

ORMANLAR ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAKLAR

Doç. Dr. Sedat AYANOĞLU¹⁾

Kısa Özet

Kamu mallarından yararlanma genel olarak izin, imtiyaz, ruhsat gibi idari usullerle mümkündür. Kamu malları üzerinde Sınırlı Ayni Hak tesisi ise istisnai durumlarda sözkonusudur. Orman Mevzuatı, ormanlar üzerinde bina ve tesisat inşasına, müstakil ve sürekli ayni haklar tesisine öteden beri izin vermektedir. Bu araştırma ile ormanlarda sınırlı ayni haklar tesisine ilişkin hükümlerin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesine çalışılmıştır.

1. GİRİŞ

Medeni Kanunumuzun IV. kitabının sınırlı ayni haklara ilişkin kısmı "Mülkiyetin Gayri Ayni Haklar" başlığını taşır ve üç bölüme ayrılır. I. bölümde irtifak hakkı ve gayrimenkul mükellefiyeti, II. bölümde gayrimenkul rehni, III. bölümde de menkul rehni düzenlenmiştir. Bu üç bölümden konumuzu ilgilendiren sadece I. bölümdür. Zira, gerek Anayasalarda, gerekse orman mevzuatında ormanlarda kurulmasına izin verilen yegane sınırlı ayni hak türü budur.

Araştırmanın başlığı her ne kadar "Ormanlar üzerinde Sınırlı Ayni Haklar" şeklinde ise de burada irtifak hakları üzerinde durulacaktır.

1937 tarih 3116 sayılı Orman Kanunundan itibaren ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesisine izin verilmektedir. Ancak, Orman mevzuatındaki düzenlemeler, Medeni Kanun sistematığına uygun değildir ve yeterli açıklıktan yoksundur.

Orman Kanunlarında öteden beri ikili bir düzenleme sözkonusudur. Ormanlarda sınırlı amaçlarla bina ve tesisat yapılması "izin" olarak nitelendirilirken, bir başka madde de "irtifak" hakkından söz edilmektedir. Bu düzenleme tarzı doktriner tartışmalara da konu olmuştur.

Bu araştırma ile ormanlar üzerinde kurulmasına izin verilen irtifak hakları özellikle üst hakkı üzerinde durulmuş, bu ikili düzenlemenin nedenleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

1) İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Ormancılık Hukuku Anabilim Dalı

Ayrıca, Devlet ormanlarında tespit ve ilan edilecek turizm bölge, alan ve merkezleri hakkın da özel düzenlemeler getiren 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun da bir değerlendirmesi yapılmıştır.

2. GENEL OLARAK İRTİFAK HAKLARI

2.1 İrtifak Hakkının Tanımı, Konusu, Kapsamı

İrtifak hakkı, bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan bir ayni haktır. Ayni hak olarak herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir etkiye sahiptir. Ancak, hak sahibine eşya üzerinde sınırlı bir hakimiyet sağlar.

İrtifak hakkının konusu yalnız eşyadan veya eşyanın özünden elde edilebilecek menfaatlerden yararlanma imkânından ibarettir.²⁾

Türk Medeni Kanunu, irtifak hakkının bir şahıs lehine kurulmasına imkân verdiği gibi, taşınmazlar dışında, menkul mal veya alacaklar üzerinde kurulabilen "intifa" hakkını, bir taşınmaz üzerinde tam bir yararlanma yetkisi sağlayan "Üst Hakkı"nı da irtifak hakkı kapsamına almıştır.

2.2 İrtifak Hakkının Türleri

İrtifak hakları "Nesneye bağlı irtifaktır", "Kişisel irtifaklar" şeklinde iki bölümde incelenmektedir.

2.2.1 Nesneye Bağlı İrtifaklar

Bu irtifak tipinde biri irtifak hakkından yararlanan, diğeri irtifak hakkıyla yükümlenen iki ayrı nesne mevcuttur. Yararlanan nesneye malik olmak, diğer nesne üzerinde kurulmuş bulunan irtifak hakkına sahip olma sonucunu doğurmaktadır. Bu irtifak hakkı sadece taşınmazlar için söz konusudur. (M.K. m. 703/716) ve "Taşınmaz irtifakı" olarak adlandırılır.

2.2.2 Kişisel İrtifaklar

Kişisel irtifaklarda hak bir nesneye değil, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişiye veya bir topluluğa bağlanmaktadır. (M.K. m. 753)

Bu irtifaklar da ikiye ayrılmaktadır:

a) El Değiştiremeyen İrtifaklar

Belli bir kişiye bağlanmışlardır, Sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla veyahut miras yoluyla bir başka kişiye geçmezler.

Bu tip irtifaklar; "İntifa Hakkı" (M.K. m. 717 vd.) ve "Sükna Hakkı" olmak üzere iki tanedir.

b) El Değiştirebilen Kişisel İrtifaklar

Bu tip irtifak hakları, sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla veyahut miras yoluyla başkalarına geçebilmeleri açısından diğerlerinden ayrılmaktadır.

El değiştirebilen kişisel irtifaklar; "İnşaat Hakkı" (M.K. m. 751), "Kaynak Hakkı" (M.K. m. 752) ve "Düzensiz İrtifak Hakları" olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

2) KÖPRÜLÜ - Bülent, KANETİ - Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1982, s. 42-43.

2.3 İrtifak Hakkının Mülkiyetin Kanuni Takyitlerinden Farkı

Mülkiyetin kanundan doğan daraltımları sınırlı ayni hak niteliği taşımazlar. Bunlar doğrudan doğruya (ipso iure) kanundan doğarlar ve tapu kütüğüne tescil edilmezler. Malik, kanunun koyduğu bu sınırlamalara uymak zorundadır. Ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur.³⁾

Medeni kanunda düzenlenen "Mecraları Geçirme Hakkı" ve "Zaruri Geçit Hakkı" gibi daraltımlar ise doğrudan bir etki yaratmayıp, bu daraltımdan yararlanacak kişilere nesnel bir talep hakkı sağlarlar. Taşınmaz maliki, kanunun koyduğu objektif şartların mevcudiyeti halinde bu kişiler lehine taşınmazı üzerinde bir yük kurmak zorundadır (M.K. m. 642/I.II). Bu tür irtifaklar iradi irtifaklardan kuruluş dayanağı yönünden farklıdır. Zira, bu tür daraltımlarda taşınmaz malikine bir irade serbestisi tanınmamıştır. Ayrıca, kanuni takyitler kanun hükmünde oldukları için bu hüküm ortadan kalkması ile varlıklarını yitirirler. Halbuki sınırlı ayni haklar müktesep hak teşkil ettiklerinden, ilgili kanun hükmü yürürlükten kalksa bile varlıklarını sürdürürler.⁴⁾

Ormanlar açısından da durum genel düzenlemeden farklı değildir.

İradi irtifaklar Orman Kanunu'nun 17. ve 115. maddelerinde düzenlenmiştir ki, bunlar aşağıda incelenecektir.

Orman mülkiyetinin kanundan doğan doğrudan daraltımları "Orman İntifa Haklarını" oluştururlar. Bunlar orman köylülerine tanınmış faydalanma haklarıdır. (O.K. m. 19, 31, 32, 33, 34 maddeler)

Bu haklar doktrinde "Sübjektif Amme Hakları", "Zayıflatılmış Haklar" veya "Şarta Bağlı Haklar" şeklinde nitelendirilmektedir.⁵⁾ Sübjektif amme haklarının tesisi ve ortadan kaldırılmaları Kamu Hukuku kurallarına tabidir.

Orman Mülkiyetinin Kanun'dan doğan dolaylı daraltımları (mecraları geçirme ve zaruri geçit hakkı) hakkında orman kanununda hüküm yoktur. Bu konuda Medeni Kanunu'nun genel hükümlerinin ormanlara da uygulanması gerekir. Ancak, Orman İdaresi bu hakları da irtifak hakkı biçiminde kurmaktadır.

3. DEVLET ORMANLARI ÜZERİNDE KURULABİLEN SINIRLI AYNI HAKLAR

3.1 Anayasa Hükümleri

Çok partili döneme girilmesiyle birlikte artan orman tahribini önlemek amacıyla 1961 Anayasa'sına ormanlar hakkında geniş kapsamlı hükümler konmuştur.⁶⁾

1961 Anayasasının 131. maddesinin 2. fıkrasına göre Devlet ormanları kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.

1970 yılında 1055 sayılı kanunla 1961 Anayasasının 131. maddesi değiştirilmiş, ancak bu hükme dokunulmamıştır. 1982 Anayasasının 169. maddesinin ikinci fıkrası ile aynen benimsenen bu hüküm bugün halen yürürlükte.

Maddede sözü edilen kamu yararı kavramı sübjektif bir kavramdır. Orman kanunları, bu meseleyi idarenin takdirine yer vermeyecek biçimde tesbit etmiş bulunmaktadır. Ormanlar üzerinde kurulacak irtifak haklarının hangi durumlarda kamu yararı taşıdıkları orman kanunlarında tahdidi olarak belirtilmiş bulunmaktadır.

3) KÖPRÜLÜ - KANETİ, a.g.e., s. 6, Dipnot 6.

4) GÜRSÜY ve arkadaşları, a.g.e., s. 765, OĞUZMAN - SELİÇİ, a.g.e., s. 429, WIELANT, a.g.e., Art. 680, No. 3/a.

5) BAYRAKTAROĞLU, Hayri, Anayasa Muvacehesinde Orman İrtifak Haklarının Geleceği, İ.Ü.O.F.D., Seri B, Cilt XVIII, s. 1, 1968, s. 7-15.

6) İNAL, Selahattin, Türkiye'de Anayasa Ormancılık İlişkileri, İst. 1971, s. 3 vd.

3.2. Orman Kanunu Hükümleri

3.2.1 3116 Sayılı Kanun

İrtifak hakları ile ilgili ilk hükümler 1937 tarih ve 3116 Orman Kanununda yer almıştır. Bu kanunun 16. maddesine göre ormanlar üzerinde irtifak hakkı Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilir. Ayrıca 25. maddenin 2. fıkrası gereğince ormanlarda umumi sıhhat, emniyet ve muhafaza icabı yapılacak her nevi bina ve tesisat için Ziraat Vekâletinden izin almak gerekir.

Görüldüğü gibi bu iki madde arasında kapsam ve yöntem açısından farklar mevcuttur.

16. madde kanunun üçüncü faslında yer alır ve bu fasıl "Devlet ormanlarının satılması ve bunlar üzerinde irtifak tesisi ve bu ormanlarda civar köylerin hakları" başlığını taşır. 25. madde ise "Ormanların korunması" başlığını taşıyan 5. fasılda yer almaktadır.

Şu halde, 3116 sayılı kanun Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisini Medeni Kanun anlamında sürekli ve müstakil ayni hak derecesinde kabul etmiş ve bu fasılda düzenlenmiştir. İrtifak hakkı kurma işlemini de daha sıkı bir prosedüre tabi tutmuştur.

25. maddede de yer alan düzenleme ise sadece Devlet ormanları için değil, tüm ormanlar için geçerlidir. Bu hükümle tüm ormanlarda kamu yararına veya orman ürünlerini işlemek üzere bina ve tesisat inşasına "izin" verilmektedir. Bu izni vermeye yetkili merci ise Ziraat Vekâletidir.

Şu halde, ilk modern orman kanunu sayılan 3116 sayılı kanun, ormanlar üzerinde kamu yararına irtifak hakkı kurulmasına izin vermiş, ancak Devlet ormanları ile diğer ormanları farklı düzenlemelere tabi tutmuştur. Devlet ormanları bakımından "kamu yararı" ölçüsünü sınırlamamış ve bu hususun takdirini Bakanlar Kurulu'na bırakılmıştır. Diğer ormanlar da ise, orman hasılatı işleyecek olanların yapacağı binalar dışında, sadece umumi sıhhat, umumi emniyet ve menfaat icabı yapılaşmaya izin vermiştir. Bu izin Ziraat Vekâleti tarafından verilecektir. Ziraat Vekâletinden izin alan özel orman veya kamu kurumlarına ait orman malikleri, binayı irtifak hakkı kurmadan yapabilecekleri gibi kendi lehlerine veya başkaları lehine irtifak hakkı kurarak da yapabileceklerdir.

3.2.2 6831 Sayılı Kanun

1956 yılında 3116 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 6831 sayılı kanunun konuyu düzenleyen maddeleri 17. ve 115. maddelerdir.

115. madde "Devlet ormanları üzerinde herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Ziraat Vekâletlerinin tasvibine bağlıdır" hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü gibi 6831 sayılı kanun ile Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Ziraat Vekâletlerinin iznine bağlanmıştır.

17. maddenin 3. fıkrası ise, 3116 sayılı kanunun 25. maddesine yaptığı küçük bir farkla aynen benimsemiştir.

17. maddenin 3. fıkrasına "estetik ve turistik bakımdan yapılacak her nevi bina ve tesisat" şeklinde bir ilave yapılarak kapsam genişletilmiştir.

Sonuç olarak, 6831 sayılı kanun Devlet ormanlarında irtifak hakkı tesisini basitleştirmiş ve ormanlarda yapılacak bina ve tesisat kapsamını "estetik ve turistik" amaçlı yapıları da ekleyerek genişletmiştir.

Bu hükümler yürürlükte iken 1961 Anayasasının yukarıda incelenen 131. maddesi devreye girmiş ve konuya anayasal bir çerçeve çizmiştir.

3.2.3 2896 Sayılı Kanun

23.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2896 sayılı kanun 6831 sayılı kanunun pek çok hükümlerini değiştirmiş bulunmaktadır. Ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin hükümlerde değiştirilmiştir.

Devlet ormanlarını ilgilendiren 115. madde aynen muhafaza edilmekle birlikte izin vermeye yetkili bakanlıklar Maliye ve Tarım ve Orman Bakanlıkları şeklinde düzeltilmiştir.

17. madde ise "Devlet ormanları içerisinde tespit edilecek turizm bölge, alan ve merkezleri" ayrı tutarak, kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için, gerçek ve tüzel kişilere Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı'nca, irtifak için kullanım bedeli karşılığında izin verileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi, 2896 sayılı kanun 17. maddede esaslı değişiklikler yapmıştır.

Herşeyden önce Devlet ormanları içinde tesbit edilecek turizm bölge, alan ve merkezleri bu kanun kapsamından çıkarmıştır. Bu gibi yerlerde turizmi teşvik kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır ki bu kanun aşağıda incelenecektir.

2896 sayılı kanunla Anayasa'da belirtilen "kamu yararı" kavramının içeriğini tespit etmekten vazgeçilmiş ve genel olarak "kamu yararına olan her türlü bina ve tesis" için izin verileceği hükme bağlanmıştır.

Devlet ormanları üzerinde herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi için bu hakkın kurulmasında kamu yararı bulunması kâfi görülecek midir? Bir başka deyişle kamu yararının bulunması durumunda ilgili bakanlıklar izin vermek zorunda mıdır? Kanaatimizce bu durumda ilgili bakanlıkların böyle bir mecburiyetleri yoktur. Bu bakanlıklar talebi inceleyerek ormanların korunması ve devamlılığı açısından böyle bir hakkın tesisinin sakıncalı olup olmadığını inceleyecekler, şayet bir sakınca görmezlerse bu izni vereceklerdir. Aksine bir görüş Anayasanın 169. maddesindeki ormanların kurulması ile ilgili hükümlere ters düşülmesi sonucunu doğuracaktır.

Değişik 17. maddede ise, herşeyden önce Devlet ormanları içerisinde tespit edilecek "Turizm bölge, alan ve merkezleri"ni ayrı tutarak, kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler ile orman ürünlerini işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı'nca, intifa için kullanım bedeli karşılığında izin verileceğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm aynı zamanda irtifak hakkı tesisinin ilgili bakanlıklarca verilecek izne bağlı olduğu açıkça belirtmektedir. Bu bakanlıklar izin talebini ormanların devamlılığı ve korunması açısından inceleyecekler ve herhangi bir sakınca görmezlerse izin vereceklerdir.

Görüldüğü gibi, mevcut hükümler çeşitli tereddütleri davet etmektedir. Bu tereddütlerden bir tanesi, Anayasa'nın 169. maddesi hükmünde geçen "irtifak" teriminin Medeni Kanun anlamında kullanılıp kullanılmadığıdır. Bunun yanında M.K.'da sözü edilen irtifak türlerinin tamamını kapsayıp kapsamadığı meselesinin de cevaplandırılması gerekir.⁽⁷⁾ Bu hususlar aşağıda etraflı şekilde incelenmiştir.

3.3 Orman Kanunundaki İkili Düzenlemenin Nedenleri

Ormanlar üzerinde irtifak hakları kurulması ihtiyacı, esasen çeşitli yerleşim merkezleri arasında irtibatın sağlanması ihtiyacından doğar. Bunlar Karayolları, PTT, elektrik, su, gaz, petrol boru hatları gibi tesislerdir. Bu hizmetler kamu hizmetleri cümlesindedir ve kamu kuruluşlarınca yerine getirilir. Ormanların korunması ve devamlılığı ilkesinde ne kadar kamu yararı varsa, bu hizmetlerin düzenli ve sürekli bir biçimde karşılanmasında da aynı derecede kamu yararı vardır. Bu nedenle, ilk orman yasasından bu yana, yasa koyucu bu ihtiyacı gözönünde tutarak ormanlar

(7) Nitekim bu hususlar doktrinde de tartışılmıştır. (Bkz. AKİPEK Jale, a.g.e.) Aksi görüldüğü için USLUOĞLU, H. Avni, Ormanlarda Üst Hakkı, 28 Ağustos 1976 tarihli Cumhuriyet Gazetesi, aynı konuda İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi'nde vermiş olduğu konferans.

üzerinde kamu yararına olmak üzere irtifak hakkı kurulması imkânını vermiştir. (3116 s.k. md. 16) Bunun yanında umumi sıhhat ve umumi menfaat ve emniyet nedenleriyle ormanlar üzerinde irtifak hakkı kurulabilir. Burada kastedilen hastahaneler, savunma tesisleri, yasak bölgeler vs.'dir. Bu hizmetler de önde gelen kamu hizmetlerindendir. Bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için de bazen ormanlar üzerinde irtifak hakları tesisine ihtiyaç duyulur. Bu hizmet türlerinde de devamlılık esastır. Bu nedenle kurulacak irtifak haklarının sürekli bir biçimde kurulması gerekir. Bu maddede sayılanların dışında bir amaçla ormanlar üzerinde bina ve tesisat inşasına izin yoktur.

3116 sayılı kanun irtifak hakkını II. kısmın üçüncü faslında "Devlet ormanlarının satılması ve bunlar üzerinde, irtifak hakkı tesisi ve bu ormanlara civar köylerin hakları", başlığı altında düzenlenmiştir. (md. 16) Bu maddede Devlet ormanlarının devri ve Devletin bu ormanlar üzerindeki yetkisinin müstakil ve daimi aynı haklarla sınırlandırılması düzenlenmektedir. Yasa koyucu, irtifak hakkını ormanların satılması derecesinde bir mülkiyet sınırlaması olarak kabul etmiş ve bu faslında düzenlemiştir. Ayrıca, bu maddede, Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulması Bakanlar Kurulu'nun bu konuda karar vermesi şartına bağlanmıştır ki, bu da dönemin ölçülerine göre oldukça ağır bir şarttır. Aynı maddede Devlet ormanlarının toprağı ile birlikte şahıslara veya müesseselere devir ve temlik ise bir kanun ile izin alınması şartına bağlanmıştır.⁽⁸⁾

Ormanlarda bina ve tesisat yapılmasını düzenleyen 25. madde ise, aynı kısmın beşinci faslında "Ormanların korunması" başlığı altında yer almaktadır ve burada tüm ormanlar sözkonusudur. Bu husus da, bize burada sözkonusu olan bina ve tesisat için verilecek izinlerin müstakil ve daimi bir aynı hak mahiyetinde olmadığını düşündürmektedir. Ayrıca burada ormanlarda yapılacak bina ve tesisat için Ziraat vekâletinden izin alınması yeterli görülmüştür. Bu şart 16. maddedeki şarta nazaran çok daha hafiftir. Bu durum yasa koyucunun sınırlı sebeplerle ormanlarda bina ve tesisat yapılması için izin verilmesini orman mülkiyetini sınırlayacak derecede bağımsız ve daimi bir aynı hak derecesinde görmediğini gösterir. Uygulamaya bakıldığında her iki maddenin sağladığı bu imkânların tam olarak kullanılmadığı görülmektedir. 1937 yılında Devlet henüz kendi ormanlarına bile sahip değildir. Ormanlar sözleşme ile müteahhitler tarafından işletilmektedir. Ormanların tahdidi ise, yepyeni bir kavramdır, ve bu işi yapacak teşkilat dahi yoktur. 1937 yılını takip eden 10 sene içinde Devlet, ancak kendi teşkilâtını kurabilmiş, mevcut sözleşmeleri fesh ederek Devlet orman işletmeciliğine başlayabilmiştir. 3116 sayılı kanununla ormanların kadastro-suna esas teşkil edecek haritaların alınması işi için 10 yıllık bir süre konulmuşsa da (3116 S. K. md. 21) 1984 yılı itibarıyla kadastro yapılabilen orman alanı tüm orman alanının %45'idir.

Ülkemiz ormancılığının 1937 yıllarındaki durumu ve irtifak hakları konusundaki uygulamalar başlangıçta ormanlar üzerinde kanunda sayılan amaçlarla bina ve tesisat yapılması işinin yani 3116 S. K.'nın 25. maddesindeki düzenlemenin M.K. anlamında bir irtifak hakkı olarak düşünülmeyeceği kanaatini uyandırmaktadır. 3116 S. K.'nın 16. maddesi düzenlemesi ise daimi ve müstakil olarak kurulması gereken haklara ilişkindir denilebilir.

1956 yılında 6831 S. K.'nın 17. maddesi ile yukarıda sayılan sebeplere "turistik amaçla yapılacak bina ve tesisat" ibaresiyle yeni bir sebep daha eklendiği görülmektedir. Bunun yanında, izin vermeye yetkili makamlarda da değişiklik yapılmış, 115. madde sözü edilen irtifak hakları için Maliye ve Ziraat Vekâleti, 17. maddede sözü edilen bina ve tesisat izinleri için ise sadece Ziraat Vekâleti yetkili kılınmıştır. Bu hususlar dışında bir değişiklik olmamış, ikili düzenleme devam etmiştir.

1961 Anayasası ile yukarıda belirtilen hüküm kabul edilmiştir. Bu hükmün, Devlet ormanları üzerinde yapılacak turistik tesisleri de kapsadığını eklemek lazımdır. Halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası ile bu konuda hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Diğer yandan 6831 sayılı Orman Kanununda yapılan son düzenlemelerde (2896 S. K.) 17. maddede dayanılarak yapılacak bina ve tesisat için ilgili bakanlıkların izni ile intifa hakkı tesis edileceği belirlenmiş ve Devlet ormanları için bu hakkın muhtevası ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

(8) Bu hüküm 1961 Anayasası ile işlemez hale gelmiş, 2896 S. K.'la da kaldırılmıştır.

Bu hükümler karşısında, ormanlarda kamu yararına kurulacak her türlü irtifak haklarının M.K. anlamında irtifak hakları olamayacağı, bunların idare hukukuna has irtifak hakları olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenebilir. Zira, burada her türlü irtifak veya intifa hakkının kurulması, ilgili Bakanlıkların iznine bağlı tutulmaktadır ki bu husus M.K.'daki irtifak hakları ile bağdaştırılamaz. Buradaki "izin" yapılacak anlaşmalar açısından kurucu mahiyettedir. Orman İdaresinin özel şahıslara yapmış olduğu anlaşmalar da M.K. anlamında bir anlaşma sayılamaz. Burada ormanların devamlılığı ve korunması açısından düşünülmüş pek çok şartları ihtiva eden bir taahhüt-name sözkonusudur denebilir. En önemlisi bu şartlara riayet edilmemesi halinde (ormanların devamlılığının ve korunmasının tehlikeye düşmesi durumunda) idarenin verdiği izinden dönebilmesi ihtiyacının bulunmasıdır. Aksi halde, orman mevzuatında ormanların korunması ile ilgili hükümlere, dahası bu mevzuatın ruhuna ters düşülmüş olur.

3.4 Üst (İnşaat) Hakkı

6831 sayılı kanunda her ne kadar intifa hakkından söz edilmekte ise de burada sözkonusu olan bina ve tesis yapma izni (md. 17/III) T.M.K.'da düzenlenmiş bulunan üst hakkıdır. (md. 751) 2896 sayılı kanunun hazırlanmasına katkıda bulunan kişilerin ifade ettiğine göre, buradaki (2896 S. K. değişik 17. md.'nin III. fıkrası) "intifa hakkı" terimi, verilecek izinlerin (üst haklarının) devir veya miras yoluyla üçüncü şahıslara geçmesini önlemek üzere kasten seçilmiştir. Amaç ne olursa olsun kanunda tanımlanan üst hakkıdır. Zira, üst hakkı başkasının arazisi üzerinde veya altında bina ve tesisat yapmak veya yapılmış olanlara sahip olmak imkânını veren bir haktır. (M.K. md. 751)

Ayrıca, Devlet ormanları üzerinde intifa hakkı tesisine, 1982 Anayasası'nın "Devlet ormanları kanununa göre, Devletçe yönetilir ve işletilir" hükmü de engel teşkil etmektedir.⁽⁹⁾

İntifa hakkı bir eşyadan tam olarak yararlanma hakkı vermektedir. (md. 717) Burada geçen "tamamıyla istifade hakkı", ormanlarda "Orman işletme hakkı" şeklinde anlaşılmalıdır. Medeni Kanunumuz ormanlarda intifa hakkı içinde özel bir hüküm ihtiva etmektedir. (md. 742) Bu hüküm incelendiğinde, ormanlardan intifa için bir tertip (plan) den söz edildiği görülür. Şu halde, ormanlarda intifa hakkı tesisi belli bir orman işletilmesi hakkının devredilmesi anlamını taşır.

Bu yorum kabul edildiğinde, Devlet ormanları üzerinde intifa hakkı kurulamayacağı da kabul edilmelidir.

Bu nedenle, Devlet ormanlarına ayrılan bu kısımdan intifa hakkına yer verilmemiştir. Kaldı ki Orman Kanunu'nun 17. maddesinde sözü edilen, intifa hakkı değil tamamıyla üst (inşaat) hakkıdır.

Üst hakkı düzensiz şahsi irtifaklar arasında yer alır. Medeni Kanun, taraflara bu hakkı ister el değiştiremez şeklinde şahsa bağlı olarak, isterse el değiştirebilir şeklinde kurma imkânını vermektedir. Bunlar zaruri olarak kişiye bağlı olması gerekmeyen irtifaklardır.⁽¹⁰⁾

Ancak, yukarıda kısmen değinildiği gibi, Orman Kanunu'nda bu hak (izin) zaruri olarak şahsa bağlanmıştır denilebilir. Zira, 17. madde de üst hakkı sözkonusu olmasına rağmen "intifa hakkı" terimi kullanılmıştır. Bu şekilde, burada söz konusu olan hakkın (veya iznin) devir veya miras yoluyla başkalarına geçmesi imkânı ortadan kaldırılmak istenmiştir.⁽¹¹⁾

(9) KÖPRÜLÜ - KANETİ - a.g.e., s. 101 vd.

(10) KÖPRÜLÜ - KANETİ - a.g.e., s. 158 vd. GÜRSOY/EREN(CANSEL - a.g.e., OĞUZMAN/SELİÇİ - a.g.e., s. 769, AKİPEK, J.G. Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, H.G. OĞUZOĞLU'na Armağan, Ankara, 1972, s. 25 vd.

(11) Esasen bu hakların 3. şahıslara geçmesine engel olmak ihtiyacı da vardır. Zira, devre veya intikale izin verilmesi durumunda; bazı etkili şahısların Orman Bakanlığı'ndan bu hakları elde ederek asıl girişimciye büyük kârlarla satma ihtimali vardır. Nitekim, yetkililer zaman zaman bu durumdan şikâyet etmişlerdir. Ancak, bu hakların devir ve intikali doğrudan yasaklanacağı yerde, yanlış bir biçimde intifa hakkı nitelmesi ile yetinilmiştir.

Sonuç olarak Devlet ormanlarında yapılacak bina ve tesisler için verilecek izinlerin (veya üst hakkının) devri yasaklanmıştır denilebilir. Bu özellik, ormanlardaki üst hakkı ile Medeni Kanun'daki üst hakkı arasında önemli bir fark yaratır. Zira, Medeni Kanun'daki üst hakkı, aksine bir hüküm bulunmadıkça başkalarına devredilebilir.

3.4.1 Bina ve Tesis Yapma İzni

6831 sayılı kanunun 2896 sayılı kanunla değişik 17. maddesine göre; Devlet ormanlarında kamu yararına yapılacak bina ve tesisler ile orman ürünlerini işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisler için Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı'na izin verilebilir. (md. 17/III)

Değişik 17. maddeye göre kamu yararına olmak şartıyla Devlet ormanlarında her türlü bina ve tesis yapma izni verilebilecektir. Madde de "verilebilir...", dendiğine göre Tarım ve Orman Bakanlığı bu izni vermek mecburiyetine değildir. Bakanlık, verilecek iznin herhangi bir şekilde ormanlar açısından tehlikeli olması durumunda bu izni vermekten kaçınabilir.

İzin talebinde bulunan gerçek veya tüzel kişi, bina veya tesisatın yapılacağı yeri, cinsini, ebatlarını, finansman kaynaklarını gösteren belgelerle Bakanlığa müracaat etmelidir. Böylece Bakanlık talebi inceleyerek ya istenen izni verecek veya reddedecektir. İznin reddedilmesi durumunda Bakanlık red gerekçelerini bildirmek zorundadır. Aksi halde izin talebinde bulunan kişinin idari yargı yoluna başvurusu imkânı vardır. Zira, "izin" idari işlemlerdendir.

3.4.2 İnşaat İzni Anlaşması

Devlet ormanları açısından bir anlaşmadan söz edilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır. Burada sözkonusu üst hakkının (iznin) kullanış biçimini düzenleyen bir taahhüname. Devlet ormanlarında bina ve tesisat yapılması idarenin iznine tabi tutulmuştur. Bu izin kurucu niteliktedir ve karşılıklı serbest iradelerin uzlaşmasından söz edilemez. Burada taraflardan biri kamu tüzel kişisidir, (Orman İdaresi) ve Kamu Hukuku kurallarına bağlıdır. Anlaşma koşulları Orman İdaresince kanuna uygun olarak tesbit edilir. Bu konuda İdare tip şartnameler hazırlanmıştır.

Üst hakkı, anlaşma ile nesnel irtifak biçiminde kurulabilir, veya belirli bir şahıs lehine kurulabilir. Bu durumda devredilemez ve miras yoluyla da geçmez. Üst hakkı aynı irtifak şekilde veya belirli bir şahıs lehine kurulmamışsa, başkalarına devredilebilir ve miras yoluyla da geçebilir. Üst hakkının bu şekilde "müstakil üst hakkı" denmektedir.⁽¹²⁾ Müstakil üst hakkı daimi olarak kurulmamışsa tapu kütüğüne gayrimenkul olarak kaydedilir ve gayrimenkul hukukuna tabi olur.

Devlet ormanlarında ise bu hak ancak belirli kişiler lehine kurulur. Nesnel irtifak veya müstakil irtifak biçiminde kurulması düşünülemez. Zira, 17. madde bu iznin gerçek ve tüzel kişiler lehine verileceği belirtilmiştir. Ayrıca, bu hak, Medeni Kanun'dan farklı olarak 49 yıllık bir süre için geçerlidir. İstisnai hallerde bu süre 99 yıla kadar uzayabilir (md. 17/III).

3.4.3 İnşaat İzninin Sona Ermesi

Bu izin kanun gereğince 49 yıl için verilir (md. 17/IIIc.2). Bu izin, kurulan işletmelerin başarılı olduğu ilgili Bakanlıkça belgelenmesi durumunda 99 yıla kadar uzatılabilir.

Bu süreler sonunda bütün bina ve tesisler eksiksiz ve bedelsiz olarak Hazineye devredilir (md. 17/IIIc.3).

Bu şekilde yapılmasına izin verilen bina ve tesislerin amacı dışında kullanılması yasaktır (md. 17/IIIc.son).

(12) ARAL, Vecdi - İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul 1962, s. 1; KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 168 vd.

Orman İnşaat Haklarının İdare Hukuku anlamında izin olarak kabul edilmesi durumunda, verilen izin iptal edilebilirliğinin de kabulü gerekir. Esasen, ormanların korunması açısından bu yetkiye ihtiyaç vardır. Zira inşaat hakkı sahibi bu hakkı elde ettikten sonra ormanlara zarar verecek bir biçimde kullanılabilir. Bu durumda Orman İdaresi'ne (Bakanlığa) verilen izni iptal etme yetkisinin tanınması gerekir. İptal durumunda, 49 yılına alınan bedelin ve tesislerin ne olacağı meselesi önem kazanır. Bu hususlar anlaşma ile tespit edilmelidir.

Ormanlara zararı dokunacak bina ve tesislere ise kesinlikle izin verilmemesi gerekir. Örneğin, termik santraller çevreye yaydıkları kükürtdioksit gazıyla civar ormanlarda büyük tahribat yapabilirler. Zararlı gaz veya kimyasal maddeler yayan, çevreyi kirleten tesislerin ormanlara soğutulması gerekir. Hatta orman sınırlarına yakın yerlerde dahi inşasına mani olmak lazımdır. Bu yüzden Orman Mevzuatı yetersiz kalmaktadır. Bu hususlar düşünülerek Orman Kanununda gerekli revizyon yapılmalıdır.⁽¹³⁾

3.5 Düzensiz İrtifaklar

3.5.1 Genel Olarak Düzensiz İrtifaklar

Bu irtifak türünde hakkın içeriği taşınmaz irtifaklarının aynıdır. Taşınmaz irtifakının konusunu oluşturan her yük, düzensiz irtifaklarında konusu olabilir.⁽¹⁴⁾ Bu yük, taşınmaz irtifakında olduğu gibi, ancak dar ve belirli kullanma ve yararlanma yetkilerinden meydana gelir. Durum, intifa hakkından farklıdır.

Bu hak, taşınmaz irtifakının kişi lehine kurulabilmesi imkânını vermesi yönünden ondan ayrılmaktadır.⁽¹⁵⁾

Bu irtifak türü sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça başkasına devredilemez (M.K. md. 753/II).

Düzensiz irtifak hakları gerçek kişiler lehine kurulabileceği gibi bir "cemaat" (topluluk) yararına da kurulabilir. Burada geçen "cemaat" terimi özel veya kamu tüzel kişileri anlamındadır.⁽¹⁶⁾

Medeni Kanun düzensiz irtifaklar için süre bakımından bir sınır koymamıştır.

3.5.2 Devlet Ormanlarında Düzensiz İrtifaklar

Orman Kanunu'nun 2896 S. K.'la değişik 115. maddesi "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" hükmünü taşır.

Ormancılık uygulamasında bu hükme dayanarak kurulan irtifak hakları genellikle kamu hizmeti gören kamu kuruluşları lehine kurulan irtifaklardır. Orman irtifaklarının bu türünde süre sınırlaması yoktur. Kurulacak irtifakın türü veya muhtevası hakkında da bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, uygulamada bu tür irtifakların T.E.K., P.T.T. gibi kuruluşların alelade ihtiyaçları için kurulması, süre sınırlamasının olmaması, içeriğinin taşınmaz irtifaklarının aynı olması ve ilgili kamu tüzel kişisi lehine (şahsa bağlı) kurulmaları, bunların şahsa bağlı taşınmaz irtifaklarından

(13) Ormanlara bu şekilde verilebilecek zararlara karşı tazminat davaları açılmasında bir engel yoktur. Orman Kanunu'nda yapılacak bir revizyonla, 1982 Anayasası'nın "Ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez" (md. 169/III) hükmüne uygun olarak bu tür faaliyetleri orman suçları kapsamına almak gerekir. Zira Orman Kanunu'nda bir tek ağacın kesilmesi ile suç sayılmaktadır (md. 14). Bu durumda, tüm ormanın yok olmasına sebep olacak faaliyetlere ise kesinlikle izin verilmemesi gerekir. Orman Kanunu'nda ormanların korunmasına ayrılan kısımda gaz zararlarına değinilmemesi büyük eksikliktir. Kaldı ki 1937 tarihli Orman Kanunu'nda dahi gaz zararlarına değinilmiştir. (3116 S. K. md. 26)

(14) KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 177.

(15) BERTAN, a.g.e., s. 1561, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 180.

(16) KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 181.

oldukları kanaatini uyandırmaktadır. Düzensiz irtifakların kural olarak devredilmemeleri de Orman Kanununa uygun düşmektedir.

Kamu hizmetinde devamlılık esastır. Kurulacak tesislerin 49 veya 99 yıllık sürelerle sınırlandırılması düşünülemez. Şu halde bu irtifakların ormanlar üzerinde daimi olarak kurulması ihtiyacı vardır. Ayrıca bu hakların devredilebilmeleri imkânını ortadan kaldırmak gerekir. Bu nedenle, orman irtifaklarının bu türüne en uygun niteleme, şahsa bağlı taşınmaz irtifak (düzensiz irtifak) olabilir.

Medeni Kanunumuzun irtifak haklarına ilişkin hükümleri karşısında, orman irtifak haklarının bu türü ancak bu şekilde nitelendirilebilir.

Devlet ormanlarında düzensiz irtifak hakkı da sözleşme ile kurulur.

115. maddede bedelden söz edilmemiştir. Ancak uygulamada bu haklar belli bir bedel karşılığında kurulmaktadır.⁽¹⁷⁾

3.6 Diğer Ormanlarda İrtifak Hakları

3.6.1 Diğer Ormanlarda Bina ve Tesisat Yapılması

Devletten başkasına ait ormanlar üzerinde kural olarak her türlü sınırlı ayni hak kurulabilir. Zira, bu ormanlar 1982 Anayasasının 169/II hükmünden müstesnadır. Bu hüküm sadece Devlet ormanları için sevk edilmiştir. 169. maddenin diğer fıkraları ise tüm ormanlar için sevk edilmiştir. Bu hükümlere göre Devlet tüm ormanları korumak ve gözetmekle yükümlüdür. (md. 169/I)

6831 sayılı Kanunun ormanlarda inşaat yapılmasını düzenleyen 17. maddesinin son fıkrası Devletten başkasına ait ormanlar içindir. Bu maddeye göre Devlet ormanları dışındaki ormanlarda kamu yararına yapılacak bina ve tesisler ile orman ürünlerini işleyecek olanların yapacakları bina ve tesisler için Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınmaksızın Orman Bakanlığı'na izin verilebilir. Burada sözkonusu olan üst haktır. Fıkra "Yukarıdaki fıkra belirtilen bina ve tesislerin ..." dendiği için Devlet ormanları ile ilgili III. fıkraya atıf yapılmıştır. Şu halde, bu ormanlarda da orman ürünlerini işleyecek olanların yapacakları bina ve tesisat dışında yapılacak olan bina ve tesisatın kamu yararı taşıması gerekir.

Bu ormanlar için Maliye Bakanlığı devreden çıkarılmıştır. Tarım ve Orman Bakanlığı'nın inşaat iznini vermesi halinde bedele, süreye ve bina ve tesislerin devrine ilişkin hususlar taraflarca genel hükümlere uygun olarak tespit edilecektir (md. 17/IVc. son). Bu fıkralar dışında, Devlet ormanları için söylenenler bu ormanlar için de geçerlidir.

3.6.2 Düzensiz İrtifaklar

Devletten başkasına ait ormanlarda kurulacak düzensiz irtifak hakları için Orman Kanununun hüküm bulunmamaktadır. Bu hakların dayanağını teşkil eden 115. madde sadece Devlet ormanlarından bahseder.

Bu ormanlarda, Devlet ormanlarına ait maddelerden hangilerinin uygulanacağını gösteren 49 ve 56. maddelerde de 115. maddeye işaret edilmiştir.

Bu durumda kamu kurumlarına ait ormanlar ile özel ormanlarda T.E.K., P.T.T. gibi kuruluşlar lehine kurulan irtifak hakları kanuni dayanaktan yoksundur denilebilir. Halbuki uygulamada bu ormanlar üzerinde de anılan kuruluşlar lehine düzensiz irtifaklar kurulmaktadır.

(17) Türkiye Elektrik Kurumu Kuruluşu Hakkında 10.10.1983 tarih ve 110 sayılı K.H.K.'nin 23. maddesi T.E.K. açısından intifa ve irtifak haklarının kamu kurumlarını ve kamu tüzel kişilerine ait araziler üzerinde bedelsiz olarak kurulacağı hükmüne bağlanmıştır. Ancak bu hükümün, Devlet ormanları açısından uygulanamayacağına işaret etmek lazımdır. Zira, uygulamada bu haklar bir bedel karşılığında kurulmaktadır. İhtila halinde genel hükümlere atıf yapılmıştır. Bu hükümlerde, kamu kurumlarının bedel tespitine ilişkin hükümlerdir.

Bu duruma hukuksal bir dayanak bulmak gerekirse, yine Orman Kanununun 17. maddesinden hareket edilmelidir. Yukarıda, 17. maddede üst hakkının düzenlendiği kabul edilmiş bulunmaktadır. Medeni Kanun'da başkasının arsasında yapılacak inşaat ve imalâttan (md. 652) bahsedildiğine göre; buradaki inşaat ve imalâttan nelerin kastedildiğini araştırmak gerekir.

WIELAND'a göre inşaat ve imalât deyimi binaları ve onların tamamlayıcı parçalarını, köprüleri, demiryolu hatlarını, gaz ve su boru hatlarını kapsar. Keza, su kanalları, havai hatlar, P.T.T. ve elektrik hatları ve kanalizasyonlarda inşaat ve imalât kapsamındadır.

Şu halde, Devletten başkasına ait ormanlarda bu hakların 17. maddeye göre kurulması mümkündür. Burada, kullanım bedeli, süre ve tesislerin devri gibi hususlar taraflara bırakıldığına göre kamu hizmetini aksatmayacak biçimde şahsa bağlı bir nesnel irtifak kurmak mümkündür. Taraflar bu hususları genel hükümlere uygun olarak tespit ederler.

Bu irtifaklar için Tarım ve Orman Bakanlığı, Maliye Bakanlığı'nın görüşünü almaksızın izin verilebilir.

İzin dışında diğer hususlar Medeni Kanunun düzensiz irtifaklara ilişkin hükümlerine bağlıdır.

3.6.3 İntifa Hakkı

Devletten başkasına ait ormanlarda intifa hakkı kurulmasını engelleyen bir hüküm yoktur. 1982 Anayasası'nın 169/II hükmü bu ormanları kapsamaz. Şu halde bir eşyadan tam olarak yararlanma imkânını veren intifa hakkının bu ormanlarda kurulması mümkündür.

Medeni Kanun ormanlarda kurulacak intifa hakları için özel bir hüküm sevk etmiş bulunmaktadır. Ancak, tüm ormanların denetim ve gözetimi Anayasa gereğince Devlete ait olduğundan bu ormanların işletilmeleri Orman İdaresi'nin denetimine tabidir. Şu halde Devletten başkasına ait ormanların işletilme ve idareleri 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine tabidir (md. 45-56).

Kamu kurumlarına ait ormanlar ya sahipleri tarafından veya başkaları tarafından işletilebilir (md. 46/I). Bu ormanlar orman idaresinin parasız olarak tanzim edeceği amenajman planlarına göre işletilir. Bu plaplara uyulup uyulmadığı Orman İdaresi'nce kontrol edilir.

Özel ormanlar ise sahipleri tarafından yaptırılarak Orman İdaresi'nce tasdik edilen planlara göre idare olunur (O.K. md. 51/c. 1). Bu plana uyulup uyulmadığı Orman İdaresi'nce kontrol edilecektir (O.K. md. 51/c. 2).

Her iki orman tipinde de idare ve koruma Devletin kontrol ve murakabesi altında sahiplerine bırakılmıştır (O.K. md. 48 ve 55).

Bu ormanları ister sahipleri, isterse başkaları işletsin, yapılacak üretim tamamen Orman İdaresi'nin kontrolündedir (O.K. md. 54).

Görüldüğü gibi, 6831 sayılı O.K.'da bu ormanlarda Medeni Kanun anlamında intifa hakkı tesisine engel olacak bir hüküm yoktur. Orman İdaresi burada sadece bu ormanların korunması ve yapılacak amenajman planlarına uygun olarak işletilmesi ile ilgilidir.

Bu hususlar dışında, Medeni Kanunu'nun intifa hakkına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

4. TURİZM BÖLGE, ALAN VE MERKEZLERİNDEKİ DURUM

Devlet ormanları üzerinde kurulacak irtifak hakları incelenirken, Turizm bölge, alan ve merkezlerinin bu madde kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Bu özellikteki yerlerde kurulacak irtifak hakları açısından durumun ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu konuda 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu hükümlerine bakmak gerekir.

(18) ARAL, a.g.e., s. 7 vd.

2634 sayılı kanuna göre turizm bölgeleri; sınırları Bakanlığın (Kültür ve Turizm Bakanlığı) önerisi ve Bakanlar Kurulu Kararı ile tespit ve ilan edilen bölgeleri, turizm merkezleri; turizm bölgeleri içinde veya dışında, yeri, mevkii ve sınırları Bakanlığın önerisi, Bakanlar Kurulu Kararı ile tespit ve ilan edilen, turizm yönünden önem taşıyan yerleri veya bölümlerini, turizm alanları; turizm bölgeleri içinde öncelikle geliştirilmesi öngörülen mevkii ve sınırları Bakanlığın önerisi, Bakanlar Kurulu Kararı ile tespit ve ilan edilen doğal veya sosyo-kültürel değerlerin yoğunlaştığı alanları ifade etmektedir (2634 S. K. md. 3).⁽¹⁹⁾

Bu kanuna göre turizm bölge, alan merkezi olarak seçilen hazineye ait yerlere ormanlar, ilgili kuruluşlarca Turizm Bakanlığı'na tahsis edilir (md. 8). Ormanların Bakanlığa tahsisi, amenajman planlarının tadili işlemleri tamamlandıktan sonra yapılır ve talep tarihinden başlayarak en geç 1 ay içinde tamamlanır (md. 8/A-1).

Bu taşınmaz malların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, Turizm Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından 2490 sayılı kanun ile 6831 sayılı kanun hükümlerine bağlı olmaksızın müştereken tesbit edilir (md. 8/C).

Bakanlık, bu taşınmaz malları (C) bendi gereğince tesbit edilecek 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 alt yapı için gerekli olanlar üzerinde alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisine de yetkilidir (md. 8/D).

Bu kanunun 8. maddesinin uygulama usul ve şartlarını belirlemek üzere "Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik" 28 Nisan 1983 tarih ve 18031 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Ayrıca yetkililerden elde edilen bilgilere göre⁽²⁰⁾ bu bölgelerin yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartların tesbiti çalışmaları, ilgili üç Bakanlık temsilcilerince yürütülmektedir. Yine aynı yetkili kişilerce bu hakların M.K. anlamında sınırlı aynı hak niteliğinde görülmeyip, idari izin mahiyetinde görüldüğü ve çalışmaların buna göre yürütüldüğü ifade edilmektedir.

Turizm bölgeleri içinde kalan ormanlar açısından Devlet ormanları ile ilgili kısımda vardığımız sonuçların bir değerlendirmesini yapmak gerekli görülmüştür. Burada, öncelikle 2634 sayılı kanunun 8. maddesinde sözü edilen turizm bölgeleri içinde kalan ormanların Turizm Bakanlığı'na tahsisi işleminden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması lüzumludur.

Burada kamu malı olan ormanların ormancılık hizmetlerine tahsisinin kaldırılarak bir başka kamu kurumuna (veya hizmetine) tahsisi söz konusu değildir. Zira, aynı maddeden anlaşılacağı gibi orman amenajman planları varlıklarını muhafaza edeceklerdir. Sadece tadilleri söz konusudur. Ayrıca, Orman Bakanlığı'nın bu işlemlerle ilgili esasların tesbitine de geniş çapta rol oynayacağı şüphesizdir. Bu nedenlerle bu maddedeki "tahsis" terimi yerinde kullanılmamıştır. Zira, burada Orman Bakanlığı'nın Devlet ormanları üzerinde sahip olduğu işletme ve intifa gibi haklarının, Turizm Bakanlığı'na devri söz konusudur. Bu hükümle, Devlet ormanları üzerinde turistik amaçla yapılacak bina ve tesisat ile ilgili izin verme yetkisi sadece turizm bölgeleri için Turizm ve Kültür Bakanlığı'na devredilmektedir.

Esasen burada iki kademeli idari irtifak kurulması söz konusudur denilebilir.

1. Kademe, Orman Bakanlığı'na Turizm Bakanlığı lehine sözü edilen bölgelerdeki ormanlar üzerinde bir irtifak hakkı tanınması işidir ve 6831 s. K.'nın 17. maddesine göre tesis edilmesi gerekir.

(19) Bkz. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve ilgili yönetmelikler, İstanbul Ticaret Odası, 1983, S. 7, Kanun No: 2634, Kabul tarihi: 12.3.1982, R.G. No: 17635, 16.3.1982.

(20) O.G.M. Kadastro ve Mülkiyet Dairesi Başkanı ile O.G.M. İ. Hukuk Müşaviri.

2. kademe ise, Orman Bakanlığı'nın yerine Turizm Bakanlığı geçerek Orman Kanunu'nun 17. maddesi uygulamasına benzer bir biçimde özel şahıslar lehine idari irtifaklar kurmasıdır. Bu uygulamaya ait temel ilkeler de ilgili üç Bakanlıkça ortaklaşa tesbit edilecektir.

Devlet ormanları hakkında vardığımız sonuçlar, bu durumdaki devlet ormanları için de geçerli sayılmalıdır. Bu hakların M.K. anlamında müstakil ve daimi aynı hak olarak kabul edilebilmesi ilgili kısımda açıklanan nedenlerle oldukça güçtür. Ormanlarda tesbit edilecek turizm bölge, alan ve merkezlerinin Turizm Bakanlığı'na tahsisi ve buralarda müstakil ve daimi sınırlı aynı haklar kurulması, fiilen orman mülkiyetinin daraltılması anlamını taşır ki Anayasamızın orman mülkiyetine ilişkin temel kuralları karşısında geçerlilikleri de tartışılabilir. Zira, 1982 Anayasasında (md. 169/III) ve 6831 sayılı Orman Kanununda (md. 2) da hiçbir şekilde daraltma yapılamaz.

5. ORMANLAR ÜZERİNDEKİ İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Çeşitli Görüşler

Bu mesele doktrinde tartışılmıştır. Bu çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili olduğundan kısaca değinmekte yarar vardır. Zira, yukarıda söylenenlerden de anlaşıldığı gibi bu konudaki hukuksal düzenlemeler yetersiz ve tereddüt doğurucu niteliktedir.

USLUOĞLU, 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 2. ve 46. maddelerine göre ormanların tapulamaya tabi olmayan kamu mallarından olduğunu 6831 S. K.'na göre, tahdit ve tescil edilmiş ormanlara ait kayıtların müseccel bulunduğunu birliğin tapu kütüğüne olduğu gibi, aktarılacağından hareketle M.K. 912. maddesi gereğince kamu malları üzerinde sınırlı aynı hak kurulabilmesi için bunların sicile kaydı gerekeceğini oysa bu hükümler karşısında bu işlemin yapılamayacağını belirtmektedir. Ayrıca, M.K. 655. maddesinin "ağaçlar ve ormanlar üzerinde üst hakkı kurulamaz" hükmüne dayanmaktadır. Ayrıca, 6831 sayılı yasanın 17. maddesinde bu tür tesisler için sadece izin müessesesinden söz edildiğini, turistik tesisler için bu müesseseden yararlanmak gerektiğini, bu tesislerin inşaatında kamu yararının bulunmadığını, dolayısıyla irtifak hakkı tesis edilemeyeceğini belirtmektedir. USLUOĞLU, 6831 S. K.'nın 115. maddesi ile 1961 Anayasasının 131. maddesinde geçen "irtifak hakkı"nın kanuni intifa hakkı (M.K. 719'a göre) olarak kabul edilebileceğini beyan etmektedir. Ayrıca ormanlarda turistik amaçlı tesislerin kredilendirilmeleri işleminde kredi veren kuruluşun bu tesisler üzerinde ipotek tesis etmek isteyeceğini, ipotegin ise kredi şartlarına uyulmaması dolayısıyla paraya çevrilebileceğini, bunun da üzerinde üst hakkı kurulan arazinin satılması sonucunu doğuracağını, bunun ise, kamu mallarında imkânsız olduğunu belirtmektedir.

AKİPEK, USLUOĞLU'nun ileri sürdüğü fikirler hakkındaki düşüncelerini maddeler halinde sıralamaktadır:

AKİPEK'e göre "irtifak hakkı" genel terimdir ve her türlü irtifak hakkını kapsar. Bu görüşe bizde katılıyoruz. Zira, 1961 Anayasasının 131. maddesi ile ilgili olarak Temsilciler Meclisi'nde yapılan tartışmalarda; turistik amaçlı tesisler için özel şahıslara Devlet ormanlarının uygun yerlerinde mülkiyet hakkı tanınması istenmiş, Anayasa Komisyonu Başkanı II. fıkradaki irtifak hakkının bu imkânı sağladığını belirtmiştir.⁽²¹⁾ Ayrıca USLUOĞLU'nun "Kanuni İrtifak Hakkı" benzetmesini de, AKİPEK gibi uygun bulmuyoruz.

AKİPEK, üst hakkı açısından ilgili bakanlıklardan izin alınması şartının ormanlar açısından yeterli bir güvence olduğunu savunmaktadır. Bu şart elbetteki yeterlidir. Ancak, bu imkânın kötüye kullanılması ihtimali de oldukça yüksektir. Yetkililere göre bu hakkın elde edildikten sonra asıl girişimciye satması söz konusudur. Bu olgu karşısında, ormanlar üzerinde üst hakkı tesisi talepleri-

(21) ÖZTÜRK, Kazım - Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İş Bankası Kültür Yayınları, 1966, s. 3346 vd.

nin artması kaçınılmazdır. Üst hakkının müstakil bir sınırlı ayni hak olması dolayısıyla da kural olarak devredilebilmesi ve miras yoluyla intikal etmesi özelliğiyle de ilgili bakanlığın kontrolü zorlaşmaktadır. Bu nedenle 17. maddenin 2896 sayılı kanunla değiştirilerek intifa hakkının seçilmesi ve bu hakkın muhtevasının esaslı bir biçimde tespit edilmiş olmasını isabetli bulmaktayız.

AKİPEK, Devlet ormanlarının kadastrasının tamamlanmamış olmasının da bunlar üzerinde üst hakkı kurulmasını engellemeyeceği kanaatindedir. Bu çözüm tarzı teorik olarak doğru olabilir, ancak uygulanması oldukça güçtür. Zira, ormanlar çok geniş arazi parçalarıdır ve 6831 sayılı O.K.'nın Orman Kadastrasını düzenleyen 7-12. maddeleri de ormanların kısmen kadastrasının yapılmasına engeldir. Orman Kanunu'nun 2896 sayılı kanunla değişik 8. maddesinin IV. fıkrası orman kadastrasının belde ve köy sınırları esas alınmak suretiyle bu sınırlar dahilinde kalan bütün ormanları kapsayacak şekilde yapılacağı esasını koymuştur. Maddenin eski şeklinde (1744 sayılı kanunla değişik 8. maddesinin 3. fıkrasında) da aynı esas vardır. Bu nedenle kadastrasyonları ormanlar üzerinde sınırlı ayni hak kurulması için kendi plan ve programlarını aksatmak durumunda kalacaklardır. Bunun yanında, beldenin veya köyün kadastrasının tamamlanması (7-12. maddeler incelenirse) bir dizi işlem gerektirmektedir. Ayrıca orman kadastrasının kesinleşebilmesi için kadastrasyon tutanaklarının askıya çıkarılmasından itibaren 1 yıllık dava zaman aşımı süresinin geçmesi gerekir. Bu işlemler tahminen iki yıllık bir zamanı gerektirir ki bu süre de herhalde üst hakkı tesisi ile ilgili taleplerin uygun bir sürede karşılanmasına engel teşkil eder. Ülkemizdeki ormanların bugüne kadar %45'inin kadastrası yapılabilmektedir. Bu durum, M.K. 912'nin uygulanabilmesi imkânını oldukça daraltmaktadır.

Uygulamada da bu işler ilgili bakanlıkların izni ile yürütülmekte ve genellikle tapu siciline tescil edilmektedir.

Yukarıdaki belirtilen özellikler nedeniyle, ormanlar üzerinde 17. madde uygulamasını M.K.'daki irtifak hakkı müessesesine tam olarak benzetmek mümkün değildir. Amaç, orman arazisinden sürekli yararlanma olunca ve yukarıdaki özelliklerle uygulama gözönünde tutulursa, 17. maddenin sağladığı bu imkânın M.K. anlamında bir irtifak hakkı olmadığı söylenebilir. Nitekim 17. madde uygulaması özellikleri kısaca belirtilen M.K. anlamında irtifak haklarından pek çok yönüyle farklıdır. Öncelikle burada taraflardan biri Kamu Tüzel kişisidir ve kamu hukuku kuralları ile bağlıdır. Ayrıca, bina ve tesisat inşaatıyla ilgili sözleşme idarenin iznine bağlanmıştır. İşin ekonomik ihtiyaçlarla da bir ilgisi yoktur. Herşeyden önce kamu yararı gözetilmektedir.

Doktrinde "İdari İrtifak" teriminin kullanılmasının sakıncalı olduğu ileri sürülmüştür.⁽²²⁾ Bu terim Kamu Tüzel kişileri lehine özel mallar üzerinde kurulan irtifak hakları için kullanılmıştır. Bunlar kamu yararına özel mülkiyet hakları üzerine konulmuş tahditlerdir. Bunlar ya kanundan ya da kanunun izni ile verilen kararlardan doğarlar.⁽²³⁾ Ancak idari irtifak terimi genel ve herkesi aynı derecede kayıtlayan müdahaleler olmayıp özel, somut ve sadece belirli fertlere zarar veren müdahalelerdir.⁽²⁴⁾

ÖRÜCÜ, ONAR'ın görüşüne karşı çıkarak Anayasa'nın 38. maddesindeki irtifakın, belirli bir kamu malı lehine konan özel sınırlamalar olduğunu belirtmektedir.⁽²⁵⁾

YAYLA'ya göre de genel ve objektif nitelikteki sınırlamaları idari irtifak olarak kabul etmek mümkün değildir.⁽²⁶⁾

Ancak, burada tartışılan konu bir kamu idaresi veya malı lehine özel mülkiyetin sınırlandırılması değildir. Aksine, burada, özel veya kamu tüzel kişileri lehine bir kamu malının yükümlen-

(22) Bkz. AKİPEK, a.g.e., s. 28 vd.; ONAR, a.g.e., s. 1352 vd.; DÜREN, a.g.e., s. 87 vd.; ÖRÜCÜ, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, 1976, s. 35 vd.

(23) Bkz. ONAR,

(24) ULUSAN, İhan - Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İ.Ü.H.F. Yayını, 1977, s. 27 dn. 58.

(25) ÖRÜCÜ, a.g.e., s. 46.

(26) YAYLA, Yıldızhan - Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, İstanbul 1975.

dirilmesi sözkonusudur. ONAR, İdarenin amme emlakı üzerinde Medeni Hukuk anlamında bir mülkiyet hakkı bulunmadığından devir veya ferağ sonucunu doğuracak rehin, ipotek gibi akitlerle ferde subjektif hak verecek diğer akitlere konu olmayacağını belirterek amme emlakinden istifadenin izin, ruhsat, imtiyaz gibi usullerle olacağını söylemektedir.⁽²⁷⁾

Şu halde kamu malları üzerinde özel veya kamu tüzel kişileri lehine kurulacak irtifak haklarının "izin" niteliğinde olduğu söylenebilir.

Ayrıca, "idari irtifak" teriminin kamu mallarını da kapsayacak biçimde geniş yorumlanması, amme emlakinde sözkonusu olan bu hakların nitelendirilmesi açısından gerekli ihtiyacı karşılamaya yeterlidir, diye düşünülebilir. Kamu yararına, özel mülkiyet sınırlandırılabileceği gibi kamu mülkiyeti de sınırlandırılabilir. Kamusal mülkiyetin bu şekilde sınırlandırılmasının "idari irtifak" terimi ile karşılanması mümkündür.

6. SONUÇ VE ÖNERİLER

Ormanlar kamu malı olduklarından, kural olarak, idarenin bunlar üzerinde haiz olduğu yetkinin de sınırlanamaması gerekir. Medeni Kanunumuzun Gayrimenkul Mülkiyetinin takyitlerinden gayrimenkul rehni ve ipotek hakkındaki hükümlerinin ormanlar üzerinde uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ancak, ormanlar kesintisiz bloklar halinde çok geniş arazi parçaları olduklarından, buralara, diğer kamu hizmetlerinin ulaştırılabilmesi için orman arazilerinin devamlı veya geçici olarak işgali mecburiyeti vardır. Medeni Kanunumuzda bu tip ihtiyaçları karşılamak üzere irtifak hakları düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, gerek Anayasamızda gerekse orman kanununda bu konuda özel hükümler mevcuttur. Bu nedenle medeni kanunun irtifak haklarına ilişkin hükümleri, ancak bu özel hükümlere aykırı olmamaları halinde, geçerlidir. Anayasamızın 169. maddesi "Ormanlar üzerinde kamu yararı dışında irtifak hakkı kurulamaz." hükmünü getirmekle beraber, orman kanununun 17. ve 115. maddeleri de aynı şekilde irtifak hakkı tesisinden söz etmektedir. Oysa, ormanlar amme emlakindendir. Amme emlakinden yararlanma ise, idare hukukunun belirli kurallarına tabidir. Kamu mallarından yararlanmada "izin", "ruhsat" ve "imtiyaz" gibi usuller sözkonusudur. Bu durumda, ormanlarda sözkonusu olan irtifak haklarının Medeni Kanun anlamında irtifak haklarından olup olmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda tarafımızdan yapılan incelemeler sonucunda ormanlar üzerinde kurulabilen irtifak haklarının, Medeni Kanun anlamında irtifak haklarından olmadıkları, bunların İdare Hukuku anlamında "idari irtifak" veya "izin" şeklinde kabul edilmelerinin daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır. Bilindiği üzere, irtifak haklarının temelinde herşeyden önce, iki taraflı bir anlaşma vardır. Oysa, ormanlarda Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı'nın izni sözkonusudur. Bu iznin verilmesi kurulacak irtifak haklarının ormanların korunması açısından bir tehlike teşkil etmemesine bağlıdır. İrtifak hakkı süresi içerisinde bu iznin iptali ihtiyacı da vardır. Ormanlar üzerindeki irtifak haklarının Medeni Kanun anlamında irtifak hakkı olduğu kabul edilirse, idare tarafından verilen iznin geri alınması sözkonusu olamaz ve uyumsuzluk Medeni Kanun hükümlerine ve yapılan anlaşmaya göre çözülür. Ayrıca ormanlar üzerinde kurulacak irtifak haklarından tescili gerekli olanlarda vardır. Medeni Kanunumuzun 912. maddesi ise, genel olarak, tescile tabi tutulmadığı kamu malları üzerinde tescili gerekli bir ayni hak kurulmak istenmesi durumunda, bu kamu malının tescili gerektiğini belirtmektedir. Ormanlarımızın yarısından fazlasının kadastrasının yapılmamış olduğu düşünülürse, bu hükmün uygulama alanı daralmaktadır. Orman Kanununun ormanların kadastrasını düzenleyen 7-12. maddeleri de, ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesisi için vukubulacak talepleri gereken süratte karşılar nitelikte değildir. Zira, orman kadastrasının kesinleşebilmesi için ortalama iki yıllık bir süreye ihtiyaç vardır.

(27) ONAR, a.g.e., s. 982 vd.

Orman Kanununun 17. ve 115. maddelerinde sözkonusu edilen irtifak hakkının Medeni Kanun anlamında irtifak hakkı olmadığını kabul etmek daha doğru olacaktır. Bu şekilde kamu malı olan ormanların Özel Hukuk kurallarına tabi tutulması önlenmiş olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK, J. G., 1972: *Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, H. Cahit OĞUZOĞLU'na Armağan*, Ankara.
- AKİPEK, J. G., 1977: *Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Osman Fazıl BERKİ'ye Armağan*, Ankara.
- ARAL, V., 1962: *İnşaat (Üst) Hakkı*, İstanbul.
- BAYRAKTAROĞLU, H., 1968: *Anayasa Muvacehesinde Orman İrtifak Haklarının Geleceği, İ.Ü. Orman Fakültesi Dergisi, Seri B, Cilt XVIII, Sayı 1.*
- BERTAN, S., 1976: *Ayni Haklar, MK. 618-764. Maddelerinin Şerhi, c. 1*, Ankara.
- DÜREN, A., 1975: *İdare Malları*, Ankara.
- GÜRSOY, K. T. - EREN, F. - CANSEL, E., 1978: *Eşya Hukuku*, İstanbul.
- İNAL, S., 1971: *Türkiye'de Anayasa Ormancılık İlişkileri*, İstanbul.
- İSTANBUL TİCARET ODASI, 1983: *2634 Sayılı Turizm Teşvik Kanunu ve İlgili Yönetmelikler*, İstanbul.
- KÖPRÜLÜ B., KANETİ, S., 1982: *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul.
- OĞUZMAN K. - ÖZER, S., WIELAND, C., 1946: *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, Ankara (Tercüme: İ. Hakkı KARAFAKİ).
- ONAR, S. S., 1966: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul.
- ORMAN BAKANLIĞI, 1973: *Cumhuriyetin 50. Yılında Ormancılığımız, O.G.M. Yayın No. 187*, Ankara.
- ÖRÜCÜ, E., 1976: *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı*, İstanbul.
- ÖZTÜRK, K., 1966: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İş Bankası Kültür Yayınları*, Ankara.
- ULUSAN, İ., 1977: *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul.
- USLUOĞLU, H. A., 1978: *Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi'nde yılında düzenlenen konferans (Yayınlanmamıştır).*
- YAYLA, Y., 1975: *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İstanbul.