

7139 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ORMANCILIK VE SU TAHSİSİ İLE ARAZİ TOPLULAŞTIRILMASININ ANAYASALLIĞI

CONSTITUTIONALLY OF LAND AGGREGATION, WATER ALLOCATION AND FORESTRY WITHIN THE SCOPE OF ACT NUMBERED AS 7139

Kenan OK*
Uğur URUŞAK**
Osman Korkut KANADOĞLU***

Özet: Türkiye Büyük Millet Meclisi, 19 Nisan 2018 günü, 7139 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'u kabul etmiştir. Bu makalede, 7139 sayılı Kanun, anayasa hukuku ve ormancılık tekniği açısından irdelenmiştir. Kanunun, özellikle su hakkı, arazi toplulaştırması ve ormancılığa ilişkin bazı maddeleri anayasaya uyumluluk açısından tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Su hakkı, Orman, Çevre, Anayasa, Hukuk

Abstract: Grand National Assembly of Turkey approved a new act numbered 7139 on the changing of organization and task of General Directorate of State Water Affairs and some acts and executive order on organization and tasks of Ministry of Food, Agriculture and Livestock. In this study, the act numbered 7139 is investigated regarding constitutional law and forestry. Articles in the act, especially on water right, land aggregation and forestry were discussed by focusing on constitutionality.

Keywords: Water Right, Forest, Environment, Constitution, Law

Giriş

19 Nisan 2018 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilen 7139 sayılı "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Orman Fakültesi, kenanok@istanbul.edu.tr

** Dr. Öğr., Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ugururusak@klu.edu.tr

*** Prof. Dr., Girne Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, korkut.kanadoglu@kyrenia.edu.tr

Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 28 Nisan 2018 gün ve 30405 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Toplam 63 maddeden oluşan 7139 sayılı Kanun, 9 Mart 2018 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından tasarı olarak TBMM'ye sunulmuş ve hızlı bir şekilde Meclis Komisyonları ve Genel Kuruldan geçerek kanunlaşmış ve yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığına sunulmuştur. Kanun, Devlet Su İşleri (DSİ) ile Orman Genel Müdürlüğü (OGM) gibi iki köklü kurumun görev alanına giren ve ülkemizin önemli sorunlarıyla ilgili kapsamlı teknik bilgi gerektiren konuları içermektedir. Bu bakımdan torba yasa olarak da tanımlanmaya elverişlidir.

Bu hızlı kanunlaşma sürecinde konuya ilişkin teknik bilgi dikkate alınmadığı gibi, mevcut mevzuat ve evrensel hukuk normlarıyla uyumu sağlayacak bir çaba da gösterilmemiştir. Meclis Komisyonlarında yapılan tartışmalar ile muhalefet şerhlerinden, kanunlaşan düzenlemeler üzerinde bir toplumsal mutabakatın oluşmadığı görülmektedir. Bu makalenin amacı teknik ve hukuksal bir bakışla, 7139 sayılı Kanun'un, özellikle çevre, orman ve su konularında getirdiği yeni düzenlemeleri eleştirel biçimde kamunun bilgisine sunmaktır.

1. 7139 sayılı Kanun'da Çevre ve Orman

1.1. Güneş Enerji Sistemleri Kurulması İçin Su Kenarlarının Kiralanması

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi, ilk görünüşte yenilenebilir güneş enerjisi üreterek çevresel açıdan makul kabul edilebilecek bir kiralama işlemiyle ilgili gibi görünse de, aslında ekosistem üzerinde "çevresel etkileri" yüksek bir idari işlemle ilgilidir.

Bu değişikliklerle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (r) bendine "*baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralamak*" ibaresi eklenmiştir.

Yapılan eklemenin hukuki değerlendirmesini sağlıklı yapabilmek

için, öncelikle çevresel anlamını ortaya koymak gereklidir. Maddede geçen “*su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerler*”, bir ekosistem içerisinde **su kenarları** veya **kıyıları** olarak işlev gören alanlardır. Beton bir baraj gövdesinin yüzeyinde veya su nakil kanalı söz konusu olduğunda “su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerler” sözcükleriyle tarif edilen yerlerin, ekolojik etkileri sınırlı olabilir. Ancak, baraj ve göletlerin çevresinde “*su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerler*” tanımına giren ve aslında toprak zeminli, bitki örtüsü içerebilen **su kıyıları** da, 7139 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yapılan değişiklikle, **kiralalanabilir yerler** arasına girmektedir.

Orman rejimi içerisinde kalan arazilerde de baraj ve göletlerin inşa edildiği bilinmektedir. Ormanlık yazınında bu gibi yerler **su kıyısı bölgeleri (riparian zone)** olarak adlandırılmaktadır. Bu yerler biyolojik çeşitliliğin en yüksek olduğu yerlerdir. Su kıyıları, özellikle kıyı erozyonu açısından en hassas toprak koruma alanlarıdır. Su kenarlarındaki bitki örtüsü, suya erişen ışığın şiddetini değiştirmekte ve göl veya göletin ekolojisini etkilemektedir. Su kenarları tamamen çıplak bir betonla kaplı bir su birikintisinin ekolojisi ile çevresi bitkilerle örtülü bir göletin canlı popülasyonu - ışık, besin materyali ve su kalitesi değiştiğinden - farklılaşmaktadır. Su kenarları kuşlar için suya erişim, konaklama, beslenme ve çiftleşme ortamı işlevleri görmektedir. Bazı kuşların yaşam alanları (habitatlari) ise tamamen suya bağımlıdır. Kuşlar dışındaki yaban hayvanları da, gerek su, gerek avlanma ve saklanma alanları olarak su kenarlarına ihtiyaç duymaktadır.¹

Bu nedenle, Türkiye ve Dünya ormancılık yazınında su kenarlarına artık daha fazla özen gösterilmektedir. Mülkiyetin kamuda veya özel kişilerde olmasına bakılmaksızın, bu gibi sahaların bırakınız başkaca kullanımlara tahsisinde kontrolsüz bir yetki devrine yönelmeyi, ormancılık amaçlı kullanımlara dahi kurallar getirilmekte; malikin davranışları idare tarafından kontrol edilmektedir.² Türkiye’deki

¹ Taner Öymen, Yaban Hayatı Bilgisi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 2010, s.

² Kelly S. , Fielding, Deborah J. Terry, Barbara M. Masser, Prashant Bordia, Michael A. Hogg, 2005: Explaining landholders’ decisions about riparian zone management: The role of behavioural, normative, and control beliefs, *Journal of Environ-*

kamu veya özel tüm ormanların yönetiminde geçerli olan, 05.02.2008 tarihli Orman Amenajman Yönetmeliği'nin 52. maddesi k bendinde;³ "Dere, nehir, ırmak ve baraj gibi su yüzeyine sahip alanların etrafında oluşturulan ve ekosistem sağlığı açısından önemli olan ormanlık alanlar ayrılarak buralara uygulanacak özel silvikültürel işlemler önerilir." denilmektedir. Balcı'nın belirttiğine göre, bu gibi yerlerde bir orman şeridi bırakılmalı ve bu şeridin genişliği arazi eğimi % 1 arttığında 0,6 m artmalıdır.⁴ Görüldüğü gibi, su kıyıları çevresel ilişkileri dışlanarak yönetilebilecek yerler değildir. Bu yerler, orman olarak kullanıldığında daha özel bir ilgiyi gerektirmektedir.

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesini, sistematik yorum gereği Anayasa'nın 43, 56, 63, 168 ve 169. maddeleri ile birlikte ele almak gerekir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 43'üncü maddesi, kıyıların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceğini ifade etmektedir. 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinin de, tüm kıyıları kapsamasa da, Anayasa'nın ifade ettiği kıyı tanımının içerisinde yer aldığı açıktır. Bu nedenle, maddenin konu edindiği yerlerde güneş enerjisine yapılacak kiralamanın yarattığı kamu yararı ile bu alanların doğal halleriyle oluşan kamu yararını karşılaştırmadan yapılacak, kiralama veya arazi tahsislerinin, Anayasa'nın 43. maddesine uyan bir işlem olacağını iddia etmek güçtür. Diğer yandan, güneş enerjisi paneli yerleştirilen bir yerde, başkaca kamusal yararlanmayı, örneğin amatör veya profesyonel balıkçılık yapabilmeyi, birlikte düşünmek olanaksızdır. Bu nedenle, güneş enerjisi panelleriyle aynı mekânı kullanmayı gerektiren faydalarla ilgili toplumsal kesimlerin, bu alanlardan yararlanamaması, söz konusu yerlerin devletin hüküm ve tasarrufundan çıkması konuları birlikte değerlendirildiğinde, yine Anayasa'nın 43. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.

Baraj ve göletlerin çevresiyle ilgili bir kararın, Anayasa'nın 56. maddesinden bağımsız düşünülmesi olanaksızdır. Bu nedenle, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yapılacak güneş enerjisi sistemlerinin,

mental Management 77 (2005) 12-21.

³ Çevre ve Orman Bakanlığı, 2008: Orman Amenajman Yönetmeliği, Orman Genel Müdürlüğü, Ankara.....

⁴ Nihat Balcı, Toprak Koruması, İstanbul Üniversitesi Yay. İstanbul 1996, s.

Anayasa'nın 56. maddesine aykırı olmaması için habitat tahribi yaratmaması gerektiği gibi çevreyi geliştiren sonuçlar da vermelidir.

Anayasa'nın 63'üncü maddesi, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunması yükümlülüğünün Devlete ait olduğunu ifade etmekte, fakat 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yapılan düzenlemede, bu maddenin gereği özen ve kontrolün nasıl sağlanacağına dair bir işaret bulunmamaktadır. Maddede belirtilen yerler bakımından herhangi bir istisna getirilmediğine göre; bu yerlerde; tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerleri de olabilir. Bu bakımdan kurulacak güneş enerjisi sistemleri, bu varlık ve değerlere zarar vereceğinden, hüküm Anayasa'nın 63. maddesine aykırıdır.

Yine Anayasa'nın 168. maddesi, tabii servetler ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu, bunların aranması ve işletilmesi hakkının Devlete ait olduğunu, Devletin bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebileceğini, hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılmasının, kanunun açık iznine bağlı olduğunu, bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyidelerin kanunda gösterileceğini de hüküm altına almıştır. Oysa 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yenilenebilir bir tabii kaynak olan güneş enerjisinin, kıyı alanlarında işletileceği çok açıkken, "Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ile müeyyideler" açıklanmamıştır.

Her ne kadar DSİ tarafından yapılan ve yönetilen bir baraj veya gölet söz konusu olsa da, bu tesislerin orman rejimi içerisindeki yerlerde de yapıldığı bilinmektedir. Bu durumda, ormana ilişkin mevzuat ile 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesini birlikte değerlendirmek zorunludur. Anayasa'nın 169. maddesinde de bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, Devlet ormanlarının; mülkiyetinin devredilemeyeceği, kanuna göre Devletçe yönetilip işletileceği, zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olmayacağı, yine ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eyleme izin verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinin; baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralama yetkisini DSİ'ye bırakan hükmü; Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır. Ormanlık alanlarda bir tahsis söz konusu olduğunda da, gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi için, **yerine getirilmek istenen kamu hizmetinin üstün bir kamu yararına dayanması**, Devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunması, bir başka deyişle, **kamu yararı taşıdığı kabul edilen hizmetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin imkânsız olması** zorunludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi içtihadıyla⁵ kastedilen ölçüt budur. Bu çerçevede güneş enerjisi sistemlerinin, orman ekosistemi dışında kurulması herhalde mümkündür.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 2014/116 karar sayılı kararında⁶ da belirtildiği gibi, Devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla, Anayasa'nın 169. maddesi dışında anılan Anayasa hükümleri ve uluslararası sözleşmelerin koruduğu hak ve menfaatlere müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca **demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun** ve ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesinin gereği de budur. Hukuk devleti, adaleti (eşitliğin, ölçülülüğün, temel hakların ve güçsüzün korunması) ve hukuki güvenliği, dengeli ve uyumlu biçimde sağlamalıdır.

⁵ E. 2000/75, K. 2002/200, Kt. 17.12.2002.

⁶ E. 2013/89, K. 2014/116, Kt. 03.07.2014.

Bu çerçevede, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi; baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralama yetkisini DSİ'ye bırakırken, devasa panellerin kurulabileceği göz önüne alındığında, ölçülülük ilkesinin gereği içermesi gereken (özellikle doğal varlıklar, yaşam alanları, ekosistem ilişkileri ve biyolojik çeşitlilik etkileri) noktalarda istisnai hükümleri içermemesi, bu konuyu sadece uzmanlığı su tesisleri kurmak olan tek bir idarenin takdirine bırakması, adalet ilkesine, dolayısı ile Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Üstelik Anayasa'nın 56. maddesinde güvence altına alınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını ihlal etmektedir.

Baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerin enerji firmalarına kiralanması, suyu veya yaban hayatını yöneten kurumlarla, enerji firmaları arasında çatışmalara sebep olabilecektir. Bu haliyle 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerçekçi, işlevsel ve yararlı olmadığı; kısaca olumlu ve yararlı toplumsal etkiler doğurmayacağı ortadadır. Üstelik baraj, gölet ve kanal gibi su tesislerini işleten kurum ve firmalar bakımından, **süregeleceğine güvenilen durumları** bozarak, onların haklı beklentileri ortadan kaldırılmakta; istikrar ve kalıcılık ortadan kaldırarak hukuksal güvenlik yok edilmektedir.

DSİ'nin amacı "yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak"⁷ iken, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın görevi; "toprak, su kaynakları ve biyoçeşitliliğin korunması, verimli kullanılmasının sağlanması"dır.⁸ OGM'nün görevi ise; "Orman kaynaklarını; ekolojik, ekonomik ve sosyo-kültürel faydalarını dikkate alarak, bitki ve hayvan varlığı ile birlikte, ekosistem bütünlüğü içinde idare etmek" dir.⁹ Doğa Koruma

⁷ 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesi.

⁸ 639 sayılı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesi.

⁹ 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un "Görev" başlıklı 2. maddesi.

ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü'nün yasal görevleri,¹⁰ su kıyısı alanlarda bu Kuruma önemli misyonlar vermektedir.

Belirtilen yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralamak yetkisinin DSİ'ye aktarılması; TBMM'nin, kanun koyma münhasır yetkisini kötüye kullanarak, amaç saptırması yaparak, ölçsüz ve çelişik davranmasıdır ki bu hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Asıl amacı yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek, bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak olan ve buna göre teşkilatlanan DSİ'ye, kendi uzmanlık alanı ve teşkilatlanması ile ilgili olmayan bir görev ve yetki verilirken, bu işin uzmanı olan Teşkilatlar yok sayılmaktadır.

DSİ'nin, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ifade edilen yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri kiralama işini yönetebilecek ne personeli ne de donanımı vardır. Bu birikim, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile OGM ve Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü'nde bulunmaktadır. Bir an için, bu Kurumların yetkilerinin ve yeteneklerinin DSİ'ye devri kabul edilebilir bulunsa dahi, bu devir sürecinin de Kanun'da ayrıca düzenlenmesi gerekirken, böylesi bir duyarlılık 7139 sayılı Kanun'da saptanamamıştır.

Buraya kadar yapılan anayasal irdellemelere ek olarak, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesini Türkiye'nin imzaladığı, tarafı olduğu, taahhüt ettiği yükümlülükler ve **uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere uygunluk** açısından da değerlendirmek gereklidir. Bu sözleşmeler,

¹⁰ 4 Temmuz 2011, Resmî Gazete Sayı: 27984 (Mükerrer). Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK 645, Madde 8/a) Milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma alanları ve sulak alanların ayrılması, korunması, planlanması, düzenlenmesi, geliştirilmesi, tanıtılması, yönetilmesi, işletilmesi ve işletirilmesi ile ilgili işleri yürütmek, c) Yaban hayatı ve kara av kaynakları ile orman içi su kaynakları, dere, göl, gölet ve sulak alanların ve hassas bölgelerin korunması, geliştirilmesi, kara avcılığının düzenlenmesi, av kaynaklarının işletilmesi ve kontrolü ile ilgili her türlü etüt, envanter, planlama, projelendirme, uygulama ve izlemeye ilişkin iş ve işlemleri yapmak veya yaptırmak, bu hizmetlerle ilgili tesisleri kurmak veya kurdurmak, d) Uluslararası koruma sözleşmeleri ile belirlenen yörelerdeki koruma ve kullanma esaslarını belirlemek, e) Uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınan bitki ve hayvan türleri ile alanların korunması konusunda tedbirler almak, ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak ve g) Görev alanıyla ilgili olarak bitki ve hayvan türü genetik kaynaklarının muhafazası ve iyileştirilmesi ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek.

imzalanma tarihi dikkate alınarak aşağıda verilmiş ve ilgili madde ile ilişkisi aşağıda açıklanmıştır.

01 Aralık 1966 tarih ve 797 sayılı Kanunla onaylanarak, 17 Aralık 1966 tarih ve 12480 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme’nin 1 ve 2.** maddeleri, bütün kuşların korunması yükümlülüğünün devlete ait olduğunu belirtmektedir. Baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin bütün kuşlara zarar verdiği¹¹ ifade edilmektedir. Kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin, kuşlara zarar verebileceğinden, 7139 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle verilen yetkinin, Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme’nin 1 ve 2. maddelerine aykırı sonuç vermeyecek şekilde nasıl kullanılacağına açıklanması gereklidir.

25 Mayıs 1982 tarih ve 8/4788 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 14 Şubat 1983 tarih ve 17959 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi’nin 1, 2, 3, 4, 5, ve 6.** maddeleri, istisnaî evrensel değeri olan (sit alanları, kültürel anıtlar, eserler) oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanların korunması yükümlülüğünün devlete ait olduğunu belirtmektedir. Bilindiği gibi, insan yerleşimleri çoklukla su kıyılarına kurulmuştur. Bu nedenle 7139 sayılı Kanun’a göre güneş enerjisine kiralanmak istenen yerler arasında kültürel miras değerlerinin bulunma olasılığı yüksek yerler ile tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanlar da girebilir. 7139 sayılı Kanun’da bu durumu dikkate alan bir düzenleme bulunmamakta; bu Sözleşmelerden doğan yükümlülüklerimizin yerine getirilmesini sağlayacak önlemler yer almamaktadır.

09 Ocak 1984 tarih ve 84/7601 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 20 Şubat 1984 tarih ve 18318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Avrupa’nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi’nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7.** maddeleri, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamlarının, bilhassa nesli teh-

¹¹ Tsoutsos Theocharis, Frantzeskaki, Niki, Gekas Vassilis, Environmental impacts from the solar energy technologies, Energy Policy 33 (2005) 289-296.

likeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanlarının ve tehlikeye düşmüş yaşama ortamlarını koruma yükümlülüğünün Devlete ait olduğunu belirtmektedir. 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi incelendiğinde, kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin, yabancı flora ve faunanın, özellikle nesli tehlikede ve endemik olanların yaşama ortamlarına zarar verecek, diğer yaban hayvanlarının suya erişimini engelleyebilecek bir yerin kullanımıyla ilgili bir yetkilendirmenin yapıldığı, fakat yetkinin nasıl kullanılacağına açıklanmadığı görülmektedir. Yukarıda kısaca özetlendiği gibi, su kenarları veya sulak alanlarla yaban hayatı ilişkisi hatırlandığında, kiralama işlemi yapılmadan önce verilecek iznin yaban hayatına olası etkilerinin irdelenmesi gerektiği ve 2. maddede bu düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir.

15 Mart 1994 tarih ve 94/5434 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 17 Mayıs 1994 tarih ve 21937 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşmenin (Ramsar Sözleşmesi)** 1, 2, 3, 4 ve 5. maddeleri, bütün sulak alanların ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarının korunması yükümlülüğünün, Devlete ait olduğunu ortaya koymaktadır. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi ile Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle çelişen yönlerini bu Sözleşmede de görmek olanaklıdır. Bu yerler, su kuşları yaşama ortamı veya daha genel bir ifade ile suya bağlı bitki ve hayvan topluluklarının doğal yaşam alanlarıdır. Bu bakımdan söz konusu Kanun ile kurulacak güneş enerjisi sistemleri, su kıyası yaşam alanlarını temelden etkileyen, onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarına zarar verebilen özellikleri nedeniyle Ramsar Sözleşmesinin **1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerine aykırıdır.**

21 Kasım 1996 tarih ve 96/8857 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 27 Aralık 1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin** 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı için gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünün Devlete ait olduğunu ifade etmektedir. 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle ifade edilen yerler biyolojik çeşitlilik bakımından değerli ve önemli bitki ve doğa alanları da olabilir. Bu bakımdan kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin, yüzeyi değiştirerek, ışık ısı, albedo (top-

raktan ışığın yansımaları) etkileri yaratarak, mikro yaşam koşullarını farklılaştıracağı ve türlerin yaşam olanaklarını bozabileceği dikkate alınmalıdır. Su kenarlarının hem bitki hem hayvan çeşitliliği açısından taşıdığı önem dikkate alınarak, 7139 sayılı Kanun'un, bu gibi alanlarda bir izin vermeden önce gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yapabildiğini zorunlu kılan hukuki içeriğe sahip olması gerekir. Bu bakımdan düzenlemenin, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ne aykırı bir kurgu içerdiği ortadadır.

1.2. Orman Kadastro: Komisyon Üyeleri, İtiraz ve Yetkili Mahkemeler

7139 sayılı Kanununun 9. maddesi ile 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 7/3 maddesi; **"Orman kadastro komisyonları, Orman Genel Müdürlüğünce atanacak bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisinin başkanlığında, bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi veya bunların bulunmaması halinde orman teknikeri, bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi veya bunların bulunmaması halinde ziraat teknisyeni ile beldelerde belediye encümenince, mahalle ve köylerde muhtarlıkça bildirilecek bir temsilci olmak üzere bir başkan ve üç üyeden teşekkül eder"** şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklik öncesinde ise Orman Kadastro Komisyonu; *"Orman Genel Müdürlüğünce atanacak bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisinin başkanlığında, bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi veya bunların bulunmaması halinde orman teknikeri, bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi veya bunların bulunmaması halinde ziraat teknisyeni, mahalli ziraat odalarınca bildirilecek bir temsilci ile beldelerde belediye encümenince, mahalle ve köylerde muhtarlıkça bildirilecek bir temsilci olmak üzere bir başkan ve dört üyeden teşekkül eder."* şeklinde düzenlenmişti.

Eski ve yeni düzenleme karşılaştırıldığında, komisyon üye sayısının, bir eksiltilecek, 5'den 4'e düşürüldüğü, **"mahalli ziraat odalarınca bildirilecek bir temsilcinin"** ise komisyondan çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan değişikliğin anlamını kavrayabilmek için Orman Kadastrounun amacını, bu güne kadar çalışmalarda elde edilen deneyimi ve hukuki anlamını birlikte irdelemek gereklidir. Ülke ormanları-

nın kadastro sorunu Osmanlı'da başlamış ve Cumhuriyet döneminde de devam etmiş bir sorundur. Kadastro çalışmalarıyla hem bir arazi parçasının hukuken ve bilimsel olarak orman olup olmadığı kararlaştırılmakta hem de mülkiyetinin devlet, kamu veya özel orman şeklinde kime ait olduğu kayıt altına alınmaktadır. Bu işi yapabilmek için, orman, haritacılık, kadastro ve orman mevzuatı, yerel geçmiş hakkında bilgi sahibi olmak gereklidir. Komisyon üyelerinin; orman tanımı kapsamına giren yerleri, istisna bentleri de dikkate alarak ayırabilme, sınırlandırma, orman tanımı kapsamına girdiği halde 31.12.1981 tarihinden önce orman niteliğini kaybetmiş belirli nitelikteki yerlerin orman sınırları dışına çıkarılmasına karar verebilecek birikimde olmaları gereklidir. İşin mahiyeti dikkate alındığında, yapılan çalışmaların, incelenen arazi parçasının bilim ve hukuk açısından orman olup olmadığını kavrayabilecek birikime sahip kişilere emanet edilmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte, özellikle çalışılan alanın yerel isimleri ile harita bilgilerinin örtüştürülmesi, tapu kaydı dışında zilyetlik belgelerine sahip kişiler hakkında yerel düzeyde bilgi sahibi kişilerin desteği, kadastro çalışmalarında yararlı sonuçlar vermiştir.

Bütün bu gereklilikler ve deneyimler dikkate alındığında, kadastro komisyonlarındaki ziraat mühendis ve teknikerleri ile ziraat odası temsilcilerinin işlevleri tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de, niteliğine karar verilen varlık bir tarım alanı değil, ormandır. Ziraat mühendislerinin bitkilerle ilgili bir deneyim ve birikimleri olsa da, orman konusundaki birikimleri bir biyolog veya botanik uzmanına benzer niteliktedir. Ziraat odası temsilcilerinin de, bugüne kadar ne orman, ne de yerel bilgi noktasında, birikimli kişiler arasından seçilmesi garanti edilebilmiş; çoklukla komisyonlarda yasa gereği var olan, yolluk ve yevmiye alan, bulunamadığında komisyon kurulmadığı için çalışmaları aksatan bir üye olarak görülmüştür. Bu nedenle, orman kadastro komisyonlarında yer alacak başkan ve üyelerin ormancılık eğitimi almış bireylerden oluşması, hukuki bir deneyimin beklenmesi bir zorunlulukken, ziraat odası temsilcilerinin işlevleri tartışmalı bir konudur.

Yasalaşması sürecinde Mecliste yapılan tartışmalar dikkate alındığında, yapılan değişikliğin, yerelin komisyonlardaki temsil düzeyini düşürdüğü için eleştirildiği görülmektedir. Diğer yandan, komisyona

harita mühendislerinin dâhil edilmesini önerenler de olmuştur.¹² Ancak il veya ilçe merkezinden gelen ziraat odası temsilcisinin köy düzeyinde ne kadar yereli temsil edebildiği kuşkuludur. Diğer yandan, kadastro komisyonunun bir yerin orman olup olmadığına karar vermesi ile komisyon kararlarının haritalara bağlanması işleri, içerik olarak farklı işlerdir. Hatta ayrı ayrı ekiplerin dahi yapabileceği niteliktedir. Bu nedenle, harita mühendislerinden özellikle, kadastrosu yapılmış ormanların haritalandırma çalışmalarında yararlanması düşünülecek bir husustur. Ancak bunun için komisyon üyesi olmalarına gerek yoktur. Bu noktada, 5' den 4'e düşen üye sayısının tartışma konusu yapılması daha anlamlıdır. Çift sayılı bir komisyon yapısı, geleneksel komisyon anlayışına uymamaktadır.

1.3. Ormanlarda Tahsis ve İzinler

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 18. maddesi "**Devlet ormanlarında; arkeolojik kazı ve restorasyon yapılmasına ve bu alanların kullanımına, tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesislere, odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılmasına, balık üretmek üzere tesis kurulmasına ve göl, baraj ve deniz yüzeyinde yapılan balık üretimi için karada yapılması mecburi tesislere ve yeraltında depolama alanı kurulmasına Orman Genel Müdürlüğüne bedeli alınarak yirmi dokuz yıla kadar izin verilebilir. Bu süre sonunda her türlü bina ve tesis eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü tasarrufuna geçer ve söz konusu bina ve tesisler Orman Genel Müdürlüğü ihtiyaçları için kullanılabilir veya kiraya verilmek suretiyle değerlendirilebilir. Genel bütçe kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına bu madde kapsamında verilen izinlerden bedel alınmaz. Ancak bedelsiz izne konu tesisler de dâhil olmak üzere tesislerin; izin sahibince üçüncü kişilere kiralanması halinde orman sayılan alana isabet eden kira bedelinin yüzde ellisi her yıl Orman Genel Müdürlüğü bütçesine gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimi hesabına izin sahibi tarafından yatırılır. Yangın görmüş ormanlarla, gençleştirmeye ayrılmış veya**

¹² Anonim, TBMM Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyon Raporu ve Muhalefet Şerhleri, Ankara 2018, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic (12.05.2018).

ağaçlandırılan sahalarda birinci fıkradaki faaliyetlere hiçbir surette izin verilemez.” hükmüne dönüşmüştür.

Bu maddeyi, Anayasa'nın 2, 7, 13, 56, 63, 169. maddeleri açısından incelemek gerekir. Bu maddelerden, 2, 56, 63 ve 169. maddeler yukarıdaki irdelemelerde de gündeme gelmiştir. Hatırlanacağı gibi, Anayasa'nın 7. maddesi, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'de olduğunu ve bu yetkinin devredilemezliğini; 13. maddesi ise, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve (...) ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hüküm altına almıştır.

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yapılan değişiklikleri, maddede ele alınış sırası ve içeriklerinin farklılıkları nedeniyle; arkeoloji, hızar şerit benzeri tesisler, balıkçılık amaçlı karasal tesisler, yer altı depolaması ve izin bedelleri açısından ayrı ayrı incelemek gereklidir.

Orman arazisinde **“arkeolojik kazı veya restorasyon yapmak”** ile **“tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak”** birbiriyle ilişkili fakat farklı içerikte işlerdir. Zamanında insan yerleşim alanı olan, fakat tarihin akışı içerisinde orman halini almış bir arazinin Anadolu'nun her yerinde bulunma olasılığı vardır. Bu nedenle orman içerisinde arkeolojik kazı yapmak veya arkeolojik bir yerleşim kalıntısının restorasyonu zorunlu olabilir. Bu noktada doğanın korunması ile kültürel varlıkların korunması şeklinde iki alanın rekabeti ortaya çıkmaktadır. Bu zorunluluk nedeniyle, **“arkeolojik kazı veya restorasyon yapmak”** şeklindeki düzenleme makul görülebilirken, aynı bakışı **“tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak”** noktasında savunmak olanaksızdır. Arkeolojik eserlerin yakınında ve insan yerleşimleriyle ilişkili mekânlarda da, biraz taşıma maliyetlerini göze alarak, **“tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak”** olanaklıdır. Hatta tarihi ve kültürel birikimlerle, yerel insanları bütünleştirmek, yaratılacak işlen-dirme ve dolaylı ekonomik etkilerinden yararlandırmak açılarından, orman dışında bu tesisleri kurmak daha doğru bir yaklaşımdır. Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, orman yetiştirmeye uygun bir yer,

orman kurmak için zorunlu ve gerekliyken, 7139 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ifade edilen tarihi eser restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak için, bu nitelikte bir yere ihtiyaç yoktur, orman dışında da kurulabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin K.2002/200 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, **Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi**, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya **tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır**. Önemli olan, bu bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı halleri irdelemeden, talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi olanağını kontrol etmeden, dolayısıyla irtifak hakkına konu olan hizmetin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve bu hizmetin daha büyük kamu yararı yaratması gibi koşulları incelemeyen, sadece **"kamu yararı"** ve **"zaruret"** gibi, her hizmette varlığı iddia edilebilecek sözcükleri kullanarak izin veren kurallar, Anayasa'nın 2. ve 169. maddelerine aykırıdır.

6831 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde yapılan diğer bir değişiklikle, "Devlet ormanı" sayılan yerlerde ormancılık dışı amaçlarla yapılabilecek etkinliklerle ilgili yeni düzenleme yapılmaktadır. Yapılan düzenlemeyle; **"Devlet ormanları sınırları içinde veya bu orman sınırlarına bir kilometreye kadar olan yerlerde... hızar, şerit kurulmasına izin verilmesi"** uygulaması kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikle, devlet ormanlarında "işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılmasına, yeraltında depolama alanı kurulmasına" bedeli karşılığında yirmi dokuz yıllığına izin verilebilmektedir. Bu hüküm doğrultusunda ormanlarda, izin almadan odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocaklar" açabilmenin yolu açılmıştır. Odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılması, orman dışında da yapılabilecek işlerdir. 7139 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre orman ürünü işleyecek her türlü tesis, OGM'den izin alınması koşuluyla girişimciler tarafından, Devlet ormanlarında açılacaktır.

Geçmişte bu tesislerin izne tabi tutulmasının nedeni, ormanları koruma sorunu yaratabilecek yerlere tesis kurulmasını engelleyerek, ormanlardan kaçak odun hammaddesi elde etmek isteyebileceklere engel olmaktır. Bu değişikliklerle birlikte OGM, bu tesislerin kullandığı orman ürünlerini denetleme, kontrol etme görevini daha zor koşullarda gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Yapılan değişiklik, **“bütün ormanların gözetimini Devlete”** veren anayasal hükmün gerçekleştirilmesini zorlaştıracak; hatta bu Kanun kapsamında değiştirilen diğer hükümlerle birlikte ele alındığında, gözetim görevi yerine getirilemez hale gelecektir. Anayasa'nın 169. maddesinde ifade edilen **“Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez”** hükmünün gereği olarak, OGM'nin ormanlarla yakın ilişkili tüm faaliyetleri takip etmesi gerekirken, getirilen değişikliklerle, orman ürünü işleyerek, kaçakçılığı teşvik edebilecek, böylelikle ormanlara zarar verebilecek tesisler konusunda OGM'nin yetkileri elinden alınarak, Anayasa hükmünü yerine getirmesi imkânsız haline gelecektir.

Öte yandan, ilgili maddenin gerekçesinde belirtildiğine göre yapılacak değişikliklerle; *“...orman ürünü işleyen her çeşit fabrikanın açılmasındaki engeller...”* kaldırılacak, *“...küçük ölçekli orman ürünü işleyen tesis sayısı...”* azaltılacaktır. Gerekçeye göre orman ürünü işleyen fabrikaların kurulması izne tabi bir husustur ve gereksiz bürokrasiye, engellere neden olmakta ve bu fabrikaların açılmasındaki engellerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu yeni düzenlemede, sözgelimi *“küçük ölçekli”* tanımına bir açıklama getirilmemektedir. Böylece, yaklaşık % 70'i küçük ölçekli olan Türkiye orman ürünü işleme tesislerinin hammadde sağlama olanakları kısıtlanabilecektir.

7139 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle getirilen değişikliklerle, orman alanları için son derece zararlı olabilecek kullanım biçimlerine tahsisin önü açılmaktadır. Orman içinde veya ormana 1 veya 4 kilometre mesafede özel mülkiyete tabi arazilerde kurulacak tesisler bile, özel izne tabi iken, düzenlemeyle bu kısıtlama kaldırılmakta, izin verilmesi yanında 29 yıl gibi uzun bir süre verilerek, neredeyse sınırsız bir kiralamaya imkân sağlanmaktadır.

Yukarıda, **arkeolojik eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak** ifadesiyle ilgili olarak yapılan değerlendirmeyi, maddeye eklenen **“baraj ve deniz yüzeyinde yapılan balık üretimi**

için karada yapılması mecburi tesislere” ifadesinde de yapmak mümkündür. Ancak, burada geçen **“karada yapılması mecburi”** ifadesinin, **“karada ve ormanlık alanda yapılması mecburi”** şeklinde düzenlenmemiş olması nedeniyle, belirsizlik içerdiği, kamu yararı ve zaruret noktalarında duyarlı davranmayı garanti edemediği görülmekte ve Anayasa’nın 2. ve 169. maddelerine aykırı düşmektedir.

Yine aynı madde ile ormanlarda **yer altı depolama tesislerine** de izin verilme yolu açılmıştır. Buna karşılık, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 1. maddesi, tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaçlık topluluklarının **yerleriyle birlikte** orman sayılacağı hükmünü getirmiştir. Orman ekosistemi belli bir yerdeki çevrenin içerdiği tüm cansız fiziksel faktörlerle (toprak, rüzgâr, eğim ve ışık vb.), başta orman ağaçları olmak üzere, diğer bitki örtüsünün, hayvan varlığının, mikro organizmaların ortak ve karşılıklı ilişkilerini içerir. Bir orman, bu ilişkilerin orman kurmaya uygun bir sonuç vermesi halinde, ortaya çıkabilir. Ekosistem ilişkileri yok olduğunda ise orman da ortadan kalkar.

6831 sayılı Kanun’da ormanın hukuki bir tanımı yapılmıştır. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) de bir orman tanımı yapmıştır. FAO’ya göre; 5 metreden fazla boya ve yüzde 10’dan fazla tepe kapalılığına sahip olan ya da tabii sahasında bu eşik değerlere ulaşabilecek olan ağaçların bulunduğu 0.5 hektarı aşkın arazi¹³ orman olarak kabul edilir.

6831 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer bulan **“yerleriyle birlikte”** ifadesi, ormancılık bilimi ve ekosistem ilişkileri açısından özel anlam taşımaktadır. Orman canlı bir varlık olarak, önce genç bireylerden oluşmaktadır. Ormanın gençlik çağında, ortada ağaç görünümü taşıyan bireyler henüz yoksa da, orman niteliği ortadan kalkmamaktadır. Benzer şekilde, kesime olgun ağaçları traşlama kesilerek gençleştirilmiş bir orman arazisinde, FAO tanımına göre 5 metre boyda tek bir birey kalmamış olsa dahi, **“yeri orman”** olduğu için, orman niteliği devam etmektedir. Bir dönem bitki örtüsünü kaybetmiş bir alan, orman yetiştirme koşulları devam ettiği sürece, yeniden orman olma fırsatı taşımaktadır. Bu nedenle, gerek Türkiye’de gerek dünyada, kanun ko-

¹³ Lund, Gyde H. , Orman Nedir? Tanımlar Farklı Sonuçlar Doğurur Türkiye Örneği, (Çev. Bekir Kayacan), *Avrasya Terim Dergisi*, Yıl, 2014, Sy: 2, s. 9-16.

yanlar ormanı sadece bir bitki örtüsü olarak görmemiş “**yerleriyle birlikte**” ele almışlardır. “Ormanın vazgeçilmez unsurlarından biri,” ormanı oluşturan ağaç ve ağaççıkların üzerinde bulunduğu, **topraktır**.¹⁴ Orman topraklarını, orman ekosisteminden ayrı düşünmek mümkün değildir. Orman topraklarının tek başına sunduğu birçok ekosistem hizmeti bulunmaktadır. Bunlardan biri, **su üretim** fonksiyonudur.¹⁵ Bitkilerin yetiştiği yerin toprak yapısı değiştiğinde orman yetiştirme olanakları değişmekte, orman bozulabildiği gibi, üretilen su miktarı da değişmektedir. Eski orman arazilerinde açılan açık maden sahalarının ıslah edilmediğinde, orman niteliğini kaybettiği bilinmektedir. Toprak yapısı sadece toprağın fiziki özellikleri veya morfolojik yapısının değişmesiyle değişmemekte, yer altı su kaynaklarının değişmesiyle de farklılaşmaktadır. Gerçekten de, aşırı çekilen, akış yönleri değiştirilen yer altı su kaynakları, ormanın yetişeceği toprağın veya “yerin” değişmesine neden olmaktadır.

Bu nedenle, 7139 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle ormanlık alanlarda yer altı depoları yapılabilme fırsatının verilmesini, orman dışında yapılabilecek pek çok atıl alanın mevcudiyetini dikkate alarak hem **zaruret** kuralı gereği, hem de orman yerlerini orman yetiştirmeye uygun olmaktan uzaklaştıracak **toprak, su zararları** nedeniyle irdelemek zorunludur. Anayasa Mahkemesi içtihadında yer bulan kamu yararı ve zaruret durumu, yer altı depoları için de geçerlidir ve 7139 sayılı Kanun’un 11. maddesi bu koşulları yerine getirmemektedir.

Yer altı depolarının toprak su zararları ve orman ilişkisini, bir defa da, Anayasanın 169. maddesi kapsamında ele almak gerekir. Anayasa Koyucusu, bu maddenin birinci fıkrasında, ormanların korunmasını emretmekle yetinmemiş, ormanlık sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak görevini de Devlete vermiştir.

Yapılmasına izin verilen **yer altı depolama alanlarının** orman ile etkileşimi incelendiğinde; yukarıda da değinildiği gibi, orman ekosis-

¹⁴ Necmettin Çepel, Toprak - Su - Bitki İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1993, s.

¹⁵ TEMA Vakfı, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitialfocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018)

temi üzerinde; orman, toprak, su ilişkilerini bozabilen, toprakların su tutma yeteneğini değiştiren, yer altı su akışlarını etkileyen bir müdahale anlamına geleceği açıktır. 7139 sayılı Kanun'da, bu tür tesislerin açılmasına ilişkin hiçbir kısıtlama getirilmemiştir. Orman ağaçları, su ihtiyacını yeraltı toprak tabakaları içerisindeki suların sağlamaktadır. Yer altına kurulacak depolar ise topraktaki su geçişini etkileyerek ormana doğrudan zarar verebilecektir. "Yeraltı depolamasına" izin verilmesiyle, orman ekosistemlerinin, başta nükleer ve kimyasal atık depolama alanları ile otopark benzeri tesislere dönüştürülmesi olasılığını da akla getirmektedir. Hiçbir sınırlama olmaksızın orman topraklarında her türlü depolamanın önünün açılması, ormanların su üretim hizmetinin zarar görmesine ve olası sızıntılarla sularının kirlenmesine sebep olma riskini de getirmektedir. Bunun yanı sıra, toprak altı depolama tesisleri ile birlikte bu tesislerin yapılması için yapılacak yol, gerekli görülecek başka tesis ve yapılar da, her ne kadar kanun metninde yer almamışsa da, izin kapsamına dâhil olabilecektir.

Kanun'un bu maddesinde belirtilen hizmetlerin orman ekosistemi dışında yapılmasının mümkün olup olmadığı ayrımı gözetilmeksizin, önemli orman alanlarının özel teşebbüse tahsis edilebilmesinin yolu açılmıştır. Bu nedenle ormanın tahsis edildiği özel kişilerin çıkarlarıyla kamu yararı arasında bulunması gereken hakkaniyete uygun makul denge kurulamamıştır. Bir an için orman ekosistemi dışında gerçekleştirilme imkânının olmadığı düşünülse bile, hükümde hiçbir istisnanın ve şartın getirilmemiş olması, nesli tükenmekte olan flora ve faunanın yaşam alanları, orman ekosistemi için olmazsa olmaz alanlar ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmasını sağlama yükümlüsü olduğumuz çevresel etki değerlendirme raporları göz önüne alındığında, istisnai hükümlerin bulunması gerekirken, bulunmaması, adalet ilkesine, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ifade edilen arkeolojik kazı, balık üretimine yardımcı tesis vb. konularda izin istendiğini ve 29 yıllığına izin verildiğini varsaydığımızda, örneğin kazı yapılmış ve bir arkeolojik eser bulunamamış olsa bile bunlara ilişkin yapılacak yapı ve tesislerin kalıcı olacağı ve bir daha ormana dönüş gerçekleşmeyecek¹⁶

¹⁶ Türkiye Ormancılar Derneği, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve

zararlar bırakacağı kesindir. Yine odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılması ve yeraltında depolama tesislerinin kurulmasına izin verilmesi de Anayasa'nın 169. maddesinin "devlet ormanları devlet tarafından yönetilir ve işletilir." hükmüne aykırıdır. Ayrıca verilen izin süresinin sonunda her türlü bina ve tesisin kullanımı veya kiraya verilmesi de, orman alanlarını daraltıcı etki yapacağından yine Anayasa'ya aykırıdır. Orman Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile ormanlarımıza ve onların sunduğu hizmetlerden yararlanan tüm canlılara ciddi zararlar verme riski ortaya çıkmıştır. Belirtilen tesislerin yapımı için kamu yararı ve zorunluluk şartlarının aranmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadıyla çelişen¹⁷ bir düzenleme gerçekleşmiştir.

7139 sayılı Kanun'un izin bedelleri hakkında getirdiği anlayışın üzerinde ayrıca durmak gereklidir. 6831 sayılı Kanun'un 18. maddesinin eski halinde, verilecek izinlerin ruhsata bağlanması ve alınacak rüsumlar saklı tutulmuşken, kabul edilen 11. maddenin ikinci paragrafı ile "genel bütçe kapsamındaki kurumlara verilen izinlerden bedel alınmayacağı"nın hüküm altına alınması, ormancılık kurumları açısından **kamunun zararına** neden olmaktadır. Bu da özel ve kamusal yarar arasındaki ölçsüzlüğü artırmaktadır. Bu düzenleme ile bir orman alanının orman olarak yarattığı kamu yararının, kullanım izni alanlarca ortadan kaldırılmasının yarattığı toplumsal maliyet görmezden gelinmektedir.

Üstelik "izin sahibince üçüncü kişilere yapılacak kiralamalardan" elde edilecek gelirlerin sadece yarısının OGM'ye yatırılacağı belirtilerek, genel bütçe kapsamındaki olası kurumlar lehine, **gelir transferinin yolu açılmaktadır**. Madde bu haliyle, kamu adına değer yaratan, kamu yararı üreten bir orman parçasını, bedelli veya bedelsiz olarak OGM'den almakta ve tahsis alan genel bütçe kapsamındaki kurumlara, hiçbir değer yaratmadan üçüncü kişilere kiralayarak, kira bedelinin yarısı kadar haksız kazanç elde etme fırsatı vermektedir. Bu kurumlara böyle bir ayrıcalık verilmesinin hiçbir makul sebebi bulunmama-

Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Türkiye Ormancılar Derneği Görüşü, https://www.ormancilarderneği.org/dosyalar/files/dsi_teski-lat_kanuntasirisi.pdf (11.06.2018)

¹⁷ E. 2017/134, K. 2017/169, Kt.13.12.2017.

tadır. Bu nedenle, **hem kamu yararı yerine zararı oluşturan** hem de **toplumsal adaleti zedeleyen** bir düzenlemedir. Bedelsiz devredilen tesislerin 3. kişilere kiralanması halinde, ödenecek kira bedelinin nasıl belirleneceği de Kanun'da açık biçimde düzenlenmemiştir. Bu nedenle öngörülebilir değildir.

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesinin son paragrafı, Kanun'un eski halinin tekrarı gibi görünse de, "**baraj havzalarında**" ifadesinin metinden çıkarıldığı görülmektedir. Bir yandan ormanda izin verilen faaliyet çeşitleri artırılırken, diğer yandan izne konu olabilecek orman alanının kapsamı daha da artırılmış, "**ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli**" tedbirleri içermeyen bir düzenleme getirilmiştir. İzin verilebilecek alanlara "baraj havzalarının" da girmesiyle birlikte, verilecek izinlerin bu barajlarda toplanan suları kullananların, yararlandıkları suyun miktarı ve niteliğini de değiştireceğinden, konu Anayasanın **su** ve **yaşam hakkıyla** ilgili maddelerini de ilgilendirir bir hal almaktadır.

Her şeyden önce 18. maddenin son fıkrasında, yangın görmüş ormanlarda, gençleştirmeye ayrılmış veya ağaçlandırılan sahalarda arkeolojik kazı ve restorasyon veya odun kömürü, terebentin, sakız, katran vb. faaliyetlere izin verilemeyeceği şeklinde bir hüküm bulunması da aslında izin istenen bu faaliyetlerin üstün bir kamu yararı taşımadığını göstermektedir.

1.4. Dikili Satışlar ve Orman Köylülerinin Hakları

7139 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 30. maddesi, "**Devlet ormanlarından elde edilen dikili ağaç da dâhil orman ürünlerinin piyasa satışlarında açık artırma esastır. Kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçları ile lüzum ve fayda görülen veya acele olarak satış yapılmasını gerektiren hallerde, her türlü orman ürünü piyasa fiyatı üzerinden tahsisen satılabilir. Amenajman plan verilerine uygun olarak dikili ağaç da dâhil orman ürünlerinin satışları beş yıllık süreleri geçmemek üzere, yıllara sâri olarak da yapılabilir.**" şeklini almıştır.

7139 sayılı Kanun'un 12. maddesini de Anayasa'nın 2, 7, 13, 17, 56, 63 ve 169. maddeleriyle ilişkilendirmek mümkündür. Yukarıda bu maddelere yönelik açıklamalar yapıldığından, burada yalnızca 17 ve

170. maddelerin hatırlatılmasında yarar görülmüştür. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 17. maddesinde orman köylülerini de kapsayacak şekilde, "herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu" hüküm altına alınmaktadır. Anayasa'nın 170. maddesi ise doğrudan orman köylüleriyle ilgilidir ve "orman köylülerinin kalkındırılması, orman koruma ve yönetimde köylülerin gözetilmesi, iş birliği yapılması, (...) Devletin, bu halkın işletme araç ve gereçleriyle diğer girdilerininin sağlanmasını kolaylaştırıcı tedbirler alması" hüküm altına alınmıştır.

7139 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilmeden önce, maddenin eski halinde ilk cümle "Devlet ormanlarından elde edilen ürünlerin piyasa satışlarında açık artırma esastır" şeklinde düzenlenmişken, yeni düzenlemeyle "**dikili ağaç da dâhil**" kelimeleri eklenmiştir. Bu ekleme teknik bir düzenleme gibi görülse de, 6831 sayılı Kanun'un 40. maddesi başta olmak üzere, kesim işiyle ilişkili olarak **orman köylülerine** tanıdığı tüm haklar ile Anayasa'nın 170. maddesinde ifade edilen "Ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması" konusuyla yakından ilişkilidir. Nitekim OGM'nin bu ekleme öncesi yaptığı dikili satışlar, orman köylülerini temsilen Türkiye Ormancılık Kooperatifleri Merkez Birliği (ORKOOP) ile OGM arasında idari dava konusu olmuştur. ORKOOP tarafından, 21.04.2015 tarihinde Danıştay'da açılan davada, çıkarılan yönetmeliğin yasal bir dayanağının bulunmadığı, Anayasa'nın 169 ve 170. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından, "Orman Ürünlerinin Satış Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (ö) bendinde yer alan "**ve 6831 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi uyarınca belirlenen dikili ağaçlar**" ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.¹⁸ Bu nedenle, 7139 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle "**dikili ağaç da dâhil**" kelimelerinin ilgili yasaya eklenerek, uygulamaya kanuni bir dayanak oluşturulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan eklemenin uygulamadaki yasal dayanak eksikliğini gidermiş olduğu iddia edilebilecek olsa da, ORKOOP veya orman köylülerinin iddia ettikleri anayasaya aykırılığı gideremeyeceği açıktır. Bu uyumsuzluğu görebilmek için "dikili satışın" ne anlama geldiğinin ortaya koyulması zorunludur.

¹⁸ <https://www.ogm.gov.tr/SitePages/OGM/OGMDuyurular.aspx?List=bab5d875-bc9e-415b-99c6-f5088acdaf36&ID=876&Web=6b9add1f-52c2-4e71-826c-3f6be57bbc5d>. (12.05.2018)

Türkiye’de ağaç satışı devlet orman işletmeleri tarafından, önceden ve sonradan satış olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Önceden satışın bir diğer adı **dikili satıştır** ve dikili gövde halinde bulunan ve kesime uygun oldukları belirlenmiş ağaçların, kesilmeden satışına denir. Bu çeşit bir satışta ağacı kesim sorumluluğu alıcıya aittir. Sonradan satış ise; ağaçların orman sahibi tarafından kesilip, ürün çeşitlerine ayrıldıktan sonra, belirli bir rampadan veya depodan alıcıya satılmasıdır. Dikili satışta, kesime ek olarak, sürütme, orman dışına taşıma işlemleri de alıcı tarafından yapılmaktadır.¹⁹ Dikili satış, Osmanlı döneminde başlayan ve Cumhuriyetin ilk yıllarında da devam eden bir satış yöntemidir. Bu yöntemin tercih edilmesinin nedeni ise henüz devlet orman işletmelerinin ya kurulmamış ya da çok yetersiz bir kapasitede bulunması, kesim işleri için gerekli sermaye birikiminin bulunmamasıdır. Bu zorunluluklar nedeniyle, uygulanan dikili satışların, karlılık durumu zayıf fakat bakım bekleyen ormanlarda uygulanamaması, alıcıların kesilmemesi gereken ormanlara verdikleri zarar, kesim tekniklerinin orman ekosistemini olumsuz etkilemesi gibi nedenlerle terk edilmiştir. OGM, Türkiye’de terk edilmiş bu dikili satış yöntemini, 1996 yılında yayınladığı bir tamim ile tekrar uygulamaya sokmuştur. Dikili satışa yeniden yönelmenin nedeni, hâkim özelleştirmeci yaklaşımların etkisi ile OGM’nin kesim ve hasat sorumluluğundan kurtulmak istemesidir. Ancak, 1996 yılından beri bu uygulamanın hukuken, iktisaden, sosyal ve çevresel açılardan sakıncalı olduğu yönünde, ormancılık camiasında bir tartışma devam etmektedir. 7139 sayılı Kanun’un 12. maddesi ile 6831 sayılı Kanun’un 30’uncu maddesi yeniden düzenlenmekte ve dikili satış uygulamasına yasal dayanak sağlanmaktadır.

7139 sayılı Kanun’un 12. maddesinde yapılan bir diğer değişiklik ise **“beş yıllık süreleri geçmemek üzere, yıllara sâri olarak”** dikili satışların yapılabilmesidir. Bilindiği gibi, sari ihale veya satış, birden fazla yılda uygulanacak ihaleleri, satışları tanımlamakta kullanılmaktadır. Sari ihale veya satışlarla, orman işletmeciliğinin temel etkinliklerinden birisi olan orman ürünü hasadı işleri **“bir dönem için”** alıcı kişi ve kuruluşların sorumluluğuna geçmektedir. Bir ağacın kesilebil-

¹⁹ Ergün İlter - Kenan Ok, Ormancılık ve Orman Endüstrisinde Pazarlama İlkeleri ve Yönetimi, yayınevi.....Ankara 2012,

mesi için bağlanması gereken silvikültürel planlar, usulünce yapılması gereken damgalar ve tutulması gereken tutanaklar bulunmaktadır. Bunları hazırlama yetkisi devlet orman işletmelerindeyken, çok yıllık satışlarda kim tarafından ve nasıl gerçekleştirileceği belirsizdir. Her ne kadar amenajman planlarına bağlansa da, bir ormandaki ürünün hasat işlerinin beş yıla varan bir sürede bir başka kişi veya kuruma bırakılması, ormanın belirli bir süre için **“işletmesinin devri”** anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yapılan değişiklik, Anayasa’nın 169. maddesinde ifade edilen *“Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir”* hükmünün; özellikle *“işletilir”* kısmına aykırıdır.

Ülkemiz orman amenajman planları, kızılçam, karaçam gibi türlerde 10 yıllık, meşe gibi daha uzun idare süreli ağaç cinslerinde ise 20 yıllık bir dönem için hazırlanır. Bu planlarda aynı yaşlı orman veya değişik yaşlı orman yönetim biçimleri temel alınarak, ilk plan döneminde gençlik bakımı, sıklık bakımı, aralama, gençleştirme ve son hasılanın alım yer ve zamanları belirlenir. Bununla birlikte, bu planlarla verilen kararlar, yıllık çalışmalara yön göstermekle beraber, hava halleri, piyasa koşulları, yangın ve kar devirmeleri, sosyal baskılar gibi pek çok dışsal nedenle **“işletmeci tarafından ve yıl bazında”** uygulanır. Üstelik doğal gençleştirme sahalarında bol tohum yılı, hava halleri veya kuraklık gibi faktörlerin etkisi daha fazladır ve aynı yıl içinde dahi uygulamanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği duruma göre kararlaştırılır. Hal böyleyken, beş yılı bulabilecek dönemler için satış yapılması ormancılık pratiğine uygun değildir. Yapılan işlem, bu açıdan da Anayasa’nın 169. maddesine aykırıdır.

Açık satışlarda, satışa çıkan orman ürününün tanımının yapılmış olması, açık artırmanın başlayacağı muhammen satış fiyatının usulünce belirlenebilmesinin ön koşuldur. Çok yıllık satışlarda, satışa çıkacak orman ürünleri yılı içerisinde yapılan satışlara göre daha büyük belirsizlikler içerecektir. Açık artırmaya katılabilecek potansiyel alıcı sayısı düşecek, beraberinde rekabet azalacaktır. Çok yıllık bir dönem için iktisadi analiz yapmak zorunda kalan alıcılar daha büyük belirsizliklere göre fiyat teklif edecek ve açık artırma sonunda daha düşük bedellerle orman ürünleri satılacak ve dolayısıyla *“kamu zararı”* oluşacaktır. Bu da yapılan düzenlemenin ekonomik sonuçlarının kamu yararı üretmekten uzak olduğunu göstermektedir. Bu düzenleme ile piyasayı

daha yakından takip eden, bir anlamda piyasa düzenleme rolü de üstlenen devlet orman işletmeleri, pazar koşullarına yabancılaşan, esnek bir işletme yapısından, sadece “idarî” işleri yürüten bürokratik bir kuruma evrilecektir.

Ağacın dikili halde ve orman içinde satılmasının gerekli olduğu iddiası, madde gerekçesinde; orman ürünlerinin en iyi standartlarla üretilerek kullanım alanlarına en kısa sürede kaliteli ve taze olarak ulaştırılması, süreçteki yüksek maliyetlerin böylece giderilmesi, üreticiye hammadde garantisinin sağlanması ve orman köylülerinin alacağı payların arttırılmasının sağlanması şeklinde savunulmuştur. Bu savunu bilimsel temellere sahip değildir. Dikili satışların hasat masraflarını azaltıcı etkisi dile getirilirken, ürünün satış fiyatını düşürücü etkisi gözden uzak tutulmaktadır. Üstelik burada kısa vadeli ekonomik sıkıntıları aşmayı önceleyen ve uzun vadeli ekolojik kaygıları arka plana iten amaç ve hedef açıkça dillendirilmiştir. Ayrıca gerekçede “orman köylülerinin alacağı payların arttırılması” ifadesiyle, orman köylüsünün statüsünün dönüştürülmesi hedefi de dolaylı olarak ifade edilmektedir.

Orman Kanunu’nun 30. maddesinde yapılan değişiklikle orman köylerini kalkındırma kooperatifleri önemli ölçüde işlevini yitirmektedir. İleride 40. madde değişikliği kapsamında ayrıca ele alınacak olmakla birlikte, ormanların müteahhitler tarafından işletilmesinin hedeflendiği ve bunun orman köylüleri ve kooperatifler için bunun önemli kayıplara yol açacağı açıkça görülmektedir. Anayasadaki koruyucu hükümlere rağmen, köylülerin öncelikli iş yapma imkânları ortadan kaldırılmaktadır. Bu türden yasal değişiklikler, toplumun en mağdur kesimi olan orman köylülerini daha da yoksullaştıracaktır. Madde, bu yönüyle Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen “sosyal devlet” ilkesine aykırıdır.

Aynı yasal düzenlemede yer alan “*kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçları ile lüzum ve fayda görülen veya acele olarak satış yapılmasını gerektiren hallerde, her türlü orman ürünü piyasa fiyatı üzerinden tahsisen satılabilir.*” ifadesi belirsizlikler içermektedir. Hangi hallerin acele satış gerektirdiği, piyasa fiyatının nasıl belirleneceği belirsizdir. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının sınırlandırılmasında da geçerli olan genel ilkeleri düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi “hak ve özgürlüklerin an-

çak kanunla sınırlanabileceğini” belirtmektedir.²⁰ Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir.²¹ Kanun’un varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle, kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.²² Buna karşılık madde kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçları, lüzum ve fayda görülen haller, acele olarak satış yapılmasını gerektiren hallerin belirsiz olduğu, somutlaştırılmadığı ve takdir yetkisini yürütme ve idareye devrederek Anayasa’nın 7. maddesine aykırı davranıldığı ortadadır.

7139 sayılı Kanun’un 12. maddesini sadece yaptığı eklemelerle ele almak yeterli değildir. Bu madde ile 6831 sayılı Kanun’un 30. maddesinin ikinci cümlesini oluşturan **“Açık artırmaya arz edilen orman ürünlerinin miktar ve vasıf itibarıyla mahalli ihtiyaçlara ve satış icaplarına uygun partiler halinde ayarlanması zorunludur.”** hükmü kaldırılmıştır. Oysa bu cümle ile *“yerel orman endüstri kurumlarının hammadde tedarikinde sıkıntı yaşamaması, ormanların gelir getirici etkilerinden öncelikle yerel endüstri kuruluşları ile esnafın yararlandırılması”* hedeflenmiştir. Gerçekten de, küçük ve orta ölçekli orman endüstri kurumları ile yerel marangoz atölyelerinin, el sanatları imalatçılarının, küçük sermaye birikimleriyle büyük hacimli satış partilerinden mal alabilmesi oldukça güçtür. Yasa koyucu bu durumu dikkate alarak, böyle bir cümleyi mevzuata eklemişken, yapılan yeni düzenleme ile yerel ihtiyaçlar, orman - yerel toplum bağı koparılmakta, ormanlarından yararlanamayan, ormanlarına yabancılaşan, böylelikle ormanlarına duyarlı olma ihtiyacı hissetmeyen toplum kesimleri oluşturulmak istenmektedir. Bu nedenle, belirtilen cümlenin çıkarılması, Anayasa’nın 170. maddesindeki orman köylülerinin kalkındırılması anlayışına zarar verebilecek, anayasaya aykırı bir düzenlemedir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görülebileceği gibi, 7139 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle yapılan düzenlemenin, hangi tip or-

²⁰ Ali Ekber Akyol ve diğerleri, B. No: 2015/17451, 16.2.2017, § 51.

²¹ Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12.11.2014, § 44.

²² Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30.12.2014, § 55.

manlarda veya orman çağlarında yapılacağına belirsizliği nedeniyle orman tahribine neden olması, longoz ormanları gibi su basar ormanlarda da uygulanabilmesi hallerinde, Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Doğal Yaşama Ortamlarının Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 9.; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 6, 7, 8, 9, 10, 11. ve 14.; Ramsar Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4 ve 5; Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5 ve Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme'nin 1 ve 2. maddeleriyle de ilişkilendirilebileceği görülmektedir.

7139 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler arasında "orman köylülerini" ilgilendiren bir diğer madde 13. maddedir. 7139 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 40. maddesi "**Devlet ormanlarında yaptırılan ağaçlandırma, bakım, imar, kesme, toplama, taşıma, imal gibi orman işleri; işyerinin ve işyerinde çalışacakların hangi mülki hudut ve orman teşkilatı hudutları içerisinde kaldığına bakılmaksızın, öncelikle işyerinde veya civarındaki orman köylerini kalkındırma kooperatiflerine ve işyerindeki köylülere veya işyeri civarındaki orman işlerinde çalışan köylülere, işyerine olan mesafeleri ile iş güçleri dikkate alınarak yaptırılır. Ancak; ağaçlandırma faaliyetlerine ait arazi hazırlığı işlerinin makine gücü ile yapılmasının gerektiği hallerde bu fıkra hükümleri uygulanmaz.**" hükmüne dönüştürülmüştür.

Yapılan değişiklik Anayasa'nın 2, 7, 13, 169 ve 170. maddeleriyle olduğu kadar 171. maddesiyle de ilişkilidir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 171. maddesi, "*Devletin, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alacağını*" hüküm altına almıştır.

Yapılan düzenleme ile esasen 6831 sayılı Kanun'un 40. maddesine "**Ancak; ağaçlandırma faaliyetlerine ait arazi hazırlığı işlerinin makine gücü ile yapılmasının gerektiği hallerde bu fıkra hükümleri uygulanmaz.**" hükmü eklenerek, orman köylülerine tanınan haklar, makineli ağaçlandırma çalışmaları alanında daraltılmıştır. Bu daraltma makul gerekçelere dayandırılmadığı gibi, "*makine gücü ile yapılması gerektiği haller*" şeklinde **belirsiz bir koşula** bağlanmıştır. Bu haliyle orman idaresi "*işin makineli çalışmayı gerektiğini*" ifade ederek, ormanların yarattığı iş ve gelir olanaklarından öncelikle orman köylülerinin yararlanma hakkını ortadan kaldırabilecektir.

Üstelik orman köylülerinin veya kooperatiflerinin de iş makinesi sahibi olmaları olanaklıdır ve ağaçlandırma alanında da iş alabilmeleri teşvik edilmelidir. Arazi eğiminin uygun olduğu her yerde ve ekonomik olarak avantajlı olan her durumda, makineli arazi hazırlığı yapılabilir. Bu tür faaliyetin özellikle orman kooperatiflerince yerine getirilemeyeceğini ileri sürmek, en azından günümüzün teknolojik gelişme düzeyiyle bağdaşmamaktadır. Bu madde ile idareye istediği zaman ve özel şirketler lehine orman köylüsünün çalışma olanağını daraltma fırsatı verilmektedir. Üstelik arazi koşulları uygun olduğunda, orman köylüsü de makineli arazi hazırlığı yapabilecekken, köylülerin bu yetenekleri dışlanmakta ve orman köylüsü olmayan makine sahipleri lehine bir düzenleme yapılmaktadır. Bu nedenle, yapılan değişiklik, hem aynı maddenin ilk cümlesi ile çelişmekte, hem de Anayasa'nın kooperatifçilikle ilgili 171. maddesine aykırılık taşımaktadır. Yapılan düzenlemeyle, zaten fakir olan orman köylüsü iyice fakirleştirilmekte ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturulmaktadır.

Öte yandan orman köylüsünün Anayasa'nın 170. maddesiyle garanti altına alınan hakkına, kanun ile müdahale edilirken, müdahaleyle ilişkin kural, yeterince öngörülebilir değildir. Madde metninde kullanılan **"ağaçlandırma faaliyetlerine ait arazi hazırlığı işlerinin makine gücü ile yapılmasının gerektiği haller"** ifadelerinin belirsiz olduğu, **somutlaştırılmadığı** ve takdir **yetkisini** yürütme ve idareye **devrederek** Anayasa'nın 7. maddesine aykırı davranıldığı ortadadır.

1.5. Orman Yangınları ve Yangın İşçileri

7139 sayılı Kanun'da, orman yangınlarıyla mücadelenin önemli bir bileşeni olan mükellefler (yükümlüler) ve gönüllü katkıları ile yangın işçilerinin hakları konularında düzenlemeler yapılmıştır.

7139 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 69. maddesinde "Orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar veya yaptırır." şeklinde değişiklik yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, yapılan değişiklikle, 6831 sayılı Kanun'un 69. maddesinin ilk fıkrası "Orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar veya yaptırır" şek-

linde düzenlenmektedir. Gerçekten de orman idaresi, eğitim öğretim işlerinden, yanıcı madde azaltıcı bakımlara, yangın emniyet yol ve şeritlerinin inşasına kadar pek çok hizmeti, daha yangın çıkmadan yapmakta, yangın çıktığında ise helikopter ve uçak kiralamaya kadar çeşitlenen pek çok hizmetin alımını gerçekleştirmektedir. OGM bugüne kadar yangınla mücadelede Akdeniz havzasının en başarılı örgütü olmakla övünmüştür. Hizmet alımı konusunda hiçbir hukuki sorun yaşamamıştır. Hal böyleyken, kanun koyucunun ilk cümleye eklediği **“yaptırır”** kelimesiyle hedeflenenin ortaya konması gereklidir. Kanun’un gerekçesine bakıldığında, “günün şartlarının dikkate alındığı” belirtilmekte fakat söndürme çalışmalarını yaptırmaya neden olan şartlar açıklanmamaktadır.

Getirilen yeni hükümle, orman idaresinin dışında yangınla mücadele birimlerinin oluşturulabilmesi ve bunlara yangın yönetimi sorumluluğu verilebilmesinin yolunu açan bir düzenleme yapılmıştır. Bu ifadedeki **“veya yaptırır”** eklemesi, orman idaresine yangın yönetimi konusundaki yetki ve sorumluluklarını sınırsızca **devretme** olanağı vermektedir. Dolayısıyla bu ekleme, Anayasa’nın 169. maddesinde yer alan **“Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır.”** hükmüne aykırıdır.

7139 sayılı Kanun’un 14. maddesinde geçen **“Devlet ormanlarında izin sahipleri, hususi ve hükmi şahsiyeti haiz amme müessesesine ait ormanlarda ise sahipleri, orman yangınlarının önlenmesi ve söndürülmesi ile ilgili her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.”** ifadesinin üzerinde özellikle durmak gereklidir. Bu ifadenin içerdiği **“hususi orman ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait orman”** ayrımı, “devlet olmanın getirdiği sorumluluğa ve kurumsal anlayış bütünlüğüne” aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre; “169. maddede herhangi bir ayrıma gidilmediği, tüm ormanlarda devlete koruma ve genişletme için gerekli kanunları koyma ve tedbirleri alma yükümlülüğünün verildiği, bütün ormanların gözetiminin devlete ait olduğu, dolayısıyla devlet ormanlarının işletilmesinde gözetilmesi gereken anayasal ilkelerin, özel ormanlar ile kamu tüzel kişilerine ait ormanlar yönünden de geçerli olacağı”²³ açıktır.

²³ E. 2017/134, K. 2017/169, Kt.13.12.2017.

Nasıl ki bir devlet kurumu olan itfaiye birimlerinin yangınla mücadele ederken, söndürdüğü varlığın özel kişilere veya kamu kurumlarına ait olup olmadığı ayırt etmeksizin, bir hizmet sorumluluğu bulunuyorsa, orman yangınları ile mücadelede en deneyimli, en donanımlı kamu kurumu olan OGM'nin de, ayrımcı bir tutum içerisinde olmaması gereklidir. Polisin kamu bankalarını ücretsiz korurken, özel bankalardan soygunlara müdahale masraflarını talep etmesi düşünülmemeyeceği gibi yangınla mücadeleye katılım fırsatı verilen gönüllülerin masraflarının orman sahiplerinden istenmesine ilişkin "Gönüllülerin yangına ulaşımı ile yangın söndürmeye yarayacak aletleri ve giyecekleri, Devlet ormanlarında orman idaresi, diğer ormanlarda ise sahipleri tarafından karşılanır." hükmü Anayasa'nın 2. ve 169. maddelerine aykırıdır.

6831 sayılı Kanun'un 69'uncu maddesi, çevredeki köy ve kasaba halkının orman yangınlarının söndürme çalışmalarına katılma yükümlülüğünü düzenlemektedir. 7139 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile bu maddedeki; "**yangın söndürme mükellefiyeti**" kaldırılarak, yerine "**gönüllülük**" esas getirilmektedir. Bu şekilde gönüllü insanların da yangın söndürme çalışmalarına katılması sağlanmak istenmektedir. Ancak, esasen bu gönüllü katılıma herhangi bir engel bulunmamakta, sadece gönüllülerin olası zararlarını telafi edici düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle gönüllülük esasının yeni bir uygulama gibi sunulması da yükümlülüğü ikame eden bir uygulama olarak gösterilmesi de doğru değildir. Yangın söndürme çalışmalarında insan gücünün temel dayanağını oluşturan mükellefiyet esastan, gönüllülerle ilgili bir düzenleme yapıldı diye vazgeçilmesi, ormanlara zarar verebilecek bir düzenlemedir. Zira sadece gönüllülük esası söz konusu olduğunda, OGM yangın söndürmek için yeterli insan gücü bulamayabilir. Bu nedenle yangın söndürme çalışmaları ciddi bir zaafa uğrayabilir ve orman idaresi ciddi tazminat davaları ile yüz yüze gelebilir. Öte yandan halkın orman yangınlarını söndürme çalışmalarına katılma yükümlülüğünün ortadan kaldırılması, ormanı korumanın bir vatandaşlık görevi olmasıyla bağdaşmamaktadır. Bu düzenleme ile vatandaşın ormanla bağı biraz daha koparılmakta, ormanlara karşı yükümlülükler, özellikle orman köylüleri bakımından azaltılmaktadır. Bir yandan Devletin dışındaki kişi ve kurumların da, orman sahibi

olması teşvik edilirken, diğer yandan da yangın gibi büyük boyutlu bir felaket karşısında orman sahiplerine ek yükler getirilmesi bir çelişkidir.

7139 sayılı Kanun'un 15. maddesi ise ne zaman çıkacağı bilinmeyen orman yangınlarıyla mücadele etmeleri için işlendirilen orman işçilerinin çalışma hayatıyla ilgilidir. 7139 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 72. maddesinin **"Orman yangınlarını önleme ve söndürme işlerinde görevlendirilen işçilerin, orman yangın ekip bina ve yangın gözetleme kulelerinde bulunan sosyal tesisler ve lojmanlarda çalışma saatleri dışında geçirdiği süreler, 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63 üncü maddesinde düzenlenen çalışma süresinden sayılmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin yapılacak fazla çalışma ve diğer hususlar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın görüşü alınarak, Orman Genel Müdürlüğüne hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir."** hükmünü getirmektedir.

Bilindiği gibi, Anayasa'nın 18. maddesi, *"hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını, angaryanın yasak olduğunu, şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere, (...) olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının, zorla çalıştırma sayılmayacağını"* hüküm altına almıştır.

Orman yangınlarını önleme ve söndürme işlerinde görevlendirilen işçilerin çalışma saatlerini düzenleyen 72. maddede yapılan düzenlemeyle, bu işçilerin çalışma saatleri dışında kaldığı kule, bina vb. ortamlarda geçirecekleri süreler çalışma süresinin hesaplamasına katılmayacaktır. Böylece yangında çalıştırılacak işçilerin **"boş"** geçirdikleri sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağına dair yeni bir hüküm getirilerek, özel bir çalışma usulü getirilmiştir. Bir başka deyişle, mevzuatta kabul gören çalışma süresini tamamladığı halde, evinin ulaşılabilir uzaklıkta olmaması vb. nedenlerle çalışma mekânlarında kalmak zorunda kalan ve bu esnada olası yangın durumlarında sorumluluk almaya hazır bekleyenler, **"boş"** bekliyor şeklinde tanımlanmaktadır. Yangın kulelerinin yerleri ile yangına müdahale merkezi olarak kurulan birimlerin kuruluş mekânları dikkate alındığında, çoklukla köy-

lerden uzak, orman en yakın yerlerde kuruldukları görülmektedir. Bir yangın kule bekçisi, köyüne çok uzak bir mekânda, sekiz saatlik bir mesaiden sorumlu olsa da, evine gidiş geliş güçlükleri nedeniyle, dinlenme sürelerini de kulede geçirmek zorunda kalmakta ve bu arada çıkabilen yangınlara kayıtsız kalmayarak müdahale etmektedir. OGM ise bu fedakâr yangıncıları, çalışma saatleri dışında evlerine götürmek sorumluluğu almamakta, bunun yerine 7139 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki gibi bir çalışma düzeni önererek, zor durumlarından yararlanmaktadır.

Yangın söndürme işçileri ile yangın gözetleme kulelerinde çalışan işçiler, yangınlarla mücadelede görev alan mühendisler, normal mesai saatleri dışında, günlerce yangın söndürmekle mücadele etmek zorunda kalmaktadır. Getirilen düzenlemeyle, bu gibi durumlarda çalışma saatlerine yönelik yapılabilecek itirazlarda idare güvence altına alınmak istenmiş, fakat idare - çalışan dengesi kurulamamıştır. Yangın çıktığında, mesai saatleri içinde olsun veya olmasın, göreve gitmek ve görevi başında olmak yükümlülüğü bulunan, yangın devam ettiği sürece görev yerini terk edemeyen fedakâr yangıncıların, normal mesai saatleri dışında da görev başında olmalarına rağmen bu saatlerde çalışmamış kabul edilerek ücret ödenmemesi, Anayasanın 2. ve 18. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti; temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi; bu arada çalışanları durumlarına uygun düzenlemelerle sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir. Bu kapsamda, güçlü olanı temsil eden OGM'nin, normal çalışma saatleri dışında yangıncıların ya evlerine ulaşmasına destek olması ya da "çalışma ortamında kaldıkları süre boyunca, ek bir sorumluluk almaları halinde, bunu ilave bir ödemeyle dengelemesi" gereklidir.

Bu düzenleme sebebiyle sürekli göreve hazır olmak durumunda kalan orman işçilerinin, bu süre boyunca belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle kamuca karşılanması gerektiğinden, orman işçilerinin kule veya ekip binasında kaldığı ve yangın önleme faaliyetlerine devam ettiği süreyi çalışma saati olarak değerlendirmeyen bu yeni düzenleme, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır. Buna göre, "angaryanın varlığından söz edebilmek için, öncelikle kişinin emeğinin **karşılığı** ödenmeden çalıştırılması ve bu çalıştırmanın zorla gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁴ Maddede yer alan düzenlemeye göre, orman işçileri mesai saatlerine bağlı olmayacak şekilde çalıştırılabilmektedirler. Bu açıdan anılan kişilere, mesai gerçekleştiği halde, icra edilen bu faaliyetleri karşılığında herhangi bir ödeme yapılmayacaktır. "Angarya" yasağının ihlali için emeğin karşılığının ödenmemesi gerekmektedir. Bu kural orman yangınına önleme ve söndürme işinde çalışacak olan işçilere ödeme yapılmaması bir yana, ilave ödeme de yapılmamasını öngörmektedir. Yangın merkezinde olduğu halde, bir işçinin mesaisi bitmesine rağmen çıkan bir yangına müdahale çağrısına uyması çeşitli nedenlerle zorunludur. Dolayısıyla karşılığı ödenmeksizin yaptırılacak bu çalışmalar, angarya yasağını ihlal edecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Bu madde kapsamında fazla çalışma sürelerinin belirlenmesinin, OGM'nin çıkaracağı yönetmeliğe bırakılması da, orman işçilerinin kendilerine düşen yükümlülükleri öngörebilmelerine ve davranışlarını ayarlayabilmelerine olanak tanımamaktadır.

²⁴ E.2012/97, K. 2013/51, Kt.3.4.2013.

1.6. Kamulaştırmasız El Atma

7139 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile Orman Kanunu'na eklenen Ek Madde 15; **"Orman kadastrosu yapılmayan veya orman kadastro-su yapılmış olup da orman sınırları dışında kalan yerlerde bulunan, gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri adına tapuda tescilli olduğu halde, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü çalışmaları sırasında kamulaştırılmaksızın orman idaresince 31.12.2017 tarihinden önce ağaçlandırılmış olan taşınmazlardan, orman olarak kullanılmasında yarar görülen taşınmazlara karşılık; aynı bölgede bulunan 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmeyen 2/B taşınmazlarından, bunun mümkün olmaması halinde diğer hazine taşınmazlarından eşdeğer taşınmaz verilebilir./Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Maliye Bakanlığından görüş alınarak Orman Genel Müdürlüğü tarafından belirlenir"** hükmünü getirmektedir.

Getirilen bu hüküm, Anayasa'nın 2, 7, 13, 35, 56, 169 ve 170. maddelerine aykırılıklar içermektedir. Bu maddede, diğer Anayasa hükümleri yanında, 35. madde özellikle dikkat çekmektedir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 35. maddesi, "herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini" ifade etmektedir.

Ek Madde 15, aslında Türkiye'nin bir başka gerçeğini ortaya koyması açısından ilginç bir içeriğe sahiptir. Bugüne kadar, devletin ormanlarını işgal edenlerden koruyamadığı, bu nedenle 2B benzeri düzenlemelerle, sürekli işgalci lehine orman sınırlarını daralttığı kamuoyunun malumudur. Bunun yanında, kendi ormanını koruyamayan devletin, bazı vatandaşların tapularını iptal ettirebildiği de bilinmektedir. Bu madde ise **"özel kişilerin mülkiyetindeyken, bir kamulaştırma ihtiyacı duymadan, bu yerlerin kendi malı olup olmadığına bakmaksızın devletin işgalci gibi girip, ağaç dikerek orman kurduğu yerlerin"** varlığını, sahiplerince haklı bir sorun haline getirildiğini ortaya çıkarmakta ve devlet vatandaş çatışmasına çözüm arandığını göstermektedir.

Gerçekten de, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü çalışması nedeniyle, kamulaştırılmaksızın orman idaresince ağaçlandırılan ve daha sonra tapu iptal davaları açılarak, arazileri ellerinden alınan malikler tarafından, mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle açılan tazminat davaları ciddi bir problem haline gelmektedir. Kanun koyucu bu madde ile bir çözüm arayışına girmiştir. Ancak, Ek Madde 15'in içerdiği "orman olarak kullanılmasında yarar görülen taşınmazlara karşılık; aynı bölgede bulunan 2/B taşınmazlarından, bunun mümkün olmaması halinde diğer hazine taşınmazlarından eşdeğer taşınmaz verilebilir" hükmü, bir çözüm olamayacağı gibi, Anayasa'nın 2, 13, 35, 169 ve 170. maddelerine de aykırıdır.

Ek madde 15 incelendiğinde, öncelikle, kamulaştırmasız el konulan taşınmazlara **ne kadar yakınlıktaki** taşınmazların "**aynı bölgede**" kabul edileceği, eşdeğerliğin nasıl belirleneceği konuları hazırlanacak yönetmeliğe bırakılmıştır ve bu aşamada çıkabilecek çatışmalara nasıl çözüm bulunabileceği belirsizdir. Bu sebeple Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, "**orman olarak kullanılmasında yarar görülenlerde**" bir takas önerilirken, "**yarar görülmeyenlerin**" sahibine iade edilip edilmeyeceği, ağaçlandırılan dönem boyunca sahibinin kullanım hakkının engellenmesiyle doğan hak kayıplarının nasıl telafi edileceği düzenlenmemiştir. Hangi nitelikteki ağaçlandırma alanlarının orman olarak kalmasında yarar görüleceği de belirsizdir.

Diğer yandan, Ek 15. Madde bu haliyle, devletçe ağaçlandırılmış, bakılmış, korunmuş ve üzerinde kayda değer bir ekonomik servet oluşmuş ve **bir şekilde** "orman olarak kullanılması yarar görülmeyen" yer olarak nitelendirilen yerleri sahiplerine iade ederek, bazı arazi sahiplerine dengesiz bir kazanç elde etme ve bu yolla haksız zenginleşme fırsatı doğurmaktadır. Üstelik aradan uzun yıllar geçtikten sonra, arazisini bu süre boyunca kullanma fırsatından mahrum bırakılmış kişilerin, bu mahrumiyetlerinden doğan hak kayıplarının, arazinin "ormanlık" olarak iade edilmesiyle tazmin edilip edilmeyeceği de belirsizdir. Bu nedenle, kurulan çözüm düzeneğinin sorunu ortadan kaldırması mümkün görünmemektedir.

Bilindiği gibi orman idaresi, uzun süredir, hazine veya orman arazilerinde verdiği izinlerle, özel kişileri ağaçlandırma yapmaya teşvik

etmektedir. Bir başka değişle, kendi arazisinde, hazine arazisinde veya orman rejimine giren yerlerde özel kişileri ağaçlandırma yaparak, ormancılık alanına sokmaya çaba sarf etmektedir. Oysa Ek Madde 15’de, orman idaresinin bu politikasına ters bir şekilde hareket edilmektedir. Bu bakımdan, Ek madde 15’deki hüküm, yapılan uygulamanın tersini yansıtmaktadır. Bu defa devlet, özel kişinin arazisinde ağaçlandırma yapmıştır ve ortaya çıkan mülkiyet sorununun sınırlı bir süre için **“bir kamu – özel ortak ormancılık işletmesi kurularak”** çözülmesi de olanaklıdır. Her ağaçlandırma çalışmasının başlangıçta belirlenmiş bir idare amacı, bu amaca uyan bir idare süresi vardır. Yoksa bile belirlenebilir. Belirlenen bir idare süresinin bir kısmı geçmiştir. Kalan süreyi kapsayan ve bugüne kadar tarafların katlandıkları maliyetleri dikkate alarak, kalan süreyi kapsayan bir hak ve sorumluluk paylaşımı tanımlanarak, sorun olan sahayı “kamu özel ortaklığında” bir girişime dönüştürmek mümkündür. Bu durumda taraflar daha hakkaniyete uyan bir maliyet ve hak paylaşımı yapabileceği gibi, arazi sahibinin mülkiyet ve miras hakkı da korunabilecektir. Bu olanak mevcutken ve bu güne kadar uygulanan “özel ağaçlandırmaları teşvik etmek” politikalarına daha uygun bir anlayışken, kanun koyucunun, kişilerin mülkiyet haklarını koruyarak, geleneksel arazi kullanım biçimlerini değiştirmeden bir çözüm bulmak yerine, yeni çatışmaları getirecek bir düzenleme yapmasında **kamu yararı** bulunmamaktadır.

Üstelik Ek madde 15’de bugüne kadar tapusu iptal edilerek mülkü elinden alınmış kişilere ait bir çözüm de önerilmemektedir. Bu kişilerin istemeleri halinde mülklerinin iadesi, mülkü kullanmaktan mahrum bırakıldıkları dönemdeki kayıplarının tazmini konularında çözüm üretilmemiştir. Kamulaştırmasız el atma nedeniyle ödenmesi gereken bedel, mülkiyet hakkına müdahalenin orantılılığıyla ilgili bir meseledir. Orantılılık, müdahaleyle elde edilen kamusal yarar ile kişinin yüklendiği külfet arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Malikin mülkiyet hakkına kamulaştırmasız el atma yoluyla yapılan müdahaleden, kamunun elde edeceği yarar ile kişinin yükleneyeceği külfet arasındaki adil denge, ancak kişiye *taşınmazın ve taşınmazı kullanmaktan mahrum bırakılmanın gerçek bedelinin* ödenmesi suretiyle sağlanabilir.²⁵ Oysa Ek Madde 15’le, kamulaştırmasız el atılan

²⁵ E. 2013/95, K.2014/176, Kt. 13.11.2014.

taşınmazın gerçek değerinin malike ödenmesi öngörülmemekte “gerçek bedel” ibaresi “eşdeğer taşınmaz” ibaresine dönüştürülmektedir. Böylelikle Anayasa’nın 35. maddesiyle koruma altına alınan mülkiyet ve miras hakkına orantısız bir müdahalede bulunmaktadır. Ağaçlandırma sahalarının çoklukla kırsal alanlarda ve orman köylülerinin mülkiyetinde olduğu dikkate alındığında, köylüler aleyhine bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Bu da Anayasa’nın 170. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, bu taşınmazlara karşılık öncelikle 2/B diye bilinen arazilerin tazminat olarak verilmesi, Devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı, bunun istisnasının, “orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde, bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler olduğu” düşünüldüğünde, Anayasa’nın 169. maddesine de aykırı düşecektir.

1.7. Orman - Hazine Arazisi Değişimi veya Ormanlarda Yeni bir Daraltma

7139 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle, Orman Kanununa Ek Madde 16 eklenmektedir. Eklenen bu madde “**Orman ve Su İşleri Bakanlığına, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, Orman ve Su İşleri Bakanlığı’nın teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar, Bakanlar Kurulunca belirlenecek usul ve esaslara göre Orman Genel Müdürlüğünce orman sınırları dışına çıkartılarak tapuda Hazine adına tescil edilir. Orman sınırları dışına çıkartılan alanın iki katından az olmamak üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında veya Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar Orman Genel Müdürlüğü’ne orman tesis etmek üzere tahsis edilir. ...**” hükmünü getirmektedir.

Ayanoğlu'nun haklı tespitiyle, hukuk araç yapılarak, yasalarla da Türkiye ormanlarına zarar verilmiştir.²⁶ Gerek 1961 Anayasası'nın 131. maddesinde yer bulan **"bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş"**²⁷ ifadesi, gerekse 1982 Anayasası'nın 169. maddesinde yer verilen **"orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen"** ifadesi kadar, hukuk eliyle ormanlara zarar verilmesine zemin hazırlamış başka bir ifade olmasa gerekir.

Bu defa, Ek Madde 16'da benzer tanımlama yeniden **(bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen)** ortaya sürülmektedir. Bu ibareye göre, **orman olup, orman olarak hiçbir yarar üretmeyen yerler vardır.** Oysa günümüz ormancılık bilim dünyası, tüm ormanların faydalar ürettiğini, sadece üretilen faydanın, içeriğinin ormandan ormana değiştiğini kabul etmektedir. Örneğin bir orman, yapısı itibarıyla çok iyi odun hammaddesi üretimi yaparken, bir başka orman; toprağı koruyarak, selleri önleyerek, suların akış rejimlerini düzenleyerek, küresel ısınmayı yavaşlatarak, biyolojik çeşitliliği geliştirip insanlığa varlık, seçenek ve miras değerleri sunarak, yabanıl yaşamın devamlılığını sağlayarak fayda sağlamaktadır. Üstelik bu faydaların yararlananı, bazen özel bir müşteri grubu olarak karşımıza çıkarken, bazen yerel halk, bazen tüm insanlık şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmediği iddia edilen yerlerin yerleşim yerine dönüştürülebilmesine imkân veren bu düzenlemede, orman niteliğinin kaldırılmasının hangi kritere göre yahut yöntemle yapılacağı belirsizdir. Söz konusu düzenleme bu açıdan mevcut orman alanlarını tehlikeye atacak; taşlık, kayalık, verimsiz ya da fiilen orman vasfı taşımadığı belirtilen bu orman içi veya bitişiğindeki alanlarda yaşayan alana özgü flora ve faunanın azalmasına, arazi bozulmasına sebep olabilecektir. Yerleşim yerleri ifadesi de hukuki açıdan muğlak bir tanım olduğundan her türlü yerleşimi kapsayacak şekilde çok geniş bir kapsamda ormanların daraltılması riskini içermektedir.²⁸

²⁶ Sedat Ayanoğlu, *Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız*, Türkiye Çevre Vakfı Yayınları, Ankara 1999, s.

²⁷ Selahattin İnal, *Türkiye'de Anayasa Ormancılık İlişkileri*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1971, s.

²⁸ TEMA Vakfı, "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hak-

Öte yandan Anayasa'nın 169 maddesi, affa kesinlikle konu edilmeyecek şekilde orman suçunu düzenlemekle birlikte, ormanlık alanlardaki mevcut hukuksuz yapılaşmalara meşruluk kazandırılmaya²⁹ çalışılmaktadır. Hâlbuki Anayasa'nın ormanlar konusunda yöneticilere verdiği yetki açıktır. Ormanlık alanların devlet eliyle tahribine yol açan bu düzenleme açıkça Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır. Bu düzenlemeyle, Devlet ormanlarına yasal olmayan bir biçimde yerleşmiş olanlara bir kez daha pirim verilerek, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı davranılmıştır. Kamu malı sayılan ormanlara suç işleyerek yerleşen kişiler yine ödüllendirilmektedir. Aksine, verimsiz ya da niteliği zarar görmüş ormanların, tekrar orman niteliğine kavuşturulması için çalışmalar yapmak Ormanlık Örgütünün Anayasa'nın 169. maddesi gereğince temel görevleri arasındadır. Bu nedenle öncelikle bu madde kapsamında değerlendirilen alanların tekrar orman ekosistemi özelliğine kavuşması için adımlar atılmalıdır.³⁰

Bunun yanında bu madde ile yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanların da orman rejimi dışına çıkarılmasına çalışılmaktadır. Orman Kanunu'ndaki orman tanımı, üzerinde ağaç bulunan alanları orman olarak kabul etmektedir. Ancak orman içindeki ağaçsız taşlık, kayalık alanlar orman ekosisteminin önemli bir parçasıdır. Bu alanlar özellikle yaban hayatı için son derece önemlidir. Hatta kayalık alanlar dağ keçileri, yırtıcı kuşlar gibi birçok hayvan türü için özel habitatlar oluşturmaktadır. Üstelik bu gibi alanların AB Habitat Direktifine göre de korunması gerekmektedir. Ormanlık alanlar içinde taşlık, kayalık olarak nitelenen yerler orman ekosisteminin bir parçası olup, bu alanlar biyoçeşitliliğin en zengin olduğu, yaban hayatının yaşam alanları, meralar, odun dışı ürünlerin zengin olduğu ve su kaynaklarını besleyen, hukuken ve bi-

ında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entititalfocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018).

²⁹ Türkiye Ormanlılar Derneği, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Türkiye Ormanlılar Derneği Görüşü, https://www.ormancilarderneği.org/dosyalar/files/dsi_teskilat_kanuntasirisi.pdf (11.06.2018).

³⁰ İbid

limsel yönden orman sayılan alanlardır. Buraların orman rejimi dışına çıkarılarak yerleşime açılması taraf olduğumuz Biyolojik Çeşitlilik Yasası'na da açıkça aykırıdır. Bu nedenle çevresel-ekolojik açıdan birçok işlevi yerine getirmekte olan bu alanların insan kullanımı odaklı başka kullanım tiplerine dönüştürülmemesi gerekir.³¹

Maddenin ilk fıkrasının sonuna eklenen "orman sınırları dışına çıkartılan alanın iki katından az olmamak üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında veya Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar Orman Genel Müdürlüğü'ne orman tesis etmek üzere tahsis edilir." şeklindeki hüküm yanılıcıdır. Ormanların korunmasında esas olan orman örtüsünün, orman niteliğinin kaybolmamasıdır. Orman sayılmayan bir takım hazine arazilerinin orman vasfını kazanması yüz yılları aşan uzun bir süreyi gerektirir. Dolayısıyla orman alanı dengelense de orman varlığının dengelendiği söylenemez. Orman olarak kullanılması gereken yerlerin orman rejimine alınması hiçbir koşul veya karşılık olmaksızın zaten devletin görevidir. Başka bir orman alanı oluşturmak, bir ormanı tahrip etmek, kalıcı olarak yok etmek hakkı doğurmaz. Getirilen Ek Madde 16. Anayasa'nın 10. ve 169. maddelerine açıkça aykırıdır.³²

Ayrıca bu düzenlemenin fiiliyatta uygulanabilme olasılığı da çok düşüktür. Bugün ağaçlandırılabilir hazine arazisi bulunabildiğinde, zaten ağaçlandırma için tahsis talebi yapılabilmekte, fakat uygun arazi bulunamadığı için bu olanak kullanılamamaktadır. Dolayısıyla, getirilen hüküm hayata geçirilebilecek bir hüküm değildir. Bu kanun tasarısı, ormanların devlet eliyle tahrip edilmesine, Sultanbeyli gibi orman alanlarına kurulan yerleşim yerlerini yasal hale getirmeye, devlete sıcak para girişi sağlamaya yönelik bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 169. maddesinde devlet ormanlarında yapılacak daraltma, 31.12.1981 tarihinden önce yasadaki orman tanımına göre orman vasfı kaybolmuş alanlar ile orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile sınırlıdır. Ancak yasa tasarısındaki "bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürül-

³¹ İbid.

³² İbid.

mesi de mümkün olmayan yerler” hükmü, **Anayasa’da belirlenen 2A ve 2B alanı olarak bilinen iki düzeydeki sınırlılığı aşarak, üçüncü bir düzeyde orman alanlarını daraltacak kritik bir düzenlemedir.**³³

Bunun yanı sıra, yine Anayasa’nın 169. maddesinde, 2B olarak bilinen fiilen orman vasfını yitirmiş olan alanlar için 31.12.1981 tarihinden önce olması ön koşul olarak belirtilmişken, Kanun **zamansal sınırlama da olmayan yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.** “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlar” hükmü bu sebeple de Anayasa’ya aykırıdır.³⁴

Hukuksal statü olarak orman alanı dışına çıkarılan yerlere sahip olanların ya da bu alanlara kurulacak konut ve sınai tesislerin, bu alanlara bitişik ormanlara verebilecekleri zararın nasıl önlenebileceği ise, ayrı bir sorun olarak önemini korumaktadır.

Anayasa’nın 170. maddesinde, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması, orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsis edileceği öngörülmüştür.

Anayasa, bu işlerin yapılmasını Devlete görev olarak yüklemiş, ekonomik sıkıntı çeken orman içi veya bitişik köyler halkına Devlet eliyle ihya edilmiş tarım ve yerleşim alanları sağlamak istemiştir. Anayasa ile güdülen amaç, bilim ve fen bakımından artık orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen yerleri orman içinde ikamet eden halkın yararına tahsis etmek suretiyle değerlendirmektir. Şu halde, orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi olanaklıdır.

³³ TEMA Vakfı, “Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitiefocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018)

³⁴ İbid

Böylece, orman köylüsünün ormanları tahribi önlenerek ulusal ekonomiye katkıda bulunması sağlanmak suretiyle üretici haline getirilip kalkınması amaçlanmıştır.³⁵ Ek madde 16 ile getirilecek düzenlemelerin, Anayasa'nın 170. maddesinde öngörülen amaca uygun olması gerekeceğinde kuşku yoktur. Orman niteliğini yitirdiği için orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, orman köylüsünün yararlanmasına tahsis edilmesi gerekir. Başka bir söyleyişle, ormanların tahribinin önlenerek ulusal ekonomiye katkısının sağlanması ve orman köylüsünün üretici haline getirilip kalkındırılması için orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi öngörülmüştür.³⁶

Orman niteliğini yitiren yerleri kullanan kimselerin orman köylüsü olup olmadıkları gözetilmeden, fiili kullanım durumları dikkate alınarak orman arazisinin özel mülkiyete geçmesini öngören Ek Madde 16'daki bu düzenleme, Anayasa'nın 170. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan tüm sebeplerle Ek Madde 16, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 56, 63, 169, 170. maddeleri ile Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7; Ramsar Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4 ve 5; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11; Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme'nin 1 ve 2 ve Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5 ve 6. maddelerine aykırıdır.

1.8. Milli Parklar

7139 sayılı Kanun her ne kadar DSİ ve OGM çalışmalarına odaklanmış görülse de Milli Park yönetimiyle ilgili maddeler de içermektedir. 7139 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle "9.8.1983 tarihli ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 17 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır". Yürürlükten kaldırılan cümle ise "**Bu gelirler, münhasıran bu Kanun gereği ihtiyaç duyulan mal, hizmet ve yatırımların finansmanında kullanılır.**" hükmünü içermekteydi.

Maddenin ifade ettiği gelirler, aslında kamu gelir kaynaklarıyla karşılaştırıldığında pek de büyük sayılamayacak gelirlerdir. Ancak, milli parklara ve diğer korunan alanlara ayrılan kamu bütçesinin sınırlılığı dikkate alındığında, önemsenebilecek bir gelirdir. Yapılan

³⁵ E. 2009/24, K. 2011/75, Kt. 12.5.2011.

³⁶ E. 1995/13, K. 1995/51, Kt. 27.9.1995; E. 2001/382, K. 2002/21, Kt. 23.1.2002.

değişiklikle, temel amacı doğal varlıkları koruma olan faaliyetlerde kullanılması gereken bütçe daraltılmakta, bu alandaki kamu kaynakları azaltılmaktadır. Yapılan değişiklikle, devletin elde ettiği kaynakları öncelikle doğa koruma alanında kullanma zorunluluğunu ortadan kaldırılmakta ve nasıl kullanacağı konusunda bağlayıcı hükümlerden kurtulmak istemektedir. Bu nedenle, doğa koruma ile ilgili devletin yükümlülüklerini ifade eden sözleşmelere aykırı bir düzenlemedir.

2. 7139 sayılı Kanunda Arazi Toplulaştırması ve Mülkiyet Hakkı

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile "**Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmek**" DSİ Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına eklenmiş ve bu görevin nasıl yerine getirileceği de aynı Kanun'un 7. maddesi ile ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu maddeler, Anayasa'nın 2, 7, 13, 17, 35, 43, 44, 45, 56, 63, 168, 169, 170 ve 171. maddeleri ile Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi, **Özellikle Su Kuşları** Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öne Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşmesi (Ramsar **Sözleşmesi**), Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme ile Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'ne aykırı hükümler içermektedir. Bu hükümler ve aykırılık nedenleri şöyle sıralanabilir;

2.1. DSİ'ye Yetki Aktarımı

a) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 9. maddede "**Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerinin yürütülmesinde DSİ uygulayıcı kuruluş olarak yetkilidir. DSİ dışındaki kurum ve kuruluşlar DSİ'nin iznine tabi olarak proje idaresi sıfatıyla arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmeye yetkilidir**" hükmü yer almaktadır.

İlkesel olarak arazi³⁷ toplulaştırması, tarımda verimliliğin artırılması, üreticinin konforlu tarım ve yaşama koşulları elde etmesi için

³⁷ Sınırları seçilmeye yeterli araçlarla belirlenmiş yeryüzü parçaları anlamında kullanılan arazi kavramına ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde şu hüküm yer almaktadır; "Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer."

yapılır. Tarımdaki yapısal sorunların ve miras hukukunun yarattığı tahribatların giderilmesinde tarihi bir fırsat yaratabilir. Arazi toplulaştırması başarıyla uygulandığında, kırsal alanın ve köylerin yapısal sorunları bir bütün olarak büyük ölçüde çözülmekte, araziye yönelik huzur sağlanmakta, üretimde çalışma koşulları iyileşmekte, masraf ve maliyet azalmakta, örgütlenme kolaylaşmakta ve kente göç azalmaktadır.

Anılan hükümlerle arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütme görev ve yetkisi, DSİ'ye aktarılmıştır. DSİ dışındaki kurum ve kuruluşlar da DSİ'nin iznine tabi olarak proje idaresi sıfatıyla arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmeye yetkili kılınmıştır. Ancak asıl amacı yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak olan ve buna göre teşkilatlanan bir Kuruma, hem kendi uzmanlık alanı ve teşkilatlanması ile ilgili olmayan bir görev verilmiş, hem de bu işin uzmanı olan Teşkilat (Tarım Reformu Genel Müdürlüğü) yok sayılmıştır. Oysa hukuk devletinin bir gereği olarak Devlet faaliyetleri, idare edilenlerce önceden belirli şekilde öngörülebilir olmalıdır. Somut olarak belirtmek gerekirse, DSİ'nin arazi toplulaştırması yapacak ne birikimi, ne personeli, ne de donanımı vardır. Bu birikim, gerek personel ve donanım, gerekse kuruluş amacı olarak Tarım Bakanlığına bağlı olan Tarım Reformu Genel Müdürlüğünde bulunmaktadır.

Tarım Reformu Genel Müdürlüğü uygulama alanlarında toprağın verimli olarak işletilmesi, verimliliğinin korunması ve geliştirilmesi, toprağın erozyonla kaybedilmesi ve tarım arazisinin parçalanmasının önlenmesi, az topraklı ve topraksız çiftçilerin topraklandırılması, desteklenmesi ve eğitilmesi, tarımda istihdam imkânlarının geliştirilmesi alanlarında çalışmakta ve teknolojik gelişmeyi hızlandıran, ekonomik verimliliği ve değerlendirmeyi ön planda tutan bir yapı olarak dikkat çekmektedir. 7139 sayılı Kanun'la, Tarım Bakanlığı'nın sahip olduğu bu olanakların DSİ'ye devredilip, yetkilerinin bu Kurumca kullanılması gibi bir amaç güdülmüş olsa da, bu devir sürecinin, Kanun'da ayrıca düzenlenmesi gereklidir. Bununla birlikte, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nda, bu Kanun kapsamındaki arazi toplulaştırmalarında, ilgili veya uygulayıcı kuruluş olarak "Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bağlı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü" öngörülmüştür. Bu durumda ben-

zer yetkilerin DSİ Genel Müdürlüğü'ne verilmesi suretiyle arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerinin yürütülmesi bakımından bir kanun karmaşası da ortaya çıkabilecektir.

Kanun'un bu maddesiyle öngörülen çözümün pratik sonuçları ve ülke gerçekleri göz önüne alındığında, işlevselliği ve yerindeliği de bulunmamaktadır. Kuralın gerekçesinde, "3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nda yer alan yetkilerin DSİ Genel Müdürlüğü'ne verilmesi suretiyle arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri ile sulama faaliyetlerinin birlikte yürütülmesi hedeflenmekte olup, böylece bu hizmetlerin kamusal faydasının artırılması hedeflenmektedir" denmektedir. Ancak ortaya çıkan sonuç, sulama alanlarının dışındaki tüm tarım alanlarının toplulaştırma yetkisinin DSİ'ye verilmesidir.

Burada, görünüşte somut olaya uyan ama pratikte uygulanması açık bir adaletsizliğe yol açabilecek bir yasa koyularak, kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin ihlaline yol açılmıştır.³⁸ Arazi toplulaştırma konusunda uygulamada süreklilik sağlanamadığı gibi hukuki istikrar da tesis edilememiştir. Bu durum kamusal hizmetlerin yeknesak biçimde yürütülmesini de engelleyecek niteliktedir. Böylece hukuki güvenlik de zarar görecektir.

b) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 9. madde şu hükmü de içermektedir; "Arazi toplulaştırma sahası olarak tespit edilen yerlerde bulunan Hazinesinin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve arazi toplulaştırması maksatlarına uygun olarak değerlendirilmesi mümkün olan tarım arazileri, DSİ'nin talebine istinaden vafına ve mevcut kullanım şekline bakılmaksızın Maliye Bakanlığınca DSİ'ye veya proje idaresine tahsis edilir."

Yukarıda da belirtildiği gibi, 7139 sayılı Kanun 2 ve 7. maddeleri birlikte okunduğunda, DSİ ve "Proje İdaresi" adı altında yetkilendirilmiş şirket; hazinenin mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki su havzalarını, orman ekosistemine dahil alanları, çayır ve meralar ile tarım arazisine dönüştürülmüş orman arazilerini, deniz,

³⁸ Bkz. Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 334.

göl ve akarsu kıyılarını, tarih, kültür ve tabiat varlıklarını, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamlarını da kapsayan tüm arazileri, tarımsal kullanıma ve ticarileştirilmeye açmaya yetkili kurum haline getirilmiştir.

Kanunda geçen “**vasfına ve mevcut kullanım şekline bakılmaksızın**” ifadesi halen boş görünen, fakat özellikle tarımsal üretim için önemli bir üretim alanı işlevi gören hazine arazileri için tehdit oluşturmaktadır. Tarımda önemli gelişmeler sağlayacak tür ıslahları için gerekli yabani türler, tarım arazileri arasında kalmış hazine arazilerinde bulunmaktadır. Tarım uzmanları bu alanlardan yabani arpa, buğday türleri bulmakta ve kuraklığa, hastalığa dayanıklı yeni bitki çeşitleri üretmektedir. Bu gibi yerler, yeni tarımsal fırsatları barındırdığı için seçenek değeri olan üretim alanları olarak kabul edilmektedir. Bu gibi yerlerin, tanımlanmaksızın DSİ veya bitki koruma ve seçenek değeri gibi konularda uzmanlaşmamış bir proje idaresine emanet edilmesi doğru değildir.

2.2. Toplulaştırma ve Belirlilik İlkesi

a) Arazi toplulaştırılması kapsamına girecek arazi belirginleştirilmemiştir. Gerek bu Kanun, gerekse Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkındaki Kanun ile DSİ'ye arazi toplulaştırma yetkisi verilmişse de, her iki Kanun kapsamında hangi arazilerin buna dâhil olduğu açık ve net değildir. Tarım arazisinin, çayır ve mera arazilerini de kapsadığı açıkça madde metninden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye’de sayı ve alanları sınırlı da olsa, “Hükmi Şahsiyeti Haiz Amme Müesseselerine ait Ormanlarla, Hususi Ormanlar” da bulunmaktadır. Bu ormanların da Anayasa’nın 169. maddesi gereği orman olma vasıflarının korunması gereklidir. Oysa 7139 sayılı Kanun, her türlü orman arazilerinin de bu toplulaştırma uygulamalarının kapsamına girebilecek şekilde geniş düzenlenmiş; genel bir arazi kavramı kullanılmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, toplulaştırılacak araziler bakımından herhangi bir istisna getirilmediğine göre, bu araziler orman alanı içinde de olabilecektir. Bu durumda Devlet ormanları üzerinde gerçek ve tüzel kişiler yararına irtifak hakkı tesis edilebilmesi için, bu yolla yerine getirilmek istenen kamu hizmetinin üstün bir kamu yararına dayanması ve Devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunması; diğer bir ifade ile kamu yararı

taşıdığı kabul edilen hizmetin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin imkânsız olması koşulunun mutlak surette gerçekleşmesi gerekecektir. Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesi'nce aranan ölçütler ihlal edilmiş olacaktır.³⁹ Bu çerçevede arazi toplulaştırması ile gerçekleşmesi beklenen amacın, orman ekosistemi dışında elde edilmesini mümkün kılan her düzenleme, Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, üzerinde orman ağacı bulunduran ve büyüklüğü 3 hektardan az olduğu için hukuken hususi (özel) orman sayılmayan ağaçlık alanların orman ağaçlarından faydalanma şekli, Orman Genel Müdürlüğü'nün (OGM) izniyle belirlenmektedir. Bu alanlar genelde tarım alanları içerisinde kalmış; fakat eskiden orman olan kalıntı yerlerdir ve biyolojik çeşitliliğin, kuş barınma alanlarının son kalıntıları olarak önemli ekolojik işlevler görmektedir. OGM bu alanlardaki ağaçlardan faydalanmayı, yaban hayatı ve kuşlarla ilgili uluslararası yükümlülükleri dikkate alarak kısıtlayabilmektedir. Bu gibi alanların, toplulaştırma sırasında, nitelik değiştirmesi olasıdır ve bu değişim yetkisi, ilgisiz ve birikimi olmayan DSİ'ye geçmiş durumdadır.

Yine, arazi toplulaştırması kapsamına girecek araziler bakımından herhangi bir istisna hükmü getirilmediği için;

- Toplulaştırılacak araziler, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerleri de olabilir. Arazi toplulaştırması bu varlık ve değerlere zarar vereceğinden, bu hüküm Anayasa'nın 63. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.
- Toplulaştırılacak araziler, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamları, bilhassa nesli tehlikeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanların yaşama ortamları da olabilir. 3 hektardan küçük alana sahip olduğu için orman sayılmayan özel kişilerin ellerindeki tüm ağaçlık alanlar bu niteliktedir. Tarım arazileri arasında kalmış kamu tüzel kişilikleri ile hazine arazilerinin de özellikle tarımsal biyolojik çeşitlilik ve yaban hayatı açısından önemli işlevler gören son sığınaklar olduğu bilinmektedir. Bu nitelikteki arazilerin toplulaştırılmasına da imkân veren yasal düzenleme, Avrupa'nın Yaban Hayatı Ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddelerine de aykırıdır.

³⁹ E. 2000/75, K. 2002/200, Kt. 17.12.2002.

- Toplulaştırılacak araziler, su kuşlarının yaşama ortamı da olabilir. Daha genel bir ifade ile bütün sulak alanlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarının yaşam alanları, göç yolları üzerindeki konaklama alanları da toplulaştırılabilir. Hem tarım, hem sulak alan yönetimi açısından özellikli yerler olan, Bursa Uluabat, Manyas veya Samsun Bafra yarımadası bu durumun en tipik örnekleridir. Ekolojik işlevleri dikkate almayan bir arazi toplulaştırması, sulak alanlara ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarına zarar verebileceğinden, bu hüküm Ramsar **Sözleşmesi**'nin 1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerine aykırı düşecektir.
- Toplulaştırılacak araziler, biyolojik çeşitlilik bakımından, önemli bitki alanları (ÖBA), önemli doğa alanları (ÖDA), tabiat parkları, milli parklar, habitat alanları, özel çevre koruma bölgeleri, doğal sit alanları olabilir. Bu bakımdan arazi toplulaştırılması, biyolojik çeşitliliğe zarar vereceğinden söz konusu hüküm, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddelerine aykırıdır.
- Toplulaştırılacak araziler, istisnaî evrensel değeri olan oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesin olarak belirlenmiş alanlar olabilir. Bu bakımdan arazi toplulaştırması, istisnaî evrensel değeri olan oluşumlara ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerine zarar vereceğinden bu hüküm, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5 ve 6. maddelerine aykırıdır.
- Toplulaştırılacak araziler, madde metninde de açıkça ifade edildiği gibi, çayır ve meralar olabilir. Bu bakımdan arazi toplulaştırması, çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasına yol açacağından Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır.

Sonuç itibarıyla 7139 sayılı Kanun'un 2 ve 7. maddeleri birlikte okunduğunda, DSİ ve "Proje İdaresi" adı altında yetkilendirilmiş şirket; suyu -su havzalarını-, toprakları -orman ekosistemini- kullanıma ve ticarileştirmeye yetkili kurum haline getirilmektedir. Tarım alanlarında, ormanlarda ve suda endüstriyel üretim yapılabilmesi için DSİ ve yetkili şirket arazi toplulaştırabilmekte, bunun için tapu kadastro nun tapu üzerindeki işlevi de devre dışına çıkarılmaktadır. Bağlı bahçesi, tarlası olan şahısların yaşam hakkı bağlamında yaşam alanlarına

müdahale edilmekte, mülklerine el konulabilmektedir. Vatandaşın mülkiyet hakkı, bağ bahçesinden geçimini sağlayan tarım hayvancılık yapan çiftçinin geçimlik yaşam hakkı yok sayılmaktadır. Toprak toplulaştırma ile tarlalara, bağlara bahçelere zorla el konarak endüstriyel tarıma açılmaktadır. Çiftçilerin yönetiminde olduğu demokratik kitle örgütü sulama birlikleri bu yolla işlevsizleştirilmekte, çiftçilerin kurumu olmaktan çıkarılmaktadır. Topraklarını toplulaştırarak çiftçinin, geçimlik üretimden yoksun bırakacak, endüstriyel tarımı öne alan bu düzenlemeler, genetiği değiştirilmiş organizmaların (GDO) üretimlerinin de önünü açacaktır. Bu haliyle bu hükümler, Anayasa'nın 17, 35, 44, 45, 56, 63, 170 ve 171. maddelerine de aykırıdır.

b) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 9. madde ile eklenen **"Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar DSİ'nin bağlı olduğu Bakanlık tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir."** hükmüne ilişkin şu değerlendirmeler yapılabilir;

Tek bir kanun maddesinde (Ek md. 9) çok sayıda maddede düzenlenmesi gereken konular yer almaktadır. 15 fıkrada düzenlenen bu çok geniş madde kapsamında, son fıkra hükmü dışında ayrıca fıkralarda da yürütme ve idarenin çıkaracağı yönetmeliklere göndermede bulunulmuştur. Ancak Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık madde kapsamında proje idaresinin niteliği, tahsis edilecek arazinin özellikleri gibi konuların belirsiz olduğu, somutlaştırılmadığı gibi bu konularda düzenleme yetkisi yürütme ve idareye devredilerek Anayasa'nın 7. maddesine aykırı davranılmıştır.

2.3. Toplulaştırma Yoluyla Mülkiyet Hakkının İhlali

a) 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un ek 9. maddesinde yer alan; **"Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri uygulanacak arazi üzerinde, DSİ veya proje idaresi tarafından yapılacak fiili uygulamalar, hak sahiplerinin iznine tabi değildir. Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yürütülen alanlarda tarımsal faaliyetleri kısıtlamaya DSİ veya proje idaresi yetkilidir"** hükmü de Anayasa'ya aykırıdır. Şöyle ki;

Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.⁴⁰ Gayrimenkul malların (arazilerin) mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Mülkiyet hakkı kişiye (başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla) sahip olduğunu dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Anılan hükümler uyarınca arazisi zorunlu toplulaştırma kapsamında kalan arazi sahipleri, mülkiyetlerinde bulunan taşınmazlarından yoksun kalabileceklerdir.

Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Zira mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaması, devletin mülkiyetin kullanımını toplum yararına uygun olarak düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Ayrıca Anayasa'nın kıyılara ilişkin 43, toprak mülkiyetine ilişkin 44, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63, tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168, ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi ve 38. maddesinin onuncu fıkrasında, devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir.

Mülkiyet hakkına arazi toplulaştırılması yoluyla müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Yukarıda anılan hükümler, arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri uygulanacak arazi üzerinde, DSİ veya proje idaresine, hak sahiplerinin iznine tabi olmaksızın fiili uygulamalar yapma ve bu alanlarda tarımsal faaliyetleri kısıtlama yetkisi vermektedir. Fıkranın,

⁴⁰ E.2015/39, K.2015/62, Kt. 1.7.2015, § 20.

mülkiyet hakkına müdahaleyi proje idaresi adı altında özel şirketlere bırakması, Anayasaya aykırı bir yetki devridir. Zira yasal düzenleme, özel şirketlerin hangi koşullara tabi olarak bu kamusal yetkileri kullanabileceğine ilişkin usul ve esasları açık ve somut biçimde belirlememiştir. Dolayısıyla özel kişiler eliyle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin dayandığı Kanun hükmü, müdahalenin kanuni temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımamaktadır. Düzenleme bu kapsamıyla, Anayasa'nın 35. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamamaktadır.⁴¹

6200 sayılı Kanun'a Ek 9. maddeye göre; **"Bakanlar Kurulu kararı, arazi toplulaştırması ve diğer işlemler yönünden kamu yararı kararı sayılır."** Bu çerçevede Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup, objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Kamuya yararlı olmasından kastedilen ise, sınırlamanın adaletli ve hakkaniyetli olması yanında, gerçekçi, işlevsel ve yararlı olmasıdır. Başka bir deyişle uygulanabilir ve benimsenebilir olmalıdır.

Arazi toplulaştırması ve diğer işlemler yönünden Bakanlar Kurulu kararının otomatik olarak kamu yararını içerdiği varsayılmaktadır. Oysa böyle bir kararın gerçekten kamu yararına yönelik olup olmadığı, dava açılması halinde idari yargı tarafından her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi hukuk devleti, hak ve özgürlükleri yaşama geçirmek, onları genişletilip güçlendirilmek için oluşturulmuş ve bu yoldaki güvenceleriyle saygınlık ve onur kazanan bir yapıdır. Hukuk devleti, bu nitelikleriyle değil de, istediğini hiçbir ölçü tanımadan yapabilen bir güç olarak düşünülürse, devlet hukuk dışına kolayca kayabileceği gibi hak ihlaline yol açan işlem ve eylemler, devlet adına ve devlet adı kullanılarak kolaylıkla gerçekleştirilebilecektir. Oysa devletin her şeyden önce güven vermesi gerekir. Mülkiyet hakkının anlamına ve anayasal normların gereklerine aykırı biçimde sınırlama ve elatmalar, arazi toplulaştırmalarının, bu hakkı ihlal etmesine; hatta bu hakkın özüne dokunmasına neden olacaktır.

⁴¹ Bkz. Halime Sare Aysal, [GK], B. No: 2013/1789, 11.11.2015, § 69.

Bu sebeple Bakanlar Kurulu'nun arazi toplulaştırması açısından alacağı tüm kararları otomatik şekilde kamu yararı olarak kabul etmek, yargı erkinin fonksiyonunu ve yargı denetimini sınırlandıracak biçimde yorumlanmaya elverişlidir. Arazi toplulaştırmalarında doğrudan toprakla ilgili olan Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın devre dışı bırakılıp suyun özelleştirilmesinin temel aktörlerinden olan DSİ'nin ana aktör haline getirilmesi, özellikle tarım arazileri bakımından alınacak kararların ne ölçüde kamunun yararına olacağı sorularını beraberinde getirecek uygulamalara da neden olabilecektir. Kamu yararı kararı otomatik olarak var sayılan bütün plan ve yatırımlar için tarım arazilerinin amacı dışında kullanılmasına izin verilmesi halinde, Anayasa açıkça ihlal edilmiş olacaktır.

Öte yandan verimli tarım toprakları, ülkenin gıda bağımsızlığı ve güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla kamu yararı gözetilirken kısa vadeli ekonomik çıkarlardan ziyade devletin unsuru olan toprağı ve oradaki verimle sağlıklı bir yaşam sürecektir toplumu birlikte düşünüp fayda - maliyet analizini buna göre yapmak elzemdir. Aynı arazinin farklı kullanım biçimlerinin farklı kamu yararları üretebileceğı ve bunlar içerisinde birinin en üstün kamu yararı anlamına gelebileceğı bir gerçektir. Dolayısıyla, farklı kullanım biçimlerinin yaratabileceğı kamu yararlarını karşılaştırmadan oluşan kamu yararının en üstün olduğunu varsaymak, gerçekçi bir yaklaşım değildir.

Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacına dönük olması yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması gerekir. Öngörülen tedbirin, ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez.

Arazi toplulaştırılmasının, Kanun'da belirtilen kamusal amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişsiz bir araç olmadığı söylenemez.

DSİ tarafından zorunlu arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yapılabilmesi veya yaptırılabilmesine yönelik bu düzenlemede göze çarpan en önemli noktalardan birisi, arazi toplulaştırma işlerinin DSİ dışında özel şirketlerce de yapılabilecek olmasıdır. Bu yönüyle söz konusu hüküm, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına, hatta ortadan kaldırılmasına olanak vermektedir. Ancak yurttaşın arazisi üzerindeki mülkiyet ve işletim hakkının bir başka özel tüzel kişinin

veya bir başka gerçek kişiye geçecek olması, mülkiyet sınırlanmasına ilişkin anayasal kurumlar olan kamulaştırma ve devletleştirme dışındaki kısıtlamalara geçerlik tanımak anlamına gelecektir. Bu durum, Devlete tanınan bir usulün kötüye kullanılarak, özel kişilerce, mülkiyet hakkına tanınan anayasal güvencenin aşılmasına yol açacaktır. Bu suretle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Son olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı da incelenmelidir. Orantılılık ölçütü bakımından Ek 9. maddede yer alan; **“Bu suretle oluşturulan araziler; öncelikle arazi toplulaştırmasına veya kamulaştırma konusu olan arazi maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden DSİ’nin veya proje idaresinin talebi üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre satılır.”** hükmü önem taşımaktadır. Anılan hükme göre, asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki araziler toplulaştırma veya kamulaştırılma sonrasında, öncelikle maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden satılacaktır. Özel mülkiyette bulunan arazilerin toplulaştırmaya tabi tutulmasının malike sağladığı menfaatler gözetilerek rayiç bedelden de olsa özel kişilere devredilmesinin öngörülmesinde kamusal yarar bulunmakla birlikte bu yolla malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklenmektedir. Bu bağlamda malikin, toplulaştırma uygulamasından elde ettiği parasal yarar ile arazisinin -tamamını- özel kişiye devredilmesi ile yüklendiği külfet arasında bir kıyaslama yapılmalıdır. Bu çerçevede toplulaştırma sonucu arazide ortaya çıkan değer artışından, eski malik mahrum kalabilecektir. Öte yandan eğer ilgili araziler tarım arazisi ve malikin de çiftçi olması halinde, Anayasa’nın 44. maddesi kapsamında “Toprak mülkiyeti” ile 45. maddesi kapsamında “Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” hakkındaki düzenlemelerine de aykırılıklar gündeme gelebilecektir. Zira Devlet, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırma ve yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu durumda arazi maliki çiftçi ve köylüye aşırı bir külfet yüklemekte ve

kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi çiftçi ve köylü aleyhine bozmaktadır. Hele ki müdahale edilen malvarlığı değerinin arazi sahiplerinin geçimlerinin sağlanmasında başat rol oynamasının dikkate alınmadığı durumlarda, İHAS'ın 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi ve Anayasa'nın 13. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık çok daha açık bir şekilde görülebilecektir.⁴² Küçük toprak sahiplerinin böyle bir külfete katlanma yükümlülüğüne maruz bırakılmaları, mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir.

Özellikle bu düzenleme ile küçük ölçekli aile işletmeleri ortadan kaldırılmakta, geleneksel bilginin yok edilmesine ve yerel kültürlerin tahrip olmasına zemin hazırlanmaktadır. Adeta büyük şirketler lehine bir büyüme teşvik edilmektedir. Uzun yılların tecrübesiyle elde edilmiş geleneksel bilgi, ait olduğu yörenin ikliminden, suyuna, bitkisinden hayvanına kadar uzanan geniş bir birikimi ifade etmektedir. Geleneksel bilginin korunması ancak üretimin sürekliliği ile sağlanabilmektedir. Devletin küçük üreticilere karşı büyük şirketleri, yerel bilgi ve kültüre karşı küresel anlayışları tercih etme hakkı bulunmalıdır. Farklı kişilerde olan parçalı arazileri birleştirme ve toplulaştırma yetkisini eline geçiren DSI, şahıslara ait geçimlik tarım-hayvancılık yapılan arazilere, sahiplerinin oluru ve uzlaşısı aranmadan el koyabilecektir. Bu, devlet gücü kullanılarak küçük arazi sahiplerinin özel mülkiyet haklarının bir şekilde gaspı anlamına gelecektir. Üstelik böylece toplulaştırılan arazinin, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından maden, sanayi, endüstriyel tarım vb. amaçlı olarak devredebilmesi ve ihale edebilmesinin yolu da açılmış olacaktır.

Nihayet bu Kanun öncesinde toplulaştırma için arazi sahiplerinin yarısından bir fazlasının onayı gerekmesine karşın, bu yeni yasal düzenlemede "... **maliklerin muvafakati aranmaksızın zorunlu arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yapılabilir**" hükmü yer almaktadır. Bu maddede geçen ifade ile arazi toplulaştırması işleminin toprak sahibinin izni aranmaksızın, getirilen mali külfetlere hazır olma fırsatı verilmeden gerçekleştirilmesinin önü açılmakta ve toplulaştırma işlemi toprak gaspına dönüştürülmektedir. Toprak sahibinin rızası aranmaksızın toplulaştırma yapmak, mülkiyet hakkının ihlalidir. Ayrıca anılan hükümler gereğince, açıkça tarım arazisinin ni-

⁴² Aynı yönde bkz. Devecioğlu v. Türkiye, App. No. 17203/03, 13.11.2008, prg. 40.

teliğine, kalitesine, mevcut kullanımına bakılmaksızın DSİ'nin karar alma yetkisini düzenlemektedir. Bu düzenleme biçimi, Anayasa'nın 44. maddesiyle de çelişmektedir. Öte yandan verimli bir toprak, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının da önemli bir unsuru olmasından ötürü Anayasa'nın 56. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

b) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 9. madde ile eklenen "Arazi toplulaştırması sonucu oluşturulan parsellerin alanı ve arazi özellikleri birlikte değerlendirilir ve arazilerden yol, kanal, tahliye kanalı gibi kamunun ortak kullanacağı yerler için en fazla %10'u kadar ortak tesislere katılım payı düşülür. Çayır ve meralardan da ortak katılım payı kesintisi yapılarak toplulaştırmaya dâhil edilip mümkün olduğunca sulama, tahliye ve yol sisteminden yararlandırılır. Katılım payı için bedel ödenmez. Katılım payı dışında kesilen arazi öncelikle varsa eş değer tahsisli arazilerden karşılanır, yoksa kamulaştırılır." hükmü; Anayasanın 13 ve 35. ile 1. Ek Protokolün 1. maddelerine aykırıdır.

Anılan hüküm uyarınca toplulaştırılan arazilerden yol, kanal, tahliye kanalı gibi kamunun ortak kullanacağı yerler için en fazla %10'u kadar ortak tesislere katılım payı düşüleceği ve bu pay için bedel ödenmeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı konusunda ise gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek ise Anayasa Mahkemesi içtihatları bireyin hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulmasının zorunluluğuna işaret etmektedir.⁴³ Kanun'daki bu düzenlemede ise onda biri aşan oranda mülkün karşılıksız elden alınması ve ortak tesislerin işletilmesi sebebiyle ayrıca ücret talep edilecek olması, bu adil denge kavramına uygun düşmemektedir. Bu durum mülkiyet hakkının kullanılmasına ağır bir yük getirmekte ve devletin kamu yararını sağlamaya dönük yükümlülüğü, kamu gücü eliyle arazi sahiplerine yükletilmektedir. Bu bağlamda kamu menfaatinin genel gereklilikleri ile hakların güvence altına alınması zorunluluğundan doğan adil dengenin korunmasını sağlayacak bir kamulaştırma bedeli veya tazminat da öngörülmemektedir.⁴⁴

⁴³ B.No 2013/1239, Kt 20.03.2014.

⁴⁴ Karş. Ari ve Diğerleri v.Türkiye, App. No. 65508/01, 03.04.2007

Ayrıca ortak tesislerin kamu ya da özel tüzel kişilerin ya da gerçek kişilerin mülkiyetine geçecek olması, mülkiyet hakkının ihlalinin gerisindeki sosyal amacı ortadan kaldırdığı gibi, kamu hizmetlerinin paylaşılması ve katılım olgusunu da ortadan kaldırmaktadır. Sahibinin rızası olmadan ve değerine göre makul değer ödemediği zorla el konulan arazi üzerinde kamusal ya da özel tüzel kişiler ortak tesisler adı altında işletmeler oluşturacaklar; seçeneği olmayan bu hizmetleri zorunlu olarak arazi sahipleri satın alacaktır. Böylelikle yapılacak ortak tesislerden ücreti karşılığında yararlanılacak olmasını öngören kuralın, Anayasa Mahkemesi'nin aradığı hukuksal nedenden yoksun kaldığı da açıkça ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Bu da kamu yararı ile temel hakların korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi ortadan kaldırmış olacaktır.

Anılan hükmün son cümlesinde, katılım payı dışında kesilen arazinin öncelikle varsa eş değer tahsisli arazilerden karşılanması, yoksa kamulaştırılmasına yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Oysa mülkiyet hakkının ortadan kaldırılabilmesinin yöntemi, Anayasa'nın 46. ve 47. maddelerinde gösterilen kamulaştırma ve devletleştirmedir. Anayasa bu yöntemlerle mülkiyet hakkı ortadan kaldırılabilir; fakat gerçek karşılığı olan para ödendiği sürece, bu ortadan kaldırma demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sayılamaz. Gerekli yöntemlere uyulmayan ve gerçek karşılığı olan paranın ödenmediği durumlar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturur. Aslında kamulaştırma niteliği taşıdığı halde, bu niteliği yokmuş gibi gösterilmeye çalışılan bu düzenleme, mülkiyet hakkını sınırlamanın ötesinde, belli oranda ortadan kaldırdığı için Anayasa'nın 46. maddesine de aykırı düşmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 10.3.2009 günlü, Rimer ve diğerleri/Türkiye kararında, tabiat ve ormanların, daha genel anlamda çevrenin korunması amacıyla mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara müdahalede bulunulabileceği ancak mülkün gerçek değerine göre makul kabul edilebilecek bir tazminat ödemediği mülkiyetten mahrum bırakmanın, kamu yararı ile temel insan haklarının korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi başvuranlar aleyhine bozduğu sonucuna varmıştır.⁴⁶

⁴⁵ E. 1963/65, K. 1963/278, Kt. 22.11.1963.

⁴⁶ E. 2012/108, K. 2013/64, Kt. 22.5.2013.

2.4. İştirak Halinde Mülkiyetin Paylı Mülkiyete Dönüştürülmesi

7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 9. madde ile eklenen hüküm, arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri projelerinin uygulanması esnasında hisse hataları ile 3.7.2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8 inci maddesi hükümlerine tabi olmayan iştirak halinde mülkiyet olarak tescilli parsellerin paylı mülkiyete dönüştürülmesi işlemlerinin, DSİ veya proje idaresi tarafından resen düzeltilmesini öngörmektedir. İştirak halinde mülkiyetin paylı mülkiyete, maliklerinin rızası olmadan dönüştürülmesi, mülkiyet hakkına Anayasaya aykırı bir müdahaledir.

Bu durum, her şeyden önce Devletin mülkiyet hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülüğünü ihlal edecektir. Söz konusu düzenleme, mülkiyet hakkı özelinde öngörülebilirlik ve kesinlik ölçütlerine de uygun değildir. Aynı zamanda bu alanda birlikte mülkiyet sahibi olanların hukuksal girişimlerinin işlevsiz kalmasına da yol açacaktır. Kamu makamlarının, Kanun'un sağladığı bu olanakla, hak sahiplerini hukuki süreç hakkında bilgilendirmesi zorunlu olmadığı gibi bu konuda kendi iradeleriyle bir uzlaşma sağlayamayan ilgililerin bağımsız yargıya başvurma hakları da ellerinden alınmaktadır. Sonrasında DSİ veya proje idaresi tarafından resen alınan karara karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği düşünülse bile özel hukuk uyumsuzluğunun idari yargının konusu haline getirilmesi gibi bir risk de ortaya çıkacaktır. Böyle bir sonuç, Anayasanın adli - idari yargı kolları arasında öngördüğü ayrılığa da aykırıdır.

Birlikte mülkiyet durumunda, birlikte mülkiyetin elbirliği halinde mi olacağı yoksa paylı mülkiyet şeklinde mi olacağı, maliklerin özgür iradesine bağlı bir durumdur. Sahibinin rızası dışında yapılacak bir değişim, mülkiyet hakkını idarenin müdahalesiyle sınırlandıracak, hatta ortadan kaldıracaktır. Tapu İdaresinin de devre dışı bırakılması suretiyle DSİ ve "Proje İdaresi" adı altında özel bir şirket, tüm tapu kayıtlarını düzenleme ve tapu üzerindeki şerhleri kaldırma yetkisine kavuşmaktadır. Bu idari işlem, maliklerden bazılarının, diğerlerine göre arazinin daha değerli kısmına sahip olması gibi hakkaniyete aykırı bir durumu da ortaya çıkarabilecektir. Bu çerçevede mülkün ger-

çek değerine göre makul kabul edilebilecek bir tazminat ödemediği kişiyi mülkiyetten mahrum bırakmak, mülk sahipleri bakımından aşırı zarar oluşturacaktır. Bu zarar sebebiyle mülk sahiplerine hiçbir tazminat ödenmemesi, kamu yararı ile temel hakların korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi mülk sahipleri aleyhine bozmaktadır.

3. Su Hakkı ve Su Tahsisi

7139 sayılı Kanun ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen gerek 2. maddenin 1. fıkrasının (u) bendi gerekse ek 7. maddesi, esas itibarıyla "su tahsisini" düzenlemektedir. Su tahsisine ilişkin bu düzenlemeler ister istemez "su hakkı" üzerinde durulmasını gerektirmektedir.

Su, çeşitli insan toplulukları açısından kültürel bir değer taşımakla birlikte, yine insanlar / insan toplulukları açısından "mülkiyetin" konusunu da oluşturmaktadır. Su üzerindeki mülkiyet, en ilkel haliyle bedensel ya da çevresel temizlik için ve doğrudan / dolaylı temel besin üretimi / tüketimi ve de barınma için olabileceği gibi, başta enerji üretimi olmak üzere birçok teknolojik, ticari veya endüstriyel kullanımın da esasını oluşturmaktadır.⁴⁷ Temel su hakkı, insanların herhangi bir idari sürece tâbi olmaksızın temel normdan (anayasadan) kaynağını alan haklarını ifade etmektedir. "Su hakkı" ifadesi yalnızca özel hukuk ilişkileri açısından mülkiyetin bir parçası olarak değil, geniş anlamıyla kullanılmalıdır.

3.1. Uluslararası Hukukta Su Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin (İHEB) "herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır" biçiminde bir hüküm içeren 25'inci maddesi, su hakkı çıkarımına zemin hazırlamaktadır. Çünkü su hakkı, bu maddenin açıkça atfı yaptığı "yeterli yaşama standardına" kesinlikle dâhildir.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 11-29 Kasım 2002 tarihinde Cenevre'de düzenlediği 29'uncu oturumunda, 15

⁴⁷ Tolga Şirin "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri" MÜHF - HAD, İstanbul 2014, C. 16, S. 3-4, s. 86.

no'lu genel yorum ile birlikte su hakkı, ilk kez resmi olarak değerlendirilmiş ve Sözleşme metninde su hakkından açıkça bahsedilmese de, bu hakkın metnin içeriğinde yer aldığı sonucuna varılmıştır.⁴⁸

15 no'lu genel yorumdaki "bir kimsenin su için bedel ödeyememesinden kaynaklanması halinde, kişilerin ödeyebilme kapasitesi dikkate alınmalıdır. Bir kimse hiçbir şekilde ihtiyacı olan asgari su miktarından mahrum bırakılmamalıdır." biçimindeki ifadeden suyun, sadece ekonomik bir değer olarak değil, sosyal ve kültürel bir değer olarak ele alınması gerektiği, bir var olma - varlık değeri taşıdığı da ortaya çıkmaktadır. Genel Yorum'da hakkaniyet ilkesi gereği özellikle suyun bedelinin ödenebilir olması için "bedelsiz veya düşük bedelli su gibi uygun fiyatlandırma politikalarının" uygulanmasının gerektiği salık verilmiştir.

Benzer yaklaşım, bölgesel düzeyde üretilen metinlerde de görülmektedir. Örneğin 2001'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği Avrupa Su Kaynakları Şartı'nın 5'inci maddesi şu şekildedir: "Herkes kendi temel ihtiyaçları için yeterli miktarda su hakkına sahiptir. Uluslararası insan hakları belgeleri (instruments) tüm insanların açıktan kurtulma ve kendileri ve aileleri için yeterli yaşam standardı haklarını tanımaktadır. Bu iki ihtiyacın, sağlık ve hijyen bakımından yeterli kalitede, asgari miktarda su hakkını içerdiği açıktır. Su temininin insanları mahrum bırakacak şekilde kesilmesini önlemek için sosyal tedbirler yürürlüğe konmalıdır."

Nihayet Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu, suyun insan haklarının temel bir parçası olduğuna karar vermiştir. Bolivya'nın girişimiyle 28 Temmuz 2010'da bir araya gelen genel kurul üyeleri; güvenli ve temiz içme suyuna erişim ve sanitasyon hakkını tanıyan tarihi bir karar⁴⁹ almıştır.

3.2. Ulusal Hukukta Su Hakkı

Türkiye'de su hakkı Anayasada açıkça güvence altına alınmamıştır. Ancak Hindistan'da da benzer bir boşluk bulunmasına rağmen su

⁴⁸ 15 no'lu genel yorum için bkz. <http://tiny.cc/omn8j> (12.05.2018).

⁴⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin Su ve Hıfzıssıhha Hakkı Konusundaki İkinci Protokol Seçeneği için bkz. <https://www.suhakki.org/2015/05/dunya-su-protokolu/> (12.05.2018).

hakkı, içtihat yoluyla yaşam hakkından türetilmiştir. Bu noktada, Anayasanın 17'inci maddesinde düzenlenen "yaşam hakkı" önem taşımaktadır. Bu açık maddeye ek olarak, Anayasa'nın 56'ncı maddesine göre "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkında sahiptir."

Su hakkının, anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği çevre ile olan ilişkisi de kurulabilir. Nitekim Anayasa'nın 63. maddesi çok açık bir şekilde devlete bir tabiat varlığı olan suyun korunması yükümlülüğü getirmektedir. Suyun sadece bir tabiat varlığı olmadığı, aynı zamanda bünyesinde bir biyoçeşitlilik taşıdığı, ekosistemlerin temel bir bileşeni olarak ilişkili tüm canlılar ile çevresinde yaşayan halkın konut, çalışma, beslenme hakları ile doğrudan ilgisinin bulunduğu tartışmasızdır. Bu nedenle su tam anlamıyla doğal, tarihsel ve kültürel bir değer olmaktadır. Yine 56. maddenin 2'inci fıkrasında, çevre hakkına yönelik devlete ve vatandaşlara bir ödev de yüklendiği görülmektedir: "Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." Anayasa'da çevre hakkı ile su hakkının açıkça kesiştiği bir nokta da kıyılarına ilişkin olan 43. maddedir.

Bunun dışında Anayasa'da suyun üzerindeki mülkiyete ilişkin bir düzenleme de bulunmaktadır. 168'inci maddeye göre; su üzerindeki arama ve işletme hakkı devredilebilecektir. Kanun'a dayalı böyle bir devir için Devletin denetim ve gözetimiyle, imtiyazın belli bir süreyle sınırlı olması koşulları aranacaktır.

Çevre hakkının bir parçası olması yanında su hakkı bir bütün olarak ele alındığında özellikle beslenme ve sağlık hakları gibi sosyal boyutu ve yoksulların bu zeminde güvencelenmesi açısından başta sosyal devlet ilkesi (md.2) olmak üzere, Devletin temel amaç ve görevlerini "(...), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak..." biçiminde ortaya koyan 5. maddesi göz ardı edilmemelidir.

3.3. Su Tahsisinin Anayasallığı

Giderek artan nüfus, sanayi, tarım ve gelişmiş dünyanın su talebi, dünyanın sınırlı su stoklarından olması gerekenden daha fazla su çekilmesi sonucunu yaratmaktadır. Su hakkı için ve suyun kamunun yukarıda belirtilen hukuksal güvencesinin altında kalmaya devam etmesi için ilgili Kanun'da suyun açık pazarda alınıp satılacak bir meta haline getirilmesinden kaçınılmak gerekmektedir. Aksi takdirde su lisanslarının genellikle özel şirketler ya da endüstriyel tarımsal işletmeler tarafından alınıp satılması, ticaretinin yapılması mümkün hale gelmektedir. Bütün bu durumlarda su, onu satın alabilecek araçlara sahip olanların özel mülkü olmakta ve yeterli geliri olmayanlar ona erişemez hale gelmektedir. Bu durumda küçük çiftçiler, köylüler ve yoksullar bu şirketlere karşı korumasız kalmaktadır.⁵⁰

Suyun bu şekilde özel sektöre devri, insanların su ile olan ilişkisine "kâr" faktörünü dâhil etmektedir ki bu, insan hakkı ile potansiyel olarak çelişmektedir. Çünkü kamu hizmetinde amaç kâr değil, kamu yararadır. İkinci olarak bunun, suyun kamusalılığı sorunu olmaktan ziyade, bir yönetim sorunu olduğu söylenebilir. Bu yönetim sorununun anayasal sınırlar içerisinde çözümü, suyun temel bir insan hakkı olduğunun ve devletin fiziksel, ekonomik ve eşit olarak suya ve suya ilişkin bilgiye erişme hakkını gerçekleştirme ödevinin, emredici biçimde açıkça düzenlenmesidir. Bilindiği gibi, doğal tekel niteliğinde olan varlıkların kamu yönetiminde olması, olası istismarları önlemenin en temel yoludur. Bir bölgenin ikame edilemez bir su kaynağı da, yaşam için doğal bir tekel demektir ve kamu tarafından, kar amacı gütmeyen yönetilmesi gereklidir.

Buna karşılık 16 Aralık 1960 tarihli ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 4. maddesine 2003 yılında 4916 sayılı Kanun'la eklenen düzenleme esasen potansiyel olarak büyük şirketleri muhatap almıştır. Belirli bir kira karşılığında ticari faaliyet gören tarım ve sanayi şirketlerinin her gün kullandıkları tonlarca suyu ücretsiz olarak kullanmaları olanaklı hale getirilmiştir.

⁵⁰ Maude Barlow (Çev. Arife Köse), Su Hakkı, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2016, s. 20.

Devletlerin, su hakkına ilişkin olarak, bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi için mümkün olduğu kadar hızlı ve etkili şekilde hareket etme ve su hakkıyla ilgili geriye götürücü tedbirler almama konusunda değişmez ve devamlı bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda su hakkının tam anlamıyla gerçekleşmesini engelleyen ticaretin liberalleşmesi yönünde kanunlar yapılmamalıdır. Suyun bir kâr metası haline getirilmesi ve suyun özelleştirilmesi durumunda kamusal güvenceye nazaran, pazar koşullarının gereği olarak kalite ve miktarda düşüş ve fakat bunun aksine ücretlerde yükselme olacağı dünyanın pek çok yerinde yaşanmış örneklerden yola çıkarak kestirilebilir. Piyasa odaklı fiyatlandırma, yatırımcıların kar elde etmelerine yönelik tarifelerde keskin artış ile birlikte su ücretlerinin orantısız biçimde pahalılaşmasına yol açacaktır. Su ve suya dayalı hizmetler, kamunun sahip olduğu ve hesap verebilir bir kuruluş tarafından salt kâra bağlı olmayan bir yöntemle verilen bir kamu hizmeti olmaktan çıkarılmamalıdır. Yalnızca kar odaklı bir fiyatlandırma, su hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturacaktır.

Bu konuda en belirgin örneği Bolivya oluşturmaktadır. 1999 yılının Haziran ayında Bolivya'nın Cochabamba kentinde su durumuna ilişkin olarak, Dünya Bankası'nca hazırlanan rapor çerçevesinde su sistemleri özelleştirilmiştir. Söz konusu raporda, Bolivya devletinin su hizmetindeki fiyat artışlarını önlemeye yönelik ayırdığı kamusal ödeneğin, bütçe için bir yük olduğu ve ülkenin borçlarının ödenmesi için özelleştirilmeye gidilmesi gerektiği önerilmiştir. Bu öneriler ışığında çıkartılan 2029 sayılı yasa çerçevesinde, su kaynaklarının özel bir şirkete devri söz konusu olmuştur. Su, bir defa piyasa koşullarına açıldıktan sonra, yurttaşların - yağmur suyunun biriktirilmesi dâhil - başka türlü su temin etmesi yasaklanmıştır. Diğer deyişle, yağmur suyu dahi özelleştirilmiştir. Ayrıca, yapılan sözleşmelerde, şirketlere her sene yatırımlarının belli bir oranında (bu örnekte %16) "kâr" garantisi verilmiş, bu nedenle de sürekli olarak suya zam uygulanmıştır. Bu sürecin sonunda ise faturalarda %300'lere varan fiyat artışları söz konusu olmuştur. Arjantin, Gana, Nikaragua gibi ülkelerde de benzer süreçler yaşanmış, fiyat artışlarının bebek ölümlerindeki artışı etkilediği tespit edilmiştir.⁵¹

⁵¹ Bkz. <https://www.suhakki.org/2014/06/su-hakki-ve-su-varliginin-korunmasi->

3.3.1. Su Tahsisi ve Yasama Yetkisinin Devri

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile DSİ Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına **"Su tahsislerini yapmak"** da eklenmiştir. Yine aynı Kanun'un 7. maddesine göre; **"İlgili kanunların verdiği yetkiye istinaden su kaynaklarının diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca tahsisi, kiralınması, ruhsatlandırılması gibi işlemlerde DSİ'nin görüşü alınır. Bu halde DSİ tarafından ayrıca tahsis işlemi yapılmaz. Su tahsisine ilişkin usul ve esaslar DSİ tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir."** Yukarıdaki tespitler ışığında 7139 sayılı Kanun'daki su tahsisine ilişkin düzenlemelerin anayasallığı çeşitli açılardan irdelenmelidir.

Her şeyden önce su tahsisine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır. Hangi kurum ve kuruluş tarafından kimlere, hangi miktarda ve ne gibi koşullarda su tahsis edileceğinin yasa koyucu tarafından belirlenmeyip, idareye bırakılması, Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeye ilişkin çok sayıda kararından çıkan sonuç şöyledir; "Mahkemeye göre, yasama organı yürütme organına veya idareye yetki verirken, bunun yasama yetkisinin devri niteliğinde olmaması için, düzenlenecek alanın "esaslı konular"ının kanunda "yeterince belli" edilmiş, "temel ilkelerinin hepsinin kanunda konulmuş", "amaç ve hedefinin" açıklanmış, "sınırlarının ve çerçevesinin yeterince iyi belirlenmiş" olması gerekir. (...) Böyle bir kanuna dayanarak, yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımaları, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi verilmemelidir".⁵²

Bu içtihadı aykırı olarak 7139 sayılı Kanun'un su tahsisini düzenleyen maddelerinde, bu alanın esaslı konuları yeterince belli edilmemiştir. Temel yönlerde idarenin düzenleyici kurallar koyması Anayasa'ya uygun olmayacaktır. Nitekim tahsis edilecek suyun miktarının açık ve somut olarak belirlenmemesi, nehir ve yeraltı sularının gereğinden fazla çekilmesine ve sonuçta çölleşme tehlikesine yol açacaktır. Bir zamanlar Washington'un üç katı büyüklüğünde olan Akşe-

⁵² için-hukuki-dayanaklar-tolga-sirin/. (12.05.2018)
Cengiz Arıkan, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 122.

hir gölünün yok oluşu akıldan çıkarılmamalıdır. Tahsis edilen suyun, şirketler tarafından insafsızca çekilmesini önleyen düzenlemeler 7139 sayılı Kanun'da yer almamaktadır.

Üreticinin ücretini ödeyemediği takdirde zorunlu ve temel su hizmetlerinden yoksun bırakılamayacağına dair devletin üstlendiği anayasal yükümlülüğün, sonradan çıkarılacak yönetmelik ile korunacağına ilişkin yasal bir güvence bulunmamaktadır. Köylüler ve geçimlik tarımla uğraşan çiftçiler, bu güvencenin yokluğunda kendi topraklarından zorla çıkarılmanın kurbanı olabileceklerdir. Su fiyatlarının adil ve insafli biçimde belirlenmesinde kamunun nasıl dâhil olacağına ilişkin bir açıklık da bulunmamaktadır.

7139 sayılı Kanun'un su tahsisine ilişkin düzenlemeleri, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de; "Temel hakları etkileyen konularda sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde yürütmeye takdir yetkisi verilmesi, Sözleşme'de demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olur. Sonuç olarak hukuk, yetkililere tanıdığı böylesi bir takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini yeterli açıklıkta göstermelidir".⁵³

7139 sayılı Kanun'la getirilen bu hükümler, bu konuda daha önce var olan hukuksal rejimde bir farklılık da yaratmamıştır. DSİ suyun şirketlere devri için gereken idari düzenlemeyi 2003 yılında çıkarmıştır. Suların, çıkarılan yönetmelik kapsamında su kullanım hakkı anlaşmaları ile şirketlere devrinin önünü açmıştır. 2000'li yıllardan itibaren derinleşen finansal kriz, doğal alanların metalaştırılıp endüstriyel üretimlere açılmasıyla aşılmaya çalışılmaktadır.

Doğal alanların sermaye birikiminin tasarrufuna sokulma sürecinde doğanın varlığı için gereken ve tüm canlılara yaşam sağlayan su; havzası ile birlikte şirketlerin kullanımına ve sermaye birikimine "bütünleşik" olarak sokulmaya çalışılmaktadır. Dereler üzerinde dağıtılan hidroelektrik santral (HES) lisansları ve su kullanım hakkı sözleşmeleri ile Anadolu'nun ve Trakya'nın her yerinde derelerin kullanım hakkı, son birkaç yıl içinde hızlıca, 49 yıllığına şirketlere devredilmektedir.

⁵³ Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49, Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık prg. 84, Meastri v. İtalya, prg. 30.

Doğaya ait alanların kullanım hakkı şirketlere devredilirken sadece su metalaştırılmamakta, su havzaları da ticarileştirilmektedir. Bu Kanun ile şirketlere kullanım hakkı devredilen suyun su havzası içinde var olan diğer endüstriyel üretimler arasında dağıtım konusunda, DSİ yetkili kurum haline getirilmektedir. Su havzalarında sürdürülebilir yaşam sadece o havzada var olan şirketlerin inisiyatifine bırakılmaktadır. Havzada var olan halkın, orman, mera ve su ekosistemlerinde yaşayan canlıların yaşam hakkı ağır ihlale uğramakta, geçimlik tarım ve hayvancılık ile ormancılık sona erdirilmektedir. Su tahsisi ile tüm bu konularda yetkili kurum DSİ ve şirketler haline getirilmiştir.

Buna karşılık tarım ve hayvancılık yalnızca DSİ'nin ve "yetkilendirilmiş" bir şirketin kararlarına bağlanamaz. DSİ ve bağlı bulunduğu bakanlık ile şirketler bu konularda salt yetkili kılınmaz. Bu Kanun ile suların ticarileştirilmesi ve yeraltı suları dâhil olmak üzere su havzalarının özel sermaye açılması mümkün hale getirilmiştir. Kanun Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmelerine aykırı olduğu gibi daha da önemlisi, doğanın yasalarına aykırıdır.

Sonuç olarak su ticaretinin yolunu tümüyle açan bu Kanun, su kaynakları giderek azalan dünyamızda, su mirasını koruyacak, gerekli kamusal denetim ve gözetimi sağlayacak, su ve yaşam döngüsünün çevresel deformasyona uğramasını önleyecek açıklığa sahip değildir.

"Su tahsislerini yapmak" ibaresi, Maddede orman alanı bakımından herhangi bir istisna getirilmediği için Anayasa'nın 169. maddesine de aykırılık oluşturabilecektir. Devlet ormanlarında, gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi, kamu yararı taşıdığı kabul edilen hizmetin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mutlak surette imkânsız olması koşuluna bağlıdır. Bu çerçevede suyun orman ekosistemi dışından temin edilmesi mümkün olduğu herhalde anayasa aykırılık gerçekleşmiş olacaktır.

Ayrıca bu sular;

Pamukkale travertenlerine hayat veren sular örneğinde olduğu gibi, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerleri de olabilir. Suyun tahsisi bu varlık ve değerlere zarar vereceğinden, bu hüküm Anayasa'nın 63. maddesine aykırıdır.

Longos su basar ormanlarına hayat veren dere sistemlerinde örneği görüldüğü gibi, yabancı flora ve fauna ile doğal yaşama ortamları, bilhassa nesli tehlikeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanların yaşama ortamlarında da olabilir. Bu bakımdan suyun tahsisi, yabancı flora ve faunanın, özellikle nesli tehlikede olan ve endemik olanların yaşama ortamlarına zarar vereceğinden, bu hüküm Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddelerine aykırıdır.

Türkiye'nin pek çok yerinde çok nadide örnekleri bulunan su kuşları yaşama ortamı veya daha genel bir ifade ile bütün sulak alanların ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarının yaşam alanlarında olabilir. Bu bakımdan suyun tahsisi, sulak alanlara ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarına zarar vereceğinden bu hüküm, Ramsar Sözleşmesinin 1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerine aykırıdır.

ÖBA, ÖDA, tabiat parkları, milli parklar, habitat alanları, özel çevre koruma bölgeleri, doğal sit alanlarında olabilir. Bu bakımdan kurulacak suyun tahsisi, biyolojik çeşitliliğe zarar vereceğinden söz konusu hüküm, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddelerine aykırıdır.

Bu çerçevede, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile "su tahsislerini yapmak" yetkisi DSİ'ye bırakılırken, belirlilik ilkesi gereği içermesi gereken (özellikle çevresel, tarih, kültür doğa varlıkları, flora, fauna özellikle nesli tehlikede olan ve endemik olanların yaşama ortamları, sulak alanlara ve onlara bağlı bitki ve hayvan toplulukları, biyolojik çeşitlilik, böcekler ve kuşlar bakımından, kısaca su altı, ve üstü biyolojisine ve havza alanına ve ekosisteme olası çevresel etkileri açısından) istisnai hükümleri içermemesi, bu konuyu sadece idarenin takdirine bırakması (DSİ'nin kararı ile tüm suların ilgili firmalara doğrudan tahsisi ve bu firmalarca doğrudan suyun işletilmesine imkan tanınması), yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

Suyun tahsisi yetkisinin DSİ'ye aktarması, hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturur. Zira asıl amacı yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak olan ve buna göre teşkilatlanmış bir Kuruma, kendi uzmanlık alanı ve teşkilatlanması ile ilgili olmayan bir iş verilmekte, hem de bu işin uzmanı olan kamu kurumları yok sayılmaktadır. Oysa hukuk devletinin

bir gereği olarak Devlet faaliyetleri idare edilenlerce önceden belirli şekilde öngörülebilir olmalıdır.

Olgusal olarak bir kez daha vurgulamak gerekir ki, DSİ'nin su tahsisi yapacak ne birikimi, ne personeli ne de donanımı vardır. Bu birikim, personel ve donanım esas olarak Tarım Bakanlığında bulunmaktadır. Böylelikle suyun tahsisi konusunda uygulamada süreklilik sağlanamadığı gibi hukuki istikrar da tesis edilememiştir. Bu durum kamusal hizmetlerin yeknesak biçimde yürütülmesini de engelleyecektir.

3.3.2. Su Tahsisi ve Mülkiyet Hakkı

a) Küçük çiftçi ve köylüler açısından değerlendirdiğimizde, tahsis yoluyla suyun kullanımını özelleştiren söz konusu bu Kanun, bu kişiler bakımından Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Tapulu taşınmazdan çıkan ve sadece o taşınmazın ve malikinin şahsî ihtiyacını karşılamaya yeterli olan özel sular üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Su hakkının kullanılmasının, bu minimum standartta uyulmaksızın DSİ ve ilgili Kanunlarda belirtilecek diğer kamu kurumlarınca özel şirketlere tahsisi, mülkiyet hakkını ihlal edecektir.

Bu kişilerin Anayasa ve yasalarca önceden sahip oldukları sınırlı su kaynaklarından tamamen yoksun bırakılmaları, Anayasa'nın Hukuk Devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine de aykırıdır. Zira bu kural kişilerin özel mülkiyetinde bulunan araziden çıkan suların tahsisini DSİ'ye bırakarak, mevcut hukuksal düzen ve barışı bozmakta, yeni hukuki sorunlar çıkarmaktadır. Bu nedenle hukuki güvenliği ortadan kaldırmakta; istikrar ve kalıcılığı zedelemektedir.

Unutulmasın ki, genel sulardan yararlanmada temel kural "kadim hak"tır. Bu hak, mahallî bilirkişilerle ve şahitle ispat edilebilir. Kadim hak yoksa teamül araştırılır. İçme ve kullanma suyu öncelikli olmak üzere zarurî ihtiyacını karşılamak için, herkes genel sudan bu oranda pay alabilir. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir.⁵⁴ Buna göre; "...mahalli bilirkişilerin beyanlarına nazaran kötügöz suyun-

⁵⁴ Bkz. HGK. T. 6.2.1976, E. 1976/6-155, K. 1976/194 (KBİBB., 743/679); HGK. T. 31.01.1979, E. 1978/6-239, K. 1979/67.

dan alınan ve davalıların tarlalarından geçerek davacıların tarlasına kadar uzanan kadim bir arkin bulunduğu ve bu arkin 1930 yıllarında davacılar tarafından temizlenerek işler bir hale getirildiği ve halen kullanıldığı anlaşılmaktadır. Arkin bir süre terk edilmiş olması yani bir müddet kullanılmaması kadim hakkı ortadan kaldırmaz." Diğer taraftan Yüksek Mahkeme, bir İçtihadı Birleştirme Kararında, sulama kanalından su alınarak arazi sulamanın, TCK. m. 491'de (5237 sayılı TCK. m. 141) düzenlenen hırsızlık suçunu oluşturmayacağını kabul etmiştir,⁵⁵ "İzinsiz ve habersiz olarak DSİ'ne ait sulama kanalındaki suyu alarak arazisini sulayan sanığın eylemi, TCK'nın 491/ilk maddesine mümas (mümasil olmalıdır) "hırsızlık" suçunu teşkil etmez." Sulardan yararlanmada kadim hakkı ortadan kaldırarak tahsisi DSİ'ye bırakmak, yurttaşların haklı beklentilerini hakkaniyete aykırı olarak ortadan kaldıracaktır.

Medeni Kanun'un 756/1. maddesi de bu sonucu teyit etmektedir: "Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olup, bunların mülkiyeti ancak kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir." Görüldüğü gibi, MK. m. 756'ya göre, özel mülkiyete konu olabilecek sular kaynaklar olarak tanımlanmıştır. Yargıtay'a göre, özel suyun varlığından söz edebilmek için tapulu araziden çıkması, miktarı itibariyle, üzerinde çıktığı taşınmazın sınırlarından taşmaması gerekir. Buna göre tapulu taşınmazdan çıkan ve sadece o taşınmazın ve malikinin şahsî ihtiyacını karşılamaya yeterli olan su, özel sudur.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin süreklilik kazanan içtihadına göre; "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve hürriyetlerin en geniş ölçüde sağlanıp, teminat altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve hürriyetleri büyük ölçüde sınırlayan veya kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar, bu hakkın özüne dokunur. Mülkiyet hakkının muhtevasını ve sınırlarını tespit yetkisi kanunlara bırakılmış ise de, bu konuda kanun koyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü, mülkiyet hakkının Anayasa teminatı altına alınmış olmasına aykırıdır. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise, bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır."

⁵⁵ İBK. T. 29.4.1985, E. 1985/1, K. 1985/4.

Yine Anayasa Mahkemesi kararında açıkça ifade edildiği gibi, “Demokratik hukuk devletin amacı, kişilerin hak ve hürriyetlerinden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan, hukukî düzenlemelerde insanı öne çıkararak bir yaklaşımın esas alınması gerekir”.⁵⁶ Hukukta istikrarın, kalıcılığın ve kararlılığın simgesi olan hukuki güvenlik ilkesiyle çelişecek biçimde, kendi ihtiyaçlarıyla sınırlı olarak su kullanan kişiler için koruyucu hükümlere 7139 sayılı Kanun’da yer verilmemektedir.

Anayasa’nın anılan hükümlerindeki esneme ve sınırları yasaya bırakma keyfiyeti, başta sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri olmak üzere birçok anayasal hüküm ile çelişkili bir durum yaratmaktadır. Sonuç itibarıyla suyun kamusal mülkiyeti, su hakkına ilişkin bir güvence oluşturmaktadır. Nitekim bu güvence, insan haklarına ilişkin kamu hizmetlerinin özelleştirilememesi ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla bu konunun normatif açıdan açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Buna karşılık 7139 sayılı Kanun’da su tahsisine ilişkin yer alan belirsiz düzenlemeler, su hakkını tüm unsurlarıyla herkesin sahip olduğu bir hak olarak görmemekte ve devleti de bu hakkı yerine getirmek konusunda emredici biçimde yükümlü kılmamaktadır. Bu noktada sorun, hakkın özüne varabilecek kayıtlamaların hiçbir anayasal çerçeve çizilmeksizin yasaya bırakılmış olmasıdır. Su kaynaklarının, kâr amacı güden bir özel kişiye devri ve devir-denetim koşullarının da sadece DSİ’nin çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmış olması, bu konudaki güvencesizliği daha da artırmaktadır.

Bununla birlikte 7139 sayılı Kanun’daki ifadeler, suyu salt fiziksel bir nesne olarak görmekte ve onun fiziksel bütünlüğünü yok saymaktadır. Oysa su, havza içinde bulunan yeraltı, yüzey, atmosferik suları, yaşam alanlarıyla birlikte tüm canlıları ve havzaya bağlı yaşayan insan topluluklarını içeren bütündür. Bu bütünlüğü yok saymak, suyu salt ekonomik bir kaynak olarak görmeye yol açar. Örneğin İspanya, Uruguay ve Boliviya’da suyla ilgili yasal metinlerde su varlıkları bir bütün olarak tanımlanmakta, sosyal ve kültürel boyutlarıyla ele alınmaktadır.⁵⁷

⁵⁶ E. 1999/33, K. 1999/51, Kt. 29.12.1999.

⁵⁷ Bkz. <https://www.suhakki.org/2014/06/su-kanunu-tasarisi-degerlendirme-ve-oneriler-birinci-bolum/>. (12.05.2018)

Belirtilmesi gereken bir başka husus da, Anayasa hukuku anlamında eşitlik, aksini haklı kılan akla uygun (makul) özel nedenler bulunmadıkça, eşit kişiye ve olguya eşit, eşit olmayan kişiye ve olguya, bu eşitsizliğe uyacak şekilde, eşit olmayan işlemin yapılmasıdır. Bu anlamıyla, eşitlik ve dolayısıyla “adalet” buyruğu, anayasa hukukunda “akıl dışı keyfi ayrımcılık yapma yasağı” olarak algılanır. Farklı bir anlatımla; kimin aynı, kimin ayrı konumda olduğu, hangi özel durumlarda kişiler arasında ayırım gözetileceği, ölçülülük ilkesinin merceğinden ve akılcılık ölçüğü ile belirlenir.⁵⁸ 7139 sayılı Kanun’un 2. ve ek 7. maddeleri bu ölçüğe uymamaktadır.

b) 7139 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a ek 11. madde ile sulama işletme ve bakım ücretlerini veya su kullanım hizmet bedelini ödemeyen çiftçilerin tarımsal destek ödemelerinin mahsup edilerek, DSİ veya işletme bakım sorumluluğu devredilen gerçek veya tüzel kişilere ödenmesi hüküm altına alınmaktadır. Oysa çiftçinin hak etmiş olduğu ve Ziraat Bankası’na yatırılmış olan destekleme ödemeleri bu tür amaçlar için kullanılmalıdır. Su tarımsal üretimin en önemli ve yaşamsal girdilerinden olup, su kullanımına getirilecek olan ve ödenbilmesi mümkün olmayacak olan izinsiz kullanımlardan kesilecek idari para cezalarının tarımsal üretimi sekteye uğratması söz konusu olacağından sadece üretici değil aynı zamanda tüm yurttaşlarımızın ve ülke ekonomimizin zarar göreceği ortadadır. Ayrıca, su borçlarının tarımsal destekleme ödemelerinden kesilmesi yoluyla mahsup edilmeleri “tarımsal desteklemelerin” amacına ve ruhuna aykırı düşmektedir. Bu madde ile tarımda üretimin ciddi bir tehdit altına gireceği çok açıktır. Bu düzenlemeyle esas itibariyle, çiftçilerimize Tarım Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca gayri safi yurt içi hasılanın en az %1’i kadar yapılması zorunlu olan ve Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından her ne kadar bu orana ulaşmasa da ödenek ayrılan destekleme ödemelerine, DSİ’nin el koymaya çalıştığı söylenebilir.

Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından “tarımsal destekleme ödemesi” alan çiftçiler, “bakım ve işletme ücretleri” adı altında borçlandırılmaktadır. DSİ de bu ücretleri çiftçilerden alıp, özel gerçek ve tüzel kişilere ödeyecektir. Bir bakıma devlet (DSİ), bu kişilerin tah-

⁵⁸ Bkz. Rona Serozan, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, s. 60.

sildarlığını yapacaktır. Çiftçinin hak etmiş olduğu bankaya yatırılmış olan destekleme ödemeleri bu tür amaçlar için kullanılmamalıdır. Su tarımsal üretimin vazgeçilmez bir unsurudur. Ayrıca bu işi yapan şirketler her türlü harcamadan muaf kılınırken, vatandaş veraset gibi üzerine düşen vergileri de ödemeye devam edecektir. Hem toplulaştırma ile arazisine el konulacak, hem de vergi ödeyecektir. Şirketler ise “toplulaştırma” kurumu üzerinden arazilerin maliki olabilecek, aynı zamanda çeşitli vergilerden muaf tutulacaktır. Böylece toprak sahibi çiftçi üreticiler ise o şirket sahiplerinin ücretli çalışanlarına dönüşeceklerdir.

Ödeme gücü azalan çiftçi, su kullanma bedelini ödeyemediği için ayrıca ceza ile karşı karşıya kalacaktır. Suyun patronu, suya sahip olan şirket ve DSİ olacaktır. Vadide/ havzada/ bölgede su, DSİ’den alınacaktır. Ayrıca vatandaş, su hatlarının bakım ve onarım ücretini de ödemekle yükümlü olacaktır. Belirtilen bu olası sonuçlarıyla Ek madde 11, her şeyden önce Devlete tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması yükümlülüğünü getiren Anayasa’nın 45. maddesine aykırıdır. Bu maddeye göre, “Devlet tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.”

Dünya su protokolü⁵⁹ de bu konuya ilişkin olarak; yeterli beslenme ve bir iş yoluyla geçimini sağlama hakkının kullanılabilmesi için, marjinalleştirilmiş ya da dezavantajlı durumdaki çiftçilere ve diğer hassas gruplara temel ihtiyaçları için suya erişim konusunda öncelik verilmesini öngörmektedir. Anılan hüküm bu hali ile su hakkına aykırıdır.

Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Devlet tarafından yapılacak destekleme ödemesinden doğan alacaklarının mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğu açıktır. Dolayısıyla bu alacağın ödenmeyen sulama işletme ve bakım ücreti veya su kullanım hizmet bedeli borcundan mahsup edilmesi, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Kanun ko-

⁵⁹ <https://www.suhakki.org/2015/05/dunya-su-protokolu/> (12.05.2018).

yucunun kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması yolunda düzenleme yapmasında kamu yararı bulunmadığı söylenemez. Ancak buradaki su kullanımdan doğan alacak, yalnızca kamuya ait olması söz konusu bir alacak değildir. Özel kişilere su tahsisini mümkün kılan yasal düzenlemeler sonrasında bu konudaki alacak artık kamunun alacağı olmaktan çıkmış, özel kişilere ait bir hak haline gelmiştir. Özel kişilerin haklarını nasıl arayacağı ise zaten hukuken tanımlanmış durumdadır ve bu konuda ayrıcalıklı bir konum yaratmaya gerek yoktur.

Ayrıca ilgili Kanun hükmünde, su bedeli alacağının tahsilinin riske girmesi koşulu da öngörülmemiştir. Dolayısıyla mahsup kararının alınabilmesi için bu alacağın tahsilinin riske gireceğine ilişkin ciddi karinelerin bulunması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir denetim süzgeci de temin edilmemiştir.⁶⁰

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, su hizmeti sunucusunun alacaklarının ödenmesi için gereken koşulların Kanunda açık, net ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmediği ve Kanun'un, tarımsal faaliyette bulunan köylü ve çiftçinin menfaatlerini göz ardı ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, su bedeli borçlusu çiftçi için katlanılamaz bir yük getirdiği ve teşvik alacaklarının ödenmesinin durdurulması tedbirinin açıkça ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Açıklanan bu sebeplerle anılan hüküm, mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.

Maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, DSİ tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği de hüküm altına alınmaktadır. Ancak kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.⁶¹ Buna karşılık maddede kapsamında vadesi geldiği halde ödenmeyen borcun belirsiz olduğu, somutlaştırılmadığı ve bu konuyu düzenleme yetkisi yürütme ve idareye devredilerek Anayasa'nın 7. maddesine aykırı davranıldığı ortadadır.

c) 7139 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Kanunu'nun değiştirilen 25/1-b maddesinin içerdiği "Genel Müdürlük tarafından gerçekleştirilen arazi toplulaştırması işlemleri için yapılan harca-

⁶⁰ Krş. E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.5.2015.

⁶¹ Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30.12.2014, § 55.

malar ile baraj, gölet gibi depolama tesislerinin sulama maksadına ilişkin yatırım bedeli ve sulama tesislerinin yatırım bedeli amortismanına tabi değildir. Yeraltı suyu sulama kooperatiflerinden sulama tesisinin mülkiyetinin devrinden vazgeçenlerden tesis bedeli alınmaz” hükmü, yeraltı suyu sulama kooperatifinin, sulama tesisi bedeli için, bu hüküm çıkıncaya kadar yaptığı ödemeler göz önüne alındığında, hak kayıplarının nasıl telafi edileceğine ilişkin bir çözüm getirmektedir. Bu bakımdan DSİ’ye dengesiz bir kazanç elde etme fırsatı doğurmaktadır. Bu durum mülkiyet hakkına müdahalenin orantılılığıyla ilgili bir meseledir. Malikin sulama tesisi üzerindeki mülkiyet hakkına yapılan müdahalede, kamunun elde edeceği yarar ile kişinin yükleneceği külfet arasındaki adil denge, ancak kişiye malının gerçek bedelinin ödenmesi suretiyle sağlanabilir.⁶² Oysa 25/1-b maddesiyle, el konulan yeraltı sulama tesisi için yapılan ödemeler bakımından tesisin bugünkü değerinin malike ödenmesi öngörülmediğinden mülkiyet hakkına yapılan müdahale orantısızdır.

7139 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a eklenen 7. madde, su tahsisine ilişkin usul ve esasların DSİ tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği öngörmektedir. Hangi kurum ve kuruluş tarafından kimlere, hangi miktarda ve ne gibi koşullarda su tahsis edileceğinin yasa koyucu tarafından belirlenmeyip, idareye bırakılması, Anayasa’nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal etmektedir. 7139 sayılı Kanun’un su tahsisini düzenleyen maddelerinde, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına aykırı olarak, söz konusu alanın esaslı konuları yeterince belli edilmemiştir. Esaslı konularda idarenin düzenleyici kurullar koyması Anayasa’ya uygun olmayacaktır. Tahsis edilecek suyun miktarının açık ve somut olarak belirlenmemesi, nehir ve yeraltı sularının gereğinden fazla çekilmesine ve sonuçta çölleşme tehlikesine yol açacaktır.

Bu Kanun ile suların ticarileştirilmesi, doğal alanlara, şahıslara ve kamuya ait arazilere şirketlerin müdahalesi meşrulaştırılmaktadır. Bu müdahaleler, tüm ekosistemin yıkımı, geçimlik tarım ve hayvancılığın sonu demektir.

⁶² E. 2013/95, K.2014/176, Kt. 13.11.2014.

3.4. Sulama Kooperatifleri

7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 10. madde ile eklenen **"Sulama kooperatiflerinin kurulmasına izin vermek, sulama kooperatiflerini denetlemek, bunların eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak neticelendirilmesi için gerekli tedbirleri almak, DSİ'nin yetkisindedir./DSİ'nin sulama tesislerini işleten kooperatiflerden finansal ve mali yapısının sürdürülemez olduğu tespit edilenlerle yapılmış olan devir sözleşmeleri DSİ'nin teklifi ve Bakanın onayıyla feshedilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar DSİ tarafından belirlenir"** hükmü Anayasa'nın 2, 7, 35, 48 ve 171. maddelerine aşağıdaki gerekçelerle aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik ilkesi"* dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Yine Anayasa'nın 7. maddesinde göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Kanun koyucu, sulama kooperatiflerinin denetimi yönünden bir ayrıma gitmiştir. Bu kooperatiflerin diğer kooperatiflerden farklı olarak kurulmalarına izin verilmesi, denetlenmesi, eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak neticelendirilmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi DSİ'ye verilmiş, ayrıca sulama tesislerini işleten kooperatiflerden finansal ve mali yapısının sürdürülemez olduğu tespit edilenlerle yapılmış olan devir sözleşmelerinin DSİ'nin teklifi ve Bakanın onayıyla feshedileceğini kurala bağlamıştır.

Sulama kooperatiflerinin denetiminin idare tarafından yapılabilmesine yönelik herhangi bir objektif ölçüt getirilmemiştir. Bu ölçütlerin belirtilmemesi, bir eksiklik oluşturmaktadır. Bu niteliği itibarıyla, kuralla idareye bırakılan denetleme yetkisinin çerçevesinin çizilmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu konudaki yetkileri idareye devreden kural, yasama yetkisinin devri niteliğini taşıyan belirsiz bir içeriğe sahiptir.⁶³

⁶³ Krş. E. 2013/66, K. 2014/19, Kt. 29.1.2014.

Ayrıca sulama kooperatifleri, dernek veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmayıp; tüzel kişiliği bulunan bazı özellikleriyle derneklere bazı özellikleriyle de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzeyen kendine özgü bir meslek örgütlenmesidir. Bu niteliği ile Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında değerlendirmek de uygun değildir. Bu açıdan "finansal ve mali yapının sürdürülemez olduğunu tespit" gibi özel hukuk kavramlarıyla denetim yapılmasını ve DSİ'ye Sulama Kooperatifini, bakanın onayı ile feshedebilme yetkisi veren bu düzenleme Anayasayla kooperatiflere tanınan faaliyet özgürlüğünü ve teşebbüs serbestisini ihlal etmektedir. Bu durumun mevcut sulama kooperatiflerinin işleyişlerinde aksamalara ve sorunlara neden olabileceği de açıktır.

Öte yandan Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, sulama kooperatifleri konusunda gerekli birikim, personel ve donanımına sahiptir. Bakanlıktan bu yetkinin devralınıp kullanılması, su kooperatifleri konusunda uygulamadaki süreklilik ve hukuki istikrarı bozacaktır.

3.5. Sulama Birlikleri

7139 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 12. maddede, Sulama Birlikleri Kanunu'na göre tüzel kişiliği sona eren sulama birlikleri tarafından işletme ve bakım hizmetleri yerine getirilen sulama tesisleri ile DSİ tarafından inşa edilen sulama tesislerinin belediyelere veya il özel idarelerine devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Sulama tesislerinin hizmet alımı ile özel sektöre devredilmesinin de önu açılmıştır.

Sulama tesislerinin suyu kullananlar tarafından yönetilmesinin esas olması gerekmektedir. Bu bağlamda DSİ'nin teklifi üzerine Bakan tarafından onaylanan sulama tesislerinin belediyelere veya il özel idarelerine devredilmesi sadece su yönetim hakkının devredilmesi sorunu değil, aynı zamanda devir işlemlerinde siyasi kararların alınmasına da zemin hazırlayacaktır. Diğer bir deyişle sulama tesislerinden yararlanma hakkı siyasi ayrımcılığa maruz bırakılabilecektir.

Yüksek Seçim Kurulu tarafından bölgelerinde seçimi yapılan, 14.487 meclis üyesi bulunan, 378 adet Sulama Birliği lağvedilmeye ça-

İşilmektedir. Ayrıca, “Sulama Birlikleri, işletme hakkı devri yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine işlettirilebilir” ifadesi, Ek madde 11 ile birlikte okunduğunda su birliklerinin bir şekilde devre dışı bırakılmaya çalışıldığı anlamı da taşımaktadır. Bu maddeden anlaşılacağı üzere suyun özel şirketler tarafından yönetilmesinden, suyun ve tesislerin kullanılmasına olanak sağlanarak yüksek kar amacı hedefiyle yönetileceği anlaşılmaktadır.

Bu maddedeki değişikliği, hükümet tasarısında yer alıp da sonradan tasarı metninden çıkarılan 28. maddenin 1. fıkrasının d bendine eklenmesi önerilen “Sulama sahası içerisinde sulama yapan ve yapacak olan gerçek ve tüzel kişiler sulama tesisinden faydalanma sözleşmesini imzalamak şartıyla tesisin sağladığı hizmetten faydalanma hakkına sahiptir.” hükmü⁶⁴ ile 32. maddesine eklenmesi önerilen “İşletme, bakım ve yönetim sorumluluğu kamu kurum ve kuruluşları dışındaki tüzel kişilere devredilmiş olan sulama tesislerinde, faydalananların ödeyeceği ücretler ve bunların ödeme süresine ilişkin hususlar devir sözleşmesi ile belirlenir. Bu ücretlerin tahsilatı devralan tarafından sağlanır. Zamanında ödenmeyen ücretler için İcra İflas Kanunu Hükümlerine göre takip işlemleri yapılır.” fıkra hükmü birlikte değerlendirildiğinde, sulardan yararlanmada kadim hakkın ortadan kaldırılması, yurttaşların hukuka duydukları güveni de sarsacaktır.

Ayrıca maddede yer alan, su kullanım hizmet bedelinin en düşük ücret tarifesinin “Bakan” tarafından tespit edileceğine yönelik düzenleme, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Su hakkına bir müdahale teşkil eden bu yetkinin kapsamı, çerçevesi ve sahibinin tam olarak belirlenmemesi, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan bir devlette mümkün olmaması gerekir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Kanundaki belirsiz düzenlemeler, bu koşulları sağlamamaktadır.

⁶⁴ Hükümet tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0929.pdf>. (12.05.2018).

4. Eşitlik, Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı

1.1. Sanık DSİ Çalışanlarının Ayrıcalığı

Soruşturulma ve yargılanma konusunda kamu görevlilerine tanınan ayrıcalıklar, bu kişileri hesap verme endişesi taşımayan, imtiyazlı ve hukukun üstünde bir toplumsal sınıfa dönüştürebilmektedir. Bu durum hak ve adalet gibi toplum yaşamının temel taşlarının yerini kaba güç ve nüfuz teslim olmaya bırakmasına, rüşvet ve yolsuzluğun sıradanlaşmasına, kayırmacılığın, liyakat ilkesinin yerini almasına yol açmaktadır. Kamu hizmetlerinin bu yüzden uğradığı kalitesizlik, yurttaşların gözünde hizmetlerin ve sistemin meşruluğunun da sorgulanmasına neden olmaktadır.⁶⁵

Bu koşullarda özel sektör, Devletin sözde “beceremediği” hizmetleri, talebin yoğun olduğu en temel sektörlerden başlayarak piyasa koşulları içinde sunmaya aday olmuştur. Kanun yapma gücünü elinde tutanlar ile özel girişimciler arasında kurulan şüpheli ilişkiler sonucu, kamu hizmetlerinin piyasa koşullarıyla bile bağdaşmayacak biçimde sunulması için gereken kanuni değişiklikler yapılmış ve yurttaşlar, en temel kamu hizmetleri için, yüksek parasal karşılıklar ödemek ile kamu yönetiminin niteliksiz görevlilerine muhtaç kalmak ikileminde bırakılabilmektedirler.⁶⁶

Soruşturulma ve yargılanma ayrıcalıklarının imtiyazlı bir sınıf yarattığı, kamu görevlilerinin korunduğu algısına yol açtığı, hesap verebilirlik ve cezasızlık yönünden önemli olumsuz etkileri bulunduğu ortada iken ve ayrıcalıkların tümünün kaldırılması gerekirken, 7139 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 6200 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 8 ile getirilen ve hakkında ceza davası açılan DSİ çalışanlarının, avukatlık ücretlerinin ve dava masraflarının DSİ tarafından ödenmesini de içeren düzenlemenin, bu ayrıcalıkları daha da güçlendireceği ve olumsuzlukları arttıracacağı kuşkusuzdur.

Böyle bir düzenleme, zaten mevcut olan ve cezasızlık olarak isimlendirilen, kanun hükümleri kullanılarak veya doğrudan yargılama-

⁶⁵ Kemal Berkarda, “İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları”, TESEV İyi Yönetişim Raporları, TESEV Yayınları, İstanbul 2017,s.10 - 11, (http://tesev.org.tr/wp-content/uploads/2017/06/EtikRapor.son_.pdf),(12.05.2018).

⁶⁶ İbid.

dan muaf tutma veya daha az ceza verme uygulamasını⁶⁷ güçlendireceğinden, İHAS'ın 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlalini⁶⁸ oluşturur.

Öte yandan düzenleme, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunması şeklinde ifade edilen⁶⁹ silahların eşitliği ilkesini, hukuki yardım ve dava masrafları bakımından DSİ görevlilerine avantaj sağlaması bakımından ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 36. maddesine de aykırıdır.

Kısaca, böyle bir hüküm karşısında, hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia edenler ile ihlale yol açan DSİ personeli arasında, Sözleşme'nin 13. maddesi ile Anayasa'nın 40. maddesi çerçevesinde mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitlik bulunmamaktadır. Mahkemeye başvuruda bulunanların, DSİ görevlileri ölçüsünde yargısal koruma altında oldukları söylenemez.

4.2. Uygulanamaz Hüküm

Aynı düzenlemede "görev ve sorumluluklarının yerine getirilmesinden dolayı haklarında ceza davası açılmış olma" durumundan söz edilmektedir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi Anayasa'nın 129. maddesi göz önüne alındığında mümkün görülmemektedir. Zira Anayasa'nın 129. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Kastedilen anayasaya, kanunlara ve görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri iddiasıyla haklarında ceza davası açılması ise, bu durum zaten idari merciin iznine bağlanmıştır. Bunun istisnaları ise, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri, mal bildiriminde bulunulmaması, irtikâp, rüşvet, zimmet, kaçakçılık, resmi ihale ve satıma fesat karıştırmak, devlet sırlarının açıklanması suçlarıdır. Yoksa gerekçede belirtilen taksirle öldürme suçundan DSİ görevlisinin lüzumu muha-

⁶⁷ Kerem Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 10 (<http://insanhaklari-savunuculari.org/dokumantasyon/files/original/7c6d3da3ad26d676fe7189ce53b3f539.pdf>).

⁶⁸ İbid.

⁶⁹ Bkz. Del court/Belçika 1970, Monnel ve Morris/İngiltere 1987, Ekbatani/İsveç 1988.

keme kararı olmadan yargılanması mümkün değildir. Bu çerçevede anılan hüküm bu haliyle uygulanamaz niteliktedir.

4.3. Atamalarda Sözlü Sınavın Ağırlığı

Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği vurgulanarak, kamu hizmetine girişte liyakat ve bilgi esasını benimsenmiştir. Liyakat ve bilgi esasının uygulamaya yansıtılmasının en etkili yolu, hizmete alınacakların niteliklerinin saptanmasında, objektif yöntemlerin uygulanmasıdır. İdarenin kamu personelinin atanmasını bu çerçevede gerçekleştirmesi, hizmetin gerekli kıldığı özellikler dışında sübjektif değerlendirmelere yol açacak ya da bu izlenimi verecek davranışlardan kaçınması, Anayasa'nın 70. maddesinin gereğidir. Kamu hizmetine alınmada objektif esasların uygulanmasını engelleyen kuralların ise bu ilkeyle bağdaşmadığı açıktır.

Bilindiği gibi yazılı sınav adayın bilgi ve liyakatini, sözlü/uygulamalı sınav ise, yazılı sınavla saptanamayacak ancak talep olunan kamu hizmetinin gerekleri bakımından önem taşıyabilecek mesleki bilgi, beceri ve tutumların ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadır.

Adayların başarı sıralamasında asıl bilgisini ortaya koyan yazılı sınavın sonuçlarını, sübjektif yönü ağır basan sözlü/uygulamalı sınavın aşırı derecede ağırlık taşımasına yol açacak şekilde, yazılı sınav başarı sıralamasında en yüksek puan alandan başlamak üzere ilan edilen kadronun dört katı adayın sözlü/uygulamalı sınava ve değerlendirilmeye alınması, üstelik yazılı sınavın mühendislik bilgisi ile ilgisi olmayan KPSS sınavı olması düşünüldüğünde, sübjektif yönü ağır basan sözlü/uygulamalı sınavın tek belirleyici olduğu, dolayısıyla liyakat ve bilgi esasından çok, sübjektif değerlendirmelere yol açacak ya da bu izlenimi verecek bir yöntemin benimsendiği söylenebilir. 7139 sayılı Kanun'un 7 maddesi ile 6200 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 13'de öngörülen bu yöntemin kamu hizmetine girişte objektif ve liyakat ölçülerine dayalı esasların öngörülmesini, Anayasa Mahkemesi'nin aksine içtihadına⁷⁰ rağmen amir olan Anayasa'nın 70. maddesine aykırı olduğu ortadadır.

⁷⁰ E. 2011/113, K. 2012/108, Kt. 18.7.2012.

4.4. Sözlü ve/veya Uygulamalı Sınavın Kayda Alınmaması

Kamu hizmetinin özelliğine göre istihdam edilecek kişilerde hangi niteliklerin aranacağı ve göreve alınmada nasıl bir yöntem uygulanacağına objektif esaslara göre belirlenmesi ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde sonuca ulaşılmasının sağlanması idarenin sorumluluğu altındadır. Bu doğrultuda sözlü/uygulamalı sınavda delil olarak değerlendirilecek olan tek belge, sınav komisyonu başkan ve üyelerinin sübjektif değerlendirmelerini yansıtan, başkaca bilgi ve kayıt içermeyen, sadece puan miktarını gösteren tutanak olacaksa, böyle bir tutanak ile adaylarda Kanun'un aradığı özelliklerin bulunup bulunmadığının yargı mercileri önünde kanıtlanması mümkün olamayacaktır.

Böyle bir tutanak ile saydamlık sağlanamayacağı gibi adil yargılanma hakkı ile varılmak istenen amaca ulaşılmayacağı da açıktır. Bu sebeple kanun koyucunun, sözlü/uygulamalı seçme usulünü benimsediği sınavlarda, idarenin işlemlerinin kanuna uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin yargı organınca denetlenebilmesine imkân sağlayacak nitelikte, adaylarda aranacak özellikler de gözetilerek bilgi, belge ve kayıtların tutulması yönünde kurallar konması gerekmektedir. Bu çerçevede kişisel ve sübjektif bir değerlendirme olan sözlü/uygulamalı değerlendirmenin, kamu hizmetine alınmada adaylar arasında haksızlık yaratmaması için ek bir güvence sağlayan kayda alma yönteminin kullanılıp kullanılmamasının idarenin takdirine bırakılması, kamu hizmetine alınmada haksızlık ve eşitsizliklere yol açabilecek, saydamlığı, dolayısıyla denetlenebilirliği ve hesap verilebilirliği ortadan kaldıracak, kısaca idari bir işlem olan sözlü/uygulamalı sınavın yargı denetimini ortadan kaldırabilecektir. Sonuç olarak böyle bir uygulama kayırmacılığı ve kadrolaşmayı yaygınlaştırabilecek ve liyakat esasını ortadan kaldırabilecektir.

Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği gibi, demokratik bir devletin üç temel unsurundan birini oluşturan saydamlığın, yani devletin denetlenebilir ve hesap verebilir olmasının gereği, bireysel hakları etkileyen her birel-özel işlemde, işlemin dayanağını oluşturan maddi ve hukuki temelleri gösteren uygun gerekçelerin ortaya konması ve

bunların uygun araçlarla ilgiliye tebliğ edilmesi gerekmektedir.⁷¹ Anılan düzenleme bu gerekliliği de yerine getirmeyebilecektir.

4.5. Orman Kadastro ile İlgili İşlemlerin İlanı

Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınmış hakların, kuramsal ya da hayali değil, uygulanabilir ve etkin olarak koruma altına alınması gerekmektedir. Bu çerçevede idarenin eylem ve işlemlerinin, yalnızca yargı denetimine açık olması diğer bir ifade ile bu eylem ve işlemlere karşı yargı yoluna başvuru imkânının bulunması yeterli değildir. Başvuru sahibinin içinde bulunduğu şartlar göz önüne alındığında, bu imkânını etkili bir şekilde kullanabilmesi gerekir.⁷²

Orman Kadastro tutanaklarının her an dava tehdidi altında bulunması, kadastro keskinleşmesine engel olarak kamu hizmetinin aksamasına neden olacağı, açılacak davalar için bir süre sınırlaması getirilmesinde kamu yararının bulunduğu açık olmakla birlikte, bu konudaki duyuruların askı suretiyle ilan edilerek yapılması ve ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmünde kabul edilmesi, kabul edilen otuz günlük hak düşürücü süre göz önüne alındığında, arazi sahiplerinin dava açma hakkını ortadan kaldırdığından, kişilerin mülkiyet haklarının sona ermesine sebep olabilecektir. İlgili kişi bu ilanı görebilirse haberdar olabilecek, aksi takdirde, kadastro komisyonunun kararı kesinleşerek ilgilinin mülkiyet hakkı sona erecektir.

Düzenleme bu hali ile Anayasa ve İHAS ile güvence altına alınan haklardan etkili olarak yararlanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri göz ardı etmekte,⁷³ özellikle ve her şeyden önce hakkında dava açılan kişinin durumdan haberdar edilmesi gerekliliğini⁷⁴ ortadan kaldırmaktadır.

4. Sonuç

Sadece aşağıdaki tabloda belirtilen maddeleri bile 7139 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın birçok hükmüne aykırılık iddiasını beraberinde getirdiğini göstermektedir.

⁷¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı, Danıştay Dergisi, sy.116, 2007.

⁷² Soumare/Fransa B. No: 23824/94, 24.8.1998, § 41.

⁷³ VaudeLLe/Fransa, B. No: 35683/97, 3.1.2001, § 52.

⁷⁴ Dilipak ve Karakaya/Türkiye, B. No: 7942/05, 24838/05, 4.3.2014, § 77.

7139 Madde No	Öz Tanımlama	Aykırlık Saptanan Anayasa Maddeleri
2	Su kenarlarında güneş panelleri	43, 56, 63, 168, 169
10	Kadastro itirazları	2, 36
11	Ormanlarda tahsis	2, 7, 13, 56, 63, 169
12	Dikili satışlar	2, 7, 13, 17, 56, 63, 169, 170
13	Orman köylülerinin hakları	2, 7, 13, 169, 170, 171
14	Yangınlarda mükellef ve gönüllüler	2, 169, 170
15	Yangın işçileri	2, 18
17	Kamulaştırmaksızın el atma – Ek Madde 15	2, 7, 13, 35, 56, 169, 170
17	Ormanlarda yeni daraltma – Ek Madde 16	10, 169, 170

Yapılan düzenlemeler hukuki ve teknik anlamda ülke birikimlerini yansıtmamakta, gerçekleriyle örtüşmemektedir. Ülke tarımı veya ormancılığı için çözüm olarak önerilen maddeler kronikleşmiş sorunları çözmekten çok yeni sorunlar çıkaracak şekilde düzenlenmiştir. En önemlisi de ülkenin doğal kaynaklarının denetimsiz biçimde özel sektörün kullanımına açılacak olmasıdır. 7139 sayılı Kanun bu yönüyle, ekonomik kaynak yaratamayan iktidarların, orman ve su gibi ülkenin anayasal korunma altındaki doğal kaynaklarını paraya nasıl tahvil edebildiklerinin tipik bir örneğidir. Ancak bu yönelim, farklı sosyal kesimler arasında yeni çatışmalar yaratabileceği gibi, ciddi ekolojik sorunlara da neden olabilecektir.

Kaynakça

- Altıparmak Kerem, Kerem Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, İHOP Yayınları, Ankara 2016 (<http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/7c6d3da3ad26d676fe7189ce53b3f539.pdf>) (12.05.2018)
- Anonim, Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyon Raporu ve Muhalefet Şerhleri, Ankara 2018 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic (12.05.2018)
- Arıkan Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011
- Ayanoğlu Sedat, Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız, Türkiye Çevre Vakfı Yayınları, Ankara 1999

- Balcı Nihat, Toprak Koruması, İstanbul Üniversitesi Yay. İstanbul 1996
- Barlow Maude (Çev. Arife Köse), Su Hakkı, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2016
- Berkarda Kemal, "İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları", TESEV İyi Yönetişim Raporları, TESEV Yayınları, İstanbul 2017, (http://tese.org.tr/wp-content/uploads/2017/06/Etik-Rapor.son_.pdf)(12.05.2018)
- Çepel Necmettin, Toprak - Su - Bitki İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1993
- İÜ Yayın No: 3794, OF Yayın No: 5, ISBN 975-404-320-5, 236 sayfa. İstanbul.
- Çevre ve Orman Bakanlığı, Orman Amenajman Yönetmeliği, Orman Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2008
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011
- İlter Ergün-Ok Kenan, Ormancılık ve Orman Endüstrisinde Pazarlama İlkeleri ve Yönetimi, Form Ofset Matbaası, Ankara 2012
- İnal Selahattin, Türkiye'de Anayasa Ormancılık İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1971
- Kelly S., Fielding, Deborah. J. Terry, Barbara M. Masser, Prashant Bordia, Michael A. Hogg, Explaining landholders' decisions about riparian zone management: The role of behavioural, normative, and control beliefs, *Journal of Environmental Management* 77 (2005) 12-21.
- Lund Gyde H. (Çev. Bekir Kayacan), Orman Nedir? Tanımlar Farklı Sonuçlar Doğurur Türkiye Örneği, *Avrasya Terim Dergisi*, Yıl, 2014
- Öymen Taner, Yaban Hayatı Bilgisi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 2010
- Serozan Rona, Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015
- Şirin Tolga, "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri" *MÜHF - HAD*, İstanbul 2014, C. 16, S. 3-4
- TEMA Vakfı, "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitalfocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018).
- Türkiye Ormancılar Derneği, "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" Hakkında Türkiye Ormancılar Derneği Görüşü, https://www.ormancilarderneği.org/dosyalar/files/dsi_teskilat_kanuntasirisi.pdf (11.06.2018).
- Tsoutsos Theocharis, Frantzeskaki, Niki, Gekas Vassilis, Environmental impacts from the solar energy technologies, *Energy Policy* 33 (2005) 289-296.