METOD

Ormanlarla ilgili hukuksal düzenlemelerin eksikliği, mevcut olanın değişkenliği, ormancılık hukuku sorunlarının tespitinin yapılamamış ve bundan dolayı da çözümlenememiş olması ayrıca ormancılık hukuku konularında yeterli kaynak bulunamamasının etkilerini çalışma konusunu oluşturan “ormanlardan yararlanmanın yasal esasları” üzerinde de görmek mümkündür.

Konunun temelini ormanların oluşturması ve ormanların da kamu malı niteliğini taşıyan bir taşınmaz olmasından hareket ederek öncelikle, eşya hukuku kapsamında bir araştırmaya girilmiştir. Bu bağlamda, taşınmazlardan yararlanma usulleri hakkında yerli ve yabancı literatür taramasıyla çalışmaya başlanmıştır.

Çalışmanın teoriye dayalı kısmının büyük çoğunluğu İstanbul’da tamamlanmıştır. Bu amaçla, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin ilgili Anabilim Dallarıyla (İdare Hukuku ve Medeni Hukuk) temas kurulmuş, bu alanlarda gerek kürsü yayınlarından, gerekse öğretim elemanlarının birikimlerinden yararlanılmıştır.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesindeki Mukayeseli Hukuk Enstitüsü ve İdare Hukuku Enstitüsü’nde de konuyla ilgili taramalar yapılmıştır.

Yine İ.Ü. Hukuk Fakültesi kütüphanesinin yayınları incelenmiş, son 20 yılda Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde yapılmış, çalışma konusuna kaynaklık edebilecek lisansüstü tezler taranmıştır.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde de, benzer literatür taramaları yapılmış, ilgili öğretim üyelerinin bu konudaki görüşlerine başvurulmuştur.

Konuyla ilgili uygulama hakkında bilgi edinebilmek için İstanbul İdare Mahkemelerine gidilmiş ve İdare Mahkemesi üyelerinden özellikle “Kamu Yararı” kavramıyla ilgili uzman fikirler dinlenmiş, konuyla ilgili kısımları elenerek, çalışma kapsamına alınmıştır.

Yine uygulamayı görebilmek ve teoriyle benzeşen veya ayrılan esaslarını tespit edebilmek amacıyla İstanbul Orman Bölge Müdürlüğü’ne gidilmiş, kadastro mülkiyet, izin irtifak konularında yapılan yüz yüze görüşmeler ve çeşitli evrakların incelenmesiyle belli sonuçlar alınmaya çalışılmıştır. Bu çalışma daha daraltılarak, Orman İşletme Şeflikleri düzeyinde de aynı usulle bilgi toplanmaya çalışılmıştır.

İstanbul'da yapılan inceleme sonunda önemli ilerleme kaydedilmişse de, özel anlamda ormanlar hakkındaki kaynakların yetersizliği, olanların ise sınırlı kapsamı çalışmanın tamamlanması için yeterli olmamıştır. Bu nedenle, orman teşkilatının merkezinin bulunduğu, adalet mekanizmasının en üst düzeyiyle temsil edildiği yer olan Ankara'da çalışmaya devam edilmiştir.

İstanbul'da olduğu gibi Ankara'da da, literatür taramasının yanı sıra uygulamaya da zaman ayırma metoduyla çalışmalar yapılmıştır.

Öncelikle Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne gidilerek, Medeni Hukuk ve İdare Hukuku konularında çalışan öğretim elemanlarıyla görüşülmüştür. Bu görüşmeler sırasında öğretim elemanının gösterdiği yayınlar taranmış ayrıca, yapılan yüz yüze görüşmelerde alınan notlarla konu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan lisansüstü tezler bilgisayar aracılığıyla incelenmiş, konuyla ilgili olanlardan alıntılar yapılmıştır.

Kaynak sayısının fazlalığıyla bilinen ODTÜ kütüphanesine gidilmiş, yapılan literatür taramasında ormanlar ve ormancılık hukuku konularında veriye rastlanamamış ancak, genel anlamda çevre hukuku ile ilgili birkaç kaynak bulunmuştur.

Adalet Bakanlığı Yayın Tarama bölümüne gidilmiş, gerekli kaynaklardan yararlanılmıştır.

Başbakanlık Neşriyat Dairesi yayınlarına da ulaşılmış ancak orada konuyla ilgili eser bulunamamıştır.

TÜBİTAK'a yayın taraması için gidilmiş, ormanlarla ilgili dergiler bulunmasına rağmen son yıllarda çok seyrek olarak gelmesinden dolayı yenilerine ulaşılamamıştır. Bunun yanı sıra, gerekli formlar doldurularak, son 15 yılın Dünyadaki ormancılık mevzuatıyla ilgili yayınlarının listesi istenmiştir. 3 hafta sonunda gönderilen yayın listesinin incelenmesi sonucu, çalışma konusuna ilişkin veri bulunamadığından listedeki kaynaklardan talep edilmemiştir.

Gerekli görüşmeleri yapmak ve bağlantıları kurabilmek için Orman Bakanlığı'na gidilmiş, Orman Genel Müdürüyle makamında görüşülmüş, ilgililere verilmek üzere yazılar alınmıştır. Uygulamaya ışık tutabilmek amacıyla Orman Genel Müdürlüğü tesislerine gidilmiş orada sırasıyla, Kadastro Mülkiyet Dairesi, İzin-İrtifak Şubeleri ziyaret edilmiş, bu sırada yetkililerle karşılıklı görüşmeler yapılmış az sayıda da olsa verilen evraklar incelenmiştir.

Görüşmeler sırasında, çalışma konusuyla ilgili açık olmayan noktalar sorulmak suretiyle cevap alınmaya çalışılmıştır.

Genel Müdürlük bünyesindeki, hukuk müşavirleriyle görüşmeler yapılmış, kaynak bulunamamasına rağmen fikirleri alınarak, kayda geçirilmiş, çalışma içinde gerekli yerlerde kullanılmıştır.

İzin-İrtifak Şube Müdürlüğü'nden, 1980'den bu yana verilmiş olan izinler ve irtifakların çıkarılıp, dökümü alınmak istendiyse de henüz bilgisayar sistemine geçilemediğinden ve dosya sayısının 29.000'i bulduğu belirtildiğinden belli bir sayısal veri alınamamıştır.

Konunun, genel hukuksal yapısına açıklama getirebilmek için öncelikle Yargıtay'a gidilmiştir. Yargıtay'ın orman davalarına bakan 20.Daire Başkanı'ndan alınan randevu üzerine bir görüşme sağlanmıştır. Ayrıca, diğer bazı üyelerle de kısa görüşmeler yapılmıştır.

Yargıtay kütüphanesinde yeni yayınlar taranmış, Yargıtay kararlarından ormanlarla ilgili olanlar çıkarılmıştır. Bu arada 6831 sayılı Orman Kanunu ve değişiklikleriyle ilgili meclis tutanakları incelenmiş, izin ve irtifak haklarının söz konusu olduğu tutanaklar, çalışma konusunun içine monte edilmek ve gerekli yerlerde kullanılmak suretiyle çalışmaya dahil edilmiştir.

Konunun diğer bir boyutu olan kamu malları ve onlardan yararlanmanın incelenebilmesi aşamasında Danıştay'a gidilmiştir. Danıştay'ın bilgi sistemine girilerek oradan kamu malları ve onlardan yararlanma usullerine ilişkin örnek kararlar taranmış ve yararlı görülenler çıktı alınmak suretiyle alınabilmektedir.

Danıştay'ın ilgili daireleri üyeleriyle görüşmeler yapılmış, ormanlarla ilgili görüşleri alınmış, konuyla ilgili sorulmak istenenlerin cevaplanması suretiyle bilgi alma yoluna gidilmiştir.

Danıştay kütüphanesine girilmiş, Danıştay kararları arasından konuyla ilgili olanların bir taraması yapılarak faydalı olanlar alınmıştır.

Özel ormanlara ilişkin kaynak bulabilmek amacıyla Mimarlar Odası İstanbul Büyükkent Şubesiyle bağlantı kurulmuş,sınırlı da olsa veri alımı sağlanmıştır.

Toplanan doneler genel anlamda yararlanma usulleri ve ormanlardan yararlanma usulleri şeklinde ayrılarak sınıflandırılmıştır. Bulunan kaynaklar içerisinde ormanlara yönelik olanların sınırlılığı nedeniyle, boşluklar genel hukuk prensipleri altında incelenmiş ve doldurulmaya çalışılmıştır.

III. BULGULAR

3.1. Ormanlardan Yararlanma

3.1.1. Orman Tanımı,Niteliği ve Kamu Malları Arasındaki Yeri

Ormanlardan yararlanma konusunun boyutlarını ortaya koymak ve onlardan yararlanmayı belli normlar altında toplayabilmek için öncelikle ele alınacak olan objenin tanımlanması gereklidir.Tezin konusunu oluşturan orman kavramı, yapısı ve özellikleri gereği farklılık arzeden bir sistemdir. .Bu nedenle ormanı tanımadan onunla ilgili hukuki nitelemeler yapmak hatalı olabilecektir.

3.1.1.1.Orman Tanımı

Ormanlar çok yönlü kullanım alanları ve toplumsal fonksiyonları nedeniyle özel öneme sahip, yenilenebilir doğal servetlerdendir. Birçok niteliği bünyesinde barındıran özelliklerinden dolayı, kesin bir “orman” tanımı yapmak güçtür. Ancak, ormanlara yönelik işlemlerin incelenmesinde belli tanımlardan hareket etmek de şarttır.

Biyolojik açıdan orman; geniş alanlarda kendine özgü iklim yaratabilen, belli yükseklik, yapı ve sıklıktaki ağaçların, ağaççık, çalı ve otsu bitkiler, yosun, eğrelti ve mantarlar, toprağın altında ve üstünde yaşayan mikroorganizmalar ve çeşitli böcek ve hayvanlarla orman toprağının birlikte oluşturduğu bir yaşam birliği (Biosonöze) olarak tanımlanır (AYTUĞ, 1976).

Biyolojik açıdan rahatlıkla ortaya konabilen bu tanımın aksine, ormanı hukuki açıdan tanımlamada belli güçlükler kendini gösterir. Ormanın tek bir unsurdan oluşmaması, unsurların yapısının değişkenliği ve bunların farklı hukuki esaslara tabi olması bu güçlüğü nedenlerini oluşturmaktadır.

Hukuksal açıdan orman “bileşik eşya” olarak nitelendirilir. Asli unsuru arazidir. Ağaç ve ağaççık toplulukları bütünüleyici parça (mütemmim cüz) teşkil eder. Hukuki açıdan teferruat olarak nitelendirilebilecek kısa ömürlü otsu bitkiler, ölü örtü ve fauna da bu tanıma ilave edilirse biyolojik tanıma oldukça yaklaşılmış olur. Bu kavramların iyi tanımlanmaları, sınırlarının tam tespit edilmiş olması Ceza Hukuku bakımından bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin ve ediyorsa, suçun tamamlanma zamanının bilinmesinde çok büyük önem taşır.

Hukuksal açıdan ağacın bulunduğu her yere orman denilemeyeceği gibi, ağaç bulunmayan bazı alanların da orman kapsamına sokulması gerekmektedir. Ormanın

tanımlanmasındaki bu güçlük, bazı ülkeleri (Fransa gibi) orman rejimini belirleyerek bu alanları orman rejimine tabi kılma yoluna sevk etmiştir. Bazı ülkeler ise (Avusturya gibi) ormanın fonksiyonlarından hareketle bu fonksiyonlardan en az birini yerine getiren alanların orman sayılması şeklinde bir düzenlemeye gitmişlerdir (AYANOĞLU, 1997).

Orman tanımı hangi şekilde yapılırsa yapılsın bu tanıma uyan alanların yönetim biçimini belirleyen bir “orman rejimi” her zaman mevcuttur (İSTANBULLU, 1979; İNAL, 1969).

Orman rejimi idare ajanları tarafından idare edilen bazı ormanlara uygulanan kısıtlayıcı kurallar bütünü olarak tanımlanır (GUYOT, 1968).

Bu kurallar, kendisine tabi kılınan taşınmazlar üzerinde gerçek bir vesayet kudreti olan orman mülkiyetini korumaya yönelmiştir. Bu mülkiyetin korunabilmesi için de, ona tabii yerlerin sınırlarının belirgin olarak çizilmiş olması gerekmektedir. Bu gereklilik, yürürlükte bulunan 6831 sayılı kanunun 1.maddesinde yapılan “orman tanımıyla” hüküm altına alınmıştır. Buna göre tabi olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaçlık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır. Bu tanım birçok yönden açıklamaya ihtiyaç gösterir. Tanımda geçen ağaç, ağaçlık, topluluk ve yerleri kavramlarından anlaşılması gerekenler de orman kadastro yönetmeliklerinde açıklanmıştır.

6831 sayılı Orman Kanunu’ndaki tanıma uyan yerler orman kapsamına girerler ve orman rejimine tabidirler. Ancak, sistem bazı istisnalara da yer vermek zorunda kalmıştır. Buna göre Orman Kanunu’nun 1.maddesinin 2.fikrasında orman sayılmayan yerler tahdidi olarak belirlenmiştir.

3.1.1.2.Ormanın Niteliği ve Kamu Malları Arasındaki Yeri

Ormanlar sağladıkları toplumsal yararlar nedeniyle toplumun müşterek malı sayılırlar ve bu nedenle devletin gözetim ve denetimi altına alınmışlardır. Bir başka deyişle, ormanlar, kamu malıdır ve kamu malları arasında da özel bir konuma sahiptir (ONAR, 1960; CİN, 1980; AKİPEK, 1973; DÜREN, 1975; DOĞANAY, 1974).

Türk Hukuk Doktrinde ormanların hangi tür kamu malı olduğu hakkında görüş birliği yoktur. Bazı yazarlara göre ormanlar ,sahipsiz kamu malıdır (Resnullius), bazılarına göre orta malıdır.

Türk Hukukunda, ormanlar bazılarına göre de,“hizmet” mallarıdır (AYANOĞLU,1985)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1979 tarihli bir kararında ormanların sahihsiz mal olduğuna karar vermiştir. 1987 yılında kabul edilen 3402 sayılı Kadastro Kanunu ise, kamu mallarının tespitine ilişkin 16.maddesinde ormanları özel bir grup olarak kapsam dışında bırakmıştır.

Doktrinde devletin kamu malları ile ilişkisinin niteliği hakkında da görüş birliği yoktur. Bazı yazarlara göre ise, bu yetki kamusal bir mülkiyet hakkıdır (DÜREN 1975, DOĞANAY 1974). Kamusal mülkiyet görüşünü savunanlar TMK'nun 641/c. fıkrasına dayanarak devletin kamu malları üzerinde uygun göreceği mülkiyeti kurma hakkına sahip olduğunu, Türk Hukukunda bu ilişkinin "Kamusal Mülkiyet" olarak tespit edildiğini, devletin kamu malları üzerinde sahip olduğu bu yetkinin, eşya hukukunun "dominium" ve kamu hukukunun "imperium" yetkilerinden oluştuğunu belirtmektedirler. A.Y.M. özelleştirmeye ilgili bir kararında, kamu malları üzerinde idarenin yetkisinin bir tür kamu hukuku mülkiyeti olduğunu söylemiş ve "kamu mülkiyeti" terimini kullanmıştır (AYM,E. 1994/49,RG.10.9.1994).

Bazı yazarlara göre bu ilişki sadece bir denetim hakkından ibarettir (CİN 1980, ONAR, VELİDEDEOĞLU ESMER 1956, AKİPEK 1975). Bazılarına göre ise bu yetki, özel hukuk anlamında bir kamu malları genel koruma rejimine sahiptir.

Ormanların diğer kamu malları arasında anayasa ve yasa düzeyindeki düzenlemelerin de işaret ettiği üzere özel bir rejimi bulunmaktadır. Kadastro Kanunu'nda ormanların diğer kamu mallarından ayrı bir düzenlemeye tabi kılınması da bunun bir göstergesi sayılabilir.

Ormanlardan yararlanmanın sınırlarını belirleyebilmek için ,bunların dışında ormanın kapsamına da bakmak gereklidir.

Ormanın yatay kapsamı,denilince akla orman niteliğindeki arazinin yer kabuğu üzerindeki sınırları gelir.(AYANOĞLU,1982).Orman sınırlarının tespiti için başta Orman Kanunu olmak üzere diğer ilgili mevzuattan da yararlanılır.

Ormanın dikey kapsamı konusunda ise, M.K.'nın 644. maddesine kıyasen tanımlama yapmak mümkündür.Buna göre;"Bir arza malik olmak onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne malik olmayı tazammun eder."Orman mülkiyetinin dikey kapsamı da bu şekilde tanımlanabilir. Petrol,maden,mineral,yeraltı suları..dikey kapsamdan istisna edilmişlerdir.Bu istisna ormanlarda da geçerlidir.Ancak uygulamaya bakıldığında ormanın dikey kapsamında yer almamakla beraber ,orman alanlarında yer alan madenlerden ve yeraltı sularından yararlanma konusunda Orman İdaresinin belli yetkililere sahip olduğu görülecektir.

3.1.2.Ormanlardan Yararlanmanın Kısa Tarihçesi

İnsanlığın tarihiyle başlayan ormanlara yönelme, ondan faydalanma arzusu günümüze dek hiç eksilmeden, aksine artış kaydederek gelmiştir.

İlkel kavimlerden bu yana süren yararlanmalar, dönemler arasında farklılıklar göstermiş ancak temelde daima ormanlardan daha fazla ürün almaya yönelik olmuştur. Son dönemlerde ise, ormanlardan yararlanmanın bir başka boyutu ortaya çıkmış, orman ürünlerinin yanı sıra, orman arazisinden yararlanma da ağırlık kazanmıştır. Bu konu da, çalışmanın temelini teşkil etmektedir ve orman irtifak hakları olarak yeri geldikçe ele alınacaktır.

3.1.2.1.Eski Hukukta Ormanlardan Yararlanma

18.yüzyıl sonlarına kadar Batı hukukunda amme emlaki kavramı yoktur. Toplum hizmetlerine tahsis edilen eşya hükümdarın özel malı sayılarak bunlardan yararlanma hükümdarın bir lütfü olarak kabul edilmektedir. Halbuki çok daha önceleri Türk-İslam hukukunda gelişmiş bir amme emlaki teorisi bulunduğu ve bu teorinin Roma Hukukundaki esaslarla çok benzediği görülmektedir. İslam Hukuku ferdiyetçi olmasına rağmen ülkeyi hiçbir zaman hükümdarın mülkü saymamıştır (ONAR, 1944).

İslam Hukukunda, Roma Hukukunda olduğu gibi özel mülkiyete konu olmayan (Res extra patrimonium) bir takım eşya vardır. Bunlar üzerinde fertlere özel mülkiyet hakkı tanınmakta, toplumun müşterek malı oldukları kabul edilmekte ve bu iştirak bir tür şirket (şirket-i ibaha) sayılmaktadır (ONAR, 1944).

Bilindiği gibi Mecelle'nin 1234.maddesine göre su, ot ve ateş mubahtır. 1045.maddesine göre, bunların özel mülkiyete konu olamayacağı belirtilmektedir. Mubah şeylere dağlarda kendiliğinden yetişmiş ağaçlar, av hayvanları, sahipsiz yerlerde kendiliğinden yetişmiş ağaçların meyvaları gibi şeyler de dahildir. Bu tür malların sahipsiz mal (res nullius) kabul edildikleri açıktır (KÖPRÜLÜ, 1949).

İslam Hukukunda res communes ve res publiceae kategorilerine karşılık gelen şeyler de vardır. Umumi yollar, nehirler, göller, ahaliye mer'a, harman yeri ve baltalık olarak terk olunan yerler (arazi-i metruke) de bu tür şeylerdendir. Arazi Kanunnamesi bu tür eşya hakkında detaylı hükümler taşımaktadır (ONAR, 1944).

Bu tür mallardan yararlanma konusunda da pek çok hüküm vardır. Örneğin, Mecelle'nin 1254.maddesi "Mubah ile herkes intifa edebilir. Fakat saire zarar vermemek

meşruttur” hükmünü taşır. 1255.madde; Mubah şeylerden yararlanmanın men edilemeyeceğini belirtir.

Bu hükümler topluca değerlendirildiğinde;

- 1.Metruk araziye senetle tasarruf edilemeyeceği,
- 2.Vergiye tabi olmadığı, faydalanmanın kural olarak parasız olduğu,
- 3.Metruk arazide zaman aşımının cereyan etmeyeceği, niteliklerini kaybedip iktisaba elverişli hale gelmeyecekleri,
- 4.Metruk araziye ilişkin uyuşmazlıklarda sulh yoluna gidilemeyeceği,
- 5.Metruk arazinin mübadele edilemeyeceği ve satılamayacağı,
- 6.Bu tür arazide zilyetliğin cereyan etmeyeceği ve zilyetliğe hiçbir sorun bağlanamayacağı,görülmektedir. Dikkat edilirse bu hükümler bugünkü kamu malları anlayışımıza aynen uymaktadır.

Ormanlar açısından meseleye bakıldığında Türk-İslam Hukukunun kamu yararını korumak için özel şahısların ormanlara malik olmasını asgari seviyede tuttuğu görülmektedir. Öyleki mülk nevinden orman tespit dahi edilememiştir (AYANOĞLU,1987)

Bu dönemde ormancılığa temel sayılabilecek bir düzenleme Arazi Kanunnamesidir.

Ormanların Arazi. Kanunnamesi’ndeki konumuna ilişkin çeşitli görüşler vardır. Sözgelimi M.N.TUNÇSİPER, yasaya göre ormanları iyelik biçimini göz önünde bulundurarak öbeklendirirken yasadaki toprak sınıflandırmasını ele almıştır. TUNÇSİPER’in sınıflamasına göre, ormanlar 5 öbekte toplanır:

- A- Arazi-i Memluke üzerindeki ormanlar (özel mülkiyete tabi)
- B- Arazi-i Miriye “ “ (devlet mülkiyetine tabi)
- C- Arazi-i Mevkufe “ “ (vakıf mülkiyetine tabi)
- D- Arazi-i Metruke “ “ (bir veya birkaç köyün faydalanmasına terk edilmiş)
- E- Arazi-i Mevat “ “ (makilik, kimsenin mülkiyetinde olmayan)

KÖPRÜLÜ ise, ormanların toprak mülkiyeti biçimlerine sokulmasını olanaksız görmüştür. Bu nedenle, ormanlar 1857 tarihli Arazi Kanunnamesi’nin 30.maddesinde kapsamları yönünden ayrı bir kategori olarak yer almaktadır. KÖPRÜLÜ, ormanları 4 kategoriye ayırır, şöyle ki:

- 1- Özel kişiler sorumluluğundaki ormanlar
- 2- Cibali mübaha olarak tanımlanan ormanlar

3- Vakıflara bağı ormanlar

4- Köy ve kasabalara ayrılmış baltalıklar.

Bu farklılıklar, yasada ayrıca bir orman sınıflandırılması yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca, gerçekte bu ayrımlar çok önemli değildir. Çünkü;

Devlet mülkiyetindeki ormanlar, Özel mülkiyetteki ormanlar, Vakıf ormanları tüm bilim adamlarının sınıflandırmasında vardır. Bunlardan başka KÖPRÜLÜ'nün sınıflandırmasında yer alan “Köy ve Kasabalara ait ormanlar” TUNÇSİPER'in sınıflandırmasında da, “Arazi-i Metruke” sayılmıştır. Öte yandan Köprülü de, Cibali Mü baha ormanlarıyla devlet ormanlarını ayrı öbekte toplamıştır.

Arazi Kanunnamesine göre orman mülkiyet çeşitleri aşağıdaki gibi incelenmektedir (KÖPRÜLÜ, 1958, İNAL, 1968).

Arazi Kanunnamesinde yer alan orman türleri üzerindeki yararlanmalar aşağıdaki şekilde incelenebilir:

I- Özel Kişilere Ait Ormanlar (Mülk)

Bu ormanlardan bir kısmı “şahsa ait arazi” üzerinde bulunmaktadır. Gerek arazi, gerekse ağaçlar mülk niteliğindedir. Sultanın izniyle ihya edilerek mülk niteliğini alan “mevat arazi” üzerindeki ormanlar da bu gruba girmektedirler.

Özel kişilere ait ormanlardan bir kısmına da “miri arazi” üzerinde bulunur. Bunlar, çıplak mülkiyeti devlete ait olan ve yararlanma hakları kişilere verilen arazi üzerindeki ormanlardır. Ağaçlar dikenin mülkü olmakta ve sahiplerinden bir miktar yer kirası alınmaktadır. Bir kısmı da miri arazi üzerinde kendiliğinden yetişmiş ormanlardır. Bu ormanlardan belli kişiler yararlanmakta fakat mülk niteliğinde bulunmamaktadır.

Özel kişilere ait ormanların bir kısmı da “vakıf arazi” üzerinde emekle yetiştirilmiş ormanlar da ve mülk niteliğindedir.

Yine özel kişilere ait ormanların bir kısmı da “mevat arazi” üzerindedir (ÖZDÖNMEZ, İSTANBULLU, AKESSEN, 1996).

II. Vakıf Ormanları

Bu ormanlar sahih vakıf arazisi üzerindeki ormanlar ve gayri sahih vakıf arazisi üzerinde ormanlar olarak 2'ye ayrılır.

III. Köy ve Kasabalara Ait Ormanlar

Bunlar, öteden beri bir veya birkaç köy ve kasaba halkının yararlanmasına tahsis edilen ve baltalık denilen koru, baltalık ormanlardır.

“Diğer bir sınıf olan “Köy ve Kasaba Baltalıkları” kavramından” belli bir köy ve kasaba halkına veya birden fazla köy veya kasaba halkına, kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tahsis edilen ve bir nevi KAMU MALI özelliğinde olan mallar” anlaşılır (KÖPRÜLÜ, 1948).

Burada yararlanma amaçlı tahsisin en önemli kriteri, halkın baltalıklardan yararlanma konusundaki ihtiyaç derecesidir. Diğer bir deyişle, halkın ihtiyaç fazlası tahsisin kalkmasına neden olabilmektedir. Bu anlatımdan yola çıkarak, baltalıklardaki faydalanma hakkının, köy ve kasabalara tanınmış bir intifa hakkı gibi olduğu düşünülürse de, bugünkü anlamda bir intifa hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir.

IV. Cıbali Mübahadaki Ormanlar

Henüz kimsenin mülküne geçmemiş dağlardaki hüdayi nabit (babadan, dededen geçen veya ahardan teferruğ yoluyla geçen ağaçlardan oluşan orman ve korulardır . Bu ormanların özellikleri de şu şekilde sıralanabilir:

1- Mülkiyete konu olmamaları (Ak.md.104)

2- İntifanın herkese tanınmış olması (Ak.md.104)

3- Bu yararlanmanın bedelsiz oluşu (Ak.md.104)

4-Bu ormanlardan yararlanmanın serbest ve müdahaleden uzak tutulmasıdır (KÖPRÜLÜ, 1948).

Cıbali Mübaha sayılabılmenin kriteri olarak orman idaresinin bir tamiminde saptanan ölçüt ortaya koyduğu sınırlama açısından ilgi çekicidir. Buna göre; sesi kuvvetli bir kişinin meskun mahalden bağırma sesinin duyulamayacağı uzaklıkta yer alan ormanlar cıbali mübaha kabul edilmiştir.

Cıbali mübaha ormanları üzerinde bugünkü anlamda “irtifak haklarının”nın varlığı öne sürülemez.Medeni Kanunun 6. maddesinde ifade edilen ve arazinin üstündekileri arazinin mülkiyetine tabii kılan mütemmim cüz kavramı o dönemde yoktu. Bu nedenle arazinin bir kişiye,üstündekilerin başka bir kişiye ait olması mümkündü.Yani ağaçların, üzerinde bulundukları arazinin mülkiyetine tabi olması gibi bir zorunluluk bulunmuyordu..Bu nedenle de Medeni Kanun anlamında İrtifak Hakkı ile benzerlik kurmak mümkün değildir.Ancak,.Cıbali

Mübahadaki ormanın. diğer arazi türlerine dönüştürülmesi ve bu şekilde yararlanma sağlanması mümkündür. Bu tahsis için de İrade-i Seniye ,yani padişah iradesi gerekiyordu. Padişah gerekli gördüğü durumlarda Cibali Mübahadan bir veya daha fazla parçayı metruk arazi veya mevkuf araziye dönüştürebilirdi..Ancak,Miri Ormanlardan ve Cibali Mübahadan tahsis yoluyla kişilere tanınan bu yararlanma hakkı çok ağır şartlar altında gerçekleşmekteydi.Ayrıca burada kişilere mülkiyetin verilmesi de söz konusu değildi.Arazi Kanunnamesinde sözü edilen mülkiyete kono olmama prensibi burada da varlığını sürdürmekteydi.

Arazi Kanunnamesi'nde de, daha önceden olduğu gibi ormancılıkla ilgili hükümler birarada ve gerekli açıklıkta değildir. Bu nedenle günümüzün ortaya koyduğu ve anladığı manada bir ormancılık hukuku ve politikasından bahsetmek imkansızdır. A.K.da sayılan beş çeşit arazi üzerindeki ormanların tabi oldukları statü ayrılmaktadır:

Bunlardan Arazi-i Mevluke üzerindeki ormanlarda mecelle hükümleri geçerlidir.

Arazi-i Miriye üzerindeki ormanlarda Cibali Mübaha anlayışı baskındır. Bununla birlikte bu nevi ormanların mülkiyeti (rakabesi) beytülmalde olmakla beraber faydalanma yine herkes için tamamen serbest bırakılmıştır. Böyle olunca, bu çeşit arazi üzerinde Medeni Kanun anlamında irtifak hakkı tesisi de söz konusu olmayacak demektir.

Arazi-i Mevkufe üzerindeki ormanlar ise; belli bir amaca tahsis edilmiş olduklarından ayrıca irtifak hakkına konu olmaları uzak bir ihtimaldir.

Arazi-i Metruke ormanları bundan önce görülen kura baltalığı mahiyetindedir. Burada birkaç köye terkedilmiş ormandan sadece o köyler faydalanmakta, diğer köylerin faydalanmaları mümkün olamamaktadır. Bu haliyle belli bir irtifak hakkından bahsetmek mümkünse de, bugünkü manada değildir. Bu böyle olmakla beraber 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 31.ve 32.maddelerindeki intifa haklarının kaynağını burada bulmak mümkündür.

Arazi-i Mev'attaki ormanlara gelince; bunlar bilahare muhafaza ormanı karakterinde pırnallıklar olarak dikkate alınan ormanlardır. Bunların esas itibariyle miri orman muamelelerine tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Bunların da tabii durumları ve vüsatları itibariyle irtifak haklarına konu olabilecek ormanlar olmadıkları kolaylıkla ifade edilebilir (BAYRAKTAROĞLU, 1968). Ancak burada Mevat Arazii üzerinde orman olmaması gerektiği yolunda AYANOĞLU bir başka görüş sunmaktadır. Bu görüşe göre, Mevat Arazi, Res Nullius niteliğinde olan ve mülk edinmeye elverişli olmayan sazlık, bataklık, kayalık, kumul

gibi yerlerdir ve bu tür arazi üzerinde orman olması mümkün değildir. TUNÇSİPER de Mevat Araziyi mülk edinmeye elverişli olmayan makilikler olarak nitelemiştir.

Osmanlı Hukukunda bu düzenlemeler yürürlükte iken Batı'da pek çok ülke benzer hükümler taşıyan müstakil Orman Kanunlarını yürürlüğe koymuştur. Fransa 1827, Prusya 1875, Bavyera 1852, İtalya 1877, Rusya 1888, Avusturya 1852 tarihinde çıkardıkları Orman kanunları ile ormanlar üzerinde devlet denetimini sağlamışlardır.

Bu gelişmeleri idrak eden Osmanlı Devleti yerli ve yabancı uzmanların gayreti ile 11 Şevval 1286 tarihinde kamu niteliğindeki Orman Nizamnamesini yürürlüğe koymuştur.

Bu Nizamname ormanları, Devlete ait ormanlar (miri), Vakıf ormanları kur'a ve kasabata mahsus baltalıklar ve özel ormanlar olmak üzere dört kısma ayırmıştır. Orman Nizamnamesinin cibal-i mübahadaki ormanları miri orman grubuna dahil ettiği, özel ormanları ise kapsamı dışında bıraktığı bilinmektedir.

Nizamname herşeyden önce Devlete ait ormanların tayin ve tespitini öngörmüş, bu esnada doğacak uyuşmazlıklarda Temyiz Mahkemesinin 18 Eylül 1330 tarih 232 sayılı kararına göre al el umum ormanlar aksi sabit oluncaya kadar miri orman kabul olunmuştur (KÖPRÜLÜ, 1948).

Nizamname, miri ormanların müteahhit eliyle işletilmesine imkan tanımış, kesilecek ağaçların tespiti, nakliye belgesi verilmesi, verilecek zararlar için kefalet akçesi alınması gibi hususlarda düzenlemeler getirmiştir.

Kura ahali si miri ormanlardan bedelsiz yararlanır (O.N, m.5, 13-16). Bu yararlanma zaruri ihtiyaçla sınırlıdır. Cibal-i mübahadaki sınırsız yararlanma usulü sona ermiştir. Otlatma hakkı da sınırlandırılmıştır. Hatta 11 Ekim 1336 tarihli Baltalık Kanunu otlatma hakkını Orman İdaresince verilecek bir belge ile ispat edemeyenlerin ormana girmelerini yasaklamıştır (m.4).

Başlangıçta mazbut vakıflara ait ormanlar da miri orman hükümlerine tabidir (O.N.,m.20). Sonradan müstesna vakıf ormanlarından sekiz adedi hariç olmak üzere miri orman rejimine tabi kılınmıştır. Tahsisat ve irsad kabilinden vakıflara ait ormanlar da Orman Nizamnamesi, 1293 tarihli "Evkaf ormanlarının Sureti İdaresine dair Nizamname ve 1329 tarihli İrade-i Seniye hükümlerine göre miri orman hükümlerine tabi tutulmuşlardır. Bu şekilde vakfa bağlı koruların önemli kısmı miri orman rejimine tabi kılınmıştır.

Orman Nizamnamesi kur'a ve kasabata mahsus ormanlar hakkında (m.21, 22, 24) Arazi Kanunnamesinden farklı hükümler getirmemiştir. 11 Ekim 1336 tarihli Baltalık Kanunu Orman

Nizamnamesi'nin bazı maddelerini değiştirerek bu konuda daha etraflı hükümler getirmiştir. Bu Kanun, herşeyden önce baltalıklardan yararlanma hakkını sadece köy halkına tanımaktadır. Baltalıklardan yararlanma karşılıksızdır. Orman Nizamnamesine göre, bu yararlanma zaruri ihtiyaç ölçüsündedir. Ticari yararlanma resme tabidir. Baltalık Kanunu bu tahdidi kaldırmıştır (AYANOĞLU,1997)

3.1.2.2. Cumhuriyet Sonrası Dönem

3.1.2.2.1. 1937 Tarih ve 3116 Sayılı Orman Kanunu:

Cumhuriyet'ten önceki dönemde kanunlardaki dağınıklık, belirli bir sisteme oturtulamayıp, ilk Orman Kanunu olan 3116 sayılı kanuna kadar süregelmiştir. Uzun çalışmalar sonucunda çağdaş Türk Ormancılığını kuracak olan ve kanunlarda sistematikleşmeyi getiren Cumhuriyet Döneminin ilk Orman Kanunu tasarısı ortaya çıkmıştır.

Kanunun ana gerekçeleri ise şu şekilde özetlenebilir:

- 1- Eski orman mevzuatının dağınık ve yetersiz olması,
- 2- Bu mevzuatta halkın ihtiyaçlarını karşılamak ve Devlete gelir sağlamak esasının hakim olması ve ormanların korunmasına önem verilmemesi,
- 3- Ülkenin iskan kabiliyeti ve savunması açısından mevcut ormanların yetersiz olması ve yurt yüzeyine dengesiz biçimde dağılmış olması,

4- Mülkiyeti kime ait olursa olsun kamu malı olan ormanlar üzerinde Devlet hakimiyetinin kurulması gereği (Bu nedenle yürürlükteki Anayasanın 74 maddesi 3115 sayılı kanunla değiştirilerek, orman istimlakı istisnai hükümlere bağlanmıştır.)

5- Cibali Mubaha anlayışı ve iltizam ormancılığının ormanlara zarar vermesi nedeniyle ormanların planlı bir şekilde Devlet eliyle işletilmesi gereği. (AYANOĞLU, 1981).

İlk Orman Kanunu'nda, Orman İrtifak haklarına 16.maddede rastlanmaktadır. 16.madde; Devlet ormanların toprağıyla birlikte şahıslara veya müesseselere devir ve temlikini bir kanun ile izin alınmasına ve bunlar üzerinde herhangi bir şekilde irtifak hakkı kurulmasını da Bakanlar Kurulu'nca karar verilmesine bağlamıştır. İrtifak hakkı tesisini Bakanlar Kurulu Kararı'na bağlayan bu düzenleme, olması gereken kadar katı ve objektiftir. Bu hükümle irtifak hakkı tesisi neredeyse kanunla eşdeğer tutulmuş ve ormanların tam anlamıyla korunması sağlanmaya çalışılmıştır.

16.maddenin içinde bulunduğu III.fasıl "Devlet ormanlarının satılması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi ve bu ormanlara civar köylerin hakları" başlığını taşımaktadır.

3116 Sayılı Kanun'un 16.maddesi; Devlet ormanlarının satılmasını öngörmektedir. Ormanların devletin elinden çıkıp, özel teşebbüsün eline geçmesine ve dolayısıyla da, orman varlığının azalmasına yol açan böyle bir düzenleme kabul edilemez. Bu devir-temlik işlemi ve kurulacak irtifak hakkı için bir kanunla izin alınacağı öngörülerek, işlem kısmen güçleştirilip,

objektif kriterlere bağlanmış gibi görülse de; böylesi bir düzenleme tamamen ormanlar aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Bunun bir örneğine; Abant Bölgesi ormanlarında rastlanmıştır. Abant ormanları özel bir yasayla Bolu İli Özel İdaresi'ne satılmış, ancak özel idarenin gereken tedbirleri alıp koruma sağlayamamasından dolayı da tekrar Orman Genel Müdürlüğü'ne devredilmiştir.

3116 Sayılı Kanunun 25.maddesinde, “....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” hükmü yer alır. Burada tanımlanan "izin" kavramıdır.

Bu hükümle, ormanlarda yapılacak olan bina ve tesislerin hangi amaçlarla kurulabileceği sayılmıştır. Bu tesislerin umumi sağlık, emniyet ve menfaat gereği kurulacağı tek tek belirtilmiştir. Ormanlarda kurulacak bina ve tesisat için amaçların tahdidi olarak belirlenmiş olması, olumlu bir düzenlemedir. Sebeplerin sayılı olması bunların dışında bazı amaçlarla ormana yönelimi engelleyecektir. Sonuç olarak da, bu tür tesislerin ormanlarda kurulmasının vereceği zarar en azda tutulabilecektir.

3.1.2.2.2. 1956 Tarih ve 6831 Sayılı Kanun

31.6.1956 yılında 3116 Sayılı Kanunun yerine geçen ve halen yürürlükte bulunan 6831 sayılı Orman Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunda Orman İrtifaklarına yönelik değişikliklere rastlanmaktadır. Kanunun 17.maddesinde “....ormanlarda 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 için Ziraat Vekaletinden izin alınır” hükmü yer alır.

3116 Sayılı Kanundan farklı olarak, ormanlarda kurulacak tesislerin amaçlarına, estetik ve turistik bakımdan yapılacak olanlar eklenmiştir. 6831 Sayılı Kanunun ilk şeklinde de; tesis kurulma amaçları yine tek tek sayılmış ancak daha da genişletilmiştir. Var olan kriterler korunarak, bunlara subjektif kavramlar olan estetik ve turistik olma şartları eklenmiştir. Kanunda yapılan değişikliğin ormanların aleyhine yapılaşmanın artırıcı rol oynayacağı açıktır.

17.maddede, ormanlarda yapılacak tesisler için Ziraat Vekaletinden “İZİN” alınması sözkonusudur. 3116'da da izin olarak geçen bu düzenleme aynı şeklini korumuştur. Bu tesislerin inşaatı için Bakanlıktan alınacak izin kurucu şarttır.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun Mütferrik Hükümler başlıklı 6.fasılın 115.maddesinde de irtifak hakkından bahsedilmektedir. Madde 115'e göre "...Devlet ormanları üzerinde herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Ziraat Vekaletlerinin onayına bağlıdır.

Burada irtifak hakkı tesisi için iki bakanlığın onayı şart kılınmıştır. 3116'da Bakanlar Kurulu'nun karar vermesine bağlı olarak düzenlenen irtifak hakkı tesisi, 6831 sadece iki Bakanlığın onayına bağlanmıştır. Dolayısıyla, 6831 sayılı Kanunun irtifak hakkı tesisinin kurulmasını daha kolay bir prosedüre bağlama eğiliminde olduğu düşünülebilir.

3.1.2.2.3.1983 Tarih ve 2896 Sayılı Kanun

Bu kanunla, 6831 sayılı Kanununun 17.maddesinin 3.fikrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"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 kişileri Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Tarım Orman Bakanlığı'nca, intifa için kullanım bedeli karşılığında izin verilebilir. Bu izin üzerine tesis edilecek intifa hakkı süresi 49 yılı geçemez. Bu süre sonunda tüm bina ve tesisler hazineye bedelsiz ve eksiksiz olarak devredilir".

17.maddenin değişik 3.fikrasıyla; Turizm Bakanlığı'nca belirlenecek turizm bölge alan ve merkezlerinde yer alan ormanlar, maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Turizm Bakanlığı'nca turizm bölge, alan ve merkezi olarak ilan edilen bölgelerdeki, irtifak hakları 12.3.1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümlerine göre kurulacaktır. Bu kanuna göre, Turizm alan, bölge ve merkezi olarak seçilen hazineye ait yerlerle ormanlar ilgili kuruluşlarca Turizm Bakanlığına tahsis edileceklerdir.

Bu fıkra, ormanlarda kurulabilecek tesislerin hangi amaçlara yönelik olduğu tek tek sayılmamış; sade kamu yararı kavramına yer verilmiştir. Ayrıca; bu tür bina ve tesisler için "izin" verilmesi sözkonusudur. İzin kavramı 3116 sayılı Orman Kanunundan beri süre gelmektedir. Ancak, madde içinde farklı bir kavrama yer verilmiştir. İzin üzerine kurulacak ve süresi 49 yılı geçmeyen bir "intifa" hakkından söz edilmektedir.

Burada, kurulacak bina ve tesislerden, bunların 49 yıllık olabileceğinden ve süre sonunda teslimi gerektiğinden bu hakkın bir üst hakkı (inşaat yapı hakkı) olduğu söylenebilir.

Hükmün içinde “intifa” kavramının kullanılması dikkat çekicidir. İntifa hakkının; şahsa bağlı kurulması ve devredilmesinin mümkün olmaması gibi niteliklere sahip bulunması bu kavramın kullanılmasını gerektirmiştir. Bu sayede ormanlar üzerinde gerçek ve tüzel kişilere intifa hakkının içerdiği anlam yüklenmiş olacaktır. Başka bir açıdan bakıldığında da. intifa teriminin kasten ve bazı nüfuzlu kişilerin irtifak hakkını kötü yönde kullanmalarını engellemek için seçildiği söylenebilir.

3.1.2.2.4.1987 Tarih ve 3373 Sayılı Kanun

3373 sayılı Kanunla ormanlarda kurulacak olan irtifak haklarına yönelik düzenlemeler son şeklini almıştır. Buna göre; “Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Tarım Orman ve Köyşleri Bakanlığı’nca bedeli karşılığında izin verilebilir. Bu izin süresi 49 yılı geçemez. Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesisler izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak OGM’nin tasarrufuna geçer. Turizm amaçlı tesisler için hak sahipleri adına tapuda irtifak hakkı tesis edilir. İzin ve irtifak hakları amaç dışı kullanılamaz”.

İlk Orman Kanunu’ndan (3116 s.k.) buyana, mevzatta orman irtifak haklarına yönelik bir takım değişiklikler yapılmıştır.

3116 Sayılı Kanunda ormanlarda kurulacak olan her türlü bina ve tesisin hangi amaçlara yönelik olduğu tahdidi olarak belirlenmiştir. Aynı konuyu düzenleyen son duruma gelindiğinde bu yol terkedilmiş, sadece kamu yararının varlığı bina ve bu tesislerin kurulması için yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca, bu düzenlemenin geçerli olacağı devlet ormanlarının; turizm alan ve merkezleri dışında kalan yerler olduğu belirlenmiştir.

Bu değişikliklerin ormanların korunmasına yönelik olması gerekliliği gözönüne alındığında her mevzuat değişikliğinde bunun aksi yönde bir değişim görüldüğü söylenebilir.

3116 Sayılı Kanunda ormanlarda bina ve tesisat yapılması; belli amaçlara bağlanmışken, 6831 Sayılı Kanunla değişik 3373’e bakıldığında kavramın daha subjektifleştiği, daha genişlediği görülecektir.

3116 Sayılı Kanunun 25.maddesinde bu tür yapılaşmanın umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Buradaki düzenlemede olduğu gibi, yapılaşma amaçlarının tahdidi olması yerindedir. Bu şekilde sayılan amaçlar dışında her türlü yapılaşma engellenmiş ve kanun güvencesine alınmış olacaktır. Daha sonraki düzenlemelerde; konulan kamu yararı kıstasında olduğu gibi yoruma açık bir kavram yoktur. Ancak, 3116 Sayılı

Kanunun 25.maddesi hükmü çok açık değildir. Ormanlarda bina ve tesisatın yapılabilmesi umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat şartlarına bağlanmıştır. Burada yorumlanması gereken bir durum ortaya çıkmaktadır. Ormanlarda yapılacak olan bina ve tesisin toplumun sağlığı, toplumun emniyeti ve toplumun yararı unsurlarını bünyesinde barındıracağı kanun hükmünde ifade edilmiştir. Ancak; buradaki ifadeden sağlık, güvenlik ve menfaat şartlarının birarada bulunması gerekliliği gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu kavramlar (şartlar) ayrı ayrı ele alındığında da ortaya başlı başına bir “Kamu Yararı” kavramı çıkmaktadır. Bu da hükmün anlamına genişletici bir yorumdur. Eğer yapılacak olan bina ve tesisatta kamu yararının bir ayrı şart olarak hükme alındığı düşünülürse, tekrar umumi emniyet ve sıhhat şartlarının madde metninde kullanılması gereksiz olacaktır. Zira, kamu yararı kavramının, toplumun sağlığı ve güvenliğini de kapsadığı ortadadır. Kanun koyucunun, burada umumi sağlık ve güvenlik konularında ormanlarda her türlü bina ve tesisata izin verdiği ve ayrıca bu konulardaki yapılaşmanın beraberinde kamu yararını da taşıması gerektiği yolunda bir anlatıma girdiği düşünülebilir. Böyle bir düşünce tarzı tahdidi olarak sayılmış olan şartları daha belirginleştirecek ve kapsamını daha da daraltacaktır.

Ormanlarda her türlü bina ve tesisatın kurulmasının kamu yararına yönelik olması temel bir zorunluluktur. Ancak, bu kavramın genişliğinden, subjektifliğinden ve belli kriterlere bağlanamamasından dolayı kendi içinde de sınırlamaya ihtiyacı olacaktır. Dolayısıyla, 3116’nın hükmünde yer alan umumi sıhhat ve umumi emniyet kavramlarını; kamu yararına getirilmiş birer takyit olarak düşünülebilir.

Daha sonraki düzenleme ile getirilen 6831 Sayılı Kanun hükmünde de kanun koyucunun konuyu bu şekilde algıladığı görülmektedir. 6831 s.k.’nın ilk şeklinin 17.maddesine bakıldığında “..... ormanlarda umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı veya estetik ve turistik bakımdan yapılacak olan...” ifadesi görülecektir. Bu ifadenin kaleme alınış şeklinde; estetik ve turistik bakımdan yapılacak olan bina ve tesisat veya ibaresiyle umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat şartından ayrılmıştır. Dolayısıyla, estetik ve turistik bakımdan yapılacak olan tesisatlara izin verilebilmesi başlı başına bir durum arzettiği gibi; umumi sıhhat ve emniyet ve menfaatin birarada arandığı hali de ikinci bir durum olarak ortaya koymaktadır. Bu düzenlemeyle de, ormanlar aleyhine bir değişiklik gündeme gelmektedir.

6831 sayılı Kanunun 2896 s.k. ile değiştirilmesi sonucunda, ortaya turizm alan, bölge ve merkez kavramları çıkarılmış ve bu alanlarda yer alan ormanların kapsam dışına atılması sağlanmıştır. Buralarda Turizm Bakanlığının yetki ve kontrolü olacaktır.

3116 sayılı Kanunun oldukça dar tuttuğu “ormanlarda yapılaşmaya izin” çerçevesi 6831 s.k.’a getirilen bu düzenlemeyle çok genişletilmiştir. Kapsam dışına çıkarılan orman alanlarının Orman Bakanlığı’nca Turizm Bakanlığı’na tahsisi gündeme gelmiştir ki bu düzenleme ormanlardan inşaat alanı olarak yararlanmanın had safhaya çıkarıldığı bir durum yaratmıştır.

Ayrıca, 2896 s.k.’la getirilen kavram da “intifa”dır. Kaynağını Medeni Kanun’dan alan böylesi bir kavramın, zaten yeterince karmaşık olan 17.madde hükmü dahilinde kaleme alınmış olması anlaşılamamıştır. Ancak, uygulamaya bakıldığında İrtifak hakkının ticaretini önlemek için bu kavramın İntifa olarak değiştirildiği görülecektir.İntifa Hakkının da uygulamada sorunlara yol açması üzerine tekrar bir değişiklik yapılarak 2896’nın getirdiği bu kavram, 3373 s.k. ile kaldırılmış sadece izin kavramına yer verilmiştir. Bu iznin de “Kamu Yararı”na olan her türlü bina ve tesisat için verileceği hükme bağlanmıştır. Halen yürürlükte olan düzenleme de bu şekildedir. Ancak, bu kavram da günümüzde ihtiyacı karşılamamakta ve subjektif uygulamalarla ormanlar aleyhine işleyen bir düzen oluşturmaktadır.

2896 sayılı Kanun’da yer alan İntifa kavramının , hakkın devredilmesini engellemek amacıyla kullanıldığı da düşünülebilir. Yine de kavramın yerinde kullanılmadığı veya daha uygun bir tanımlama ile aynı sonucun elde edilebileceği açıktır. Eğer, intifa hakkının kullanılmasındaki tek amaç devri engellemek olarak ele alınırsa, madde metnine bunu açıkça ifade eden bir hükmün konulması daha yerinde ve anlaşılır olacaktır.

Sonuç olarak, 3116 sayılı Kanun ile getirilen ve ormanlarda yapılacak olan her türlü bina ve tesisatın hangi amaçlara yönelik olacağını tahdidi olarak belirleyen ve bu belirlemede çerçeveyi sınırlı tutan ilkeler, ormanların varlığını devam ettirebilmeleri açısından koruyucu ve olması gereken biçimdedir.

3.1.2.3. T.C. Anayasalarında Orman İrtifak Hakları

Türk tarihinde ormanların çok önemli bir yer tutmasına rağmen, bu konuda ilk Anayasadan*¹ Cumhuriyet'e gelinene dek herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ormanlarla ilgili ilk hükme, 1924 tarihli Anayasa'nın değişik*² 74.maddesinde rastlanır. Bu hüküm orman irtifak haklarıyla ilgili değildir. Maddeye göre; ormanları devletleştirmek için alınacak toprak ve ormanların kamulaştırma bedelleri ve bunların ödenmesi biçimi özel kanunlarla gösterilecektir.

Ormanlarla ilgili ilk ve tek anayasal bu düzenlemeden sonra, arka arkaya çıkarılan orman kanunlarıyla bu konunun sağlam temellere oturtulmasına çalışılmıştır..Ancak, bu süreçte, kesin çözümler aranması gerekirken, ormanlar "iktidara giden yol" olarak görülmüş, politikacıların olmazsa olmazı haline gelmiştir.

Tüm bunlarla bağlantılı olarak orman suçlarının fazlalığı hükümetleri rahatsız eder hale gelmiş ve buna da çözüm olarak "af kanunlarının" çıkarılması görülmüştür. Nitekim 1950-1958 yılları arasında tam 4 kez af kanunu çıkarılmıştır.

Ormanlarla ilgili bu vahim tablo; 1960 yılında ülkenin siyasal yapısında yapılan değişiklikler sonucu olarak bir Anayasa hazırlığına girildiğinde herşeyiyle kendini göstermekteydi. Türkiye'de kendini belli eden tahribin, devletin bugünü ve geleceği için taşıdığı olağanüstü önemi ve yarattığı büyük tehlikeyi gözönünde bulunduran ve Türkiye Milli Birlik ve Komitesi tarafından bir Anayasa Ön Tasarısı hazırlamak üzere 27 Mayıs 1960'da kurulan Anayasa komisyonu bu konuda toplumun genel eğilim ve düşüncelerini belirlemek için çalışmalar yapmıştır.

1961 Kurucu Meclisi, bu ölümcül süreci açıkça önleyen hükümlere yer vermiştir. Çağdaş ülkelerin hiçbirisinde sözkonusu olmayacak biçimde "ormanlarımızın hızlı ve sürekli olarak yok edilmesini" önlemek için sert önlemler alma gereğini duymuştur.

*¹ 1876 Kanunu Esası 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu

*² (5.2.1997 tarih ve 3115 sayılı değişiklik)

Maddenin ilk şekli "Merafii Umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiç kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olunamaz. Fevkalade ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdi, ayni ve sayü ameile müteallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse fedakarlığa icbar edilemez

Kurucu Meclisten önce, İstanbul Üniversitesi'nde kurulan 10 kişilik Anayasa komisyonunun kabul ettiği ön tasarının 159.maddesinde, Anayasa tarihimizde ilk kez, ormanları koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Bunlar, yalnız iktidarlara görevler yükleyen kurallar değil, aynı zamanda iktidarların hatta yasama meclisinin yetkilerini bile sınırlayıcı yasakları da” içermektedir (AKSOY, 1987).

Anayasa Komisyonunun kabul ettiği ön tasarının 159.maddesi*¹ özellikle irtifak haklarını düzenleyen ifadesi açısından farklılık gösterir.

Bu düzenlemeye göre Devlet ormanları “KAMU HİZMETLERİ” dışında irtifak hakkına konu olamaz. Konunun ilerleyen kısımlarında da görülebileceği gibi burada kullanılan kamu hizmetleri ifadesi farklı bir nitelemedir. Çünkü, 1961 Anayasası da dahil olmak üzere bu ifade yerini “kamu yararı” kavramına bırakmıştır.

Kamu hizmetinin tanımlamasını yapmak konuya açıklık getirmek açısından yararlı olacaktır.

ONAR’a göre kamu hizmeti; Devlet veya diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından veya bunların nezaret ve gözetim (murakabeleri) altında umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için yapılan ve umuma sunulmuş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlerdir. Milli Savunma, Zabıta, Milli Eğitim ve Öğretim gibi.

Doktrinde kamu hizmetlerinin kriterleri, nelerin kamu hizmetinin konusunu oluşturduğu konularında çeşitli görüşler yer almaktadır.

Burada ormanlar açısından son derece önemli olan, kamu hizmetlerinin, Devlet veya diğer kamu kuruluşlarınca veya onların gözetim ve denetiminde gerçekleştirilebilmesidir. Bireylerin ve özel teşebbüslerin başaramayacağı kollektif ve umumi ihtiyaçları karşılamanın devletin görevi olduğu açıktır.

*¹ Çok ilginç hükümleri içeren bu maddeyi aktarmak isterim: “Devlet, ormanın korunması ve ormanların ülke yüzölçümünün en az yüzde yirmibeşine çıkarılması için gerekli kanunları koyar, tedbirleri alır ve bunların düzenlenmesi için bir ORMANCILIK ŞURASI KURAR.

Bütün ormanların gözetimi DEVLETE aittir. Devlet ormanları, özel kanuna göre Devletçe yönetilir ve işletilir.

Devlet ormanlarının, mülkiyeti, yönetimi, işletilmesi özel kişilere DEVROLUNAMAZ; bu ormanlar süre AŞIMI ile mülk edinilemez ve KAMU HİZMETLERİ dışında İRTİFAK hakkına konu olamaz.

Orman içinde YENİDEN YERLEŞİLEMEZ; her türlü özel ve tüzel kişiler tarafından sürekli veya geçici TESİSLER KURULAMAZ, ormana ZARAR VERİCİ HAYVANLAR beslenemez.

Ormanlar İÇİNDE VEYA HEMEN YAKININDA OTURAN HALKIN iktisaden kalkındırılması ve ormanın korunması bakımından gerekirse BAŞKA YERE yerleştirilmesi, özel kanunla düzenlenir.

YANAN ORMANLARIN yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde tarım yapılamaz.

ORMAN SUÇLARI için GENEL AF KANUNU çıkarılamaz.

Siyasi veya şahsi nüfuz veya çıkar sağlamak amacıyla ORMANCILIK KONUSUNU İSTİSMAR etmek yasaktır.

Bu yasağa aykırı hareket eden veya böyle hareketi teşvik eden kişiler CEZALANDIRILIR ve SİYASİ PARTİLER Anayasa Mahkemesince temelli KAPATILIR.

Ayrıca, bir teşebbüs ve faaliyetin kamu hizmeti sayılması için kuruluş ve işleyiş sebebinin umumî bir ihtiyaç olması ve doğrudan doğruya ilk amacın da bu faaliyetin ifası ile kamu yararının sağlamak amacı bulunması lazımdır.

Bunların dışında kamu hizmetleri hiçbir sebep ve bahane yüzünden kesintiye uğratılamaz, eksik veya düzensiz bir şekilde görülemez. Bu hizmetlerin umuma yönelmesi de şarttır (ONAR, 1960).

ÖZAY'a göre "Kamu Hizmeti Niteliği" kavramını açıklayabilmek amacıyla ihtiyaçların giderilmesi, hatta "tatmin"ine yönelik etkinliklerin sosyolojik açıdan irdelenmesi ve unsurların ortaya konulmasında da yarar vardır. Bu açıdan ele alındığında ilk gözlemlenen toplumda genel ve ortak bir gereksinimin belirmesidir ama bu tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bu ihtiyacın sürekli, yani her zaman duyulan bir şekilde bulunması da gereklidir.

Bu noktada ortaya çıkan en önemli unsur ise, ihtiyacın giderilmesine yönelik ve özel kişiler tarafından girilen herhangi bir faaliyetin ya hiç bulunmaması ya da yeterli olmamasıdır. Bu nedenle toplumun huzursuz olacağı, dirlik ve esenliğin bozulacağı varsayımından hareketle sürekli biçimde duyulan gereksinimin giderilmemesi veya bunu herhangi bir biçimde karşılamamanın tatminkar olmaması durumunda, Devlet o alana el atmakta ve orada kamu hizmeti denilen bir etkinliğe girişmektedir (ÖZAY, 1996).

Kamu hizmetinin varolduğu noktada kamu yararı da bir ön koşul olarak aranmış olacaktır. Bu açıdan bakıldığında kamu yararı, Devletin etkinliklerine egemen olması gereken bir ilke, buna karşılık büyük ölçüde siyasal bir "kavram"dır.

Buna göre kamu hizmeti, kamu yararının gerektirdiği ihtiyaçları karşılayabilmek üzere sürdürülen faaliyetler olarak tanımlanabilir.

Bu kısa açıklamadan sonra belki de ön tasarı da ifade edilen ve irtifak haklarının hukuki nedenini oluşturan "Kamu Hizmeti" kriterinin en yerinde düzenleme olduğu söylenebilir. Kamu hizmeti kriterinin konması aslında beraberinde kamu yararını da getirecektir. Çünkü, bu iki kavram aynı anlama ve amaca yöneliktir. Kamu Yararı kavramı, Kamu Hizmetine göre daha geniş anlam ifade eden kavramdır ve bu nedenle çok daha esnek, yoruma açık bir düzenleme getirecektir.

1961 Anayasası, ön tasarı hükümlerinin çoğunu bünyesine alarak çıkarılmıştır. Ön tasarıda 159.madde olarak düzenlenen ormanlara yönelik hükümler 1961 Anayasasının 131.maddesinde değiştirilerek yer almıştır.

Ormanlar üzerinde kurulacak irtifak haklarına yönelik hüküm “..... Devlet ormanları “kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz” şeklinde kabul görmüş ve bugünkü Anayasada da geçerli olan ifadesini bulmuştur.

1961 Kurucu Meclisi’nde madde 131 hakkındaki konuşmalardan irtifak hakkıyla ilgili kısım şu şekildedir:

HATİPOĞLU (Eski Tarım Bakanı) bu görüşmeler sırasında orman irtifak haklarıyla ilgili fikirlerini aşağıdaki gibi sıralamıştır:

Bunun şerefi bu Meclise aittir. (.....) Bazı arkadaşlar, turizm için bazı ormanların temlikini istediler. Memleketin geleceğinde büyük bir rol oynayacak olan turizm için maddedeki “Devlet ormanı kimseye temlik edilemez” kaydının doğru olmadığını söylediler. Hayır arkadaşlar. Bu mütalaa doğru değildir. Evet, Devletin ormanı hiç kimseye temlik edilmemelidir. Ama sözcünün (Prof.Dr.Muammer AKSOY)dediği gibi, 99 yıl sürecek irtifak hakkı tesis kabildir ve kamu menfaati için hastane, senatoryum gibi tesislere bu sürede irtifak hakkı da yeter ve artar. Turizm tesisleri için irtifak hakkı, istenen imkanları verir. Ama mülk olarak ormanın bir karış toprağının bile hususi maksatlarla başkalarına temlikine izin verilmemelidir.Bu kapıyı açtığınız takdirde, sonu gelmez maceralar başlar. Böylece sizin ehemmiyetle üzerinde durduğunuz ve kabul ettiğimiz bu prensip de muallakta kalır, işlemez olur ve Devlet ormanları şunun bunun eline geçer.*¹

Sonuç olarak, 1961 Anayasası’nın ormanın korunmasına yönelik olan 131.maddesinde ormanlar üzerinde irtifak hakkı kurulması, kamu yararı şartına bağlanmış, bunun dışında ormanlar üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı anayasal güvence altına alınmıştır. Hatipoğlu’nun yaptığı konuşmada da görüldüğü üzere devlet ormanının hiç kimseye temlik mümkün değildir. Üzerlerinde kurulacak irtifak hakkı böyle bir sonuca yol açmayacaktır.

22.4.1970 yılında*² çıkarılan kanunla 1961 Anayasası’nın 131.maddesi değiştirilmiştir. Ancak, bu değişiklik, ormanlar üzerinde kurulacak olan irtifak haklarına yönelik hükmü etkilememiştir. Ormanların kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı geçerliliğini korumaktadır.

*¹ (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 4, s.109, 24.4.1961 tarihli konuşmalar).

*² T.C.Anayasasının 131.Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun. Kanun No:1255.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin 12 Eylül 1980’de gerçekleştirdiği hareket sonunda yeni bir Anayasa hazırlığı çalışmalarına girişilmiştir. Hazırlanan yeni Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 7 Kasım 1982 tarihinde halkoyuna sunularak kabul edilmiştir.*¹

1982 Anayasasından önceki dönemde çeşitli sebeplerle orman teşkilatının yapısının değiştirilmesi, ormancılık örgütünü zayıflatmış ve hizmetlerin gerektiği biçimde yapılmasını zorlaştırmıştır.

Bu dönemde ormancılık açısından olumlu sayılabilecek olan tek gelişme, 1982 Anayasasında, 1961 Anayasasının 131.maddesine büyük ölçüde sadık kalınarak, 169.madde*² altında ormancılıkla ilgili hükümlere yer verilmiş olmasıdır.

Ormanlar üzerinde kurulacak olan irtifak haklarıyla ilgili ifade 131.maddenin aynıdır. 1982 Anayasasında da, “... kamu yararı dışında irtifak hakkının devlet ormanlarında sözkonusu olamayacağı” belirtilmiştir. Bu ifade günümüze kadar geçerliliğini korumuştur. Halen, irtifak hakkı uygulamalarında “kamu yararı” şartı aranmaktadır.



*¹ R.G.Tarihi 9.11.1982, Mükerrer Sayı 17863

*² Madde:169- “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.

3.1.3.Ormanlardan YararlanmaUsulleri

3.1.3.1. Çeşitli Ülkelerin Orman Kanunlarındaki Yararlanma Hakları

6831 sayılı Orman Kanunu'nda yer alan doğrudan ve dolaylı yararlanma hakları, incelenen diğer ülkelerininkilerle paralellik göstermektedir.

Aşağıda, haklarında açıklamalarda bulunulan ülkelerdeki ormanlardan yararlanma usulleri doğrudan ve dolaylı yararlanma ayırımına gidilmeden birarada ele alınmıştır.

Yasal mülkiyete bakmaksızın, ormanlardaki irtifak hakları ve yararlanma hakları bölgedeki ülkeler arasında oldukça değişiklik göstermektedir. Bu çeşitlilik, ülkelerin uzun tarihi içinde insanlığın başlangıcına kadar uzanır. Buna göre çeşitli ülkelerde geçerli olan yararlanma hakları, şu şekilde sıralanabilir.

Kıbrıs'ta mülkiyet, izinler ve irtifak hakları tescil edilir, devlet ormanlarının içinde ve bitişiğindeki köy toplulukları, ormandan hiçbir ödeme yapmak zorunda kalmadan yakacak odun alma yasal hakkına sahiptirler.

Libya'da kanunlar bu insanlara,ormanda otlatma, taş, yaprak, meyve, yakacak odun toplama hakkı ve avlanma izni tanımıştır. Fakat bu sadece kişilerin şahsi ihtiyaçlarını karşılamak içindir, ticaret amaçlı olarak bu tür yararlanmalar söz konusu değildir.

Sudan'daki yararlanma hakları, 1930 tarihli Alan Kazanım (Acquisition) Kanuna bağlı olarak düzenlenir. Kazanılmış haklar resmi gazetede yayımlanır. Bunlar; yolları, politikaları, kamunun kullanımına açık su yollarını, kamunun kullanımına açık orman rezervlerindeki su kaynaklarını, yerlerini ve kullanım şekillerini içerir. Her kim boş bir alanı verimli hale getirirse, onun mülkiyetine adını verebilir. Alan tasarrufu hakkındaki, benzeri kanunların etkisi, insanları daha fazla orman alan meydana getirmeye teşvik etmektedir.

İran Anayasası'na göre; dağlar, ormanlar, otlaklar, çöller İslam Cumhuriyetinin mülkündedir. Göçebe (yersiz) nüfuslar, yazın ve kışın yüksek yerler ve alçak yerler arasında göç ederler. Bunun amacı hayvanlarını otlatabilmektir.Bunun için,ormandan ağaçların dallarını budayarak hayvanların beslenmesini sağlamak şeklinde yararlanmaya çok sık rastlanır.

Orman içi açıklıklardaki toprağı işleme, yakacak odun kesimi ve kömür çıkarılması gibi yararlanma hakları da kişilere tanınmıştır.Ancak, çoğunlukla düzenli bir yasal prosedüre bağlı değildir.

Afganistan, buradaki doğal kaynakların azlığından dolayı çevreye olumsuz yönelim ve kaynakların hızla tahribi sözkonusudur. Onların amacı sulu toprakları işleyebilmek ve insanlar için yiyecek üretebilmektir. Bunu sadece yaşamlarını sürdürebilmek için yaparlar. Tüm orman kaynakları ve otlaklar devletin mülkü olarak düşünülürken, bu konuda geniş kapsamlı bir düzenleme yoktur. Kanun tasarısı, hükümetin gündemindedir. Hakların çeşitli şekilleri, teklif edilen tasarıda tanımlanmamıştır.

Pakistan ormanları, kamu veya özel olanların geleneksel kullanımları, alışkanlıklar veya kanunlarla tanınan imtiyaz ve haklarla ağır bir yükün altındadır. Bu haklar 18.-19. yüzyıllarda arazilere yerleşildiği zaman tanınmış ve halen yerel toplumlarla ve kabilelerce uygulanmaktadır. Kanuni haklar ve izinler orman amenajmanınca dikkate alınmış ve Orman Çalışma Planlarına yansıtılmıştır.

Irak'ta; ormanların yakınında yaşayan insanların yakacak toplama, meyve, mantar toplama ve hayvanlarını otlatma hakları vardır.

Somali'de; pastoral alanlar, geleneksel tasarruf hakkı düzenlemeleriyle kontrol edilir. Tarım Alanları Kanunu (1975 tarih 755 sayılı); tüm alanların kullanımları dikkate alınmadan, devletin mülkü olarak Somali Demokratik Cumhuriyeti'ne ait olduğunu belirtmektedir. Bölgedeki orman alanları örf ve adete dayanan yararlanmalarla veya kanunla tanınmış izinler ve irtifak haklarıyla yükümlenmiştir. Yapacak, yakacak, otlatma, tarım hakkı ve amaçlı yararlanmalar ancak sadece şahsi kullanımlar içindir. Ticari faaliyetlere konu olmaları mümkün değildir.

Ürdün'de; yürürlükten kalkan kanunlar (1927-1951), ormanların etrafında yaşayan insanların yakacak, yapacak çeşitli orman ürünlerini toplama haklarını kabul etmiştir. Yakın zamana ait kanun (1973 tarih ve 20 sayılı), bu hakları açık olarak tanımamıştır. Fakat Tarım Bakanı'na, devlet ormanlarındaki otlatmanın idaresi ve izin verme yetkisini tanır. Rekreatif amaçlarla orman kullanımı bu gibi yerleri tanımlayan OFSC tarafından idare edilir.

Özel orman malikleri tüm haklara sahiptir, alanlarını kullanmak, ağaç kesimi ve budama Bakanlıkça yayınlanan lisansa göre izinli olarak yapılabilir. Aynı koşullar rüzgar perdeleri ve yetiştirilen fidanlıklar için de geçerlidir. Lisanslar, Bölge Tarım Departmanı'nca ormandan faydalanma, kömür eldesi, orman ürünlerini toplama, otlatma ve taşımacılık konuları için yayınlanır.

Yerel halkın hakları her yerde korunmaktadır ve ormandan yararlanma aslında sahibi ve kullanıcısı olarak 2'ye bölünmüştür. Orman sahibi; yararlanma hakkı sahibine ihtiyacı olan hayati faaliyetler konusunda yetki vermek zorunda kalır. Örneğin:

- Ölü odunları toplama
- Ticari olmayan amaçlarla ağaç kesmek
- Uygun ölçüde ve uygun mevsimde sürülerini otlatmak,
- Orman ürünlerini (küçük) toplamak
- Sınırlı olarak da olsa odun satışı yapmak

Yakın Doğu Ormanlarında aynı anda her yerde uygulanan yararlanma hakları, orman kanunlarından öncelikle kırsal kesim insanını ilgilendirir (FAO, 1993).

İspanya Orman Kanunu'nun konuyla ilgili maddeleri aşağıdadır:

Md 85. Orman varlığının korunması için zararlı intifa hakları, bu hakların sahiplerine nakden tazminat ödemek veya devlete ait arazi tahsis etmek suretiyle kaldırılabilir.

Md. 86. İlgili kişilerle bu konuda yapılacak anlaşmaların onay ve uygulaması, bu yönetmelikteki satın alma hükümlerine göre yapılır. İntifa hakları, yukarıdaki maddelerde tespit edilen hükümlere göre istimlak edilebilir.

Md 87. Devlete ait ormanlar üzerinde, daha önceden “Kamu Yararını” veya sosyal faydayı gerektirdiği belirtilen işler, çalışmalar veya hizmetlerle ilgili olmadıkça; hiçbir şekilde işgal ve yararlanmaya (intifaa) izin verilemez. Yani devlete ait ormanlar üzerinde kamu yararını gerektiren işler dışında herhangi bir işgal ve yararlanma sözkonusu değildir.

Böyle bir durum gerçekleştiğinde; Orman Emvali İdaresi, imtiyaz şartlarını kararlaştıracak ve talep sahibinin bunlara uymasını kontrol edecektir. Talep sahibinin bu kurallara uyması halinde ilgili istimlak hükümleri uygulanacaktır.

Md 95. Herçeşit orman ürününden yararlanma yürürlükte bulunan orman mevzuatına göre olacaktır. Her defasında 250.000 pesetayı geçmeyen miktardaki orman ürünlerinden doğrudan doğruya yararlanmak konusunda Orman Emvali izin verebilecektir. Miktar daha fazla olursa Konsey'e bilgi verilecektir. 500.000 pesetayı aştığı takdirde Tarım Bakanı'nın izni lazım gelecektir.

Ağaçların kesilmesi

Meyvaların toplanması

Reçine ve kabukların çıkarılması

Elde edilen ürünlerin depolanması, nakli ve işlenmesi maksada uygun şekilde Konsey'e bilgi verilmek suretiyle idarenin kararıyla Orman Emvali İdaresi tarafından ifa edilecektir.

İsveç “geleneksel hukuku”na göre, toplumun ormanlar üzerinde “common access prerogative” adı verilen ortak kullanım ayrıcalığı vardır. Bu hakka göre, bütün toplum orman sahibinden izin almaksızın her türlü ormana girebilir, buradan yabani çilek, böğürtlen vb. meyveler, mantar ve çilek toplayabilir. Hatta balık tutup yaban hayvanı avlayabilirler (LAUGHLIN, MESSINA,1988).

Norveç halkı, Norveç geleneksel hukukundan kaynaklanan tarihi kullanım hakkına sahiptir. Bu hakka göre Norveçliler, diğer şahısların ormanlarına serbestçe gelebilirler, ancak orman arazisine zarar vermemek kaydıyla burada halk; dağcılık, kayak, piknik yapabilir, mantar, çiçek veya yabani çilek, böğürtlen, koca yemiş türü meyveler toplayabilirler. Kamp yapmaya dahi ormana girebilirler ancak iki günden fazla sürecek kamplarda orman sahibinden izin almak gerekmektedir.

Finlandiya geleneksel hukukuna göre, toplum ormanlardan İsveç'tekine benzer şekilde serbestçe yararlanabilir (EID, ELLÉ, ØISTAD, 1992).

Amerikan Hukuku'nda Ormanlardan Yararlanma Hakları:

Yaban Hayvanları Üzerinde Kullanım Hakları

Amerikan Hukuku'na göre, yaban hayvanları üzerinde orman sahibinin mutlak mülkiyet hakkı yoktur. Bunun yerine, “Public Trustee” veya “Trustee of Public” denen ve hükümet tarafından garanti edilen koruma hakkı vardır. Yani hükümetin özellikle öncelikli olarak eyalet hükümetlerinin, hem özel ormanlarda hem de devlet ormanlarında yaban hayvanları üzerinde kollama ve koruma hakları vardır. Ancak mülkiyet hakkı hiç kimsenin değildir. Hatta, Supreme Court (441. U.S. 322 (1979) Hughes v. Oklahoma kararında bu durumu açıkça belirtmiştir.

Hükümet av hayvanlarının ne zaman avlanacağını belirlemek ve av lisansı işlemlerini yürütmekle görevlidir.

Avlanana kadar kimsenin malı olmayan av hayvanı, avlandıktan sonra avlayanın mülkü olmaktadır (CUBBAGE, LAUGHLIN, BULLOCK III,1993).

2- Eminent Domain:

Amerikan Hukuk sisteminde, devlet kamu hizmetlerinin büyük çoğunluğunu özel şirketlere yaptırmaktadır. Hizmet yapılacak arazi (ister orman arazisi olsun isterse başka bir tür

arazi) devlet tarafından, sahibine bedeli ödenerek alınır ve hizmet yapacak şirkete çalışma yetkisi verilir. (Türk Hukukundaki kamulaştırma işlemine benzetilebilir ancak Türk Hukukuna göre orman arazilerinin kamulaştırılması mümkün değildir, sadece irtifak hakkı kurularak izin verilebilir). Amerikan Hukuku'nda ormanlar üzerinde "eminent domain" hakkına göre mülkiyet durumu değiştirilip herhangi bir tesis yapılabilir. Dolayısıyla şahıslar bu hakka dayanarak ormanları kamu hizmeti amacıyla kullanabilirler (CUBBAGE, LAUGHLIN, BULLOCK III,1993).

Eminent Domain Hakkı "The right of the government to take private property for public use by virtue of the superior dominion of its sovereignty over all lands within its jurisdiction." Yani hükümetin veya devletin, yetki alanı dahilindeki tüm araziler veya alanlar üzerindeki üstün idare yetkisine dayanarak, özel mülkiyet altındaki alanları kamu hizmeti kullanımı için almasıdır (MERRIAM - WEBSTER'S DICTIONARY OF LAW, 1996).

İrtifak Hakkı (Easement) kavramı Türk Hukuku'ndakine benzerlik göstermektedir. Ancak Türk Hukuku'nda ormanlar kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Aksine Amerikan Hukuku'na göre ormanlar (özel veya devlet ormanı) üzerinde de kamu yararı ve özel kullanımlar için İrtifak hakkı kurulabilir.

Yunan Hukuku'nda yakın zamanlarda, Yunan kanun koyucuları, ormanların maddi, ağaç servetinden çok, sosyal ve doğal yönlerini de dikkate almış, insanlığa hizmetini de incelemiştir.

Orman Kanunu'nun ortaya çıkışı, malikin türünü dikkate almadan orman mülkiyetini korumak için olan taleplerle, orman kanununun bir kısmı da kamu yararına hizmeti amaçlayan; hükümetin emirleri ile verilen izinlerle ilgilidir.

1975 tarihli Anayasa, ormanlar ve orman alanlarındaki izin uygulamalarını düzenlemiştir.

Kamu yararına olmak ve orman niteliğini değiştirmemek kaydıyla devlet, ormanlardan yararlanmaya yönelik izinler verebilecektir.

Başkanlığa ait 19.11.1928 tarihli kararname; ormandan verilen izinler, orman ürünleri ve yönetimi konularını kapsar. Bu kararname hala ormancılığın temel prensiplerini karşılamaya devam eder. Buna ek olarak, 24.12.1929 tarihli kararname, ormancılık faaliyetleri veya orman sahipleri için uygulanabilir, orman ürünleri için izin tipleri hakkındadır ve izinlerin çerçevesini çizer.

1937 tarih ve 826 sayılı “Ormanların Devlet Eliyle Yönetilmesi Veya Uzun Dönemli Kiralamalar Veya Sözleşmelerle İdaresi Hakkında Kanun”da da, ormanlardan yararlanmaya ilişkin hükümler yer almaktadır

1937 tarih ve 875 sayılı Kanun ormanlarda otlatmaya yönelik izinler ve düzenlemeleri içerir.

1969 tarih ve 86 sayılı kararname 1929’dan beri olan tüm düzenlemeleri çatısı altında toplamıştır. (FOREST LEGİSTATİON, 1988).

ATO (African Timber Organization)’nun tüm üye ülkelerinin ormana yönelik düzenlemeleri önemli teferruatlarla doludur. Bu düzenlemeler, kırsal kesim insanı ve onların ormanla arasında sıkı bir bağlantıyı esas alan, ona dayandığı kabul edilen hakim orman kanunlarının temel elemanlarıdır. Ormandan yararlanma haklarının uygulaması; çiftçiler ve köylülerin geçim kaynağının bir kısmını sağlamada büyük önem taşır. Bu haklar şu şekilde sıralanabilir:

a- Ağaçların, çalıların, ölü ağaçların ve dalların yakacak odun olarak kullanılması; yakacak hakkı

b- İnşa kerestesi ve çit, tahta perde vs. yapmak için ağaçların kesilmesi; yakacak hakkı

c- Ağaç kabuğu, lateks sakız, reçine, çeşitli meyveler ve fındıklar gibi orman ürünlerinin toplanması “Tali Hasıla Hakları”

d- Ağaç sarmaşıklarının lifleri, yenebilen bitkiler, ilaç yapımında kullanılan bitkiler, copal, bal, meyve çekirdekleri, laterite... gibi, “diğer mahsuller”

e- Avlanma ve balıkçılık uygulamaları “avlanma hakkı”

f- Orman içi açıklıklarda otlatma ve çalı, yaprak, dallarının hayvan yemi olarak kullanımı “otlatma hakkı”

g- Tarım için ormanların açılması “tarım alanı açma hakkı”

h- Geçit hakkı ve kaynak hakları (FAO,1993).

Fransız Hukukunda Orman İrtifak Hakları

1.İrtifak Haklarının Genel Özellikleri

2.Herkesin Yararlanmasına Sunulan Haklar

a.Orman alanlarındaki haklar

b.Elektrik enerjisi dağıtım hakları (Mecra İrtifakı)

c.Karayolları irtifakı

Tanımı: İki taşınmaz arasında tanımlanabilecek irtifak ilişkisi şudur:- Taşınmazlardan birisi diğerinin yararlanması amacıyla bir görev üstlenir. Başka bir ifadeyle biri diğerinin hizmetindedir. Bunlardan birine, hizmet taşınmazı diğerine ise baskın taşınmaz denir. Tüm irtifaklar yararlandığı taşınmazdan doğar ve taşınmaya bağlı kalır.

1.Orman Alanlarındaki İrtifaklar

Orman içine veya ormana belli bir uzaklığa bina ve tesis yapmayı yasaklayan hükümler irtifak hakları konusu içinde açıklanmıştır.

Bu konuda ormana ayrı uzaklıkta 3 yasaklı alan ortaya çıkar; Ormana 500, 1000, 2000 m'ye kadar olan uzaklıklardaki alanlarda yapılanmaya izin verme hakkı Valiliğindir.

Verilecek iznin özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

İzin talep eden kişi verilen onayla (damga, mühür) derhal harekete geçebilir ancak yapılacak binanın betonarme olması durumunda sadece damga yeterli olmayıp, noterden belge düzenlenmesi gereklidir.

İzin verilmesi halinde dahi, idarenin yıkım yapma hakkı vardır.

İzin, satın alma veya mülkiyetle alakası yoktur. Karşılıksız olarak verilir ve sadece geçici bir el değişikliğidir.

İdare, izinden istediği zaman vazgeçebilir. İzinlerin gerektiği gibi kullanılıp kullanılmadığını tespit etmek için yapılacak bu aramalarda herhangi bir devlet görevlisine ihtiyaç yoktur. İki mühendis veya iki teknik eleman veya bir mühendis veya bir teknik elemanla yapılabileceği kanunda açıkça belirtilmiştir. Ancak, bu düzenlemede tek şart mühendise veya teknik elemana 2 tanığın eşlik etmesidir. Aramalar gece dahi yapılabilir.

Pratikte, yasak uzaklıkta yapılanma suçları çok ağır yaptırımlarla donatılmıştır ve çok işlenen suçlardır. Bu suçlarla karşılaşıldığında teknik elemanlar, yanlış kullanma, işlemleri önlemek için bu aykırı davranışlarla ilgili hemen tutanak tutarlar. Tutanakta önceden durumu üstlerine bildirmek zorunludur.

Bu irtifak haklarının verilme amacı, orman suçlarının artmasını ve suçlarının tespitinin zorlaşmasını engellemektir. Çünkü, bazı suçların tespiti çok güçtür ve bu da ormana olan eğilimi artırmaktadır. Örneğin; ağacı hemen işleyen, yok eden veya değiştiren kuruluşları tespit etmek ve suçu ortaya çıkarmak çok güçtür. Bu tür eğilimleri engellemek için konulan

yasaklamaların yanısıra kontrollü yararlanmayı sağlayacak irtifak haklarının tanınması amaçlanmıştır.

Verilen izinlerde yıkımın istendiği çok nadirdir. Ayrıca Valilikten talep edilen izinlerin reddedilmesi de çok nadirdir. İzin talepleri ancak istenen yerin gerçekten orman suçlarının çok yaygın hale gelmesine neden olduğunda veya izni talep edenin kesin bir suçlu olması durumunda reddedilir. Bu da irtifak haklarının ormanı tahrip edici olabileceğinin göstergesidir.

Bu haklardan; özellikle kanuna aykırı kullanılması veya herhangi bir hile durumunda derhal vazgeçilebilir.

Valilik izinleri kişiye özeldir. Kiracı veya mal sahibi değişikliğinde, yeni kiracı veya mal sahibi hakkın devam etmesini istiyorsa tekrar yeni bir başvuru da bulunmak zorundadır.

İzinli yapıların kontrolünde “Orman Bakanlığı” görevlilerine öncelik tanınır.

YASAK ALANLAR

500 Metre Alanı

Şantiye, Atölye, Dükkan.

100.madde ormana 500m. uzaklıktaki alanda, ağacı işleyen veya odun ticareti yapan kuruluşların bulunmasını yasaklar. Ayrıca, herhangi bir aramada atölye, şantiye, dükkanlarda bulunan ağaçlara zorla el koyulacağı ve bu kuruluşlara ceza verileceği 100.madde de belirtir.

Uygulama Koşulları

Yasaklı alanda bu tesislerin kurulabilmesi Valilik iznine tabidir. Bu izin şantiye, atölye ve dükkanları içerir. Ancak, bu tesislerde, ticari amaçlar için izin uygulanamaz. Sadece kendi ihtiyaçlarıyla ilgili olan durumlarda ormandan izinsiz odun alabilirler.

Yasağı delme halinde yapılacak tutanak şunları belirtir:

- İzin sahibinin özellikleri
- Kurulan tesisin ormana uzaklığı(Arazi engebeleri hesaba katılmaz)
- Atölyenin durumu
- Dükkanında varsa odunların sayısı değeri,

1000m.

a Kiremit ve Tuğla Fabrikası Md. 98 para cezası ve yıkım tehdidiyle bu bina ve tesislerin ormana 1000m. mesafede yapılmasını yasaklar.

Uygulama Koşulları

Sadece sürekli ocakları ilgilendirir. Seyyar ocakların bununla ilgisi yoktur.

Yasağı delme halinde hazırlanacak tutanakta belirtilecek hükümler

-Yapının doğası

-Yeri

-Ormana uzaklığı

-İznin ne zaman başladığı, ilerleme hızı

Bu fabrikaların ormana yönelimi çok yüksektir. 1000 m’lik mesafede kurulan bu tesisler ormanı tahrip etmek suretiyle kendilerine hammadde sağlamaktadırlar. Bunları tespit etmek de çok güçtür.

b Lojman, Baraka, Ev, Hangar

Valiliğin izni dışında bunlar da ormana 1000m mesafede kurulamaz. Oturulamayacak ıssız yerlere bu madde uygulanamaz. Yani insan yaşamı için elverişsiz ortamlarda madde geçersizdir.

2000m.

Orman Kesen (İşleyen) Fabrika

Bu fabrikalar ormana 2000m. uzaklıkta kurulamaz. Para ve yıkım cezası verilir. Kurulabilmesi için Valiliğin izni gerekir.Kesim yapanlar, kesmeden önce Orman İdaresi’ne haber vermelidir. Orman İdaresi bu talep karşısında ya 5 gün içinde bu izni kabul etmeli ya da izlemeye almalıdır.

Eğer bildirimde bulunmadan ağaç kesilirse ve onlar bulunursa, tutanak herşeyi belirler şekilde hazırlanmalıdır.

Bu tesislerin tehlikeli yanı ormanı anında yok ettikleri için ortada delil kalmamaktadır.

Orman İrtifak Haklarını düzenleyen bu hükümler içinde,102.madde, 99, 100 ve 101.md.’lere aykırı hüküm içerir. 99, 100 ve 101. maddelerde sözü edilen, nüfusu oluşturan yerleşmelerin parçası olan evler, fabrikalar; 102. maddeye göre Orman Kanunu ile ilgili değildir ve onun hükümlerine tabi değildir.

Pratikte bu sınırlama çok geniş bir düzenlemeyi gerektirir. Burada yerleşim yeri kıstası ilginçtir; bir yerin yerleşim yeri sayılabilmesi için mülkiyeti 2 farklı kişiye ait en az iki ev olması şartı aranmıştır. Böylelikle yerleşim yeri (agglomeration), meydana

gelecek ve düzenleme Orman Kanunu hükümleri dışında kalacaktır. Sadece, ocaklar bu düzenleme dışında tutulmuş, her durumda, Orman Kanunu'na bağlı olduğu belirtilmiştir.

b.Elektrik Enerjisi Hatları Geçirme Hakkı (Mecra İrtifakı)

Eğer, hatlar devlete ait bir orman içinden geçiyorsa bu idari bir olay, işlemdir.

Eğer, enerji hatları Domaniales Ormandan geçiyorsa, o zaman Fransa Elektrik Kurumu ve Administration De Domain arasında gerçekleşir.

Eğer, enerji hatları, herhangi bir kamu kurumuna ait ormandan geçiyorsa, orada bir işlem (olay) vardır ve bununla hattın geçirme bedeli tespit olunur ve yıllık ödeme Fransa Elektrik İdaresi tarafından ilgili kamu kurumuna yapılır.

- Elektrik dağıtım hattı geçiş hakkı aynı genel haklardan yararlanmaya benzer.

c.Karayolları

Bu hak, iletişim yolları kenarındaki ormanlarla ilgilidir:

Ulusal yolların 6m. yakınındaki ağaçlandırma yapılamaz yapılabilmesi için Valiliğin izni gereklidir. Valiliğin vereceği bu izin yine uluslararası ve vilayetlerarası yollarda geçerli olamaz, sadece Valilik, köy ve kasabalar arası yollarda dikim, budama konularında hazırlayacakları yönetmelikle izin verebilir (TROTABAS, 1924).

3.1.3.2. Örf Adet Hukukuna Göre Ormanlardan Yararlanmalar

(Common Rights)

Common Rights adı verilen ve örf adet hukukuna göre tüm vatandaşların eşit faydalandığı haklar anlamına gelen bu yararlanmalar, bir çok ülkede geçerliliğini sürdürmektedir.

Geçmişten günümüze kadar gelen Common rights (örf adet hukukuna göre tüm vatandaşların eşit faydalandığı haklar) şöyle sıralanabilir:

1. Hayvan otlatma hakkı (büyükbaş hayvan)
2. Küçükbaş hayvan otlatma hakkı
3. Domuzu ormanda besleme hakkı
4. Turbalık hakkı
5. Yakacak odun hakkı veya yapacak odun hakkı
6. Kireçli toprak (gübrelik) hakkı

1. Büyükbaş Hayvanların Otlatılması Hakkı

Burada, “commonable” diye adlandırılan sınıfa; midilliler, atlar, boynuzlu sığırlar, eşekler girmektedir. Domuzlar ve koyunlar ormanda “commonable” olarak adlandırılmazlar ve onlar ayrı kurallar ve uygulamalara bağlıdır. Tavuklar ve ördekler de commonable sayılmazlar. Bunların ormanlarda gezebilmeleri için herhangi bir izin alınması gerekli değildir.

Otlatma hakkının uygulaması ve ormandan yararlanma haklarının kullanılması iki dönemde yasaklanır:

İlki, “fence” ayı denen yaz ortasından 15 gün önce ve sonraki dönemdir. Bu dönem geyiklerin yavrulama sezonudur ve sessizlik gerektirir.

İkinci olarak, “winter heyning” diye adlandırılan zaman diliminde bu yasaklama hüküm sürer. Bu sürede, otlaklar yetersiz durumdadır ve geyikler tarafından kullanılmaktadır.

Bu otlatma hakkı; hakim taşınmaza bağlı olan bir teferruat veya hakim taşınmaza hukuki muameleyle ayrılan hak olarak görülebilir (appurtenant or appendant). Ayrıca burada otlağın kaldırabileceği hayvan sayı da belirlenir.

Yeni Orman’daki otlatma hakkı; danalar ve midilliler gibi hayvanlar için hala çok fazla önemlidir. Küçük arazilerde çok yaygın olan sistemde, bu hakkın yokluğu, ailenin geçim kaynaklarının sınırlandırılmasına neden olmaktadır.

2. Küçük Baş Hayvan (Koyun) Otlatma Hakkı

Orman alanları, aslında koyunların otlatılması için uygun değildir. Manwood terimi; büyükbaş hayvanların olmadığı sürüyü ifade eder. Bu düzenleme koyunları içindir ve koyunlar, Kral’ın özel tahsisinin olmadığı durumlarda ormanda otlatılmamaktadır. Bununla beraber, bu tahsis yapıldığında koyunların ormanda otlama hakkı olmasına rağmen bu çok seyrek olarak uygulanabilir.

3. Domuzu Ormanda Besleme Hakkı

Domuzlarında serbestçe belli dönemde ormanda otlama hakkı vardır. Bu hak meşe palamutlarının yerde olduğu pannage sezonunda da varlığını sürdürmektedir.

4. Turbalık Hakkı

Yakacak için köklerin kesilmesi hakkı; evsel kullanımlar için evin işleriyle bağlantılı olarak kullanılır; fakat bu kullanım satış için olmayacaktır. Çok önemli olan bu yararlanma hakkı günümüzde hemen hemen hiç uygulanmamaktadır.

5. Yakacak Veya Estover Hakkı

Halkın çoğu, bu haklarını Kral'a satarlar. Hakların tüm kullanımından zarar görecektir olan açık ormanlar için iyiki bu hakkın genişleyen bir kullanımı yoktur ve ayrıca geri kalan halk da bu haklarını ormancılık komisyonuna satmayı tercih etmektedir.

Common of estovers, araziden odun veya başka bir yakacak almak veya inşaat yapmak veya hakim taşınmaz üzerindeki genel tamiratlar yapmak için odun almak hakkıdır. Bu eve bağlı olan bir haktır yani eve bağlı, hukuki muamele sonucunda ortaya çıkmış bir haktır fakat çitlerin tamir edilmesi için alana bağlı bir hak olarak da ortaya çıkabilir.

6- Gübrelik Hakkı

Halka arazisini gübreleyebilmek için ormandan gübre alma hakkı tanınmıştır. Baskın taşınmaz alanın gübrenmesi için gübre çıkarma hakkının uygulamasında güçlüklerle karşılaşılır.

3.1.3.3.Türkiye’de Ormanlardan Yararlanma Usulleri

Kişilerin bir eşyadan yararlanması çeşitli yollarla gerçekleşmektedir. Ormanlar bir taşınmaz maldır ve Medeni Kanun anlamında bir taşınmazdan yararlanma usulleri ile paralel biçimde incelemeye alınabilir.

Böylelikle, bir taşınmazdan yararlanma usullerini şu şekilde sınırlamak mümkündür.

1- Kanundan Doğan Yararlanma Hakları

- Dolaylı
- Doğrudan

2- Sınırlı Ayni Haklar

- a- Taşınmaz Rehni
- b- Taşınmaz Mükellefiyeti
- c- İrtifak Hakları
 - İntifa
 - Sükna
 - Üst Hakkı
 - Kaynak Hakkı.

3.1.3.3.1. Kanundan Doğan Yararlanma Usulleri

Çeşitli kanun hükümleri kişilere, bir taşınmazdan yararlanmayı mümkün kılabilmektedir. Bunların bir kısmı kamu hukukuna dayanabileceği gibi bir kısmı da özel hukuka dayanan ve kaynağını buradan alan haklardır.

3.1.3.3.1.1..Doğrudan Yararlanma Usulleri

3.1.3.3.1.1.1.Medeni Kanun Hükümlerine Göre

Ormanlardan Doğrudan Yararlanma

Bunlar kaynağını doğrudan doğruya kanundan alan, bir kanun hükmüne dayanarak ilgili kişiye bir eşyadan yararlanma hakkı tanıyan; onun herhangi bir talebini gerektirmeksizin gerçekleşebilen haklardır. Bunların tapuya tescili gerekmez (M.K.657/II). Doğrudan yararlanma haklarına M.K.’un komşuluk hukuku kuramında rastlamak mümkündür.

M.K.md.664/1 Taşınmaz malikine, taşınmazına dikmiş olduğu ağaçların dal ve köklerinin komşu taşınmaza geçerek ona zarar vermesini önleyecek tedbirleri alma zorunluluğu

getirmiştir. Malik, bu ödevini yerine getirmediği takdirde; komşu taşınmaz sahibi dal ve köklerin kaldırılmasını talep ve kaldırılmadığı takdirde de bunları keserek, enkazını alıkoymak, yetişen meyvalarını toplama hakkına sahip olacaktır.

MK.md.675. Kanunen yasaklanmadıkça örf ve adete göre herkesin, başkasının orman ve merasına girebileceğini ve mantar, ufak tefek yabani meyveleri toplayıp temellük edebileceğini ifade eder. Bu hükümde sözkonusu olan Devlet ormanları değildir. Çünkü, Devlet ormanlarından yararlanma 6831 Sayılı Orman Kanunu hükümlerine tabidir. Medeni Kanuna göre Orman Kanununun daha özel bir düzenleme olması dolayısıyla, özel-genel kanun ilişkisinden hareketle 6831 Sayılı Kanunun uygulanması gereklidir.

MK.md.676. Su, rüzgar, çığ veya diğer tabi kuvvetlerle bir malın bir kimsenin arsasına düşmesi, veya bir hayvanın girmesi durumunda, o malın veya hayvanın sahibi bunları alabilmek için başkasının taşınmazına girme hakkına sahiptir.

MK.md.677. Bir kimse gerçekleşmeyi kuvvetle beklenen bir zararı veya mevcut bir tehlikeyi, kendisinden veya başkasından ancak 3. bir şahsın malına tecavüzle uzaklaştırabiliyorsa, bu kişinin tecavüzüne belli koşullarda hak tanınmıştır.

Burada yalnızca MK.'dan örneklerle verilmiş olması kapsamın bu kadar sınırlı olduğunu düşündürmemelidir. Aksine, bir özel hukuk veya kamu hukuku işlemine gerek olmaksızın bir kanun hükmü gereğince, ilgili şahsa direkt olarak bir zorlama hakkını tanıyan ve çeşitli kanunlardan kaynağını alan her konuda Doğrudan Yararlanma Haklarıyla karşılaşmak mümkün olacaktır.

3.1.3.3.1.1.2.Orman Kanunu Hükümlerine Göre Ormanlardan

Doğrudan Yararlanma

Bunlar kaynağını doğrudan kanundan almıştır ve bu kanun hükmüne dayanarak ilgili kişiye herhangi bir talep gerektirmeden eşyadan yararlanma hakkı tanımaktadır.

6831 sayılı Orman Kanununda kişiye doğrudan yararlanma hakkı sağlayan hükümler sözkonusu yasanın ormanlarda hayvan otlatmasına ve otlakların iyileştirilmesine ilişkin olan hükümler olarak saptanmıştır. Bu hükümleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Madde19 'a göre, maddenin belirlediği şartlara sahip köyler halkına ait hayvanların, Orman İdaresinin tespit ettiği türler, otlatmaya ayrılacak saha ve süreler dahilinde devlet ormanlarında otlatılmaları serbest olacaktır.

Otlatmanın hangi sahalarda yapılabilceği, bunun ne kadar devam edeceği, hangi türlerin yararlanmasına yönelik olacağı koşulları saptanarak ilan edilir. Bu süreler dahilinde, ilgililer herhangi bir talepte bulunmaksızın, doğrudan otlatma hakkını elde etmiş olacaktadırlar.

Md.20’de; Devlet Ormanları içinde bulunan otlak, yaylak, kışlak ve sulama yerlerinde hakları olanların, Orman İdaresi’nin belirlediği yollardan ister hayvanlarıyla ister hayvansız olarak ormana ne şekilde girip çıkabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme de ilgili kişilere doğrudan bir yararlanma hakkı vermektedir.

Md.21’de ise,Devlet ormanlarındaki otlaklara toplu olarak veya sürü halinde hayvan sokulup otlatılması düzenlenir. Bu düzenleme de tıpkı md.19’da olduğu gibi Orman İdaresi’nin otlatma zamanından önce düzenleyerek ilan ettiği şartlar dahilinde, kişilere yararlanma hakkı vermektedir.

Orman Kanununda yer alan doğrudan yararlanmalar sınırlı olmakla beraber, Medeni Kanun hükümleri kıyasen uygulanabilir. Orman Kanunu’nun 14. maddesinde toplanması yasak olmayan orman ürünlerinden yararlanmak mümkündür.Zira M.K’un.675..maddesine göre ormanlardan mantar vb ,ufak tefek yabani meyveleri toplamak serbest bırakılmıştır.Benzer şekilde M.K’.da özel ormanlar için düşünülen bu yararlanma yolu,devlet ormanlarında da uygulanabilir ve orman kanunu tarafından yasaklanmamış olan mantar,yabani meyve v.b küçük ürünleri temellük etme hakkı kişilere tanınmış doğrudan yararlanmalar olarak kullanılabilir.

3.1.3.3.1.2.Dolaylı Yararlanma Usulleri

3.1.3.3.1.2.1.Medeni Kanun Hükümlerine Göre Ormanlardan

Dolaylı Yararlanma Hakları

Dolaylı yararlanmada kanun bir şahsa, taşınmaz malikine karşı bir yenilik doğuran hak tanımakta*¹ ve bu hakkın kullanılması halinde malik, o şahıs lehine mülkiyeti devir veya sınırlı ayni hak tesisi*² borcu altına girmektedir. (OğUZMAN, 1989).

^{1*} Dolayısıyla yararlanmalarda bir “kanuni talep hakkının” söz konusu olduğunu savunan yazarlara (Akipek, Ergun Özsunay, Zaruri Geçit Hakkı İşt.1980.s.181) karşılık Tekinay ise, dolayısıyla yararlanmada; “malike karşı belli bir talep hakkına ya da yenilik doğuran hakkı” sahip olan hak sahibinden söz etmektedir. Ancak, tüm bu yazarlar söz konusu talebin kullanılmasıyla malikin, hak sahibi sınırlı ayni hak kırma borcu altına girdiğini kabul etmektedir.

^{2*} Bu hakkın kullanılmasıyla kurulan irtifak hakkı kanuni irtifak olarak adlandırılmaktadır.

Bir başka tanıma göre; burada kanuni kaide, yararlanacak olan şahsa sadece, taşınmaz malikine yöneltmek üzere bir talep hakkı bahşedilmesidir. Ancak, bu talep hakkının öne sürülmesiyle ile kanundan doğan dolaylı yararlanma gerçekleşecektir. Bu talep hakkı, bu hakkın sahibi lehine bir irtifak hakkının tesisine matuf olup, bunun karşısında muhatap taşınmaz malikinin, bu irtifak hakkının tesisi için kanuni bir mükellefiyeti mevcut bulunmaktadır. Zorunlu geçit, lüzumlu suların cebri temellükü, komşuluk hukukundan doğan mecra hakkı ve taşkın inşaatta hukuki durum böyledir.

Dolaylı kanuni yararlanma hakları, hak sahibine tam bir tazminat karşılığında bahşedilebilir. Bu keyfiyet taşınmaz malikinin feragat etmeye mecbur olduğu yetkinin mülkiyet hakkının normal içeriğine dahil bulunduğunu yani TMK 618.md. manasında hukuk kurallarının sınırları içerisinde kaldığını açıkça göstermektedir. Bu bakımdan akit veya istihlak yoluyla bir irtifakın tesisine göre hiçbir fark yoktur. Bunun sonucunda, kanuni irtifaklar da tapu kütüğüne tescille doğarlar (ARAL,1962).

Bir başka tanıma göre ise; dolaylı yararlanma da, bir kanun hükmü, belirli bir hakkın elde edilmesi veya kurulması için, bir ilgiliye; taşınmaz malikine karşı belirli (kanuni) bir talepte bulunma hakkı verebilir. Söz konusu şahıs, malike karşı böyle bir talebi ileri sürmedikçe, malik herhangi bir ödev yüklenmiş olmaz.

Görülüyor ki dolaylı yararlanmalarda malik, kanun gereği, ancak hak sahibi şahsın talebi sonunda bir hakkın doğmasına katılma ödevini yüklenmektedir. Başka bir deyişle, bu hak ancak hak sahibinin talebi üzerine vücut bulur. Bu yararlanmanın gerçekleşmesiyle, bir irtifak hakkı doğduğu gerekçesiyle doktrinde bazı yazarlar tarafından “Kanuni İrtifaklar” adı da verilmektedir (GÜRSOY, EREN, CANSEL, 1978).

Akipek’e göre; dolayısıyla yararlanma hakları, taşınmaz maliklerine belirli kişilerin belirli taleplerine katlanarak, bu taleplere uygun hareket etmek ödevini yüklerler. Bu taleplerin taşınmaz malikine yöneltmesiyle beraber, kendisiyle malik arasında yine kanundan ötürü, içeriği kanunla belli bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu münasebetin kurulması ve içeriği tarafların iradelerine değil kanuna dayanmaktadır. Bu borç ilişkisi “ayni bir borç” ilişkisidir*¹

^{1*} Bilhassa İsviçre Doktrinde bu suretle meydana gelen borç ilişkisi bazen kanuni irtifak olarak da adlandırılır. Her ne kadar bu ayni borç ilişkilerinden irtifak haklarına benzeyen bazı borçlar doğarsa da bunlarla İrtifak Hakları arasında bazı farklar vardır. Wieland-Karafaki mad.680 no.3

Bu yararlanmanın varlığı için, hak sahibinin kanunla kendisine tanınmış olan talep hakkını kullanmış olması gerekir (AKİPEK, 1979).

Türk ve İsviçre Hukuku'nda hakim olan görüş, bu hakkın doğumu için tescilin zorunlu olduğu yönündedir. Ancak, hakim görüş yönünde olmayan fikirler de vardır. Bunlardan birisi olan Akipek; bu hakkın doğumları için tescile lüzum olmadığını, kanundan doğan talep hakkının kullanılmasıyla beraber şartlarının varlığı halinde genellikle tescilsiz olarak taraflar arasında kanunda öngörülen biçimde bir borç ilişkisi meydana getireceklerini ve ancak talep halinde tescil edileceklerini savunmuştur.

Tescile gerek olmadığını savunanlara göre, tescilin sadece bildirici bir mahiyeti vardır.

Kanundan doğan dolaylı yararlanmalar konusunda, Medeni Kanun'da ormanlarla ilgili hükme rastlanmamaktadır.

Bununla birlikte, MK'nun 668.maddesi (su yolu ve gaz ve elektrik borularının geçirilmesi) de bir şahsa bir taşınmaz sahibinden zararı ödenmek suretiyle ve belli şartlar oluştuğunda mülkünün altından veya üstünden su yolu, gaz ve elektrik boruları geçirilmesine izin vermesini talep hakkı verir. Hakkın kullanılmasıyla da tesisatın kurulması ve tapu siciline kaydolması gerçekleşir. Bu tür tesisatın ormandan geçirilmesi mümkün olabilir. İlerleyen bölümlerde mecra irtifakı başlığı altında incelenecektir.

Orman alanlarından kişilere tanınacak "geçit hakkı" orman kanununda düzenlenmemiştir ve bu noktada boşluk bulunmaktadır. MK'nın 671. maddesinde geçit hakkı konusu düzenlenmiştir. Orman Kanunundaki boşluk bu hükme kıyasen doldurulabilir. Uygulamada Orman İdaresi kendi hizmet anlayışı içinde ormanla bağlantıyı sağlayan yolları yaptığı için geçit hakkı konusu pek gündeme gelmemektedir. Ancak, bir taşınmaz maliki, ana yola ulaşmak için orman alanından geçen bir yola ihtiyaç duyduğu noktada bu hakkın gerekliliği ortaya çıkacaktır. Geçit Hakkı taleplerinin değerlendirilmesi aşamasında belli şartların aranması zorunludur. Buna göre, Geçit hakkı isteyen taşınmazın genel bir yola hiçbir bağlılığının bulunmaması veya varolan bağın çok yetersiz olması ilk şart olarak aranmalıdır. Bunun yanı sıra talep hakkı sahibinin tazminat ödemesi de bir şart olarak düşünülebilir. Şartlar yerine geldiğinde Orman İdaresinin de uygun bulması sonucu kişiye geçit hakkı tesis edilebilir. Bu hak irtifak hakkı olarak da kurulabilir.

3.1.3.3.1.2.2.Orman Kanunu Hükümlerine Göre

Ormanlardan Dolaylı Yararlanma Hakları

Dolaylı yararlanmalarda, kanun bir kişiye taşınmaz malikine karşı bir hak tanımaktadır ve hakkın kullanımıyla da, malikin o kişi lehine borç altına girmesi sözkonusudur.

6831 sayılı Orman Kanununda kişiye dolaylı yararlanma hakkı sağlayan hükümler şu şekilde sıralanabilir.

Madde 15'e göre; ormanlardan belli faydalar sağlamak mümkündür. Burada sözü edilen yararlanmalar ormanın ürünlerinin alınmasına yöneliktir. 14.madde de,belirtilen ürünleri almak, kanunda belirli hareketleri yapmak orman idaresinin izin ve müsaadesine bağlanmış bir yararlanma usulünü düzenler. Burada kanundan doğan ve yararlanmayı isteyen dolaylı hak tanıyan durum sözkonusudur.

Madde 16; Devlet Ormanlarında maden ocakları açılması veya işletilmesi konusunu düzenler. Dolayısıyla bu maddenin de orman alanlarından bir nev'i yararlanmayı hüküm altına aldığı söylenebilir. Bu da kanundan dolaylı yoldan doğan yararlanmalar sınıfındandır. Kişiye, kanun çerçevesi dahilinde belli bir yararlanmayı talep hakkı vermiştir. Bu talep hakkının kullanılması ve uygun bulunması hallerinde ormandan yararlanma gerçekleşecektir.

Madde 17'nin değişik 3.fikrasıyla, turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında, kamu yararına gerçek ve tüzel kişilere her türlü bina ve tesisler yapılması için izin verilmesi söz konusudur.

Burada asli unsur olan orman arazisinin gerçek ve tüzel kişilerin yararlanmasına sunulması durumu ortaya çıkmaktadır. 17.maddenin 3.fikrasında düzenlenen yararlanma biçimi de kanundan doğan bir haktır. 17. maddeyle ilgili geniş açıklamalar konunun ilerleyen bölümlerinde yer almaktadır.

Md.18; ormanlarda, orman ürünlerini işleyecek fabrika kurulmasını, belli şartlar altında taş, kum ve toprak ocakları açılmasını ve yine benzer tesislerin Orman Genel Müdürlüğü iznine bağlı olarak kurulabilmesini düzenlemektedir.

18.madde de, orman arazisine yönelik bir yararlanma biçimini öngörmektedir. Burada da kanundan doğan ve yararlanmayı isteyen kişiye bir talep hakkı veren bir yararlanma (kanundan doğan dolaylı yararlanma) hakkı sözkonusudur.

Md.31, 32, 33, 34 hükümleri gereğince orman köylülerinin kişisel ve ortak gereksinimleriyle pazar satışı için tanınan yararlanma haklarını düzenlemektedir. Bu hükümlere

göre, köylülerin ormanlardan yararlanmaları mutlak suretle sağlanacaktır. Bu, Orman İdaresinin bir görevini ifade etmekte ve yerine getirilmediği takdirde, bir talep hakkına sebep oluşturmaktadır. Aynı zamanda, bu hükümlerle köylülere bir yarar sağlanmış olmaktadır. Zira böylelikle köylü yakacak, yapacak odun ihtiyaçlarını daha kolaylıkla ve ucuz şekilde temin etmek imkanına kavuşmakta, bireysel yararlar sağlamaktadır. Köylüye, ormandan yararlanabilmek için talep hakkı veren bu hükümler kanundan doğan dolaylı yararlanmalardır

Md.57 ile, orman sahasını artırmak amacıyla orman sınırları içindeki açıklıklarda gerçek ve tüzel kişilere ağaçlandırma izni verilebilmektedir. Burada da orman arazisinden yararlanma sözkonusudur ve yine kanundan doğan dolaylı yararlanma şeklindedir. Bu konuyla ilgili detaylı açıklama ilerleyen bölümde yer almaktadır.

Orman Kanunu'nda kişilere tanınan dolaylı yararlanma usullerinden bazıları uygulamada daha sık kullanılmakta ve tam olarak kavranamadığından dolayı olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Aşağıda bu usuller ele alınacaktır.

Ormanların hangi tür kamu malı olduğu, doktrinde tartışmalı olsa da bir kamu malı olduğu kesindir. Kamu mallarından özel yararlanmalar, belli koşullara bağlı ve başkalarının kamu mallarından yararlanmasını önleyici niteliktedir. Bu nedenle, önceden idareden izin almak gerektiği gibi, kamu mallarından yararlanmanın karşılığı olarak da belli bir ücretin ödenmesi gerekmektedir. İdarenin kendisine kamu mallarından özel yararlanma tanınmış kişi karşısında yetkileri çok geniştir. İdare bu kişiye göre güçlü, üstün durumdadır.

Buna göre ormanlardan özel yararlanmayı izin, ruhsat, imtiyaz, tahsis başlıkları altında incelemek yerinde olacaktır. Orman mevzuatında ise irtifak hakkı kurularak da kamu malı niteliğini taşıyan ormanlardan yararlanma sağlanması mümkün kılınmıştır. Aşağıda bu başlıklar tek tek ele alınmak suretiyle incelenmeye çalışılmıştır.

3.1.3.3.1.2.2.1.İzin (Ruhsat)

İzin ve ruhsat kavramları, neden sonuç ilişkisiyle birbirlerine bağlı olduklarından beraber incelemeye alınacaklardır. Çünkü, kamu malından özel yararlanma izni olan kişi aynı zamanda “ruhsat sahibi” olabilecektir.

ONAR, bu yararlanma şeklini “Muvakkat İşgaller” başlığı altında incelemiş ve yararlanmanın selahiyetli idari merciin tek taraflı izninin, ruhsatının neticesi olacağını söylemiştir.

İdarenin tek yanlı ve icrai bir işlemi olan ruhsat yoluyla, kamu mallarının bir bölümünden, bu emlakin tahsis amacına aykırı bir yararlanma ve kullanma sözkonusu olmaması itibariyle böyle bir iznin ve onun sonucunda ruhsatın verilmesini şahıslar temel hak ve hürriyetlerine dayanarak isteyememektedirler. İdarenin, yolda kanalizasyon tesisine veya elektrik tesisatının geçirilmesine, dükkan sahiplerinin dükkan önünde mal teşhir etmelerine izin vermemesi bu konuda verilebilecek örneklerdir.

İdarenin belirtilen türde yararlanmalara izin verip vermemekte bir takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir (ONAR, 1960, GİRİTLİ, AKGÜNER, 1987). İdareye, özel yararlanma için bir ruhsat (izin) talebinde bulunulduğunda, bu yararlanmanın kamunun yararlanmasıyla nasıl bir uyum teşkil edeceği, anonim yararlanmayı engelleyip engellemeyeceğini araştırmak ve buna göre ruhsat bedelini değerlendirmek gereklidir.

Özel yararlanma, bir kamu malından tahsis yönünde ve kapsamında olmayan, fakat tahsise aykırı da olmayıp, onunla bağdaşabilen bir yararlanma türü olduğundan; idare yararlanma izni vermek ya da talebi reddetmek konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

İdarenin bu yetkisi, yargı denetimine de tabidir. Bu nedenle yararlanma taleplerinin reddi veya kabulü konularında idarenin dayandığı hukuki gerekçeler büyük önem taşır.

İdarenin yararlanma izni talebini kabul etmeme işlemini dayandırabileceği gerekçelerin tamamında “Kamu Yararı” kökeni vardır. Bunlar arasında kolluk gerekçeleri de önemli yer tutar. İdare’nin trafik güvenliğini ve akışını sağlamak için önemli ve tehlikeli kavşağın yakınında bir servis istasyonuna giriş ve çıkış alanı için yararlanma izni vermemesi, trafiği zorlaştıracak ve tehlike oluşturacak gerekçeyle kaldırım üzerinde gazete bayii açmak için yapılan yararlanma talebini kabul etmemesi hukuka uygun görülmüştür. İdare, kamu malına veya üzerine tahsise tehlike oluşturacak yararlanma taleplerini reddetmek zorunda olduğu gibi, üçüncü kişilerin haklarını ihlal edecek yararlanma izinleri de veremez (GÜLAN, 1995).

Anonim yararlanmaya tamamıyla engel olacak özel yararlanma talepleri de, özellikle aynı nitelikte ve işlevde alternatifleri yoksa, reddedilmelidir*¹.

*¹ 1580 sayılı Belediye Kanunu md 15/11; Yol, meydan, pazar, iskele, köprü, nehirler gibi umuma ait yerlerden ve denizleden bir kısmını gelip geçmeyi engellemek suretiyle ve geçici olarak herhangi bir uygulama (iş) için işgal edecek veya kullanacaklara izin vermek ve ruhsatsız işgalleri menetmek.

Fransa’da kamu mallarından özel yararlanma taleplerinin değerlendirilmesi ve mevcut yararlanmalar bakımından yapılan işlemlerde kolluk gerekçesi, estetik düzeni ,genel ahlaki ve korumayı da içine alır şekilde uygulanmaktadır. Fakat asıl dikkat çekici ve yararlanma rejimini değiştiren önemli bir gelişme, idarenin mali çıkarları yönündeki değerlendirmelerin de geçerli gerekçe olarak kabul edilmeye başlanması olmuştur. Denilebilir ki, idarenin mali çıkarı kamu yararının bir bileşeni haline gelmiştir. Yani, idarenin mali çıkarları bir yararlanma talebinin kabulü veya reddi için geçerli bir gerekçe oluşturabilmektedir. İdarenin görevleri bakımından kamu malını ve tahsisi korumak yanında, en iyi yararlanmanın sağlanması da kabul edildiğinden; özel yararlanmalar giderek özel işletmeciliğe yaklaşan şekilde idarenin bunlardan sağlayacağı mali imkanlar dikkate alınarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Çünkü, kamu mallarından özel yararlanmalar hiç da küçümsenemeyecek bir gelir kaynağı oluşturmaktadır (ÖZAY, 1996).

İdare, özel yararlanma talebini tüm boyutlarıyla inceledikten; belgeler ve diğer koşullarında eksiksiz olduğunu saptadıktan sonra tek taraflı işlemle izin tesis eder.

İdare bu halde yararlanma süresi, yararlanmanın hak ve yükümlülükleri, yararlanmaya karşılık alınacak bedel gibi iznin içeriğine ilişkin konuları, talep edenin katılımı olmadan bir birel-koşul işlem ile tesis etmiş olmaktadır.

Kamu mallarından özel yararlanmanın diğer bir şekli de, yararlanacak kişiye belli ve geçici bir süreyle, bazı şartlarla ve bir ücret karşılığında kamu malının bir kısmının tevdi edilmesidir (ONAR, 1960). Doktrinde bu, yararlanma, talep eden ve yetkili idare arasında imzalanacak bir sözleşme sonucunda yararlanma hakkının elde edilmesi şeklindedir. Burada yapılan sözleşmenin idari bir sözleşme olduğu açıktır.

Sözleşme sonucunda, birey yetkili idare makamıyla anlaşarak kamu malından belli süreyle, belli bir şekilde ve sadece kendi şahsı çıkarı için bir yararlanma sağlamaktadır. Ancak; burada bir sözleşmenin varlığı akla özel hukuk işlemlerini getirmemelidir. Sözleşmeye bu tür isimlerin (“kira sözleşmesi” gibi) verilmiş olması da mahiyetini değiştirmeyecektir.

Yapılan işlemin niteliği sözleşme olmasa da, tıpkı idarenin tek taraflı işlemiyle tesis edilen izinde olduğu gibi, çeşitli gerekçelerle kamu malının tahsis amaçlarının gereği olarak ruhsat daima geri alınabilir. Hatta bireyin yararlanması için belli bir müddetin tayin edilmesi durumunda bile, sözleşmeyle verilen ruhsatın geri alınması mümkün olacaktır. Yalnız, vaktinden evvel yararlanmaya son verilmişse, yararlanan kişinin bir tazminat talebi hakkı doğacaktır. Sözleşmeye konulacak olan, idarenin tanımış olduğu özel yararlanmanın geri alınamayacağına

dair hükümlerin de geçerliliği yoktur. Çünkü, idare yapılan bu sözleşmeyle yararlanana karşı hiçbir borç altına girmemiştir. Sadece, yararlanmaya izin vermesi sözkonusudur. İdarenin kişi karşısında her zaman özel hukuku aşan yetkileri bulunmaktadır ve buna bağlı olarak da, idare kişi karşısında her zaman üstün durumdadır (ONAR, 1960, GİRİTLİ, AKGÜNER, 1987).

Sonuç olarak; İdarenin kamu malının bir kısmının tahsis yönüyle ilgisi olmayan ancak bununla beraber bu tahsisi ihlal etmeyecek, genel kullanma ve yararlanmaya engel olmayacak şekilde ve derecelerde belli bireyler lehine bazı haklar kurabilmesi mümkündür. İdare, bunu tek taraflı birel koşul işlem ile tesis edebileceği gibi, yararlanma hakkını alan tarafla karşılıklı bir idari sözleşmeyle*¹ de kurabilir.

Kamu mallarından özel yararlanmalar geçici bir süreyle tesis edilmektedir. Ancak, bu süre içinde, yararlanma hakkını elinde tutan kişiye kesintisiz ve tekelci bir hak sağlamaktadır. Yine, izin sürdüğü müddetçe o kamu malından sadece izin hakkı sahibinin yararlanması mümkündür. Yararlananlar, üçüncü şahısların müdahalelerine karşı zilyedlikten kaynaklanan tüm haklarını kullanabilirler.

Yararlanma hakkının, yararlanmaya ilişkin genel düzenleyici işlemler ile sözleşme veya ruhsat işlemindeki hükümlerden oluşan bir kamu hukuku statüsü çerçevesinde kullanılacağı ve kişi lehine subjektif haklar doğurduğu söylenebilir (BİLGEN, 1995).

Kamu mallarından özel yararlanma hangi tür işlemle yapılırsa yapılsın bir karşılık ödenmesi şartına bağlanmıştır. Kimi zaman özel yararlanma “Kamu Yararının” gerçekleşmesine de katkıda bulunuyorsa, sembolik bir karşılık alınması veya hiç alınmaması da mümkün olabilmektedir.

Yararlanma bedelinin hesaplanmasında, kamu malının (yararlanılan) yüzeyinin kullanımı bir kriter olduğu gibi, kamu malından özel olarak yararlanıyor almaktan kaynaklanan “avantaj” da bir unsur olarak ele alınmalıdır. Çünkü, yararlananın yükümlü tutulduğu karşılığı, sadece kullanılması için izin verilen kamu malı ile kıyas edilebilecek özel bir malın kira değerinden ibaret olarak değil, kamu malının bir kısmını özel bir şekilde kullanabilmeye yetkili kılınmış olmaktan kaynaklanan bir avantajı da içerecek şekilde hesaplamak gerekir (GÜLAN, 1995).

*¹ Her somut olayda özel yararlanmanın hukuki aracının tek taraflı bir işlem mi, yoksa idari bir sözleşme mi olduğunu tespit etmek kolay değildir. Herşeyden önce yararlanma izninin tek taraflı işlem veya sözleşme olması işlemiyle bağlantılı değildir. Ruhsat adı verildiği halde sözleşme olabileceği gibi, genelde sözleşmeler bakımından kullanıldığı halde tek taraflı bir işlemle taşınmış yararlanma hakları örneklerine de rastlanabilir. Ayrıca, bir şartnamenin bulunması, muhatabın imzalaması da yararlanma izninin sözleşmeyle verildiği anlamına gelmez (GÜLAN, 1995).

Kamu mallarından yararlanma izinleri belli bir süre için geçerli olurlar ve bu sürenin dolmasıyla da izinlerin sona ermesi gerekir. Verilen sürenin sona ermesiyle, tekrar uzatma talepleri gündeme gelir. İdare, iznin uzatılması başvurusunu tıpkı iznin verilmesi aşamasında olduğu gibi tüm şartlarıyla incelemekle yükümlüdür. İzin süresi uzatılsa da, sözkonusu olan bir kamu malı olduğundan, idarenin kolluk ve kamu yararı gerekçeleriyle ruhsat işlemini kaldırıp, sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Bunun geçerli gerekçelere dayanması zorunluluğu vardır. Aksi halde tazminat talebi gündeme gelecektir.

Hukukumuzda,kullanılan tekniğin ruhsat veya sözleşme olmasına göre bir ayırım yapılmadan süresinden önce yararlanmaya son verilmesi halinde kişinin beklemek hakkının haiz olduğu mahrumiyetin karşılığı olarak tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir(ONAR, 1960).

Ayrıca idare, kamu malının korunması ve tahsisin gerçekleşmesi bakımından sakınca doğurduğu anlaşılan yararlanmalara bir tazminat ödemek gerekmeksizin derhal son vermek yetkisini haizdir^{*1}, yararlanma şartlarına uyulmaması da beraberinde ruhsatın kaldırılıp, sözleşmenin feshedilmesini getirebilir.

Yararlanma sona erdiğinde, kendisine bu hak tanınan kişi kamu malını teslim aldığı haliyle geri vermek zorundadır. Bu olmadığı takdirde, masraflarını yararlanma hakkı sahibinden almak şartıyla idare tarafından yerine getirilir.

Ormanlarda İzin Kavramı

Ormanların kamu malı *niteliği* taşıması, onlardan yararlanmanın da bu nitelikleri nedeniyle özel koşullara tabi olmasını gerektirmektedir. Ancak, Orman Mevzuatının sistemindeki karmaşıklık, kavramların birbirleriyle içiçe ve çok yakın anlamlarda kullanılması, yorum yapma olanağının sınırlı olması nedeniyle hemen her konuda, her ihtilafta kendini gösteren sorunlar, ormanlardan yararlanmada da varlığını sürdürmektedir.

Mevzuatta izin kavramının sıkça kullanılmış olması, bu kavramla birlikte özel hukuk ilişkilerini çağrıştıran irtifak, intifa, kira gibi kavramların da yer alması ormanlardan yararlanmanın tasnifini güçleştirmektedir.Sözkonusu yararlanma izin şeklinde de olsa,diğer yasal haklar çerçevesinde de olsa birtakım farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

^{*1} Dan.8.D., E.1992/3452, K. 1992/3497, D.D., S.87, S.384-386. “kamuya ayrılmış bir sokağın, bir yolun kiraya verilmesine hiç olanak bulunmamasına, yerin geçici olarak istendiği anda eski durumuna getirilmesi koşuluyla ve 1984 yılında yapılan kültür etkinlikleri nedeniyle kısa bir süre için verilmesine karşın, davalı idare işlemini yalnızca adli yargı kararına dayanarak iptal eden mahkeme kararında yasal isabet bulunmamaktadır.

Ormanlarda kurulacak her türlü bina ve tesis için, Orman İdaresi'ne izin verilmesi beraberinde belli yarar ve sakıncaları getirmektedir.

Orman İdaresi; birel koşul işleme; yararlanma talebinde bulunan kişiye izin tesis etmektedir. Bu noktada, idarenin tek yetkili olması bazı sakıncalar doğurur. Özellikle, bu yetkinin kötüye kullanılması halinde ormanlar ağır tahribata uğrayacaktır. Nitekim, Orman Kanunu'nda böyle bir yetki ihlalinin yaptırımı bulunmamaktadır. Bu nedenle, politik sebeplerle İdarenin yetkisini kötüye kullanması daha kolaylaşmaktadır. Çünkü, bu tür ihlallerde denetim mekanizması ya çok ağır çalışmakta ya da hiç çalışmamaktadır. Herhangi bir yetki aşımı veya yetkinin kötüye kullanılması hallerinde, ilgililerin sorumluluğuna gidebilmek mümkündür. Bunun için de, T.C.K. md.228 işletilmelidir. Bu maddeye göre "Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse 6 aydan 3 seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede **hususî maksat** veya **siyasî saik** veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

Görevi kötüye kullanmayı düzenleyen bu hüküm, ormanlara ilişkin uygulamalarda görevini kötüye kullanan personelin belli yaptırımlarla karşılaşmasını sağlamaktadır. Bu da kişilerin görevlerini kötüye kullanmalarını ve keyfi muamele yapmalarını engelleyici olmaktadır. Özellikle özel ve siyasî amaçların suçun ağırlatıcı sebepleri içinde olması ormancılık işlemleri açısından çok önemlidir. Çünkü, ormanlardan yararlanmayı düzenleyen işlemler sırasında alınacak kararlarda, kararın objektifliğini etkileyecek unsurlar yer alabilmektedir. Bunlar içinde de siyasî amaçlar ön planda gelmektedir. Bu nedenle T.C.K.'nın 228. maddesini işletmek bu ve benzeri subjektif uygulamalar açısından caydırıcı olacaktır.

Orman İdaresinin yararlanma hakkı verilen kişi karşısında özel hukuku aşan yetkileri bulunur. İdare, kişi karşısında üstün durumdadır ve çeşitli yetkilerle donanmıştır. Bu izin prosedürünün, kamu malının korunması açısından olumlu bir yönüdür. İdare, bu üstün yetkilerini yasalar çerçevesinde kullandığı ve yetkisini kötüye kullanmadığı sürece izin tesisi ormanları koruyucu olacaktır. Ancak, bu durumun aksi düşünüldüğünde de ormanlarda telafi edilemez zararlar meydana gelecektir.

İzin, geçici bir süre için verilmektedir. İznin geçici süreyle tesisi olumlu bir yan gibi görünse de, Orman Kanununda bu süre 49 yıl olarak ve gerektiğinde uzatılabilmek kaydıyla

hüküm altına alınmıştır.Bu durumda, insan ömrüne kıyasla geçici bir süreden bahsedilemeyecektir.

Orman İdaresi verdiği izni, kamu malının tahsis amacının gereği olarak daima geri alabilecektir.Ancak,iznin geri alınma sebeplerinin net olarak karşı tarafa bildirilmesi gereklidir.Aksi halde,kamu malının korunması ve tahsisin gerçekleşmesi açısından sakıncalı durumlar yoksa İdare tazminat ödemek zorunda kalacaktır.Bu nedenle ,izin tesis edildikten sonra da, İdarenin izne konu alan üzerinde denetimini sürdürmesi kamu malının korunmasını sağlaması şarttır.İdare, olası bir ihlalde duruma el koyarak izni geri almalıdır.Ancak,bu denetimin tüm izne konu alanlarda yapılabilmesi büyük zaman, emek ve para gerektirecektir.İzin tesisinin giderek arttığı şu günlerde Orman İdaresinin bu denetimi ne kadar güvenilirlikle gerçekleştirebileceği şüphelidir..İznin İdarece geri alınma mekanizmasının iyi işlemesi de yine Orman İdaresine bağlı olacağından İdarenin yetkisini nasıl kullanacağı belirsizdir.Bu süreçte mutlaka takip edilemeyen veya edilmeyen izinler olacak ve uygulamada orman aleyhine gelişen subjektiflikler görülecektir.

İzin işleminin sakıncalarını ortadan kaldırmak için ilgililerin sorumluluğuna giderek, yetki ihlalleri konusunda yaptırım uygulamak gereklidir.Bu konuda :

Bu konuda alınabilecek önlemleri aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

1.Yaptırımlarla ilgili hükümleri Orman Kanunu'na dahil etmek, bu prosedürün daha hızlı işlemlerini sağlamış olacaktır.

2.Yine Orman Kanununa konulacak bir madde ile Türk Ceza Kanunu'na atıf yaparak sorumluların Ceza Kanunu hükümlerine göre sorumlu olduklarını bilmelerini sağlamak.

3.Bu konuda yetkilerini kötüye kullananlar olduğunda denetimi kolaylaştırmak için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu (İYUK) hükümlerinin işletilmesi gereklidir.1995 yılında AYM kararını incelemek aydınlatıcı olacaktır.

İYUK'nun; AYM'nin 21.9.1995 tarihli kararıyla iptal edilen 2.maddesi a bendinin zaman geçirilmeden düzenlenmesi gereklidir. Maddenin ilk şeklinde idari işlemlerin iptalleri için dava açma hakkı kişisel hakları ihlal edilenlere verilmiş ancak; çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konular bu düzenlemeden ayrı tutulmuşlardır. Bu noktada, çevreye yönelik iptal davalarında kişisel hak ihlali değil menfaat ihlali aranacaktır. Gerek teoride ve gerekse yargı kararlarında “menfaat ihlali” kavramı; dava konusu işlemle bir ilişkisi olmak ve o işlemten etkilenmek şeklinde kabul

edilmiştir. Aynı kararı bu menfaatin mutlaka parayla ölçülebilecek mali bir niteliği olması gerekmemektedir. Ciddi ve ölçülü olmak koşuluyla manevi bir ilgi de menfaatin ihlal edilmiş sayılması için yeterli olmaktadır. “Menfaat ihlali” kavramının tanımını vermek ve çerçevesini çizmek çok zor olduğundan, bu ön koşulun varlığı açılan dava sonucu ancak idari yargı yerlerince saptanabilecektir. İdari işlemle, davacı arasında ölçülü ve ciddi bir ilişkiyi ifade eden “menfaat ihlalinin” kişisel hak ihlaliyle hiçbir ilgisi yoktur. Bu nedenle dava konusu işlemle davacının manevi menfaatinin ihlal edilmiş olması dahi iptal davası açabilmek için yeterlidir.

Kişisel hak kavramı, menfaati de içinde barındıran geniş bir hukuki durumu ifade etmektedir. İptal davası açma koşulunu kişisel hak ihlalinin varlığına bağlama sonucu idarenin birçok işlemi, yargı denetimine tabi tutulamaz. Ancak, hukuk devletinin başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır ve bu da idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi tutulmasıyla sağlanabilir.

İYUK’un md.2/a da yer alan “kişisel hak” kavramı; bir çok yönlerden hukuka aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Öncelikle, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi tutulmasını zorunlu kılan Ay.md. 125’e aykırıdır. Ayrıca; iptal davasında, dava ehliyetini “kişisel hakların ihlali” koşuluna bağlamak bir çok idari işleme karşı iptal davası açılmasını olanaksız kıldığından, dava konusu yasa kuralıyla idarenin yargısal denetimi büyük ölçüde sınırlanıp kısıtlanmaktadır. Bu nedenle de Ay.md.36’da düzenlenen “hak arama hürriyetine” aykırıdır.

Ayrıca, AY.md 35 “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Ayrıca, Ay.md.2’de yer alan Hukuk Devleti ilkesiyle de çelişmektedir.(1995 /46 esas sayılı AYM kararı)

Bu nedenlerle AYM bu düzenlemeyi iptal etmiştir. İptal nedeniyle doğan, kamu düzenini, kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek hukuksal boşluğun giderilmesi için 3 aylık bir süre tanımıştır. Ancak, iptal kararının üzerinden geçen yaklaşık 3 sene içinde herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Halen İYUK’nun 2/a fıkrasının doldurulmaması, hakimlerin takdir yetkisini genişletici yönde etki yapmaktadır. Bir başka deyişle, bugün idari yargı yetkisinin sınırı ile ilgili herhangi bir düzenleme veya kısıtlama bulunmamaktadır.

İptal edilen bent hükmü ve AYM'nin bu hükmü iptal eden kararında yer alan gerekçeler birlikte gözönünde bulundurulduğu taktirde; iptal davası açma hakkının kısıtlanamayacağı ve yargı kararları ve öğretide davacı ile iptalini istediği idari işlem ile arasındaki bağı, ilgiyi anlatan “menfaat” kavramına yer verilmesi gerektiği düşünülmelidir. Yapılacak olan böyle bir düzenlemeyle de; çevre ve özel anlamda ormanlara yönelik işlem ve eylemlere dava açma hakkı daha fazla kişiye tanınmış olacaktır. Bu sayede de; ormanlar konusunda hızlı çalışan ve yaptırımları olan bir düzenleme yapılmış olacaktır.

Sonuç olarak; mevcut boşluğun özellikle çevre ve bu bağlamda ormanlar lehine zaman geçirilmeden ve menfaat şartına yönelik olarak düzenlenmesi; özellikle çevre konularında “kişisel hak” ihlaline dönük bir düzenlemeye gidilmemesi gereklidir. Dolayısıyla; ormana yönelik eylem ve işlemler ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki söz konusuysa menfaat bağı olduğu varsayılmalı ve kişi dava açabilmelidir. Bu noktada; ülkenin neresinde olursa olsun çevreye ve özellikle ormana yönelik tahriplerin tüm ülke insanını ilgilendirmediği söylenemez. Çünkü; bu tahriplerin ekolojik dengede yarattığı bozulmaların etkisi belli bir alan veya kitleye yönelik değil, tüm insanları içine alır durumdadır. Böylelikle, hemen her doğa tahribinde kişilerle çevre arasında bir menfaat bağı kurulmaktadır ve bu bağı dolayısıyla Medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip her Türk vatandaşı ormana yönelik tahribi önleyici iptal davalarını açabilecektir.

4.Yetkileri kötüye kullanmak suretiyle suç işleyen kişilerin yargılanma sürecinde oldukça karmaşık ve bir o kadar da uzun prosedüre bağlı olan Memurin Muhakematı Kanunu ile karşılaşılmaktadır.Bu da yaptırımı zayıflatıcı ve azaltıcı bir yapı olarak yargılama sürecini engellemektedir.Çözüm olarak bu suçlarda Memurin Muhakematı Kanunu’nu devreden çıkarıcı düzenleme yapılmalı,yargılama süreci kısaltılarak, doğrudan sonuca gitme sağlanmalıdır.

Ancak, bu denetim mekanizmasına işlerlik kazandırmak ve ilgililerin sorumluluğuna gitmek suretiyle, ormanlardan yararlanma konusunda izin işleminin uygulanması zarar getirici olmayacaktır. Aksi halde, bu olanağın politik nedenlerle kötüye kullanılması telafisi mümkün olmayan zararlara yol açacaktır.

Yukarıda izin konusunda yapılan açıklamalar doğrultusunda, yürürlükte olan Orman Kanunu’nda (6831 s..k) yer alan izin haklarının şu şekilde sınıflandırılması mümkündür.

3.1.3.3.1.2.2.1.1.Maden Ocakları Araştırma veya İşletme İzni

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16.maddesi bu konuyu düzenler. 16.maddenin hükmüne göre, devlet ormanlarının sınırları içinde, mevzuu hükümlere göre maden ocakları araştırma veya işletme ruhsatnamesi ve imtiyazı verilebilmesi için Ziraat Vekaletinin onayını almak şarttır.

1995 tarih ve 22249 sayılı R.G.yayınlanan yönetmeliğin (Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmelik) 5.maddesinde, iznin uygulama esas ve usullerine ait işlemler düzenlenir. Buna göre; petrol ve maden arama ve işletme alanları Devlet ormanları sınırı içinde kalıyorsa, 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre Orman Bakanlığı'nın onayını almak şarttır.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ,Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nce verilmiş petrol arama ruhsatı olanlar ve Maden İşleri Genel Müdürlüğü'nce verilmiş ruhsatı olanlar; arama alanlarının devlet ormanları içinde kalması halinde ilgili Orman Bölge Müdürlüklerine başvurmalarıdır. Bu başvuruda ilgililer arama yapabilmeleri için (muvafakat) onay isterler. Başvuru üzerine Orman Bölge Müdürlüğü arazi üzerinde gerekli incelemeleri kuracağı bir heyetle gerçekleştirir ve bir rapor hazırlar.

Devlet ormanı içindeki alanlarda maden ve petrol aranmasında bir sakınca görülüyorsa, ruhsat sahiplerine arama muvafakatı verilmesi gerçekleşir.

Arama muvafakatı verilmesine kadar geçen prosedüre bakıldığında, Orman İdaresinin onay işleminin kurucu bir işlem olduğu söylenebilir. Devlet orman sınırları dahilinde kalan maden alanları için arama ruhsatı almış olan kişinin Orman İdaresi'ne başvurması zorunludur. İdare burada gerekli incelemeyi yapacak ve eğer uygun görürse ruhsat sahiplerine arama muvafakatı verecektir. O halde burada idarenin tek taraflı bir işlemi söz konusudur ve bu işlemde Orman İdaresi yapacağı inceleme sonucu takdir yetkisi kendisinde olmak üzere bir muvafakat vermektedir. Bu muvafakat (onay) işlemi, idarenin tek taraflı ve kamu malından yararlanmayı sağlayan bir işlem olduğundan dolayı izin anlamında kabul edilmelidir. Çünkü, yönetmeliğin 5. maddesi hükmünden orman idaresinin sakıncalı bulunduğu durumlarda bu muvafakatı vermeme hakkı olduğu anlaşılmaktadır.

İlgilinin arama ruhsat ve muvafakatini almasından sonraki adım işletme talebinde bulunmasıdır. Talep sahibi, alanla ilgili gerekli belgeleri Orman Bölge Müdürlüğü'ne verecektir. Bu aşamada Bölge Müdürlüğü Genel Müdürlüğe gönderilmek üzere, bedelli onay veya izin raporu hazırlayacaktır. Bedelli onay veya izin kavramlarının birarada madde hükmü içinde ele alınması iki farklı işlem gibi gösterilmektedir. Ancak, burada Orman Genel

Müdürlüğü'nün uygun görülenlere işletme muvafakati veya "tesis izni" vermesi durumu anlatılmak istenmiştir. Genel Müdürlük yapacağı incelemeler sonucunda ilgililere ya maden alanlarının işletilmesi muvafakati verecektir ki, bunun kapsamına işletme için gerekli tesisler girmemektedir, ya da işletme için gerekli olan tesislerin kurulmasını da içine alan bir tesis izni verecektir. Burada eğer verilen işletme hakkı belli tesisler yapılmasını zorunlu kılıyorsa Orman İdaresi tesis izni verecektir. Yönetmeliğin 9.maddesinde yer alan bu iki kavramın da aslında "izin" müessesesine uygunluğu, sadece kapsamlarının veya uygulanma usullerinin farklı olduğu yine de sonuç olarak İdare'nin takdirine bağlı tek taraflı işlemler halinde yürütüldüğü açıktır.

Genel Müdürlükçe verilen karar, Bölge Müdürlükleri'ne bildirilir ve ilgiliye arazi teslimi gerekli işlemlerin (noterce düzenlenecek taahhüt senedi, teminat ve bedeller) yapılmasıyla gerçekleştirilir.

Md.10'da Maden Dairesinden ön işletme ruhsatı alanların durumu düzenlenmiştir. Ruhsat sahipleri, hazırladıkları ön işletme projesini ve ruhsatını ilgili Orman Bölge Müdürlüğü'ne vererek, ön işletme muvafakati talebinde bulunurlar. Tekrar aynı prosedür işletilir ve Bölge Müdürlüğü'nün muvafakat talebiyle ilgili raporu Orman Genel Müdürlüğü'ne gönderilir, uygun görüldüğü takdirde süreli ön işletme muvafakati verilir. Bu sürenin geçmesiyle ruhsat sahipleri, Orman Bölge Müdürlükleri'ne müracaat ederek işletme muvafakati talep ederler. İşletme muvafakat süresi, ruhsat süresi aşılmamak üzere Genel Müdürlüğün uygun görüşü ile Bakanlıkça belirlenir.

Yapılan işlemlere bakıldığında 7. madde dışında dışında "izin" kavramına rastlanmamaktadır. Genel olarak "muvafakat" kavramına yer verilmektedir. Bu nedenle kavramın niteliğini ortaya koymak gereklidir.

Orman İdaresi'nin yaptığı işlemin niteliğine bakıldığında, işlemin tek taraflı olması, idarenin geniş takdir yetkisinin bulunması, yararlanma süresinin ruhsat süresi aşılmamak kaydıyla idare tarafından tespiti gibi izin müessesesinin unsurları görülecektir. Ayrıca, yararlanmanın sona ermesini düzenleyen 15.maddede, muvafakatin; sürenin dolması, ruhsatın iptali, 6 ay içinde yenilenmemesi, hak sahibinin vazgeçmesi, yönetmelik ve taahhütname hükümlerine aykırı hareket etmesi hallerinde Genel Müdürlüğün uygun görüşü ile Bakanlıkça iptali hükmüne bağlanmıştır. O halde, muvafakati veren Orman İdaresi olduğuna göre, belli şartların oluşması halinde iptal etmek zorunludur. Yani, İdare'nin tek taraflı işlemiyle muvafakati ortadan kalkmış olacaktır.

Bu tespitlere göre, muvafakat kavramı ile izin kavramı arasında büyük bir benzerlik bulunduğu söylenebilir. Esasen 3213 sayılı ve 4.6.1985 tarihli Maden Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında; orman alanlarında madencilik faaliyetlerinde bulunulmasının, ilgili kanunun (6831 sayılı Orman Kanunu) hükümlerine göre izne tabi olduğu ifade edilmiştir. Yönetmelik hükmünde muvafakat kavramının alternatif bir kavram olarak kullanıldığı görülür. Zira, 6831 sayılı Kanun'un 16. maddesinde halen muvafakat kavramı kullanılmaktadır. İzin öztürkçe bir kelime olarak tercih edilmiştir. Bu nedenle herhangi bir kavram karmaşası yoktur.

. Yönetmeliğin ifadesine göre “uygun görülenlere” bu muvafakat verilecektir. Aksi bir durumda muvafakatın verilmesi düşünülemez. O halde burada Orman İdaresi'nin işlemi kurucu niteliktedir..

Arama talebinden başlayarak, bu noktaya kadar geçen süreçteki iş ve işlemlerin “izin” prosedürüne bağlı olması, yasaların ifadesine göre hukuken doğru olmalıdır. Ancak, orman alanlarında madencilik faaliyetlerinde bulunulması işlemini sadece tek bir idarenin denetimine bırakmak, uygulamada bu yetkinin kötüye kullanılmasına yol açmaktadır. Orman İdaresi'nin yetkisini bu yolla kullanmaya devam etmesi durumunda, belli yaptırımlar getirilmek suretiyle orman tahribatına yol açacak uygulamalar önlenmiş olacaktır. İlk düşünülmesi gereken yaptırım, ilgililerin sorumluluğuna işlerlik kazandırmak olacaktır. Bu izin süreci içinde, yetkisini kullanarak bu prosedüre dahil olan tüm ilgililerin işlemleriyle sorumlu olmaları ve yapacakları bir yanlış işlem sonucunda yaptırımlara maruz kalacaklarını bilmeleri, yetkilerini kötüye kullanma ihtimalini kesinlikle azaltacaktır. Bu konuda alınabilecek tedbirlere önceki bölümlerde değinilmiştir.

Devlet Ormanlarındaki maden alanlarının izne konu olması halini Medeni Kanun anlamında yararlanma hakları kapsamına sokmak da mümkün olabilir. Böylelikle prosedür daha belirgin hukuki temele oturtulacak ve olası subjektif uygulamalar ve izin kavramının olumsuzlukları giderilmiş olacaktır.

Orman Bakanlığı, maden aramak ve işletmek için devlet ormanından talep edilen yararlanma hakkını, Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı lehine bir irtifak hakkı tesis etmek şeklinde verebilir.

Ancak, bu noktada irtifak hakkı tesis etmek için gerekli mülkiyet hakkının Orman Genel Müdürlüğü'nün elinde olmadığı Müdürlüğün sadece ormanlardan yararlanma hakkı olduğu sorunu ortaya çıkacaktır. Ormanların çıplak mülkiyetinin hazineye olmasından hareketle

Maliye Bakanlığı da doğrudan bu sürece dahil olacaktır ve Maliye Bakanlığının onayı mutlaka aranacaktır.

Lehine irtifak hakkı kurulan Bakanlık, bu orman alanından yararlanma talep eden kişiye izin verecektir. Maden Bakanlığı kişilere verdiği bu izinle maden alanından yararlanma hakkını tüm yetkiler kendisinde olmak kaydıyla ,belli süreler dahilinde ve belli şartlarla devretmiş olacaktır.

3.1.3.3.1.2.2.1.2.. Fabrika, Hızar ve Şerit Tesisi Kurma İzni

6831 Sayılı Kanunun 18.maddesi orman ürünleri işleyecek her çeşit fabrika kurulmasını Orman Bakanlığı'nın devlet orman sınırları içinde veya 1km'ye kadar olan yerlerde taş, kum, toprak; 4km'ye kadar olan yerlerde ise hızar, şerit kurulması ve ocakların (kireç, kömür, terebentin, vb.) açılması ve balık üretmek üzere tesis kurulmasını Orman Genel Müdürlüğü'nün iznine tabi kılmıştır.

Orman Arazilerinin Tahsisi HakkındakiYönetmeliğin 17.maddesinde düzenlenen bu konu fabrika, hızar ve şerit tesisi kurulması açısından ele alınmıştır. Orman ürünlerini işleyecek her türlü fabrika için gerekli belgeler hazırlanarak Orman Genel Müdürlüğü'ne hızar ve şerit tesislerinde ise ilgili Orman Bölge Müdürlüğü'ne müracaat edilmelidir.

İlgililer tarafından (Bölge Müdürlükleri ve Genel Müdürlük) oluşturulacak heyetlerle arazi incelemesi yapılmakta ve fizibilite raporları hazırlanmaktadır. Bunun sonucunda uygun görülenlere, ormanlardan hammadde garantisi vermemek kaydıyla izin verilebilecektir. Verilen izin ilgili makamın muvafakatıyla devredilebilecektir. Aksi halde devri mümkün değildir. Ayrıca; izin süresi dolmadan İdare'nin tek taraflı tasarrufuyla izni iptal hakkı bulunmaktadır.

Yönetmeliğin 17.maddesindeki düzenlemeyle izin müessesesi kurulmuş olmaktadır. İdari bir işlem olan izin kavramı tüm unsarlarıyla kendini göstermektedir.

3.1.3.3.1.2.2.1.3.Ocak İzinleri

Yönetmeliğin 22.maddesinde, Devlet ormanlarında bulunan taş ve kum ocaklarına ruhsat verilmeden veya bu yerler kiraya verilmeden önce Maliye Bakanlığı'nın, Orman Bakanlığı'nın izin alması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu hükümde sözü geçen izin kavramı, taş ve kum ocağının işletilebilmesi ve gerekli tesisin inşası için kurucu mahiyettedir. Orman İdaresinin tek taraflı bir işlemiyle kurulan bir izin

sözkonusudur. Taşocağı ruhsatı verilebilmesi için, mülk amirliklerden gelen talepler üzerine Orman İdaresi gerekli incelemeyi yapacak, ocak sahasının izne tabi olup olmadığını, tabiyse izin talep eden ruhsat sahibinin ruhsatıyla birlikte Orman İdaresine başvurarak işletme izni olması gerektiği yolunda bir rapor hazırlayarak bunu ilgili mülki amirliğine bildirecektir.

22.madde hükmü uyarınca, Orman İdaresi öncelikle gelen talepleri her yönden inceleyerek ve bunu bir rapor halinde, bilgileri talep eden mülkü amirliğine bildirecektir. Ardından ruhsat almış olan kişiler orman idaresine tüm ekleriyle birlikte izin dilekçesini verecekler ve idare bu müracaatları değerlendirmek suretiyle uygun gördüğü takdirde izin verecektir.

İzinle ilgili diğer hükümler daha önce anlatılan hızar ve şerit tesisi kurma izniyle benzerlik göstermektedir.

Bu noktalarda, diğer yararlanmalardan farklı bir yön bulunmamaktadır. İdare tek taraflı bir işlemle “izin” vermiştir. Ancak, 22.madde hükmünde değişik olarak “kira” kavramı yer almaktadır.

“Kira” ifadesinin burada kullanılmış olması akla özel hukuk ilişkilerini getirmektedir.. Taş ve kum ocaklarından yararlanma konusunda, izne alternatif olarak gösterilen kira kavramının kısa süreli yararlanmaları düzenlemek amacıyla kullanıldığı söylenebilir. Yine de bir kamu malı olan ormanlar üzerinde bulunan ve yine konu olan taş ve kum ocaklarından yararlanmanın kira olarak nitelenmesi yerinde değildir.

3.1.3.3.1.2.2.1.4. Su Ürünleri Tesisi Kurmak ve İşletmek

Bu konu 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 18. ve yönetmeliğin 28. ve diğer maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Devlet ormanları içinde ve bu ormanlara 4 km’ye kadar olan yerlerde her türlü su ürünleri üretmek için tesis kurmak ve işletmek isteyenler konuyla ilgili belgeler ve diğer tüm şartlarla beraber Orman Genel Müdürlüğü’ne başvurarak, izin almak zorundadır. Talep inceleme komisyonuna gelir ve burada ormancılık, milli park ve av-yaban hayatı faaliyetleri ve mülkiyet yönünden incelenir.

Talebin Genel Müdürlüğe ulaşıp, gerekli heyet incelemelerinin yapılması üzerine uygun görülenlere 12 ay süreli ön izin verilir. (Md.29). Ön izin süresinde yapılacak işlemleri tamamlayan müracaatçı, kesin izin talebiyle Genel Müdürlüğe başvurur. Genel Müdürlükçe,

teminat alınmak ve noterden tasdikli taahhütname alınmak suretiyle su ürünleri üretim tesisi kurma ve işletme izni verilir.

İznin devri, sona ermesi, uzatılması hükümleri diğer izinlerde olduğu gibidir. Özetle bu düzenlemede de Orman İdaresi tek taraflı işlemle izin tesis etmektedir.

3.1.3.3.1.2.2.1.5. Turizm Yatırımları İçin Kurulan İzinler

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesi hükmü gereğince, turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere izin verilebilir. Orman alanının turizm alan ve merkezleri sınırları dahilinde kalması halinde uygulama 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümlerine bağlı olarak yürütülecektir.

Bu izin işleminin uygulamadaki işleyişi aşağıdaki prosedürü takip etmektedir:

2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu'nda açıklanan turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında en az 100 yataklı turizm tesisi veya en az 25 yatın yanaşmasını sağlayacak yat limanı ile yat çekek yeri kurmak isteyenler talep edilen alanın işaretlendiği 1/25000 ölçekli haritayı ve istenilen alanın koordinatlarının belirlendiği cetveli örneği ekli bir dilekçe ekinde Orman Genel Müdürlüğü'ne verirler. Dilekçede; tesis kurulması düşünülen sahanın ili, ilçesi, köyü, mevki, kurulacak tesisin özellikleri, cinsi, sınıfı ve talep sahibinin adresi belirlenecektir.

Dilekçe ve ekleri incelenmek ve sonucu rapora bağlanmak üzere Orman Bölge Müdürlükleri'ne gönderilir.

İzin istenen bölgede yapılan incelemeler sonucu düzenlenen olumlu veya olumsuz rapor ekleri Genel Müdürlüğe sunulur. Rapor olumsuzsa yani istenen bölgede Turizm tesisleri kurulması uygun görülüyorsa, bu ilgisine Genel Müdürlükçe bildirilir. Bu tesislerin kurulmasında sakınca yoksa, Çevre ve Turizm Bakanlıkları'nın görüşleri alınmak üzere Bakanlıklara OGM'nce yazı yazılır. Burada amaçlanan, izin verilmeden önce, izne engel bir durumun varlığının tespit edilmesidir. Sahanın özel çevre koruma alanı içinde kalabilir veya çevre mevzuatı açısından bir engel bulunabilir. Turizm açısından engel olmasa bile zorunlu bazı tedbirlerin alınması peşinen istenebilir. Sözü geçen iki Bakanlıktan herhangi birisinde turizm tesisi, yat limanı ile yat çekek yeri kurulmasında engel bir durum çıkıyorsa saha ilan edilmeyeceği için, izin talep edenden, diğer belgeler istenmeyecek ve olumsuz cevap

verilecektir. Önemli olan saha izninin verilmeden önce varsa problemlerini öğrenmek dolayısıyla sıkıntılı ve iptalli dosyalar yaratmamaktır.

Orman Teşkilatının yaptığı arazi incelemelerinde orman mevzuatı açısından turizm tesisi kurulmasında engel bulunmayan bir saha anılan 2.Bakanlıkça da ileride detaylı tetkikler yapılmak kaydıyla, engel görülmemişse, ilgisince talep edilen sahanın koordinat değerlerine ve poligonsal hesap cetveline göre alınan m² olarak belirlendiği bu saha ilgili yönetmeliğin 38.maddesine göre ilan edilir.

Resmi Gazetede, günlük gazetelerde veya Orman Teşkilatı panolarında turizm tesisi kurulabilecek ormanlık saha ilanı gören ve duyan gerçek ve tüzel kişiler aşağıda belirtilen belgeleri bir dilekçe ekinde Orman Genel Müdürlüğü'ne vereceklerdir. Bunlar:

1- Kurulması düşünülen tesisin türü, sınıfı, kapasitesi ve yan ünitelerini belirtir bilgi ve belgeleri,

2- Tesisin yaklaşık maliyetini,

3- Tesisin yatırım zamanlama tablosunu ve tamamlama süresini,

4- Yatırımın finansmanını sağlayacak öz kaynak ve kredi belgelerini,

5- Tesisin maliyetinin % 50 sinin öz kaynaklardan karşılanacağına dair taahhütnameyi,

6- Müteşebbisin Tesciline ait Ticaret Sicil Gazetesini,

7- Müteşebbisin kayıtlı bulunduğu oda sicil belgesini,

8- Tesisin yaklaşık maliyetinin % 3'ü oranında geçici teminat belgesini,

Ayrıca; Gerçek Kişiler:

1- Taşınır mal varlıklarını,

2- Taşınmaz mal varlıklarını (onaylı emlak beyannamesi eklenecek),

3- Bankaca onaylı nakit durumu,

4- Son üç yıllık vergi ödeme belgesi onaylı örneğini,

5- Ortak bulunan şirketler ve faaliyetlerine ait belgeleri,

6- Var ise turizm ile ilgili diğer faaliyetlerini,

Tüzel Kişiler:

1- Önemli sanayi ve ticaret faaliyetlerini,

2- Var ise turizm ile ilgili faaliyetlerini,

3- Son üç yıllık onaylı bilanço, kar-zarar cetvellerini,

Burada bir önemli konuda, yürürlükten kaldırılan yönetmeliğin 45.maddesinin yeni yönetmelikte mevcut olmamasıdır. Yeni yönetmelikte en az 100 yataklı turizm tesisi kurulmasıyla en az 25 yatın yanaşabileceği yat limanı ve yat çekek yeri için ormanlık alandan saha tahsisi yapılabileceğinden, akaryakıt istasyonu, motel, alışveriş merkezi, lokanta,, kamping, kafeterya, kır kahvesi, pansiyon gibi tesislere izin verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yürürlükten kaldırılan yönetmeliğin 45.maddesine dayalı olarak turizm gelişmesi ve turizm hizmetleri bakımından önemli görülen yukarıda sayılan tesisler için artık izin verilmeyecektir.

Yönetmelikteki şartlarla turizm tesisi izni isteyip de, yukarıdaki belgeleri tamamlayanlar Orman Genel Müdürlüğü Kadastro ve Mülkiyet Dairesi Başkanlığı'nda kurulan turizm bürosuna müracaat ederek evraklarını teslim ederler. Turizm bürosu elemanlarınca, teslim alınan belgelerden “geçici teminat belgesi” aynı OGM, İdari ve Mali İşler Başkanlığı Merkez Saymanlığı'na zimmet karşılığı teslim edilir, teslim edildiğine dair evrak dosyaya konulur.

Müteşebbislerden alınan belgelerin tamamı hiçbir işleme tabi tutulmaksızın dosyalanarak, Orman Bakanı'nın olurlarıyla, Müsteşar Yardımcısı, Orman Genel Müdürü, Orman Genel Müdür Yardımcısı ve Kadastro Mülkiyet Daire Başkanından oluşturulan Değerlendirme Komisyonuna intikal ettirilir.

Değerlendirme Komisyonu en az ayda bir defa üye tam sayısı ile toplanır. Kararlar oy çokluğuyla alınır. Komisyon, turizm tesisleri talepleri yanında ön ve kesin iznin ayrı ayrı verilmesini gerektiren ve 1/1000 ölçekli imar planlarını istendiği kamu kurum ve kuruluşlarına alt talepleri de inceleyerek ön izin ve kesin izin verilmesine, verilen izinlerin devrine, tesislerde yapılacak ilave ve tadilat projelerine, süre uzatımına, konu ile ilgili olarak oluşabilecek diğer problemlere, izinlerin iptaline ilişkin değerlendirmeleri yapar, kararını ve varsa farklı görüşlerini Bakanın onayına sunar.

Değerlendirme Komisyonu, taleplerin incelenmesinde; ormana, doğal yapıya ve çevreye en az zarar vermeyi ana şart olarak dikkate almanın yanısıra turizm yatırımlarında;

- a) Finansman gücü
- b) Turizm İşletmesi ve pazarlama konularında ulusal ve uluslararası düzeyde turizm tecrübesi
- c) İşletmede zincir oluşturma imkanları
- d) Yatırımı tamamlama süresi kriterlerini de gözönünde bulundurur.

Değerlendirme komisyonu, yaptığı incelemeler sonucunda aldığı kararları Bakan onayına sunar.

Talep edenlerden Bakan onayıyla ilk sırayı alan girişimciye 18 ay süreli ÖN İZİN verilecektir. Diğer talep sahiplerinin geçici teminatı iade edilir. Ön izin müracaat sahibi kazanamazsa, 58.maddeye göre yaptığı giderler reeskont faiziyle birlikte ön izin sahibinden tahsil edilerek kendisine ilgili işletmesince ödenecektir. Ön izin verilen müteşebbisden noter tasdikli 4 suret ön izin taahhütnamesi alınır.

Ön izin süresi içerisinde müteşebbis;

1- Serbest orman mühendis veya yüksek mühendisince hazırlanmış, Orman Mühendisleri Odası'nca onaylanmış ve Orman Bölge Müdürlüğü'nce tasdik edilmiş 1/1000 ölçekli ağaç röleve planı ile ağaç çap listesini (Kamu Kurumları,Orman Mühendisleri Odasına onaylattırmayacaklardır.)

2- Orman Bölge Müdürlüğü'nce onaylı, ön izin sahasının üzerinde gösterildiği imar planı ve vaziyet planını,

3- Orman Bölge Müdürlüğü'nce onaylı, ön izin sahasının üzerinde gösterildiği imar planı ve vaziyet durumu,

4- İmar planına ve Turizm Bakanlığı'nın Turizm Yatırım ve İşletmeleri nitelikleri Yönetmeliğine uygun hazırlattırılarak yetkili mercilere ve Turizm Bakanlığı'nca onaylı mimari projeler ve turizm yatırım belgesini,

5- Yetkili mercilerce onaylanmış alt yapıyla ilişkili elektrik, yol, su ve arıtma tesisi projelerini,

6- Çevre Bakanlığı'ndan alınacak "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğine göre" ÇED olumlu belgesini,

7- Ön izin taahhüt senedinde bahsedilen diğer belgeleri 4 takım halinde Orman Genel Müdürlüğü'ne vereceklerdir.

18 ay içinde belgelerin tamamlanamaması durumunda; talep halinde, ön izin 6 ay daha uzatılabilecektir.

Belgelerini tamamlayamayanların ön izinleri iptal edilerek teminatları yönetmeliğin 42. maddesinin son bendine göre Değerlendirme Komisyonu Kararına göre irad kaydedilecek veya iade edilecektir.

Belgelerini tamamlayanlara ise; yönetmeliğin 43.maddesi esaslarını göre kesin izin verilecek, 44.maddesi esaslarına göre de yatırımın gerçekleştirilmesi sağlanacaktır. En geç 1 yıl içinde inşaaata başlanması ve 3 yıl içinde de tesislerin açılması gereklidir.

Yer teslimi, taahhütname alınması, teminatın alınması, bedellerin zamanında tahsili yönetmeliğin ilgili maddelerine uygun yapılacaktır. Uygulamanın zamanında yapılmaması halinde iptal işlemi dahil diğer tüm işlemlerde yine yönetmeliğin ilgili maddelerine uygun yapılacaktır. Bu konularda gelişen ve değişen durumlara göre ek talimat verilmesi gerektiğinde ayrı bir emirle teşkilata duyurulacaktır. Anlaşılamayan veya yanlışlığa neden olan konuların mutlaka merkeze sorularak bilgi alınmasından büyük faydalar umulmaktadır.

İlgililerin kesin izin aldıktan sonra kuracakları turizm tesisinde irtifak hakkı talep etmeleri halinde Maliye Bakanlığı'ndan da olumlu görüş alınırsa tesisin kurulacağı yerin Orman İşletme Müdürü tapudaki işlemleri yapmak üzere Orman Genel Müdürü adına görevlendirilecektir.

Turizm yatırımı olarak; Yönetmeliğin 36 ncı maddesinde en az 100 yataklı turizm tesisi, 48 nci maddesinde de en az 25 yatın yanaşmasını sağlayacak yat limanı, yat çekek yeri için izin verilebilmektedir. Bunların dışında hiç bir talep turizm yatırımı olarak izne konu edilmeyecektir.

Buna göre önceden izin verilebilen; akaryakıt istasyonu, lokanta, motel, günübirlik tesisler, pansiyon, kamping, binicilik, atlı spor tesisleri; çay bahçesi, kafeterya, plaj tesisleri, kır kahvesi gibi tesislere izin verilmesi mümkün değildir. Yönetmelikle amaçlanan turizm için de olsa ormanların tahrip edilmesini önlemek ve saha kaybını en aza indirmek olmuştur.

Turizm tesisi izinlerinde; vaziyet planı, imar planı, ağaç röleve planı 1/1000 ölçekli olarak yapılması zorunlu olduğundan farklı ölçekli plan kabul edilmeyecektir. Tahsis edilen saha bu planlar üzerinde mutlaka gösterilecek olup izne konu edilen saha dışına taşılması önlenmiş olacaktır.

Yönetmelik hükümlerine dayanarak; turizm tesisleri için izin-irtifak tesis etmek amacıyla izlenen prosedürün bu aşamasına kadar kesin izin alınmış olmaktadır. 17/3.Maddenin son bendinde “..... turizm amaçlı tesisler için hak sahibi adına tapuya irtifak hakkı tesis edilir” denilmektedir. Bu hak ilgililerin talebinin Orman Bakanlığı'nca tetkiki sonucunda olumlu görülmesine dayanılarak Maliye Bakanlığı'nca tapu kaydında şerh verilerek yaptırılmaktadır.

Yönetmelikte ayrıca alınacak bedeller, oluşturulacak fonlar vs.'da yer verilmiştir. Ancak, bunlar konuyla doğrudan ilişkili olmadığından kapsama dahil edilmemiştir..

Burada; izin kavramına ve yanısıra irtifak hakkına da yer verilmiştir. Tez içinde bu madde ve uygulamasına detaylı olarak değinileceğinden sadece uygulamanın nasıl yapıldığına ve izin müessesesinin varlığına değinilerek geçilecektir.

3.1.3.3.1.2.2.1.6. Ağaçlandırma İzni

6831 sayılı Orman Kanununun 57 vd. maddelerinde ağaçlandırma izni düzenlenmiştir. Kanun'un 5.faşlında Ağaçlandırma ve İmar İşleri bölümü yer almaktadır. Bu başlık altında yer alan 57.madde hükmü uyarınca "orman sahası artırmak amacıyla orman sınırları içinde yangın ve çeşitli sebeplerle meydana gelmiş açıklıklarda verimsiz, vasıfları bozulmuş ve amenajman planlarında toprak muhafaza karakteri taşımadığı halde muhafazaya ayrılmış orman alanlarıyla, Devlete ait olup orman yetişme muhiti şartları bakımından elverişli olan yerlerde; köy tüzel kişilikleri ve diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından Orman Genel Müdürlüğü'nce uygun görülecek planlara göre ağaçlandırma yapılır."

Ağaçlandırılan sahayı orman halinde koruyup idame ettirmeyenlerden izin hakları geri alınır.

63.madde de, ağaçlandırma işine Orman Bakanlığınca izin verileceği ifade edilmektedir.

6831 sayılı Orman Kanunu ve değişiklikleri çerçevesinde ağaçlandırma, imar ve ihya faaliyetlerini düzenlemek amacıyla Ağaçlandırma Yönetmeliği de yürürlüğe girmiştir.

Bu yönetmelik gereğince de izin, irtifak haklarından bahsedilmektedir.

Yukarıda açıklanan 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 57.maddesi; gerçek ve tüzel kişilere ağaçlandırma izni verilmesini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin amacı, maddenin ifadesine göre orman sahasını artırmaktır. Bunu gerçekleştirmek için de, orman içi açıklıklarda ve kanun hükmünce uygun görülen alanlarda yapılacak olan ağaçlandırmalar söz konusu olacaktır. Bu ağaçlandırmalar için idarenin de "izin" vermesi gerekmektedir.

6831 Sayılı Kanunun 57.maddesinin getirdiği bu düzenleme tamamen Anayasa'ya aykırı bir durum arz etmektedir. 1982 Anayasasının 169.maddesi devlet ormanlarının, yine Devlet tarafından yönetilip, işletileceğini ifade etmiştir. Buradan hareketle, devlet ormanlarında yönetim ve işletme hakkının Anayasayla sadece Devlete tanındığı açıktır. Dolayısıyla, orman içi açıklıklarda, ağaçlandırma yapacak kişilere 6831 Sayılı Kanunun 17.maddesine göre belli bir

süre (49 yıl) bu alanda işletme ve yönetme hakkı tanındığı gözönüne alınırsa, devlet ormanlarının işletilme ve yönetilmesi özel şahıslara devredilmiş sayılacaktır. Bu nedenle 57.madde kesinlikle Anayasaya aykırıdır. Maddenin uygulanmasında, ekim-dikim yapılmış ve bu suretle yetiştirilmiş alanların özel orman sayılarak yapılaşma izni verilmesi de, devlet ormanlarının daraltılması sonucunu getireceğinden bu açıdan da tümüyle Anayasanın 169.maddesi hükümlerine aykırıdır.

İlk kez özel kişilere devlet ormanlarının içindeki açıklıkları ağaçlandırma olanağı 1986 yılında 3382 sayılı kanunla tanınmış ve bunun karşılığında ağaçlandırılan alanı, 6831 Sayılı Kanundaki 17.maddeye göre işletme hakkı verilmiştir. Bu düzenleme de Anayasamızın 169.maddesi hükmü olan “Devlet Ormanları kanuna göre devlet tarafından yönetilir ve işletilir” hükümlerine aykırıdır. Anayasa’ya göre devlet ormanlarının işletilmesi tamamen Devlete bırakılmıştır. Bu ormanların işletme hakkı izin, irtifak hakkı biçiminde özel hukuk şahıslarına devredilemez.

Bu maddenin içerdiği ağaçlandırma ve imar faaliyetlerini düzenlemek amacıyla 1989’da yürürlüğe konan Ağaçlandırma Yönetmeliği, 1992 yılında ve Orman Bakanlığı’nın ve Ağaçlandırma Genel Müdürlüğü’nün yeniden kurulması üzerine 26 Haziran 1994 tarihinde değişikliğe uğramıştır.

Yönetmeliğin 8.maddesinin a fıkrasında, devlet ormanlarında hangi koşullarda ağaçlandırma izni verileceği kaleme alınmıştır. İzin koşulları ve alanların düzenlenmeye çalışıldığı bu madde,hükmü içinden çıkılmaz hal almıştır. Tezin ana konusunu oluşturan irtifak hakkı kavramı 9.maddede düzenlenmiştir. Buna göre, I-IV.sınıf hazine arazilerinde sadece hızlı gelişen türler için irtifak hakkı tesisi ve izin verilmesi söz konusudur.

Toparlarsak; yönetmelikte gerçek ve tüzel kişilere Devlet ormanlarında yapacakları ağaçlandırmalar için verilecek izinden (md.8); Hazine arazilerinde ise “İrtifak Hakkı”ndan (md.9) söz edilmektedir.

Bu ayırım da son derece mantıklıdır. Zira, Hazine arazisi devletin özel mülkiyetindedir. Devlet bu arazi üzerinde, Medeni Kanun hükümlerine göre dilediği tasarruflarda bulunabilir. Bu noktada 17.maddeye göre; Turistik tesis izinlerinde irtifak hakkı kurulması farklı bir boyut olarak ortaya çıkar. Söz konusu olan Devlet ormanıdır, fakat işlem irtifak hakkıdır. Ancak, bu bir çelişki oluşturmamaktadır. Bu irtifak hakkının doğumu, yatırımcının müstakil bir sınırlı ayni

hak elde ederek, kredi borç vs. bulması ve kendini güvenceye almak isteme zorunluluklarından kaynaklanmaktadır.

Bu aşamada, izin-irtifak ayrımının bunların hangi anlamları kapsayıp, mahiyetlerinin ne olduğuna bir açıklık getirmek gereklidir.

“İzin” kavramına bakıldığında, İdare Hukukuna has bir tanım olduğu görülecektir. Bu konuda gerekli açıklamalar bir önceki kısımda yapıldığından burada tekrar ele alınmayacaktır.

6831 sayılı Orman Kanunu 57.maddesi ve Ağaçlandırma Yönetmeliğinin 8-9.maddelerinde ifade edilen “izin” kavramı İdare Hukukunda tanımlanan “izin” kavramıyla büyük benzerlikler gösterir.

Ormanlar üzerinde Anayasanın 169.maddesi hükmüne aykırı olarak özel işletmecilik düşünülemeyeceğinden; ağaçlandırma yönetmeliğinde sözü geçen “izin” kavramının bu açıdan özel işletmeciliğe yaklaştığı da gözönüne alındığında, uygulamanın ciddi boyutu kendini gösterecektir. Gerçekten de, bu tür izinlerde (yararlanma haklarında) tek kriter olması gereken kamu yararı ölçütü zaman zaman arka plana itilebilmektedir. Böylesi önemli bir hakkın gerçek ve tüzel kişilere tanınmasında tek yetkili idarenin varlığı düşünüldüğünde; sorumluluğun ağırlığı da ortaya çıkacaktır. İznin özelliklerinde görüldüğü üzere, idare çok geniş takdir yetkisine sahiptir ve bu yetkisini kendi belirleyeceği alan dahilinde kullanabilmektedir. Bunun sonucu olarak da, idare kamu yararı ilkesini, ormanların devamlılığı prensibini ön planda tutma ve bunu denetleme sorumluluğunu tam olarak üstlenemezse “izin” prosedürüyle ormanların özel şahısların eline geçmesinin basitleşebileceği söylenebilir. Uygulama da bu durum kötüye kullanılmaktadır. İstanbul, Haraççı beldesinde 100 dönümlük bir alan için ağaçlandırma izni verilmiş, göstermelik, basit bir ağaçlandırmadan sonra lehine izin verilen kişi orman içi açıklıklara (700 dönüm) doğru bir işgale başlamış ve buralara buğday ekmek suretiyle geniş alana yayılmıştır. Bu ve bunun gibi hakkın kötüye kullanılabileceğini gösteren örnekler çoğaltılabilir.

İznin diğer bir özelliği de, kamu mallarından özel yararlanma izni alan kişinin hiç bir hak temin edemeyeceği, sadece yararlanma yetkisinin bulunduğudır.

Devlet ormanlarında yapılacak ağaçlandırmalarda da bu geçerlidir. İzin sahibinin sadece yararlanma hakkı sözkonusudur. Bu hak; izne konu yeri sadece ağaçlandırma (veya imar-ihya) suretiyle kullanmaktan ibarettir. Ağaçlandırılan yerin mülkiyetinin ağaçlandırma faaliyetinde bulunan kişiye devri mümkün değildir. Ayrıca ağaçlandırmaya konu olan ağaçların

mülkiyetinin de araziden ayrı olarak şahıslara devredilmesi sözkonusu olamaz. Buna kaynak olarak Medeni Kanun'un 655.maddesinde ifade edilen "ormanlarda üst hakkı memnudur." cümlesi gösterilebilir. Madde hükmüne göre ağaçlarla üzerinde bulundukları arazinin ayrı kişilere ait olması düşünülemez. Arazinin mülkiyeti kimin elindeyse üzerindeki bitkilerin (ağaçların) mülkiyeti de onun elinde olacaktır. Bu sebeple, ağaçlandırılan alanlarda ağaçlarla orman alanının mülkiyetinin ayrı olamayacağı her ikisinin de Devletin hüküm ve tasarrufunda olduğu açıktır.(AYANOĞLU,1986)

Bir diğer özellik de, iznin kural olarak belirli bir süreyle sınırlandırılmış olmasıdır.

1995 yılında çıkarılan "Tahsis Yönetmeliği"nin Ek 16/1 kısmında yer alan ağaçlandırmalarda idarenin düzenlediği Taahhüt Senedine bakıldığında; iznin belli bir süreyle sınırlandırılmak suretiyle verilmesinin geçici olma prensibine uyduğu düşünülebilir. Ancak, yine Taahhüt Senedinin 7.maddesine bakıldığında, izin süresinin çok da belirgin, olmadığı anlaşılabacaktır. Bu madde de; iznin süresinin tamamlanması halinde; ilgili Orman İdaresi'nce yapılacak tetkikler sonucu kurulan ormanın idare amaçlarına uygun devamı söz konusuysa, başka hiçbir işleme gerek kalmadan iznin bir izin süresi kadar daha uzatılması ifadesi yer almaktadır. Bu hernekadar zımni uzatmaya benziyorsa da ,bu işleme basitleştirilmiş yenileme demek daha doğru olabilir. Zımnen uzatmada idare herhangi bir işlem yapmamakta sadece vatandaşın kullanımına göz yummak suretiyle izni uzatmış olur. Uygulamada böyle bir durum varken, iznin belli süreler içinde olması gerekliliği prensibine uyulduğunu söylemek zorlaşacaktır.

Bu konuda zımnen uzatılmanın özel yararlanma izinleri için söz konusu olmaması gerektiği, uzatılma başvurusunu değerlendirirken sahip olduğu takdir yetkisinin iznin ilk defa verilmesi sırasındaki genişlikte olmadığı da söylenebilir (GÜLAN, 1995).

Yararlanma izinleri belli bir süre için verilirler ve normal olarak da bu süre bitince sona ererler. Ancak, idarenin verdiği izin tek taraflı olduğunda bunu her zaman iptal etmesinin mümkün olduğu da hatırlanmalıdır. Bu nedenin de kamu yararı içinde mütalaa edilen geçerli bir gerekçeye dayanması gerekir.

Bir kamu malı olan ormanlar için de bu özellik geçerlidir.

Bir idare hukuku işlemi olan iznin özelliklerine bakıldığında, ağaçlandırma çalışmalarında ifade edilen izinle benzerlik gösterdiği görülecektir. Ancak, bu yapıya temel noktalarda aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca, en önemli nokta; Anayasaya aykırı bir

düzenlemeyle varlığını sürdüren ve uygulamasının karar mercii olarak bir idarenin tam yetkili kılındığı; gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak ağaçlandırma faaliyetleri için “izin” prosedürünün yeterli olup olmadığıdır. Bu yeterliliğin varlığını , ormanların devamlılığı, kamu yararı, yaptırım gücü gibi konularda düşünüp geniş kapsamlı olarak ele almak gereklidir.

Bu noktalardan konuya yaklaşıldığında, izin prosedürüyle idarenin çok geniş takdir yetkisiyle donatılması ve hakim karar mercii olmasının ormanlar üzerinde olumsuz sonuçlara yol açabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, bu düzenlemenin “izin” prosedürüne bağlanmaması gerektiği düşünülebilir.

Sonuç olarak; 6831 sayılı Kanunda ve 1994 Ağaçlandırma Yönetmeliğinde ifade edilen izin-irtifak haklarının Medeni Kanun anlamında bir hak olduğunu söylemek de güçtür. Bir idare hukuku kavramı olarak incelediğimiz, benzer ve farklı yönlerini ortaya koyduğumuz “izin” kavramında bahsedildiği gibi, böyle Anayasaya aykırı bir düzenlemenin (md.169’a göre), Medeni Kanun kapsamında düşünülmesi doğru olmayacaktır.

57.madde uygulaması tamamen Anayasa ihlalidir. Bu tür uygulamaları önlemek için; Anayasada ve Siyasi Partiler Kanununda değişiklik yapılarak yaptırımlar konulmalı ve bu imkanın politik sömürüsüne son verilmelidir. Nitekim, Orman Bakanlığı SPK’da değişiklik tasarısı hazırlamış ve orman suçu işleyenlerin seçilme hakkını ortadan kaldırmayı hedeflemiştir. Zaten Anayasanın 169.maddesinde de, ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle, anayasal güvenceden de hareketle konuya cezai yaptırım getirilmelidir.

Her ne kadar, Medeni Kanunda yer alan irtifak haklarından intifa hakkına benzerlikler gösterse de; temel noktalardan ayrılmaktadır.

Bunların hiçbirinin dikkate alınmadığı halde bile, böylesine temel hukuk kurallarına aykırı bir düzenlemenin Medeni Kanun anlamında ve idare hukuku kapsamında düşünülerek değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır.

Devlet ormanları kamu malıdır ve Anayasanın düzenlemesine göre “Devlet eliyle yönetilir ve işletilir”. Bu hükme uymayan yapılanmalar kesinlikle batıldır. Devlet ormanlarının işletme hakkı izin veya irtifak adı altında veya tamamen başka bir isimle de olsa özel hukuk kişilerine devredilemez. Böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi, ormanlar aleyhine bir gelişimin, değişimin kabulü anlamına gelecek ve her yönden suistimali de gündeme getirecektir.

Buradan hareketle, ilk bakışta olumlu gibi gözüken bir prosedürün ne kadar belirsiz bir tabana oturtulduğu, gerekli hukuki yapı oluşturulmadan, kavramların mahiyeti saptanmadan bir uygulamaya geçildiği ortadadır. Çok hassas bir konu olan kamu mallarından yararlanmada; hukuki düzenleme, mevzuatta boşluklar, tanımsızlıklar bulunması, bu hakların kötüye kullanılmasını kolaylaştırabilecektir. Dolayısıyla, Orman Kanunu'nun 57.maddesi ve bu maddenin dayanak olarak alındığı Ağaçlandırma Yönetmeliğince, orman alanını ağaçlandıran kişiye, ağaçlandığı alan üzerinde işletme hakkını veren izin-irtifak veya her ne ad altında olursa olsun bir düzenleme yapılmaması daha uygun olacaktır. Bunun yerine Orman Kanunu'nun tanıdığı tüm olanaklarda öncelik tanınması yeterli olabilir.

6831 sayılı Kanun,31,32,33,34. maddelerinde tanınan haklar münhasıran genişletilerek tanınabilir.

3.1.3.3.1.2.2.2.. İmtiyaz

Bu kavram değişik anlamlar ifade eder. Bir kamu hizmetinin, hasarı kendisine ait olmak üzere yani kendi sermayesiyle özel bir girişimci tarafından görülmesi bir imtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturduğu gibi, kamu malından tekeli (inhisari) nitelikte belli bir fayda sağlamak için bireylere verilen izinlere de "imtiyaz" denilmektedir (ONAR, 1960).

YAYLA'ya göre; imtiyaz kamu hizmetinin özel bir kişiye (Türk Hukukuna göre bir Anonim şirkete) gördürülmesi konusunu içerir. Son zamanlarda, idare içinde yer alan yeni kurulmuş bazı kamu kurumlarına da bu amaçla imtiyaz verilmektedir. Fakat asıl yerleşmiş anlamıyla imtiyaz sözleşmesi özel kişilerle yapılandır (YAYLA, 1990).

Bir kamu hizmeti imtiyazı, imtiyaz sahibine, imtiyaz devam ettiği müddetçe, kamu malını işgal etmek ve üzerinde tesisat kurmak yetkilerini verir (ONAR, 1960).

Kamu hizmeti imtiyazı, genellikle hizmetin gerektirdiği bayındırlık işlerini yapan tesisatı kuran özel kişiye, yaptığı harcamaların karşılığı olarak verilir. Cumhuriyet'in ilk yıllarında bu şekilde elektrik üretim ve dağıtım hizmetleri özel kişilere imtiyaz sözleşmesiyle gördürülmüştür. Bu suretle, idare yaptırdığı tesisleri bir çeşit taksitlendirmeye ödemektedir. Daha doğrusu sözleşmeyi yapan şirket, idareden alacağı tesis bedelini, o hizmetten yararlanan kişilerden almaktadır (YAYLA,1990).

İmtiyaz sahibinin kamu malından özel yararlanması için idare ile imtiyazcı arasında bir idari sözleşme yapılması gerekir.

Ormancılıkta İmtiyaz Usulü

Ormanlarla ilgili hizmetlerin ve bazı ormancılık faaliyetlerinin özel şahıslara, şirketlere devredilmesi usulüne ormancılığın tarihi gelişimi sürecinde rastlanmıştır. 1869 Orman Nizamnamesinde belirginleşen bu usul içinde, yabancı şirketlere, ormanlardan verilen imtiyazlara da rastlanmaktadır. Bu nizamnamenin başka bir boyutu da, bazı ormancılık faaliyetlerinin özel kişilere devredilmesidir. 1869 Orman Nizamnamesiyle birlikte, özellikle devletin egemenliğinde (mülkiyetinde) bulunan ormanlar özel girişimlere açılmaktadır., 1869 tarihli Nizamname’de, bu konuda çok açık ifadeler kullanılmamakla birlikte aşağıda verilen bazı maddelerde de görüleceği üzere orman işletme hakkının devri sözkonusudur.

Örneğin 37.maddede “.....izinsiz ağacı kesenlerin ele geçmemesi halinde para cezasının orman müteahhidinden veya imtiyaz sahibinden alınmasından” söz edilmektedir.

38.maddede “.....ruhsat verilmeden önce eşcar-ı maktuayı yerinden kaldıranlar haklarında ve onlar ele geçmezse ormanın müteahhidi veya imtiyaz sahibi hakkında....” ifadesi bulunmaktadır.

Yine 51.maddede “ormanların müteahhitleri veya imtiyaz sahipleri ormanlarda çalıştırdıkları işçiler....” ifadesinden de orman işletme hakkının kim tarafından kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Aynı yıllarda, “Orman Nizamnamesiyle”, Tersane ve Tophane Yönetimlerinin gereksinimlerinin sağlanmasına ilişkin Tüzük’ün gerekçelerini içeren ve Bayındırlık Dairesi Danışma Kurulu (Şurayı Devlet Nafia Dairesi) tarafından hazırlanarak kamutaya sunulan bir tutanak konuya açıklık getirmektedir:

“....çoğunluk, ağaç kesimi ve satımıyla uğraşan tecimcinin, ormana yakın yerlerde yaşayan halkı belirli bir ücretle ağaç kesme ve taşınmasında çalıştırdıkları....”

Tutanağın başka bir yerinde şöyle denilmektedir;

“.....ormanların “yönetiminin” Maliye Bakanlığı’na bırakılması, Rumeli ve Anadolu’da bulunan kimi ormanların devlet gözetimine alınması ve ağaçların özel sözleşmelerle satılmasının yararlı görülmesi” (KUTLUK, 1948).

Bu konuya başka yönlerden de açıklık getirilebilir. Bir Fransız ormancının usule ilişkin gözlemleri şöyle sıralanıyor: “.....Tecimciler, önce yörenin yaşayanlarıyla, örneğin bir dere kıyısındaki halkla pazarlık ederler. Halk da; önceden belirlenen bir zaman sonunda ve yine

önceden saptanmış koşullara uygun olarak kestiğini bir nehir kıyısı ya da iskelede bulundurmaya üstlenir. Bunun karşılığında kendilerine ön para verilir. Öyleki, karşılığı sonradan alacakları toplam paradan kesilmek üzere, taşımada çalıştırılacak hayvanlar da tecimciler tarafından sağlanır (.....).

Bu ön paraların kazanç oranı çoğunluk tefecilik derecesine varır. Ürünün iskeleye taşınmasında, tecimci, malın fiyatından; kendisinin verdiği vergiyi, ön paraları ve yüzde iki-ikibuçluğu bulan faizleri düşer (.....). Bir yandan alıcıların aracıl amaçları, bir yandan da köylülerin para gereksinmesi, köylülerin her zaman borçlu kalmasından başka sonuç vermeyecek biçimde durumu güçleştirir (.....) ve işte bu nedenledir ki faizcilik zincirleriyle bağlanan halk kitleleri, en koyu yoksulluklara hükümlü bir durumda tecimcilerin tutsağı olarak kalırlar.” (ÇAĞLAR, 1979).

Bu alıntılarda yer alan “tecimci” terimi Orman Nizamnamesiyle gündeme getirilen orman işletmeciliği kavramıyla bir anlamda çelişmektedir. Nizamnamedeki orman müteahhidi; devletten ormanın işletme hakkını satın almaktadır ve bu hakkın aldıktan sonra hakkına sahip olduğu ormanları bir başka alıcıya doğrudan satmamaktadır. Orman müteahhidi burada ücretli işçilere üretim yaptırmaktadır. Pazarda başka bir alıcıya satılan da, müteahhidin yaptırdığı bu üretim sonunda şekillenmiş bir üründür.

Ormanlardan yararlanmayı belli ölçüde düzenleyen Orman Nizamnamesi ormanı yalnızca doğanın insanlara sunduğu bir gelir kaynağı olarak ele almış, gerek koruma ve gerekse işletme işlerinde parasal yararlanma, tüm devrim çıkış noktasını oluşturmuştur (İNAL, 1946).

Orman Nizamnamesinin yapılışına ve hazırlanmasına katkıda bulunanlara bakıldığında; Fransız ormancılarının çalışmaları görülecektir. Bu ormanlar, ekonomik yönden sorunlar içinde bunalan bir ülkenin, hazinesine daha fazla gelir sağlamak için her türlü kaynağa başvurulduğu bir dönemde ülkeye gelmişlerdir. Böyle bir ortamda Fransız ormancılarının, ormanlara da gelir kaynağı gözüyle bakmaları kaçınılmaz hale gelmiştir.

1872 Mayısında, bir yabancıya verilen ayrıcalığa ilişkin bir sözleşmenin 2.maddesi dönemin ormancılık politikasının bu yanını açıklığa kavuşturması nedeniyle önemli bir belgedir. Sözleşmeye göre; “Hükümet, Belevi yöresinde, Meriç Nehri’nin 30 km uzaklığında bulunan devlet ormanlarından, 18 Mayıs 1872’den başlayarak, 35 yıl süreyle ağaç kesmek ayrıcalığını” vermiştir. Sözleşmeye göre; yararlanmayı alanlar bunun karşılığında hiçbir vergi vermeyecekler ancak yılda 50.000 Frankı Osmanlı Devletine vereceklerdir.

Mazhar Diker, 1893-1908 yılları arasında, Orman ve Madenler Bakanlığı tarafından öşür dizgesiyle ormanların büyük ölçüde satıldığı bir devredir. Bu devrenin niteliği “ormanlardan daha çok gelir almaktır. Öyle ki, bu amaçla ormanlardan alınan geliri geçmiş yıllara göre artırırların ödüllendirilmesi ve düşürenlerin de cezalandırılması temel ilke olmuştur. Bu nedenle bu devreye, geliri attırma amacıyla çalışan “Başiboş iltizam ormancılığı evresi” diyoruz şeklinde tanımlamıştır (DİKER,1947).

Taahhüt usulünün; ormanlara verdiği zarar belirgin şekilde ortaya çıktığından bu şekilde bazı ormancılık faaliyetlerinin yapılmasının özel şahıslara verilmesi yöntemi 1937 yılından başlayarak 1945 yılına kadar kaldırılmıştır.

İşletme hakkının devri anlamına gelen bu usul, Anayasa ‘da da güvence altına alınan Devlet işletmeciliği prensibine tamamen aykırıdır.1961 Anayasası ve 1982 Anayasasında ormanların Devletin egemenliğinde olduğu ve Devlet eliyle işletileceği hüküm altına alınmıştır.1937 yılından bu yana gözetilen temel ve değişmez Devlet işletmeciliği prensibine rağmen günümüzde halen ormanların işletme hakkını devre yönelik çabalar sürdürülmektedir.

3.1.3.3.1.2.2.3. Tahsis

Tahsis kavramının yasal bir tarifini yapmak çok zordur.

Tahsis terimi yanında özgüleme, ayırma*¹, amaca uygun kullanılma*² gibi terimlere ve ifadelerle rastlanılmaktadır, ancak kanunlarımızda farklı anlamlarda da olsa genelde tahsis terimi kullanılmaktadır.

Tahsis, doktrinde “bir devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya kamu hizmetine bağlayan, başka bir deyişle, özel malları, orta malı veya hizmet malı kategorisine koyan veya kamu hizmetinin aracı haline getiren bir idari tasarruf olarak tanımlanmıştır (ONAR, 1960). Ayrıca “bir kamu malının bir kategoriden diğerine veya bir hizmetten diğer hizmete nakli” şeklinde de kabul olabileceği kabul edilmektedir. Bu tanım Türk Hukukunda genel kabul görmüştür (BİLGİN, 1988, DÜREN, 1975).

*1 Hizmet binası olarak ayrıldığı sürece Dan.9.D., E.1981/4788, K. 1983/294, D.D., S.52,53 -S.402,403, Yrg4HD 30.6.1976,2955/3662;Ayrıca 765 sayılı TCK Md.516/3 “.....kamuya hizmetine veya bir din mazhebinin ibadetine ayrılmış yapılara.....”

*2 442 Sayılı Köy Kanunu Ek md.15 “.....taşınmaz malların amaca uygun kullanılma esasları”;Ayrıca 1982 A.Y. md.45” Devlet, taşıma arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek”

Bu tanımlamaya göre, tahsis bir mala verilen işlemdir. Tahsis müessesesi genellikle tek taraflı bir idari işlem şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, tüzük, yönetmelik, imar planları ile tahsis sözkonusu olabileceği gibi, bir idari sözleşme şeklinde de ortaya çıkması mümkündür. Danıştay İdari Dairesi'ne başvurmayla gerek kalmaksızın idareler arasında kamu hizmetiyle ilgili olarak, uzlaşma sağlanmasıyla da tahsis niteliğinde idari işlem ortaya çıkmaktadır (Dan. 8.D. E. 1986/46, K.1986/159, D.D.,s.352-357).

İdari-icrai bir işlem olan tahsisin unsurlarını şöylece sıralamak mümkündür:

Tahsis işlemini yapmaya yetkili makam, herşeyden önce bu mala sahip olan kamu tüzel kişisidir. Tahsis işlemini yapmaya yetkili organın tabii olduğu usul kurallarına tabi olmalı ve yazılı biçimde yapılmalıdır.

Bazı durumlarda kanun veya kanunun açıkça yetki vermesi durumunda idare, tahsis işleminin sebep unsurunu açıkça göstermiş olabilir. Böylece tahsis işlemini sebepli (causal) bir hale gelir ve işlemin kesinlikle bu sebebe uygun yapılması gerekir.

Bütün idari işlemlerin amaç unsuru olan “Kamu Yararı” tahsisi işlemi için de geçerlidir.

Tahsis işlemiyle aynı kamu tüzel kişisinin bir malının kamu malı haline sokulması isteniyorsa, konu basittir. Fakat, bir kamu tüzel kişisine ait olan mal, başka kamu kişisinin kamu malı haline getirilmek isteniyorsa, durum bazı özellikler gösterir. Bir başka deyişle, tahsis işlemi, bir kamu tüzel kişisinin malının diğer bir kamu tüzel kişisinin kamu malı haline getirilmesi sonucunu doğuruyorsa, bir takım özellikleri vardır.

Kanun koyucu ortaya çıkan sorunları bir kanunla çözümleyebilir. Bu durumda, tahsisin amacı, özellikleri kanunla belirleneceği için herhangi bir sorun çıkmayacaktır. Kanunların bu gibi düzenlemelerle konuyu çözümlemedikleri durumlarda iki olasılığı daha düşünmek gerekir.

a) Bir kamu tüzel kişisinin kamu malı statüsüne sokacağı mal, bir diğer kamu tüzel kişisinin özel malı ise ve bu kamu tüzel kişisi Devlet değilse, kamulaştırma hakkındaki genel hükümlere göre o mala ihtiyacı olan kamu tüzel kişisinin malvarlığına geçer. Eğer, özel mala sahip olan kamu tüzel kişisi Devlet ise, bir satış sözleşmesiyle veya devirle ihtiyacı olan kamu tüzel kişisi o mala sahip olur.

b) Devredilmesi sözkonusu edilen mal, kamu malı niteliğini taşıyorsa, bu durumda tarafların anlaşması gerekecektir. Eğer taraflar, yani iki kamu tüzel kişisi, bir kamu malının aralarında devri konusunda anlaşamazlarsa, Danıştayın bu konuyu çözümleyeceğine dair düzenleme vardır. 4.11.1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi, açıkça

kamu malı mahiyetinde olan taşınmaz mal dememekle beraber, kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip olduğu taşınmaz mal kaynak ve irtifak haklarının diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamayacağını vurgulamaktadır. Burada sözü geçen taşınmaz malın, özel mal değil, kamu malı niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Öyleyse, kamu malı niteliğinde olan taşınmaz mala, kaynağa ve irtifak hakkına gereksinmesi olan İdare, ödeyeceği bedeli de belirterek, mal sahibi İdare'ye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare, devire muvafakat etmez veya 60 gün içinde cevap vermezse, ortada bir anlaşmazlık var demektir ve isteyen İdarenin başvurusu üzerine konu Danıştay tarafından incelenerek 2 ay içinde kesin olarak çözümlenir.(GÜLAN,1995)

Tahsis, bir kamu malının, bir kategoriden diğerine nakli anlamında düşünüldüğünde, ormanlarda bu kavramın uygulamasıyla karşılaşılacaktır. Genellikle, tek taraflı bir idari işlem şeklinde ortaya çıkan tahsis müessesesinin; tesisinin tamamen objektif kriterlere bağlı olduğunu ileri sürmek pek kolay değildir. Bir anlamda kamu malının el değiştirmesi anlamına gelen tahsis işlemi, ilgili İdarenin tekeline bırakılmıştır. Tahsisin yapılabilmesi için belli şartların bulunması, gerekli incelemelerin yapılması şarttır. Ancak; tüm bunların yapılabilmesi, sadece ilgili idarenin tekelinde olduğundan tahsis kararının alınmasında bir takım subjektif etkenlerin rol oynayabileceği düşünülebilir.

Günün değişen ekonomik, sosyal koşulları altında kamu mallarına yönelmede belli bir artış görülmektedir. Bu da, kamu mallarından yararlanma taleplerinin çoğalması anlamındadır. Tüm bu sebeplerle, tahsis kararını alan yetkili idarenin daha çok sorumluluk, ve titizlikle hareket etmesi gerekmektedir. Ancak, günümüzde sık değişen politik dengeler; denge değişimlerinin meydana getirdiği idari teşkilat yapılarında oluşacak değişiklikler; bir türlü stabil hale gelmeyen bir karar mekanizması oluşturmuştur. Özellikle, İdare'nin politik nedenlerle hareket etmesi veya bu tür baskılarla hareket tarzını değiştirmesi tahsis kararı alınmasının objektifliğini, doğruluk ve yerindeliliğini tartışmaya açık hale getirmiştir.

Yapılaşmanın giderek arttığı şu dönemde; en dikkat çekici, rant getirici mekanlar olarak orman alanları ön plana çıkmıştır. Tahsis kararının bir takım subjektif kriterlerle alınması sonucu ortaya çıkabilecek ve kamu malı aleyhine sonuçlar doğurabilecek işlemler ve eylemlerin etkileri orman alanlarında daha belirgin hale gelmiştir. Bu nedenle, alınacak tahsis kararının ormancılık mevzuatına, bilimsel gerçeklere, hukuka, kamu yararına uygun olması için İdare

tarafından gereken hassasiyetin gösterilmesi ve hiçbir etki ve baskı altında kalmadan karar verilmesi gereklidir.

Ormanlarla ilgili olarak, tahsis işleminin geçerli olduğu düzenlemeler aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır.

3.1.3.3.1.2.2.3.1.Turizm Bölge Alan ve Merkezlerinde Bulunan Ormanlarda Tahsis

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 3373 sayılı kanunla değişik 17.maddesinde Turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için izin verileceğinden bahsedilmektedir.

17.Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, devlet ormanları üzerindeki izin-irtifak hakları incelenirken, Turizm Alan ve Merkezleri hariç tutulacak ve madde kapsamından ayrı düşünülecektir.

Bu düzenlemeyle; Turizm Bölge, Alan ve Merkezlerinde kurulacak olan irtifak hakları 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümleriyle bağlı olacaktır.

1982 yılında yürürlüğe giren Turizm Teşvik Kanununun 3.maddesi Turizm Bölge, Alan ve Merkezlerini tanımlamaktadır.^{1*}

Kanunun 8.maddesinde ise, taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımına yer verilmiş ve madde içinde ormanlar da düzenlemeye tabi kılınmıştır. Buna göre turizm alan ve merkezlerinde Turizm Bakanlığının talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki hazineye ait olan yerlerle, ormanlar, ilgili kuruluşlarca (Orman Bakanlığı) Turizm Bakanlığı'na tahsis edilecektir. Ormanların turizme ayrılması ve amenajman planlarının tadili, işlemleri tamamlandıktan sonra yapılır ve talep tarihinden başlayarak engeç 1 ay içinde tamamlanır (md.8/A. 1b).

Ormanların yatırımcılara tahsisi, kiralanması 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 Araştırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın ortaklaşa tespit edilir

^{1*} 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 sosyo-kültürel 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.

Bakanlık, bu taşınmazları (ormanları) 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,alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisine de yetkilidir.(8 d)

Ayrıca 15.maddede “ormanlarda yer alacak turizm yatırımı belgeli tesislerin, 6831 sayılı orman kanununun Ek-3.maddesinin (c) fıkrası uyarınca ödemek zorunda oldukları bedel, tahsis tarihini takip eden 3.yıldan itibaren 5 yıl vade ve 5 eşit taksitte alınır” ifadesi yer almaktadır.

Turizm tesisleri için ormanlık alanlardan izin verilmesini düzenleyen yönetmelik de birçok yönden eksiklikler içermektedir. Turizm yatırımlarına ayrılan bölümde kamu yararından söz edilmemektedir. Ayrıca ormanlık alanlara zarar vermeyecek, onların devamlılığını sağlayacak hususlar değil de, yatak kapasitesi ve maliyet gibi inşaatla ilgili hususların dikkate alınmıştır.

2634 sayılı Kanun’un 8. maddesinin uygulamasına ilişkin usul ve şartları belirleyen “Kamu Arazilerinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkındaki Yönetmelik “incelenirken konu üzerinde detaylı olarak durulacağından burada sınırlı açıklamayla yetinilmiştir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, birçok yönden ormanlara zarar getirici düzenlemeler içerir. Bu noktada, kanunun bir özelliğinden de bahsetmek gerekecektir.

Anayasanın geçici 15.maddesi uyarınca, 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak olan TBMM Başkanlık Divanı oluşturulmaya kadar geçen dönem içinde çıkarılan kanunların Anayasaya aykırılığı öne sürülemeyecektir. 1982 yılında çıkarılan 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, bu dönemde çıkarılmıştır. Bu nedenle de, düzenlenmesindeki eksiklikler ve çarpıklıklara rağmen kanun değiştirilememektedir. Bir hukuk devletinde, değiştirilmesi gereken, uygulamada tahrip edici sonuçlara yol açan bir hükmün halen varlığını sürdürmesi anlamsızdır. Bu nedenle Anayasa değişikliğine gidilerek geçici maddenin kaldırılması gereklidir.

Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik

2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8.maddesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve şartları belirleyen yönetmelik, turizm bölge, alan ve merkezlerinde, imar planları ile turizme ayrılmış taşınmaz malların, kamulaştırma, Bakanlığa tahsis, tapuya tescil, yatırımcılara

tahsis, kiralama, irtifak hakkı tesisi işlemleri ile bu işlemlere ilişkin süre, bedel, hakların sona ermesi ve diğer koşullara ait hükümleri kapsamaktadır.

Yönetmeliğin tanımlar başlığını taşıyan 4.maddesinde “Kamu Arazisi” kanun uyarınca Bakanlığa tahsis edilen Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerle, Hazineye ait taşınmaz malları ve orman arazisini ifade eder denilmektedir.

Aynı yönetmeliğin “Ormanlar” başlığını taşıyan 7.maddesinde ise;

“Turizm alan ve merkezlerinde imar planları ile turizme ayrılan taşınmaz mallardan, Bakanlığın tasarrufuna alınmasına karar verilen ormanların, bu kısımlarının Bakanlığa tahsisi, Orman Bakanlığından talep edilir. Talep yazısına tahsisi istenilen kısmın kesin sınırlarını gösteren uygun ölçekli bir harita eklenir.”

Orman Bakanlığı gerekli inceleme ve işlemleri sonuçlandırarak kanunun 8 nci maddesinin (1.) fıkrası uyarınca tahsisin yapıldığına dair belgeyi talep tarihinden itibaren engeç bir ay içinde Bakanlığa gönderir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir konu ortaya çıkmaktadır. Madde hükmünden, Orman Bakanlığı’nın mutlaka tahsis etme zorunluluğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Hernekadar, Orman Bakanlığı’nın gerekli inceleme ve işlemleri sonuçlandırarak tahsis hakkında sonuca varması gerektiği belirtilmişse de, madde hükmünde yer alan “.....tahsisin yapıldığına dair belgeyi” ifadesi bir zorunluluk olarak hissedilmektedir. Orman Bakanlığı’nın yapılacak incelemeler sonucunda uygun bulmaması halinde; tahsis etmeme yetkisi de vardır. Tersine olarak, bu yetkinin olmayıp, mecburi bir tahsisin varlığı düşünüldüğünde, maddede düzenlenen inceleme ve araştırmaya hiç gerek olmayacak, her talep tahsisle sonuçlanacaktır. Bu nedenle Orman Bakanlığı tahsis konusunda tam yetkilidir.

O halde; orman alanlarının turizme açılmasında en önemli bağlantı noktası Orman İdaresince verilen tahsisin, uygunluğu kararıdır. Olası orman tahribatı bu noktada büyük ölçüde engellenebilecektir. Bu nedenle, incelemeyi yapacak olan kurulun yapısı büyük önem taşımaktadır. Öncelikle, karar mekanizmasında söz sahibi idareciler bu kurulda yer almalıdır. Orman Genel Müdürü ve Kadastro Mülkiyet Dairesi Başkanı bu sabit kurulan doğal üyeleridir. Uygulamadan gelmeleri açısından bu idarelerin varlıkları, uygulamayla yasal durumun bağdaştırılması noktasında önem taşıyacaktır. 3 üye ise bir hukukçu olmalıdır. Ancak, bu hukukçunun orman mevzuatına da hakim olması gereklidir. Çünkü, orman mevzuatı, başlı başına bir sistemdir ve karmaşık yapısı ancak ormanın tam anlamıyla tanınması, niteliklerinin

bilinmesiyle çözülebilecektir. Diğer üyeler ise, konuyla ilgili diğer meslek dallarından seçilebilir. Örneğin; yapılacak tahsisin çevre boyutunu incelemek için bir çevre mühendisi, bölgenin tarihi durumunu belirlemesi veya özellik taşıyan bir yanının (kültür varlıkları) bulunması durumunda bir arkeolog, bir mimar olması önerilebilir. Bu ve bunun gibi çıkabilecek farklı durumlar için farklı uzmanlar inceleme kuruluna dahil edilmemelidir. Değişik uzmanlık alanlarının biraraya gelmesi; olayı dar bir çerçeveden çıkaracak ve tüm yönleriyle ortaya koyacaktır. Ayrıca, bu tür bir sabit kurul sistemiyle subjektif uygulamalar da belli ölçüde azaltılmış olacaktır.

Bu kurulun kararlarının da bağlayıcı olması gereklidir. Kurulun kararı yapılacak tahsisde gözönünde tutulacak ilk unsur olmalı ve bu idareciler tarafından değiştirilememelidir.

Turizm Bakanlığına yapılan kamu arazisi tahsis talepleri, arazi tahsis komisyonunca değerlendirilir ve sonuçlandırılır. Arazi tahsis komisyonu ise yönetmeliğe göre; Müsteşar Yardımcısı Başkanlığında; Turizm Genel Müdürü, ilgili Genel Müdür Yardımcısı ile Yatırımlardan Sorumlu Daire Başkanı, Planlama Dairesi Başkanı, Turizm Bankası Proje Değerlendirme Grubu Başkanından oluşmaktadır. Komisyon raportörlüğünü ise Turizm Genel Müdürlüğü yürütmektedir. Arazi tahsis komisyonu, taşınmaz malların müteşebbise ön izin ile tahsisine, ön iznin kesin tahsisine dönüştürülmesine, bu izin ve tahsislerin iptaline hakların uzatılmasına veya sona erdirilmesine ilişkin kararları oluşturmaktadır.

Yönetmeliğin 4.maddesinin g bendinde tahsis kavramının neyi ifade ettiği belirtilmiştir. Buna göre, “tahsis” kamu arazisinin müteşebbise ön izin yoluyla ayrılmasını ve yatırımcılara kira veya irtifak hakkı tesisi yoluyla kullanma hakkının devrini tanımlar.

Madde 4’te 2 şekilde yapılacağı belirtilen tahsisin “kiralama yoluyla yapılması md.18’de irtifak hakkı yoluyla yapılması da md 21’de açıklanmıştır.

Konuya bir bütün olarak yaklaşıldığında, ilk adım olarak Orman Bakanlığı’nın, Turizm Bakanlığı’na belli şartları haiz orman alanlarını tahsisi sözkonusudur. Tahsisin niteliği üzerinde daha önceki bölümde durulduğundan burada detaylandırılmayacaktır.

Turizm Bakanlığı’na tahsis edilen arazinin, müteşebbise kira veya irtifak yoluyla tekrar tahsis edilmesi konunun ikinci adımını oluşturmaktadır.

Dolayısıyla, bu anlatımdan hareketle Orman Bakanlığı’nın Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8.maddesi gereğince Turizm Bakanlığı’na arazi tahsisinde kamu kurum ve kuruluşları arasında tahsis sözkonusu olabileceğinden herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak,burada tahsisi

yapmaya yetkili olanın mala sahip olması gerekliliği düşünüldüğünde bir sorunla karşılaşılacaktır. Çünkü, Orman İdaresi malik değil sadece yararlanma hakkı sahibidir. Bu nedenle, yapılacak tahsis aşamasında ormanların gerçek maliki olan Hazine ve onun adına Maliye Bakanlığının da onayı alınmalıdır.

Konunun ikinci tarafına bakıldığında, kamu arazisinin özel şahıslara tahsisi gündeme gelmektedir ve bu tahsis, kamu mallarının özel şahısların yararlanmasına sunulması anlamına gelen tahsis tanımıyla bağdaşmamaktadır. Burada ancak, yetkili idare tarafından tek yanlı bir işlem veya sözleşme aracılığıyla bir kamu malından, mal ve üzerindeki tahsisin amacını tehlikeye düşürmeyecek şekilde tahsisle bağdaşır, geçici süreli fakat tek elci bir yararlanma hakkının varlığından bahsedilebilir. Bu yararlanma hiçbir zaman kamu malının tahsis amacına, yönüne aykırı olamaz.

Bu şekilde oluşan yararlanmalara, kamu mallarından özel istisnai yararlanma tanımlaması yapılmıştır (ÖZAY, 1996).

Buna göre, yararlanma tek taraflı işlem ile kurulabildiği gibi idari sözleşme sonucu da kurulabilir. Yararlanma talep eden ve yetkili idare arasında imzalanacak bir sözleşme sonucunda yararlanma hakkı elde edilir. Bu hak, geçici nitelikte de olsa, süresi müddetince kamu malının izin verilen kısmı üzerinde kesintisiz ve tek elci yararlanma hakkı sağlamaktadır.

Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisine İlişkin Yönetmeliğin 16.maddesinde tahsis koşullarını belirleyen kira veya irtifak hakkı şeklindeki “tahsis sözleşmesinin” Bakanlıkla karşılıklı imzalanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, ortada İdareyle karşılıklı yapılan bir sözleşme vardır. Buna da tahsis sözleşmesi adı verilmiştir.

Yönetmelik, kamu malından fertlere özel istisnai yararlanma sağlamak için verilecek olan iznin başlığına “tahsis sözleşmesi” adını vermiştir. Oysa, özel istisnai yararlanmaya imkan tanıyan iznin başlığı ve tarafların niyeti ne olursa olsun, işlemin teknik nitelendirilmesi, içerdiği hükümlere ve konusuna göre, bir uyumsuzluk çıktığında yargı yerlerince belirlenecektir (ÖZAY, 1996).

Buradan hareketle her ne kadar kanun koyucu işleme tahsis adını vermişse de, yönetmelikte geçen sözleşmenin tahsis mahiyeti taşımadığı sadece kamu malından yararlanmanın istisnai bir hükmünü oluşturduğu söylenebilir. Tahsis kavramının yönetmelikte kullanılması, hukukta genel kabul gören anlamına ters düşmekte ve yerindeliğini tartışılır hale getirmektedir.

Tahsisin niteliğindeki, bu kavram karmaşasından sonra, kamu arazisinden yararlanmanın özel kişiye tanınması yollarında hukuka uygun olmayan düzenlemeler göze çarpmaktadır. Yönetmeliğin 18.maddesinde; kamu arazisinin (özel anlamda ormanların) yatırımcılara kiralanması sözkonusudur. Bu maddede hüküm altına alınan “kira” kavramı bir özel hukuk ilişkisini akla getirmektedir. Kira gibi özel hukuk sözleşmelerinin kamu mallarında geçerli olmayacağı doktrinde kabul edilmektedir. Sadece, kamunun özel mallarının özel hukuka tabi olduğu kabul edildiği için, bunlar bakımından kira, alım-satım gibi özel hukuk işlemleri yapılabilmektedir.

Kamu mallarını konu alan bir sözleşmeyi idare ve karşı taraf “kira” olarak vasıflandırmış olsalar dahi, bu belirleyici olmayacak, sözleşmenin konusu, tarafların birinin idare olması ve özellikle sözleşme üzerindeki yetkileri değerlendirecek olan yargı yerleri sözleşmenin bir idari sözleşmesi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğuna karar verecektir.

“Belediyeye ait yol fazlası yerde, ancak belediye hizmetlerinin görülebilmesi amacıyla tesisleri inşa edebileceğinden, bu yerin özel bir şahsa kira karşılığında verilmesinde isabet olmadığı” hk. Dan. 6.D. 1980/300, K.1983/4259, D.D.S 54,55 S.214.*¹

Kamu mallarının özelliklerinden biri de, kira gibi özel hukuk sözleşmelerine konu olamamalarıdır. Dolayısıyla, 18.maddede yeralan “kira” kavramı, kamu mallarından yararlanmayı düzenleyen bir yönetmelik içinde yer almamalıdır. Yönetmeliğin 19.maddesinde; kiraların her yıl artırılacağından, böyle bir kararın bulunmaması halinde, Ticaret Bakanlığı genel toptan eşya fiyat endeksleri ile bir yıl önceki belirlenen artış oranının yarısı kadar yükseltilerek yeniden belirleneceği ifade edilmiştir. Bu ifade tarzına bakıldığında, konut kiralarına benzerlik göze çarpmaktadır. Kira bedelinin her yıl artırılması, bunun için Toptan Eşya Fiyat Endeksinin baz alınması bu benzerliğin temelidir. Benzer şekilde, saptanan süre açısından da aynı şeyler söylenilebilir.

Buradan hareketle, orman alanlarının kira konusu olamaması gerekmektedir. Yönetmeliğin bir özel hukuk ilişkisini orman alanlarında tatbiki yönelmesi hukuken imkansız görünmektedir.

*¹ Kamu emlakı olduğu anlaşılan yerin geçici olarak işgalinde işgal harcı alınacağı, yer kirası alınamayacağı” Dan.9.D., E. 1982/411, K.1983/97, D.D., S.52-53 s.396.

Yönetmeliği hazırlayanların, kiralama kavramını kullanmaları yanıltıcıdır. Bu aşamada, amacın idarenin ve karşı tarafın rıza uyuşmaları ve belli koşulların yerine getirilmesi halinde fazla emek, zaman kaybedip, ağır prosedürler altına girmeden özel kişilerin orman alanlarından yararlandırılmaları olabileceği düşünülebilir. Amanın bu olması halinde, sonuç orman alanlarının aleyhine olacaktır. Belli hukuksal normlara bağlı olmayan; ekonomik, siyasal gündemden etkilenen ve objektif kriterlere bağlanması hemen hemen imkansız olan böyle bir düzenlemenin kamu malı olan orman alanlarında geçerli olmamalıdır.

Madde 21’de kamu arazilerinin irtifak hakkı tesisi yoluyla özel şahıslara verilmesi düzenlenmiştir. Md.18’de bu hakkın verileceği kişileri tanımlamak için “yatırımcı” kavramı kullanılırken; Md.21’de irtifak hakkı tesisi “müteşebbislere” tanınmıştır. Müteşebbis kavramına; turizm yatırımı yapmak isteğiyle Bakanlığa başvurmuş yerli yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları dahildir. Yatırımcı kavramı ise, Turizm yatırımı belgesine sahip yerli ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

Dolayısıyla; md 21’in uygulanacağı (İrtifak hakkı tesisi) birimlere, kamu kurum ve kuruluşları eklenmiş, kapsam daha da genişletilmiştir. Kiralama usulü ise sadece gerçek ve tüzel kişilere yöneliktir. Buradan kiralamanın daha kısa süreli olarak irtifak hakkının ise, uzun süreli olarak kurulacağı düşünülebilir.

Kamu arazisinin; özel olarak orman alanlarının özel kişilerin kullanımına açılması son derece sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Orman alanlarından yararlanma, kesin hükümler altına alınmadıkça, değişmez ve objektif kurallarla desteklenmedikçe bu olumsuz sonuçlar artarak devam edecektir.

Turizm Bakanlığı kendisine tahsis edilen alanları, özel kişilerin, kamu kurum ve kuruluşların yararlanmasına açarken bu faktörleri ön plana almak zorundadır.

Buradan hareketle, irtifak hakkı tesisinin bu güvenceyi sağlayabileceği savunulabilir. Kaynağını Türk Medeni Kanunundan alan bu hakkın kurulması üzerine, hakkın koşulları, niteliği, süresi ve içerdiği bir kanun hükmüyle güven altına alınmış olacaktır. Bu nedenle, Turizm Bakanlığı’nın bu yararlanmayı irtifak hakkı şeklinde tesis etmesinin yerinde olacağı düşünülebilir. Aynı temelden hareketle, Orman Bakanlığı’nın Turizm Bakanlığı’na arazi (orman alanlarını) tahsis etmesi işlemini de bir irtifak hakkı tesisi şeklinde düşünmek mümkündür. Bu ana irtifak hakkı olarak düşünülürse, Turizm Bakanlığı’nın özel şahıslara vereceği yararlanmaların da, bir alt irtifak hakkı tesisi şeklinde kurulması tüm bu karışık

sistemin bir temele ve modele oturtulmasını sağlayabilecektir. Böylelikle gerek Orman Bakanlığı'nın Turizm Bakanlığı lehine kuracağı ana irtifak hakkı, gerekse Turizm Bakanlığı'nın özel şahıslar lehine kuracağı alt irtifak hakkı başlangıçtan itibaren yapılacak işlemlerin sıkı, katı, disiplinli bir prosedüre bağlanmasını, benzer koşullarda aynı şekilde hareket edilmesini ve eşitlik ilkesini sağlamış, kanun güvencesi altına almış olacaktır.

Ayrıca, yönetmeliğin 4.maddesinin e bendinde Bakanlığa tahsisin sınırlarını belirlerken; kamu arazilerinin kullanma, irtifak hakkı tesisi ve kiralama hakları ve bunların tapuya tescili kapsam dahiline alınmış ve yetki Bakanlığa verilmiştir. Buradan da açıkça anlaşılacağı gibi, sözkonusu alan ister kira hakkı, isterse irtifak hakkı olsun bunların tapuya tescili gerekmektedir. Bir özel hukuk sözleşmesi olarak düşünüldüğünde kiracının tescile tabi olmayacağı rahatlıkla tespit edilecektir. İrtifak hakkı için bu tescil kurucu unsurdur. Dolayısıyla, yönetmeliği hazırlayanların kirayı ve irtifak hakkını benzer mahiyette kullanmak istedikleri ancak "kira kavramını" yerinde ve anlaşılır bir tanımlama olarak ortaya koymadıkları görülmektedir.

Sonuç olarak; md.4'te de bu hakların tescile tabi olduklarının belirtilmesinden hareketle ana irtifak ve alt irtifak tesisi modelinin oluşturulmasıyla mevcut düzensizlik ve hukuki boşluklar giderilebilecektir..

3.1.3.3.1.2.2.3.2. 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na Göre Tahsis

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda değişiklik yapan 3708 sayılı yasanın 18.maddesinde vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarına Bakanlar Kurulu Kararıyla Hazine veya Kamu Tüzel kişilerine ait arazilerin tahsisi imkanı yaratılmıştır.

Vakıflar, tüzel kişiliğe sahiptir. Tüzel kişiler de kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olarak 2 kategoriye ayrılır. Vakıflar, özel hukuk tüzel kişileridir.

Özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk hükümlerine göre kurulan ve kamu hukukunda doğan üstün hak ve yetkilerle donatılmamış olan tüzel kişilerdir. Özel hukuk tüzel kişilerinin türleri hukuk düzeni tarafından belirlenir ve ancak bu belirlemeye uygun olarak oluşturulan kişi veya mal toplulukları tüzel kişilik kazanabilir. Kanun koyucunun tüzel kişi olarak tanıyıp düzenlemediği kişi veya kişi mal topluluklarına tüzel kişilik kazandırmak mümkün değildir. Yürürlükteki Türk Hukukunda Medeni Kanun tarafından düzenlenmiş bulunan dernek ve vakıf dışında, T.T.K.'nda öngörülen ticaret şirketleri ile Kooperatif Kanununda düzenlenen

kooperatifler, 2821 sayılı kanun uyarınca kurulan sendikalar, birer özel hukuk tüzel kişisidir (AKÜNAL, 1995).

Vakıflar tarafından kurulan Üniversiteler, ise birer kamu hukuku tüzel kişisidir. Üniversiteler, kamu kurumlarıdır ve kamu kurumları da, tüzel kişiliğe sahiptir ve kamu hizmetlerini yerine getirir. 1982 Anayasasının 130.maddesinde de üniversitelerin tüzel kişiliğe sahip kamu kurumları olduğu ifade edilmiştir.

Vakıf üniversitesinin kuruluşu ve faaliyete geçişinde vakıf mantığından ve amacından ayrılan noktalar göze çarpacaktır. Vakıflar gerçekte, kamu hizmetlerinin büyük bir kısmını üstlenen müesseseler olarak, toplumda kabul görmüştür. Devletten almak yerine özel mülkiyete tabi mal veya akarı belli bir amaca tahsis edip, özel mülkiyetin dışına çıkarma anlayışı hakimdir. Oysa,günümüzde Vakıf Üniversitelerin yıllık bütçesinin belli bir bölümünü karşılama garantisi almaktadır. Bu üniversitelerin, kamu hizmeti yaparak, ülkede yükseköğrenime katkıda bulunduğu kesindir. Ancak, bunun için Devletten her türlü yardımı da almaktadır. Bu açıdan vakıf mantığından ayrılmaktadır.Sonuç olarak, Vakıf Üniversiteleri gerek vakıf kimliği, gerekse kamu tüzel kişiliği açısından tartışmalı bir konumdadır.Bu da, kendilerine tanınan tahsis hakkının gerekliliğini tartışmaya açacaktır.

Konu bu tartışmalı boyutu yanında halen uygulanmaktadır ve uygulama alanı içine ormanlar da girmektedir.Buna göre,yapılacak olan tahsis konusu ormanlarda olduğunda, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesi de uygulamaya konulmaktadır.

Vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarına arazi tahsisinde (Konu gereği özel olarak devlet ormanlarından yapılan tahsislerde) şu prosedürler izlenmektedir.

İlk olarak Vakıf, kuracağı tesisin amaçlarına, büyüklüğüne uygun olarak bir arazi (Devlet Ormanı veya kamu tüzel kişilerine ait orman) tespit eder ve talepte bulunur.

Talep üzerine Bakanlar Kurulu ilgili devlet Ormanının Vakıf Üniversitesine tahsisine ilişkin bir karar verir.

Bu karardan sonra söz konusu yer Devlet Ormanı olduğundan ve bu yerlerin işletimi, yönetimi Orman Bakanlığı'na ait olduğundan, Orman Bakanlığı'nın kesin izin ve tahsis kararları, 6831 sayılı Orman Kanununun 17.maddesi uyarınca alınacaktır.

Devlet Ormanlarından veya kamu tüzel kişilerine ait ormanlardan yararlanmanın bir yolunu da 1991 yılında yürürlüğe giren bu usul oluşturmaktadır.

Önceki bölümlerde görüldüğü üzere devlet ormanlarından çeşitli isimler altında yararlanmalar giderek artmaktadır ve bu da beraberinde ormanların azalmasını, tahribatını ve talanını getirmektedir. Vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarına ait tesislerin meydana getirilmesiyle de bu tahribat daha da artmıştır.Yapılan işlemin hukuken olmasa bile fiilen orman kapsamı dışına çıkarma işlemi olduğundan sözedilebilir.

Bu kanun değişikliği yürürlüğe girdikten sonra talepte bulunan Yüksek Öğretim Kurumları ve talep ettikleri alanlar olayın boyutu ile ilgili bir fikir verebilecektir.



ÜNİVERSİTELERİ TAHSİS EDİLEN ORMANLARIN DÖKÜMÜ

<u>İZİN SAHİBİ</u>	<u>ÖN-KESİM</u>	<u>KONUSU</u>	<u>OLUR TARİHİ</u>	<u>ALANI (M²)</u>	<u>İLİ-İLCESİ-KÖYÜ</u>
Sabancı Vakıf Üniversitesi	Ön	Üniversite Alanı	09.03.1995	966.8000	İstanbul-Tuzla-Ortaköy
Koç Vakıf Üniversitesi	Kesin	Üniversite Alanı	14.03.1995	723.000	İstanbul-Sarıyer-Rumeli Feneri
Koç Vakıf Üniversitesi	Kesin	Kampüs Alanı	22.03.1995	877.000	İstanbul-Sarıyer-Rumeli Feneri
Koç Vakıf Üniversitesi	Kesin	Eğitim Tesisi	03.08.1995	321.735	İstanbul-Sarıyer-Rumeli Feneri
Batı Vakıf Üniversitesi	Ön	Üniversite	Toplam	1.921.735	
Işık Vakıf Üniversitesi	Ön	Üniversite	18.08.1995;	1.325.914	İstanbul-Çatalca-Merkez
Galatasaray Vakfı Üniversitesi	Ön	Üniversite	06.12.1995	490.000	İstanbul-Şile-Meşrutiyet
VAKIF ÜNİVERSİTELERİ TOPLAMI:			14.04.1992	8.634.000	İstanbul-Beykoz-Göllü
				13.338.849	
Dokuz Eylül Üniversitesi	Kesin	Üniversite Alanı	21.11.1990	4.482.686	İzmir-Buca
18 Mart Üniversitesi	Ön	Üniversite Alanı	24.11.1994	1.900.000	Çanakkale-Merkez
18 Mart Üniversitesi	Kesin	Deniz Ürünleri İslah Tesisleri	05.10.1992	99.000	Çanakkale-Merkez
18 Mart Üniversitesi	Ön	Meslek Yüksek Okulu	10.11.1995	37.000	Çanakkale-Yenice
Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü			Toplam:	2.036.000	
Gazi Üniversitesi	Kesin	Enstitü Alanı	05.08.1992	591.080	Kocaeli-Gebze
Gazi Üniversitesi	Kesin	Üniversite Alanı	22.11.1995	675.000	Bolu-Merkez
Gazi Üniversitesi	Kesin	Eğitim ve Dinlenme Tesisleri	27.12.1990	265.250	Kastamonu-Merkez
Gazi Üniversitesi	Ön	Botanik Bahçesi	22.08.1995	113.050	Kastamonu-Merkez
Afyon Kocatepe Üniversitesi	Ön	Kampüs Alanı	Toplam:	11.098.000	Uşak-Merkez
İzzet Baysal Üniversitesi	Kesin	Üniversite Alanı	09.03.1995	1.098.000	Uşak-Merkez
İzzet Baysal Üniversitesi	Ön	Üniversite Alanı	02.04.1996	1.866.500	Bolu-Merkez
			16.03.1995	2.480.000	Bolu-Merkez
M.Kemal Üniversitesi	Ön	Araştırma Tesisleri	Toplam:	4.346.500	
Dumlupınar Üniversitesi	Kesin	Kampüs Alanı	04.05.1995	318.750	Antakya-Merkez
Fırat Üniversitesi	Kesin	Meslek Yüksek Okul Alanı	06.12.1995	160.300	Kütahya-Merkez
Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü	Kesin	Yüksek Teknik Enstitüsü	08.12.1996	125.000	Bingöl-Merkez
Karalması Üniversitesi	Kesin	Tıp Fakültesi ve Hastane	09.07.1992	2.025.920	Kocaeli-Gebze
			17.11.1994	1.154.105	Zonguldak-Merkez
DEVLET ÜNİVERSİTELERİNİN ALANLARI TOPLAMI			Toplam:	17.391.641	
ÜNİVERSİTELERİN GENEL				30.730.490	

Ülkemizde yüksek öğrenim görmek isteyen yüzbinlerce genç üniversite yetersizliği nedeniyle okuyamamaktadır. Devletin daha fazla üniversite açma ve bu konularda yatırım yapma olanakları da çok sınırlıdır. Dolayısıyla, vakıfların “kar amacı gütmeyen” üniversiteler kurarak devlete yardımcı olmaları yani kamu yararına bir iş yapmaları olumlu bir yaklaşımdır.

Buraya kadar geçerli olan bu olumlu yaklaşım kendini üniversite için “yer seçimi” konusunda farklı biçimde göstermektedir.

1991 getirilen değişiklikle (Ek-18.madde) devlet Ormanlarının da, üniversiteler için bir “yer”, bir “arazi” olması gündeme gelmiştir. Ayrıca, ormanların yarattığı eşsiz ortam, doğal güzellikler ve yasanın getirdiği bazı boşluklar nedeniyle, devlet ormanları en gözde üniversite mekanları haline gelmiştir.

Yasa gereğince devlet ormanlarından Vakıfların kuracakları tesislere izin verilmesi (arazi tahsisinin gerçekleştirilmesi) 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 17.maddesi uyarınca yapılacaktır ve 17.maddenin temel kuralı “devlet ormanlarında yapılacak her türlü bina ve tesisin kamu yararına yönelik olmasıdır. Aksi halde böyle bir izin verilmeyecektir.

O halde, devlet ormanlarında Vakıflara ait tesislerin kurulmasında aranacak tek “ölçüt” kamu yararı olacaktır. Bir üniversitenin kurulup, eğitim öğretim faaliyetlerine katkıda bulunmasında kamu yararı olduğu açıktır. Ancak, Anayasamızda (md. 169) ve Orman Kanununda ifade edilen kamu yararı kavramıyla buradaki kamu yararı kavramı aynı mahiyette sayılmamalıdır.

Bir üniversitenin kuruluşu gerçekten kamuya verilecek bir hizmet olup, kamu yararını bünyesinde barındırır.

Bir üniversitenin veya benzeri bir tesisin ormanlar içinde kurulmasının orman varlığını tehdit edeceği açıktır. 1990’ların Türkiye’inde yaşayan nüfusun en belirgin özelliği çok genç bir nüfus olmasıdır. Bu nedenledir ki her yıl üniversite sınavlarına başvuran adayların sayısında yüzbinlere ulaşan artışlar gözlemlenmektedir. Bu artan talebe, koşut olarak özellikle kampüs üniversiteleri çok hızlı bir gelişim süreci yaşamaktadır. Dolayısıyla, Devlet ormanında başlangıçta herhangi bir tahribata, orman varlığını tehdide yol açmayacağı planlanan üniversite kampüsün doğal gelişimi için de bir mekansal büyüme göstermesi olasıdır. Bu mekansal büyüme örnek olarak; teknolojik ilerlemeler sonucunda kurulması zorunlu olan araştırma laboratuvarları, kampüsün büyüme talebi, (yollara gereksinim duyulması) özellikle kent merkezlerinin uzağında yer seçen kampüs üniversitelerinde en hızlı alan talebini oluşturan

otopark sorunları gösterilebilir. Örneğin, Türkiye'nin en eski kampüs üniversitesi olan ODTÜ'de öğrenci sayısında son yıllarda dikkate değer artış olmamakla birlikte, son 3-4 yılda kampüste büyük bir otopark sıkıntısı yaşanmaktadır. Burada belirleyici olan, kentlerde otomobil sahipliği oranlarındaki çok hızlı artıştır.

Tüm bunlar gözönüne alındığında ormanlarda kurulacak bir üniversitenin veya benzeri bir tesisin orman varlığını tehdit etmediğini, etmeyeceğini söylemek gerçekçi olmayacaktır. Ayrıca üniversiteler birer cazibe merkezi haline gelecek ve bu da beraberinde yapılaşmayı getirecektir. Bu merkezlerde oluşan nüfusa alt yapı hizmeti yine ormanlar üzerinden götürülecek ve butahribatı daha da artıracaktır. Tüm bunlardan ayrı olarak, Vakıf Üniversitelerinin Devlet bütçesinden birçok Devlet Üniversitesinden daha fazla destek gördüğü bilinmektedir. Ayrıca, bu üniversitelerde okuyan öğrencilere verilen eğitim karşılığında önemli ücretler (ücretler genellikle dolar \$, bazında olup, milyarları bulabilmektedir) alınmaktadır. Zaten vakıf kavramının geleneksel yapısından ayrılma da bu noktada görülür.

Bu üniversitelerde öğrenim gören öğrenci sayıları da Devlet üniversitelerine göre çok sınırlıdır.

Özetle, bir yanda, gün geçtikçe azalan; kent için yaşamsal olan oksijen ve su kaynaklarını üreten ve canlıların yaşamında “olmazsa olmaz”ı oluşturan orman varlığının; tüm insanlığa çok yönlü sağladığı bir “kamu yararı” vardır.

Diğer yanda ise; düşük bir bedelle elde edilen orman alanlarında; sınırlı öğrenci sayısı ile eğitim, öğretimini sürdüren ve bunun için hem devletten hem de öğrencilerinden hizmetinin karşılığını alan ve “kamu yararı” na olduğu ifade edilen bir oluşum vardır.

Yapılması gereken; orman alanlarında üniversite kurulmasıyla elde edilebilecek kamu yararıyla; alanın orman olarak kalması halinde doğacak kamu yararının kıyaslanmasıdır. Yapılacak kıyaslama, sadece orman alanlarının oldukları gibi korunmasındaki kamu yararıyla olmalıdır. Bunun dışında başka bir ölçüt düşünülmemelidir.

Böyle bir kıyaslama olduğunda da, orman varlığının doğal haliyle bırakılmasındaki kamu yararının çok daha üstün olduğu tartışma götürmeyecek derecede açıktır. Üniversite ve benzeri tesislerin her tür alanda kurulması olasıdır ancak yok olan orman varlığının hatta tek bir ağacın bile geri gelmesi çok uzun yıllar alabilmektedir. Ayrıca, ormanların bir yaşam ortamı olduğu düşünüldüğünde de olayı sadece ağaçlar bazında ele almanın çok eksik olacağı açıktır. Bu yaşam ortamına, bitkileri, hayvanları, orman toprağını ve ormanın hidrolojik, rekreasyonel,

toprak koruyucu ve daha birçok unsurunu dahil etmek mümkündür. Orman varlığına gelecek en küçük bir zarar, bunların bütününe etkilemektedir. Dolayısıyla, buradaki kamu yararının hiçbir şeyle kıyaslanması mümkün olmamalı, hatta düşünülmemelidir.

Üniversitelerin kuruluş amacının kamu yararına olduğu açıktır, ancak aynı amaç “yer seçiminde” de gözetilmelidir. Değerlendirilebilecek boş alanların kullanılması, geri kazanılması ilk etapta ele alınmalıdır. Ormanın varolan doğal yapısından yarar umulmamalıdır. Bu konuda ülkemizde çok iyi örnekler de vardır. Örneğin, 40 yıllık bir geçmişe sahip bulunan ODTÜ Kampüsü, bomboş bir alanda başlamış, bu süre içinde kendi peyzajını geliştirmiş ve bir plan dahilinde kendi orman varlığını yaratmıştır. Bu özelliği nedeniyle de 1995 yılında Uluslararası Ağa Han Büyük Çevre Ödülüne layık görülmüştür. Ankara Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü, Bilkent Üniversitesi Kampüsü, İstanbul’da İTÜ Ayazağa Kampüsü kendi peyzajını oluşturma yolundaki diğer kampüs üniversiteleridir.

Sonuç olarak; Ülkemizde geri kazanım yoluyla kullanılabilir boş alanlar mevcutken, (maden alanları, kurak, çıplak araziler...); üniversitelerin mutlaka orman varlığına (yeşil alana) kuruluş aşamasında ihtiyacı olacağı gibi bir zorunluluk bulunmadığından^{*1}, bunların orman alanlarında kurulmalarında bir kamu yararı aramak mümkün değildir. Dolayısıyla 1991 yılında yapılan değişiklikle Yök Kanunu’na eklenen 18.maddenin orman tahribine yol açabileceği, kamu yararı kavramının saptanmasında çok objektif ve kesin ilkeler olmaması dolayısıyla her açıdan gözde mekanlar olan ormanlardan arazi tahsis talebini giderek artıracabileceği söylenebilir.

6831 sayılı Orman Kanunu’nun 17.maddesindeki esneklik nedeniyle Devlet Ormanları zaten bu tür kullanımlara karşı son derece korumasızdır. Buna bir de Ek 18. madde ilave edilirse bu korumasızlık bir kat daha artacaktır. Dolayısıyla, üniversiteler için yaratılan Hazine veya Kamu Tüzel kişilerine ait arazilerin tahsisi imkanından, en azından Devlet Ormanlarının istisna edilmesi düşünülebilir.

^{*1} Kurulacak üniversitenin bünyesinde bir Orman Fakültesi bulundurduğu düşünülürse, tatbiki derslerin yapılmasında bir araştırma ormanına ihtiyaç duyulabilecektir. Ancak, son yıllarda Devlet Ormanlarından arazi talebinde bulunan vakıf üniversitelerinin bünyesinde Orman Fakültesi bulunmamaktadır.

3.1.3.3.2..Sınırlı Ayni Haklar

Sınırlı ayni hakları içeriklerine göre 3'e ayırmak mümkündür.

a Yararlanma Hakları (Md.703-753): Bunlar mülkiyetin muhtevastaki eşyadan yararlanma yetkisinin tahsisi yoluyla elde edilmişlerdir. Eşyanın hak sahibi tarafından kullanılması veya malikin yararlanma yetkisini hak sahibi lehine sınırlamak suretiyle hak sahibine menfaat sağlarlar. İçerikleri geniş veya dar olabilir. Bunlara "İrtifak Hakları" adı verilir (OĞUZMAN,1992).

b Teminat Hakları (Mk.md.765-886):. Malın paraya çevrilmesi yetkisi sağlayarak bir alacağı teminat altına alırlar. Bu haklar da mülkiyetin içeriğindeki malı paraya çevirebilme yetkisinin alacaklıya tanınması suretiyle elde edilmişlerdir. Bu haklara "Rehin Hakları" denir.

c Taşınmaz Mükellefiyeti: Bu sınırlı ayni hak, bir taraftan taşınmaz malikini hak sahibine bazı edimlerde bulunmak borcu altına sokar; diğer taraftan da hak sahibinin bu alacağını, o taşınmaza karşılık olarak teminat altına alır (OĞUZMAN, 1992).

Bu çalışmada; ormanlar üzerinde rehin haklarının ve taşınmaz mükellefiyetinin söz konusu olmadığı için yalnızca "İrtifak Hakları" ele alınarak incelenecektir.

3.1.3.3.2.1.Medeni Kanun Hükümlerine Göre İrtifak Hakları

İrtifak hakkı için, bütün ihtimalleri kapsayan tam bir teorik tanım yapmak çok güçtür. Çünkü, bu hak tipi içinde, çeşitli unsurlarıyla birbirinden ayrılan farklı türler yer almaktadır. Buna rağmen irtifak hakkı bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan bir ayni haktır denebilir. Ayni hak olarak, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakimiyet sağlar. Bu hak, zaman veya konuyla sınırlanmış olabilir.

Klasik Roma Hukuku, daha yeni olarak Fransız Medeni Kanunu (md.686) ve İtalyan Medeni Kanunu'nda İrtifaklar, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine olarak kurulabilen ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan ayni hak olarak kabul edilmiştir.

İngiliz Hukukunda, irtifak hakkı (easement); bir arazi parçasına diğer arazi parçası üzerinde hukuki muamele sonucunda ayrılan bir hakkı ifade eder (MAVASDELLY, 1980).

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar, kamu hukukundan, özel hukuktan doğmaktadır ve farklı nitelikleri de bulunabilir. Örneğin; bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmaz lehine tesis edilen irtifak, komşuluk ilişkilerinden doğan zorunlulukları, örneğin; başka bir kimsenin taşınmazdan geçmesine izin vermek suretiyle karşılar. Bu önceleri, üzerinde tesis edildikleri

taşınmazların bağımsızlığına bir sınırlama olarak kabul edildikleri için “servitudes (irtifaklar)” ismini taşırdı (TAHİROĞLU, 1981).

Türk Medeni Kanunu ise; irtifak hakkının bir şahıs lehine kurulabilmesini öngördüğü gibi tam bir yararlanma yetkisi veren ve ayrıca yalnız taşınmaz üzerinde değil, menkul alacak veya bir malvarlığı üzerinde de kurulabilen “intifa hakkı”nı, irtifak kavramına almıştır (Mk.717). Ayrıca, bir taşınmazdaki yapıdan tam yararlanma yetkisi sağlayan “Üst Hakkı” da irtifaklar içinde mütalaa edilmiştir (MK.751). Böylece MK.’da irtifak kavramı genişletilmiştir. İrtifak Hakkı kavramı, içeriğinin genişliğinden; kavramlarının birbiriyle yakın ilişkide bulunduğundan dolayı doktrinde çeşitli farklı başlıklar altında tasniflere tabi tutulmuştur.

Medeni Kanunda öngörülen irtifakları, çeşitli açılardan gruplandırmak mümkündür.

a) Yararlanma Yetkisinin Kapsamı Açısından

a₁- Tam Yararlanma

İntifa Hakkı: Hak sahibine sağladığı yararlanma yetkisinin kapsamı açısından intifa hakkını öteki irtifak haklarının karşısına koymak gerekir. İntifa hakkı, hak sahibine, eşyadan “tam yararlanma” yetkisi verir. Roma Hukuku’nda bu yetkiye usus-fructus (kullanma ve semerelerinden yararlanma) yetkisi denir. Bu yüzden intifa hakkının içeriği kanunen, tam yararlanma yetkisidir (OĞUZMAN, 1992).

Başka bir tarife göre; intifa hakkı bir başkasına ait, ekonomik değeri olan eşya, hak veya mal üzerinde kurulan ve sahibine en geniş kullanma ve yararlanma imkanını sağlayan, kişiye bağlı bir sınırlı ayni hak; irtifak hakkıdır (GÜRSOY, EREN, CANSEL,1978)*¹

a₂- Sınırlı Yararlanma

İntifa dışındaki irtifaklarda yararlanma yetkisi sınırlıdır. Bazıları sağladığı sınırlı yararlanmanın niteliğine göre kanunda ayrıca adlandırılmışlardır.

Sınırlı yararlanma yetkisi, bir binada “oturma” yetkisiyse burada “Sükna Hakkı” söz konusudur.

Sınırlı yararlanma yetkisi, bir taşınmazda inşaat yapma ve bu inşaatı sahip olmayı sağlıyorsa, bu halde irtifak, bir “üst (inşaat) hakkı”dır.

* Değişik tarifler için bkz. Akipek,J. Cilt 3. S.87 Karahasan,M.R. Eşya Hukuku. Cilt II. S.1043. Köprülü,B.Kaneti.S: Sınırlı Ayni Haklar İst.1982 Wiceland. Karafakı.

Sınırlı yararlanma yetkisi; bir taşınmazdaki “kaynaktan su alma” biçiminde ortaya çıkarsa, “kaynak irtifakı” olur.

Sınırlı yararlanma yetkisi bir taşınmaz üzerinden geçme yetkisi veriyorsa, bir “geçit irtifakı” vardır.

Bu adlandırılmış irtifaklar dışında bir taşınmaz üzerinde çeşitli irtifaklar kurmak mümkündür.

İngiliz Hukukunda da; belirlenmiş olanların dışında bazı hakların irtifak hakkı olabileceği belirtilmiştir. Bunlar, mahkemelerce de kabul edilmiştir. Ancak, bu tüm haklar için söz konusu değil sadece mahkemelerin “irtifakların kategorisinden....” diye ifade ettiği haklar için geçerlidir. İrtifak haklarının sayısını belirleyen, kesin liste tamamlanmamıştır. Yeni haklar, irtifak hakkı olabilme koşullarını taşıyor ve irtifak hakkı tabiatına uyuyorsa, irtifak hakkı olarak kabul edilebilecektir (RIDDAL,1974).

İrtifak hakkı çeşitleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

3.1.3.3.2.1.1.İntifa Hakkı

Başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkanı sağlayan bir irtifak hakkıdır (OĞUZMAN, 1992).

İntifa hakkının kurulmasıyla malik, eşyanın veya hakkın öz değerini kendisinde tutmakta, buna karşılık bunlardan elde edilebilecek yararları belirli bir kişiye tahsis etmektedir.

Ayrı bir tanımlamaya göre; bir başkasına ait, ekonomik değeri olan eşya, hak veya mal üzerinde kurulan ve sahibine en geniş kullanma ve yararlanma imkanı sağlayan, kişiye bağlı bir sınırlı ayni hak irtifak hakkıdır (EREN, GÜRSOY, CANSEL, 1978).

İntifa hakkını tanımlayan, hemen hemen aynı sonucu ifade eden birçok tanımlamayla karşılaşılır.

Bu tanımlamalardan çıkan sonuçlarla, intifa hakkının özellikleri aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir.

- a) İntifa hakkı, sınırlı ayni haktır.
- b) İntifa hakkı, aksi kararlaştırılmadıkça, konusu olan şeyden tam bir yararlanma yetkisi sağlar.
- c) İntifa hakkı belirli kişi lehine kurulan sınırlı ayni haktır.
- d) İntifa hakkı sahibine yalnızca “yararlanma” yetkisi sağlar.
- e) İntifa hakkı daimi “süresiz” olarak kurulamaz.

3.1.3.3.2.1.2.Sükna Hakkı

MK.md.748 Sükna hakkını; bir evde oturmak veya onun bir kısmını işgal etme hakkı olarak tanımlar. Sükna hakkı, belirli bir kişiye bir binada veya bir kısmında oturma yetkisi veren irtifak hakkıdır. Bu konuda çeşitli tarifler vardır (KÖPRÜLÜ, KANETİ, 1982-83).

Sükna hakkı ancak şahsa bağlı olarak kurulabilir. Eşyaya bağlı irtifak tarzında kurulamaz. Bu açıdan intifa hakkıyla benzerlik gösterir. Zaten MK.md.748 2.fıkra “kanunda hilafı yazılı olmadıkça intifa hakkına dair olan hükümler, sükna hakkındadır” ifadesi yer almaktadır. Bununla beraber intifa hakkı birçok yönleriyle intifa hakkından ayrılır. İntifa hakkı, binadan tam bir yararlanma yetkisi verirken; Sükna hakkı yalnız oturma yetkisi verir.

İntifa hakkı 3. bir şahsa devredilememekle ve mirasçılara geçmemekle beraber; yararlanma hakkı devredilebilir. Halbuki Sükna hakkı, ne temlik edilebilir, ne de yararlanma hakkı 3. şahsa devredilebilir. Yani, intifa hakkının kullanılmasının başkasına bırakılması imkanını veren MK.md.730/f. 1 sükna hakkında uygulanamaz. Bu yüzden sükna hakkı sahibi, binanın kullanmadığı kısımlarını kiraya vermez.

- İntifa hakkı, gerçek kişi ve tüzel kişiler lehine kurulabilir. Ancak sükna hakkının bilfiil şahsen kullanılması gerektiğinden, bu hakkın tüzel kişi lehine tanınması mümkün değildir (GÜRİSOY, EREN, CANSEL, 1978; OĞUZMAN, SELİÇİ, 1992).

Ormanlar üzerinde sükna hakkı söz konusu değildir. Bu nedenle ilerleyen aşamalarda konuya değinilmeyecektir.

3.1.3.3.2.1.3.Düzensiz Şahsi İrtifaklar

Düzensiz (şahsi) irtifaklar, bir taşınmaz üzerinde belirli bir kişi lehine olduğu gibi, bir başka taşınmaz lehine de kurulabilen irtifaklardır. Bunlar, “üst hakkı”, “kaynak hakkı” ve diğer irtifak haklarıdır.

Bunların taşınmaz lehine kurulmaları halinde, herhangi bir özellikleri yoktur, eşyaya bağlı irtifak hükümlerine tabidir.

Buna karşılık bir taşınmaz üzerinde aynı içerikteki bir irtifak hakkı belirli bir şahıs lehine kurulursa, bu hak şu özellikleri taşır.

1- Şahsi irtifak olmasına rağmen, başkasına devredilebilir, mirasçıya geçebilir.

2- Kurulan hakkın konusu bir üst hakkı veya kaynak hakkıysa ve bu haklar bağımsız, sürekli (müstakil ve daimi) bir nitelik taşıyorlarsa, tapu kütüğüne ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir.

Bunlara, kural dışı irtifaklar da denir. Bunun 2 sebebi vardır: Birincisi, bunların hem taşınmaz hem de kişi lehine kurulabilmeleridir. İkincisi ise, bu irtifakların, kişi lehine kuruldukları halde, diğer şahsi irtifaklardan (intifa-sükna) farklı olarak devredilebilmeleri ve mirasçılara geçebilmeleridir (AYBAY,HATEMİ, 1981).

3.1.3.3.2.1.3.1. Üst Hakkı (İnşaat Hakkı)

Üst hakkı, bir şahsa, başkasına ait arazideki yapının (inşaatın) maliki olma yetkisini veren bir irtifak hakkıdır (ARAL, 1962; AKİPEK, 1972).

Ormanlar üzerinde üst hakkı tesisi mümkün olabileceğinden bu konu üzerinde detaylı olarak durulacaktır. MK.md.751’de üst hakkı, malikin 3. kişiye taşınmazın altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisini veren bir irtifak hakkı olarak tanımlanmıştır.*1

Roma Hukuku’nda bu hakkın gelişimine bakıldığında, klasik sonrası devirde, Roma mülkiyetinin siyasi niteliğinin tüm izlerini kaybettiği, arazinin bağımsızlığının silindiği görülür. İrtifakların sayısı artmış, “superficium” gibi haklar belirmiştir.

Superficies, son imparatorluk devrinde özel bir ayni hakkı ifade etmekteydi. Başkasına ait bir toprak üzerinde inşaat veya başka bir faaliyette bulunma hakkıdır. Üst hakkı, bir nevi kiraya benzemekte, ancak toprak sahibine ödenen yıllık bir ücret (solorium) karşılığında üçüncü kişilere, hatta toprak malikine karşı aynı bir dava ile himaye edilmekte, miras bırakılabilmekteydi. “Toprağın üstü, toprağa iltihak eder” kuralının aksine, toprağın üstündeki inşaatın maliki olan üst hakkı sahibi, malikine ait davalarla korunmaktaydı. (BONFANTE,.1928).

Üst hakkını tesis eden taşınmaz malikinin arazi üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder. Araziyi satıp devredebilir, rehnedebilir. Arazi malikinin mükellefiyeti, üst hakkı sahibinin inşaatı yapmasına ve yaptığı inşaatı korumasına katlanmaktadır.

Üst hakkı, bir diğer taşınmaz lehine kurulursa eşyaya bağlı irtifak hükümleri cereyan eder.

*1 Çeşitli tarifler için Akipek,J. Cilt 3, syf.122 Köprülü, Kaneti syf.646

Üst hakkı belirli bir gerçek veya tüzel kişi lehine de kurulabilir. Bu halde taraflar, üst hakkının devredilemeyeceğini ve mirasçıya geçemeyeceğini kararlaştırmamışlarsa, üst hakkı devredilebilir ve mirasçıya geçer. Başkasına devredilebilen üst hakkı bağımsız bir şahsi irtifaktır. Eşyaya bağlı olan veya devri malikin rızasına tabi tutulan üst hakkı bağımsız değildir.

Bağımsız şahsi irtifak olarak kurulan üst hakkı sürekli nitelik arz ediyorsa, müstakil ve daimi hak niteliği sonucu, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir. Üst hakkı en az 20 yıl için tesis edilmişse sürekli nitelikte sayılır (MK.md.751 f.3).

Üst Hakkının İktisabı

Bu konu kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu bakımdan eşyaya bağlı irtifakların iktisabı hükümleri uyarınca (MK.m.704'den kıyasen yararlanarak) üst hakkının iktisabına, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı söylenebilir (OĞUZMAN, 1992).

Üst Hakkının Kapsamı ve Hükümleri

14.11.1990 tarihinde 3678 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Üst hakkını düzenleyen hükümler genişletilmiştir.

Md.751/a'ya göre, üst hakkının tesisine ilişkin resmi senetle; üst hakkının kapsamı, hükümleri, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususlar yer alır.

Değişik bu maddeyle; üst hakkının tesisi için gerekli resmi senedin içeriği detaylı bir biçimde ortaya konmuştur. Herhangi bir ihtilafa yer vermeyecek şekilde; üst hakkının neleri kapsadığı, yapılacak inşaatın konumu ve her türlü niteliği ile ilgili hususlar resmi senette yer alacaktır.

Süre

Md.751/j'ye göre; üst hakkı, müstakil bir hak olarak 100 yıldan daha fazla bir süre için kurulamaz.

Üst hakkı, her zaman kurulması için öngörülen şekle uyularak azami bir 100 yıl daha uzatılabilir. Ancak bu konuda önceden verilen her türlü taahhüt geçersizdir.

Sürenin Sona Ermesinin Sonuçları

1. Yapı mülkiyetinin malike geçmesi

Md.751/b'ye göre; üst hakkının süresi sona erince mevcut yapılar taşınmazın müttemmim cüzü olur ve malikine kalır.

Üst hakkı tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilmişse, sürenin sonunda bu sayfa kapatılır. Ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilen, üst hakkı üzerinde mevcut rehin hakları, diğer bütün hak, takyit ve yükümlülükler de sayfanın kapatılmasıyla sona erer.

2. Tazminat

Taşınmaz maliki, aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir tazminat ödemez. Bir tazminat ödenmesi kararlaştırılmışsa, tazminatın miktarı ve hesaplanmış tarzı belirlenir. Ödenmesi kararlaştırılan tazminat üst hakkı kendileri için rehnedilmiş alacaklıların kalan alacaklarının teminatını oluşturur ve rızaları olmaksızın üst hakkı sahibine ödenemez.

Kararlaştırılan tazminat ödenmez veya teminat altına alınmazsa üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklı, tazminat alacağına teminat olmak üzere, terkin edilen üst hakkı yerine aynı derecede ve sırada ipoteğin tescilini isteyebilir.

Bu ipoteğin tescilinin üst hakkının sona ermesinden itibaren 3 ay içinde yapılması gerekir (md.751/c).

Taşınmaz malikine kalan yapılar nedeniyle üst hakkı sahibine bir tazminat ödenmesi kararlaştırılmışsa, tazminatın miktarına ve hesaplanmış tarzına, üst hakkı süresinin sonunda taşınmazın eski haline getirilmesine ilişkin hükümler resmi senette yer alır. Bu hükümler üst hakkını ve yükümlü taşınmazı iktisap eden herkes için bağlayıcıdır (751/d).

Süresinden Önce Devir Talebi

Şartları

Üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan borçlarını önemli ölçüde ihlal ederse, malik üst hakkının ona bağlı tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir (751/e).

Hakkın Kullanılması

Malik, üst hakkının devrini, kendisine geçecek yapılar için uygun bir tazminat ödeme kaydıyla talep edebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak gözönüne alınabilir.

Üst hakkının malike, devri tazminatın ödenmesine bağlıdır veya bu tazminatın teminat altına alınmış olmasına bağlıdır (751/f).

Üst Hakkı İradının Teminatı

Malik üst hakkı karşılığı olarak irad tarzında borçlanılan edaların azami 3 yıllık miktarının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkını takyid eden ipotekle teminat altına alınmasını halen üst hakkı sahibi olan kimseden talep edebilir.

İradın her yıl için eşit olarak belirlenmemesi halinde bu kanuni ipoteğin tescili iradın eşit olarak dağıtılmasında 3 yıla düşecek miktarı için yapılır (751/h).

Tescil

İpotek, üst hakkının süresi içinde her zaman tescil edilebilir ve icra yoluyla satışta terkin olunmaz. Yapı alacaklıları ipoteğin kurulmasına dair hükümler kıyasen burada da uygulanır (751/i).

3.1.3.3.2.1.3.2.. Kaynak Hakkı

Yeraltı suyunun yeryüzüne tabi olarak çıktığı yere kaynak denir. Kaynak hakkı da, hak sahibine bir başkasının arazisindeki kaynağın sularını almak ve kendi arazisine akıtmak yetkisini sağlayan bir irtifaktır. Sağladığı yetki kanun tarafından belirtilmiştir (OĞUZMAN, SELİÇİ,1992).

Kaynak hakkının kuruluşu MK.'da düzenlenmemiştir. Kaynak hakkı eşyaya bağlı irtifak veya şahsi irtifak olarak kurulabilir. Eğer, eşyaya bağlı yani bir taşınmaz lehine olarak kuruluyorsa, yükümlü ve yararlanan taşınmazların sicil sayfasına tescili gerekir. Eğer, kişiye bağlı bir hak olarak kuruluyorsa, yüklü taşınmazın sicil sayfasına tescille doğar. Kaynak irtifakı sürekli ve bağımsız hak olarak kurulacaksa o zaman tapu sicil kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydolunur (GÜRİSOY, EREN, CANSEL 1978).

Aksi kararlaştırılmadıkça, şahsi kaynak irtifakı devredilebilir ve mirasçıya intikal edilebilir.

3.1.3.3.2.1.3.3. Diğer Düzensiz Şahsi İrtifaklar

Medeni Kanunun 753. maddesi bir taşınmaz üzerinde bir şahıs veya cemaat lehine tesis olunmuş bulunan çeşitli muhtevalı irtifak haklarını “diğer irtifaklar” adı altında toplamıştır.

Diğer şahsi irtifakların içeriği, eşyaya bağlı irtifakların içeriğinin aynı olup, hak sahibine taşınmazdan sınırlı yararlanma yetkisi sağlar (KÖPRÜLÜ, KANETİ,1982-83). MK.md.753 sınırlı yararlanma yetkisine örnek olarak atış talimi ve geçit yetkisini göstermiştir. Bunların eşyaya bağlı irtifaktan farkı kapsamda değil, belirli bir şahıs veya bir cemaat lehine kurulmuş olmalarındadır. Sınırlı yararlanma yetkisi sağlamaları bu irtifakları, tam yararlanma yetkisi sağlayan intifa hakkından ayırır (OĞUZMAN, SELİÇİ, 1992).

3.1.3.3.2.2. Orman Kanunu Hükümlerine Göre İrtifak Hakları

Ormanlardan özel yararlanmanın bir usulü de irtifak hakkı tesisi şeklinde olabilmektedir. Ancak bu noktada ormanların kamu malı olmasından hareketle bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Kamu mallarının özelliklerinden biri de özel hukuk işlemlerine konu olamamasıdır. Dolayısıyla kamu malları üzerinde özel kişiler lehine sınırlı ayni haklar kurulamayacaktır. Bu yasak kamu mallarının temel bir niteliği sayılmaktadır. Türk Doktrininde de bu görüş hakimdir. Fakat mevzuatımızda bu mallar üzerinde irtifak hakkı kurulmasına imkan tanımaya müsait hükümler ve ihtimaller vardır. M.K:un 912. maddesinde “kimsenin hususi mülkiyetinde bulunmayan ve ammenin istimaline tahsis edilen gayrimenkuller ,onlara müteallik ve tescili muktezi ayni bir hak olmadıkça tescile tabi değildir.” ifadesi yer aldığı için ,en azından kamu mallarının bir kısmının tescili gerekecek bir irtifak hakkına konu olabileceği yorumu mümkündür. Bu yüzden, kanunlarda kamu malı üzerinde intifa, irtifak gibi sınırlı bir ayni haktan bahsedilmiş olsa bile ,bu hakkın niteliğini, etkisini ve İdare Hukukunun diğer alanlarıyla etkileşim içine girdikten sonraki kapsamını belirlemek gerekir. Özel hukuk alanında öngörülen sınırlı ayni hak türleri ,mevzuat buna imkan verdiği takdirde bir kamu malı üzerinde kurulmak istenirse ,kamu malının işlevi ve sahibinin özelliği nedeniyle hiçbir zaman özel hukuktaki içeriğinde kalmayacağı ,irtifaka konu olan yararlanma hakkının kamusal niteliğini değiştirmeyeceği,buna karşılık sadece süre ve güvence bakımından ek bir imkan getireceği söylenebilir (ÖZAY;1996).

Ormanlar üzerinde kurulması öngörülen irtifak haklarının da kuruluş mantığı da bu yöndedir. Bu şekilde lehine irtifak hakkı kurulan kişiye, verdiği bedel karşılığında, süre ve güvence konularında bir imkan tanınmış olacaktır. Bu imkan bir kamu malı olan ormanlarda sözkonusu olduğunda İdare birey karşısında daima daha güçlü konumda olacak ve kamu malını koruyucu bir yol izlenecektir.

Türk Hukukunda, devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulmasına ilişkin hükümler şunlardır:

1. Anayasa'nın m.169/II hükmüne göre

“Devlet ormanlarının mülkiyeti*¹ devrolunamaz. Devlet ormanları, kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz”.

2. 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun:

17'inci maddesinin (22.5.1987 tarih ve 3373 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle değişik) 3'üncü fıkrasına göre:

“Turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir. Bu izin süresi kırkdokuz yılı geçemez. Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesisler için süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçer. Ancak işletmenin maksadına uygun faaliyet gösterdiği Orman Genel Müdürlüğünce belgelenen hak sahiplerinin kullanma hakları yer, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksandokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda devir işlemleri bu uzatma sonunda yapılır. Turizm amaçlı tesisler için hak sahipleri adına tapuda irtifak hakkı tesis edilir. İzin ve irtifak hakları amaç dışı kullanılamaz.

115'inci maddesine göre: (Değişik: 23.9.1983 - 2896/57 md).

“Devlet ormanları üzerinde kamu yararına yapılacak her türlü yapı ve tesisler için herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Tarım ve Orman Bakanlıklarının iznine bağlıdır”

Görüldüğü gibi, pozitif hukukta yerini bulan hükümler çeşitli fikir ayrılıklarını da beraberinde getirmiştir. Bu ayrılıkların en önemlisi Anayasa'da ve Orman Kanununda ifadesini bulan “İRTİFAK” teriminin Medeni Kanun anlamında kullanılıp kullanılmadığıdır. Bundan ayrı olarak; M.K.anlamında kullanılıyorsa da, kanunda sözü geçen irtifak türlerinden hangisini kapsadığı; içeriğinin ne olduğu konusu da çözülmesi gereken sorunlardandır ve aşağıda öncelikle bu konudaki çeşitli fikirlere yer verilecek bunu takiben de konuya bir tespit yapılmaya çalışılacaktır.

*¹ Her ne kadar Anayasa burada “mülkiyet”ten bahsediyor ise de, burada devletin özel mülkiyeti altında olan bir mal değil, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, dar anlamda bir kamu malı söz konusudur. Aynı görüşte Kırbas, 24; Akipek, Orman Arazisi Üzerinde, 13/14 (1961 Anayasası m.131 açısından).

Ormanlar Üzerindeki İrtifak Hakkının Niteliği Konusundaki Görüşler

Bu konu, çeşitli uzmanlarca ele alınmış zaman zaman farklı görüşler ortaya konulmuş; hukuksal düzenlemelerin yetersiz ve tereddüt doğurucu olduğu ve bu özelliği nedeniyle fikir ayrılıklarına da fazlasıyla yol açtığı ifade edilmiştir.

USLUOĞLU'na göre: Medeni Kanun'un 912.maddesi, "kimsenin özel mülkiyetinde bulunmayan ve kamunun kullanmasına tahsis edilen taşınmazlar, onlara ilişkin ve tescili gerektiren aynı bir hak olmadıkça, tescile tabi değildir" derken kamu mallarının gerçekte tescile tabi olmadığını ancak tescili gerektiren bir aynı hakkın olması koşuluyla tescil edilebileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, kamu malları üzerinde (ve özel olarak ormanlarda) sınırlı aynı hak kurulabilmesi için bu hakkın sicile kaydı gerekecektir. Ancak, kamu malları tescile tabi değildir.

Tapulama Kanununda da konuyla ilgili hükümler bulunmaktadır. Medeni Kanunun 912. maddesi karşısında, Tapulama Kanununun hükümleri daha özeldir ve ormanlar için tescilden söz edilememelidir.

Bunun sonucu olarak ormanlar tapulama sırasında kesinlikle tesbit dışı bırakılacaktır. Devlet ormanlarının kadastrounun yapılp kesinleşmesinden sonra tapu dairelerince hiçbir harç, vergi ve resim alınmaksızın hazine adına tescil edileceğine ilişkin Orman Kanunun 11.maddesinde yer alan hüküm, tapulanma değil, tapu kütüğüne olduğu gibi aktarılacak yeri belirleme, tapu kütüğünde gösterme, kaydetme olup, tapuya konu yer gibi kayıt ve tescil değildir.

Ormanların Orman Kanunu'nun 11.maddesinde değinilen tescili Medeni Kanundaki tapuya kayıt, tescil anlamında olmayınca, ortada orman kamu malının tapulanması ve tapuya tescili diye bir konu kalmamaktadır. Bu nedenle de bu tescilden, devlet ormanlarına Devletin özel malı niteliği verdiği sonucu da çıkarılamaz.

Özetle; devlet ormanlarının tapulamaya tabi olmadığından (M.K.912) hareketle tapuya tescil imkanı bulunmadığından, hem tesisi mümkün denen irtifak hakkının tesisi imkansızlaşacak, hem de irtifak hakkı Medeni Kanunda belirlenen irtifak hakkı olmayacak; tesisi Medeni Kanunda belirlenen usul ve yollarla yapılamayacaktır.(USLUOĞLU,1977)

Devlet ormanlarının, doğal yapıları bakımından özel nitelikte bir arazi, hukuki bakımdan ise kamunun kullanmasına değil kamu hizmeti görülmesi için kurulan kamu kuruluşuna, hizmet bakımından kanunla tahsis edilmiş bir özel kamu malı oldukları kabul edilince ve "kamu mallarının kullanılması ve bunlardan yararlanma biçimi, kural olarak kamu hukuku hükümleriyle

düzenlenir” denilince, Orman Kanunu ile bunlar üzerinde kurulabilecek irtifak hakkının da M.K.da belirlenen irtifak hakkı değil, kamu hukukuna dönük hizmetin gerektirdiği “idari irtifak” hakkı olabileceğini kabul etmek ihtimali belirir (USLUOĞLU,1977).

Nitekim A.Y.’nın 169.maddesi devlet ormanlarının mülkiyetinin özel kişilere devrolunamayacağını açıkladıktan sonra “kamu yararı dışında bir irtifak hakkına konu olamaz” derken, üst hakkıyla belli bir Devlet orman yerinin üstünde, özel kişilerin devredilebilen, mirasçılara geçebilen, daimilik arzeden hakların yollarını da kapamıştır. Bu hükümler karşısında USLUOĞLU, Devlet ormanlarında özel kişilere dolaylı yoldan inşaat hakkı ve mülk edinme olasılığının açık bulunduğunu düşünmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

USLUOĞLU; “ taraflar arasında, tapu memuru önünde yapılan, üst hakkı kurulmasına ilişkin bir taahhüt muamelesinin, yani üst hakkı sözleşmesinin varlığı ve bu sözleşmeye dayanan tescil talebinin kütüğe işlenmiş, tescil edilmiş olması gereklidir” denilen üst hakkının ancak buna elverişli *arsalar* da geçerli olacağını ve orman arazisinin de kesinlikle bir arsa olmadığını savunur. Özel mülkiyete konu arazi, arsaya dönüşebileceği için buralarda da mümkün ise de ormanlar yasal müdahale olmadan arsaya dönüşemeyeceğinden (2b.maddesi hariç) esasen üst hakkına konu olamazlar.

Bunlardan başka, USLUOĞLU, M.K.655 maddesinin “ağaçlar ve ormanlar üzerinde üst hakkı kurulamaz” hükmüne dayanmaktadır. Buna göre; MK.655 bu ifadesiyle üst hakkının kurulmasını imkansız olduğunu ifade eder.

Özetle, USLUOĞLU ormanlar üzerinde kurulacak bir irtifak hakkının kesinlikle Medeni Kanun anlamında bir hak olmadığını çeşitli yönlerden savunmaktadır. Bu hakkın idari irtifak hakkına daha uygun olduğunu ileri sürmektedir.

Hatta, USLUOĞLU 6831 Sayılı Kanunun 115.maddesinde geçen “İrtifak” hakkının Kanuni İntifa Hakkı (MK.719’a göre) olarak kabul edilebileceğini de beyan etmektedir. Ayrıca ormanlarda turistik amaçlı tesislerin kredilendirilmeleri işleminde kredi veren kuruluşun bu tesisler üzerinde ipotek tesis etmek isteyeceğini, ipoteğin ise kredi şartlarına uyulmaması dolayısıyla paraya çevrilebileceğini, bunun da üzerinde üst hakkı kurulan arazinin satılması sonucunu doğuracağını, bunun ise, kamu mallarında imkansız olduğunu belirtmektedir

USLUOĞLU’nun bu görüşlerine karşı, AKİPEK de düşüncelerini belli başlıklar altında toplamıştır. Düşüncelerini açıklarken de, AKİPEK’in USLUOĞLU’na karşı tezler ileri sürmüştür.

AKİPEK'e göre; "Devlet Ormanlarının ve Devletin bu ormanlar üzerindeki hakkının hukuki niteliğini ortaya koyarken öncelikle devlet ormanlarının, devletin medeni hukuk anlamında sahip bulunduğu özel mallarından olmadığı ve fakat hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu mallarından olduğu sonucuna varılmalıdır"

USLUOĞLU'nun M.K.'un 912.maddesine yönelik eleştirisine karşı AKİPEK, Medeni Kanun'un 912.maddesinin kamu mallarının tapuya kayıt ve tescilini yasaklayıcı niteliği olmadığını öne sürmüştür. Madde geniş anlamdaki sahihsiz mallarla kamunun ortak yararlanmasına açık malların ancak belli şartların varlığı halinde tescil edileceğinden bahsedilmektedir. Medeni Kanundan sonra yürürlüğe giren Tapulama Kanunun 1, 2 ve 35. maddelerinde de buna ilişkin hükümler vardır. Tapu Kanunun 36.maddesi tartışmalı olan bir konuya açık bir çözüm getirerek hizmet mallarının da tapuya tescil edileceğini kabul etmiştir.

Durum böyle olunca özel bazı kanunlarla devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bazı taşınmazların kayıt ve tescil edileceği öngörülebilir. Lakin, tescilin yapılmasıyla onlar kamu malı olma niteliğini kaybetmezler. Tescil de bu taşınmazların devletin özel mülkiyetinde bulunduğu bir karine teşkil etmez (GÜRSOY, 1970)

AKİPEK; 6831 s.k.'nın 115/II.maddesi belirli şartlarla devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulabileceğine işaret etmektedir.

AKİPEK, buradan yola çıkarak üst hakkının kanun tarafından düzenlenmiş özel bir irtifak çeşidi olduğunu belirtmiş ve ormanlar üzerindeki hakkın Medeni Kanun anlamında "Üst Hakkı" olduğu savını ileri sürmüştür.

AKİPEK; devlet ormanlarındaki hakkın, sadece kanuni intifa hakkı olarak kurulabileceğini ileri süren görüşü benimsememiş ve kanuni intifa hakkının kanundan ve özellikle miras hukukundan belirli parantel mensuplarıyla sağ kalan eş lehine doğan bir irtifak hakkı olduğuna göre (MK.442/II.MK.444) bununla ne kastedildiğinin anlaşılmadığını belirtmiştir.

AKİPEK, Devlet ormanları üzerinde üst hakkı kurulmasının ormanlara ilişkin devamlılık ilkesine; yani ormanların korunması ve hatta geliştirilmesine bir engel olmadığını; üst hakkının ormanla örtülü toprağın devamlı olarak bu özelliğini korumasına da bir mani oluşturmayacağını öne sürmüştür. Zaten, orman belirli bir toprak parçasıyla bunun içindeki ağaç topluluklarından oluşan mürekkep bir eşyadır ve üzerindeki ağaçların herhangi bir sebeple yok olması, yanması onların içinde bulunmuş olduğu arazinin, ormanın bir unsuru olarak kalmasını etkilemez,

içindeki ağaçların yokluğuna rağmen o toprak, o yer, ormanın toprağı, orman arazisi olmakta devam eder (AYMK, 10/3/1966, 4414,R.6. 1/6196612314).

Bu durumda da, kurulması olası bir üst hakkının ormanların azalmasına yol açmasından bahsedilemeyecektir. Zaten, irtifak hakkının dolayısıyla üst hakkının Orman Bakanlığı'nın onayıyla kurulacağı da gözönünde tutulursa bu ormanlar açısından daha koruyucu olacaktır.

AKİPEK, üst hakkı açısından ilgili Bakanlıklardan izin alması şartının ormanlar açısından yeterli bir güvence olduğunu savunmaktadır.

AKİPEK; 1744 sayılı kanunla 6831 sayılı Orman Kanuna eklenen 3.maddenin görüşlerini kanıtlar nitelikte olduğunu belirtip; bu maddede 6831 Sayılı Kanunun 17 ve 115/II.maddeleri uyarınca verilecek izin ve irtifak haklarına dayanılarak yapılacak "her türlü tesis"ten söz edildiğini dolayısıyla da üst hakkına dayanarak olabileceğini ifade etmektedir.

AKİPEK, üst hakkının kuruluş sözleşmesi ile ya da bu biçimde yapılacak sonraki bir sözleşmeyle üst hakkı sahibine tanınan inşaat yapma yetkisinin kapsamının sınırlanabileceğini; üst hakkı sözleşmesine konabilecek ve onun aynı muhtevası içine girecek olan bu gibi sözleşme hükümleriyle devlet kendi ormanlarında kurulacak üst hakkı üzerinde etkili olmakta devam edebileceğini savunmaktadır.

AKİPEK, USLUOĞLU'nun M.K.655.maddesinin ormanlar üzerinde üst hakkını yasakladığı görüşüne katılmamaktadır ve görüşlerini şöyle açıklamaktadır:

MK.655'de teknik anlamda bir üst hakkı yani bir arazide inşaat yapmak ve bu inşaatın maliki olmak anlamına gelen bir üst hakkı sözkonusu değildir. Bu maddenin aslı olan İMK 678'in Almanca metninden de anlaşılır. Gerçekten maddede üst hakkından değil, fakat üst hakkına benzer bir irtifak hakkından bahsedilmektedir. Bununla arazi ile üstündeki ağaçların ayrı ayrı mülkiyet hakkına konu olamayacağı belirtilmek istenmiştir. MK.655 bu hükmüyle ağaçların ve içinde yetiştikleri arazinin mülkiyetinin ayrı ayrı kişilere ait olmasını yasaklamıştır. MK:655'in sözünden ve özünden de bu anlaşılır. Çünkü madde bir kişinin kendi bitkilerini ve dolayısıyla ağaçlarını başkasının arazisine dikmesi ya da arazi malikinin kendi arazisine başkasının bitki ve ağaçlarını dikmesi sonunda meydana gelen hukuki durumun nasıl çözüleceğine ilişkindir. MK:655 bu hukuki ilişkiye haksız inşaatteki hükümlerin uygulanacağını belirtmekte yani bitkilerin ve ağaçların MK.648 madde gereğince arazinin mütemmim cüzü haline geleceğini kabul etmektedir. Ayrıca bu münasebetle de herhangi bir yanlış anlamayı

önlemek için başkasının arazisinin orman haline getirilmesinde dahi bunu yapanın bu ağaçlar üzerinde üst hakkına benzer bir irtifak hakkına, yani ağaçların mülkiyetine sahip olamayacağına işaret etmektedir.

Görüldüğü gibi MK.655 teknik anlamda ormana değil, fakat ormanın asli unsuru olan ağaçlara ilişkindir. Bu, Tatbikat Kanununun 39.maddesinden de anlaşılır. Maddenin zaten göstermek istediği, yasaklamak istediği budur; yani eski hukukumuzda da var olan ve kişilere başkalarının arazisindeki ağaçlar üzerinde mülkiyet hakkı tanıyan hakların yasaklandığı, MK.’un yürürlüğe girmesinden sonra artık bu çeşit hakların kurulamayacağıdır. (ESMER, 1976).

USLUOĞLU,Ormanlar üzerindeki irtifak hakkının “idari irtifak “olduğunu ifade etmiştir.

AKİPEK; USLUOĞLU’nun (VELİDEDEOĞLU,1973). İleri sürdüğü gibi ormanlar üzerindeki irtifak hakkının “idari irtifak” olduğu görüşünü kabul etmemektedir. Bunu ifade ederken de idari irtifakın tanımından hareket etmektedir. Şöyleki;

İdare Hukuku Doktrinde özellikle Türk ve Fransız İdare Hukukunda (pek yerinde olmayarak) idari irtifak ile kamunun ya da kamu mallarının yararı amacıyla özel mülkiyet hakkına yükletilmiş olan ödevler ifade edilir. Nitekim, Prof.ONAR “idari irtifaklar; veya kamu mallarının menfaatleri namına özel mülkiyette dahil taşınmazlar üzerine konulmuş takyitlerdir, bunlar kanundan veya kanuna dayanan idari karardan çıkabilir” demektedir(ONAR, 1960; DÜREN, 1975; ÖRÜCÜ, 1976).

Görüldüğü gibi idari irtifak, Türk Hukukunda mülkiyete, özellikle taşınmaz mülkiyet hakkına kamu yararına konmuş kanuni ödevler anlamına gelir. AY’nın 38.maddesinde idari irtifak bu anlamda kullanılmıştır.

Bu tanımlardan hareketle, konusu devlet ormanları yani bir kamu malı olan üst hakkına böyle bir nitelik vermek hukuki çelişki olacaktır.

Devlet ormanları üzerindeki üst hakkı ise, devletin kamu hukuku ile sınırlandırılmış bir mülkiyet hakkı bulunan bir kamu malı üzerinde kurulmaktadır. Devlette bu mal üzerinde bu malın kullanılış biçimini düzenleyen kamu hukuku kurallarının kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak üst hakkı kurmaktadır.

Anayasanın 169.maddesi ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 115/II.maddelerinde olduğu gibi bir kere özel hukuk ilişkilerine konu yapılabileceği kabul edildikten sonra, bu

ilişkilerin üzerlerinde kurulan bu hakların, kural olarak, niteliği ve içeriği de özel hukuk ve dolayısıyla M.K.hükümlerine göre tayin edilir.

Bu konuda bir görüş de BENLİOĞLU'ndan gelmektedir. BENLİOĞLU, idari izinlerle, irtifak haklarının gerek Anayasamız ve gerekse orman kanunlarıyla bütün orman mevzuatında; ormanların özel mülkiyete konu olamayacağını, parçalanamayacağını, daraltılamayacağını, satılamayacağını hükme bağladığını; bu sebeple, medeni kanundaki irtifak hakkıyla ormancılıktaki irtifak hakkı aynı paralelde(içerikte) tutulamayacağını ifade etmiştir (BENLİOĞLU, 1982).

Başka bir görüşe göre ise; Devlet ormanlarında verilen izinlerde belirtildiği üzere; Devlet ormanlarının kamu malı niteliği yanında, Anayasa ve Orman Kanunuyla özel bir rejime tabi tutulmuş olduğu unutulmamalıdır. Özel mülkiyetle, taşınmazlarla ilgili hükümleri düzenleyen MK.'un 652.maddesinde “üst hakkı” ile 751.maddesindeki “inşaat hakkı”nın Devlet ormanları üzerinde kamu yararı olması şartıyla tesis edilen hak’la gerek içerikleri gerekse karakterleri yönünden önemli bazı farklar taşıdıkları açıktır. Bunun yanısıra M.K.’daki esaslara uyulmaması halinde bu hakların doğumu veya terkinleri mümkün olamaz. Nitekim gerek irtifak hakkının gerekse intifa hakkının tesisi için tapu siciline kaydı şarttır. Aksi halde, bu hakların hukuken doğumu sözkonusu olmaz. Devlet ormanlarının orman kadastrounun yapıp kesinleşmesi şartıyla tapuya tescil edilecekleri hususu Orman Kanununda hüküm altına alınmışsa da bu tescil M.K.’un getirdiği sisteme uygun bir tescil değildir. Tescil edilseler bile bu hakkın tesisi için tapuya kaydı şart değildir. Devlet ormanları üzerinde tesis edilen hakkın doğumu veya son bulması için bir idari işlem, diğer bir deyişle Bakanlık izni yeterli bulunmaktadır.

Devlet orman üzerinde orman kanununda yer alan “irtifak hakkı tesisi” deyimini nedeniyle tesis edilen hak MK.’daki “intifa hakkı” ile uyum sağlamaktadır. Bu nedenle Devlet Ormanlarında 17.maddeye göre verilen izinlerle 115.maddeye göre irtifak hakkı tesis edilen haklar nitelikleri itibarıyla yararlanma hakkından başka birşey değildirler. Ancak bu yararlanma hakkı M.K.’daki intifayla uyum sağlamaktadır. Her ikisi de Devlet Ormanlarından yararlanma izninden ibarettir. Tesisler; idare hukuku kurallarına göre yapılmakta, şartları da bu kurallara göre tespit olunmaktadır. İdare bu izinlerle Medeni Hukuka dayandırılabilen yetkilerini de kullanabilecektir (BAŞARAN, TUNCEL, 1987).

Kamu malları, tahsis amaçlarına ve mahiyetlerine ters düşmedikçe, özel kişilerin sınırlı aynı haklarına konu olabilir. Örneğin Anayasanın 131./ I.maddesi (1982 Ay.nın 169.maddesi) ancak kamu yararı sağlamak amacıyla ormanlar üzerinde özel kişiler lehine irtifak hakkı kurulabileceğini öngörmektedir. Kamu malı üzerinde özel hukuk karakterli bir sınırlı aynı hak kurulabilmesi için bu taşınmazın tescil edilmesi gerekir.

Anayasanın 131.maddesinin II.fikrası “Devlet Ormanları kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz” hükmünü koymuştur. Şu halde, Devlet ormanında “kamu yararı” sağlayan bir intifa hakkı kurulması mümkündür. Bu intifa hakkı, bir kamu tüzel kişisi lehine kurulabilir. Örneğin bir üniversitenin Tıp Fakültesi lehine, senatoryum yaptırarak hastaları tedavi etmesini sağlamak üzere, çam ormanında intifa hakkının kurulması veya yine kamu yararı sağlamak üzere özel kişiler lehine Devlet ormanında intifa hakkının kurulması, mesela ormanda turistik tesisler kurmak, hastane açmak, kamusal hizmetlerde kullanılmak üzere kereste çıkarmak üzere kişiye ormanın gerekli yerinde intifa hakkı kurulabilir.

Anayasa’nın (1961 AY). 131./II.maddesinde belirtilen “kamu yararı” amacına bağlı olarak, kamu tüzel kişisi veya özel kişi lehine kurulan intifa hakkı, M.K.’da düzenlenmiş bulunan intifa hakkıdır. Bu bakımdan devlet ormanı üzerinde kurulduktan sonra kural olarak bu intifa hakkı MK.717 vediğer hükümlerine tabi olur.

Devlet ormanında kamu yararına irtifak hakkı kurulmasına Anayasa’nın 131.md.II.fikrasının izin vermesi, kuruluş bakımından olup; maddi sınırlı aynı hak olarak intifa hakkını Medeni Kanun hükümleri düzenlemektedir. Yalnız, özel mülkiyet konusu olan bir taşınmaz üzerinde kurulan intifa hakkıyla, devlet ormanı üzerinde kurulan intifa hakkı tapudaki tescil işleminde şu farklılığı getirir. Aslında Devlet Ormanları MK.641. maddede adı geçen, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahipsiz taşınmazlardır. MK.912.maddede bu tür taşınmazları, üzerlerinde tescili gerektiren aynı bir hak bulunmadıkça, tescile tabi tutmamıştır. Fakat, devlet ormanı üzerinde kurulacak intifa hakkı tescille doğar, (MK.718/I).Bu tescili sağlayabilmek için, önce ormanın tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Devlet ormanı üzerinde kurulan intifa hakkına M.K. hükümlerinin uygulanacağını belirttik. Bu intifa hakkı bir de 6831 sayılı Orman Kanunu’nun bazı maddelerine uymak suretiyle kullanılabilir. Örneğin, bu konunun 14-19. maddeleri devlet ormanlarında fidan kesmeyi, ocak açarak, toprak, kum, çakıl çıkarmayı, göl ve derelerde dinamitle veya ağla balık avlamayı, kural olarak yasaklamakta; istisnai olarak orman idaresinin iznine tabi tutmaktadır, md.15.- 46. md. ise, kamu kurumuna

ait bir ormanın başkası tarafından işletilmesi halinde Orman İdaresi tarafından düzenlenecek harita ve amenajman planına göre faaliyetin yürütülmesini amir bulunmaktadır.(GÜRSOY,EREN,CANSEL,1978).

Bu konuda, Yıldızhan Yayla'da kamu malı üzerinde irtifak hakkı tesisinin belli şartlar altında İdare Hukuku ilkeleriyle ve Medeni Hukuk kurallarıyla bağdaştırılabileceğini ifade etmektedir.

Yayla, ilk olarak ana hatlarıyla Türk Hukukunda durumu özetlemeye çalışmıştır. Buna göre:

1- Türk Hukukunda, idarenin özel malı ve kamu malı ayrımı kabul edilmiştir.

2- Türk idari yargı kararları, soruna açıklık getirebilecek örneklerle sahip değildir. Ayrıca, 1929-1980 dönemini kapsayan Danıştay İştisari kararları arasında da, kamu malı üzerinde kişi lehine irtifak tesisi konusunu aydınlatacak açıklamalara rastlanmamaktadır. Nitekim, doktrinde de, Türk İdari yargı içtihatlarına yollama yapılamamıştır.

3- Türk mevzuatında ve uygulamasında, bazı örnekler de vardır.

- Kamu hizmeti gören ve ihtisas esaslarına göre çalışan kamu kurumlarından bir kısmına (PTT, İETT, İSKİ vb.) ve imtiyazlı şirketlere kanun veya idari sözleşme gereği, kamu mallarından tekel şeklinde ve özel yararlanma imkanı tanınmaktadır. Bugünkü deyişle, PTT İdaresi, görevini yerine getirebilmek için kamuya ait ve kamu malı olduğu açık bulunan, yol, meydan, köprü, kıyı gibi yerlerden, iletişim tesis ve kablolarını geçirebilmek yetkisine sahip kılınmıştır. Kanunla kabul edilen bu irtifakın sınırı ise, sözkonusu kamu mallarından gelip geçişi sürekli olarak engellemek tarzında ifade olunmuştur. Ancak bu gibi örneklerde, kamu mallarında yararlanma ve bunları kullanma yetkisi, gene kamu hizmeti gören veya ona katılan kişilere tanınmaktadır.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8.maddesi, taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımını öngörürken, *ormanları* da kapsamına almıştır. Nitekim, kamu arazisinin turizm yatırımlarına tahsisi hakkında yönetmelikte 2.maddesiyle “..... turizm bölge, alan ve merkezlerinde, imar planlarıyla turizme ayrılmış taşınmaz malların, kamulaştırma, Bakanlığa tahsis, tapuya tescil yatırımcılara tahsis, kiralama, irtifak hakkı tesis işlenmesi.....”ni düzenlemiş, 4.maddesinin (g) bendinde ise: “Tahsis, kamu arazisinin müteşebbise ön izin yoluyla ayrılmasını ve yatırımcılara kira veya irtifak hakkı tesisi yoluyla kullanma hakkının devrini” öngörmüştür. Bu düzenlemenin kapsamına, “kira”da girdiğine, kamu malının da kira

konusu olmaması gerektiğine bakılırsa, maddede geçen “kamu arazisi” deyiminin, idarenin özel mallarını ifade ettiği düşünülebilir. Bu takdirde, tabiidir ki, kamu malı üzerinde irtifak hakkı tesisi konusunu aydınlatabilecek bir örnekten söz edilemez. Ancak, ilgili kanun ve yönetmelik, yukarıda değindiğimiz gibi ormanları da kapsamına almıştır. Ormanların ise kamu malı olduğu, mülkiyetinin özel kişilere devredilemeyeceği, hatta tabii servetlerden olduğu Anayasa ve AYM.’nce kabul edilmektedir (AYM, 10.3.1966-E.1965/44 K.1966/14 R.G.4.6.1960). Bu durumda, “imar planlarında turizme ayrılan taşınmaz mallar, müteşebbise irtifak hakkı, tesisi yoluyla tahsis edilebilir” diyen yönetmelik md.21’in ormanlar bakımından da geçerli olduğu; aynı yönetmeliğin 7.maddesinde “turizm alan ve merkezlerinde imar planları ile turizme ayrılan taşınmaz mallardan, Bakanlığın tasarrufuna alınmasına karar verilen ormanların bu kısımlarının Bakanlığa tahsisi, Tarım ve Orman Bakanlığından talep edilir” denildiği; gene bu yönetmeliğin 4/f hükmünde “kamu arazisi kanun uyarınca tahsis edilen Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerle, Hazineye ait taşınmaz malları ve orman arazisini” ifade eder tanım dikkate alındığında, turizmi teşvik amacıyla, bazı kamu malları üzerinde, bir çeşit kanuni irtifak hakkının tesis edilebileceği anlaşılmaktadır.

4- Nihayet, Türk doktrinde, kamu malı niteliğindeki mallar üzerinde, özel kişi lehine irtifak hakkı tesisi mümkün olamayacağı şeklinde bir kanaat bulunduğu söylenebilir. Özellikle, bu konuda ayrıntılı bilgi veren ONAR, Fransız Doktrine dayandığı açıklamalarında, Medeni Kanun hükümleriyle kamu hukuku ilkelerinin bağdaştırılmasına çalışmıştır (YAYLA,1990). Ancak Yayla’nın belirttiğinin aksine , ONAR, kamu mallarının özel hukuk kurallarına tabi tutulmasının doğru olmayacağını, görevlilerin yanlış uygulama yapabileceğini belirtir.

Türk Doktrinin,bu konudaki uygulamalarına kamu malının tahsis amacına uygun kalmasını engellemeyen bir “Çözüm” demek de doğrudur. Çünkü yukarıda değinildiği üzere, yeni ihtiyaçlar, ister istemez, bu tür meseleleri Türk Hukuk hayatının gündemine getirecektir. Çevre kirliliğiyle mücadelenin zorunlu kıldığı ve uzaklaştırma faaliyetinin yürütülmesi; kültürel değerlerin halkın yararlanmasına açılması ihtiyaçları gibi... (YAYLA, 1990).

KARAYALÇIN da; tescil (kamu mallarının tescili) konusunda, kamu mallarının tapu siciline tescil edilmezliği ilkesinin kabul edilemeyeceğini bunun bir temenniden ileri gidemeyeceğini uygulamada tüm taşınmaz kamu mallarının 1050 sk.’un 23.maddesi gereği tescil edilip, devir temliklerinin yapıldığını öne sürer (KARAYALÇIN, 1975).

Buradan çıkan sonuç, kamu mallarının özel sicile tescil edilmesinin onların kamu malı olma özelliklerini yitirip, özel mülkiyete konu olması sonucunu kendiliğinden doğurmayacağıdır. Bu tür malların özel mülkiyete konu olabilmesi için bunun kanun hükmüne dayanması gereklidir.

M.K.md.912'ye göre "Kimsenin mülkiyetinde onlara müteallik ve tescili muktazi aynı bir hak olmadıkça, tescile tabi değildirler." Bu hükümde kastedilen taşınmazlar, özel mülkiyet altında bulunmayan, kamu malı niteliğindeki taşınmazlardır. Eğer bu taşınmazların lehine veya aleyhine tescili gerekli bir aynı hak bulunursa, bu takdirde bunlar da tapu kütüğüne kaydedilecektir.

Tapu Sicili Tüzüğü'nün 7.maddesinin 2.fikrasında ise "mevzuat çerçevesinde tescilleri zorunlu hale gelmedikçe Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerle, kamunun ortak kullanımına ayrılmış taşınmaz mallar kütüğe yazılamaz" hükmü yer almaktadır (SİRMEN, 1995).

Kamu malları daha önce de belirtildiği gibi, hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar olarak 3'e ayrılır. Bu mallar kamu malı niteliğini taşıdıkları sürece MK'nun uygulama alanı dışında kalır ve bu nedenle de bunların tapulanmaları gerekmez. Ne var ki, Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 23.maddesi hizmet mallarının tapu kütüğüne Hazine adına kaydını öngörmüştür. Bundan başka 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16.maddesinde de bazı kamu mallarının tapuya kaydına ilişkin hükümler mevcuttur. Buna göre, kamunun ortak kullanmasına veya kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerler ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlerden, kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina veya tesisler (hükümet, Belediye, okul, karakol, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami, genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar vb. hizmet malları), kayıt, belge veya özel kanunlara göre hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzel kişiliği adına tespit olunur (Kadastro Kanunu16/A).

Buradaki tespit sözcüğü'nün, dar anlamdaki tapulama, diğer bir deyişle tapu kütüğüne kayıt anlamına geldiği kabul edilir.

Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanıyla ispat edilen ortalama taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası

verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır (Kadastro Kanunu 16/B).

1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nün 92.maddesine göre "Kamu Orta Mallar Sicili" adıyla tutulan bu özel sicil, tapu sicilinin yardımcı unsurları arasında yer almaktadır.

Söz konusu yerlerin sınırlandırılması tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu surette belirtilen taşınmaz mallar, özel kanunlarda yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel mülkiyete konu teşkil etmezler. Yol meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanun hükümlerine tabidir (Kadastro Kanunu 16/D).

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11.maddesi gereğince Devlete ait ormanlar Hazine adına tapuya tescil edilir (SİRMEN, 1995).

Kamu malı taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gereken bir ayni hak bulunmadıkça, tapu siciline kaydedilmez (MK.912).

Ancak, 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanununun 23.maddesi Devlete ait hizmet mallarının, 3402 s. K.K.'nin 16.maddesi, Devlet'in ve diğer kamu tüzel kişilerinin hizmet malları ile bazı orta mallarının tapu siciline kaydedileceğini hükme bağlamıştır. Yine, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11.maddesine göre kadastro yapıp kesinleşen Devlete ait ormanlar hazine adına tapuya kaydedilir. Bununla beraber tapu siciline kaydedilmiş olan kamu malları da alışveriş hayatının dışında kaldığından MK.931 uygulanmaz. Yani iyi niyetli üçüncü kişilerin bu malların mülkiyetini kazanabilmesi imkansızdır.

Kamu malları üzerinde, kamu yararına dayanılarak kanunen öngörülmedikçe, niteliklerine ve tahsis amaçlarına aykırı olarak ne şahsi hak, ne de sınırlı ayni hak kurulabilir. MK. 912'ye dayanarak bu mallar üzerinde idare'nin özel kişiler lehine her türlü ayni hak kurabileceğini savunmak yerinde değildir. Kamu mallar üzerinde ancak bunların niteliklerine veya tahsis amaçlarına uygun bir şekilde kullanılmalarını engellemeyecek veya aksatmayacak kapsamda haklar kurulabilir. Örneğin; bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olan hastanenin bahçesinden komşuluk hukukundan doğan mecra geçirme irtifakı gibi bir sınırlı ayni hak kurulabilir. Fakat hastahane binası üzerinde, bir başka kamu tüzel kişisi yararına dahi olsa "intifa hakkı" kurulamaz (HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, 1991).

Devlet ormanları üzerinde kurulacak irtifak hakkının niteliği konusunda GÜRZUMAR'da düşüncelerini şu şekilde ifade etmiştir.

Kadastrosu yapıp kesinleşen Devlet ormanları, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun m.11/IV hükmü gereğince, hazine adına tapuya kayıt ve tescil olunur.

Pozitif hukuk içinde, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.ve115.maddeleri devlet ormanları üzerinde kurulacak irtifak haklarına ilişkin hükümler ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nın 169.maddesinde de ancak kamu yararı olması şartıyla Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olacağı hükmü yer almaktadır.

Böylece, Anayasa'nın anılan hükmü ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ilgili hükümleri, devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesi olanağını ve bunun şartlarını belirtmiş olmaktadır. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, Anayasa, Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulması olanağını kamu yararının gözetilmesi kaydına bağlarken; 6831 sayılı Orman Kanunu, Anayasa gereği kamu yararıyla sınırlı olan bu olanağı, yalnız turizm amaçlı tesislere vermektedir.

Anayasa ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nda belirtilen sınırlara uymak şartıyla devlet ormanları üzerinde kurulacak irtifak hakları arasında, Üst Hakkı da vardır. Bu, kural olarak, Medeni Kanun Hükümlerine tabidir. Böylece burada da üst hakkı, tapu siciline tescille kazanılır ve tescilin hukuki sebebini ise M.k.m.705 (md.751a, 751b) hükmü gereğince resmi senetle yapılan üst hakkı sözleşmesi teşkil eder (GÜRZUMAR, 1995).

Üst Hakkı sözleşmesinde hakkı tesis eden tarafın, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun m.11/IV hükmü dikkate alınmak suretiyle hazine olması gerekir. Çünkü sözkonusu maddeye göre, devlet ormanları, tapuda hazine adına kayıt ve tescil olunurlar. Ancak, hazinenin devlet orman arazisi üzerinde üst hakkı kurulması, 6831 sayılı Orman Kanununun 115.maddesi gereğince, Maliye ve Orman Bakanlıklarının iznine bağlıdır. Bu izin bir geçerlilik şartıdır. Bu geçerlilik şartı, kanaatimizce bir şekil şartı değil, üst hakkı sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi ve böylece de üst hakkının tescilinin geçerli bir hukuki sebebe dayanabilmesi için gerekli olan bir tamamlayıcı unsur teşkil eder. Maliye ve Orman Bakanlıklarının onayını içermeyen bir üst hakkı sözleşmesine dayanılarak yapılan tescil talebini, tapu memuru MK.925 hükmü gereğince reddetmelidir.

6831 sayılı kanun m.17/III c.1 ve 2 hükümleri, kanaatimizce irtifak hakkı ve böylece de üst hakkı tesisinde de işlemelidir. Buna göre, üst hakkı, devlet orman arazisi üzerinde, kural olarak azami 49 yıl için kurulabilecek; ancak işletmenin amacına uygun faaliyette bulunduğu OGM'nce belgelenen üst hakkı sahipleri için bu süre 99 yıla uzatılabilecektir. Böylece, devlet

orman arazisi üzerinde kurulan bir üst hakkı bağımsız nitelikte olsa bile, burada MK.md.751 hükmündeki 100 yıllık azami sürenin bir hükmü kalmamaktadır.

Öte yandan, devlet orman arazisi üzerindeki üst hakları, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun m.17/III hükmü gereğince ancak bedeli karşılığında kurulabilecektir. Ayrıca, yine aynı hüküm gereğince, üst hakkı süresi bitince idareye geçecek inşaat ve tesisler karşılığında üst hakkı sahibine herhangi bir tazminat ödenmesi sözkonusu değildir. Yani burada, Mk.md.751/c hükmünden yararlanmak suretiyle, üst hakkı sona erince idareye kalan yapılar karşılığında üst hakkı sona eren kişiye bir tazminat ödeneceğinin kararlaştırılabilmesi mümkün değildir (GÜRZÜMAR, 1995).

Doktrinde, devlet ormanları üzerindeki irtifak hakkının hukuki niteliği belli bir esasa oturtulamamıştır. Orman Mevzuatındaki eksiklikler, ikili düzenlemeler, boşluklar bu kavramın ve uygulamasının daha da anlaşılmasında bir boyuta gelmesine yol açmıştır.

Devlet ormanları üzerinde Devletin kamu hukukundan doğan bir hakimiyet hakkı vardır. Başka bir deyişle, bu ormanlar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Devlet, bunlar üzerindeki hakimiyet hakkını, Anayasanın 169.maddesinin sınırları ve Ormancılık Hukukuna ilişkin ilkeler içinde kalarak düzenlemek yetkisine sahiptir. Bu ilkeler ve Anayasanın 169.maddesi ve devlet ormanları üzerinde ancak kamu yararı için irtifak hakkı kurulabileceğini öngören hükmü karşısında devletin ormanlar üzerindeki hakkını, kamu hukuku kurallarıyla sınırlanmış bir denetim ve gözetim hakkı olarak kabul edilebilir.

Tartışmalı bir konu olan irtifak hakkı, bütün sınırlı ayni haklar gibi kişilere eşyalar üzerinde sınırlı bir hakimiyet, yararlanma hakkı sunar. Bu yararlanma mülkiyet hakkından doğan, eşya üzerindeki (yararlanma) gibi doğrudan doğruya olan bir hakimiyettir. Mülkiyet hakkından doğan hakimiyete bağlı ve tabi olmayıp ondan tamamıyla ayrıdır. Bu nedenle de, irtifak hakkı mülkiyet hakkına bağlı ve tabi olmadığı gibi mülkiyet hakkına yükletilen bir külfet de değildir; olsa olsa sadece mülkiyet hakkını sınırlayan bir niteliği vardır. İrtifak hakkı malikin eşya üzerindeki mülkiyet hakkına dokunmaz, sadece malikin bu haktan doğan bazı yetkilerini sınırlar.

Hal böyleyken, devlet ormanlarının, doğal yapıları bakımından özel nitelikte bir arazi; hukuki bakımdan ise bir kamu malı olmasının üzerlerinde irtifak hakkı kurulmasını engellemediği düşünülebilir. Özellikle sözkonusu olanın (Orman Kanunu'nun 17. ve 115.maddelerine göre) bir inşaat yapmak ve tesisat kurmak hakkı olduğu düşünülürse, bu

hakkın içeriğine en uygun olan irtifak hakkı çeşitlerinden “Üst Hakkı” olabileceği söylenebilir (Üst Hakkının özelliklerine detaylı olarak ilk kısımda değinilmiştir).

Doktrinde bu konuda öne sürülen fikirler toplandığında Üst Hakkının devlet ormanları üzerinde kurulmasında bir engelle karşılaşılmadığını söylemek mümkündür. Şöyle ki:

Anayasanın 169. ve Orman Kanunu’nun 115.maddeleri belli şartların gerçekleşmesi durumunda Devlet Ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulabileceğine işaret etmektedir. Üst hakkı da, Medeni Kanun tarafından düzenlenmiş özel bir irtifak çeşidi olduğundan bu maddeler kapsamında ele alınabileceği düşünülebilir.

Üst Hakkının kurulması, ormanların korunmasına, genişletilmesine de bir engel oluşturmayacaktır. Çünkü, orman doğal yapısı gereği bileşik (mürekkep) eşyadır. Burada, asli unsur niteliği olan eşya toprak yani arazidir. Orman Kanununda da orman tarifi yapılırken (md.1); orman arazisini başka bir deyişle ormanın yerini orman kavramı içine sokmakla, kavramın sadece ağaçlardan ibaret olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bu ifadenin bir sonucu olarak da, ağaçların arazi üzerinde varlıklarını devam ettirememeleri durumunda bile, yerin orman vasfını devam ettirmesi sözkonusu olacaktır. AYMK.10/3/1966,4414, RG.1/6.1966,12314.

Üst Hakkının kurulmasında, Anayasanın ve Orman Kanununun ilgili hükümlerine göre Orman Bakanlığı’nın muvafakatinin gerekmesi çok önemli bir noktadır. 115.maddenin ifadesine bakıldığında irtifak hakkının Bakanlığın muvafakatine bağlı kılındığı görülebilecektir. Benzer şekilde 17.madde de “izin verilebilir” ibaresini kullanmıştır. Bu durumda Orman Bakanlığı’nın mutlaka durumu onaylaması ve uygun bulması sözkonusu değildir. Burada muvafakat, kurucu şarttır. Dolayısıyla Orman Bakanlığı kendisine böyle bir talep ulaştığında kurulacak bu hakkın ormana etkisini, orman amenajman planlarıyla çelişip çelişmeyeceğini ve tüm çevresel etkilerini değerlendirip öyle karar verme hakkına sahiptir. Böylelikle, eğer üst hakkı tesisi, ormana gerçekten zarar verebilecek boyuttaysa veya belli şartları haiz değilse onaylanmayabilecektir. Yani, bazı uzmanların ileri sürdüğü gibi üst hakkı tesisi orman azalmasına yol açmayabilecektir. Uygun olmayan durumların Bakanlık muvafakati sırasında engellenmesi mümkündür. Uygulama ne yazık ki bu yönde olmamaktadır.

Üst Hakkının tesisinin ormanlar aleyhine olduğunu düşündüren bir faktör de; ortada bir sözleşme olmasıdır. Oysa; 1990’da getirilen değişiklikle üst hakkını düzenleyen hükümlere 10 fıkra eklenmiştir ve bunlardan 751/a üst hakkının kapsamı ve hükümlerini düzenler. Yani, üst

hakkının içeriğini oluşturan inşaat yapma yetkisinin kullanılış biçimi her yönden tayin edilip, sınırlandırılabilir. Bu suretle Orman Bakanlığı inşaatın (yapının) konumu, şekli, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususları sözleşmede belirleyebilir. Bu sözleşme hükümleri üst hakkını ve yüklü taşınmazı iktisap eden herkes için bağlayıcıdır.

Ayrıca madde 751 /e de de, üst hakkı sahibinin, bu haktan doğan yetkilerinin sınırlarını ağır şekilde aşması veya sözleşmeye uymaması durumları düzenlenmiş bu hallerde malike üst hakkının ona bağlı tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte süresinden önce devrini isteme hakkını da tanımıştır. Bu yeni düzenleme; ormanlar üzerinde üst hakkı sahibinin telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabileceği kaygılarını da giderebilecek niteliktedir.

Malik konumunda bulunan Orman Bakanlığı, herhangi bir amacı aşan kullanım gördüğünde müdahale edebilme ve tesis ettiği üst hakkını iptal edebilme hakkına sahip olacaktır.

Bunlar üst hakkının kapsamını belirleyen, onu somutlaştıran ve onun uygulanma biçimini gösteren hükümler olduğundan, üst hakkının kapsamına da girerek onu oluşturlar ve aynı etkiler meydana getirirler, dolayısıyla da, üst hakkı sözleşmesine konulacak ve onun aynı içeriğine dahil olacak hükümlerle devlet kendi ormanlarında kurulacak üst hakkı üzerinde etkili olmaya devam edecektir.

Devlet ormanları üzerinde kurulacak irtifak hakkının, üst hakkı (medeni kanun anlamında irtifak hakkı) olmadığını savunanların bir iddiası da, bu hakkın kurulmasının ormanların devlet elinde bulunması ilkesine aykırı düştüğü ve devlet ormanlarının daralması sonucunu doğurabileceğidir.

Ancak, bu iddialar gerçekleri tam olarak yansıtmamaktadır. Üst Hakkı, kişilere arazi üzerinde sadece inşaat yapmak, yapılan binaları kullanmak ve belli süre dahilinde bu binaların sahibi olmak yetkilerini verir. Bu nedenle de, üst hakkının devlet ormanları üzerinde kurulmuş olması onların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir kamu malı olma niteliğini etkilemez, tabi oldukları hukuki rejimi de değiştiremez. Devlet ormanlarının özel mülkiyete geçmesi, özel kişilere devredilmesi gibi bir sonuç meydana getirmez. Devlet Ormanları üst hakkının kurulmasından sonra da devletin elinde kalacağı için orman alanının daralması sözkonusu olamayacaktır.

Bu hak dolaylı olarak devlet ormanlarına özel kişilerin sahip olmasına da yol açabilecek nitelikte görülmemelidir. Üst Hakkı md.751/3'e göre müstakil ve daimi nitelikte kurulup da, üst hakkı sahibinin talebi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilse bile bu devlet ormanlarının özel kişilerin mülkiyetine geçmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü, bu durumda üst hakkı sahibi adına tapuya kaydedilen ve üzerinde mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanılacağı eşya, üst hakkının üzerinde tesis edildiği devlet ormanı kesinlikle değildir. Burada Medeni Kanun md.751/3'e göre taşınmaz sayılan "üst hakkının" kendisidir. Bu sebeplerle de Devlet ormanlarında üst hakkı kurulması, ormanların özel kişilere devri anlamına gelmez.

AKİPEK, bu konuda uygulamada devlet ormanları üzerinde kurulmuş üst haklarına da rastlandığını ifade etmektedir. Örneğin, Uludağ Verem Senatoryum Şirketi lehine 1947 yılında Uludağ Kirazlı Yayla Devlet Ormanları üzerinde 99 sene süre ile B.K.'nın 15/7/1944 tarih ve 4/1202 sayılı kararıyla verilen muvafakatiyle böyle bir üst hakkı kurulmuştu. Uludağ çevresinde oluşan yerleşimler sonucunda, (ikinci 49 yıllık izin süresinde) yöre sakinleri köy olmak için ilçe seçim kuruluna müracaat etmişler ve bu girişim son anda çevreci hareket tarafından engelenebilmiştir (AYANOĞLU, 1996).

MK.md.655'e dayanarak uzmanların ormanlar üzerinde üst hakkının yasaklandığı ifade etmeleri yerinde değildir. Bu konuda AKİPEK'in açıklamaları tatmin edicidir ve tezin giriş kısmında bu konuya detaylı olarak değinilmiştir. Bu maddenin tezin konusunu oluşturan anlamda üst hakkını yasaklaması sözkonusu değildir.

Tüm bu açıklamalardan devlet ormanları üzerinde Anayasa ve Orman Kanunu hükümleri uyarınca kurulacak olan irtifak hakkının üst hakkıyla büyük bir uyum içinde olduğu söylenebilir.

Devlet ormanları üzerindeki üst hakkı, Devletin Kamu Hukuku ile sınırlandırılmış mülkiyet hakkı bulunan bir kamu malı üzerinde kurulmaktadır. Devlet; bu mal üzerinde bu malın kullanış biçimini düzenleyen kamu hukuku kurallarının kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak üst hakkı kurmaktadır.

Burada sözü edilen ve niteliği tartışmalı olan irtifak hakları Medeni Kanun anlamında düşünülebilir. Çünkü; 1982 Anayasasının kamulaştırmayı anlatan 46.maddesinde ".....idari irtifak" terimi kullanılmıştır. (İdare Hukuku kurallarının hakim olduğu irtifak kavramını açıklayabilmek maksadıyla.)

Ancak, Anayasanın ormanlara ilişkin 169.maddesinde “.....kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz” ifadesinde sadece irtifak hakkından bahsedilmiş olması; bunun idari irtifak anlamında kullanılmadığının bir göstergesi olarak algılanabilir.

Eğer, idari irtifak kastedilseydi, md.46’da olduğu gibi bunun sarıh olarak ifade edilmesi gerekirdi. Dolayısıyla, Anayasa’da geçen irtifak hakkının, Medeni Kanun Hükümlerine tabi, teknik anlamda bir irtifak hakkı olduğu anlatılmak istenmiştir.

Kamu mallarının ne oranda özel hukuk ilişkilerine gireceğini Kamu Hukuku tayin eder, onların Anayasa 169 ve Orman Kanunu’nun 115.maddelerinde olduğu gibi bir kere özel hukuk münasebetlerine konu olabileceği kabul edildikten sonra, bu ilişkilerin üzerlerinde kurulan bu hakların, kural olarak, niteliği ve içeriği de özel hukuk ve dolayısıyla M.K.hükümlerine göre tayin edilebilir (DÜREN, 1975).

Devlet ormanlarının üzerinde kurulacak irtifak hakkının, idari irtifak olduğu görüşü kendisine taraftar bulmuştur. Ancak, tanım olarak kamunun veya kamu mallarının yararına özel mülkiyet haklarına konulmuş sınırlamalar anlamına gelen bu terim ile, bir kamu malı olan Devlet ormanlarının konusunu teşkil ettiği üst hakkını nitelendirmek, tarif etmek, uygun olmayacaktır.

İdari irtifaklar özel mülkiyet hakkının içeriğine girerler ve bu mülkiyetin konusu olan taşınmazı kullanırken, ondan yararlanırken malike kamunun yararına olmak üzere uyulması gerekli belirli davranış yolları gösterirler. Bunlar kanundan doğdukları için tescil edilmezler, ancak bir kanun hükmüyle ortadan kaldırılabilir veya değiştirilebilirler (AKİPEK, 1969).

Daha önce de açıklandığı üzere üst hakkının Medeni Kanun anlamında düşünülmesi, ormanlar aleyhine sonuç doğurmayacaktır. Aksine, şu anki uygulamada kabul gören “izin” kavramından daha koruyucu olabilecektir.

Uygulamayı elinde bulunduran Orman Genel Müdürlüğü’nün İzin İrtifak Dairesinde uzun yıllardır aynı görevi ifa eden bir yetkili, Devlet Ormanları üzerinde kurulacak irtifak hakkının üst hakkıyla büyük bir uyum gösterdiğini; belki de sadece malikin “ipotek isteme” hakkı yönüyle ayrıldığını ifade etmiştir. İpotek hakkı farklılığını da, “Doğal İpotek” görüşüyle açıklamaya çalışmıştır. Bu görüşe göre, ipotek sözkonusu olsa bile; üst hakkının geçerli olduğu süre dolduğunda devlet ormanının üzerindeki yapılarla birlikte geri isteneceğini bu durumda da var olsa bile üçüncü şahsın hiçbir hak talep edemeyeceğini dolayısıyla “doğal bir ipoteğin” varlığını öne sürmektedir.

Yine, bu konuda uygulamanın yürütücüsü olan Orman Genel Müdürlüğü'nde Hukuk Müşavirlerinden alınan görüş de konunun halen zihinlerde ve uygulamada tam bir temele oturtulamadığını göstermektedir.

20-25 yıllık müşavirlik hayatında ormanlar üzerinde kurulacak “irtifak hakkı”nın mahiyeti üzerinde çalışmış olan bir uzmanın bu nitelemeyi halen zihninde tam bir aydınlığa kavuşturamamış olması konunun karmaşıklığına işaret etmektedir. Kendilerine üst hakkı teriminin; Anayasa ve Orman Kanununda ifade edilen irtifak hakkı olup olmayacağı sorulduğunda, buna kesin bir cevap vermenin çok güç olduğu; bu hakkın üst hakkına hem çok benzediğini, hem de temel noktalardan ayrıldıklarını belirtmektedirler. Bu temel noktaları da; üst hakkından çift taraflı bir sözleşme olduğuna; Orman İdaresinin verdiği izinler ve irtifak hakkı tesisinin ise kesinlikle idareye bağlılığına yani tek taraflı olduğuna ve üst hakkında sözleşmenin şartlarının düzenlenmesinin güç olduğuna dayandırmaktadırlar.

Ancak, MK.md.751/1'e bakıldığında, malikin üçüncü kişiye üst hakkının muhtevasını oluşturan bir takım yetkiler veren bir irtifak hakkı kurulabileceğini belirtmektedir. Yani, malikin burada üst hakkını kurup kurmamak konusunda kesin egemenliği söz konusudur. Burada, Orman İdaresinin verdiği izinlerle bir benzerlik kurmak mümkün olabilecektir. Tıpkı Orman İdaresinin bu izni vermek zorunda olmadığı gibi, üst hakkını kuracak olan malike bu hakkı vermeyebilir. O halde, bunun Orman İdaresinin yetkisinden, egemenliğinden daha sınırlı bir yetki olmadığını düşünmek yanlış olmayacaktır.

Diğer farklı nokta olan sözleşme konusunda da, 3678 sayılı 14.11.1990'la 751.md'ye getirilen değişikliklerden bahsetmek yerinde olacaktır. Çünkü, eklenen bu fıkralarla üst hakkının muhtevasına dahil olan tüm konular sözleşmede belirtilebilecek; üst hakkının ihlalinde ise malikin süresinden önce devir talebi gündeme gelecektir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar daha önce yapıldığından daha fazla üzerinde durulmayacaktır.

Uygulamacı hukukçuların, ormanlarda yapılacak inşaatın Medeni Kanun anlamında üst hakkından ayrıldıklarını düşündükleri bu temel noktalarda aslında büyük farklılıklar bulunmamaktadır. Orman Genel Müdürlüğü'nün müşavirleri ayrıca, ormanla ilgili davalarda görevli mahkemeye dikkat çekmektedirler. Orman davalarının adli mahkemelerde görülüyor olmasının, uygulamanın zaten konuyu Medeni Kanun anlamında ele aldığının bir ifadesi olduğunu belirtmektedirler.

“İrtifak Hakkı” teriminin bu tür karışıklıklara yolaçması, durumu ifade edecek daha uygun bir tanımlama bulunamamasından da kaynaklanıyor olabilir.

17.maddenin 21.5.1987’de, Meclisin 109.oturumunda görüşülmesi sırasında “irtifak hakkının” niteliği konusu gündeme gelmiştir. Edirne Milletvekili Türkan ARIKAN 17.maddenin son cümlesinde geçen “.....tapuda irtifak hakkı tesis edilir” deki “irtifak”ın niteliğinin intifa mı, irtifak mı olduğunu anlayamadığını belirtmiş, bu konuda Bakandan açıklama istemiştir. Bunun üzerine zamanın Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanı İstanbul Milletvekili Hüsnü DOĞAN; 17.maddedeki terime izin, intifa, irtifak hakkı denilebileceğini, fakat ortada bir mülkiyet hakkı verilmesi sözkonusu olmadığına göre bunun sadece bir “kullanma hakkı” olduğunu yani bunun da belirli bir süreç 49 yıla kadar onun üzerinde yapılacak bir tesisin kullanma hakkından ibaret olduğunu açıklamıştır.

Bu konuşmalardan sonra Meclis Başkanı, maddesi daha “Vazıh” kaleme alınabileceğini de belirtmiştir.

Yine bu görüşmeler sırasında Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanı konuyla ilgili bazı noktaları açıklığa kavuşturma gereği duymuş ve şunları sıralamıştır:

İlk olarak, irtifak hakkının süresini belirleyen 49 yıl meselesinin yeni olmadığını, Orman Kanunu çıktığından beri Medeni Kanun hükümlerine paralel olarak 49 yıl şeklinde uygulandığını ifade etmiştir. Konuşmasının devam eden bölümünde de bu sürenin Medeni Kanununa göre 99 yıldan fazla zaten olamayacağını da belirtmiştir.

Bakanın bu ifadesinden Orman Kanunu hükümleriyle Medeni Kanun hükümleri arasında bir bağ kurulduğu, özellikle kurulacak olan irtifak hakkının azami süresi olan 99 yılın MK.’nin üst hakkını düzenleyen 751/j maddesine göre vücut bulduğu, dayanağını buradan aldığı söylenebilir.

Tüm bunlardan hareketle, 6831 sayılı Orman Kanununun 17. ve 115.maddelerinde sözkonusu edilen irtifak hakkının Medeni Kanun anlamında irtifak hakkı olabileceği kabul edilebilir. Buradan ormanların aleyhine bir sonuç çıkabileceği düşünülmemelidir, bunun için ise Devlet Ormanlarına yönelik bu düzenleme şekli Medeni Kanun içinde ifadesini bulmalı veya Orman Kanunu içinde Medeni Kanun ile bağlantılı olarak düzenlenmelidir. Böylesi katı kuralları olan ve mahiyeti kanun hükümleriyle belirlenmiş bir düzenlemenin Devlet Ormanlarının daralması, özel kişilerin mülkiyetine geçmesi sonucunu getireceği düşünülmemelidir. Esasen, şuan Turizm tesisleri dışındaki tesislerde uygulanmakta olan izin

sistemi daha önce de açıklandığı gibi ilgililerin sorumluluğuna işlerlik kazandırılıp, olası yetki ihlalleri yaptırıma bağlanmadan çok daha subjektif uygulamalara yol açmakta ve ormanlara zarar verici olmaktadır.İdare elindeki bu büyük yetkiyi ağır bir prosedüre tabi kalmadan ve tam yetkiyle kullanmaktadır. Sözkonusu ormanlar olduğunda ,bu noktada yapılacak ihlaller,verilecek yanlış kararlar ve hiçbir yaptırımla karşılaşmayan ilgililer sonucu bu doğal kaynak telafisi güç hatta imkansız zararlar görecektir.Bu nedenle, orman alanlarındaki inşaat hakkının M.K.çerçevesi kapsamında düşünülmesinin daha koruyucu, enazından daha güçlü denetim mekanizmasına sahip ve Orman İdaresinin tekolci yetkisini dağıtıcı nitelikte olacağı söylenebilir.

Uygulamada,bu konuyu düzenleyen 2 maddenin (17 ve 115) olması da karışıklığa yol açmaktadır.17. maddede, Devlet ormanında yapılacak ve kamu yararına olan her türlü bina ve tesisin izne tabi olduğu ancak,turizm amaçlı tesisler için hak sahipleri adına tapuda irtifak hakkı tesis edileceği ifade edilmiştir. Bu iki madde arasındaki çelişki ortadadır.17.maddede sadece turizm amaçlı tesisler için “irtifak hakkı”ndan bahsedilirken (uygulama uzun yıllardır irtifak hakkı tesisi şeklinde sürmektedir.) 115. maddede herhangi bir ayrıma gidilmeksizin tüm bina ve tesisler için irtifak hakkı kurulabileceği belirtilmiştir.

İki madde arasındaki çelişki konusunda uygulamacılar,115. maddenin 6813 s.k.’un geçirdiği değişimler sırasında eski halini koruduğu ve o haliyle kaldığı,bir anlamda unutulduğunu öne sürmektedirler. Ancak, bu noktada öyle bir görüşe katılmak mümkün değildir. Yorum kuralları çerçevesinde kanunun her maddesi, kanunun bütünlüğü içinde yorumlanmalıdır. Buna göre, 115.maddenin orada hiç yer almaması gerektiği savunulamaz ancak ne anlama geldiği de tespit edilmelidir.

17.madde, 115’e göre daha özel bir hüküm içermektedir ve aynı konuyu düzenleyen özel hüküm ile genel hüküm karşı karşıya geldiğinde özel hüküme ters düşmemek kaydıyla genel hüküm de uygulanır. O halde, 17 ve 115. maddenin aynı konuyu düzenlediği ele alınırsa, 17 madde hükmüne göre de, turizm tesisleri için irtifak hakkı tesis edilecektir. 115.madde ifadesine göre de, turizm tesisleri dışında kurulacak olan tesisler için irtifak hakkı tesisi de mümkün olabilir. Dolayısıyla sadece turizm tesisleri için değil, diğer tesisler için irtifak hakkı kurulabilecektir.17. ve 115. madde bu anlamda çelişmemektedir.

Diğer ülke kanunlarında da ,kamu malları üzerinde üst hakkı kurulmasına izin verilmiştir.

Fransız Hukuku'na üst hakkı kavramı Roma Hukuku'ndan geçmiştir. Fransız Medeni Kanunu md.519'a göre kamu malı niteliğindeki akarsuların altında veya üstünde kurulmuş olan değirmen, fabrika ve diğer inşaat eserleri özel mülkiyet konusu olabilir.

Avusturya Hukuku; 26 Nisan 1912 tarihli ayrı bir kanunla üst hakkı taşınmazı takyit eden bir sınırlı ayni hak olarak düzenlenmiştir. Avusturya Hukukunda, özel şahıslar taşınmazları üzerinde kendi lehlerine bir üst hakkı kuramazlar. Ancak, devlet ve diğer görevleriyle yükümlü kurumlar bu yasaklamanın dışında tutulmuşlardır. Bu gibi kurumlar kendi taşınmazları üzerinde üst hakkı kurabilirler.

İspanyol Hukuku; üst hakkını 50 yılla sınırlamış ve devrini, intikalini mümkün kılmış, kamu arazisi üzerinde kurulduğunda inşaatın 5 yılda tamamlanması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, İspanyol Hukuku'nda üst hakkının kamu malları üzerinde kurulabileceği açıktır.

Sosyalist Hukuk sistemlerinde, Sovyet Medeni Hukuku'na bakıldığında, mülkiyetin, “sosyalist (md.94) ve kişisel (md.105) olmak üzere 2'ye ayrıldığı görülür. Arazi, arsa, su, orman gibi taşınmazlar münhasıran devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (md.95). Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan şeyler, mülkiyet hakkının değil ancak “yararlanma” hakkının konusunu oluştururlar (md.95/2). Yararlanma hakkı, bazı hallerde, özellikle konutlar sözkonusu olduğu zaman, süreklilik arz edilebilir. Bununla birlikte, daimi bir süreyle sınırlı olan yararlanma hakkını, sahibine sağladığı hak ve yetkiler bakımından özel mülkiyet rejimlerindeki üst hakkına benzetmek mümkündür (TAHİROĞLU, 1981).

3.1.3.3.2.2.1. Teknik Tesis ve Tesisat Kurulmasına Yönelik

İrtifak Hakkı

Genelde uygulamada kamu kurum ve kuruluşlarına orman alanlarından tanınan izin irtifak haklarıyla karşılaşılmaktadır. Orman alanında teknik bazı tesisler kurulması öncelikle ilgili kamu kurum ve kuruluşunun özel kanununa tabi olacaktır. Aynı zamanda ,izne konu olan alanın da özel öneme sahip orman alanları olmasından dolayı, Orman Kanunu da gözönünde tutulacaktır.

Uygulamada, bu konuda en çok PTT,TEK gibi kurum ve kuruluşların hizmetlerini yerine getirebilmeleri için gerekli tesisleri orman alanlarında kurmalarıyla karşılaşılır.

PTT Uygulaması

PTT İşletmesi 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 12.maddesi, "Posta ve Telgraf ve Telefon İdaresi kendi nakil ve kablolarının tesis ve vaz'ı için umuma ait arazi ve tarikleri işbu arazi ve turuk üzerinde mürur ve ubura sureti daimede halel getirmemek üzere istimal etmek hak ve selahiyetine sahiptir."

13.Maddesi, "Posta ve Telgraf İdaresi telgraf ve telefon hududunun güzergahına müsaaf ve işbu hatların tesis ve inşasına mani veya hududu mevcude üzerinde arıza tevlidini beis bulunan ağaçları budamak ve ledelicop zaruret miktarında kat'etmek hakkını haizdir."

14.Maddesi, "Hükümet eşhasın tahtı tasarrufundaki arazinin dahilinde ve emlak müessesatın haricinde telgraf ve telefon tesisatı inşasına selahiyettardır. Ancak, yapılacak tesisat işbu arazi, emlak ve müesse satın istimal ve istifadesini haleldar etmemesi lazımdır" hükümlerini taşımaktadır.

Öte yandan, 6145 sayılı T.C.Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Kanunu'nun 2.madesinin A bendi hükmüne göre PTT, muhtelif kanunlarla PTT İdaresine ve bu kanunla PTT'ye verilmiş olan yurdun her tarafında, telgraf ve telefon tesisleri kurmak ve işletmek gibi tekel altında bulunan hizmetleri düzenler, yürütür ve hizmetlerin gerektirdiği her türlü tesisleri kurar.

Belirtilen bu maddelerin incelenmesinden, toplumu ilgilendiren bir haberleşme tesisinin gerçekleştirilmesi için, kamu yararına olarak, PTT İdaresine bir takım yetkiler tanındığı açıkça görülmektedir. Kanunda, bu yetkinin herhangi bir makamdan izin alınarak veya kişilerin mülkiyet haklarının özüne dokunmadığı sürece bir bedel ödenerek kullanılacağını öngören bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısıyla PTT'ye tanınan bu yetkilerin ormanlarda da hüküm

sürmesi düşünülecektir. Ancak, bu aşamada ormanlardan yararlanmayı düzenleyen 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17 ve 115.maddeleri incelenmek zorundadır. Bu incelemeden, iki kamu idaresi arasında görev ve yetki uyumsuzluğu ortaya çıkacaktır. Bu amaçla Orman Kanunu'nun ilgili hükümleri üzerinde durulması gerekmektedir.

Bu konuda Danıştay 3.Daire kararı ilgi çekicidir.*¹ Kararın alındığı tarihte (1980) 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesi "ormanlarda 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 için Ziraat Vekaletinden izin alınır" ifadesini içermekteydi.

Danıştay bu konuda görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

"Sözü edilen Kanunun 17.maddesinde izne tabi olanlar açıkça sayılmıştır. PTT İdaresinin 406 sayılı kanuna göre yapmak zorunda bulunduğu kamu hizmeti, 17.maddede sayılan hususlar içinde değildir. Konuyu 6831 sayılı kanunun 115.maddesinde hükme bağlanan irtifak hakkı tesisiyle de irtibatlandırmak da mümkün bulunmamaktadır.Ancak, ormanların korunması ve değerlerinin muhafazası için telefon ve telgraf hatlarının geçirileceği yerin, teknik bakımdan tespiti yönünden Orman Genel Müdürlüğü'nden görüş alınmasının zaruri olduğu da açıktır. Bu husus, teknik bir zorunluk olup, 6831 sayılı Kanunun 17.maddesinde yer alan "izin" müessesesi şeklinde mütalaa edilemez."

Buna göre; ormanlık alanlarda PTT Kanununa göre, PTT İdaresinin söz sahibi olması sözkonusudur. Ormanlardan yararlanmanın, bu kanuna göre düzenleneceği düşünülebilir. Orman Kanunu'na üstün bir düzenleme getirdiği Danıştay'ın görüşünde açıkça ortadadır. Ancak, 6831 sayılı Kanunun 17.maddesinin son değişiklikten önceki bu halinde bile Danıştay'ın görüşüne bazı yönlerden katılmak uygun değildir. Ayrıca, 17.maddenin (22.5.1987 tarih ve 3373 sayılı kanunla) son değişiklikle ortaya çıkan ifadesinde ormanlarda yapılacak olan tesis ve binaların amaçları tahdidi olarak sayılmamış sadece "kamu yararına" olan bina ve tesislerden söz edilmiştir.

Son değişiklik de gözönüne alınarak; konuya şu yönlerden yaklaşılabilir:

*1 Esas no:1980/1
Karar no:1980/23

- Yürürlükte bulunan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 74 yıllık bir geçmişi vardır. Teknik, sosyal, ekonomik gelişmeler karşısında anılan yasanın bugünkü gereksinimleri de karşılayabileceği tartışılabilir. Bunun yanında, 1956 yılında çıkarılan ve bazı hükümleri 1973, 1975, 1983, 1986 ve 1987 yıllarında değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu, hem sonradan çıkarılmış yasa olarak uygulamada farklı bir ağırlık taşımakta, hem de anlaşmazlığın ormandan hat geçirme konusuna ilişkin olması nedeniyle özel bir yasa olarak öncelik taşımaktadır. Kaldı ki, 406 sayılı kanun bile, telgraf, telefon hatları çekiminde PTT İdaresine her taşınmaza dilediği gibi girme yetkisi tanımamakta; aksine hükümlerinde birçok sınırlamalara yer vermektedir. 406 sayılı kanunun 12.maddesinde PTT İdaresine verilen direktif şudur. "..... nakil ve tablolarının tesis ve işletilmesi için umuma ait arazi ve tarik üzerinde murur ve ubura daimi suretle hale gelmemek üzere istimal etmek". Bunu izleyen 13.maddede, orman ağaçları da olsa PTT İdaresine "..... ledelicap zaruret miktarında katletmek" hakkı tanınmaktadır. 14.maddede tesisatın "..... arazisi emlak ve müessesatın istimal ve istifadesini halel dair etmemesi" koşulu vardır. Bu madde bir orman suçu teşkil etmektedir.

Bu hükümler; 406 sayılı kanunda araziye ve ağaçlara geekli önemi verdiğini vurgulamakta ve PTT'nin her istediği yerden hat geçiremeyeceğini, bunun belli kayıt ve şartlara bağlı olduğunu göstermektedir. Bu hükümlerin, ormana girmek için gerekli izin müessesesinin haklı dayanaklarından birisini oluşturduğu söylenebilir.

Orman Kanunu'na bakıldığında, 6831 sayılı kanunun 17.maddesi 3.fıkrasının ormanlarda her türlü bina ve tesisatın ancak kamu yararına yapılabileceğini ifade ettiği açıktır. Telgraf ve telefon hattının bir tesis olduğunda şüphe yoktur. Nitekim 406 sayılı kanun 12.maddesindeki "nakil ve kabloların tesisi....." ve 13.maddesindeki "hatların tesis ve inşası" sözcükleri ile bu düşüncemizi doğrular yöndedir. O halde, ormanlardan geçirilecek "kamu yararı"na yönelik bu tesisat için Orman Bakanlığı'ndan izin alınması yasanın emredici hükmü gereğidir.

Danıştay 3.Dairenin, Orman Genel Müdürlüğü'nden sadece "görüş alınması" zorunluluğu olduğu, bunun 17.maddede yazılı "izin müessesesi şeklinde mütalaa" edilemeyeceği görüşüne yukarıda sayılan nedenlerle katılmak oldukça güçtür. Kaldı ki, görüş alma yollu mütalaanın, ne hukuksal bir dayanağı bulunmakta, ne de sadece "görüş alınması" ilgili kuruluşlara pratik olanak sağlamaktadır. Ancak bu hal uygulamada iki idareyi karşı karşıya getirebilecektir. Bağlayıcı niteliği olmayan görüş almanın pratik hiçbir yararı yoktur.

Orman içinde sürdürülecek bir tesis faaliyeti için (bu tesis PTT tesisleri olabileceği gibi TEK vb. kamu kurum ve kuruluşlarının hizmetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olabilir); 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca Orman İdaresinden izin alma, ormanların korunmasının kaçınılmaz bir gereğidir. Aynı zamanda ormanlar içinde teknik bir çalışma yapılabilmesi de buna bağlıdır. İki kamu idaresi bu suretle karşı karşıya gelmeyecek, kendilerine bir uzlaşma zemini hazırlanabilecektir.

Sonuç olarak, ormanların korunması ve değerlerinin muhafazası orman rejiminin anayasal ve yasal gereği olduğu için; orman alanı içindeki her türlü faaliyetin Orman Bakanlığı'nın gözetim ve denetimi dışında bırakılması mümkün olamayacağından, PTT hat faaliyetleri yönünden Orman Bakanlığı'nın izninin alınmasının zorunlu olduğu açıktır.

PTT ve TEK'in kamu hizmetlerini sürdürebilmesi için belli şartların varlığı halinde orman alanlarına yönelmesi sözkonusudur.

Türkiye Elektrik Kurumunun Kuruluşu Hakkında 10.10.1983 tarih ve 110 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 23.maddesi TEK açısından intifa ve irtifak haklarının; kamu kurumları ve kamu tüzel kişilerine ait araziler üzerinde bedelsiz olarak kurulacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, 6831 Orman Kanunu hükmü uyarınca bugün belli bir bedel ödenmektedir. Bu da, 6831s.k.'un öncelikle uygulandığını gösterir. Ayrıca Anayasanın 169.maddesi gereğince. orman sınırlarında da azaltma yapılamaz, ormana zarar verecek hiçbir eylem ve işleme izin verilemez Bu hüküm PTT'yi de bağlayıcıdır. Ayrıca Orman Kanunu da; özel-genel kanun ilişkisinden hareketle öncelikle uygulanmalıdır.

Buna göre, Türkiye Elektrik Kurumu, geçiş ve yararlanmaya engel olmamak şartıyla cadde, sokak, yol, park ve meydan gibi kamuya tahsis edilmiş yerler ile, genel ve katma bütçeli kurumlar, il özel idareleri, belediyeler, köyler ve kamu iktisadi teşebbüslerine ait arazi üzerinde ilgili kuruluşların görüşlerini alarak elektriklenme hizmetine ait üretim, iletim ve dağıtım tesislerini kurma hakkına sahiptir. Bu yerler üzerinde irtifak ve intifa hakkı bedelsiz olarak TEK adına tesis edilir.

Bu konuda da PTT Kanunu'na atfen benzer şeyler söylemek mümkündür. Kanun; irtifak ve intifa hakkı tesisi için sadece ilgili kuruluşların görüşlerini talep edecektir. Devlet ormanlarında; TEK'in hizmetini sürdürebilmesi için yapılacak olan faaliyetlerde kurumun Orman Genel Müdürlüğü'nün görüşünü alması gerekmektedir. Ancak, maddenin ifadesi yeterince açık değildir. Orman Genel Müdürlüğü'nün sadece görüşünün alınmasının hukuken

bağlayıcılığının derecesi tartışılmaz. Çünkü, Orman İdaresinin aksi görüş belirtmesi halinde tesisin yapılması mümkün olamaz. Dolayısıyla, kurulması orman varlığını tehlikeye düşürebilecek olan bir tesis için, Orman Genel Müdürlüğü'nden görüş değil, izin alınması gerekliliği açıktır. Bu da Orman Kanununun 17.maddesi gereğince yapılacaktır. Bazı kamu kurum ve kuruluşlarına; kendi kanunlarıyla verilen yetkilerle orman alanlarından yararlanma hakkı tanınmıştır. Bu kanunlarda; tanınan hakkı, takdir yetkisinin o kamu kurum ve kuruluşuna bırakıldığı görülmektedir. PTT, TEK, İSKİ, İETT gibi (Konu içinde PTT ve TEK uygulamalarına ilişkin örneklemeler yapılmıştır.) kamu kurumlarına tanınan bu hakla, kurumların tek taraflı iradeleriyle orman alanlarından yararlanabileceklerini düzenleyen kanunlar da; Orman İdaresi'nden sadece mütalaa alınmasına hükmedilmiştir. Ancak; ormanların bir kamu malı olmasından, onlardan yararlanmanın belli usuller çerçevesinde yürütülmesinin gerekliliğinden ve özel bir düzenleme olarak Orman Kanununun varlığından hareketle, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tek taraflı işlemiyle yararlanma sağlamaları mümkün değildir.

Yararlanmanın mümkün olmadığı durumlarda ise mülkiyetin devrinin öncelikle mümkün olamayacağı ortadadır. Orman sınırları dahilinde orman rejimi ve dolayısıyla Orman Kanunu yürürlüktedir. Bunun sonucu olarak da, gerek kurumların özel kanunlarının gerekse 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun^{*1} uygulanmasına olanak yoktur.

Ormanlar, Orman Kanunu dışında Anayasa hükümleriyle de güvence altına alınmışlardır. 169.madde hükmü gereğince ormanların mülkiyeti Devlete aittir ve ormanlar üzerinde ancak kamu yararına irtifak hakkı kurulabilir. 6831 Sayılı Kanunun 17.ve 115.maddeleri de irtifak hakkının ne şekilde kurulabileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, kamu kurum ve kuruluşlarına ancak Orman Kanunu hükümlerine uygun olarak izin verilebilir. Ancak Anayasa ve 6831 sayılı kanun öncelikle uygulanacağından bu hükümlerin gerekli olduğu söylenemez.

^{*1} Kamulaştırma Kanunun 30.madde de; taşınmaz mala kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare DEVİRE muvafakat etmez veya 60 günde cevap vermezse anlaşmazlık, isteyen idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek 2 ay içinde kesin karar bağlanır. 30. maddeye göre, tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip olduğu taşınmaz mal ,kaynak veya irtifak hakları bir diğer kamu tüzel kişi ve kurumlarına kamulaştırılmaz. Dolayısıyla,bu maddeye dayanarak PTT,TEK,İSKİ gibi kurumlarca orman alanları kamulaştırılmaz.

Özetle ;

Bazı idarelerin kendi kanunlarında, orman alanlarından yararlanmaya yönelik düzenlemelerinin bulunması; orman kanununun ilgili maddeleri (17-115.maddeler) dikkate alınarak ve bu hükümlere bağlı kalınarak konunun daha açık olarak düzenlenmesi gereklidir.

3116 sayılı Orman Kanunu'nun uygulama şeklini gösteren 2/6/1937 tarih ve 2/6738 no.lu Orman Nizamnamesinin 32.maddesinde bu konunun gayet açık bir şekilde düzenlenmiş olması; halen yürürlükte olan 6831 sayılı kanunda bile yer almadığı gözönüne alındığında dikkat çekicidir.

Nizamname'nin 32.maddesine göre, Devlet ormanları içinden geçen demiryolu hattının ve yolların ve her çeşit tesisatın kurulması ve tamiri için ağaç kesmeyi gerektiren ve orman bünyesine etki eden şartlarda; ilgili daire veya bunların sahipleri tarafından Orman Dairesinden "izin" almak şart kılınmıştır.

Buna göre, Devlet ormanlarında çeşitli zaruri tesis ve tesisatların yapılması mümkündür. Bunlar, demiryolu hattı, yollar ve her çeşit tesisat (telefon, telgraf, elektrik, su ve benzeri tesisatlar buna örnek olarak sayılabilir) şeklinde sıralanmıştır. Tüm bunların kurulması ve tamirinin ormanlarda herhangi bir şekilde ağaç kesilmesini zorunlu kılıyorsa ve ormanın dokusuna etki ediyorsa Orman İdaresinden "izin" almak zorunlu kılınmıştır. İzni alacak olan ise; eğer orman alanından bu şekilde yararlanma talep eden bir kamu kurum ve kuruluşuysa (örneğin PTT, TEK, TCDD, İSKİ, İETT gibi) ilgili idaredir veya bu izni talep eden bir şahıstır. Devlet ormanından geçmesi zorunlu bir tesis veya tesisata ihtiyacı olan kişi de burada orman idaresinden izin almakla yükümlü kılınmıştır.

Bugün halen çeşitli kamu idarelerin kendi kanunlarına dayanarak, orman alanlarından hiçbir prosedüre bağlı kalmadan yararlanma talepleriyle karşılaşmaktadır. Bu talepler de, ilgili idareyi orman idaresiyle karşı karşıya getirebilmektedir. 17.maddenin hükmü açık olmasına rağmen uygulamada zorluklar yaşanmaktadır.

Bu nedenle, 3116 sayılı kanun gereğince hazırlanan Orman Nizamnamesinin 32.maddesinde olduğu gibi Devlet ormanlarında yapılacak bu tür tesis ve tesisatların neler olduğu ve bunların yapımında hangi prosedürün izlenmesi gerektiği açıkça ifade edildiğinde bu ihtilaflarla karşılaşmayacaktır.

Ayrıca, Nizamnamenin 32.maddesinde Orman Dairesinden “İZİN” alınması da şart kılınmıştır. Dolayısıyla Orman İdaresinin görüşünün alınarak bunun yeterli kabul edilmesi düşünülemez. Aranana gerek şart “izin” dir.

Buradan da hareketle, günümüzdeki bu tür uygulamalarda aynı şartın aranmasının gerekliliği tartışılmamalıdır. Devlet ormanlarında yapılacak olan zorunlu tesisatlar için; bu konuda Orman İdaresinin izni kurucu şart olarak aranmalıdır.

3.1.3.3.2.2.Mecra İrtifakı

Sanayi devriminin gerçekleştirilmesi ve teknik, bilimsel gelişmelerin gündeme gelmesi, beraberinde her alanda artan işletme faaliyetlerini getirmiştir. Buna bağlı olarak da işletmelerin fonksiyonlarını yapabilmeleri için, her türlü enerji gereksinimi doğmuştur. Su, buhar, elektrik, yakıt vb. enerjilerin işletmeye taşınmasını sağlayan ve arazinin üstünden veya içinden geçirilen “mecralar” işletmeler için büyük önem kazanmış ve M.K.’da özel bir maddeyle hüküm altına alınmıştır. Medeni Kanun’da, mecralar ayrı bir düzenlemeye tabi kılınmasaydı (M.K.md.653); M.K. md.644 ve 619 hükümleri gereğince mecranın geçtiği taşınmazın maliki, taşınmazın tüm bütünleyici parçalarının da maliki olacak ve mecra da üzerinde bulunduğu taşınmazın mülkiyetine bağlı tutulmak zorunda kalacaktı. İşletmesinin faaliyetleri için gerekli olan tesisleri büyük bedellerle zorunlu olarak başkasına ait taşınmazlar üzerinde kurmak ve bu tesis ve tesisatın mülkiyetini taşınmaz malikine bırakmak işletme açısından kolay kabul edilmeyecektir. Bu açıdan, işletmenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla M.K:653 “Mecralar” başlığı altında istisnai bir düzenleme yoluna gitmiştir.

Bu hükme göre, elektrik, gaz, su gibi şeylerin mecraları hangi arz için kurulmuşlarsa, onun dışında olsalar da aksine bir hüküm olmadıkça, hangi sınai girişimin eseriyseler onun teferruatı ve mülkü kabul edileceklerdir. Mecra açıkta değilse irtifak hakkı tapu siciline kaydolunmakla tesis olunacak, açıktaysa irtifak hakkı mecranın yapılmasıyla kurulmuş olacaktır.

M.K.653’de “mecra” kavramı kullanılmış olmasına rağmen bu kavramla ne anlatılmak istendiği açıklanmamış, kavram tanımına girilmemiştir. Bu durumda, tanım için öğretiden yararlanılmalı ve uygulamada gözönünde tutulmalıdır.

Öğretideki bir tanıma göre, “mecra kuvvet ve maddelerin nakil ve tevzihe yarayan teknik tesislerdir” (TANDOĞAN, 1952). Başka bir tanıma göre, “mecra, akıcı cisimlerle

enerjinin naklini, dağıtılmasını sağlamak üzere arazinin altından üstünden geçirilen teknik tesisattır” (KARAHASAN, 1977).

Kanunda kullanılan mecra sözünden bir işletme için gereken her türlü yakıt maddesi veya su gibi bir maddeyi veya elektrik, buhar gibi bir enerjiyi yapıya götüren veya işletmede meydana gelen bu gibi madde veya kudreti başka yere taşımaya yarayan teknik taşıma yollarının anlaşılması gerekir(KARAHASAN).

Görülüyor ki, öğretide “mecra” kavramı çeşitli farklı anlatımlarla tanımlanırken, özünde bir “teknik tesisat” kavramının yattığı belirtilmiştir.

M.K.md.653’de; bu tür mecraların geçirilmesinin irtifak hakkı şeklinde düzenlenmesiyle, mecraların sahibi gerek arazi malikine gerekse yeni malike karşı korunmuş olacaktır. Aksi halde, bu tesisatların arazi malikinin izniyle kurulduğu düşünüldüğünde, arazi malikinin bu izni geri alarak mecranın kaldırılmasını talep hakkı her zaman olacaktır. Mecra sahibinin izinle kazanmış olduğu hakkı, arazi malikiyle yapacağı bir anlaşmayla güvence altına alması düşünülebilir. Böyle olunca da arazi mülkiyetinin başkasına devredilmesi halinde, mecra sahibinin yeni malike karşı ileri sürülebileceği hiçbir hak kalmamaktadır. Yeni malik her zaman mecraların kaldırılmasını isteyebilecektir. İşte bu noktada M.K.653 hükmünün önemi ortaya çıkacaktır. Mecra sahibi lehine kurulacak irtifak hakkıyla, hakları aynı hak güvencesi altına alınmış olacaktır. Zaten madde hükmünün “bu mecraları tesis hakkı komşuluk ilişkilerine ilişkin hükümler gereğinden olmadığı takdirde irtifak hakkına dayanılarak kurulmuş olmadıkça başkasının arsasını aynı hakla sınırlamış olmaz” yolundaki anlatımından, irtifak hakkının kurulmasının gerekliliği de açık olarak anlaşılmaktadır.

İrtifak Hakkının Kurulması

M.K. md.653 irtifak hakkının kurulması açıktan geçen mecralar ve açıktan geçmeyen mecralar açısından farklılıklar göstermektedir. Açıktan geçen mecralarda irtifak hakkı, tescile tabi tutulmamışken; diğerlerinde tescil zorunluluğu getirilmiştir.

Mecra açıkta ise, irtifak hakkının mecranın yapılmasıyla kurulmuş olacağı M.K. md.653’de belirtilmiştir. Burada mecranın açıktan geçmesinden maksad, mecranın bulunduğu taşınmazdan başka bir taşınmaza tahsis edildiğinin açıkça anlaşılmasıdır (OĞUZMAN, SELİÇİ).

Bu mecralarda irtifak hakkı tesisi için tescilin zorunlu tutulmaması aynı hakların tescille kurulacağı kuralının bir istisnasını oluşturur. Bu kanun hükmünde çok açık olarak irtifak

hakkından söz edilmiş bulunmasına göre, M.K. md.705 uyarınca öncelikle mecra malikiyle, taşınmaz maliki arasında bir anlaşma yapılmalı ve bu anlaşma resmi şekle tabi olmalıdır. Bu sözleşmenin geçerlik koşuludur. Böyle bir sözleşmeye dayanılarak mecraların açıktan geçirilmesiyle bir irtifak hakkı kurulmuş olabilir. Açıktan geçmeyen mecralar yönünden de irtifak hakkının doğabilmesi, geçerli bir irtifak hakkı anlaşmasının yapılmış olmasına bağlıdır. Aynen açıktan geçenlerde olduğu gibi bunlarda da sözleşmenin resmi şekilde düzenlemesi gerekliliği M.K. md.705’de belirtilmiştir. Tek fark, açıktan geçmeyen mecralarda irtifak hakkı tesisi için tescilin zorunlu kılınmış olmasıdır.

Mecraların Mülkiyeti

Mecralar üzerinde, irtifak hakkının kurulmasıyla işletme malikinin mülkiyet hakkı doğar. Bu mülkiyet hakkı md.653’de bir noktadan sınırlandırılmıştır. Madde hükmünde yer alan “hilafına bir hüküm bulunmadıkça” ifadesinden anlaşılabileceği üzere mecraların mülkiyetinin üzerinde bulundukları arazi malikine aidiyetini taraflar kararlaştırılabileceklerdir. Bu durumda M.K.md.653 uygulanamayacaktır.

Aksi bir hüküm bulunmadığı takdirde, M.K. md.653’e göre kurulan irtifak haklarıyla mecralar, işletmenin bulunduğu taşınmazın teferruatı olur. Eğer işletmenin mülkiyeti devredilir ve ya rehnedilirse, mecralar da devredilmiş veya rehnedilmiş sayılır (KARAHASAN, 1977).

Ormanlar Üzerinde Mecra Hakkı

Özel hukuk sistemi içinde yer alan ve özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde çeşitli teknik tesislerin kurulmasını sağlayan mecra irtifakının ormanlar üzerinde de kurulabileceği düşünülebilir.

PTT, TEK, İSKİ gibi kamu kurum ve kuruluşlarının ülke içinde her alana yayılıp kamu hizmetlerini sürdürebilmeleri için çok geniş bir teknik tesisata ihtiyaç duyarlar. Bu teknik tesisat ilgili idarenin hizmet alanına göre, enerji nakil hattı, su tesisatı, kanalizasyon sistemi, doğalgaz hattı şeklinde ortaya çıkabilir. Tüm bunların da; öğretilerdeki anlamıyla akıcı cisimlerle, enerjinin naklini, dağıtılmasını sağlamak üzere arazinin altından, üstünden geçirilen teknik tesisat anlamına gelen mecra kavramıyla örtüştüğü açıktır. İlgili idarelerin de, bu tesisatları orman alanları altından veya üstünden geçirmek zorunda oldukları durumlarla da karşılaşmaktadır. Bu hallerde; 17 ve 115.maddeler uyarınca ilgili idareye belli süreler

dahilinde izin verilebilmektedir. Bu izin süresi içinde, mecra olarak niteleyebileceğimiz teknik tesisatın mülkiyeti o tesisatı kuranın olacaktır. Sürenin bitiminde ise tüm tesisat Orman Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçecektir. Ancak, süre sonunda mülkiyetin OGM'ne geçmesi, bu tesisatın kurulması hakkının M.K.anlamında "mecra irtifakı"na benzetilemeyeceği anlamına gelmez. Zira; M.K.653 hükmünde arazi maliki ile mecra sahibine; mecraların mülkiyetinin arazi sahibine bırakıldığı bir hüküm kurma hakkı tanınmıştır.

Bu noktada, mecra irtifakı kurma hakkının ormanlar üzerinde kimlere tanınacağı sorunu çözümlenmelidir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesinde açıkça bu teknik tesisattan bahsedilmese de, gerçek ve tüzel kişilere kamu yararına olmak şartıyla ormanlarda her türlü bina ve tesis yapma izni verilmesi öngörülmüştür. Bu izin uzatılabilmek kaydıyla 49 yıl olarak belirlenmiştir. Bu iznin, M.K.anlamında "üst hakkı"na benzetilebileceği tez içinde detaylı olarak incelenmiştir. Ancak sözkonusu akıcı cisimlerle, enerjinin dağıtılması için yapılacak teknik tesisat olduğunda özel bir düzenleme olan "mecra irtifakı" kavramı daha tanımlayıcı olacaktır. 17.madde içinde ayrı bir düzenleme olarak kabul edildiğinde de, bu maddeden farklı uygulanabilecek yönleri de olabilecektir. Şöyle ki, 17.madde izni verirken gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrıma gitmez kamu yararına olduğu sürece, her ikisine de izin verilebilecektir.

Mecralar konusunu düzenleyen M.K.md.653'de mecralar hangi sınai teşebbüsün eseri iseler” ifadesinden anlaşılabileceği üzere, burada mecralara belli bir büyüklük verilmek istenmiştir. Sınai teşebbüs kavramı en basit ifadesiyle sanayiyle ilgili girişimler anlamındadır. Bu tanımlamayla, mecranın ait olduğu anayapının (ana kuruluşun) belli bir ekonomik değeri bulunması gerektiği belirtilmek istenilmiştir (KARAHASAN, 1977).

Bu sınırlama ormanlardan geçen mecralar konusu ile birlikte ele alındığında bir kısıt elde edilmiş olur. Her talep edene (gerçek ve tüzel) bu hakkın tanınması ve irtifak hakkı olarak kurulması ormanların tahribine yol açabilecektir. M.K.'da mecraların kurulması için girişimin ekonomik büyüklüğü ele alındıysa da, ormanların özel önemi haiz kamu malı olduklarından hareketle bu kısıt ekonomik amaçlı değil de hizmet amaçlı düşünülmelidir. Zira, 17.madde gereğince ormanlarda kurulacak bina ve tesislere kamu yararı taşıma şartına bağlı olmak kaydıyla izin verilebilecektir. Bu kıstas da gözönünde tutularak ormanlardan geçecek olan mecralara "kamu hizmeti"ne yönelik olmak şartı getirilebilir. Bu şekilde; kamuya hizmet etmek amacıyla kurulmuş işletmelerin; üstlendikleri hizmetleri yerine getirmek amacıyla kuracakları

mecraların orman alanlarının içinden veya altından geçirilmesine izin verilmelidir. Zaten, kamu hizmetine yönelik bir faaliyet bünyesinde kamu yararını öncelikle bulunduracağından 17.maddenin öngördüğü bu şart da yerine gelmiş olacaktır. Aynı zamanda bu maddeyle sonuna kadar açılan ormanlardan yararlanma kapısı mecra olarak niteleyebileceğimiz teknik tesisatların kurulması açısından biraz olsun kapanmış olacaktır.

Mecra irtifakının kurulabilmesi için, öncelikle Orman Genel Müdürlüğüyle, ormanlardan mecra geçirmek isteyen işletme maliki arasında resmi şekle tabi bir “irtifak hakkı sözleşmesi” yapacaklar ve bu sözleşmede kurulacak teknik tesisatın niteliği, hangi birimlerden oluşacağı, teknik tesisatın devri konuları, mecranın ne kadar süreyle ormanda kalacağı, hükümleri, tahsis amacı gibi birçok önemli konuyu belirleyebileceklerdir. Ayrıca, kurulanın irtifak hakkı olmasından dolayı M.K.hükümlerince de koruma altına alınmış olacaktır.

Özetle; Orman Kanunu’nun 17.maddesinde öngörülen bina ve tesis izni kapsamında ele alınarak uygulamaya konulan; elektrik, su, doğalgaz, nakil hatları gibi tesisatların orman alanlarında kurulmasını bir “mecra irtifakı” olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak, mecra irtifakı kurulurken de aşağıdaki konular gözönüne alınarak, ormanın bütünlüğüne enaz zarar verecek düzenlemelere gidilmelidir.

1.Orman alanını katetmek daha ucuz ve sorunsuz olduğu için enerji hatları orman veya mera alanlarında yoğunlaşmaktadır. Bir ormandan x ha yüksek gerilim hattı geçirilmek istenmesi durumunda ormanın bütünlüğünün bozulması sorunuyla karşılaşılır.

2.Yine ormanın bütünlüğünün korunması ve daha az tahrip olması adına Orman Bakanlığı’nın 80 m lik şerit ve pilon yerleri için irtifak hakkı tesis etmesi sözkonusu olmamalıdır. İlgili idarelerde bu tür tesisleri mümkün olduğunca yer altından geçecek şekilde kurmalıdırlar.

3.1.3.3.2.2.3.Kaynak İrtifakı

Doğal kaynakların başında gelen “sular ve onlardan yararlanma konusu” kendi içinde bazı ayrımlara tabi tutulabilir.

I. Genel Sulardan Yararlanma

Denizler, göller ve akarsular Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallardır. Bunlardan, herkesin yararlanmaya hakkı vardır. Medeni Kanun’un 641.maddesinde, sahipsiz

mallar ile menfaati umuma ait mallar ve suların işletilmesi ve kullanılması hakkında özel hükümlerin konulacağı belirtilmiştir. Ancak, halen bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Böyle olmakla beraber, denizler ve büyük göller ile sahihsiz sular ve de genelin yararlandığı çeşmeler, şadırvanlar, kuyular, sarnıçlar genel sulardan sayılmaktadır

Genel sulardan yararlanma çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Toprak, bağ ve bahçelerin sulanmasında genel sular kullanılabilir, herhangi bir ulaşım şeklinde genel sulardan yararlanılabilir. Ancak, genel suların kullanılması ve yararlanma biçimi yönünden M.K.641'in öngördüğü özel hükümlerin çıkarılmaması, hakim M.K.md.1 ile çizilen yoldan yürümesini zorunlu kılabiliriz. Gerçekten bu durumda ortada bir yasa boşluğu var demektir ki, bunun doldurulması görevi de hakime verilmiş bulunmaktadır. Böyle olunca öğretiye, yargı kararlarına ve örf adete başvurulması durumu ortaya çıkar. Buradan genel kurallar çıkarılmak istenirse;

1- Kural olarak, herkesin genel sulardan yararlanmaya hakkı vardır.

2- Genel sular özel mülkiyete konu olamaz. (Y.6.H.D. 7/4/1958 ve 2100 Esas, 2834 k.) Böyle olunca da, bu sular bir kişinin yararlanmasına ayrılamaz, ötekilerden önce yararlanmaya başlamak bir üstünlük sağlamaz. Yargıtay'a göre, genel sulardan yararlanmada, " tarafların bu sudan yararlanacak toprakların tesbiti ile suyun adilane şekilde bölüştürülmesi gerekir.

3- Bu konuda bir de içmek ve kullanmak üzere su almak hakkı vardır. Buna eski hukukta "Hakk-ı şefe" denirdi. Mecellenin 1263.... maddesinde bu şekilde tanımlanmıştı. Burada benimsenen esas, ve yürürlükte olan örf ve teamüle göre içmek ve ihtiyaçta kullanmak üzere herkese, genel göl ve nehirlerden, genel kuyu ve çeşme, sarnıçlardan su almak ve hayvanlarını sulamak hakkı tanınmıştı. Bu genel kurallar yanısıra, günümüzde bazı kanunlarda genel sulara ait hükümler de bulunmaktadır.

2634 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, bu gibi yerlerin herhangi bir amaç için işgali halinde işgal harcı alınmasını öngörmektedir. Hüküm, ters çevrildiğinde, işgal harcı ödemek kaydıyla, deniz, göl ve akarsulardan, özel girişimin kamu yararına olmak şartıyla yararlanabileceği çıkarılabilir.

Deniz, göl ve akarsulardan yararlanmayı düzenleyen diğer bir kanun da, 1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'dur. Kanun, denizler ve içi sulardaki deniz ürünlerinin korunması, üretimi ve kontrolünü düzenlemektedir. Kanun'un 4.maddesinde, denizler, göller

ve akarsuların Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerlerden olduğu vurgulanmakta, bu yerlerin su üretimi için Tarım Bakanlığı'nca kiralanacağı hükme bağlamaktadır. (KARAHASAN, 1977).

II.Özel Sulardan Yararlanma

A- Maden Suları

Anayasa Mahkemesi içmeye ve yıkanmaya özgü, şifalı, sıcak ve soğuk maden sularının, tabii servet kaynak deyiminin içinde olduğunu belirterek, bu kaynakların Medeni Kanun'un mülkiyet düzeninin dışında olduğunu, bunlar üzerinde mülkiyetin sözkonusu olamayacağını hükme bağlamıştır (AYM, E.1963/126, RG. 22.7.1965).

Dolayısıyla, maden sularının da menfaati umuma ait olan sulardan olduğu ve bir arza malik olmanın onun altındaki suya malik olmayı içermeyeceğinden hareketle maden sularının özel mülkiyete konu olamayacağı söylenebilir. Bu sayede de, bu sulardan yararlanma, özel bir prosedüre bağlı olarak işletilecektir.

B- Kaynaklar ve Yeraltı Suları

M.K.679 bu konuyu düzenlemektedir. Buna göre, kaynaklar arzın bütünleyici parçasıdır (mütemmim cüz) ve kaynadıkları toprağın mülkiyetiyle beraber kazanılır. Ayrıca, başkasının arzındaki kaynaklardan yararlanma da, irtifak hakkı şeklinde tapu siciline kayıtlı tesis olunur.

Aynı madde içinde, yeraltı suları da düzenlenmiştir. Buna göre, yeraltı suları genel olarak, menfaati umuma ait sulardandır ve bir arza malik olmak, onun altındaki suya malik olmayı gerektirmez.

Medeni Kanun'da kaynak için herhangi bir tanımlama getirilmemiştir. Bu açıdan kaynağın ne ifade ettiği ortaya konulmalıdır. Kaynak; yeraltı suyunun toprak yüzeyine çıkmasıdır. Ancak, burada doğal olarak su yüzeyine çıkmadan bahsedilmektedir. Yalnızca doğal olarak oluşan kaynaklar, M.K.m.d.679 hükümlerine bağlı tutulmuştur. Buna karşılık, yapay yollarla yeraltı suyunun toprak yüzeyine çıkmasıyla oluşan kaynaklara kural olarak M.K.değil, 167 Sayılı Yeraltı Suları Kanunu'nun uygulanması gerekir (AKİPEK, 1969).

Kaynaktan sözedilebilmesi için suyun kökeni, yeraltı suyu olmalı ve bu su toprağın yüzeyine çıkmalı, devamlı bir nitelik taşımalıdır. Geçici kesilmeler sonucu olan geçici kuraklık,

kaynak niteliğini ortadan kaldırmaz. Buna karşılık da, bir yerden tek bir kez su çıkması ona kaynak olma niteliği vermez.

Medeni Kanun md.679 vd. ile düzenlenen kaynaklar kural olarak taşınmaz hükümlerine bağlı tutulmuştur. Kaynaklar, özel mülkiyetin konusunu oluşturabilir. Ayrıca, kaynaklar, asıl taşınmazla birlikte irtifak, intifa, rehin hakkıyla kişisel haklara da konu yapılabilir. Malikin, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde dilediği gibi kaynak üzerinde tasarruf etme hak ve yetkisi vardır. Ancak, bunun da bir istisnasını M.K.641.madde oluşturmaktadır. Buna göre, tarıma elverişli olmayan yerlerden, dağlardan, ormanlardan çıkan kaynaklar; devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunlardan yararlanma da belli usullere tabi olacaktır.

Kaynak ve Yeraltı Sularından Yararlanma

I- Yeraltı Sularından Yararlanma

1960 tarihli, 167 sayılı kanunun 1.maddesine göre, yeraltı suları umumi sulardan olup Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu suların her türlü araştırılması, kullanılması, korunması ve tescili bu kanun hükümlerine tabidir.

167 sayılı kanuna göre, Devletin hüküm ve tasarrufuna bırakılan yeraltı suları DSİ Genel Müdürlüğü'nce işletilmekte, kontrol altında tutulmaktadır.

Bir taşınmazda yeraltı suyunun olup olmadığı ve varsa ne miktarda bulunduğu tespit yapılacağı yapılacak araştırmalara dayanır. Bunun için de; bir taşınmazdaki yeraltı suyundan yararlanmak isteyen kişinin öncelikle; 167 sayılı yeraltı suları hakkındaki Kanun'a göre DSİ'ye talep beyanında bulunması gereklidir. İlginin talep beyanını inceleyen DSİ uygun gördüğü takdirde "Yeraltı Suyu Arama" belge vermektedir.

Verilen bu belge 1 yıl süreli olup ve bu süre içinde yapılacak sondaj sonucu su bulunur ve tahliller sonucu da kullanılabilir nitelikte olursa DSİ'ce yapılan tetkiklere dayalı olarak çok daha uygun süreli "yeraltı suyu kullanma belgesi" verilmektedir.

Bu prosedüre bağlı kalmak şartıyla yeraltı sularından yararlanma gerçekleşmektedir.

II.Kaynaklardan Yararlanma

Kaynaklarla ilgili düzenleme M.K.679'la getirilmiştir. Arzın, bütünleyici parçası olan kaynakların mülkiyeti; bulundukları taşınmazın malikine aittir.

Medeni Kanun'un 618.maddesi gereğince kaynak maliki, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde bu hakkı üzerinde dilediği şekilde tasarruf edebilir. Malik, suyunu tüketebilir, akıtabilir, suyunu tutabilir ve bir hak ile de sınırlayabilir.

Malik bu yararlanma hakkını, bir irtifak hakkı olarak 3.kişinin yararlanmasına sunabilir. Medeni Kanun'un 752.maddesinde bağımsız ve devamlı bir hak olarak kaynak hakkı düzenlenmiştir.

Medeni Kanun, md.679/1 ile başlayan, başkasının toprağından fişkıran kaynaklardan yararlanmanın irtifak hakkı diye tapu kütüğüne geçirilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm, kaynaklar üzerindeki her çeşit irtifak hakkına uygulanır.

Bu kanunun 752.maddesinde, sözü edilen kaynak hakkı da, başkasının taşınmaz malından fişkıran bir kaynaktan su almak ve onu akıtmak hakkıdır. 752.Maddede, bu hakkın kapsamı ve ondan yararlanma biçimi düzenlenmiştir. Bu hak sahibi, kaynaktan çıkan suyu alabilir, kendi kapları ile taşıyabileceği gibi borular vesaire arac ile de kendi malına veya depolarına akıtabilir. Kaynak hakkı sahibi, kaynağın bulunduğu arzdan kaynak sularını almak, yükümlü arazi üzerinde su mecrası tesis etmek gibi yönlerden taşınmazı sınırlandırılabilir. Dolayısıyla taşınmaz maliki, kaynak hakkının kurulmasıyla katlanma ödevinin gereklerine uymak zorunda kalır. Kaynak hakkı sahibi, yukarıda sayılan işler yönünden izin verilmesini isteyebilir ve de maliki zorlayabilir. Öte yandan hem üçüncü kişilere ve hem de malike karşı bu hakkını koruyabilir.

Kaynaklardan yararlanmayı sağlayan bu hakkın kurulabilmesi, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin resmi şekilde yapılması gereklidir. Öte yandan, tescil de irtifak hakkı sözleşmesinin geçerliliği için gereklidir. Bu şekilde kişilerin kaynaklardan yararlanması saptanmış olacaktır.

Kaynaklardan yararlanmanın bir yolu da, komşuluk hukuku yönünden taşınmaz malikinin tasarruf hakkına getirilen sınırlamayla ortaya çıkar. Gerçekte bu, 3.kişiye tanınan bir yararlanma hakkı değil, taşınmaz malikine getirilen bir katlanma ödevidir, ancak uygulaması sonucunda 3.bir kişi bu sudan yararlanabilecektir. M.K.md.683'de "Lüzumlu suların cebri temellükü" başlığıyla yer alan bu hükümde, bir ev veya taşınmaza gerekli suyun komşudan istenebilmesi amaçlanmıştır. Bu maddeye, daha Türkçeleştirilmiş bir ifadeyle "pek gerekli olan suyu isteme hakkı" da denilebilir (KARAHASAN 1977).

Bu maddeye göre, kişinin komşusunun arazisindeki sudan yararlanması belli koşullar altında mümkün olacaktır.

- Talepte bulunanın, kendi ev veya arazisi için gerekli suyu bulunmaması gereklidir. Burada, komşu taşınmazdan talep edilen suyun kullanılabileceği alanlar ev ve arazi olarak belirlenmiştir. Daha büyük ihtiyaçlar için bu maddeden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

- Talepte bulunanın, ihtiyacı olan suyu başka yollardan elde etmesi çok güç ve birtakım işlemleri gerektirmeli ve bunun yanı sıra çok fazla masraflı olmalıdır.

- Talep edilen su; komşu taşınmaz malikinin ihtiyacı olmayan yani ihtiyaç fazlası olmalıdır. Suyun, talep sahibine verilmesiyle suyun maliki zor durumda kalmamalıdır.

- Suyun verilmesi için, tam bir tazminat ödenmelidir.

- Talep sahibinin ihtiyacı karşılanırken, su sahibinin menfaatleri de korunmalıdır.

M.K:md.683'de öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, taşınmaz maliki buna katlanmak ödevi altındadır. Ancak, bu hak bir irtifak hakkı niteliğinde değildir. Komşuluk hukukundan doğan katlanma ödevi uyarınca, taşınmaz maliki böyle bir talebi karşılamak zorundadır. Burada tescil sözkonusu olmakla beraber, hak sahibi 3.kişilere karşı açıklığı sağlamak için, tescil de yaptırabilir (AKİPEK, 1969, OĞUZHAN SELİÇİ 1992).

Orman Alanlarındaki Sulardan Yararlanma

Ormanların, kamu malı olmalarından hareketle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulundukları her durumda ön plana çıkmaktadır. Bazı özel kanunlarda, orman alanlarından yararlanmaya yönelik hükümler bulunmaktadır. Bu özel hükümlere göre; orman alanlarından yararlanmalarda ve bu alanların izne konu edilmelerinde ilgili kurum olan Orman Genel Müdürlüğü'nün izni gerekmektedir. Sularla ilgili yararlanmalarda da, ilgili kurumun izni aranmaktadır.

Orman alanlarındaki sular ile ilgili izin raporunun düzenlenebilmesi için, öncelikle suyun kullanma hakkının alınmış olması gereklidir. Suyun kullanma hakkın alınamamışsa, orman alanları izne konu edilemeyecektir.

Suyun kullanma hakkı (su tahsis belgesi)nin alınması yerüstü kaynak sularında ve yeraltı sularında farklılıklar göstermektedir.

A- Yerüstü Kaynak Sularından Yararlanma

Yerüstü kaynak sularında suyun kullanma hakkı

- Su, köy içme suyu olarak alınmıyorsa Köy Hizmetleri İl Müdürlüğü'nden

-Su, belediye teşkilatı bulunan bir beldeye gelecekse; Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nden

-Su, şahıs veya şirketlere depolama, kullanma veya satış için verilecekse Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nden alınmak zorundadır.

Yerüstü kaynak suları görünen pınarlar olduğundan, miktarının ne olduğu ve ne kadarlık bölümünün kullanılacağı veya kişilerle köyler arasında nasıl bölüştürüleceği ilgili mevzuatında açıklıkla belirtilmiş olup, görevli birimlerce bu işlem yapılmaktadır. Bu incelemeler sonucunda konumuna göre, Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nce veya Köy Hizmetleri İl Müdürlüğü'nce suyun kullanma hakkına ait "su tahsis belgesi" verilmektedir. Bu belgede tahsisin kaç yıl için yapıldığı da belirtilmektedir. Yıl belirtilmemişse, bu süre kişilerde azami 5 yıl olarak kabul edilmektedir. Köy, belde gibi yerleşim birimleri için 49 yıl olarak yorumlanmaktadır.

B- Yeraltı Sularından Yararlanma

Orman alanlarında bulunan yeraltı sularından yararlanmak isteyen gerçek ve tüzel kişiler öncelikle DSI'den yeraltı suyu arama ve aranan su bulunduğu da kullanma belgesi almak zorundadırlar.

Yeraltı sularında DSI'den gerekli iznin alınmasından sonra, talep sahibi, gerekli tüm belgeleri ekleyerek Orman Genel Müdürlüğü'ne başvurur.

Orman Genel Müdürlüğü'nün, gerekli incelemeyi ve tetkikleri yaptıktan sonra uygun bulunması halinde talep sahibine orman alanındaki sudan yararlanma hakkı tanınabilecektir. (1995'te Orman Genel Müdürlüğü'nce taşra teşkilatına gönderilen yazıda, ormanlarda bulunan yeraltı sularından gerçek ve tüzel kişilere verilen izinlerin, tabansuyu seviyesini düşürdüğü, bunun sonucunda da, su açıkları ve ağaçlarda kuruma meydana geldiğini belirterek, yazının gönderildiği tarihten itibaren ormanlık alanlarda yeralan su kaynaklarından yararlanma izninin verilmesi durdurulmuştur. O tarihten bu yana da yasaklama devam etmektedir.)

Orman Genel Müdürlüğü'nce, yeraltı suyundan yararlanmak isteyen kişilere verilen hakkın; bir kaynak irtifakı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Orman İdaresinin bu irtifakı kurmasıyla, lehine irtifak hakkı kurulan kişiye kaynak suyunu tutarak almak, kendi arazisine

akıtmak yetkileri tanınmış olacaktır. Bu yetki kaynak irtifakı olarak kabul edildiğinde, tarafların irtifak sözleşmesinde, kaynak hakkını ve karşılıklı hak ve mükellefiyetlerini daha ayrıntılı ve somut olarak düzenlemeleri mümkündür. Bu düzenleme çerçevesinde, hak sahibinin kaynaktan ne kadar süreyle faydalanacağı, faydalanma şekli, ne kadar su alınabileceği gibi konular ormanın korunması ve varlığını sürdürmesi ilkesine bağlı olarak daha objektif belirlenebilecektir. İrtifak hakkının geçerli olabilmesi, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesine bağlanmıştır.

Orman alanlarındaki yeraltı sularından yararlanma bir kaynak irtifakı olarak nitelendirildiğinde, ortaya halledilmesi gereken bir konu daha çıkacaktır. Kaynak İrtifakı sahibi, tarafından suyun akıtılması ve uzaklara taşınabilmesi için yapılan tesislerle diğer tüm havuz, depo gibi tesisler kimin mülkiyetine bırakılacaktır. Bu konuda çeşitli görüşler yer almaktadır.

WIELAND ise, kaynak hakkı sahibinin kendi tarafından yapılan imalat üzerinde mülkiyet iktisap etmesini kabul etmek gerektiği kanısındadır.

İMRE'ye göre ise; "kurulan tesisat hak sahibine aittir."

KÖPRÜLÜ, KANETİ, de bu konuda şöyle demektedir. "Taşınmaz üzerinde suları almak ve akıtmak için yaptığı tesislerin mülkiyeti hak sahibine aittir. Bu tesislerle, kaynak hakkı arasındaki ilişki, inşaat hakkıyla katlanan taşınmaz üzerindeki inşaat arasındaki ilişki gibidir."

Gerçekten, orman alanlarındaki sular üzerindeki kaynak irtifakının üst hakkına benze nitelikte olduğu söylenebilir. Kaynak irtifakı gereğince kurulan tesisler; sözleşmenin geçerli olduğu süre boyunca inşaatı yapılan hak sahibine aittir. Bu süre sona erince de M.K.751 gereğince, mevcut tesisler taşınmazın bütünüleyici parçası olur ve Orman Genel Müdürlüğü'nün mülkiyetine bırakılacaktır.

3.1.3.3.2.4.Orman İntifa Hakkı

Başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belli bir kişiye tam yararlanma imkanı sağlayan intifa hakkına orman ürünlerinden yararlanma konusunda rastlanıldığı veya diğer bir söyleyişle, bu tür yararlanmanın intifa hakkına benzerlik gösteren yönleri olduğu söylenebilir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nda yer alan ve ormanlardan belli ürünleri almaya yönelik olan 15.madde; ocak açılmasına izinler veren 16.madde, ormanlarda belli süreler ve sahalarda

otlatmaya izin veren 19. ve 20.madde ve orman köylülerinin orman ürünlerinden yararlanmalarını sağlayan 31, 32, 34.maddelerde intifa hakkına benzerlik görülmektedir. Çünkü, burada başkasına ait ekonomik bir maldan en geniş yararlanma ve kullanma imkanı sağlayan bir hak söz konusudur. Ancak, TMK 717.maddede ifade edilen, intifa hakkıyla ayrıldığı taraflar da vardır. Öncelikle, intifa hakkı sınırlı aynı bir haktır. Orman Kanunu'nda geçen yararlanma haklarının aynı hak derecesinde olduğu söylenemez.

İntifa hakkının M.K.721 uyarınca ferdan belirli bir kişi lehine kurulması söz konusudur; Ancak Orman Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre; ormanlardan yararlanma belli nitelikleri haiz olan kişilere tanınmaktadır. Belli bir kişi lehine kurulması düşünülemez.

Yine md.721 uyarınca intifa hakkının hak sahibinin vefatıyla veya intifa eden tüzel kişi ise 100 yılı geçmemek kaydıyla infisahıyla son bulacağı ifade edilmiştir. Orman Kanunu'nun ilgili hükümlerinde böyle bir süre sınırlamasına gidilmemiştir. Orman İşletmelerinin düzenledikleri şartlar dahilinde devamlı bir yararlanma söz konusudur.

MK. md.718 uyarınca, bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesisi için tapu kütüğüne tescil gereklidir. Ancak, ormanlardan bu tür yararlanmalarda tapu kütüğüne tescil gerekli değildir.

MK.md.727 gereğince, intifa hakkı sahibi malın zilyedliğini elde etmektedir. Ormanlardan söz konusu yararlanmalarda böyle bir durum söz konusu değildir. Ormanlardan yararlanan kişi sadece bir yararlanma hakkına sahiptir, zilyed değildir.

MK.md.736 ve 737 gereğince, intifa hakkı sahibinin malı olduğu gibi korumaya, bakımı için gerekli tamirat ve tadilatı yapmaya mecburdur. Ormanlardan yararlanmalarda; yararlananın böyle bir yükümlülüğü yoktur. Ancak, yine de buradan yararlanmaların orman tahribine yol açabileceği, yararlanma hakkı sahibinin keyfi davranabileceği hükmüne varılmamalıdır.

MK.md.739'a göre intifa hakkı sahibinin intifa konusu malı sigortalama yükümlülüğü vardır. Oysa, ormanlardan yararlanmada bu düşünülemez.

Sonuç olarak; intifa hakkının Medeni Kanunda yapılan tanımına Orman Kanunu'nda yer alan ve yukarıda bahsedilen yararlanmalar benzerlik göstermektedir. Çünkü, ilgili maddelerde orman ürünlerinden; öz değeri malikte (Orman İdaresi) kalmak koşuluyla yararlanma söz konusudur ki bunun Medeni Kanun'daki intifa hakkı tanımına uygunluğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, yukarıda bazıları sayılan farklılıklar da ormanlardaki intifa hakkının, MK. anlamında intifa hakkından ayrılan yönleri olduğunu ortaya koymaktadır.

3.2.Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait ve Özel Ormanlardan Yararlanma Esasları

Orman mülkiyet türlerinden Devlet Ormanlarından başka diğer ikisini oluşturan kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlar ve özel ormanlar tüm orman varlığı içinde yaklaşık yüzde sekiz,dokuzluk bir paya sahiptir. Büyük çoğunluğu Devlet Ormanı olanlar dışında kalan ormanlar da 6831 sayılı Orman Kanunu'nda düzenleme altına alınmışlardır.

Buraya kadar geçen bölümde daha Devlet Ormanlarında kişilere tanınan yararlanmalar üzerinde durulmuştur. Ancak mülkiyet türü ne olursa olsun tüm ormanlar devletin denetim ve gözetimi altındadır. Bu nedenle, özellikle orman ürünlerinden yararlanma konuları benzerlik göstermektedir. Tezin bu bölümünde Devlet Ormanları dışında kalan ormanlarda yararlanma üzerinde durulurken yararlanma kapsamı irtifak hakkıyla sınırlı tutulacak ve bu ormanlarda yapılacak olan bina ve tesisler konusu üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

3.2.1.Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanlardan Yararlanma

Tanım: 6831 sayılı Kanunun 1.maddesine göre orman sayılan yerlerden olan ve aynı kanunun 4.maddesinde belirtilen mülkiyet türlerinden biri olarak görülen, mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına ait bulunan yerlerdir.

3.2.1.1.Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanların Hukuki Rejimi

6831 sayılı Orman Kanunu'nda yer alan, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlar hakkındaki düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir.

Devlet Ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesise izin verilmesini düzenleyen 17.madde'nin 4.ve son fıkrasında sözkonusu bina ve tesislerin kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda da yapılabileceği; bunun için Orman Bakanlığı'nın izninin gerekli olduğu belirtilmiştir. 17.maddenin uygulanması aynen Devlet Ormanlarında olduğu gibi sürdürülecektir.

Md.47'de, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanların parçalanarak kişilere veya kurumlara devir ve temlik yasaklanmıştır. 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1956 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana değişmeden günümüze kadar gelebilmiş bir düzenlemedir. Orman alanlarının kişi ve kurumlara devir ve temlik, bu yerlerin aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle, 1956'da getirilen düzenlemeyle yasa orman varlığını korumayı

hedeflemiştir. Ancak bu madde de “parçalanarak” ibaresi dikkat çekicidir. Madde hükmüne göre, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanların kişi ve kurumlara devri değil de, “parçalanmak” suretiyle devri yasaklanmıştır. O halde, 47.madde ters çevrildiğinde, bu ormanların parçalanmadığı takdirde devri mümkün görülmektedir. 3116 sayılı Orman Kanunu’nun Umuma mahsus ormanlara ilişkin 59.maddesinde, umumi ormanların toprağı ile birlikte şahıslara veya müesseselere devir ve temlik Bakanlar Kurulu’nun iznine bağlı kılınmıştır. Bu hüküm içinde ormanların parçalanmasından söz edilmemiştir. Aksine, belli prosedüre bağlı kalmak suretiyle umuma ait ormanların kişi ve kurumlara devri mümkün kılınmıştır.

O halde 6831 sayılı kanunla gündeme bir “ormanların parçalanması” kavramı sokulmuştur. Bu kavramla özel ormanlara ilişkin düzenleme konusunda karşılaşılmaktadır. Özel ormanlarda, ormanın ifrazı (bölünebilme-parçalanma) 500 ha.’lık bir büyüklükle sınırlanmıştır. Yani, özel orman alanlarının 500 ha. dan küçük parçalara ayrılması ve başkalarına devir-temlik yasaklanmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda bu şekilde bir sınırlamaya gidilmemiş ve bu ormanların ifrazı kesin olarak yasaklanmıştır. Ancak, bu yasaklama kamu kurumu kuruluşlarına ait ormanların devir ve temlikini engellemeye yöneliktir. Özetle, bu ormanlar parçalanamayacak, sahip oldukları orman alanlarını koruyacak fakat bir bütün olarak kişi ve kurumlara devir ve temlik edilebileceklerdir. Hükümün yorumundan böyle bir anlam çıkmaktadır. Nitekim 2934 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 30.maddesinden de böyle bir devrin belli şartları haiz olduğunda gerçekleşebileceği görülmektedir. 30.maddenin başlığı, “bir idareye ait taşınmaz malın diğer idareye devri” şeklindedir ve bir idarenin ihtiyacı olduğu takdirde, diğer bir idarenin taşınmaz malının kendisine devredilmesini talep etme hakkını içermektedir. Bu devre muvafakat yetkisi de mal sahibi idarenindir.

Dolayısıyla, sözkonusu taşınmaz mal, bir orman olduğunda bu ormanın sahibi olan kamu kurum ve kuruluşu, kendisine böyle bir devir talebi geldiğinde uygun görürse ormanı talep sahibi idareye devredebilecektir.

Gerçi genel hukuk öğretisinin özel-genel kanun ilişkisinden hareketle, özel kanun olan 6831 sayılı Orman Kanunu’nun bu şekilde bir devri yasaklaması durumunda, Kamulaştırma Kanunu’nun 30.maddesi uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak, Orman Kanunu’nun 47.maddesi hükmünden bu şekilde bir devri yasaklama anlamı çıkmamaktadır. Hüküm, bu

ormanların parçalanarak devrini yasaklayıcı yöndedir. Bu durumda da parçalanma gerçekleşmeden devir mümkün görülmekte ve ormandan bu şekilde bir yararlanma gerçekleşmektedir. 47.madde hükmünün bu şekilde yorumlanmasında 3116 sayılı kanunun 59.maddesi de etkilidir. 3116 s.k.'nın 59.maddesinde yer almayan “parçalanma” ibaresi 6831 sayılı kanunun 47.maddesiyle getirilmiştir. Dolayısıyla, bunun devir ve temlik engellemek amacıyla değil de; orman alanlarının parçalanmasını önlemek amacıyla getirildiği ve bu sayede de 3116 sayılı Orman Kanunu’nun umuma ait ormanların devrini mümkün kılan 59.maddesiyle de paralel gidildiği söylenebilir.

6831 sayılı Orman Kanunu’nun 48.maddesi kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanların yönetim ve korunmasının devletin kontrol ve denetiminde olarak sahiplerinde olduğunu belirtmiştir.

Md.49’da ise; Orman Kanunu’nun Devlet Ormanlarında geçerli olarak düzenlediği; ormanlarda bazı eylemleri (ağacı kesmek, sökmek, boğmak, tali ürünleri toplamak, tehlikeli şekilde avlanmak, kum-toprak çıkarmak) yasaklayan 14.maddesinin; Ormanlarda hertürlü bina ve tesisin yapılmasına izin verilmesini düzenleyen 17.maddenin; orman ürünleri işleyecek fabrika kurulması, ocak açılması, su ürünleri tesisi kurulmasını düzenleyen 18.maddesinin; ormanlarda otlatmayı düzenleyen 19, 20, 21.maddelerinin ve ormanda yapılacak nakliyat işlerini düzenleyen 41.ve 42.maddeleri hükümlerinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda da geçerli olacağına değinilmiştir.Bu şekilde yararlanma hakları Devlet Ormanlarında olduğu gibi sürecektir.

Genel olarak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlara yönelik düzenlemelere bakıldığında, bunlardan yararlanmanın, Devlet ormanlarından yararlanmalara paralellik gösterdiği görülmektedir.

Orman Kanunu’ndan doğan ve daha önce Devlet ormanları konusunda üzerinde durulan, ormanlarda fabrika kurulması, su ürünleri tesisleri kurulması, taş ve kum ocaklarının açılması, otlatmaya belli koşullarda izin verilmesi gibi çeşitli yararlanma usullerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda da rastlanmaktadır. Ayrıca, çalışmanın temelini oluşturan ve 17.maddeye dayanan ormanlarda her türlü bina ve tesis yapılmasını hükme bağlayan düzenleme de kamu kurumlarına ait ormanlarda geçerliliğini korumaktadır.

Ancak, 17.maddenin uygulanması konusunda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda bir çelişki göze çarpmaktadır. Maddenin tarihi gelişim ve değişimi incelendiğinde bu açık olarak görülebilecektir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesi yürürlükte kaldığı sürece çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bunların ilki olan 23.9.1983 tarih ve 2896 sayılı kanunla maddenin 3.fikrası değiştirilmiş ve Devlet ormanlarında yapılacak bina ve tesisler için Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Tarım Orman Bakanlığı'na izin verilebileceği kuralı getirilmiştir. Ayrıca, eklenen 4.fikrayla, bu iznin kamu kurum ve kuruluşlarına ait ve özel şahıslara ait ormanlarda söz konusu olması durumunda, Maliye Bakanlığı'nın görüşü gerekli görülmemiş sadece, Tarım ve Orman Bakanlığı'na izin verilmesi yeterli bulunmuştur.

1983 tarihinde 17.maddeye getirilen bu değişiklik Devlet Ormanı dışında kalan ormanlarda bina ve tesis yapılmasında tek yetkili karar mercii olarak Orman Bakanlığı'nı tanımlamış ve işlemi kolaylaştırmıştır. Bu sayede Devlet ormanlarındaki izin uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarında farklılık gösterecektir. Devlet ormanları hazinenin mülkiyetinde olduğundan, bunlar üzerinde yapılacak herhangi bir işlem için Maliye Bakanlığı'nın görüşünün alınması olması gerektir. Zira, bir taşınmaz üzerinde her türlü tasarruf yapma yetkisi Medeni Kanun'un 618.maddesi gereğince de malike tanınmış bir haktır.

1983 yılındaki değişikliği takiben, 1987'de yapılan 3373 sayılı değişiklikle 17.maddenin 3.fikrası tekrar değişikliğe uğramıştır. Buna göre, 1983'de Devlet ormanlarında yapılacak bina ve tesisler için gerekli görülen Maliye Bakanlığı'nın görüşünü alma zorunluluğu kaldırılmış sadece, Orman Bakanlığı'nın izni yeterli görülmüştür.

Özetle, 17.madde yürürlükte olduğu şu anda Devlet ormanlarında yapılacak bina ve tesisler için Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın izni; diğer ormanlarda ise Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınmaksızın Tarım ve Orman Bakanlığı'nın iznini aramaktadır.

17.maddenin 3.fikrasının bugünkü ifadesinde, Devlet ormanlarında bina ve tesis inşa etmek için Maliye Bakanlığı'nın görüşünün alınması koşulu bulunmamaktadır. Ancak, 17.maddenin bütününe bakıldığında, 4.fikranın ifadesinden yani Devletten başkasına ait ormanlarda Maliye Bakanlığı'nın görüşüne gerek olmadığı sadece Tarım ve Orman Bakanlığı'nın izni yeterli olduğu cümlesinin yorumundan Devlet ormanlarında bina ve tesis inşa izni için Maliye Bakanlığı'nın görüşü gerektiği ortadadır.

Genel hukuk öğretisinde yorum kavramı, önemli bir yer tutmaktadır ve buna göre bir kanun hükmü bütün olarak ele alınmalıdır. Her kelime madde içindeki olağan, normal akışa göre ve belli bir bütünlük içinde anlamlandırılmalıdır. Hiçbir kelime gözardı edilmeden hükmün ifadesi ve ruhuna uygun olarak yorumlanmalıdır.

Bu genel ilkelerin ışığında; kamu kurum ve kuruluşlarına ve özel şahıslara ait ormanlarda bina ve tesis inşası için Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınmaksızın, Tarım ve Orman Bakanlığı'nın izninin yeterli kılınması ifadesinden Devlet ormanlarının izne konu edilebilmesi için Maliye Bakanlığı'nın görüşünün alınmasının zorunlu olduğu sonucu çıktığı açıkça görülmektedir.

Hazinenin mülkiyetinde bulunan Devlet ormanlarında, Maliye Bakanlığı'nın görüşünün alınması olması gerektir ve 17.maddenin ifadesinden de bu rahatlıkla çıkarılmaktadır.

Ayrıca, diğer bir açıdan konuya bakıldığında, kanun koyucunun Devlet ormanı ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlardaki uygulamayı ayırmak istediği görülecektir. Eğer kanun koyucu böyle bir ayrıma gitmek amacını taşımasaydı, 17.maddeyi düzenlerken 3.fıkra içinde sadece Devlet ormanlarında bina ve tesis yapılmasını değil de, tüm mülkiyet türündeki ormanlarda bu uygulamayı aynı kapsamda düzenleyebilirdi. Yani 17.maddenin 4.fikrasından ayrı bir düzenlemeye gitmesine gerek kalmazdı. Kanun koyucunun bu düşüncesinden hareketle, Devlet ormanındaki düzenlemeyi diğerlerinden ayrı tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu noktada da, bir çelişki ortaya çıkar. Şöyle ki, kanun koyucu bu 2 ormanı farklı fıkralarda düzenlemeye tabi tuttuğuna göre, 17.maddenin uygulanış prosedüründe de belli farklılıklar olmasını düşünmüştür. Zira, aynı uygulamayı aynı prosedürle yapacak olması durumunda kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlar için farklı bir düzenlemeye gitmesinin (17/4) mantığı yoktur. O halde kanun koyucu, Devlet ormanlarına verilecek izinleri; kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda verilecek olan izinlerden belli noktalarda ayırmayı hedeflemiştir. Bunu da; sadece Devlet ormanlarında bina ve tesis yapılması için verilecek olan izinlerde gerekli görülen Maliye Bakanlığı'nın görüşü aramak suretiyle yapmıştır. Kamu kurum ve kuruluşlarında bu görüşü aramayarak da farkı ortaya koymuştur.

Sonuç olarak, konu bu yönden de ele alındığında Devlet ormanlarının bina ve tesis yapımı için izne konu olmalarında Maliye Bakanlığı'nın görüşünün alınması gereklidir. Ancak, bu noktada Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda Maliye Bakanlığının yetkisini tartışmak gereklidir. Öncelikle bu ormanların maliki kimdir sorusu

cevaplanmalıdır.Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlar bazı durumlarda ilgili kurum adına tescil edilmiş olabileceği gibi, devlet ormanlarına benzer olarak Hazine adına tescil edilip ilgili kuruma tahsis edilmiş de olabilir.Bu iki halde de, uygulamada Maliye Bakanlığının onayı aranmamaktadır.Ancak, Bakanlığının onayının aranması gereklidir.Hazine adına tescil edilip ilgili kurum lehine tahsisli olan Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda malik olarak Maliye Bakanlığının onayı alınmalıdır.İlgili kurum adına tescil edilmiş olan ormanlarda ise, Hazine malik değildir. Ancak Hazinenin malik olmaması bu ormanların tamamen Maliye Bakanlığının denetimi dışında bırakılması anlamına gelmez.İlgili kurum adına tescil edilmiş ormanların bir noktadan Bakanlığın denetimine tabii olması gereklidir ve söz konusu ormanlarda mali denetim açısından Maliye Bakanlığının onayı aranmalıdır

3.2.1.2.Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Ormanlarda İrtifak Hakkı

Orman alanlarında, bina ve tesis yapılması ve yapılan bina ve tesislerle,bu tesislerin üzerinde bulunduğu arazinin farklı kişilere ait olması durumu M.K.751. maddede düzenlenmiştir ve ormanlardaki yapılaşma, üst hakkını düzenleyen ve 1990’da değişikliğe uğrayan M.K.’un 751.maddesiyle büyük uyum göstermektedir. Bu konu üzerinde çalışmanın önceki bölümlerinde detaylı olarak durulmuştur.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda her türlü bina ve tesis yapılması izni üst hakkı olarak nitelendiğinde ortaya çözümlenmesi gerekli bir takım ihtilaflar çıkabilecektir. Bunların başında da, inşa edilen bina ve tesislerin izin süresi sonunda kimin mülkiyetine geçeceği konusu gelmektedir.

M.K. md.751/b’ye göre, üst hakkının süresi sona erince mevcut yapılar taşınmazın mütemim cüzü olur ve malikine kalır.

Medeni Kanun’un bu düzenlemesinde ortaya “malik” kavramı çıkmaktadır. 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 4.maddesinde ormanlar mülkiyet ve idare bakımından 3’e ayrılmıştır. Devlet ormanları dışında, kamu kurum ve kuruluşlarına “ait” ormanlar ve özel şahıslara “ait” ormanlar diğer 2 kategoriye oluşturmaktadır. Yani, ormanlar sözkonusu olduğunda Devletten başka 2 malik daha ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birisi de, kamu kurum ve kuruluşlarıdır.

Buradan hareketle, bir kamu kurum ve kuruluşuna ait ormanlarda 17.maddeye göre bina ve tesis izni verilmesi halinde; inşa izni verilen gerçek ve tüzel kişiler lehine bir üst hakkı tesis edilmiş olacaktır. Üst hakkının (izin) kurulmasına ilişkin bir resmi senet düzenlenecek ve

bu senette, üst hakkının kapsamı, hükümleri, yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı, kullanım bedeli, bina ve tesislerin devri gibi hususlar yer alacaktır. Dolayısıyla, inşa edilen yapıların nasıl bir uygulamaya tabi olacağı bu noktada belirlenebilecektir. Zaten Medeni Kanun'un md.751/b hükmü de gayet açıktır ve buna göre, üst hakkı sona erdiğinde taşınmaz üzerindeki yapılar malikine kalacaktır.

Üst hakkına ilişkin bu hükümler, ormanlarla bağdaştırılarak, bina ve tesislerin geleceği tespit edilecektir. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda 17.maddeye göre belli süre için bina ve tesis yapılması mümkündür. Bu süre sona erdiğinde, orman üzerindeki yapılar, ormanın mütemmim cüzü haline gelecek ve mülkiyetleri ilgili kamu kurum ve kuruluşuna geçecektir.

Bu aşamada da, mülkiyeti ilgili kamu kurum ve kuruluşuna geçen yapılar için izin sahibine (üst hakkı sahibi) tazminat ödenip ödenmeyeceği konusu ortaya çıkabilecektir.

Devlet ormanlarında yapılacak bina ve tesislerin; izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak OGM'nün tasarrufuna geçeceği 17.maddede açıkça ifade edilmiştir. Aynı açıklık kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda inşa edilen bina ve tesisleri düzenleyen md.17/4'de yoktur. Burada sadece, kullanım bedeli, süresi, bina ve tesislerin devri gibi hususların genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit olunacağı ifade edilmiştir. Yani, Devlet ormanlarında olduğu gibi bina ve tesislerin devri konusu açıkça hükme bağlanmamış; aksine bu konunun genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit olunacağı ifade edilmiştir.

Medeni Kanun'un 751/c hükmüne göre, taşınmaz maliki aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir tazminat ödemeyecektir. Yani; taraflar üst hakkını kurarken yapacakları resmi senette üst hakkı sahibine ödenecek bir tazminat kararlaştırabileceklerdir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17/4 hükmünde; taraflara serbesti tanınmış olduğu söylenebilir. Ancak, 17/3'de her türlü bina ve tesisin eksiksiz ve bedelsiz geçeceği hükmü, genel hüküm olarak varlığını sürdürmektedir. Madde 17/4'de de, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda yapılacak bina ve tesis izinlerinde genel hükümlere uygun olmak kaydıyla taraflara hareket serbestisi tanınmaktadır. Bu nedenle, hangi tür ormanda olursa olsun gerçek ve tüzel kişilere belli bir bedel karşılığında izin (üst hakkı) tanınmakla, orman alanlarından yararlanma hakkı verilmesi gerçekleşir. Kişiler, bunu bilerek izin talebinde bulunmakta ve uzun sayılabilecek (49-99 yıl) süreler dahilinde orman alanlarından bina ve tesis inşa etmek suretiyle

yararlanmaktadır. Bu yolla orman alanlarından istisnai bir faydalanma doğar ve faydalanma sona erdiğinde, tüm bina ve tesisler taşınmaz malikine bırakılır. İstisnai bir hükümle, gerçek ve tüzel kişilere düşük sayılabilecek bedellerle ve uzun bir süreyle tanınan bu yararlanmanın bitiminde, lehine izin (üst hakkı) tanınan kişiye ormana kurulan bina ve tesisleri malikine terketmesi için tazminat ödenmesi gerekliliği savunulamaz.

Genelde hangi mülkiyet türünden olursa olsun ormanlardan bu tür yararlanmalar, lehlerine yararlanma hakkı tanınan kişiye büyük kazanımlar getirebilmektedir. Dolayısıyla, süre sona erdiğinde zaten kazançlı çıkmış tarafa bir de bina ve tesisler karşılığında bedel ödemek ormanlara bu yönde, varolan eğilimi daha da artıracaktır. Sonuç olarak da, ormanların tahrip olması, yapılaşmaya açılması kolaylaşmış; zaten yeterince korunamayan orman alanları iyice korumasız kalmış olacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlardan yararlanmanın özelliklerine somut bir örnekle yaklaşmak açısından; bu ormanların çeşitli özelliklerine değinen ve bazı özel durumları içerenve kamuoyunda BİLEZİKÇİ ÇİFTLİĞİ DAVASI olarak bilinen konu bu noktada aydınlatıcı olabilecektir.

Bu davada, bir kamu kurumuna ait orman alanın; Kamulaştırma Kanunu'na göre nasıl devir talebiyle karşı karşıya kaldığı, orman alanından bir inşaat alanı olarak yararlanmaya yönelik eylem ve işlemler yer almaktadır.

Bilezikçi Çiftliği olarak adlandırılan yer Sarıyer Çayırbaşı Mahallesi, 529 Ada, 1 Parselde kayıtlı bulunan 3540,797 m² ve 97 pafta 538 ada ve 59 parselde kayıtlı 3.939.276m² olmak üzere iki parçadan ibarettir. Bu taşınmaz, 22.12.1977 tarih ve 58 sayılı İ.Ü.Yönetim Kurulu'nun kararıyla İ.Ü.Orman Fakültesi Eğitim ve Araştırma Ormanı olarak kullanılmak üzere kamulaştırılmıştır ve İstanbul Üniversitesi adına 30.12.1982 tarihinde tapuya tescil edilmiştir . Kamulaştırma işleminden önce özel orman statüsünde olan ve Bilezikçi Çiftliği Özel Ormanı olarak anılan taşınmaz, bu işlemten sonra kamu kurumlarına ait orman statüsüne geçmiştir.

1982 yılından itibaren, bu ormanda Orman Fakültesince çalışmalar yapılması amacıyla yatırım planları yapılmış, bu planlar uygulanmaya çalışılmıştır.

Bilezikçi Çiftliği adıyla anılan bu orman, kamulaştırma amacına uygun olarak Orman Fakültesi tarafından ormancılık eğitimi ve araştırmaları için kullanılırken İ.Ü.Yönetim Kurulu'nun 26.06.1991 gün ve 87 sayılı kararı ve Sarıyer Tapu Sicil Muhafızlığının 16.07.1991

gün ve 2186 yevmiye no.lu satış işlemiyle 3.300.000 hissesi 750 milyon TL. bedelle Bilkent Üniversitesi'ne satılmıştır. (2942 sayılı Kanunun 30.maddesine göre) Tüm bu olaylardan sonra, bazı İ.Ü.Orman Fakültesi öğretim elemanları ve öğrencilerince, Bilezikçi Çiftliği Ormanının 3.300.000 m² hissesinin Bilkent Üniversitesi'ne satış ve ferağına ilişkin 20.06.1991 gün ve 13 sayılı İ.Ü.Yönetim Kurulu kararı ile aynı satış ve ferağ işlemine esas teşkil eden tüm idari işlemlerin iptalini (öncelikle yürütülmesinin durdurulmasını) istemek üzere 1992 yılında dava açılmıştır (İstanbul 2.İdare Mahkemesi Esas No:1992/65)

Açılan davada öncelikle İstanbul 2.İdare Mahkemesi 12.05.1992 gününde oybirliğiyle yürütmenin durdurulması kararı vermiş ,daha sonra ise işlemleri iptal etmiştir.

Sonuç olarak; İdare Mahkemesinin verdiği iptal kararı Bilezikçi Çiftliği Ormanını yok olmaktan ve yapılaşmaya açılmaktan kurtarmıştır. Sonucu açısından da, bu dava birçok konuda örnek oluşturabilecek konumdadır.

Herşeyden önce; Kamu Tüzel Kişiliğine ait orman statüsünü kazanmış bulunan Bilezikçi Çiftliğinin Bilkent Üniversitesi'ne satışı, Anayasa'ya ve Orman Kanunu'na açıkça aykırıdır. 1982 Anayasası'nın 169/2 maddesi "Devlet Ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı" hükmünü getirmiştir. Kamu Tüzel Kişiliğine ait ormanlar; 6831 sayılı kanunda Devlet Ormanından ayrı bir sınıflamaya tabi kılınmıştır ancak bu sınıflama, Bilezikçi Çiftliği'nin Devlet Ormanı olma niteliğini değiştirmeyecektir. Çünkü, Anayasa'nın 123.maddesine göre "İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür". Bu maddenin gerekçesi de bütünlüğü şöyle açıklamaktadır:

"...Devlet Tüzel Kişiliğinden başka, onun yanında, çeşitli kamu tüzel kişileri ortaya çıkmıştır. Bir başka deyimle, bugün kamu hizmetleri genel idare başta olmak üzere, mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları tarafından yürütülmektedir."

Buradan; Anayasa'da ifade edilen Devlet Ormanı kapsamına, kamu kurumlarına ait ormanların da dahil olduğu çıkarımı yapılabilecektir. Bunun sonucunda da, Bilezikçi Çiftliği Ormanının mülkiyeti de devrolunamayacaktır.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 47.maddesi de "Amme müesseselerine ait ormanlar parçalanarak şahıslara veya müesseselere toprağıyla birlikte devir ve temlik edilemez" demek suretiyle Anayasaya paralel bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre de, Bilezikçi Çiftliği'nin parçalanarak; Bilkent Üniversitesi'ne devri mümkün görünmemektedir.

Bilkent Üniversitesi'ne yapılan satışa esas teşkil eden dava konusu işlemlerin Anayasa ve Orman Kanunu hükümlerini ihlal ettiği açıktır.

Bu temel aykırılıkların dışında, satış ve ferağa esas oluşturan dava konusu işlemler, sözkonusu taşınmazın, yalnızca orman niteliğine ve buna bağlı olarak Anayasa ve yasa kurallarına değil kamu malı niteliğine de aykırıdır. Kamu mallarının temel özelliklerinden birisi, kamu malının satış ve ferağ gibi özel hukuk işlemlerine konu olamamasıdır.

Bilindiği üzere, “Kamu Tüzel Kişilerinin ellerinde bulunan mallardan bir kamu hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek biçimde bağlanmış olanlar” “KAMU MALIDIR” (ONAR, 1960).

Yukarıda açıklandığı gibi, kamu tüzel kişisine ait orman niteliğindeki Bilezikçi Çiftliği, Orman Fakültesi'nin öğretim, eğitim ve araştırma hizmetleri için bu fakülteye tahsis edilmiş, bu fakültenin yasal işlevi ve görevlerinin ayrılmaz bir unsuru haline gelmiştir.

Dolayısıyla da, Bilezikçi Çiftliği ormanının bir özel hukuk işlemi olan satışa konu olması düşünülemeyecektir.

Bu davanın bir başka boyutunu da; sözkonusu taşınmazın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesinin (b) bendi hükümlerine göre devredilmiş olması oluşturmaktadır. Bu maddeye göre, taşınmaz mala ihtiyacı olan idarenin, mal sahibi olan idareye başvurarak malın devrini istemesi sözkonusudur. Ancak, taşınmazın devri için de ilgili idarenin muvafakatı aranmaktadır. Bu şartların, Bilkent Üniversitesi'nin isteminde yerine geldiği görülmektedir. Ancak, burada devrin temelini oluşturacak bir “ihtiyaç” kavramı yer almaktadır. Yani, bir kamu tüzel kişi ve kurumunun elindeki taşınmazın ancak diğer bir kamu tüzel kişi ve kurumunun ihtiyacı olduğunda devri mümkün kılınmıştır. İhtiyaç olmadığında böyle bir devir de gerekli olmayacaktır.

Buradan hareketle, Bilezikçi Çiftliği ormanının ancak ihtiyaç ispatlanabildiğinde Bilkent Üniversitesi'ne devri yapılabilecektir. Aksi halde, böyle bir devir mümkün olmayacaktır.

Kamulaştırma Kanunu 30.maddenin bu hükmünü kamu tüzel kişileri ve kurumlarına ait ormanlar lehine yorumlamak ve uygulamak yerinde olacaktır. Gittikçe azalan orman varlığını korumak amacıyla bu devirlerin yapılmasında, ormanların öncelikli önemi dikkate alınmalı ve buna göre karar verilmelidir. Alınacak kararlarda 30.madde de yer alan, ihtiyaç kavramı orman alanlarını korumak adına kullanılmalıdır.

Bilkent Üniversitesi, devir talebini bir kamu tüzel kişiliği olduğundan dolayı Kamulaştırma Kanunu'na dayandırmıştır. Ancak, 2547 sayılı Kanunda değişiklik yapan kanun yürürlükte olduğu sürece, üniversitelerin kamu tüzel kişiliklerinden ötürü Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesinden yararlanması mümkün olmamalıdır.

2547 sayılı yasa Yüksek Öğretim Kurumlarına ve Üniversitelere ilişkin özel bir yasadır. Vakıflarca kurulan üniversiteler de bu yasaya tabidir. Bunlara, kamu tüzel kişiliği verilmesi Anayasanın üniversiteler için öngördüğü işlev ve ilkelerle sınırlıdır. 2547 sayılı yasa, Vakıflarca kurulan yüksek öğretim kurumlarının arazi ihtiyaçları için hazine ve kamu tüzel kişilerine ait arazi ve tesisler için yalnızca TAHSİS imkanını öngörmüş bunu da Bakanlar Kurulu Kararı'na bağlamıştır.

Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesi genel bir hükümdür. Vakıf Üniversitelerine sınırlı bir amaçla verilmiş olan kamu tüzel kişiliği bu genel hükümden yararlanma imkanını vermemelidir.

Özel-genel kanun ilişkisinden hareketle; bir konuyu düzenleyen özel kanunun varlığı halinde genel kanun uygulama alanı bulamayacaktır. Vakıf üniversitelerine ihtiyacı olan araziye sağlayan ve bir özel düzenleme olan 3708 sk.'un 18.maddesi varken, Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesi uygulanmamalıdır.

Konuya başka bir açıdan da yaklaşılabılır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun kabul tarihi 1983'dür. 2547 sayılı YÖK Kanununu değiştiren 3708 sayılı Kanun'un kabul tarihi ise 1991'dir. Kanun koyucu, eğer kamu tüzel kişiliğini haiz vakıf üniversitelerinde (Vakıf kimliği ve tüzel kişilik konuları tartışmaya açıktır) Kamulaştırma Kanunu'nun uygulanmasını uygun görseydi, 1991 yılında yaptığı düzenlemede Vakıf Üniversitelerine arazi verilmesi konusunu düzenlemezdi. Çünkü, ortada boşluğu dolduracak bir genel düzenleme (K.K.madde 30) vardı ve özel bir düzenlemeye gerek olmadığı düşünülebilirdi. Kanun koyucunun mevcut düzenlemeye rağmen daha özel bir düzenleme yapmış olması düşündürücüdür.

Böyle bir ikilem içinde de, ormanların korunması açısından sadece 2547 sayılı kanunu değiştiren 3708 s.k.'un maddesindeki hükmün uygulanmasının yerinde olacağı kabul edilmelidir.

Özetle, kamu tüzel kişi ve kurumlarına ait ormanlar Anayasa ve Orman Kanunu hükümleriyle korunmaktadır. Bu nedenle, mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri mümkün

değildir. Bunlar üzerinde yararlanmayı sağlayacak irtifak hakları da ancak “kamu yararına” olarak kurulabilecektir.

Kamu tüzel kişi ve kurumlarına ait ormanlar; kamu malı niteliğini taşımaktadırlar. Bu nedenle de, özel hukuk ilişkilerine konu olmaları mümkün değildir. Satış ve ferağ işlemlerinin yapılması olanaksızdır.

Kamulaştırma Kanunu’nun, kamu tüzel kişi ve kurumları arasında taşınmaz mal devrini düzenleyen 30.maddesine göre; bir kamu tüzel kişi ve kurumuna ait ormanın diğer bir kamu tüzel kişi ve kurumuna devri mümkündür. Bunun için, mal sahibi idarenin muvafakati gerekmektedir. Aynı zamanda, bu devir talebinin bir ihtiyacı karşılamak adına yapılmış olması da gereklidir. Dolayısıyla, bir kamu tüzel kişi ve kurumuna ait olan ormanın devir talebi gündeme geldiğinde tüm bunlar dikkate alınarak, ormanların korunmasını sağlayacak kararlar alınabilecektir.

30.Madde aynı zamanda kurulmak istenen irtifak haklarını da düzenlemektedir. İrtifak haklarında da aynı özellikler geçerli olacaktır.

Bilezikçi Çiftliği Davasında görüldüğü gibi, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlardan yararlanma da belli ve özel bir takım prosedürlere bağlıdır. Bu davada, bir idarenin kamu kurumuna ait olan bir orman alanından inşaat alanı olarak yararlanma talep etmesi sözkonusudur. Bina ve tesis yapılabilmesi izni de 17.maddeye dayanmak zorundadır. Ancak, bu şekilde yararlanma gerçekleştirilebilir. Bunun için de; her işlemin hukuka uygun; kamu yararına olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Aksi halde, hiçbir şekilde ormanlardan yararlanma sağlanmamalıdır.

3.2.2.ÖZEL ORMANLARDAN YARARLANMA

Özel ormanlar; 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1.maddesi gereğince orman sayılan yerlerden olan ve yine sözkonusu kanunun 4.maddesinde belirtilen mülkiyet türlerinden biri olarak görülen, mülkiyeti gerçek ve tüzel kişilere ait bulunan yerlerdir.

Bu tanımdan da hareketle, bir yerin özel orman sayılabilmesi için gerekli olan koşulları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

a. Sözkonusu alanın 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1.maddesinde belirtilen orman tanımına uyması ve yine 1.maddedeki istisna hükümlerinden biri olmaması,

b. Orman mülkiyetinin geçerli bir tapu kaydıyla gerçek ve tüzel kişilere aidiyetinin belirlenebilmesi (özel ormanlarda geçerli tapular; geçerli yoklama kayıtları özel yasaların uygulanması sonucu, idari yoldan tesis edilen tapular, tescilin yapılmasını temin eden kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre alınmış tapular geçerli tapu sayılır).

c. 6831 sayılı Orman Kanunu özel orman sayılabilme (aynı zamanda ormanın istisnalarından olma) koşulunu 3 ha. ile sınırlamıştır. Bu nedenle 3 ha.'dan büyük alanlar orman sayılmaktadır.

32.2..1.Medeni Kanun Hükümlerine Göre Özel Ormanlardan Yararlanma

Türk Medeni Kanunu'nun birkaç maddesinde özel ormanlara ilişkin hükümler bulunur.

Başkasının arazisine girmek başlığını taşıyan 4.bölümün 675 maddesinde orman ve mer'alar konu edilmiştir. Buna göre kanunen menedilmedikçe örf ve adete göre herkes başkasının orman ve mera'sına girip, ufak tefek yabancı meyveler, mantarlar toplayabilir.

İntifaa ait özel haller başlığını taşıyan 5.bölümün 742.maddesine göre, bir ormanda intifa hakkına sahip olan kimse, o ormandan uygun bir düzen çerçevesinde yararlanabilir. Yine aynı maddenin 2.fıkrasında; fırtına, kar, yangın, böcek istilası gibi olağanüstü sebeplerin etkisiyle normal bir yararlanmanın gerektirdiğinden daha fazla ağaç kesilmesi durumu düzenlenir. Bu durumda da, zararı gidermek amacıyla bir işletme düzeni kurulacağı belirtilmiştir.

Ormanlarla doğrudan ilgili olmasa da, 664.madde ağaçlarında ve köklerinin başkasının mülküne geçmesi konusunu ele alır. Buna göre; bir ağacın dal ve kökleri komşunun mülküne geçip de zarar verirse ve komşunun dalların, köklerin kaldırılmasını talebi uygun bir süre içinde gerçekleştirilmezse, komşunun o dal ve kökleri kesip alma yetkisi doğacaktır. Ayrıca, yine aynı

maddeye göre, ağaç dallardaki meyveleri toplama hakkı olacaktır. Ancak, bu durum komşu ormanlarda geçerli olmayacaktır.

3.2.2.2.Orman Kanunu Hükümlerine Göre Özel Ormanlardan Yararlanma

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17.maddesinin 3.fikrasında "Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet Ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere izin verilebilir" denmektedir. Aynı maddenin son fıkrasında da özel ormanlara ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre; yukarıda belirtilen bina ve tesislerin özel ormanlarda yapılması da mümkün kılınmış ve bu sadece Orman Bakanlığı'ndan alınacak izne bağlanmıştır.. Burada da daha önceki bölümlerde bahsolunduğu üzere M.K. anlamında bir üst hakkı sözkonusudur. İnşaatların ve üzerlerinden bulundukları orman arazisinin mülkiyeti farklı kişilere aittir ve 3.kişiye orman arazisi üzerinde inşaat yapmak yetkisi tanınmıştır.

Özel ormanlar da, 17.madde uyarınca izne (üst hakkına) konu olabilirler. Belli süreler dahilinde ve belli bedel karşılığında özel ormanlarda 3.kişilere bu tanınmaktadır.

Taraflar arasında kararlaştırılan üst hakkı süresinin dolması veya Orman Kanunu ve Medeni Kanun'da belirlenen azami sürenin sona ermesiyle, özel orman üzerinde inşa edilmiş tüm bina ve tesisler özel orman malikinin mülkiyetine geçecektir. Üst hakkı sahibi geçen süre içinde herkese karşı öne sürebileceği bir ayni hakka sahiptir. Üst hakkı süresi sona erdiğinde, bu ayni hak da sona erecek ve tüm yapılar özel orman malikinin olacaktır.

Daha önce incelendiği üzere de, üst hakkı sona erdiğinde, bina ve tesislerin ormanın malikine terkedilmesine karşılık olarak, lehine üst hakkı kurulan kişiye tazminat ödenmesi sözkonusu değildir. Taraflar, üst hakkı kurarken, karşılıklı olarak bu şartları bilmekte ve buna göre hareket etmektedirler.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 4.bölümünde özel ormanlar konu edilmiştir. Buna göre;

Madde 50-54'de özel ormanlarda tahdit, harita, işletme ve imar durumları açıklanmıştır.

Madde 55 ve 56 ise özel ormanların yönetim ve korunması konularını ele almıştır.

3.2.2.2.1.Özel Ormanlarda İnşaat İzni

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 22.5.1987 tarih ve 3373 sayılı kanunla değişik 52.maddesinde özel ormanlarda yapılacak inşaatlar konusu düzenlenmektedir.

Buna göre; şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerdeki özel orman alanlarında, 17.maddeye göre izin almak şartıyla, yatay alanın yüzde altısını (%6) geçmemek üzere, imar planlamasına uygun olarak inşaat yapılabilecektir. İnşaatların yapılmasında orman alanlarının doğal vasıflarının korunmasına özen gösterilecektir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesi hükmünde, inşaatın yatay alanda kaplayacağı büyüklük dışında, başka bir özellik ele alınmamıştır.

Özel ormanlarda inşaat yapılmasına izin veren bu maddenin düzenleniş tarzının esnek ve subjektif uygulamalara neden olacağı söylenebilir.

Özel ormanları yapılaşmaya açan bir kanun maddesinin konuyu daha ayrıntılı olarak incelemesi gereklidir. Özel de olsa, bu düzenlemeyle bir orman varlığından inşaat alanı olarak yararlanma gerçekleşecektir. Bu durum da konuya daha hassasiyetle yaklaşılmasını zorunlu kılmaktadır.. Özel ormanlarda inşaat yapılmasına izin verilmesi, bu ormanların şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde olma şartına bağlanmıştır. Bu kavram açıklanmaya ihtiyaç göstermektedir. Şöyleki; şehir, kasaba, köy yapıları kavramının neyi ifade etmek istediği açık değildir. Kavram, normal şartlar altında anlaşılıyor olsa dahi, bu şartın orman aleyhine kullanılmak istenmesi durumunda yoruma açık hale gelebilecektir. Burada, şehir kasaba ve köy yapıların nelerden ibaret olabileceği açıklanmalıdır. Sadece özel orman civarında yapılaşmanın varlığı mı kastedilmek istenmiştir yoksa bu yapılaşmanın belli özellikleri taşıması gerekliliği de aranmaktadır? bu konu net değildir.

Yine aynı cümlede bu yapıların toplu olarak bulunduğu yerlerdeki özel ormanların inşaatı konu olabileceği belirtilmiştir. Bu kavram da çok subjektiftir. Toplu olarak bulunmanın neyi ifade etmek istediği anlaşılamamaktadır. Sadece birkaç binanın veya daha fazlasının birarada bulunmasının “toplu halde bulunmayı” gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği tartışılabilir. Ayrıca, bu toplu olarak bulunmayı kimlerin ve hangi kıstaslara göre objektif olarak belirleyecekleri de yoruma açıktır.

Aynı cümlede açıklanması gereken bir başka yön de sözkonusu “yapıların toplu olarak bulunduğu YERLERDEKİ” ifadesinde yer alan bir kavramdır. Bu cümlede, yapıların toplu olarak bulunduğu YERLER kavramı da açık değildir. Yapıların toplu olarak bulunduğu kabul edildiğinde, “yerlerdeki” ifadesinin tanımlamasını açıklamak gerekecektir. Özel ormanın, yapıların toplu bulunduğu alana hangi mesafede bulunduğu takdirde inşaatı izin verilebilecektir.

Toplu olarak bulunduğu yer kavramı belli bir km. ile ifade edilebilecek midir, yoksa özel ormanın bu alanlara bitişik olması mı gereklidir?

Sonuç olarak, özel ormanları yapılaşmaya açan 52.maddenin hükmünün kaynağına inmenin bu ihtilafların çözümlenmesi için gerekli olduğu görülmektedir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun özel ormanlarda inşaat izni düzenleyen 52.maddesinde ifade edilen “şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler” tanımlaması 6831 sayılı kanunda 20.6.1973 yılında yapılan 1744 sayılı değişiklikle ortaya çıkmıştır. 1973 yılında yapılan bu değişiklikle (md.2/b) bu tanımlama “şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu YERLEŞİM yerleri” şeklinde orman mevzuatına girmiştir. 1744 sayılı değişikliği takip eden 2896 ve 3302 sayılı yasalarda da tanımlama aynı şekilde yer almıştır.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinde, bu cümle bir kelimenin değiştirilmesi suretiyle kullanılmıştır. İfade ilk halinde; şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu alanlar “YERLEŞİM yerleri” şeklinde tanımlanırken; 52.madde de sadece “yerler” ifadesi yeterli görülmüştür.

Kaynağını orman sınırları dışına çıkarılacak alanların belirlenmesindeki bir kıstastan alan bu tanımlamanın; özel ormanlarda inşaat izni konusunda genişlemeye uygun bir duruma getirilmesi olumlu bir yaklaşım olarak düşünülemez. Özel de olsa orman alanlarını yapılaşmaya açmanın yolu; şehir, köy ve kasaba yapılarının birarada olmasından geçmektedir. Bu nedenle tanımlamanın net olarak yapılması ve doğru ifade edilmesi büyük önem taşımaktadır. İnşaat iznine konu olan alanların sadece “yerler” kelimesiyle ifadesi yetersizdir. Ayrıca, bu tanımlama, bir takım subjektif yorumlamalara, anlaşmazlıklara ve orman aleyhine gelişime neden olabilir. Çünkü, sözkonusu alanları sadece belli yapıların bulunduğu “yerler” olarak değil de “yerleşim yerleri” olarak daha belirgin şekilde tanımlamak amaca uygunluk açısından yerinde olacaktır. Konuya yerleşim yerleri açıklamasını getirmekle, özel ormanların inşaata açılması konusu daha güçleştirilmiş olacaktır. Böylelikle de, ormanlar aleyhine olacak yapılaşma sınırlandırılabilir. Gerçi, bu tanımlamanın kökenine bakıldığında, şehir kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim yerlerinin neler olduğu açıkça görülebilecektir. Buna göre;

1- Köyler-köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim alanları şu şekilde belirlenmiştir.

a- 15.10.1961 gününden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş ve anılan günden önce inşa edilmiş olmak şartıyla kadim köy ve köy kısımlarının yerleşim alanlarının devamı haline gelmiş olmak,

2- Ev, ahır, samanlık, avlu gibi yapı ve tesislerle özel iş yerlerini kapsar, bina ve tesisleri içeren arsa toplulukları ve bu toplulukların içinde veya kenarında yol, alan ve arsa haline dönüşmüş yerlerden olması, belli günden önce inşaa edilmiş ve sayısının (kamusal binalar dahil) en az 10 veya nüfus sayısı 1960'a göre en az 50 olması şarttır. (Orman içerisine yapılmış dağınık birkaç ev buraya girmez.)

. Kasaba ve şehir yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim alanları da şu şekilde belirlenmiştir.

a- 15.10.1961 gününden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini kaybetmiş bulunmak,

b- 15.10.1961'den önce inşaa edilen yapı ve tesisleri içeren ve birbirine bitişik arsa toplulukları ve bu toplulukların içinde veya kenarında yol ve ortak kullanılan alan halini almış yerlerden olmak,

c- 15.10.1961'den önce kurulmuş belediye sınırları içinde kalmak gerekir.

Orman sınırları dışına çıkarılmanın bir nedeni olarak, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim yerlerinin neyi ifade ettiği bütün olarak yukarıda açıklanmıştır. Aynı tanımlamaya, özel ormanlarda inşaat iznini içeren 6831 sayılı Kanun'un 52.maddesinde de yer verildiğine göre aynı ölçüler burada da uygulanabilir.

Buna göre, köy yapılarının burada bulunması; öncelikle kadim yani çok eskiden beri mevcut köy ve köy kısımlarının yerleşim alanlarının devamı haline gelmeye bağlanmıştır. Genel anlam da bir tanımlamanın ardından köy yapılarının neler olduğu ve hangi özelliklere sahip olması gerektiği açıklanarak; daha objektif bir kriter olarak bu yapılar, sayı ve içlerinde yaşayan insanlar açısından sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemenin 1970'lere rastladığı ve o zamanki köy nüfus yoğunluğu da dikkate alındığında, bina sayısının en az 10 ve yaşayan nüfusun 1960 sayımına göre en az 50 kişi olması kıstaslarının yerinde olduğu söylenebilir. O günün şartlarına göre, köy yapılarının toplu olarak bulunduğu nitelermeye yetecek koşullar öne sürülmüştür.

1960 nüfus sayımına bakıldığında; 27.754.820 kişi olan Türkiye nüfusunun 18.89.089'unun köyde yaşadığı ve köy sayısının 34.548 olduğu görülmektedir. Ortalama bir

köye düşen nüfus da 547 kişidir. Buna göre; toplu yerleşim alanı sayılmanın kıstası olan 50 kişilik saptama, bunun yaklaşık % 10'unu oluşturmaktadır. Özetle, bir köyde köy yapılarının toplu olarak bulunduğunu kabul edebilmek için köy nüfusunun %10'luk bir kısmının birarada bulunması yeterli kabul edilmiştir. Bu oranın amaca uygunluğu tartışılabilir. % 10 gibi düşük bir oranın toplu halde bulunmayı sağladığını ileri sürmek pek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Ayrıca, 50 kişilik nüfusun değil de 10 ev şartının (ki bu evlere kamusal binalar da dahildir) gözönüne alınması halinde de toplu olarak bulunma gerçekleşmeyecektir.

Bu nedenle, özel ormanlara dönüldüğünde toplu halde bulunma kıstasının inşaat iznine yol açacağı da düşünüldüğünde bu oranın çok daha yukarılara çekilmesi gerektiğinde bu oranın çok daha yukarılara çekilmesi gereklidir. Köy nüfusunun en az % 40-50'sinin bulunduğu bir yerleşim alanı oluşturması halinde toplu halde olmaktan bahsetmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Zaten düzenleme 10 ev ve 50 kişi şeklindeki sınırlandırmasıyla ve aynı yerde ifade ettiği “orman içine yapılmış dağınık birkaç ev buraya girmez” cümlesiyle kendi içinde çelişmektedir. Çünkü, bir yanda 10 evi kapsayan bir düzenleme, bir yanda da orman içine yapılmış birkaç evi yeterli bulmayan bir yaklaşım mevcuttur. “Birkaç” kelimesiyle ifade edilmek istenen açık değildir. Eğer kapsama 4-5 ev giriyorsa, toplu halde bulunmanın şartı olarak kabul edilen 50 kişilik nüfusa yaklaşmış olacaktır. Bu durumda da, şart yerine geldiğinden köy yapılarının toplu olarak bulunduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla, özel ormanlarda % 6'lık yapılaşmanın yolu açılmış olacaktır.

Sonuç olarak; toplu olarak bulunma kavramına, köy yapıları açısından objektif kişi ve konut sayısı getirilmeli ve belirlemeler yapılırken ülkenin demografik yapısı, doğa koşulları ve bu kıstasların ormanlarda yapacağı etkiler hassasiyetle belirlenmelidir. Toplu olarak bulunma, özel ormanlar açısından büyük önem taşıdığından, inşaata açılacak orman alanları tespit edilirken bu konuda saptanan kıstaslar öncelikle ele alınmalı, uygulamada esnekliğe ve yoruma açık noktalar bırakılmalıdır.

Şehir ve kasaba yapılarının birarada bulunması için öncelikle bünyesinde yapı ve tesisleri bulunduran birbirlerine bitişik arsa topluluklarının olması ve yine aynı alanda yol ve ortak kullanım alanlarının bulunması şartları aranmıştır. İkinci bir koşul olarak da belediye sınırları içinde kalma durumu belirlenmiştir.

3.4.1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 7.maddesine (4.5.1960'da değişik) göre bir yerde belediye kurulabilmesi için yer nüfusunun 2000'den fazla olması gereklidir. Buna göre, nüfusun 2000'den fazla olduğu, üzerinde yollar, ortak kullanım alanları ve bina, tesislerin bulunduğu birbirlerine bitişik arsa topluluklarının varlığı halinde şehir ve kasaba yapılarının toplu olarak bulunmasından bahsedilebilecektir.

Tüm bunlardan hareketle, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinde; üzerinde % 6'lık inşaat izni verilebilecek özel ormanların şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde olması zorunluluğu bir tabana oturtulmuş olacaktır.

Öncelikle; bu yerlerin birer yerleşim alanı olduğu kabul edilmelidir. Yerleşim yeri kapsamına, bina, tesis, yollar, ortak kullanım alanları ve en önemli olarak da insan unsuru girmektedir. Dolayısıyla, bir özel ormanda yapılaşmaya gidilebilmesi için tüm bu unsurları birarada aramak gereklidir. Bu unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

- a- O alanda yaşayan nüfus sayısı
- b- Alanda mevcut bina ve tesis sayısı
- c- Yapılaşma şekli (yapıların birbirleriyle konumları)
- d- Bu toplu yerleşim alanlarının sınırının özel ormanı olan mesafesi

Özetle; özel ormanların inşaaata açılabilmesi için; içinde yukarıdaki unsurları açık biçimde bulunduran herhangi bir yoruma imkan tanımayan biçimde düzenlemelerle uygulamaya gidilmelidir. Amaç, özel ormanları herne olursa olsun yapılaşmaya açmak olmamalıdır. Aksine, tüm koşullar gerçekleştiğinde dahi mutlak bir inşaat izninden söz edilmemeli, özel de olsa orman varlığını koruyup sürekliliği sağlamak temel hedef olmalıdır.

Özelleştirme tartışmalarının sürdüğü ve konunun ormanlara da yansıdığı bugünlerde; ormanlık alanların hızla yoğun yapılaşmaya açılması da gündeme gelmiştir. Tüm ekolojik dengeyi etkileyebilecek bu olayların önemi bilinse de, kişilerin maddi kazanım dürtülerine yenilerek gözardı edilmektedir. Oysa, ilk bakışta "her şeyin yasal" olarak kabul edilip uygulandığı özel ormanlarda yapılanma durumunda; şehircilik bilimine, hukuka, akla, mantığa ve bilimsel düşünceye aykırılıklar basit irdelemelerde ortaya çıkarılabilecek kadar açıktır.

3.2.2.2.2.Özel Ormanlarda İfraz

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinde; özel ormanların 500 ha. yani 5 milyon m²'den küçük parçalar halinde parçalanıp başkalarına temlik ve mirasçılar arasında ifrazen taksimi yasaklanmıştır.

Madde 52'de özel ormanın 500 ha'dan küçük parçalara bölünerek temlikinin ve ifrazının yasaklanması, orman varlığının korunması ve ormanın inşaat alanı olarak düşünülmesinin engellenmesi açısından çok yerinde bir düzenlemedir.

İfraz (ayırma) işlemi; taşınmazın inşaat elverişli parsellere bölünmesidir. Tapu uygulamaları yönünden ifraz ise, tapu kütüğünde tek parsel halinde kayıtlı bulunan taşınmazın teknik metodlara göre belli parsellere ayrılmasıdır.

İfraz kavramının tanımında, "inşaat elverişli olma" ibaresinin, orman alanlarıyla bağdaştırılabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, özel ormanlarda bu yola gidilmesi öncelikle 6831 sayılı kanuna aykırılık teşkil etmektedir.

1982 Anayasasında ormanlara ilişkin düzenlemeler 169.,170.maddelerde yer almaktadır. 169.madde ormanların korunması ve geliştirilmesi başlığını taşır. Bu ifadeden, maddenin tüm ormanları içine alacak bir düzenlemeye gittiği anlaşılmaktadır. Böylelikle, madde hükümlerinin özel ormanlarda da geçerli olduğu açıktır. 169.maddenin ilk cümlesi "Devlet; ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır" şeklindedir. Böylelikle; özel ormanlar da devletin korunması altına konulmuş ve özel orman alanlarının genişletilmesi ilkesi anayasal bir güvence altına alınmıştır.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesine göre özel ormanlar 500ha.'dan küçük parçalara ayrılamaz, yani bu büyüklüğün altında ifrazı mümkün değildir. 52.maddede tespit edilmiş olan, 500ha. büyüklüğün nereden kaynaklandığı önemlidir. Neye göre bu ölçü tespit edilmiştir? Neden 1000 ha-5000 ha değil de 500 ha olarak belirlenmiştir? Bu tartışmaya açık bir konudur.

3116 sayılı Orman Kanunu'nun özel ormanlarla ilgili hüküm içeren 71.maddesinde sahipli koru ormanlarının ifraza konu olması için 1000 ha.'lık bir büyüklük belirlenmiştir.

3116'da 1000 ha'dan bahsedilirken 6831 sayılı kanunda bu ölçü 500 ha a dönüşmüştür.

Bu konuda bir ölçüt saptayabilmek için ilk adımda ulaşılabilecek büyüklüğün neyi hedeflediği ortaya konmalıdır. Öncelikle, mülkiyet türü ne olursa olsun ormanlar, topluma sadece ekonomik değer taşıyan orman ürünleri değil; aslında önemi maddi ölçülerle

kıyaslanamayacak olan bir takım fonksiyonları da getirir. Bu fonksiyonların başlıcaları olarak hidrolojik, iklimatik, erozyonu önleme, toplum sağlığı, rekreasyon, milli savunma, estetik fonksiyonlar sayılabilir.

Buradan hareketle bir ormanın ve ormanın işletilmesinin belli fonksiyonları yerine getirilebilmesi saptanan işletme amaçlarına ulaşabilmesi için de belli büyüklükte olması gereklidir.

Devlet Orman İşletmelerine ait olarak saptanan büyüklükler ,Özel ormanlar için de gözönünde tutulmalıdır.Özel ormanlar,hukuki statüleri gereği Devlet ormanlarından ayrılmaktadırlar. Ancak, yine Devletin denetim ve gözetiminde oldukları açıktır. Yani, tıpkı Devlet ormanlarında olduğu gibi kendilerinden bekleneni faydaları ve fonksiyonları vardır. Bu fayda ve fonksiyonları yerine getirebilmeleri için bir asgari büyüklük gereklidir. Bu aşamada bazı zorluklarla karşılaşılabilir. Örneğin, 5 ha.'lık bir orman alanının rekreatif fonksiyonları yerine getirmesi söz konusu olabilir veya birkaç fonksiyonu birarada ifa edebilecek özelliklere sahip olabilir. O zaman özel ormanların ifrazında böyle bir alt sınırın yeterli kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Özel ormanların ifraza konu olabilmesi için, asgari bir ölçü tespit ederken, öncelikle özel ormanların toplum için yerine getirecekleri fonksiyonların neler olması gerektiği ortaya konulmalıdır ve bu noktada da özel orman devlet ormanı ayırımına gidilmemelidir. Çünkü, hangi mülkiyet türüne tabi olursa olsun, tüm ormanların korunması Anayasal güvence (1982 ,Ay md.169) altına alınmıştır. O halde, Devlet ormanlarıyla bu yönden aynı çatı altına alınan özel ormanların da; Devlet ormanlarından beklenen fonksiyonları yerine getirmeleri beklenir. Herhangi bir farklılık gözetilmemelidir. Bu nedenle, bir özel ormandan da öncelikle hidrolojik, iklimatik, erozyonunu önleme, toplum sağlığı, milli savunma gibi temel fonksiyonları yerine getirmesi beklenecektir. Bu fonksiyonlar yerine geldiğinde doğal güzellik, estetik, ve rekreasyonel fonksiyonlar da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Bunların sağlanabilmesi için amaç, orman alanını maksimum büyüklükte tutmak, parçalamamak olmalıdır.

Ifraz işleminin bir başka ve çok daha önemli olan boyutu , idarenin bu işleminin %6 lık inşaat izni verilen özel ormanlarda binalara müstakil tapu verilmesini sağlayacak olmasıdır.Aslında böyle bir uygulama söz konusu dahi olamaz çünkü hukuken mevcut her binaya müstakil tapu verilerek parçalanması mümkün değildir.Ancak irtifak hakkı tesis edilebilecektir.

İfraz (ayırma) işlemine bakıldığında, 52.maddenin yine ihlal edildiği görülmektedir. Orman Kanunu'nun 52.maddesinde 500 ha.'dan küçük ifraza izin verilmediği halde "yerleşme planı notunda" yasaya aykırı olarak, "adaların imar parseli şeklinde ifrazına" izin verilmiştir. Bu şekilde ifraza gidilmesiyle, özel ormanların bir inşaat alanı haline dönüşmesi için kapı açılmaya çalışılmıştır. Özel ormanların ifraz işlemine tabi olması kanuna aykırıdır. Uygulamada bu işlemin yapılmasıyla ilgililerin suç işlediği açıktır. Bu nedenle ,ormanlar üzerinde telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilecek böyle bir uygulamaya göz yuman ,ortak olan,yetkisini kullanan tüm ilgililerin sorumluluğuna gidilmelidir. Ancak böyle bir yaptırımla ormanların tahrip edilmesi engellenmiş olacaktır.

Böyle bir ifraz işlemi öncelikle Anayasanın 169.ve 56.maddesine daha sonra Orman Kanunu'na, Çevre Kanunu'na, Boğaziçi Kanunu'na ve Kültür Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na aykırılık teşkil etmektedir. Tüm bunların dışında insanların kendi yaşam ortamlarını yoketmeleri aklın, bilim ve fennin gerekleriyle de bağdaşmamaktadır.

İfraz İşlemi **Anayasaya aykırıdır**. Özel orman alanlarının Orman Kanunu'nun 52. maddesinde yasaklandığı halde,imar parselleri şeklinde ifraza konu olması, inşaata elverişli hale gelmesine ve yapılanmaya gidilmesine neden olacak sonuçta da orman alanlarında azalmaya yol açacaktır. Oysa; hangi mülkiyet türünden olursa olsun tüm orman sahalarının genişletilmesi esastır, aksi durumda anayasaya aykırılıktan sözedilebilecektir. Sonuçta, özel ormanlarda parçalanmaya yol açabilecek ifraz işlemi Anayasanın 169.maddesine bu yönden aykırıdır.

Yine aynı maddenin 3.bendinde "ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez" ifadesi yer almaktadır. Burada "zarar verebilecek" ibaresi önemlidir çünkü, çeşitli eylem ve faaliyetlerin ormana zarar vermesi veya zarar vermiş olması aranmamaktadır. Ormanlara zarar verme olasılığı bulunan, zarar vermesi muhtema olan faaliyet ve eylemlerden bahsedilmektedir. Anayasanın bu ifadesi ormanlar için çok geniş bir koruyucu alan oluşturmuştur. Bu koruyucu alanın özel ormanları da kapsadığı açıktır.

Özel ormanlarda adaların imar parseli şeklinde ifrazı, bu açıdan da Anayasanın 169.maddesine aykırıdır. Ortada ormanlara zarar vermesi kesin olan bir eylem vardır ve bu tür eylemlere izin verilemeyeceği yine Anayasal güvence altına alınmıştır.

169.maddenin 3.bendinde son cümlesi de "... ormanları yakmak, yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz" şeklindedir. Bu ifadede görüleceği üzere ormanların daralması sonucunu getirecek suçlar af kapsamından

çıkarılmıştır. Dolayısıyla tüm ormanlar üzerinde varolan güvence daha da artırılmıştır. Burada, orman alanlarının varlıklarını sürdürmesine yasa koyucunun verdiği önem ortaya çıkmaktadır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, özel ormanlarda ifraz (ayırma) işleminin Anayasanın 169.maddesine aykırı olduğu ortadadır. İfraz (ayırma) işlemi sadece Anayasanın 169.maddesine değil, 56.maddesine de aykırıdır. 56.madde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların görevi olduğunu ifade etmiştir. Anayasanın 56.maddesi hükmüne göre; çevre hakkı olarak niteleyebileceğimiz ve her insanın sağlıklı ve dengeli çevrede yaşaması anlamına gelen bir sosyal hak mevcuttur. Korunması gereken çevre, bozulmaması gereken ekolojik denge tamamen insanın yaşama hakkının sürekliliğini sağlamaya yöneliktir. Bu bağlamda da, çevre hakkının yaşama hakkının bir türevi olduğu söylenebilir. Nitekim 56.maddenin gerekçesinde “çevre korunmasının önemi ve son yıllarda kazandığı boyutlar ferde, Devlete karşı dengeli ve sağlıklı çevrede yaşama yolunda bir sosyal hak tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple Devlet hem kirlenmeyi önlemeli, hem de tabi çevrenin korunması ve geliştirilmesi, bu arada ağaçlandırılması için gereken tedbirleri almalıdır” ifadeleri yer alır.

Anayasanın 56.maddesinin öngördüğü gibi çevre hakkı, insanın temel haklarından bir tanesini oluşturacak kadar önem taşımaktadır. Dolayısıyla, özel ormanların ifraz (ayırma) yoluyla inşaaata açılması çevrenin tahrip olmasına yol açacağından bu yönden de Anayasaya aykırılık taşımaktadır.

İfraz İşlemi Çevre Kanunu’na aykırıdır. Özel ormanların ifraz işlemi sadece Anayasa ve Orman Kanunu’na değil aynı zamanda Çevre Kanunu’na aykırıdır. 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun amaçları içinde; kırsal ve kentsel alanda arazinin ve doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması, ülkenin doğal ve tarihsel zenginliklerinin korunarak bugünkü ve gelecek kuşakların yaşam düzeylerinin yükseltilmesi, güvence altına alınması yer alır.

Aynı kanunun ilkeler başlığını taşıyan 3.maddesinin c fıkrasında, arazi ve kaynak kullanım kararlarını veren ve proje değerlendirmesi yapan yetkili kuruluşların çevrenin korunması ve kirlenmemesi hedefini gözeticekleri ifade edilmiştir.

Özel ormanların bir inşaat alanı olarak görülmesine yol açabilecek ifraz işleminin beraberinde orman azalmasını getireceği açıktır. Böylesi doğa tahribatına yol açacak bir işlemin Çevre Kanunu’nun öngördüğü amaç ve ilkelerle bağdaşması düşünülemez. Gün geçtikçe

azalan doğal kaynakların başında gelen ormanların yokolmasına yol açacak bu işleme onay verenler değerlendirmesi aşamasında yer alan sorumlular Çevre Kanunu'nda ifade edilen çevrenin korunması ve kirlenmemesi ilkesini ihlal etmektedirler. Bu da Çevre Kanunu'na aykırılık teşkil etmektedir ve ilgililerin sorumluluğuna gidilmesini gerektirir.

İfraz İşlemi, 2960 Sayılı Boğaziçi Kanunu'na aykırıdır. Boğaziçi Kanunu; İstanbul'un Boğaziçi Alanının^{*1} kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek, bu alandaki yapılanmayı sınırlamak için uygulanacak imar mevzuatını belirlemek ve düzenlemek amaçlarını taşır.

İstanbul'un akciğeri ve Boğaziçi'nin yakın çevresindeki ormanlık alanların yoğun yapılaşmayla yok edildiği şu günlerde, bu azalmayla Boğaziçi alanının ve İstanbul'un ekolojik dengesinin çok yakın bir gelecekte değişeceği gerçeği bilerek gözardı edilmektedir. Gerçekten Boğaziçi eşsiz güzelliğini çevresindeki ormanlardan almaktadır. Ancak, son yıllarda bu güzellik önüne geçilmesi güç bir hızla yok edilmektedir. Oysa, buna engel olabilecek güçte kanuni düzenlemelerle korunmaktadır.

2960 sayılı Boğaziçi Kanunu 18.11.1983 yılında kabul edilmiştir. Kanunun yapılanmaya yönelik 3.maddesinin g fıkrasının ilk hali Boğaziçi öngörünüm bölgesinde parsel büyüklüğü 5000m²'den az olmamalı, ifraz işlemleri yapılmamalı ve TAKS (Taban alanı katsayısı) azami % 6 ve 2 katı (H=6.50m) geçmemek şartıyla "konut" yapılabilecektir" şeklindedir.

İstanbul'un orman alanlarının büyük çoğunluğunu bünyesinde bulunduran Sarıyer ve Beykoz Ormanları Boğaziçi öngörünüm bölgesinde yer almaktadır. Dolayısıyla Boğaziçi Kanunu'nun da dikkate alınması gereklidir.

2960 s.k.'nın madde 3/g fıkrasının ilk şeklinde, öngörünüm bölgesinde konut yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu da aynı 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinde olduğu gibi %6'lık inşaat alanı ile sınırlanmıştır. Ancak; Boğaziçi Kanununda öngörüm bölgesinde parsel büyüklüğü 5000m² olarak kabul edilmiştir. Ayrıca ifraz işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmiştir.

^{*1} Boğaziçi Alanı: Boğaziçi kıyı ve sahil şeridinden, öngörünüm bölgesinden, geri görünüm bölgesinden ve etkilenme bölgelerinden oluşan; sınırları ve koordinatları bu kanuna ekli krokide işaretli ve 22.7.1983 onay tarihli nazım planında gösterilen alandır (2960 s.k. md.2/a).

2960 s.k.'nın madde 3/g fıkrasının ilk şeklinde, öngörünüm bölgesinde konut yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu da aynı 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinde olduğu gibi %6'lık inşaat alanı ile sınırlanmıştır. Ancak; Boğaziçi Kanununda öngörüm bölgesinde parsel büyüklüğü 5000m² olarak kabul edilmiştir. Ayrıca ifraz işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmiştir.

2960 s.k.'nın madde 3/g fıkrasının ilk şeklinde, öngörünüm bölgesinde konut yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu da aynı 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinde olduğu gibi %6'lık inşaat alanı ile sınırlanmıştır. Ancak; Boğaziçi Kanununda öngörüm bölgesinde parsel büyüklüğü 5000m² olarak kabul edilmiştir. Ayrıca ifraz işlemlerinin yapılamayacağı belirtilmiştir.

1.12.1986 tarih ve E.1985/11, K.1986/29 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen bu madde yürürlükte kaldığı yaklaşık 2 yıllık süre içinde Boğaziçi alanındaki özel ormanların hızla yapılaşmaya açılmasına neden olmuştur. Orman Kanunu'nun 52.maddesinde özel ormanların 500 ha. dan daha küçük parçalara ayrılamayacağı hükmü varken, 2960 sayılı Kanunun bu maddesinde parsel büyüklüğü 5000m² olarak saptanmıştır. İfraz işleminin yasaklanması da, çok açık ifade edilmemiş olmakla beraber, bu 5000m²'lik büyüklükle sınırlıdır. Yani parselin büyüklüğü 5000m²'den fazla olduğunda ifraz mümkün olacaktır.

Orman hakkında düzenlemeler getiren ve özel bir kanun olan 6831 sayılı Orman Kanunu varken daha genel bir kanun olan Boğaziçi Kanunu'nun uygulanması tabi olarak genel hukuk öğretisinin özel-genel kanun ilişkisine terstir. Ancak, bu konunun yoruma açık olarak bırakılması ve bu yorumun çoğunlukla ormanlar aleyhine uygulanması yüzünden yasa maddesinin yürürlükte olduğu 2 sene boyunca özel orman alanları büyük tahribata uğramıştır. Özel ormanlar ifraz (ayırma) işlemine, Anayasaya, Orman Kanunu'na, Çevre Kanunu'na da aykırı olarak konu edilmiştir.

1986 yılında yapılan değişiklikle 3.maddenin g fıkrası; "Boğaziçi kıyı ve sahil şeridinde ve öngörünüm bölgesinde konut yapılamaz" tevhit (birleştirme) ve ifraz (ayırma) işlemleri yapılmasına izin verilemez" şekline dönüştürülmüştür. Şu anda yürürlükte olan bu maddeye göre; öngörünüm bölgesinde ifraz (ayırma) işlemi yapılamayacaktır.

Öngörünüm Bölgesinde yer alan özel ormanlarda ifraz işleminin yapılması Boğaziçi Kanunu'na da aykırılık teşkil edecektir.

2960 sayılı Boğaziçi Kanunu Orman Alanları başlığını taşıyan 4.maddesi, özel ormanlar için de hüküm taşımaktadır. Buna göre, Boğaziçi alanı sınırları içinde yer alan ve özel mülkiyete ait olan ormanlar Orman Bakanlığı'na kamulaştırılacaktır. Dolayısıyla; Boğaziçi alanı içinde yer alan özel ormanlar bu statüden çıkarılıp, Devlet Ormanı haline getirilecektir. Bu statüye alınan yerler, Orman Bakanlığı'na hazırlanacak proje ve programa göre Boğaziçi alanının doğal yapısına uygun olarak düzenlenecektir.

4.madde hükmüne göre, Boğaziçi alanındaki özel ormanların inşaaata açılması sözkonusu olmayacaktır. Bundan ayrı olarak Devlet ormanı statüsüne alınacağından; Anayasanın 169.maddesine göre üzerlerinde kamu yararı dışında irtifak hakkı kurulamayacaktır ve kamu mallarının tüm özelliklerini de bünyesinde barındıracaktır. Sonuçta da; özel ormanlara has ifraz işleminden ve yatay alanın % 6'sını oluşturan inşaat izninden söz etmek mümkün olmayacaktır. Çünkü, artık bir özel orman değil, kamulaştırma sonucu Devlet ormanı statüsüne alınmış yerlerden bahsedilecektir. Yine 4.maddenin 3.bendinde, bu yerlerde orman sınırları dışına çıkarmayı hüküm altına alan 6831 sayılı kanunun 2.maddesinin uygulanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Böyle bir ifade tarzı kullanılması, Boğaziçi alanının doğal ve estetik güzelliğini oluşturan ormanların Devlet elinde bulundurulmasına ve bunun aynı şekilde korunmasına ne kadar önem verildiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Sonuç olarak; özel ormanların imar parselleri şeklinde ifraz (ayırma) işlemine tabi olması düşünülemez. Bu yukarıda sayılan tüm hukuksal düzenlemelere ve özellikle akla, mantığa ve bilimin gereklerine aykırı olacaktır.

Özel ormanlardan, ilgili diğer kanunlardaki boşluklardan hukuki olmayan yollarla yararlanarak ifrazının (ayırma) yapılması durumu ile de karşılaşmaktadır. İstanbul'un en büyük özel ormanlarından biri olan ve Boğaziçi alanında bulunmasıyla da ayrı bir öneme sahip "Beykoz Saip Molla Özel Ormanı" bu konuya çok çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

Şüphesiz bu konudaki tek örnek Saip Molla Ormanı değildir. Ancak son yıllarda yoğun yapılaşmayla ve bir takım hukuka aykırılıklarla gündemden inmemesi açısından önem taşımaktadır.

Beykoz Saip Molla Özel Ormanında yürütülen inşaatlarla ilgili olarak Beykoz Belediye Başkan Vekili (Muammer Çay)'nin istemi üzerine bölgede ve projeler üzerinde çalışmalar yapan Mimarlar Odası'nın uzmanları hazırladıkları raporda bu uygulamanın zaten haksızlıklar içermesine karşın bununla da yetinilmediğini saptamışlardır.

Sözkonusu orman 229.2187 ha. yüzölçümlüdür. İnşaata açılması için Orman Kanunu'nun 52.maddesi dayanak alınarak; şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerdeki özel ormanlarda %6'lık inşaat izninden yararlanılmak istenmiştir. Ancak, Mimarlar Odası'nın da tespit ettiği gibi, orman, Beykoz İlçesinin veya ona bağlı köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde olmayıp, aksine orman alanı içinde bulunmaktadır. Burada öncelikle dayanılan 52.maddenin ruhuna aykırılık vardır. Çünkü özel ormanın inşaata açılabilmesinin temel ilkesi bulunduğu yerdir ve işlem bu maddenin açık ihlaliyle başlamıştır.

6831 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle özel ormanların inşaata açılmasına izin verilmesi işlemi,ifraz dışında başka yönlerden de uygulama farklılıkları,hukuka aykırılıklar göstermektedir.

52. maddeyle öngörülen yatay alanın %6 sını kaplayacak inşaat izni ,bazen tamamen hukuka aykırı olarak ,bazen de ilgili diğer kanunların yorumlanmasıyla çok daha yüksek oranlara varabilmektedir.Saip Molla Özel Ormanı'nda bu oran %32'ye kadar çıkmıştır. Orman Genel Müdürlüğü ve İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca onaylanan yerleşim planına göre, Beykoz Belediyesi'nce ruhsata bağlanan yapıların toplam inşaat alanı 732.160m² olarak hesaplanmıştır. Bu inşaat alanı toplam özel orman alanının %32'sini bulmaktadır. Bu oran da konuyu düzenleyen ve özel kanun olan Orman Kanunu'ndakinin yaklaşık 6 katıdır ve açıkça Orman Kanunu ihlal edilmektedir.

Bu %32'ye varan orana nasıl ulaşıldığı konusunda 3194 İmar Kanunu devreye girmektedir. Orman Kanunu'nun 52.maddesindeki ifadeye göre yatay alanın %6'sını geçmemek üzere İmar planlamasına uygun inşaat yapılabilecektir. İmar planlamasına uygun inşaat kavramı konuyu İmar Kanunu'na bağlamaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18.maddesi Arazi ve Arsa Düzenlemesi başlığını taşır ve bu madde uyarınca yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesiyle ilgili esaslar hakkında yönetmelik (R.G.2.11.1985 sayı 18916 Mük.) hazırlanmıştır. Bu yönetmeliğe göre; sınırı tespit edilerek, düzenlenmesine karar verilen imar adalarının; imar planına göre yol, meydan, park, genel otopark, yeşil saha gibi umumi hizmete ayrılan ve tescile tabi olmayan alanlar ile cami ve karakol yerlerini çevreleyen bir düzenleme sınırı vardır (Md.4) ve düzenleme sahasında umumi hizmetlere ayrılan miktarın, düzenlemeye giren alan toplamının en fazla % 35'i kadar olması öngörülür (Md.32-33). Yönetmeliğin ilgili maddelerinde ifade edilen yerler (umumi hizmete ayrılan) tescile tabi olmayan alanlar olarak belirlenmiştir. Bu yerlerin, düzenleme sahasında yapılan inşaatlardan ayrı tutulabileceği gibi bir

yaklaşım özel orman alanlarında geçerli olmamalıdır. Orman Kanunu'nun 52.maddesi gereğince yatay alanın %6'sını kaplayan inşaat izninden ayrı olarak, yol, meydan, park ... gibi genel hizmete ayrılan yerlere tekrar % 35'e kadar gidebilen bir yapılaşma izni tanımak mümkün değildir.

Bu konuyu düzenleyen özel kanun olan Orman Kanunu'nun %6'lık yapılaşma izni, varolan maksimum sınırdır ve bu oranın hiçbir şekilde aşılmaması düşünülemez. Ayrıca bu %6 da müstakil tapu verilerek parçalanamaz. Bunun üst sınır olduğu 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.maddesinin konuyla ilgili ifadesinden de anlaşılmaktadır. Madde hükmüne göre; özel ormanlarda yatay alanın %6'sını geçmemek üzere imar planlamasına uygun inşaat yapılabilecektir. O halde imar planlaması kavramına bakmak gerekecektir. Bu nedenle de öncelikle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun amacı ele alınmalıdır. İmar Kanunu'nun amacı, yerleşme yerleriyle bu yerlerdeki yapılaşmaların, planlamaya , sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamaktır. İmar planları yapılırken bu unsurlar gözönüne alınacaktır.

6831 sayılı Orman Kanunuyla getirilen %6'lık düzenleme temel kuralı koymaktadır. Bu sınır çerçevesinde imar planlamasına uygun olarak inşaat yapılabilecektir. Buna bağlı olarak da, uygulamada %6'lık sınırın üzerine çıkmaya yolaçan; yol, otopark, garaj gibi umumi hizmete ayrılan tesisler de bu yüzdenin içinde yer alacaklardır. Umumi hizmete ayrılan ve %35'e kadar varabilen bu yapılaşma, Orman Kanunu'nun öngördüğü %6'nın üzerine eklenerek %41'e kadar yükselen bir yapılaşmaya gidilmesi hukuka aykırılık oluşturur. Zaten 3194 sayılı İmar Kanunu'nun istisnalar başlıklı 4.maddesi ilk bendinin son cümlesinde "... ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır" ifadesi yer alır. Sadece bu ifade dahi İmar Kanunu hükümlerinin, Orman Kanunu hükümlerine aykırı olmayan kısmının uygulanacağını açıklamaktadır. Birbirleriyle aynı konuya farklı hüküm getirdiklerinde de Orman Kanunu öncelikle uygulanacaktır.

İmar Kanunu'nda da açıkça ifade edilen bu hüküm karşısında, Orman Kanunu'nun %6'lık yapılaşma iznini hiçe sayarak bunun dışına çıkmak mümkün değildir. Bu İmar Kanunu tarafından da güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla, her iki kanun da ihlal edilmeden uygulamaya geçilmelidir.

Ancak, bu tür ihlallerle karşılaşmaktadır. Daha önce de örnek verdiğimiz Saip Molla Özel Ormanında sosyal, kültürel ve ticari tesisler %6 inşaat emsali dışında tutularak yasaya

aykırı olarak %32'ye varan inşaat izni verilmiştir. Yerleşme planı notuna konulan bir maddeyle sosyal, kültürel ve ticari yapılar %6 dışında tutulmuştur.

21.4.1988 tarihli ruhsata göre, konut dışı tesislerin toplam inşaatı 60.968m² iken bu miktar, 21.4.1993 tarihli temdit ruhsatında 188.480m²'ye çıkmıştır ve bu farklılığın nereden kaynaklandığı da anlaşılmamıştır (Mimarlar Odası 1997).

Buna göre 21.04.1993 tarihi itibarıyla umumi hizmete ayrılan tesisler ve yüzölçümleri şu şekildedir:

Ünite Kültür Merkezi	3.837.00 m ²
Ünite Hastahane	4.750.00 m ²
Ünite Kapalı Spor Salonu	1.210.00 m ²
Ünite Ana ve İlkokul Spor Salonu	11.518.00 m ²
Kolej + Spor Salonu	11.518.00 m ²
Ünite Depolama Tesisleri	2.182.00 m ²
Ünite Spor Kulübü	8.206.00 m ²
Ünite İdari Hizmet Binası	2.089.25 m ²
Ünite Lojmanlar	10.510.00 m ²
Ünite Kır Kahvesi	982.57 m ²
Ünite Çarşı Ticaret Merkezi	8.200.00 m ²
Ünite Ticaret Merkezi	50.788.55 m ²
Ünite Ticaret Merkezi	54.039.00 m ²
Ünite Satış Birimleri	16.688.50 m ²
Ünite Akaryakıt İstasyonu	1.950.00 m ²

TOPLAM: 188.480 m²

Bu tesislerin yanısıra konut alanları da şu şekildedir:

A Tipi	500 konut x 320.30m ² =	160.150.00 m ²
B Tipi	835 konut x 381.18m ² =	318.285.30 m ²
C Tipi	117 konut x 519.17m ² =	65.422.89 m ²

TOPLAM: 543.858.19 m²

GENEL TOPLAM: 732.160 m² dir.

Taks-Kaks Uygulaması

Orman Kanunu'nun 52.maddesinde "yatay alanın %6'sı" ifadesindeki yatay alan imar mevzuatındaki anlamıyla taban alanıdır ve %6 olarak verilen ise Taban Alanı Katsayısıdır (TAKS).

Taban Alanı Katsayısı; taban alanının imar parseline oranıdır. Taban alanı ise; yapının parselde oturacak bölümünün ışıklık ve avlular çıktıktan sonra izdüşümünde kaplayacağı alandır. Bahçede yapılan müştemilat taban alanı içinde sayılır. Müştemilat ise; kapıcı dairesi, garaj, odunluk, kömürlük, çamaşırhane, mutfak, kiler içindir.

Bu tanımdan hareketle; Orman Kanunu'nda tanınan %6'lık hak, gerek çıkmalarda, gerek müştemilatın varlığı ve onun eklentileriyle izdüşümünde kaplayacağı alanı genişleteceğinden daha da düşecektir. Örneğin 100m²'lik taban alanına oturan bir konutun; izdüşümü çıkmalarının vs. olduğu düşünülürse 100m²'den büyük olabilecektir. Bu da tüm bina ve tesisler için geçerli olduğundan taban alanının olması gerekenden fazla çıkma olasılığı ortaya çıkacaktır. Sonuçta da, %6'lık bu izin daha aşağıya çekilmiş olacaktır. Sadece %6'lık TAKS, inşaatın ve inşaat alanının özelliklerini belirlemede yeterli olmayacaktır. Orman Kanunu'nun 52.maddesinde açıklanan özel ormanlarda inşaat izninin verilmesi, daha önceki bölümlerde ayrıntılı olarak üzerinde durulan 17.maddeye göredir. Buna göre, yapılanmaya Orman Bakanlığı'nın izin vermesi gereklidir. Yine daha önce incelendiği gibi bu izin, bir irtifak hakkıdır ve irtifak hakları içinden de özel olarak "üst hakkı" şeklinde nitelendirilebilir. Bu hak kurulurken de, taraflar arasında; kullanım bedeli, süresi, bina ve tesislerle ilgili özellikler ve bu tesislerin devri gibi hususlar tespit edilecektir (Madde 17). Orman Bakanlığı ön ve kesin izinlerini verirken tüm bunları gözönünde tutarak bir sözleşme hazırlar. Nitekim 30 Mart 1987 tarihinde Saip Molla Özel Ormanına verilen ön izinde, %6 inşaat izninin yanında, inşaat alanı katsayısı %50'yi geçmemek, 2 katla sınırlı olmak, h=6.50m'yi aşmamak, ormana ve yola 10.00m'den fazla yaklaşmamak gibi şartlar da yer alır.

30 Mart 1987 tarihli ön izinde yer alan yatay alanın %6'sından fazla yer işgal etmemek ve h=6.50 m'yi aşmamak koşulları yanında KAKS=%50 koşulunun nasıl yer alabildiği anlaşılamamıştır. Zeminde %6 kullanım ve 2 kat sınırlamasıyla KAKS=%50'ye varmak kesinlikle olanaklı değildir. Bu çelişki bir yana bırakılırsa, kesin olan iki husus, %6 zemin kullanımı ve 2 katı aşmaktır (Mimarlar Odası'nın Hazırladığı Rapor'dan).

Gerçekten bu şartların birlikte yer alması imkansızdır.

KAKS inşaat (katlar) alanı katsayısıdır ve yapı inşaat alanının imar parseline oranı şeklinde tanımlanır.

Yapı inşaat alanı veya katlar alanı ise; bodrumlarda iskan edilen katların %50'si ile, asma, çekme ve çatı araları dahil iskanı mümkün olan tüm katların alanları toplamıdır.

Saip Molla Ormanı 230 ha. olarak kabul edeilirse.TAKS=230. %6=138.000m² KAKS'ın %50 olabilmesi için $x:230=\%50$ 'den yapı inşaat alanı veya katlar alanı 1.150.000 m² olacaktır. Yani toplam katlar alanının 1.150.000 m²'yi geçmesi mümkün değildir. TAKS sonucu yapılabilecek inşaatın taban alanı maksimum 130.000m²'dir. 8000m²'sinin genel hizmete (yol, meydan, park ...) ayrıldığı düşünülürse 130.000m²'ye inşaat yapılabilir. Çok kaba bir hesaplama, bir konutun taban alanının 150m² olduğu ve tamamen bitişik nizam uygulandığı varsayılsa $130.000:150\cong 867$ konut yapılabilecektir. Katlar alanı hesabı için ise; 150m² taban alanına sahip bir konutun katlar alanı, $h=6.50$ ve 2 kat sınırlamasıyla maksimum 350-400m²'ye ulaşabilecektir. 400m² kabul edilirse; toplam katlar alanı; TAKS'a göre çıkan villa sayısı 867 ile 400'ün çarpımıyla ortaya çıkar. Bu da, $867.400=346.800m^2$ 'dir. Oysa, %50 KAKS'la bu sayının 1.150.000m²'ye çıkabilmesine izin verilmiştir. Ancak, %6 inşaat izniyle maksimum değerlerde dahi hesaplansa, KAKS oranından çıkan 1.150.000m²'ye ulaşmak mümkün değildir. Bu değere ancak, ya kat sayısının artırılmasıyla, ya da %6 inşaat izninin aşılmasıyla ulaşılabilecektir.

Sonuç olarak, bu şartların birarada gerçekleşme şansı yokken ön izin senedinde yer almış olması anlaşılmalıdır. Buradan da anlaşıldığı üzere özel ormanların yapılaşmaya açılması; genel ve özel düzenleyici işlemlerde suistimale açık bir yapıya sahiptir.

Bu konuda en son olarak üzerinde durulması gereken bir nokta da; Orman Kanunu'nun 52.maddesinde yer alan ve inşaatların yapılmasında ormanların tabi vasıflarının korunmasına özen gösterilmesi ilkesidir. Ormanlar, arazisi asli unsur olmak üzere üzerindeki ağaçlar, alınan ürünler ve canlı yaşam ortamı olarak birçok unsurdan meydana gelir. Bu unsurların bileşimi ormanın doğal vasıflarını oluşturur. Özel ormanlarda yapılaşmaya giderken belki de dikkate alınması en gerekli ilke bu olmalıdır. Çünkü, amaç orman varlığını korumak ve sürekliliğini sağlamaksa öncelikle ormanın doğal nitelikleri bozulmamalıdır.

Tüm bunlar toparlandığında 3373 sayılı kanunla bir istisna olarak getirilen özel ormanlarda yapılaşma izninin ormanların aleyhine bir seyir izlediği kesindir. Bu nedenler şu şekilde sıralanabilir.

a) 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 52.madde hükmü açık değildir. İnşaat izni verilebilecek özel ormanları şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde olma şartına bağlamıştır ve bu şart yoruma son derece açıktır. Bu nedenle de, ormanlar aleyhine gelişimi hızlandırmaktadır.

b) 52.madde hükmüne aykırı olarak özel ormanların imar parselleri şeklinde ifrazıyla karşılaşılacaktır. Bunun sonucunda da ormanın bir inşaat alanı olarak görülmesi gündeme gelmektedir. Özel ormanların ifraz (ayırma) işlemine konu olmaları açıkça hukuka aykırıdır, bunun önüne geçilerek yaptırım uygulanması gereklidir. Tapuya Özel Ormanların ifrazının kanuna aykırı olduğunu belirten şerh konulması işlemi yapanlar açısından caydırıcı olacaktır.

c) 52.madde de belirtilen, inşaatların yapımı sırasında ormanların doğal niteliklerinin korunmasına özen gösterilir ilkesine uyulmadığı görülmektedir. Ormanın %6 bile olsa inşaatla açılması şüphesiz ormanın niteliklerini bozacaktır. Bu oranın da aşılması durumunda gereken özen gösterilse dahi ormanın doğal nitelikleri korunamayacaktır.

d) Yatay alanın %6'sı tanımlaması imar mevzuatındaki anlamıyla Taban Alanı Katsayısını (TAKS) ifade eder. Örnek orman olarak aldığımız Saip Molla Ormanına verilen ön izin raporunda bunun yanısıra KAKS kavramı da yer almaktadır. Zaten yeterince açık olmayan bu konuda; TAKS-KAKS terimlerine yer verilmesi, durumu daha anlaşılabilir ve içinden çıkılmaz bir hale sokmaktadır. Ayrıca, inşaat izninin sınırlarını da genişletmektedir.

e) 52.madde de %6'lık inşaat izninin imar planlamasına uygun olarak hayata geçirilmesi öngörülmüştür. Burada yer alan "imar planlamasına uygun" tanımlaması da özel ormanlarda yapılaşmayı artırıcı yönde kullanılmaktadır. Genel hizmete ayrılan yerlerin %6'lık iznin dışında tutulması suretiyle bu oran daha yüksek oranlara çıkabilmektedir. Bu uygulamada tamamen hukuki aykırılık teşkil etmektedir.

f) Özel orman alanlarında verilen izinler; Medeni Kanun anlamında üst hakkı kavramıyla benzerlik göstermektedir. Medeni Kanun'da 1990 yılında 751.maddeye getirilen değişiklikle üst hakkına ilişkin düzenleme boyut kazanmış ve her yönüyle açık hale getirilmiştir. Bu nedenle Orman Kanunu'nda boşlukta kalan konularda Medeni Kanun hükümleri tamamlayıcı olacaktır. Özellikle, üst hakkının sona ermesiyle, özel orman üzerindeki bina ve tesislerin neye

tabi olduğu konusunda M.K.açık hüküm sevketmektedir. Bunun dışında üst hakkının tesisine ilişkin yapılacak olan resmi senette tüm ayrıntıların yer alması çıkabilecek ihtilafları engelleyecektir. Bu sayede de özel ormanların Medeni Kanun hükümlerince korunması sağlanabilecektir.

Tüm bunlardan hareketle 3373 s.k. ile getirilen özel ormanları yapılaşmaya açan düzenleme, çoğu yönden ormanlar aleyhine işlemekte ve işletilmektedir. İnsanlar tarafından yaşamsal işlev ve önemleri gözardı edilse de, ormanlar ekolojik dengenin temel unsurudur ve günümüzde bu temel unsur sarsılmakta ve yok olmaktadır. Bu kadar önemli olan bir doğal kaynağın kimin mülkiyetinde olduğu değil, varlığı gözönüne alınmalıdır. Çünkü, Devlet elinde de olsa, özel de olsa ormanlar insan yaşamının temelidir ve mutlak şekilde korunmalıdır. Bu nedenle, olması gereken orman alanlarının bir kaç istisna dışında kesinlikle yapılaşmaya açılmamasıdır.

3.3.Orman İrtifak Hakları Uygulamasında Kamu Yararı Ölçütü

3.3.1. Genel Anlamda Kamu Yararı

Kamu yararı çok geniş, bulanık ve öznel bir kavram olmak itibariyle, herkesin üzerinde anlaştığı ve birleştiği bir kavram sayılamaz (DURAN, 1982).

“Genel yarar, kamu menfaati, kamu iyeliği gibi adlarla da anılan kamu yararı, yönetim hukukunda, kamu hukukunda ve siyaset biliminde sık sık kullanılan bir kavramdır. Bununla birlikte, kamu yararından ne anlamak gerektiği konusunda, yargı organları, bilim adamları ve yazarlar arasında farklı görüşlere sahip olanlar vardır (KELEŞ, 1975).

Bu görüşler başlıca üç gurup altında toplanabilir:

1. Bireycil Yaklaşım: Yararcı ya da toplamcı olarak da adlandırılan bu yaklaşıma göre kamu yararı, bireylerin yararlarının toplamından ibarettir. Hobbes, Hume, Bentham gibi düşünürlerin, kamu yararına bakışları bu niteliktedir. Hobbes, kamu yararını özel yararlara karşıt olarak görmüştür.

2. Ortak ya da genel yarar görüşü: Bireylerin tek tek yararlarının üzerinde, onlarınkinden ayrı bir genel veya ortak yarar’dan söz edilebilir. Adaletin dağıtılması, savunma, insan sağlığı gibi konular. bu kavram içinde düşünülmelidir. J.J.Rousseau ve W.Pareto gibilerince savunulan bu yaklaşım, kamu yararını, çoğunluk yararından da ayrı görür.

3. Tekçi Yaklaşımlar: Bu görüşü paylaşılanlar nesnelliği kabul etmeyerek, kamu yararının değer yargılarına dayanması gerektiğini vurgularlar. Bu yüzden de, onlara göre kamu yararı bir siyasal tercih konusudur ve aktörel (ahlaki) bir norm değeri taşır. Eflatun, Aristo, Hegel ve Marx, tekçi kamu yararı anlayışını temsil eden düşünürlerdir. Eflatun sık sık, “topluluğun yararı”ndan söz ettiği gibi, Aristo da, toplumdaki tüm insanlar için “en iyi olan şey”e yollamalar yapmıştır. Hegel ise, kamu yararı ile devlet yararını özdeş saymıştır.

Bu görüş çağdaş toplumbilimcinin çok tartıştıkları bir yaklaşımdır. Marx ise, temsili hükümet anlayışının, kent soyluluğun (burjuvazinin) çıkarlarına hizmet ettiğini, bu durumun, ancak proleteryanın siyasal iktidara el koymasıyla düzelebileceğini savunmuştur. Ona göre, geniş kitlelerin yararının, bir mutlu azınlığın yararının yerini alması ancak böylelikle olanaklı kılınır (KELEŞ, 1989).

İlk kez Fransa’da ortaya çıkan toplum yararı ve kamu yararı düşüncesi kavramları, ihtilal döneminde kişi hak ve özgürlüklerinin belirlenmesi, güvence altına alınması kapsamında ele alınarak, evrensel bir nitelik taşıyan 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde kavramlaşmıştır.

Bildiriye göre “devletin, siyasal toplum ve iktidarın varlık nedeni, insanın sahip olduğu haklarının ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Devlet, iktidar toplum yararı için kurulmuştur, yoksa iktidarın emanet edildiği kişilerin özel çıkarları için değil” (GÖZE, 1993).

Bildiride toplum yararı kavramına yer verilmiş ve kamu yararıyla birlikte toplum yararı ifadeleri Anayasalarda kendini göstermeye başlamıştır. Bu çok önemli kavramlar çeşitli hukuki düzenlemelerin de temel kaynağını ve sebebini oluşturmuştur.

Bu kavramlar ülkemizde 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almaktadır.

1961 Anayasası açısından mülkiyetin ya da diğer hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için konulmuş olan “Kamu Yararı Amacı” ölçütünün dar ve teknik idare hukuku ölçütü olarak kullanılan kavramı aştığı, devlet faaliyetlerine amaç alındığı, Anayasanın tüm ilkeleri ışığında bunların gerçekleştiricisi olarak anlaşılmak üzere kullanıldığı gerçeği karşısında ve Anayasanın da toplum yararı ve kamu yararı kavramlarının kesin bir farka işaret edilmek üzere değil de, bir çeşitleme olarak kullanıldığı saptandıktan sonra, Anayasanın 11. ve 36. maddelerinde kullanılan kamu yararı kavramını bir dengeleme ölçüsü olarak ve geniş anlamda ve mülkiyet hakkının sınırlandırılması nedeni olarak da genel sağlık ve kamu düzenini de kapsayıcı biçimde anlamak gerekir. Toplum yararı; kamu yararıyla eş bir değere yükseltilmiştir (ÖRÜCÜ, 1976).

1982 Anayasasının 2.maddesi de bu konuya değinmiştir. Buna göre “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”

Yine Anayasanın 35.maddesine göre mülkiyet hakkı kanuna ve kamu yararı “toplum yararına” aykırı olamaz.

Anayasanın bu son derece açık ifadelerinden, sosyal bir hukuk devleti kavramı dahilinde, toplum yararının yönü, ilkeleri, sınırlarının Anayasada belirlendiği söylenebilir. İfadesinden 1982 Anayasasının, kamu yararı kavramını teknik ve sınırlı bir biçimde ele almaktansa daha geniş, ülkedeki tüm insanların ortak çıkarlarını içeren ve bu çıkarları herşeyden üstün tutan bir biçimde ele almayı yeğlediği söylenebilir.

Bu açıklamalardan görüleceği üzere, kamu hizmetlerinin amacı, bir unsuru olan ve oldukça esnek, değişken özelliklere sahip bulunan “kamu yararı” kavramı, toplum yararı kavramıyla çoğu kez yanyana gelmektedir. Bu birliktelik, kavramların kimi zaman birbirleri yerine kullanılmalarını, kimi zaman da yanlış yerlerde kullanılabilmelerini beraberinde getirmektedir.

Kavramların bu benzerliği ve karmaşıklığı Anayasa Mahkemesi kararlarında da kendini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu konuya yaklaşımını anlamak için mülkiyet hakkına ilişkin kararları gözden geçirildiğinde; kamu yararının bazen dar, idare hukuku anlamında, bazen de geniş kapsamlı olarak toplum yararı anlamında ve diğer düzen adalet ve eşitlik kavramları içeren bir biçimde kullanarak belirli bir ölçü koymadığı görülecekte ayrıca, Anayasa Mahkemesinin kararlarında dikkat çeken özelliklerden biri de kamu yararı kavramının çok sık kullanılmasıdır. “..... hele AYM.’nin kamu yararı nedenini tam kullanması gereken yerde kullanmaması, yani mülkiyet hakkını kamu yararından üstün tutması, böyle belirsiz kıstasların değersizliğini gösteriyor” demek suretiyle kamu yararının mahkemece ne denli denetlenebileceği sorununa değinmektedir.

Gerçekten de, kamu yararı kavramı “değişken, nispi ve dengeci, uzlaştırmacı niteliğe sahiptir (ÖRÜCÜ, 1976).

Kamu Yararı - Toplum Yararı

Doktrinde, bu değişken, birbirinin yerine geçebilen esnek kavramlar çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bu amaçla öncelikle, kamu yararının ve toplum yararının tanımlamalarının yapılması yerinde olacaktır.

Bir görüşe göre, kamu yararı kavramı dar anlamda teknik hukuk içinde özellikle idare hukuku kavramı olarak; geniş anlamda ise toplumun Anayasanın dayandığı siyasal, sosyal prensiplerle ilgilidir ve bu sebeple de geniş anlamda kamu yararı toplum yararı ile eş anlamda kullanılmaktadır (TUNAYA, 1975).

Yine, dar anlamda kamu yararının iyelik hakkının sınırlarının belirlenmesinde ve hakkın özüne yapılacak karışmalar bir ölçü olarak kullanıldığı, teknik bir terim olduğu da ileri sürülmektedir.

Öte yandan, kamu yararının geniş anlamı, siyasal ve ideolojik bir nitelik taşır. Bu anlamda kamu yararı, anayasaların dayandığı siyasal ve toplumsal ilkelerle ilgilidir. Anayasaların, toplumsal devlete yüklemiş bulunduğu görevlerle ilgili, değer yargılarını içeren, ahlaki bir kavramdır. Bu nedenle, geniş anlamdaki bu kamu yararını, belki toplum yararı olarak adlandırmak daha yerinde olur (KELEŞ, 1989).

Prof.Dr.Ümit DOĞANAY; toplum yararı ve kamu yararı kavramları ile ilgili yazılarında bu iki kavramı daha da açıklığa kavuşturmuştur. Toplum yararıyla kamu yararı kavramları arasında anlam bakımından fark vardır. Kamu yararı, kurulu düzenin korunmasındaki çıkardır. Kurulu düzen özel mülkiyete dayanıyorsa, kamu yararı özel mülkiyetin korunmasındaki çıkar anlamına gelir. Yok eğer, kurulu düzen devlet mülkiyetine dayanıyorsa, kamu yararı devlet mülkiyetinin korunmasındaki çıkar anlamına gelir.

Toplum yararı ise, ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder.

Doğanay, bir başka farkı da şu şekilde ifade etmektedir. Toplum yararı, özel mülkiyetin kapsamını oluşturan yetkilerin (tasarruf yetkisi) kullanılma amacıdır. Bu nedenle, mülkiyetin özüne ilişkin bir sınırlama ölçüsüdür. “Kamu Yararı” ise, mülkiyet hakkının kapsamının sınırlarının belli edilmesidir ve mülkiyetin özüne müdahalelerde kullanılan bir kamu hukuku

ölçüsüdür. Her iki kavramın hukuk tekniği bakımından kullanılma yeri farklıdır (DOĞANAY, 1974).

Kamu yararının, kamu hizmetlerinde temel amaç olduğu düşünülürse; sağlık, sükun, güvenlik gibi genel ilkeler geniş anlamda kamu yararının belli şekilleri sayılabilir. Yasaların, düzenlemelerin, sınırlamalarında kamu yararı amacıyla yapıldığı göz önüne alınırsa, bu anlamda kamu yararı artık klasik idare hukuku kapsamından çıkarak çok daha geniş bir anlam kazanmaktadır (ÖRÜCÜ, 1976).

Örücü'ye göre; mülkiyet hakkının sınırlanmasında söz konusu kamu yararı amacı, bu geniş anlamıyla düşünülmelidir. Burada kamu yararı nicelik bakımından ele alınmakta ve büyük grubun, toplumun yararı tercih edilmektedir. Kamu yararını tespitte yetki ve sorumluluk siyasi iktidardadır, kamu yararının yönü ve ilkeleri Anayasadadır. Bu geniş ve politik anlamda kamu yararı toplum yararıyla eşdeğerdedir.

Politik bakımdan kamu yararı “çeşitli kişisel menfaatler arasında bir tercih” şeklinde tanımlanmakta ve bu tercih yapılırken 2 ölçünün bulunduğu kabul edilmektedir.

Ya kamu yararı, nicelik bakımından ele alınacak ve büyük grubun menfaati tercih edilecektir. Örneğin, kamulaştırma işleminde bir taşınmaz sahibinin menfaati ile kamulaştırma sonunda yapılacak tahsis üzerine yararlanacak olanların menfaatleri.

Ya da, nitelik bakımından ele alınacak ve küçük gruba ait olsa da söz konusu menfaatin çağdaş uygarlık açısından değeri örneğin insan sağlığı, beslenmesi, eğitilmesi göz önünde tutularak tercih yapılmaktadır. Politik bakımdan bu şekilde tanımlanan kamu yararı kavramı hukuk alanında Anayasaya ve çoğu kere kanun koyucu tarafından belirlenir (YAYLA, 1968).

Neler Kamu Yararıdır?

Kavramın tanımlanmasındaki güçlük ve tanımlansa dahi sınırlarının belirsizliği ortadadır. Bu belirsizliğe bir de hızla değişen ve gelişen sosyal, ekonomik, kültürel değerler eklendiğinde nelerde kamu yararı görülebileceği de farklılık gösterebilmektedir.

İlk önceleri, sağlık nedenleri, iskan sağlama, güvenlik ve askeri nedenler gibi devletin görevlerini yansıtan alanlarda sınırlanan ve onun dışında mutlak güvence altında olan mülkiyet hakkı; giderek ekonomik, sosyal yaşamın da gelişmesiyle, trafik, yol yapımları, ulaşımı kolaylaştırma, kıyıların korunması, turizm yatırımlarının yapılabilmesi, gerekli yapı ve tesislerin kurulabilmesi gibi amaçlarla sınırlanabilmekte bunda çağdaş anlayış da etkili olmaktadır.

Aybay, mülkiyet hakkının sınırlandırılması açısından kamu yararı kavramının bulanıklığının nedenini terimin çift anlamlı oluşuna bağlamaktadır ki, kamu yararı kavramını dar içerikli idare hukuku anlamında ve siyasal içerikli olarak 2'ye ayırmakta ve toplum yararının kamu yararından farklı bir şey olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte iki terim arasındaki farkın soruna bakış açısından ileri geldiğini söylemektedir. Her ikisi de son tahlilde mülkiyet hakkının içerikçe toplumun çıkarlarına ters düşen bir hak olarak tasarlanamayacağını, ancak böyle bir sınırlama içinde meşru ve geçerli bir hak olarak kabul edilebileceğini gösteren ülkelerdir (AYBAY, HATEMİ,1981)

Tüm bunlardan sonra, kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının birbirinden kesin çizgilerle ayrılan, tamamen farklı özelliklere sahip olan ve kullanım alanları birbirine uymayan kavramlar olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır.

Bu nedenle kamu yararı kavramı, sadece teknik, hukuk içinde ve idare hukuku kavramı olarak ele alınmamalıdır. Bu kavramın siyasal, toplumsal ve ideolojik nitelikleri de düşünülmelidir. Geniş anlamıyla ele alınan kamu yararı, toplum yararıyla örtüşebilecektir. Yani, bu anlamda ele alınan kavramın, toplum yararından farklı olduğu düşünülmemelidir. Anayasa Mahkemesinin kamu yararına bakışını ortaya koyan kararlar konunun kavranmasında ve sınırlarının tespitinde önemli rol oynayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli yıllarda verdiği kararlar aşağıdadır:

- Kamu yararı, “kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak,” anlamına gelir, Anayasaya göre bu, Devletin başta gelen ödevidir. T.5.4.1977,E.1977/1,K.1977/20, AMKD 15, s.253-264.

- Seçim güvenliği, kamu düzeni ve hatta kamu yararı kavramları içinde düşünülür. T.15.9.1964,E.1963/339,K.1964/61,AMKD 2,s.216-227 .

- Kamu düzeni, kamu yararındır. “Ceza verme hakkının esasını adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Kamu yararının takdiri ise yasama organının yetkisindedir. Ne var ki bu organ kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişi haklarının özüne de dokunamaz”. T.29.4.1980, E.1979/37, K.1980/26, Resmi Gazete 23.8.1980.

- “Kamu hizmetinin gerekleri, kamu yararı gereğidir.” T.12.10.1976, E.1976/38, K.1976/46, AMKD 14, s.252-286.

- “Toprak dağıtımı, kamu hizmetidir, kamu yararadır.” T.2.6.1964, E.1964/13, K.1964/13, AMKD 2, s.150-155

- “Kamu yararı nedeniyle özel hayatın gizliliğine dokunulabilir” T.26-27.9.1967, E.1963/336, K.1967/29, AMKD 6, s.6-47.

- “Yasa koyucu kamu yararının gerektirdiği önlemleri bulmak zorundadır” T.25.4.1974, E.1973/41, K.1974/13, AMKD 12, s.145-169.

- “Kamu yararına dayanarak ayırım yapılması eşitlik ilkesini zedelemmez.” T.26.12.1968, E.1968/9, K.1968/67, AMKD 6 s.355-362.

- “Yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği yarara ağır basması durumunda kamu yararının varlığı kabul edilmelidir.” T.8.2.1979, E.1978/54, K.1979/9, AMKD 17, s.56-71.

- “Mülkiyet toplumsal yarara dayanır, ancak toplum yararı ölçüsünde var olabilir” T.7.4.1970, E.1969/69, K.1970/18, AMKD 8, s.225-229.

“Kamu yararı genel düşüncedir. Yalnızca özel çıkarlar ya da belli kişilerin yararı için yasa konulamaz.” T.22.6.1972, E.1972/14, K.1972/34, AMKD 10, s.478-494. (AKILLIOĞLU, 1991).

Kamu yararı kavramına “kamuya yararlı dernekler ve vakıflar “konularında da rastlanır.Kanun koyucunun buradaki kamu yararı kavramına verdiği anlama konuya bakılarak farklı bir yaklaşım sağlanabilir.

2908 sayılı Dernekler Kanunu’nun 58. maddesinde “kamuya yararlı “dernek olma şartları şu şekilde sayılmıştır:

a.Derneğin en az 1 yıldan beri faaliyette bulunması

b.Derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için giriştiği faaliyetlerin ülke çapında yararlı sonuçlar verecek nitelik ve ölçüde olması dır.

Kamuya yararlı dernek sayılmak, derneğin bazı vergilerden muaf olmasını gerektireceğinden Maliye Bakanlığının onayını almak gereklidir.Maliye Bakanlığı da olumlu görüş vermek için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesini aramaktadır:

a.Derneğin faaliyet konularının “kamu hizmeti “olması

b.Derneğin,yıllık gelirinin enaz %80 ini dernek amaçlarına harcayacağının dernek statüsünde yazılı olması

c.Derneğin, kamu yararına çalışan dernek statüsü talebinden önce bir yıldan beri faaliyette bulunması

d.Derneğe kurulacak eğitim ve sağlık tesislerinde en az % 10 kapasitesinin maddi imkanları olmayanlara tahsis edilmesi

e.Derneğin hizmetlerinin herkesin yararına açık olması ve faaliyetlerinin belli bir zümreye değil tüm yurttaşlara ve ülkeye yarar getirecek nitelikte olması

f.Derneğin sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde amaç edindiği hizmetleri gerçekleştirecek nitelik ve ölçüde olması

g.Derneğin hesapları üzerinde merkezi denetim elemanları tarafından yapılacak inceleme sonucunda olumlu rapor verilmesi(AKÜNAL,1995)

Yukarıda açıklanan şartlar gerçekleştiğinde talepte bulunan derneğin faaliyetlerinin kamu yararı taşıdığı kabul edilmiş olacaktır.

Benzer kavramlara vakıflar konusunda da rastlanmaktadır.1967 yılında M.K.da 903 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu hukukumuzda “kamuya yararlı vakıflar”adı verilebilecek bir vakıf türü getirilmiştir.Medeni Kanunumuzda “kamuya yararlı dernek” kavramına daha başlangıcından itibaren rastlanmakla beraber,kamuya yararlı vakıf kavramı 1967 den önceki döneme yabancısıdır.Buna rağmen bu dönemde gerek mevzuatta gerekse doktrinde kamuya yararlı dernekler yanında “kamuya yararlı müesseseler”deyiminin de kullanıldığı görülmektedir.ONAR,2762 sayılı Vakıflar Kanununun “mülhak vakıflar” haline dönüştürdüğü müesseseleri “umumi menfaatlere hadim müesseseler”olarak nitelendirmiştir.

Buna göre 903 sayılı kanunun 2,4 ve 5. maddeleri birarada incelendiği ve M.K.nın 453. maddesinde yapılan değişiklikler de gözönünde tutulduğunda kamuya yararlı vakıfları,gelirlerinin yarısından fazlası kamu görevi niteliğindeki işlerin yapılmasına tahsis edilmiş bulunan vakıflar olarak tanımlamak mümkündür.(AKÜNAL,1995)

3.3.2. Ormanlarda Kamu Yararı Kavramı

Ormanlar nitelikleri gereği kamu mallarındandır. Kamu mallarından yararlanma usulleri belli sınıflama ve tanımlamalara tabi kılınmıştır. Orman alanlarında da her türlü bina ve tesis yapılması için izin verilmesi bazı şartlara ve kriterlere bağlanmıştır. Bu kriterlerin temelinde, objektifliği tartışılabilir hale gelen “Kamu Yararı” kavramı bulunmaktadır. Bu kavramın subjektifliği ve belirsizliği bir Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi çok işlevli

olmasından kaynaklanır. Bu nedenle belli bir tanım yerine, her olayda somut koşullara göre belirleme söz konusudur. Kamu yararının belirlenmesi, orman alanlarında her türlü bina ve tesis yapılması konusunda daha da belirgin hale gelir. Çünkü, ormanlarda bu tür yapılaşmaya izin verilmesi ancak “Kamu Yararı” şartının yerine gelmesi koşuluyla gerçekleşecektir. O halde, bu kavramın yetkililerin yorumlarına açık, esnek ve subjektif halinden kurtarılabilmesi için mümkün olduğunca kesin kriterlere bağlanması zorunludur. Bu kriterlerin tahdidi olarak sayılması çok güçtür. Yine de belli şartlara bağlanabilmelidir.

Kamu yararı kavramı bugün halen tam olarak anlaşılamamıştır. Bununla birlikte Orman Bakanlığı konuyu yıllar önce ele almış ve belli kriterler koymaya çalışmıştır. Ormanlarda kurulacak bina ve tesislerin neler olduğu kamu yararı da gözetilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Bugün bile tartışılan ve tam bir tanımlaması yapılamayan kamu yararı kavramının yıllar önce Orman İdaresi tarafından tartışıldığını göstermek açısından önemli bir noktadır. Buna göre;

2013 sayılı tamim ekinde 6.7.1966 tarihli Maliye Bakanlığı mütalaa yazısı ile Tarım Bakanlığıyla mutabakat sağlanan esaslar çerçevesinde kamu kuruluşları tarafından uzun ömürlü olarak Devlet Ormanlarında inşa olunacak tesislere irtifak hakkı, diğerlerine tesis izni verilmesi kararlaştırılmıştır.

Buna Göre: Neler Devlet ormanında kurulabilir?

1- Devlet karayolları, Devlet demiryolları, enerji nakil hatları, barajlar sulama kanalları gibi benzerleri için irtifak hakkı tesis olunur.

2- Maden şantiyeleri, P.T.T. hatları, TV istasyonları, köy veya irtibat yolları, turistik tesisler, piknik yerleri, askeri tesisler, içme suyu ishale hatları ve buna benzer tesisler için idari tesis izni verilir (BENLİOĞLU, 1982).

Ormanlarda yapılacak bina ve tesisin kamu yararı taşıyor olması tek başına yeterli değildir. Ormanlık sahadan izin talebinde herhangi bir kamu yararı bulunabilir. Ancak bu yarar ormancılık hizmetlerindeki kamu yararından daha önemli ve öncelikli midir? Ormanda yapılacak ve gizliliği olan askeri tesisin inşasında ormancılık hizmetlerinden önemli ve öncelikli kamu yararı vardır. Ancak aynı ormanda yapılacak karayolları kış bakım evi ve malzeme depolama tesisinin kamu yararı olsa bile önceliği yoktur. O halde, sadece kamu yararı kavramının varlığı yeterli değildir. Bununla beraber kamu yararlarının çatışması veya yarışması söz konusudur. Bir orman alanının, orman olarak varlığını sürdürüp hizmet vermesinde kamu yararı olduğu

gibi; ormanda herhangi bir bina ve tesisin kurulmasında da kamu yararı olabilir. Böyle durumlarda iki kamu yararının yarışması gündeme gelecektir. Bina ve tesis yapılmasındaki kamu yararının, ormanın varlığını devam ettirmesi durumundaki kamu yararından üstün ve öncelikli olması durumunda izin verilmesi gereklidir. Aksi halde, ormancılık hizmetlerinde ki kamu yararı baskın olacak, bina ve tesislere izin verilmeyecektir. Bir ormanın varlığını devam ettirmesindeki kamu yararını, ormanın çok yönlü faydaları göz önüne alındığında aşan başka bir kamu yararının çok sınırlı hallerde mevcut olabileceği söylenebilir. Bu nedenle, ayırım çok titiz bir çalışmayla saptanmalı ve bu yapılırken de orman varlığının insan yaşamındaki yeri, geri getirilmesinde geçecek zamanın uzunluğu ve insan faktörüyle olan etkileşimi göz önünde tutulmalıdır

Ormanlık sahada izin isteğinde bulunan tesisin kurulması kamu yararı taşıdığı gibi ormancılık hizmetlerine göre önceliği de olabilir. Bu halde saptanan ilk iki şart yerine gelmiştir. Hem varlığı kurucu şart olan kamu yararı vardır, hem de bu kamu yararı, tesis yapılmak istenen yerin orman olarak fonksiyonlarını sürdürmesindeki kamu yararına göre daha önceliklidir. İki şartın sağlandığı bu durumda dahi ormanlarda bina ve tesise izin verilmemelidir. Çünkü, aynı tesisin ormanlık sahalar dışında, şahıs arazileri veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait arazilerde yapılma imkanı veya ihtimali varsa orman alanlarından izin verilmesi mümkün olmamalıdır.

Ormanların kamu malı olması ve bunun yanı sıra nitelikleri gereği özel önemi haiz bulunmasından dolayı, ormanda yapılaşmaya izin verilmesi bir istisna hükmüdür. Bu hükmün gerçekleşebilmesi için de yukarıda açıklanmaya çalışılan 3 önemli ve öncelikli şartın bir arada bulunması gereklidir. Ancak, bu hallerde ormanlar izne konu edilebileceklerdir.

Sonuç olarak; aşağıdaki 3 koşulun gerçekleştirilerek, bina ve tesis yapılmasına izin verilmesi halinde, orman varlığının en az zarara uğrayacağı söylenebilir. Buna göre;

I. Bina ve tesisin yapılmasında “kamu yararı” bulunmalıdır.

II. Bu kamu yararı; ormanın varlığını sürdürmesiyle meydana çıkacak kamu yararından “önemli ve öncelikli” olmalıdır.

III. Ormanda yapılmak istenen bina ve tesislerin başka bir taşınmazda (diğer kamu kurum ve kuruluşlarına, şahıslara veya devlete ait) yapılmasının mümkün olmaması gereklidir.

IV. TARTIŞMA VE SONUÇ

Ormanlar ile insanoğlu arasında çok eskilere uzanan ve insanın ormandan çeşitli açılardan yararlanmasına dayanan bir birliktelik söz konusudur. Ormanlardan kişilere tanınan yararlanmalar sonucunda; tahrip edilen, zarar gören taraf hep ormanlar olmuştur. Günümüze gelinceye dek ormana yönelik düzenlemelerde pek çok değişiklik ve yenilik yapılmış ancak, insanoğlunun sürekli karşılıksız alma güdüsüne dayanan anlayışta fazla bir değişim gözlenmemiştir.

Farklı yararlanma biçimlerine açık olan ormanlarda, tahribatı önlemek için bu konunun denetim altına alınması ve yararlanmanın tüm sınırlarının belirlenmesi gereklidir. Sınırların çizilebilmesi için öncelikle yararlanmaya konu objenin özelliklerinin açıkça ortaya konulabilmesi şarttır. Bu nedenle, orman tanımı, niteliği ve özellikleri bilinmelidir.

Birçok farklı niteliği bünyesinde bulundurduğundan kesin bir orman tanımı yapmak güçtür. Orman kanununda biyolojik açıdan tanımlamaya gidilmiş, orman sayılmayan yerler, tanımın istisnaları olarak belirlenmiş ve bir temele oturtulmuştur. Hukuksal açıdan da orman, asli unsuru arazi olup, ağaç ve ağaçcık toplulukları mütemmim cüz kabul edilen bir bileşik eşya olarak nitelendirilebilir.

Ormanlar sağladıkları toplumsal yararlar nedeniyle de toplumun müşterek ortak malı sayılırlar, başka bir deyişle ormanlar kamu malıdır ve kamu malları arasında da özel konuma sahiptir.

Ormanlar, taşınmaz mallardandır. Dolayısıyla, ondan yararlanma da taşınmazlardan yararlanma usullerine tabi olacaktır ve bir taşınmazdan yararlanma yolları kanundan doğan yararlanmalar ve sınırlı, aynı haklar olarak 2'ye ayrılabilir. Kanundan doğan yararlanmalar da; doğrudan ve dolaylı olarak tekrar 2'ye ayrılır. Doğrudan yararlanma yolları, kaynağını doğrudan doğruya kanundan alarak gerçekleşen haklardır. Dolaylı yararlanma yollarında ise, kanunun bir kişiye, taşınmaz malikine karşı bir yenilik doğuran ileri sürülebilecek hak tanınması sözkonusudur. İkinci yol, sınırlı aynı haklar şeklinde ortaya çıkan yararlanmalardır. Sınırlı aynı haklar da kendi içinde bölümlendirilebilir. Ancak, bu bölümlendirilme içinde, sadece irtifak hakları üzerinde durulmuştur; çünkü tezin ana konusunu oluşturan ormanlar üzerinde, sadece irtifak hakları uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle irtifak haklarının çeşitleri de kısaca incelemeye alınmıştır.

İntifa Hakkı, Sükna Hakkı, Kaynak Hakkı, Üst Hakkı ve diğer düzensiz şahsi irtifaklar; irtifak hakkının çeşitlerini oluşturmaktadır. Bunlar içinde, ormanlardan yararlanma konusuna uygulanabilecek olanlar intifa, üst ve kaynak ve mecra haklarıdır. Sükna hakkının ormanlar üzerinde uygulama alanı bulunmamaktadır. Tersine olarak, üst hakkı da, gerek içerik gerekse hemen tüm hükümleri açısından ormanlardan yararlanma konusunda geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle bir taşınmazdan yararlanma yetkisi veren üst hakkı üzerinde detaylı olarak durulmuştur.

Özel hukuk anlamında taşınmazlardan yararlanma usullerinin belirlenerek, bunların açıklamalarının yapılmış olması, takip eden bölümlerde incelenecek olan ormanlardan yararlanma konusunda bir altlıktır ve bu altlık bazı alınarak, belli paralellikler kurulmak suretiyle, ormanlardan yararlanma konusunda sonuca ulaşılmaya çalışılmış, belirsiz kalan noktalara açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Ormanlardan yararlanmanın tarihçesi oldukça eskilere uzanır. İnsanlığın tarihiyle başlayan yararlanma günümüze kadar şekil değiştirerek veya farklı alanlara kayarak da olsa artarak gelmiştir. Bu süreç içinde, ormanların tamamen sahihsiz olarak düşünüldüğü onlardan yararlanmanın denetimsiz olduğu günlerden bu güne gelinceye ve ormanlardan yararlanma belli normlar altına alınmaya dek bir çok evreden geçilmiştir. İnsanın ormana olan yaklaşımı disiplin altına alınmaya çalışılmıştır.

Orman irtifak hakları anayasal açıdan da güvence altına alınmıştır. Ancak, bu düzenlemelere Cumhuriyet'in ilk kurulduğu yıllarda rastlanamamış, irtifak haklarının düzenleme altına alınması için 1961 Anayasasına kadar beklenmiştir. 1961 Anayasasıyla da, bugünkü 1982 Anayasasında yer alan ve Devlet ormanlarında kamu yararı dışında irtifak hakkı kurulamayacağını kesin olarak ifade eden düzenleme getirilmiştir. Bu, kanunun Anayasal güvence altına alınması açısından son derece önemlidir.

Nitekim, Cumhuriyet'ten sonraki dönemde 3116 sayılı orman Kanunundan başlamak üzere, irtifak hakkı kavramı ele alınmaya başlanmıştır. 6831 sayılı Kanununa gelinceye kadar da bu hak konusunda içerik olarak çok fazla değişiklik yapılmasa da, maalesef orman tahribatına yol açacak şekilde yararlanma sınırlarının genişletildiği veya kanunda boşlukların yaratıldığı görülmektedir.

Yürürlükteki Orman Kanunuyla; kişilere kanundan doğan yararlanma hakları tanınmıştır. Bunlardan bazıları kaynağını doğrudan Orman Kanunundan alır. Otlatma hakkı

buna örnek gösterilebilir. Bazıları ise, Orman Kanunu'nun bir kişiye taşınmaz malikine karşı ileri sürülebilecek bir hak tanınmasıyla ortaya çıkan dolaylı yararlanma haklarıdır. Buna da, Orman Kanunu'nun, devlet ormanlarında maden ocakları açılması, bina ve tesis yapılması, orman ürünlerini işleyecek fabrikalar kurulmasını ve köylü pazar satışlarını düzenleyen maddeleri örnek olarak gösterilebilir. Bu sayılanlar, ormanlardan yararlanmanın bir yönünü oluşturmaktadır. Özellikle, doğrudan kaynağı Orman Kanunundan alan yararlanmaların yorumlanması ve uygulanmasında büyük güçlüklerle karşılaşmamaktadır. Bu tür yararlanmalar pekçok ülke orman kanunlarında da benzer şekilde görülmektedir.

Ormanlardan yararlanma hakları, özel yararlanmalar başlığı altında da incelenebilir. Bu tür yararlanmalar belli koşullara bağlı ve başkalarının ormanlardan yararlanmasını önleyici niteliktedir. Özel yararlanmaların ilki, izin (ruhsat) yoluyla olamıdır. Bir kamu malından tahsis yönünde ve kapsamında olmayan fakat tahsise de aykırı olmayıp, onunla bağdaşabilen ayrıca kullanılması idari merciin yetkisine tabi olan izin işlemine, ormanlardan yararlanma konusunda da rastlanır. Ormanların bir kamu malı olması, onlardan yararlanmanın belli usullere uygun olarak yapılmasını gerektirmektedir. Ancak, ormana yönelik düzenlemelerde "izin" kavramının sıkça kullanılmış olması, bu kavramla birlikte özel hukuk ilişkilerini çağrıştıran irtifak, intifa, kira gibi kavramların da yer alması ormanlardan yararlanmanın tasnifini güçleştirmektedir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nda yer alan izinler şu şekilde sıralanabilir. Kanunun 16.maddesinde yer alan ve uygulamada sık olarak rastlanılan "Maden Ocakları Araştırma veya işletme izni" bunlardan biridir. Bu iznin uygulamada yoğun olarak kullanılıyor olması ve düzenlemesindeki bazı eksiklikler yüzünden orman tahribatına yol açtığı söylenebilir.

Devlet ormanlarının sınırları içinde kalan maden ocaklarının araştırılması veya işletilebilmesi için, yetkili mercii Orman İdaresinin onay vermesi şarttır. Yetkili idare, başvuru üzerine gerekli incelemeyi yapacak ve uygun görmesi halinde onay verecektir. Bu onay işleminin, Orman İdaresi'nin tek taraflı bir kamu malı olan ormanlardan yararlanmayı sağlayan bir işlemi olduğu açıktır. Dolayısıyla, bu işlem "izin" anlamında düşünülmelidir.

Orman idaresi, sakıncalı olduğunu düşündüğü talepler için onay vermeyebilir. Bu nedenle de, onay işlemi tamamen kurucu bir işlemdir. Devlet ormanlarındaki maden alanlarının izne konu olması halini Medeni Kanun anlamında yararlanma hakları kapsamında düşünmek mümkündür. Böylece orman alanlarında maden alanı anlamında yararlanmanın sınırları daha kesin çizgilerle çizilmiş ve Medeni Kanun güvencesine alınmış olacaktır. Orman Bakanlığı

yapılmış işleme onay vermek yerine, yararlanma hakkını Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı lehine bir irtifak hakkı tesis edebilir ve o Bakanlığın hakka konu orman alanından yararlanmaya ait bazı tasarruflarına rıza göstermek yönünde işlem yapabilir. Lehine irtifak hakkı kurulan Enerji Bakanlığı da, bu orman alanından yararlanma talep eden kişiye irtifak hakkına dayanarak izin verebilir. Böyle bir modelle, orman alanlarından maden arama ve işletme yönünde yararlanma sağlıklı hukuki temellere oturtulmuş, uygulamada herhangi bir konuda açıklık veya yorum farklılıklarına yol açmayacak şekilde sabit kriterler getirilmiş olacaktır.

Orman Kanunu'nda fabrika, hızar ve şerit tesisi kurma, ocak açma su ürünleri tesisi kurmak ve turizm yatırımları için kurulan izinler ve ağaçlandırma izni de düzenlenmiştir. Bunlarda da, Orman İdaresi'nin işlemi kurucu niteliktedir.

Ormanlardan özel yararlanma biçimlerinden birisi de, kamu malından tekeli nitelikte belli bir fayda sağlamak için bireylere verilecek izni ifade eden "imtiyaz hakkı"dır. İmtiyaz hakkı, imtiyaz sahibine, imtiyaz devam ettiği sürece kamu malını işgal etmek ve üzerinde tesisat kurmak yetkilerini verir.

Ormanlarla ilgili hizmetlerin ve bazı ormancılık faaliyetlerinin özel şahıslara, şirketlere devredilmesi usulüne ormancılığın tarihi gelişimi sürecinde rastlanmıştır.

Bir diğer özel yararlanma usulü de ormanlardan tahsis yoluyla yararlanmadır. Tahsis, bir devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya kamu hizmetine bağlayan idari tasarruftur. Ayrıca, bir kamu malının bir kategoriden diğerine veya bir hizmetten diğer hizmete nakli şeklinde tanımlanan tahsis uygulaması ormancılıkta da görülür.

Kamu malının el değiştirmesi anlamına gelen tahsis kavramı, yetkili idarenin tekeline bırakıldığından, tahsis işleminin tamamen objektif kriterlere bağlı olduğu ileri sürmek pek kolay değildir. Söz konusu olan ormanlar olduğunda, bu tür subjektif uygulamaların varlığını düşünmek tehlikeli sonuçlara açabilecektir. İdarenin politik nedenlerle hareket etmesi veya bu tür baskılarla hareket tarzını değiştirmesi tahsis kararı alınmasının objektifliğini, doğruluk ve yerindeliğini tartışmaya açık hale getirmiştir.

Orman Kanunu'nun 17.maddesinde Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis izninden bahsedilmektedir. 17.maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, devlet ormanları üzerinde izin-irtifak hakları incelenirken, Turizm Alan ve Merkezleri hariç tutulacak ve madde kapsamından ayrı düşünülecektir. Bu düzenlemeyle, Turizm Bölge, Alan ve Merkezlerin de kurulacak olan

irtifak hakları 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümleriyle bağlı olacaktır. Bu kanunun 8.maddesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve şartları belirleyen yönetmelik de tahsis tanımı, süresi, bedeli ... gibi unsurlar belirlenmiştir.

Orman Bakanlığı'nın Turizm Bakanlığı'na tahsisde bulunması konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Çünkü, kamu kurum ve kuruluşları arasında tahsis mümkündür. Ancak, Turizm Bakanlığı'nın kamu malını özel kişilerin yararlanmasına sunması ve bunu tahsis adı altında yapması, tahsis kavramıyla bağdaşmamaktadır. Bu yararlanma şeklinde ancak, yetkili idare tarafından tek yanlı bir işlem veya sözleşme aracılığıyla bir kamu malından mal ve üzerindeki tahsisin amacını tehlikeye düşürmeyecek şekilde ve tahsisle bağdaşır, geçici süreli fakat tekelci bir yararlanma hakkının varlığından bahsedilebilir. Bu şekilde yararlanmalara da, doktrinde özel istisnai yararlanma tanımlaması yapılmıştır yoksa, tahsis kavramıyla uyum içinde bulunması mümkün değildir. Buradan hareketle, herne kadar kanun yapıcı işleme tahsisi adını vermişse de yönetmelikte geçen sözleşmenin tahsis mahiyeti taşımadığı sadece kamu malından yararlanmanın istisnai bir hükmünü oluşturduğu söylenebilir.

Tahsis kavramına; 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda değişiklik yapan 3708 sayılı kanunun ek 18.maddesiyle, Vakıflar tarafından kurulan Yüksek Öğretim Kurumlarına Bakanlar Kurulu.. kararıyla arazi tahsisi yapılması durumunda da rastlanmaktadır. Tahsis kavramıyla uygulama arasında bir ihtilaf gözükmese de, tahsis işleminin yerindeliği tartışmaya açıktır. Devlet ormanlarından çeşitli isimler ve yollar adı altında yararlanmalar giderek artmakta ve bu da beraberinde orman tahribatını getirmektedir. Orman alanlarında Vakıf Yüksek Öğretim Kurumlarına ait tesislerin kurulmasıyla bu tahribat daha da artacaktır. Bu nedenle, eğer üniversite kurulacaksa giderek azalan orman alanlarının değil de, çıplak, bozkır alanlar ve maden alanları gibi yeniden kazanımı mümkün olan alanların tercih edilmesi ormanlar adına çok daha koruyucu olacaktır.

Orman alanlarından özel yararlanma biçimlerinin sonuncusu da irtifak hakkı tesisi şeklindedir. Bu konu; üzerinde çok konuşulmakta ve irtifak hakkı gerek içerdiği anlam boşlukları gerekse karmaşık yapısından dolayı içinden çıkılmaz uygulamalara yol açmaktadır.

İrtifak hakkı kavramına, 1982 Anayasasının 169.maddesinde rastlanmakta ve devlet ormanlarının kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı ifade edilmektedir.

6831s. Orman Kanunu'nun 17.maddesinin 3.fikrasındaki ifadeye göre de, Turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler

için gerçek ve tüzel kişilere Orman Bakanlığı'na izin verilecek ve turizm amaçlı tesisler için hak sahipleri adına tapuda "irtifak hakkı" tesis edilecektir.

115.maddeye göre de, Devlet ormanları üzerinde kamu yararına yapılacak her türlü yapı ve tesisler için herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Tarım ve Orman Bakanlıklarının iznine bağlıdır.

Görüldüğü üzere, Orman Kanunu'nun 17 ve 115.maddelerinde irtifak hakkı kavramına rastlanılmaktadır. Burada, önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Kullanılan, irtifak teriminin Medeni Kanun anlamında olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Ayrıca, M.K.anlamındaysa bile, kanunda sözü geçen irtifak türlerinden hangisi olduğu ve hükümlerinin nasıl tespit edileceği konusu da çözümlenmelidir.

Doktrinde üzerinde pek durulmayan orman irtifak hakları konusunda, mevcut fikirler arasında da ayrılıklar vardır. Bu ayrılıkların temelinde M.K.'un 912 maddesinde ifade edilen ve kamu mallarının tescile tabi olmadığını belirten hüküm yatmaktadır. Çünkü, orman irtifakı hakkında M.K.anlamında irtifak hakkı olarak düşünüldüğünde ormanların tapuya tescili gerekecektir ve 912 maddeye göre de bu mümkün olmayacaktır. Bu noktada, fikirler ikiye ayrılır. Ormanlar tescile tabi olmasını düzenleyen Orman Kanunun 11.maddesindeki tescil kavramı devreye girmektedir ki, M.K.anlamında irtifak hakkına karşı çıkanlar bunun tespit anlamında olduğunu öne sürmektedir. Ayrıca; bu hakkın idari irtifak olduğu da öne sürülmüştür. Bir başka itiraz konusunu da M.K.655 maddesi hükmü oluşturmaktadır. Bu hükme göre; "ağaçlar ve ormanlar üzerinde üst hakkı kurulması yasaklanmıştır. Karşı çıkmanın bir nedeni de M.K. anlamında irtifak hakkı kurulmasının ormanlarda azalmaya sebep olacağı kanısıdır.

Halen, Orman Kanununda bahsi geçen irtifak hakkının niteliği tartışmalıdır. Bu kanunun belli temellere oturtulabilmesi, yorum farklılıklarından kurtarılabilmesi ve ormanların daha iyi korunabilmesi adına; bu hak Medeni Kanun anlamında irtifak hakkı olarak düşünülmelidir. Söz konusu alanın (Orman Kanunu'nun 17.ve 115.maddelerine göre) bir inşaat yapmak ve tesisat kurmak hakkı olduğu düşünülürse, bu hakkın içeriğine en uygun olan irtifak hakkı çeşitlerinden "üst hakkı"na benzetilebilir ve üst hakkının devlet ormanları üzerinde kurulmasında bir engelle de karşılaşılmamaktadır. Doktrinde; buna karşı çıkarak üst hakkı olmayacağını söyleyenlerin fikirlerine karşı bunun mümkün olduğunu anlatan kanıtlar gösterilebilir.

Üst hakkının kurulması, ormanların korunmasına, genişletilmesine engel olmayacağı gibi tahribata veya azalmaya da yol açmayacaktır. Çünkü, orman asli unsuru arazi olan bir bileşik eşyadır. Bu ifadenin bir sonucu olarak da, orman arazisi orman kavramının içinde yer alan bir unsurdur. Yani kavram sadece ağaçlardan ibaret değildir. Ağaç olmaması halinde dahi yerin orman vasfını devam ettirmesi söz konusu olacaktır. Bu saptama AYM kararlarında da belirtilmiştir. Sonuç olarak bu açıdan üst hakkının kurulması ormana zarar verici olmayacaktır.

Üst hakkının kurulmasında, yetkili idare olan Orman Bakanlığı (17 ve 115.maddelere uyarınca) gerekli incelemeleri yapacaktır. Eğer üst hakkı tesisi, ormana gerçekten zarar verebilecek boyuttaysa ve belli şartları haiz değilse kurulmaya izin verilmeyecektir. Çünkü, kanunun ifadesi “izin verilebilir” şeklindedir. Bu yüzden izin verilmesi zorunlu değildir. Uygun olmayan taleplerin Bakanlık onayı sırasında engelenmesi mümkündür. Bu noktada, tüm üst hakkı tesislerinin ormana zarar vereceğini iddia etmek Orman İdaresi’nin görevini hakkıyla yapacağından şüphe etmek demektir ki böyle bir şey düşünülemez. Devleti temsil eden yetkili bir idare, tabidir ki kanunun emrettiği yönde görevini yerine getirecektir. Getirmediği takdirde ilgilerin sorumluluğuna gitmek ve ihlali müeyyidelendirmek bir çözüm olacaktır.

Yine üst hakkı tesisinin ormana zarar vereceği düşüncesine bir yanıt da, M.K.’a 1990’da getirilen ve bu hakkın kapsamını genişleten md.751’den gelmektedir. Bu değişikliklerle, hakkı içeriğini oluşturan inşaat yapma yetkisinin kullanılış biçimi tayin edilmiştir. Bu suretle Orman Bakanlığı inşaatın konumu, şekli, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı olmayan alandan faydalanmaya ait konuları sözleşmede bağlayıcı olarak belirleyebilir. Ayrıca, yine bu değişiklikler, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırlarını ağır şekilde aşması veya sözleşmeye uymaması durumunda arazinin süresinden önce devrinin talebini mümkün kılmıştır. Bu yeni düzenleme, ormanlar üzerinde üst hakkı sahibinin telafisi olmayan zararlara yol açabileceği kaygılarını da giderebilecek niteliktedir. Sonuçta, Orman Bakanlığı olası bir üst hakkı tesisinde gerekli gördüğü müdahaleyi yapabilecektir.

Üst hakkının, kişilere arazi üzerinde sadece inşaat yapmak, yapılan binaları kullanmak ve belli süre dahilinde inşaat yapmak, yapılan inşaatın maliki olma yetkisi vermesinden hareketle, devlet ormanları üzerinde kurulmuş olmasının, ormanların kamu malı olma özelliğini ortadan kaldırmayacağı açıktır. Devlet ormanlarının özel mülkiyete geçmesi, özel kişilere devredilmesi gibi bir sonuç meydana getirmez ve orman alanlarının daralması gibi bir durum söz konusu olmaz.

Orman Kanununda ve Anayasa’da ifade edilen irtifak hakkının idari irtifak olduğu savı da çok isabetli değildir. Tanım olarak kamunun veya kamu mallarının yararına özel mülkiyet haklarına konulmuş sınırlamalar anlamına gelen idari irtifak terimi ile, bir kamu malı olan Devlet ormanlarının konusunu teşkil ettiği üst hakkını nitelendirmek, tarif etmek, uygun olmayacaktır. Bu anlam farklılığının yanısıra, bu hakkın idari irtifak olmadığının göstergesi sayılabilecek bir saptama da Anayasa’da görölmektedir. Anayasanın 169.maddesinde; ormanların kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı belirtilmiştir. Yine A.Y’nın 46.maddesinde ise “.... idari irtifak” tanımlaması kullanılmıştır. Ormanlar üzerindeki irtifak hakkı bir idari irtifak olarak düşünölseydi bunun 169.maddede, aynen 46.maddede olduğu gibi sarih olarak belirtilmesi gerekliydi. Ancak, 169.maddede idari irtifak değil sadece irtifak ifadesi kullanılmıştır ki bu da geçen bu kavramın idari irtifak olmadığının en temel göstergesi olarak kabul edilebilir.

Özet olarak, ormanlar üzerinde kamu yararına olacak her türlü bina ve tesisin yapılması hakkı M.K. anlamında bir üst hakkı olarak düşünölmelidir. Bu hakla bire-bir örtüşme olmasa da, irtifak hakları içinde en çok benzerine gidilebilen hak üst hakkıdır. Ormanlar üzerinde yapılacak bina ve tesislerin üst hakkına tabi olması, bu tür uygulamaların sağlam hukuki bir temele oturtulmak suretiyle, idarenin keyfi uygulamalarına geçit verilmesi engellenmiş olacak ve subjektif kriterler belli ölçüde ortadan kalkacaktır.İzin kavramında olduğu gibi Orman İdaresinin tekeline bırakılmış yetkilerden sözedilemeyecektir.İzin verilmesi sürecinde olduğu gibi kolay ,kısa ve buna bağlı olarak da tam anlamıyla denetimli olmayan bir işlem den bahsedilemeyecektir.Ancak ilgililerin sorumluluğuna gidebilmek için gerekli yasal düzenlemeler yapılır ve bu denetim mekanizmasına işlerlik kazandırılırsa izin prosedürünün ormanlar açısından zarar getirici olması önlenmiş olur.

Özel yararlanma biçimlerinden biri olan irtifak hakkına; bir de kamu kurum ve kuruluşlarına tanınması durumunda rastlanır. Bazı idarelerin kendi kanunlarında, orman alanlarından yararlanmaya yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. İlgili idareler de kendi kanunlarına dayanarak, orman alanlarından hiçbir prosedüre bağlı kalmadan yararlanma talebinde bulunmaktadırlar ve bu da orman idaresiyle talep sahibi idareyi karşı karşıya getirmektedir. 17.maddenin açık hükmüne rağmen uygulamada zorluklar yaşanmaktadır. Devlet ormanlarında yapılacak olan zorunlu tesisatlar için; Orman İdaresi’nin izni kurucu şart olarak aranmalıdır. Ancak, bu konuyu yine Medeni Kanun cephesine taşıyarak Mecra İrtifakıyla bağdaştırmak mümkündür. İlgili idarelerin ormandan geçirmek istedikleri, elektrik,

su, telefon gibi enerjilerin taşınmasını sağlayan tesisatlar Medeni Kanun anlamında birer “mecra” dır. Bu konu Medeni Kanun hükümleriyle düzenlenmiştir. Buna göre mecralar hangi arz için kurulmuşlarsa, onun dışında olsalar da hangi girişimin eseriyseler onun mülkü sayılırlar. Mecra açıkta değilse irtifak hakkı tapu siciline kaydolunarak tesis olunacak; açıktaysa irtifak hakkı mecranın yapılmasıyla kurulmuş olacaktır.

Mecra irtifakının tanımına bakıldığında, ormanlar üzerinde kurulması talep edilen elektrik, su, gaz vb. tesisatlarla ve onların kurulmasıyla büyük bir benzerlik gösterdiği farkedilecektir. Bu hallerde 17. ve 115. maddeler uyarınca ilgili idareye belli süreler dahilinde izin verilebilmektedir. Bu izin süresi içinde, mecra olarak niteleyebileceğimiz, teknik tesisatın mülkiyeti o tesisatı kuranın olacaktır. Sürenin bitiminde ise tüm tesisat OGM tasarrufuna geçecektir. Ancak, süre sonunda mülkiyetin OGM’ye geçmesi, mecra irtifakı kavramına benzetilemeyeceği anlamına gelmez. Zira, M.K.653 hükmünde arazi malikiyle mecra sahibine; mecraların mülkiyetinin arazi sahibine bırakıldığı bir hüküm kurma hakkı tanınmıştır. Bu nedenle mecra irtifakından farklı düştüğü söylenemez.

Özetle; Orman Kanunu’nun 17.maddesinde öngörülen bina ve tesis izni kapsamında ele alınarak uygulamaya konulan; elektrik, su, doğalgaz, nakil hatları gibi tesisatların orman alanlarında kurulmasını bir “mecra irtifakı” olarak nitelendirmek mümkündür. Bu sayede, ormanlarda kurulacak tesisatlar sorunu diğer bina ve tesislerle karışmaksızın çözümlenebilecektir. Aynı statülerinin olması da bu çözümlemeyi kolaylaştıracaktır. Orman Kanunu’nun karmaşık, anlaşılabilir olması da birbirine geçmiş birçok konuyu bünyesinde barındırmasındandır. Her bir konu kendi içinde düzenlendiğinde karmaşa da çözülmüş olacaktır.

İrtifak haklarının sonuncusu da, kaynak irtifakıdır. M.K.’un tanımına göre bu hak, başkasının taşınmaz malından fişkıran bir kaynaktan su almak ve onu akıtmak hakkıdır. Bu hakkın kurulabilmesi, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin resmi şekilde yapılması gereklidir. Öte yandan tescil de irtifak hakkı sözleşmesinin geçerliliği için gereklidir.

Orman alanlarında bulunan kaynaklardan yararlanmalarda da, ilgili kurumun izni aranmaktadır. Bu iznin, bir kaynak irtifakı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Orman İdaresinin bu irtifakı kurmasıyla, lehine irtifak hakkı kurulan kişiye kaynak suyunu tutarak almak, kendi arazisine akıtmak yetkileri tanınmış olacaktır. Bu yetki kaynak irtifakı olarak kabul edildiğinde, tarafların kaynak hakkının tüm niteliklerini, irtifak sözleşmesinde kesin olarak

düzenlemeleri mümkündür. Bu sayede, orman alanlarındaki sulardan yararlanma Medeni Kanun hükümlerince güvence altına alınmış olacaktır.

İrtifak hakkı çeşitlerinden olan, intifa hakkının da ormancılık uygulamalarıyla örtüştüğü ve ayrıldığı durumlar vardır.

İntifa hakkı; başkasına ait ekonomik bir maldan en geniş yararlanma ve kullanma hakkının tanınması olarak açıklanabilir. Ormanlardan belli ürünleri almaya yönelik yararlanmalar (15.md, 19md, 20.md ve 31, 32, 34..)da intifa hakkına benzerlik görülmektedir. Ancak bazı temel noktalardan, intifa hakkından ayrılmaktadır. İntifa hakkı, belirli bir kişi lehine kurulması sözkonusudur; ormanlardan yararlanma belli kişi lehine değil, belli nitelikleri haiz kişilere tanınmaktadır. Yine M.K. uyarınca intifa hakkı hak sahibinin vefatıyla veya intifa eden tüzel kişi ise 100 yılı geçmemek kaydıyla infisahıyla son bulacağı ifade edilmiştir. Oysa, Orman Kanunu'nun ilgili hükümlerinde böyle bir süre sınırlamasına gidilmemiştir. Tescil konusunda da farklılıklar görülmektedir, ayrıca intifa hakkı sahibi zilyed olurken; ormanlardan yararlanan kişi sadece bir yararlanma hakkına sahiptir.

Sonuç olarak, bu ve bunun gibi intifa hakkına aykırı düşen yönler bulunmaktadır. Bu nedenle tam anlamıyla intifa hakkına benzediği söylenemez. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlardan yararlanma konusu da çok farklı özellikler arzetmemektedir. Bu konuda öncelikle Devlet Ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesise izin verilmesini düzenleyen 17.maddenin 4. ve son fıkrasında sözkonusu bina ve tesislerin kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda da yapılabileceği, bunun için Orman Bakanlığı'nın izninin gerekli olduğu belirtilmiştir. Devlet ormanlarında uygulanması mümkün görülen düzenlemeler, bu ormanlarda da geçerli olabilir.

Tıpkı 17.madde gibi, orman ürünlerini işleyecek fabrika kurulması, ocak açılması, su ürünleri tesisi kurulmasını düzenleyen maddeler ve ormanlarda otlatmayı düzenleyen madde hükümleri kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarda da geçerli olacaktır. Genel olarak; kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlara yönelik düzenlemelere bakıldığında, bunlardan yararlanmanın, Devlet ormanlarından yararlanmalara paralellik gösterdiği görülmektedir.

Özel ormanlar ve onlardan yararlanma konusu diğerlerine göre farklı özelliklere sahiptir. Öncelikle, Medeni Kanunda özel ormanlara ilişkin hükümler bulunmaktadır. Başkasına ait özel ormanlara giriş ve ufak tefek yabani meyveleri ve mantarları toplamak kanunen men edilmedikçe serbesttir.

Ayrıca, bir özel ormanda intifa hakkına sahip olan kimse, o ormandan uygun bir düzen çerçevesinde yararlanabilir.

6831 sayılı Orman Kanununda da özel ormanlara ilişkin yararlanma şekilleri düzenlenmiştir. Tıpkı diğer ormanlarda olduğu gibi özel ormanlarda da 17.madde uygulama alanı bulmaktadır. Özel ormanlar da 17 madde uyarınca izne (üst hakkına) konu olabilirler. Bunun dışında 6831 sayılı kanunun 52.maddesi de özel ormanlarda yapılacak inşaatlar konusunu düzenler. Şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerdeki özel orman alanlarında, 17.maddeye göre izin almak şartıyla, yatay alanın % 6'sını geçmemek üzere, imar planlamasına uygun olarak inşaat yapılabilecektir. Ancak, fiili durumla hukuki durum birbirini tutmamakta, % 6'lık inşaat izni çeşitli yollarla aşılmaktadır. Ayrıca aynı madde içinde özel ormanların 500 ha.'dan küçük parçalar halinde parçalanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Burada ortaya ifraz (ayırma) sorunu belirir, bu noktada ifraz işleminin özel ormanlar için uygunluğu ve hukukiliği tartışması da ortaya çıkar. Bu işlemde başta Anayasa olmak üzere, Orman Kanunu, Çevre Kanunu, , Boğaziçi Kanununa olan aykırılıklar görülecektir.

Ormanlardan yararlanma konusunda mülkiyet türü ne olursa olsun daima öncelikli olarak aranacak koşul "kamu yararının" varlığıdır. Oldukça değişken, esnek özelliklere sahip olması, tam bir tanımlamasının yapılamamış olması nedenleriyle kamu yararını her işlemde bir gerek şart olarak aramak güçtür. Gerçekten de bu kavram, değişken, nisbi ve dengeci bir niteliğe sahiptir. Kesin bir çerçeveye oturtulamamış olması, ormanlardan yararlanma konusunda subjektif uygulamalara yol açmaktadır. Bu nedenle kamu yararının tam bir tanımı yapılmalı ve ormancılık uygulamaları açısından neyin kamu yararı olduğu kesin olarak saptanmalıdır. Olaylara göre farklı kamu yararı tanımı yapıp bunu uygulamak, ormanların daha hızlı tahrip olmasına yol açacaktır. Bu nedenle ekonomik, politik, kişisel menfaat kaygılarıyla esnetilmeyecek bir kamu yararı kavramı bulunmalıdır. Bu noktada da, aranan kamu yararının önemli ve öncelikli olması ilk koşul olarak aranmalıdır. Yani, herhangi bir bina, tesis yapılmasında bulunan kamu yararının, orman varlığını sürdürmesiyle meydana çıkacak kamu yararından önemli ve öncelikli olması gereklidir. Bu şartın ormanlar aleyhine gerçekleşmesinin de ne kadar güç olduğu ortadadır. Çünkü çok az bina ve tesis kurulmasında orman olarak varlığını sürdürmesindeki kamu yararını geçebilecek bir başka kamu yararı vardır.. İkinci bir şart olarak da, bu tür bina ve tesislerin orman dışında bir taşınmazda yapılması mümkünse, ormana yönelinmemelidir.

Sonuç olarak; ormanlarda bina ve tesis yapılması, kesinlikle başka bir taşınmazda yapılması mümkün değilse ve yapılacak olan bina ve tesisin sağlayacağı kamu yararı, ormanın varlığını devam ettirmesinde oluşacak alandan fazlaysa ormandan yararlanma gerçekleşmelidir.

Günümüzde hızla azalan doğal kaynakların başında gelen ormanların korunması adına yapılacak bütün yasal düzenlemelerin ve gösterilecek tüm çabaların aslında insanlık ve onun geleceği adına yapıldığı daima gözönünde bulundurulmalıdır.



V

ÖZET

Türkiye’de Ormanlardan Yararlanmanın Yasal Esasları

Ormanlar insanoğlu için yaşamsal önem taşıyan doğal kaynakların başında gelmektedir. Orman ve insan arasındaki ilişkinin kökeni oldukça eskilere uzanır. Bu köklü birlikteliğin temelinde, daha çok insanın karşılıksız alma ve sürekli yararlanma hırsı yatmaktadır.

Ormanlar nitelikleri gereği ve bu yararlanma ilişkisinin sonucu olarak kamu mallarındandır ve bu sınıfın özelliklerini taşır. Ayrıca, ormanlar taşınmaz mallardandır. Bu nedenle de, özel hukuk anlamında taşınmaz hükümlerine tabi olması düşünülebilecektir. Böylelikle ortaya orman mevzuatıyla bağdaştırılması gereken durumlar çıkacak, örtüşen veya aykırı noktalar meydana gelecektir. Bu nedenledir ki, ormanlarla ilgili hemen her hukuksal konuda yorum güçlükleri, boşluklar, fiili durum ve kanunlar arası uyumsuzluklar göze çarpar.

Ormanlardan yararlanmanın yasal esasları konusunda da aynı güçlüklerle karşılaşılır. Yararlanmanın oldukça geniş bir kavram olmasından dolayı, bu çalışmada tüm şekiller ele alınmakla beraber, günümüzde çok fazla tartışılan ve yoğun orman tahribatına yol açan özel yararlanma biçimleri (izin, imtiyaz, tahsis, irtifak) üzerinde durulmuş, bunlar içerisinde de, uygulamada daha sık rastlanılması nedeniyle irtifak hakları detaylı olarak ele alınmıştır.

Söz konusu irtifak hakları olduğunda, oldukça karmaşık bir prosedürle karşılaşmaktadır. Bu hak, gerek kapsamının genişliği, gerekse içerdiği hakların çeşitliliği açısından çözümlenmesi güç bir yapıdır. İrtifak hakkının bu yapısıyla, nitelikleri gereğince kompleks bir bütün olan orman kavramı ve ona ilişkin hukuksal düzenlemeler birleştğinde daha zor, daha karmaşık bir sistem ortaya çıkar. Bu nedenle, öncelikle, bu yapı içinde kavramların neler ifade ettiği ve nasıl düşünülmesinin doğru olacağı tartışılmalı ve belli bir sonuca ulaşılmalıdır.

Bu çalışmada ilk olarak özel hukuk kapsamında ormanlardan yararlanmanın yasal çerçevesi çizilmeye çalışılmış ve ormanlara yönelik hükümler araştırılmıştır.

Anayasal düzenlemelerde “irtifak hakkı” kavramına yer verilerek, ormanlardan yararlanma belli ölçüde anayasal güvence altına alınmıştır. Buna göre, devlet orman mülkiyeti

devrolunamaz. Devlet ormanları devlet eliyle yönetilir ve devlet ormanları kamu yararına olmadıkça irtifak hakkına konu olamaz.

Cumhuriyetten sonraki dönemde de, 3116 sayılı ve ilk orman kanunundan başlamak üzere 6831 sayılı kanuna gelinceye dek ormanlardan yararlanma belli yasal çerçevelere oturtulmuş ve irtifak hakkı kavramı yasalarda değişmez yerini almıştır.

Bu şablon altında devlet ormanlarına yönelik olarak yapılan irdelemeler, diğer orman mülkiyet türleri olan; kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlar ve özel ormanlar için de yapılmış ve konu çeşitli boyutlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Tüm ormanlardan yararlanmanın temelinde yer alan ve gerek şart niteliği taşıyan ayrıca son günlerde tartışmalara konu olan “kamu yararı” kavramı ele alınmış ve genel anlamda ve ormanlarda kamu yararı adları altında açıklanmaya çalışılmıştır.



V

SUMMARY

“Legal Principals of Benefiting From Forests In Turkey”

Forests are one of the most vital important natural resources. The origin of the relation between forest and human being goes on to ancient times. In this relation; human being behave very selfish and like to take something from forests complimentary but forests don't want anything from human being who have an enormous utilization greed.

Forests are public property. Because they serve to people in various aspects and their characteristics are like public property. Forests are real property so they can be think interested in the frame of special law. But some differences can occur between forest legislation and special law. In almost every topics about forest and forest legislation; there are some difficulties in commentary of forest law, lackings in article of law and in harmonious positions between in real or in law.

Some difficulties occur in the utilization from forests. In this thesis; explained subjects are utilization methods which are called permissions, privileges, assignments and right of servitude especially rights of servitude are taken up with all details.

Servitudes have a complex structure, it is difficult to understand and interpret this rights. Because, there are a lot of kinds of it and it's content is very extensive. When the rights unite with forest laws, occurred position can be very bad to understand everything. At the end of this, nobody understands this rights. So Something's about this rights must be explained for example; what is the meaning of some concepts in this rights? What is true? And what must we do? Consequently; Results are obtained from this studying.

When looking at forest legislation; there are some legal arrangement in The Constitution of 1982 (Art. 169-170) about forests and Servitudes in forests. According to Article 169, state ownership cannot be transferred. State forests are administrated by the state. These forests cannot be owned by accusatory prescription and cannot be the subject of the right of servitude except for public benefit. This article is very important to protect forests.

Some changes were made in forest laws after 1936 and they are tried to explain in this thesis.

There are three categories of forest ownership accepted as state forest, forest belonging to public legal entities and private forests. In the beginning of the thesis state forest were explained so the other's must be explained. Because they have some different characteristics from state forest.

At the end of the thesis; the concept of the public benefit was defined in two parts. In the first part; general public benefit was defined, in the other part, public benefit in the forest was defined.



VI

KAYNAKLAR

AEBY,F. (1983): La Propri  te Des Appartements, 3e   d. Bruxeelle.

ACUN,N.(1945):Ormanlarımız ve Cumhuriyet H  k  metinin Orman Davası, Ankara.

AKILLIOĞLU,T. (1991):Kamu Yararı Kavramı   zerinde Düşünceler,   dare Hukuk Dergisi,   stanbul.

AK  PEK, J.(1969):Mülkiyet Kavramı   zerinde Bir   nceleme, Batı Dergisi, s.1, Ankara.

AK  PEK,J.(1972):  st Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, s.25, Ankara.

AK  PEK,J.(1973):Türk Eşya Hukuku cilt 1, Ankara

AK  PEK,J.(1973):Türk Eşya Hukuku cilt 2, Ankara.

AK  PEK,J.(1973):Türk Eşya Hukuku cilt 3, s.110-116, Ankara.

AK  PEK,J.(1977):Devlet Orman   st Hakkı. Osman Fazıl Berk  'ye Armağan A.Ş.M.F. Arazisi   zerinde Yayımı, Ankara.

AKSOY,M.(1987):Anayasalarımız ve Ormanlarımızın Korunması, 3116 sayılı Orman Yasası ve Sonrası Adlı Kitaptan, Ankara.

AK  NAL, T.(1995):Türk Medeni Hukukunda Kişiler,   stanbul.

AKMAN, S.(1990):Kadastro Kanununun   ncelenmesi,   stanbul.

ARAL,V.(1962): İnşaat (Üst) Hakkı, s.29-74, İstanbul.

AYBAY, A., HATEMİ,H. (1981): Eşya Hukuku Dersleri, s.173-175, İstanbul.

AYANOĞLU,S.(1985):Orman Mülkiyeti ve Sınırları, İstanbul.

AYANOĞLU,S.(1987): 3116 Sayılı Kanun ve Sonrası Adlı Tebliği. Aynı İsimli Kitaptan, s.21, Ankara.

AYANOĞLU,S.(1997):Devlet Orman Mülkiyeti ve Devlet Orman İşletmeciliği Prensipleri. M.Ü.Türkiye Ekonomisi Araştırma Merkezi ve Frederich Naumann Vakfı Ankara.

AYAN,M.(1994):Eşya Hukuku, cilt 3, Konya.

AYTUĞ,B.(1976):Orman Tanımlaması Ve Bu Tanımlamada Yer Alan Ağaç ,Ağaççık Ve Çalı Kavramları .O.G.M. Yayınları ,Ankara.

BARKAN, Ö.L.(1980):Türkiye’de Toprak Meselesi, İstanbul.

BARKSIZ,A.(1957):İslam ve Türk Hukukunda Orman Mülkiyeti ve Orman Sahalarında Mülkiyet Esasları, Orman ve Av Dergisi, özel sayı.

BAŞARAN,Ö., TUNCEL,F.(1987):Orman Kanunu İle İlgili Mevzuat, Açıklamalı İçtihatlı. s.118 vd. Şafak Matbaası, Ankara.

BAYRAKTAROĞLU,H.(1968): Anayasa Muvacehesinde Orman İrtifak Haklarının Geleceği İ.Ü.O.F.Y. Seri B cilt 18, s.1, İstanbul.

BENLİOĞLU,M.(1982):Ormanlarda Tesis İzni ve İrtifak Hakkı, Orman Mühendisliği Dergisi, s.12, syf.30-33, Ankara.

BERTAN,S.(1976):Ayni Haklar ,Cilt 2 Ankara.

BİLGİN,P.(1988): İdare Hukuku Notları, s.28-29, İstanbul.

BİLGİN,P.(1996):İdare Hukuku Dersleri, İdare Malları, İstanbul.

BİLGİN,P. (1992): Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları İ.Ü.Siyasal Bilgiler F. Dergisi, İstanbul.

BONFANTE,P.(1928):Histoire Du Droit Romain cilt, 2 s.46.Paris.

CİN,H.(1975):Eski ve Yeni Türk Hukukunda Mer'a Yaylak ve Kışlaklar, Ankara.

CUBBAGE,F.; LAUGHLIN,J.; BULLOCK,C.(1993):Forest Resources Policy. S.356-384. John Wiley and Sons Inc.New York ABD.

ÇAĞLAR,Y.(1979): Türkiye’de Ormancılık Politikası (Dün), Ankara.

DİKER,M.(1947):Türkiye’de Ormancılık, İstanbul.

DOĞANAY,Ü.(1974):Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları, Mimarlık Dergisi, Temmuz s.7, Ankara.

DOĞANAY,Ü.(1974):Toprak Mülkiyeti ve İmar Hakkı Çelişkisi, Yapı Dergisi, Haziran s.6, Ankara.

DURAN,L.(1982):İdare Hukuku Ders Notları, İ.Ü.H.F.Y. s.2, İstanbul.

DÜREN,A.(1975):İdare Malları, Ankara.

EID,J, ELLÉFSON,P.ØISTAD,K.(1992):Journal of Forestry, June s.17, Norways
Forest Trust Fund.

EKİNCİ,O.(1996):İstanbul'u Sarsan 10 Yıl.İstanbul

ELBİR,H., SAYMEN,F.(1954):Türk Eşya Hukuku. s.518-528, Ankara.

EREN,F.(1991):Toprak Hukuku, İstanbul.

FAO (1993):Forest Ownership And Administration.

FAO (1986):Forest Legislation.

FINDIKLIGİL,Y.(1966):Maden Hukuku s.88, Ankara.

GİRİTLİ,İ., AKGÜNER,T.(1987): İdare Hukuku Dersleri, İstanbul.

GORDON,W (1955):The Law Of Forestry

GÖZE,A.(1993):Siyasal Düşünceler veYönetimler .Beta Yayınları .İstanbul.

GUYOT(1968):Code Forestier,Tome 1 ,s.1, Paris.

GÜLAN,A.(1995): Kamusal Mallardan Yararlanma Usulleri Doktora Tezi, İstanbul.

GÜRSOY,K.(1970): Türk Eşya Hukuku,Zilyedlik ve Tapu Sicili, s.212, Ankara.

GÜRSOY,EREN,CANSEL.(1984): Eşya Hukuku. II.Bası, s.866-878-908-942-945,
Ankara.

GÜRZUMAR,O.(1995):Kamu Malı Taşınmazlar Üzerinde Üst Hakkı Doktora Tezi., İstanbul.

HESKE,F. (1953):Türkiye’de Orman Davası. Çeviren:İsmail Eraslan, syf.8, İstanbul.

HOMBERGER,B.(1953):Tapu Sicili ve Zilyedlik. s.206-207, Ankara.

HATEMİ, SEZORAN, ARPACI.(1991):Eşya Hukuku, s.404, İstanbul.

İLHAN,U.(1977):Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı İ.Ü.H.F. Yayını.

İMRE,Z.(1951):Kaynak ve Yeraltı Suları,Hukuki Durumları,İstanbul.

İNAL,S.(1969):Ormancılık Politikası Ders Notları .İstanbul

İspanya Orman Kanunu,(1955):O.G.M. Yayınları Ankara.

İSTANBULLU,T.(1979):Türkiye’de Orman Rejimi,İ.Ü.Orman Fakültesi Yayınları no:2631-271,İstanbul.

KARAFAKI,W.(1946): Kanun’i Medeni’de Ayni Haklar, Ankara Bâl Üniversitesi, Adalet Bk. Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara.

KARAHASAN,M.(1977):Türk Medeni Hukuku, Eşya Hukuku, cilt 1-2, s.1061-1043, Ankara.

KARAYALÇIN,Y.(1975):Kanunlarımız Doktrin ve Uygulama Açısından Mera ve Yaylaklar. Emvali Metruka A.Ü.H.F.D. cilt XXXII, Ankara.

KARTAL,B.,(1982): Orman ve AYM Kararları .Ankara

KELEŞ,R.(1975): Kentleşme ve Kamu Yararı. Ekonomi -Hukuk Kongresine Sunulan Tebliği, s.11, Ankara.

KELEŞ,R.(1989): Kıyıların Korunması ve Toplum Yararı, A.Ü.S.B.F. Dergisi cilt, XLIV, s.58-525, Ankara.

KÖPRÜLÜ,B., KANETİ,S.(1982-1983):Sınırlı Ayni Haklar, s.98-116-127-133-145-149-181-182, İstanbul.

KÖPRÜLÜ,B.(1948):Türk Hukukunda Orman Mülkiyeti İ.Ü.H.F.M., İstanbul.

KUTLUK,H. (1967): Türkiye Ormancılığıyla İlgili Tarihi Vesikalar. Cilt 2, Ankara.

KUTLUK,H.(1914): OGM Muhtırası, Muhtıranın Aslı, 2 Şubat 1330. (1914 tarih ve 32 sayfalı taş basması).

LAUGHLIN,O. MESSINA,M.(1988):Journal of Forestry July, Suredish Forestry and Forest Pollicy.s.21 vd. ABD.

MERRIAM,WEBSTER'S DICTIONARY OF LAW (1998):s.159, Massachusetts. ABD.

OĞUZMAN,K., SELİÇİ,Ö.(1992):Eşya Hukuku, s.697-689-698-703-707, İstanbul.

OLGAÇ,S.(1980): İctihatlar, TMK Şerhi 4.Bası s.728, Ankara.

ONAR,S.S.(1943): İdare Hukuku.İstanbul.

ONAR,S.S.(1944):Türk Hukukunda Amme Emlaki Teorisi Ebul'ula Mardin'e Armağan.İstanbul.

ONAR,S.S.(1960):İdare Hukuku, cilt 1-2, s.13-38-1335-1337 İstanbul.

ÖRÜCÜ,E.(1976):Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı. s.77 vd., İstanbul.

ÖZAY,İ.(1996):Günüşğında Yönetim. s.231-632-661-663 vd., İstanbul.

ÖZAKMAN,C.(1978): Türk Hukukunda Mecra İrtifakı,İstanbul

ÖZDÖNMEZ,M., İSTANBULLU, T., AKESAN,A.(1996):Ormancılık Politikası, s.256 vd, İstanbul.

PAİLLİE,N.(1957): Cours De Droit Forestier Nancy, France.

REİSOĞLU,S.(1973):Türk Eşya Hukuku, s.219 vd. Ankara.

RENDAN,ONURSAN.(1976) :Orman Kanunu.s.278, Ankara.

RUEDİN,R.(1969): Le Droit R  el De Superficie, Neuchatel.

RURAL POLITICS (1996).

SİRMEN,L.(1995): Eşya Hukuku Dersleri, Savaş Yayınları, Ankara.

TAHİROĞLU,B.(1981):Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, s.37 vd.

TANDOĞAN,H.(1952):Türk Hukukunda Mecralar ,AÜHFD cIX ,sayı 34 ,s.142

TEKİNAY,S.(1994):Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar II/3. İstanbul

TOYGAR,S.(1964): Eski Yeni Hükümlere Göre Orman Anlamı ve Ormanların Mülkiyet Bakımından Bölünüşü, OGM Yayınları.s.14-42, İstanbul

TROTABAS (1924):De L'utilisation Du Domaine Public These.

TUNAYA,T.Z.(1975):Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku,İ.Ü.H.F.Yayınları 454
İstanbul.

TUNÇSİPER, M.N.(1964): Orman Mevzuatımız.

ULUSAN,İ.(1977): Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama
Alanı. İ.Ü.H.F.Yayını, İstanbul.

USLUOĞLU,A.,(1976): Ormanlarda Üst Hakkı Tesisi 29.08.1976 tarihli Cumhuriyet
Gazetesi, Ankara.

USLUOĞLU,A.(1977):Ormanlarda Üst ve İnşaat Hakkı Yargıtay Dergisi, cilt 3,
syf.3-4., Ankara.

ÜÇÖK,C., MUMCU,A.(1987):Türk Hukuk Tarihi, s.216, İstanbul.

VELİDEDEOĞLU,H.V.(1963):Türk Medeni Hukuku 3.Bası, İstanbul.

WALKER, D.(1980): The Oxford Companion to Law, Clarendon Press Oxford
pp.1007.

YAYLA, Y.(1990): Kamu Malı Üzerinde İrtifak Hakkı Tesisi. İdare .Hukuku. Dergisi.
İstanbul.

YAYLA, Y.(1975):Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği,
İstanbul.

YAZMAN,İ.(1965):Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabi Olduğu Rejim. S.202,
Ankara.

YILDIRIM,T.(1997):Tabii Servetler ve Kaynakların Hukuki Statüsü.. M.Ü.Türkiye Ekonomisi Araştırma Merkezi ve Frederich Naumann Vakfı Ankara.

ZEVKLİLER,A.(1970): Taşınmaz Sınır İhtilafları.



VII

ÖZGEÇMİŞ

1971 yılında Adana’da doğdu.

1977-1988 yılları arasında ilk ve orta öğrenimini Adapazarı’nda tamamladı.

1988-1992 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi, Orman Mühendisliği Bölümünde lisans eğitimini tamamladı.

1992 yılında İ.Ü.Fen Bilimleri Enstitüsü ,Orman Ekonomisi programındaYüksek Lisans eğitimine ve aynı yıl Orman Fakültesi Ormancılık Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak göreve başladı.

1994 yılında İ.Ü.Hukuk Fakültesine girdi ve halen Hukuk Fakültesi 4. sınıf öğrencisi olarak eğitimini sürdürmektedir.

1994 yılında İ.Ü.Fen Bilimleri Enstitüsü Orman Mühendisliği Bölümü Ormancılık Hukuku Programı’nda Doktora eğitimine başladı. Halen aynı bölümün Ormancılık Hukuku Anabilim Dalı’nda görevine devam etmektedir.

İyi derecede İngilizce bilmektedir.