

KAMULAŞTIRMADA GERÇEK KARŞILIK HAKKI VE PAZAR DEĞERİ RIGHT OF JUST COMPENSATION IN EXPROPRIATION AND MARKET VALUE

Sadullah ÖZEL*

Özet: Mülkiyet hakkının kamulaştırma sürecinde sağladığı en etkin koruma, taşınmaz malikine taşınmazının gerçek karşıılığının ödenmesidir. Gerçek karşıılığın ödenmesi ilkesi; yasama, yürütme ve yargı organlarına yöneltilmiş bir anayasal direktiftir. Bu boyutuyla, mülkiyet hakkının kamulaştırma süreci boyunca “gerçek karşıılık hakkı” olarak ifade edilmesi mümkündür. Gerçek karşıılık hakkının, kamulaştırma işlemi karşısında malikin hangi güvencelerini garanti altına aldığı “değerleme” ile sınırlı olarak incelenmiştir. Çalışmada gerçek karşıılık hakkının, Alman ve ABD hukuk uygulamasında kural olarak pazar değerinin tespiti ve ödenmesiyle sağlanabileceğı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, pazar değerinin uluslararası kabul gören ilke, standart ve ölçütleri incelenmiştir. Son olarak Türk Kamulaştırma Hukukundaki değerleme organlarının esas aldığı değerleme ölçütlerinin uluslararası ilke ve standartlara uygunluğunun değerlendirilmesi sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, mülkiyet, gerçek karşıılık hakkı, pazar değeri, değerleme

Abstract: In the process of expropriation the most effective protection that the property rights provide to the owner is the payment of the real value of the immovable property. The principle of the payment of the just compensation is a constitutional directive addressed to the legislative, executive and judicial powers. From this point, through the process of expropriation of property it is possible to refer “the right of just compensation” as “the property right”. In this article the guarantees provided through the right of just compensation are examined limited to “valuation”. It is concluded that in German and U.S. laws the right of just compensation can be provided only if the market value of the property is determined and compensated. In this context, the internationally accepted principles, standards and criteria of the market value are examined. Finally, the main criteria that the valuation bodies of Turkey get on are investigated with regards to the compliance with the international valuation principles and standards.

Keywords: Expropriation, property, right of just compensation, market value, valuation

GİRİŞ

Anayasal niteliğiyle mülkiyet hakkı içeriği ve kapsamı en tartışmalı insan haklarından biridir.¹ Mülkiyet hakkının birçok sosyal ve ekonomik hakkı kapsamına alan gelişimi, farklı hak kategorileriyle arasında sınır çizilmesini zorlaştırmıştır. Kamulaştırma, mülkiyet hakkına yönelen en yaygın kamusal müdahale biçimi olması nedeniyle, kamulaştırma işlemi karşısında mülkiyet hakkının koruma çerçevesinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Mülkiyet hakkı kamulaştırma işlemi sonucunda sona ermektedir. Ancak kamulaştırma sürecinin uygulanması sırasında malikin gerçek karşılığını almasını teminat altına alan bir süreç öngörülmektedir. Bu kapsamda kamulaştırmanın aynı zamanda bir değerlendirme faaliyet olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Mülkiyet hakkı, kamulaştırmadaki değerlendirme sürecinin sonunda malike ekonomik bir alt hak kategorisi olarak niteleyebileceğimiz “gerçek karşılık hakkı” olarak görünüm kazanmaktadır. Gerçek karşılık hakkı olarak nitelediğimiz anayasal güvencenin anlamını, içeriğini, kapsamını ve koşullarını uluslararası ilkeler bağlamında tespit etmek önem arz etmektedir. Aksi halde bireysel hakların soyut olarak kategorize edilmesinin pratik bir sonucu olmayacaktır.. Gerçek karşılığın ifade ettiği değer, uluslararası hukuk kaynaklarında “pazar değeri” olarak kabul edilmesi nedeniyle, pazar değerinin kamulaştırma bedelinin tespitinde kullanılan ilkeler bazında karşılaştırmalı olarak incelenmesi gereklidir.

Çalışmada gerçek karşılığın mülkiyet hakkının güncel kapsamındaki yer alması gereken konumu kısaca incelenmiş ve kamulaştırma sürecinde kavramın hukuksal temeli aktarılmıştır. Gerçek karşılığın anayasal bir ilke olmasının yanı sıra bir hak olarak nitelenmesi, önemini vurgulamaya yönelik olmakla birlikte güvence olma niteliğini belirleme ihtiyacından doğmuştur. Gerçek karşılık hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) içtihatları, Alman Hukuku ve ABD hukuku esas alınmak üzere, kural olarak pazar değerinin ödenmesini teminat altına aldığı söylenebilir. Bu bağlamda “pazar değeri” ilkeleri ve ölçütlerinin tespiti ve bunların Türk Kamulaştırma Hukukundaki

¹ Adnan GÜRİZ, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, AÜHF Yay., Ankara, 1969, s.337., Aydın ZEVLİLİLER, “Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler”, Bülent Nuri Esen’e Armağan, AÜHF Yay., Ankara 1977, s. 574.

değerleme ölçütleriyle karşılaştırmalı şekilde incelenmesi önem taşımaktadır. Bu açılarından çalışmanın hukuk uygulamasına katkıda bulunmasını diliyorum.

I. GERÇEK KARŞILIĞIN MÜLKİYET HAKKININ GÜNCEL KAPSAMINDAKİ YERİ

Mülkiyet hakkının güncel içeriği ve kapsamı, uluslararası ticari ilişkilerin teknolojik gelişime paralel şekilde değişmesi üzerine ciddi dönüşüm geçirmiştir. Menkul ve gayrimenkul mülkiyeti dışında fikri mülkiyet haklarının, lisansların, frenchayz(franchise)haklarının ve diğer değerlendirilebilir ticari hakların oluşturduğu bu zeminde mülkiyet hakkına sınır çizilmesi güçleşmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 nolu protokolünün 1. maddesinde (P.1/1) mülkiyet hakkının bir tanımı yapılmayarak, çerçevesinin yorum yoluyla belirlenmesinin önü açılmıştır. Sözleşmeciler devletlerde farklı şekilde nitelenen değerlerin, mülkiyet hakkı kapsamında olup olmadığı konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin(AİHM) geniş bir içtihat arşivi bulunmaktadır. Türkiye'de bu konuda hazırlanmış önemli akademik eserlere atıfta bulunmakla birlikte, çalışma kapsamıyla sınırlı kalmak kaydıyla özet bir bilginin aktarılması yararlı olacaktır. ²

Mülkiyet hakkının kapsamı konusunda 1982 Anayasa metninde bir belirleme yer almamakta, ancak 35 inci madde gerekçesinde mülkiyetin kapsamı; maddi malları, ekonomik değerle ölçülebilen hakları, serveti ve üretim araçlarını içerecek şekilde belirlenmiş ve sayılan değerlerin Anayasal teminat altında olduğu vurgulanmıştır.³ Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararlarında, mülkiyet hakkının kapsamını "maddi ve gayrimaddi mallar" şeklinde ikiye ayırarak incelediği, taşınır ve taşınmaz malları maddi mallar arasında nitelediği, bunun dışında kalan fikri ve sınai hakları gayri maddi mallar olarak sınıflandırdığı görülmektedir.⁴ Bu sınıflandırmada, "ekonomik değerle ifade

² Burak GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Birinci Basım, Beta Yay. İstanbul, 2009, s. 124- 135; H.Gülbüz SARI, A.İ.H.S. 1.Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, Beta Yay. İstanbul 2006., Güney DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, TBB Yay. Ankara 2007

³ Emine AYDOĞDU, *Teşkilatı Esasiye'den Günümüze Anayasalar*, Ankara, 2005, s. 312- 313.

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin E.2004/3 ve K.2008/47 ile 31.01.2008 tarihli kararı

edilen haklar” belirtilmediğinden, mülkiyet hakkının 35 inci madde gerekçesine oranla, daha dar kapsamda yorumlandığı görülmektedir.

AIHM, sözleşmede ifade edilen “mülk” kavramını, sözleşmecî devletlerin kendi uygulamasından bağımsız (autonomous) ve özerk şekilde yorumlamaktadır.⁵ Mahkeme, önüne gelen başvurularda, devletin “idari işlem ve eylemler”, “hukuki düzenlemeler” veya “yargısal kararlar” aracılığıyla müdahale ettiği “değeri”, sosyal ve ekonomik içeriğiyle bağlı kalmaksızın, mülk kapsamında görmektedir.⁶ Mahkeme, kararlarında, menkul ve gayrimenkul mallar dışında “patent hakları”, “bir mesleği icra etme hakkı”, “sinemadaki müşteri kitlesi”, “kira verme hakkı”, “belirli bir usulün uygulanacağına dair beklenti”, “kira hakkı”, “hisseler” ve “hukuki bir hak iddiası” gibi “*ekonomik hak ve değerler*” “mülk” kavramı içerisinde değerlendirilmiştir.⁷ AIHM kararlarında; “sağlık sigortasından yararlanma hakkı”, “maluliyet aylığı alma hakkı”, “emekli aylığı hakkı”, “sosyal yardım alma hakkı” ve “işsizlik sigortasından yararlanma hakkı” gibi “*sosyal hak ve değerlerin*”, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, bir değere endekslenebilen sosyal ve ekonomik hakların, mülkiyetin kapsam ve içeriğine ilişkin yargıların değişmesine neden olduğu görülmektedir.

Mülkiyet hakkının da bir “ekonomik hak” olduğuna dair görüş savunulmaktadır.⁸ Ancak, mülkiyet hakkının AIHM içtihatlarıyla belirginleşen bu kapsamı, “*sosyal ve ekonomik hakların mülkiyet hakkının koruma çerçevesine dahil olduğu*” şeklinde bir sonuca ulaşmamızı sağlamaktadır. Gerçek karşılığın ödenmesi konusunda yasama, yürütme ve yargı organlarına yöneltmiş direktif, malik açısından bir

⁵ Stolker, C.J.J.M., *In search of the importance of article 1 Protocol No 1 ECHR to Private Law*, .p.70., Leiden University Press 2000.; Allen, Tom., “The Autonomous Meaning of Possessions under the European Convention on Human Rights” (The Modern Studies in Property Right, v.2., p.57., Ed. Elizabeth Cooke., Oxford: Hart 2003)., GEMALMAZ., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s.124-135

⁶ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 418.

⁷ CARSS-FRISK, Monica., *Mülkiyet Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001 s. 6.

⁸ İbrahim Özden KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku* 6. Baskı, İstanbul, 2002, s.449; Bülent ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yay. Ankara, 2007, s. 28, 130.

“hak” ve “yetki” alanı oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının kapsamında birçok ekonomik hakkı barındırdığı hakikati karşısında, kamulaştırma işleminden etkilenen malik açısından, “gerçek karşılığın alınması hakkı” (gerçek karşılık hakkı olarak kısaltılmıştır) şeklinde mülkiyet hakkı kapsamında bir “mikro hak” kategorisi ortaya çıkmaktadır.

Bu kısa değerlendirmenin yapılmasının nedeni aşağıda izah edilecek olan mülkiyet hakkının kapsamındaki “gerçek karşılık ilkesi”nin hukuksal analizini yapmaya yöneliktir.

II. KAMULAŞTIRMADA

GERÇEK KARŞILIK KAVRAMININ TEMELLERİ

Kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına, kanunda gösterilen esas ve usullere göre zorla el atmasıdır.⁹ Anayasa’nın 46ncı maddesini esas alan bu tanımı, yine aynı madde metninde sonradan yapılmış değişiklikleri esas alarak şöyle de aktarmak mümkündür. *Kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılığını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamı veya bir kısmına, Anayasa ve yasada gösterilen esas ve usullere uygun olarak, zorla el atmasıdır.*¹⁰ İkinci tanımdaki “gerçek karşılığını” ibaresi, Anayasa’nın 46 ncı maddesinin 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasa ile değiştirilmesi sonrası madde metnine ilave edilmiştir. Kamulaştırma ilkeleri ve uygulaması açısından önemli sonuçları olan bu ibareye kamulaştırma tanımında da yer verilmesi uygun olacaktır. İkinci tanımdaki bir diğer ilave olan “Anayasa” ibaresinin de tanımda yer almasının önem arz eden bir vurgudan öte somut sonuçları bulunmaktadır. Çünkü, Anayasa metni, mülkiyet hakkının korunması açısından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’ndan daha kapsamlı güvenceler içermektedir. Nitekim, Anayasa’nın 46ncı maddesinde 3.10.2001 tarihli yapılan değişiklikle, kamulaştırmadan kaynaklanan alacaklarda “kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulama-

⁹ GÜNDAY, Metin., İdare Hukuku, 10. Baskı İmaj Yayınları, Ankara 2011., s.250; Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2007 s.692

¹⁰ Sadullah ÖZEL, *Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma.*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2013, s.113

nacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda kamulaştırma tanımında, her iki ibarenin vurgulanmasının uygulamada güvence oluşturacak bir önemi bulunmaktadır.

İdareye ve geniş anlamda bedel tespit organlarına yöneltilen, kamulaştırılan taşınmazın «gerçek karşılığının belirlenmesi» yönünde bir anayasal direktifin olduğunu tespit etmemiz gerekmektedir. Kamulaştırılan taşınmazın «gerçek karşılığı» tespit edildikten sonra, bu bedelin «peşin ödenmesi» ve peşin ödenemiyorsa «kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi» direktifleri, önem arz eden diğer anayasal direktiflerdir. Çalışmada «gerçek karşılığın» anlamı ve tespitine ilişkin hukuksal bir analiz yapılması amaçlandığından, uygulamadaki duruma da değinilmesi gerekmektedir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun güncel metninde yer almayan "gerçek karşılık", Türk Kamulaştırma Hukukunda yeni bir kavram değildir. 1961 Anayasası'nın 38 inci maddesinin özgün metninde "*kamulaştırılacak taşınmazların gerçek karşılıklarının peşin ödeneceği*"ne dair kural yer almaktadır. Ancak, Anayasa Hukuku doktrininde de oldukça tartışmalara neden olan Anayasa'nın 38 inci maddesine ilişkin 20.09.1971 tarihli "anayasa değişikliği" ile maddenin özgün hali değiştirilmiştir. Bu düzenleme sonucunda kamulaştırılan taşınmazların "gerçek karşılıklarının" yerine, "karşılıklarının" ödeneceği şeklinde değişiklik yapılmış ve "rayiç değer" yerine "vergi değeri" esası getirilmiştir.¹¹ Yasama organının kamulaştırma bedellerinin belirlenmesi usulünü temelden değiştiren bu tasarrufu, AYM'nin (bu düzenlemeyi iptal ettiği) kamu hukuku açısından oldukça tartışmalı kararıyla engellenmiştir.¹² AYM'nin iptal gerekçesinin gerçek karşılık ilkesi boyutu, aşağıda kısaca değerlendirilecektir. 1961 Anayasası döneminde özetlenen süreçte, 6830 sayılı İstimlak Kanunu yürürlükteydi. 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nda gerçek karşılık kavramına yer verilmemiş, bedel tespit esaslarına ilişkin 11inci maddede "değer paha" ibaresi kullanılmıştır. 1982 Anayasası'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46 ncı maddesinin özgün halinde de "gerçek karşılıklarını" ibaresine yer verilmemiş, "karşılıkları" ibaresi kullanılmıştır. AİHM nezdinde yargılama konusu olan kamulaştırma davalarında "bedele" ve "bedelin ödenmesindeki

¹¹ ÖZEL., Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.117, 118

¹² Anayasa Mahkemesi E.1976/38 ve K. 1976/46 sayı T. 12.10.1976

gecikmelere" ilişkin yüzlerce dosyada "ihlal" saptaması yapılması ve bunların yüksek tazminat ödenmesi ile sonuçlanması, Anayasa değişikliğine gidilmesi sonucunu doğurmuştur. 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile "gerçek karşılıklarını" ödeme koşulu getirilmiş ve bu bedelin ödenmesindeki gecikmelerde, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin elbette olumlu sonuçları olmuş ancak, gerçek karşılığın teorik ve pratik açıdan temellendirilmemesi ile idarenin mülkiyet hakkı karşısında "düşük maliyeti" öncelmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali mahiyetinde olan uygulamalar devam etmektedir. Son bölümde bu konuda bir değerlendirme yapılacağından "gerçek karşılığın" anlamı ve içeriğinin temellendirilmesi yararlı olacaktır.

III. GERÇEK KARŞILIK HAKKI

AYM ve AİHM kararlarıyla şekillenen hukuksal sürecin sonunda, gerçek karşılığın uygulamadaki yansımaları incelemeyi önce güncel kamulaştırma uygulamasındaki fotoğrafın net görülebilmesi için gerçek karşılığın anlamı konusunda bir inceleme yapılmasında yarar bulunmaktadır. Gerçek karşılık öncelikle yasama, yürütme ve yargı organlarına yöneltilmiş bir uygulama direktifidir. Gerçek karşılığı tespit etme ve ödeme yönündeki bu direktifin aynı zamanda bir "anayasal ilke" olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. AYM'nin ve AİHM'nin gerçek karşılık konusundaki aşağıda incelenecek yaklaşımı çerçevesinde bu ilkenin taşınmaz maliki olan birey açısından görünümü bir "hak" şeklinde temerküz etmektedir. Taşınmazı kamulaştırılan bireyin, kamulaştırma süreci sonucunda hukuken teminat altına alınması temel menfaati; taşınmazın adil, makul ve gerçek bedelini alabilmesidir. Taşınmaz malikine belirlenen bu adil bedelin zamanında ve peşin olarak ödenmesi, aksi durumda değerini koruyacağı bir yasal faiz ile birlikte ödenmesi, taşınmaz malikinin güvence altına alınan diğer haklarıdır.

Gerçek karşılık, özel mülkiyete konu taşınmazın kamulaştırma sürecinde tespit edilmesi gereken adil, makul ve gerçek değeridir. Bu değer tespiti ile bedelin taşınmaz malikine ödenmesi süresince mülkiyet hakkının güvencesi devam etmelidir. Bu süreçteki değerlendirme faaliyetinin de gerçek karşılık ilkesine uygun düzenlenmesi gereklidir. Mülkiyet hakkının kamulaştırma işleminin değerlendirme boyutu açısından, gerçek karşılığın alınması hakkı olarak ifade edilmesi mümkündür.

Gerçek karşılık hakkı denilerek ifade edilmek istenen anlam, kamulaştırılan taşınmaz malikinin bedele ilişkin tüm hukuksal güvencelerinin teminat altına alınmasıdır. Bu bağlamda, “gerçek karşılık hakkı” üç temel güvenceyi içermektedir.

i. Kamulaştırmaya konu taşınmazının gerçek karşılığının tespiti ile sonuçlanacak hukuksal bir sürecin olması gereklidir. Bu süreç, öncelikle adil yargılama ilkelerine uygun bir muhakemeyi güvence altına almalıdır. Çalışmada, kamulaştırma sürecinin adil yargılama ilkeleri açısından değerlendirilmesi amaçlanmadığından bu konuda inceleme yapılmamıştır.

ii. Ulusal ve uluslararası değerlendirme ilkelerine göre tespit yapacak bir değerlendirme organı tarafından taşınmazın o tarihteki gerçek karşılığının tespiti sağlanmalıdır. Tespit edilen bu bedel, bağımsız bir değerlendirme organı tarafından denetime elverişli şekilde hesaplanmalı, adil ve makul olmalıdır. Bu koşula ilişkin IV. Bölümde bir değerlendirme yapılmıştır.

ii. Tespit edilen gerçek karşılığın peşin ödenmesi esas olmalıdır. Aksi takdirde, bu bedelin kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi güvence altına alınmalıdır. Özellikle kamulaştırmatsız el atma davalarında önemli hak ihlallerine neden olan peşin ödeme ve faiz konusu ayrıntıları nedeniyle bu çalışma kapsamında değerlendirilememiştir.

1. İnsan Hakları Metinlerindeki Temeli

Sözleşme ve antlaşma formatında olmadığı için “ilkesel bağlayıcılığı” ve “evrensel ortak değerler”i ifade eden, içerdiği haklar açısından, bireysel koruma mekanizması öngörmeyen Evrensel bildirgenin 17 nci maddesinde¹³, mülkiyet hakkının koruma çerçevesi belirlenmiştir. Bildirge’de, “Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz” şeklinde bir hüküm yer almakta ise de el konulan bir taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesine ilişkin bir somut güvence yer almamaktadır.

¹³ Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi madde 17: “Herkesin tek başına ve başkalarıyla ortaklaşa mal ve mülk edinme hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz”.

BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi(MSHS)¹⁴, üç ana belgeden ikincisi olarak, birçok klasik hakka yer vermesine rağmen, sözleşmede mülkiyet hakkına yer verilmemiştir. Üç ana belgeden sonuncusu olan BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 3 Ocak 1976 yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi(ESKHS), mülkiyet hakkının içerdiği ve tamamlayıcısı niteliğinde birçok ekonomik ve sosyal hakka yer vermesine rağmen, geniş anlamda mülkiyet hakkını sözleşme dışında bırakmıştır.

Ek Birinci Protokol'ün 1 inci maddesinden ve bu maddeden çıkarılan üç kuraldan da anlaşılacağı üzere AİHS'de, mülkiyet hakkına kamulaştırma veya başka bir işlem yoluyla müdahale edilen kişiye tazminat ödenip ödenmeyeceği veya nasıl bir tazminat ödenmesi gerektiği konularında açık bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁵ Ancak AİHM verdiği kararlarında makul ve taşınmazın değeri ile orantılı bir tazminat ödenmeden yapılan kamulaştırma işlemlerinin Ek Birinci Protokolün Mülkiyet Hakkı başlıklı 1 inci maddesinin ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir.¹⁶ AİHM yorumuna ve ilgili içtihatlarına aşağıda kısaca değinilecektir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şart'ı (Charter of Fundamental Rights of the European Union) aylar süren çalışmalardan sonra 7 Aralık 2000 tarihinde Nizza'da devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla gerçekleştirilen zirvede ilan edilmiştir. Lizbon Sözleşmesi ile birlikte 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bildirge Avrupa Birliği'ne üye ülkeler için bağlayıcı bir etkiye sahiptir.¹⁷ Şart'ta; mülkten yoksun bırakılma sonucunda, zamanında ödenecek adil bir tazminat koşulu

¹⁴ Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen "Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi"ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladı.

¹⁵ Carrs-Frisk, Mülkiyet Hakkı, s.38, , Hélène PAULIAT, "Mülkiyet Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı Tebliği I, TBB Yay., Ankara 2003, s. 2.

¹⁶ AİHM, 25.03.1999 tarihli Papachelas / Yunanistan Kararı, NVwZ 1999, s. 1325.

¹⁷ Bkz. Lizbon Sözleşmesi ile değişik Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin (The Treaty on European Union) 6. maddesi. Sözleşme metnine aşağıdaki adresten ulaşılabilir: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:EN:HTML>

bulunmaktadır.¹⁸ Ancak ödenecek tazminatın ne şekilde belirleneceği ve adil tazminatın koşulları konusunda açık bir belirleme yer almamaktadır.

BM Belgeleri, AIHS ve Temel Haklar Şartı'nda açıkça güvence altına alınmamış olan "gerçek karşılık hakkı"nın incelenecek demokratik ülkelerde Anayasal teminat altına alınmış olduğuna ilişkin aşağıda açıklamada bulunulacaktır. Adil, tam, makul ve gerçek karşılık olarak ifade edilen değer belli standartlara göre tespit edilmesi gerektiği açıktır. Bu zorunluluğun dayanağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesidir.¹⁹ Serbest piyasa ekonomisinde alım-satım konusu olan bir taşınmaza ödenmesi gereken rayiç değer, kamulaştırılan bir taşınmazın karşılığı olarak da ödenmesi esastır. Bu bağlamda, gerçek karşılığın anayasal teminat altına alınması ve uluslararası toplumda gerçek karşılığın tespitinde uygulanan ilkelere değinilmesi gerekmektedir.

2. Anayasal Bir Hak Olarak Gerçek Karşılık

Türk Kamulaştırma Hukukunda gerçek karşılık kavramı yerine, değer paha ve rayiç değer gibi deyimler de kullanılmıştır²⁰. Anayasa'nın 46 ncı maddesi metnine "gerçek karşılık" ibaresi eklenmeden önce de AYM tarafından gerçek karşılığın ödenmesinin mülkiyet hakkının bir gereği olduğu kabul edilmekteydi. Kaldı ki, 1961 Anayasası'nın 38 inci maddesinin ilk metninde "gerçek karşılık" ilkesine yer verilmiştir. Ancak yasa koyucunun bu ilkenin uygulanmasını engellemeye yönelik

¹⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 17 nci maddesi şu şekildedir: "Herkes hukuka uygun bir şekilde sahip olduğu malını bulundurmak, kullanmak, o malı üzerinde tasarrufta bulunmak ve o malı miras bırakma hakkına sahiptir. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararının gerekli kıldığı hallerde ve kanunla öngörülen hal ve şartlarda ve de mülkiyet hakkından yoksun bırakma nedeniyle zamanında ödenecek adil bir tazminat karşılığında mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Kamu yararı için gerekli olduğu ölçüde mülkiyet hakkının kullanımı kanunlarla düzenlenebilir. Fikri ve sanatsal haklar koruma altındadır."

¹⁹ ÖZEL, Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.143-149

²⁰ Bkz.1924 Anayasası'nın 74'üncü madde metni: "MADDE 74: Menafi-i umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olunamaz" ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 3'üncü maddesi: "Madde 3 - İstimlâk, ancak bunu yapacak idarenin kanunen ifasına memur bulunduğu amme hizmetinin veya teşebbüsün yürütülmesine lüzumlu gayrimenkullerin ve kaynakların bu kanun hükümleri dairesinde değer pahası peşin verilmek şartıyla yapılabilir."

düzenlemeleri olmuştur. Bu düzenlemeler, AYM tarafından mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilerek iptal edilmiştir. AYM'nin kamulaştırma bedeli olarak, taşınmazın gerçek karşılığı yerine vergi değerinin esas alınmasına yönelik anayasa değişikliğini iptal ettiği karar gerekçesi buna örnek gösterilebilir.²¹

AYM'nin, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında kamulaştırma tarihinin esas alınacağını öngören düzenlemeyi iptal ettiği karardaki gerekçesinin aktarılması uygun olacaktır.²² Karar gerekçesinde, *"Kamulaştırma, malikin rızası olmaksızın, Devletin, kamu yararına özel mülkiyeti sona erdirdiği bir işlemdir. Bu durum gözetilerek, malikin mülkiyet hakkının zedelenmemesi için Anayasa'nın 46 ncı maddesinde gerçek karşılık esası benimsenmiştir. Gerçek karşılığa ulaşmayı engelleyen düzenlemelerin Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkını da zedeleyeceği açıktır. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasa da gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın Anayasal öğeleridir. Bu öğelerden birinin bulunmaması kamulaştırma işlemini Anayasa'ya aykırı hale getireceği gibi, Anayasa'nın 35 inci maddesi ile korunan ve sınırları belirtilen mülkiyet hakkına da aykırılık oluşturur. Gerçek karşılığın bulunmasına engel teşkil eden itiraz konusu kuraldaki "kamulaştırma tarihi" ibaresi Anayasa'nın 35 ve 46 ncı maddelerine aykırıdır."* denilmiştir.

²¹ "...Kamulaştırmaya gelince, bu, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran bir işlemdir. Ancak kamulaştırma işleminde kamu yararının var olması göz önünde tutulacak temel öğedir. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırmadan da söz edilemez. Daha açık bir deyimle, kamu yararı olmadıkça, devletin değil gerçek karşılıkla bunun çok daha üstünde olan bedellerle dahi bireylerin mülkiyet hakkına el atması düşünülemez. Devlet olarak, kamu kuruluşları olarak, halka hizmet götürmek veya istenilen ekonomik kalkınma görevini yerine getirebilmek, başka bir deyimle daha yaygın bir kamu görevi yapabilmek için bireylerin özel mülkiyetinde bulunan kimi taşınmaz malların kamulaştırılması gerekli olabilir. Bu gibi hallerde devlet zorunlu hakkının sahibidir. Kamu yararı kamulaştırmayı zorunlu kılıyorsa devlet bu hakkını kullanacaktır. Ancak, bu hakkın karşısında bireylerin de kamulaştırılan taşınmaz mallarının bedellerini istemek hakkı vardır. Mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak, bu bedelin, taşınmaz mal değerinin tam karşılığı olması gerekir. Bir yanda devlet veya kamu kuruluşu, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, bireylerin rızasına bakmaksızın onların mülkiyetindeki taşınmazları alma hakkını kullanacak, öte yanda bireyler kamulaştırılan taşınmazlarının tam karşılıklarını, mülkiyet hakkının gereği olarak, devletten istemek hak ve yetkisini ellerinde tutacaklardır. Bu hakların yorince kullanılmasına elverişli olmayan bir hukuk düzeninin demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır..." Bkz. Anayasa Mahkemesi E.1976/38 ve K. 1976/46 T.12.10.1976

²² Anayasa Mahkemesi E.2002/79 ve K. 2003/29, T.09.04.2003

AYM, gerçek karşılığa ulaşmayı engelleyen düzenlemelerin, mülkiyet hakkını zedeleyeceğini belirtmiştir. Kamu yararının bulunmasını, kamulaştırma işleminin yasada gösterilen esas ve usullere uygun yapılmasını ve gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesini *kamulaştırmanın anayasal öğeleri* olarak nitelemiştir. Bu çerçevede, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına ilişkin yasal ölçütlerin tamamının gerçek karşılığın ödenmesini sağlamaya elverişli olması gerekir. Bu esas ve ölçütlerin uluslararası hukuk kurallarına ve taşınmaz değerlendirme ilkelerine uygun olması gerçek karşılık ilkesinin gereğidir.

3. Kamulaştırma Bedelindeki Değer Olarak Gerçek Karşılık

Gerçek karşılık ilkesi, mülkiyet hakkının kamulaştırma işlemindeki güvencesini oluşturduğundan, “malikin geri alma hakkı” gibi bir “hak” olarak nitelenmiştir. Anayasal nitelikteki gerçek karşılık hakkının, kamulaştırma işlemi sonucunda malike hangi değerın ödenmesiyle korunmuş olacağı sorusuna yanıt bulunması gerekmektedir. Türk Anayasal sisteminde yeni bir kavram olmamasına rağmen, “gerçek karşılığın” somutlaştığı değerin ne olması gerektiği konusu, hukuksal düzeyde ve bağımsız olarak ele alınmamıştır. Gerçek karşılığın ödenmesine ilişkin yargılama sürecinin “adli yargının” görevinde olması da kamu hukuku çalışmalarında gerçek karşılığın ödenmesine ilişkin düzenlemelerin ve hukuk uygulamasının değerlendirilmesini güçleştirmektedir. Gerçek karşılık ilkesinin anlam ve içeriğinin kamu hukuku boyutuyla incelenmesindeki bir diğer sorun alanı da, ekonomi biliminin hukukla kesiştiği, “değer” kavramının incelenmesi zorunluluğudur. Kamulaştırma, hukuk uygulamasında bir “değerleme” sürecidir. Bu süreçte uygulanan yasal ilkeler ve yargı kararlarında somutlaşan eğilimin, akademik açıdan incelenmeyi gerektirdiği belirtilmelidir.

Değer kavramının, ekonomik boyutu nedeniyle ihmal edilmesi durumunda, kamulaştırma sonucunda ödenen bedelin gerçek karşılık olduğu konusunda hukuksal bir analiz yapmak da sorunlu hale gelecektir. Çalışmada bu riskleri gidermek için gerekli özen gösterilerek, kamulaştırmanın maddi koşulu olarak nitelenen gerçek karşılığın denetim ölçütü olan “değerleme standartları”nın ve Türkiye’deki kamulaştırma uygulamasındaki “değerleme” faaliyetinin kamulaştırma ve gayrimenkuller özelinde incelenmesi gerekmiştir. Ekonomik analizler,

matematiksel ve finansal hesaplamalar, çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Öncelikle

Kamulaştırmanın bedelinin tespit edildiği idari ve yargısal süreç, gerçek karşılığa ulaşma amaçlı bir değerlendirme faaliyetidir. Gerçek karşılık bir anayasal ilke olmakla birlikte, somut olaylara uygulanabilmesi ve denetim ölçütü olabilmesi için içeriğinin belirgin olması gerekmektedir. Gerçek karşılık, aynı zamanda kamulaştırma sonucunda malike ödenmesi gereken adil bedeldir. Bu bedel de bir değere karşılık gelmektedir. Gerçek karşılığın görünümü olan bu değer (kamulaştırma bedelinin) neye karşılık gelmesi gerektiği; Alman Hukuku, ABD Hukuku ve Ulusal/Uluslararası Değerleme Kuruluşlarının ilkeleri ölçüt alınmak üzere incelenecektir.

a. AİHM'nin Kamulaştırma Bedelinin İfade Ettiği Değere İlişkin Yorumu

AİHM'ye göre mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahale halinde kamu menfaatleri ile kişilerin temel haklarının korunması yönündeki menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması şarttır.²³ Böyle bir dengenin kurulması aşamasında Sözleşmenin Ek Birinci Protokolünün 1 inci maddesi esas alınmalıdır. Özellikle devletler tarafından tesis edilen ve mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden eylem ve işlemlerde devletin kullandığı araçlar ile bu araçlarla güdülen amaç arasında, yani mülkiyet hakkına müdahale ile kamulaştırma ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge, başka bir deyişle makul bir orantı bulunmalıdır.²⁴ Gerçi söz konusu makul dengenin tespitinde mahkeme devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak devletlere takdir yetkisi tanınması mahkemenin bu alanda yargılama yapmasına engel değildir. Bilakis mahkeme taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı ile uyumlu bir adil dengenin varlığı konusunda devlet faaliyetlerini denetlemektedir.²⁵

Kamulaştırma işleminin devlet ve taşınmaz malikinin menfaatleri arasında adil bir denge çerçevesinde yapıldığının ve malike orantısız

²³ AİHM, 23.09.1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth / İsveç Kararı, NJW 1984, s. 2747.

²⁴ AİHM, 23.11.2000 tarihli Eski Yunan Kralı ve Diğerleri / Yunanistan Kararı, NJW 2002, s. 49.

²⁵ AİHM, 30.06.2005 tarihli Jahn ve Diğerleri / Almanya Kararı, NJW 2005, s. 2909.

bir yük yüklenmediğinin tespitinde kanun koyucunun kamulaştırma bedeli konusunda yaptığı düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda AİHM'nin verdiği birçok kararda bir taşınmazın bu taşınmazın değeri ile orantılı bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmasının kural olarak mülkiyet hakkının orantısız bir şekilde ihlali anlamına geleceği vurgulanmıştır. Mahkemeye göre herhangi bir bedel ödenmeden yapılan kamulaştırmalar AİHS'nin mülkiyet hakkı kapsamında ancak olağanüstü hallerde mümkün olabilir.²⁶

Kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedel konusunda ise mahkeme kural olarak ödenecek bedelin taşınmazın "pazar değeri" olması gerektiğini, başka bir ifade ile taşınmaz malikine tam bir tazminat ödenmesi gerektiğini kabul etmekte, ancak bu bedelin bazen pazar değerinin altında kalabileceğini vurgulamaktadır. Yani AİHS'nin Ek Birinci Protokolün 1. maddesi taşınmaz mal malikine her zaman tam bir tazminat hakkı vermemektedir.²⁷ Mahkemeye göre adil bir bedelin tespitinde mahkeme tarafından Ek Birinci Protokolün 1 inci maddesi bağlamında geliştirilen içtihatlar dikkate alınmalıdır. Buna göre kamulaştırmaya konu olan taşınmaz malın değeri ile makul bir bağlantı içinde olmayan kamulaştırma bedeli kural olarak mülkiyet hakkının orantısız bir şekilde ihlali anlamına gelecektir. Yol yapımı veya kamu yararına hizmet eden başka bir amaçla bir taşınmazın hukuka uygun bir şekilde kamulaştırıldığı hallerinin çoğunda, kural olarak sadece tam bir tazminatın taşınmazın değeri ile makul bir bağlantı içinde olduğu kabul edilir.²⁸

Mahkeme, 22 Haziran 2004 tarihli Broniowski / Polonya Kararı'nda *"demokrasiye geçiş bağlamında toplumun geniş bir kesimini etkileyecek ve tüm ülke açısından önemli ekonomik sonuçları olacak kanuni düzenlemelerin yapıldığı bir ortamda mülkiyet hakkının düzenlenmesi ile ilgili olarak idareye kapsamlı bir değerlendirme marjı tanınmalıdır. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müdahale nedeniyle ödenecek tazminatların da piyasa değerinin altında*

²⁶ AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1260, AİHM, 23.11.2000 tarihli Eski Yunan Kralı / Yunanistan Kararı, NJW 2002, s. 49,

²⁷ AİHM, 22.06.2004 tarihli Broniowski / Polonya Kararı, NJW 2005, s. 2528, AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1260.

²⁸ AİHM, 28.11.2002 tarihli Eski Yunan Kralı ve Diğerleri / Yunanistan Kararı, NJW 2003, s. 1724, AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1260.

*bir miktar ile sınırlı tutulması bir zorunluluk teşkil edebilir.”*²⁹ değerlendirmesini yapmıştır. Bu durumlar dışında, yukarda izah edildiği üzere, kamulaştırma sonucunda malike taşınmazın gerçek karşılığı olarak pazar değerinin ödenmesi esastır.

29 Mart 2006 tarihinde karara bağlanan Scordino/İtalya Davasında taşınmazı kamulaştırılan davacılara İtalya Devleti tarafından taşınmazın metrekaresi başına 82.890 İtalya Lireti ödenmiştir. Ancak, taşınmazın bir metrekaresi için tahmin edilen piyasa değerinin ise 165.755 Liret olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca taşınmaz malikine ödenen tazminattan yüzde yirmi oranında da vergi alınmıştır. Mahkemeye göre söz konusu kamulaştırma işlemi ekonomik, sosyal veya siyasi bir reform bağlamında veya başka bir haklı sebep bağlamında tesis edilmiş bir işlem değildir. Dolayısıyla kamulaştırma bedelinin pazar değerinden düşük olmasını gerektirecek bir kamu menfaatinin varlığından söz edilemeyeceğini vurgulayan mahkeme, AİHS’nin Ek Protokolünün 1 inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁰ Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri/Türkiye davasında da başvuru şirkete ödenen kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek değerine oranla düşük tespit edildiği sonucuna ulaşılarak ihlal saptaması yapılmıştır.³¹ AİHM’nin aktarılan kararlarından da anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde kamu menfaati ile hakkına müdahale edilen kişilerin menfaatleri arasında adil bir dengenin, başka bir deyişle orantılı bir ilişkinin kurulması şarttır.

AİHM’ye göre kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin tespitinde kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu da önemli bir kriter olarak dikkate alınmalıdır. Çünkü mahkemeye göre hukuka uygun bir kamulaştırmanın mali sonuçlarının mülkiyet hakkına hukuka aykırı bir şekilde yapılan müdahalenin mali sonuçları ile bir tutulması mümkün değildir. Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan Davası’nda AİHM, benzer bir değerlendirme yapmış ve sözleşmenin hukuka aykırı bir şekilde tesis edilen kamulaştırma işlemi ile ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme bu kararında adalete uygun bir tazminat konusunda şu hususlara yer vermiştir: “Kamulaştırma işlemindeki böyle bir huku-

²⁹ AİHM, 22.06.2004 tarihli Broniowski / Polonya Kararı, NJW 2005, s. 2528.

³⁰ AİHM, 29.03.2006 tarihli Scordino / İtalya Kararı, NJW 2007, s. 1261.

³¹ AİHM, 23.04.2003 tarihli Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri/Türkiye Kararı B.No.30502/96

ka aykırılık doğal olarak kamulaştırma dolayısıyla devletin ödemek zorunda kaldığı tazminatın tespitini de etkilemektedir. Çünkü hukuka uygun bir kamulaştırmanın mali sonuçlarının hukuka aykırı bir kamulaştırmanın mali sonuçları ile bir tutulması mümkün değildir.” Mahkeme, bu gerekçeyle Yunanistan Devleti’ni taşınmaza el atılma tarihinden itibaren davacıların zararlarından ve mahrum kaldıkları kardan oluşan taşınmazın aktüel değerini, taşınmaz üzerinde taşınmazın devletin kontrolüne geçtiği tarihten sonra inşa edilen binalar nedeniyle taşınmazda meydana gelen değer artışlarını ve bu binaların inşası için yapılmış masrafları davacılar ödemeye mahkum etmiştir.³²

AIHM, kamulaştırma dolayısıyla ödenecek tazminatın tespitinde tazminatın hak sahibine ödendiği zamana da büyük önem atfetmektedir. Mahkemeye göre tazminat konusunun karara bağlanmasının veya kararlaştırılan tazminatın hak sahibine ödenmesinin aşırı bir şekilde geciktirilmesi, özellikle paranın hızlı değer kaybettiği ülkelerde taşınmazı kamulaştırılan kişinin maddi kaybını arttırmakta ve kişiyi belirsiz bir duruma sürüklemektedir. Aynı durum kamulaştırma bedelinin tespiti aşamasında idari ve yargısal süreçlerin alışılmadık bir şekilde uzaması hallerinde de söz konusudur. Böyle durumlarda taşınmazı kamulaştırılan kişiler kamusal yarar ile kişisel yarar arasındaki adil dengeyi ortadan kaldıran orantısız bir külfet yüklenmek durumunda kalırlar ki, bu da mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.³³ AIHM, Türkiye aleyhine yapılan şikayetlerde de kamulaştırma işlemlerinin süresinin aşırı uzunluğu hesaba katılmadan saptanan kamulaştırma bedellerinin taraf menfaatleri arasındaki adil dengeyi bozduğu tespitinde bulunmuştur.

AIHM’in kamulaştırma bedeli konusunda taşınmazın kural olarak adil ve gerçek karşılığı olan pazar değerinin ödenmesi gerektiği ilkesini benimsediği, hukuka aykırı el atmalarda ek tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaştığı ve kamulaştırma bedelinin makul olmayan gecikmelerle ödenmemesinin adil dengeyi malik aleyhine bozduğu sonucuna ulaştığı belirlemesi yapılabilir.

³² AIHM, 28.11.2002 Eski Yunan Kralı ve Diğerleri / Yunanistan Kararı, NJW 2003, s. 1723.

³³ Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Zusatzprotokoll EMRK Art 1, Rn. 30.

b. Alman Hukukunda

Kamulaştırma Bedelinin İfade Ettiği Değer

Alman hukukunda kamulaştırma ve kamulaştırma bedeli konusunda birden çok yasal düzenleme mevcuttur. Kamulaştırma bedeli konusunda en önemli ve üst düzeydeki düzenleme Federal Almanya Anayasası'nın(*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)¹⁴ üncü maddesidir. Bu madde kamulaştırmaya ilişkin genel ifadelerle yer vermekte ve kamulaştırma konusunda gerek federal, gerekse federe devletler düzeyindeki yasal düzenlemeler açısından bir çerçeve oluşturmaktadır.

“Kamulaştırma sadece kamu yararı amacı ile yapılabilir. Kamulaştırma ancak kanun veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılabilir ve kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin şekil ve kapsamı kanun ile düzenlenir. Kamulaştırma bedeli kamu ve taraf menfaatlerinin hakkaniyet çerçevesinde bağdaştırılması yolu ile belirlenir. Kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklarda adli yargı makamları önünde hukuk yolu açıktır.”

Bu düzenlemeye göre federal devletin önceden kamulaştırma bedelinin şekil ve kapsamını bir kanunla belirlemeden kamulaştırma yoluna gitmesi açıkça hukuka aykırı olur. Aynı şekilde kamulaştırma bedeline ilişkin gerekli hükümleri içermeyen kanunlar da federal anayasanın 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılıktan dolayı AYM tarafından iptal edilebilir. Kamulaştırmanın düzenlendiği maddede, bedelin ne şekilde tespit edileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Federal Anayasa, kanun koyucuya kamulaştırma bedeli konusunda hakkaniyete uygunluk kriterini uygulamaktan başka herhangi bir ödev yüklememiştir. İşte bu noktada Federal Anayasa'nın 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan mülkiyet hakkı da uygulama alanı bulmaktadır. Burada yer alan mülkiyet hakkı, kamulaştırma dolayısıyla mülkiyet hakkı elinden alınan kişilerin mülkiyetlerinden çıkan taşınmaz yerine bu taşınmaz için bir bedel alma hakkı şeklinde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla kamulaştırma konusunda kanunların hakkaniyete uygun olmayan sembolik miktarlarda bir bedel ödenmesini öngörmeleri aynı zamanda anayasal mülkiyet hakkına da aykırı olacaktır.³⁴ Kamulaştırma bedeli ile ilgili uyuşmazlıklarla sık-

³⁴Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 14, Rn. 593.

lıkla karşı karşıya kalan Alman Federal Yargıtayı, kanun koyucunun kamulaştırma bedelinin para cinsinden ödenmesi veya kamulaştırma bedelinin tespitinde piyasa değerinin esas alınması gerektiğini öngördüğü ve kamulaştırma bedelinin gerçek değerinin altında tutulması yoluna gitmediği durumlarda uygulanmak üzere bazı ilkeler geliştirmiştir. Buna göre kamulaştırma bedelinin miktarı konusunda özel bir kanuni düzenlemenin mevcut bulunmadığı durumlarda kamulaştırma dolaşımıyla uğranılan hak kaybı için tam bir tazminat, yani kamulaştırma konusu malın piyasa değerinin ödenmesi gerekir.³⁵ Alman Federal Yargıtay'ı kamulaştırma bedelinin kamulaştırma konusu hakkın sahibinin benzer nitelik ve değerdeki başka bir hakka tekrar sahip olmasına imkan verecek miktarda olmasını istemektedir.³⁶ Federal Yargıtay bazı kararlarında da kamulaştırma bedelinin kamulaştırma konusu hak ile eşdeğer olması gerektiğini ifade etmektedir.³⁷

Federal Anayasa kural olarak kanun koyucuya, yapılacak bir kamulaştırma için ödenecek bedelin taşınmazın gerçek bedelinden az olması imkanını tanımaktadır. *Ancak uygulamada kanun koyucu kamulaştırma konusu ile ilgili yaptığı düzenlemelerde istisnasız bir şekilde kamulaştırma bedeli olarak gerçek bedelin, yani taşınmazın pazar değerinin ödeneceğini öngörmektedir.*³⁸ Buna örnek olarak Federal İmar Kanunu'nun (*Baugesetzbuch*) 93 üncü ve devamı maddeleri ile federe birimlerin yaptığı kanuni düzenlemeler gösterilebilir.³⁹ Aşağıda bu yasal ve federe devletlerde cari anayasalar düzenlemeler kısaca incelenecektir.

Federal düzenlemeler kapsamında kamulaştırma konusuna en sık rastlanan alanların başında imar hukuku gelmektedir. İmar hukuku ile ilgili en önemli yasal düzenleme en son 31 Temmuz 2009 tarihinde değişikliğe tabi tutulan Almanya Federal İmar Kanunu'dur.⁴⁰ Bu kanunun 1. kısmının 5. bölümünde kamulaştırma konusu düzenlenmiştir. Bu bölümün 1. alt bölümünde kamulaştırmanın ön şartları, 2. alt

³⁵ Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 14, Rn. 614.

³⁶ Bundesgerichtshof, BGHZ 26, 373 vd.

³⁷ Bundesgerichtshof, BGHZ 59, 250 vd, 258 vd.

³⁸ AUST, Manfred / PASTERNAK, Dieter : Die Enteignungsentschädigung, 5. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2002. s. 96, Rn. 197.

³⁹ Bkz. Aust, Die Enteignungsentschädigung, s. 96, Rn: 197, KREBS, Walter, Bau-recht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, De Gruyter Recht, Berlin 2003. s. 462, Rn. 169

⁴⁰ Baugesetzbuch.

bölümünde kamulaştırma için ödenecek bedel ve 3. alt bölümünde ise kamulaştırma süreci düzenlenmektedir.

Federal İmar Kanunu'nun "Diğer Hükümler" başlığını taşıyan 3. kısmının 1. bölümünde değer tespiti hususu düzenlenmiş, yine bu bölümde yer alan ve "Pazar Değeri" başlığını taşıyan 194 üncü maddede pazar değeri, başka bir ifade ile piyasa değeri tanımlanmıştır. Kanunun 199 uncu maddesinin birinci fıkrası ile de Alman Federal hükümetine, Federal Konsey'in (*Bundesrat*) onayı ile pazar değerinin ne şekilde tespit edileceğine ilişkin yönetmelikler çıkarma yetkisi verilmiştir. Alman Federal İmar Kanunu'nun 95 inci maddesi kamulaştırma dolayısıyla uğranılan hak kaybının tazminini düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre kamulaştırma dolayısıyla uğranılan hak kaybı için ödenecek bedel kamulaştırma işlemine konu olan taşınmaz veya başka bir hakkın pazar değerine göre belirlenir. Pazar değerinin tespitinde ise idarenin kamulaştırma kararını aldığı tarih esas alınır. Pazar değerinin ne olduğu ise Alman Federal İmar Kanunu'nun 194 üncü maddesinde tarif edilmektedir. Pazar Değeri başlığını taşıyan 194 üncü madde şu ifadelerle yer vermektedir: *"Pazar (piyasa) değeri, değer tespitinin yapıldığı sırada mutlak ticari ilişkilerde hukuki olgu, gerçek nitelikler, taşınmazın veya değer tespitine konu olan başka bir hakkın diğer özellikleri ve yeri dikkate alınarak ve olağanüstü durumlar veya kişisel ilişkiler değerlendirme kapsamı dışında tutularak elde edilebilecek fiyat esas alınarak belirlenir."* Federal İmar Kanunu'nun 193 üncü maddesinin birinci fıkrasında bilirkişi komisyonlarının görevleri açıklanmakta ve bilirkişi komisyonlarının binaların, arazilerin ve taşınmaza ilişkin diğer hakların pazar değeri hakkında raporlar düzenleyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm tüm değer tespitleri için geçerlidir. *Dolayısıyla bilirkişi komisyonlarının bu federal düzenleme kapsamındaki bir taşınmaz hakkında değer tespit raporu düzenleyeceği bütün hallerde pazar değeri esas alınacaktır.*⁴¹ Tüm bu açıklanan nedenlerle imar hukuku alanında açıkça bir taşınmazın pazar değerinden bahsedilmediği, buna karşın sadece bir taşınmazın değerinden bahsedildiği hallerde dahi, taşınmazın değerinden kastın taşınmazın pazar değeri olduğu bilinmelidir.⁴²

⁴¹ DIETRICH, Hartmut., Kommentierung zu § 194, Rn.5. in: Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch, Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Stand: 1. April 2011

⁴² Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 194, Rn. 6.

Nordrhein-Westfalen Federe Devleti kamulaştırma ve kamulaştırma dolayısıyla ödenecek tazminat konusunu ayrı bir kanun ile düzenlemiştir. 20 Haziran 1989 tarihli Nordrhein-Westfalen Kamulaştırma ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Hakkında Kanunu⁴³ federe devlet tarafından yapılacak kamulaştırmalarda bedel ödenmesini zorunlu kılmakta⁴⁴ ve kamulaştırma süreci ve bedeli konusunda düzenlemelere yer vermektedir. Kamulaştırma ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Hakkında Kanun'un Hak Kaybı Dolayısıyla Ödenecek Tazminat⁴⁵ başlığını taşıyan 10 uncu maddesinin birinci cümlesinde kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin, kamulaştırma konusu taşınmaz veya diğer bir hakkın piyasa değeri, başka bir deyişle pazar değeri esas alınarak hesaplanacağı açık bir ifade ile hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci cümlesinde ise piyasa değerinin ne olduğu hususuna değinilmiş ve Alman Federal İmar Kanunu'nun yukarıda zikredilen 194 üncü maddesinde geçen ifadeler aynen tekrarlanmak suretiyle pazar değeri tanımlanmıştır.⁴⁶

Bayern'de, Nordrhein-Westfalen'dakine benzer bir şekilde ayrı bir Kamulaştırma Kanunu⁴⁷ ile kamulaştırmanın şekli ve bedel tespiti konuları düzenlenmiştir. Bayern Kamulaştırma Kanunu'nun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre kamulaştırma sonucu ortaya çıkan hak kaybı ve kamulaştırma sonucu ortaya çıkan diğer maddi olumsuzlukları karşılamak üzere ilgiliye kamulaştırma bedeli ödenir. Kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin nasıl tespit edileceği ise Bayern Kamulaştırma Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu madde de Nordrhein-Westfalen Kamulaştırma Kanunu'na paralel bir şekilde önce kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin pazar (piyasa) değeri olacağını tespit etmekte, daha sonra pazar değerini yine Alman Federal İmar Kanunu'nun 194 üncü maddesinde geçen ifadeleri aynen aktarmak suretiyle tanımlamaktadır.

⁴³ Gesetz über Enteignung und Entschädigung für das Land Nordrhein-Westfalen.

⁴⁴ Anılan kanunun 8. maddesi.

⁴⁵ Entschädigung für den Rechtsverlust.

⁴⁶ Alman Federal İmar Kanunu'nun 194'üncü maddesinde, *"Pazar (piyasa) değeri, değer tespitinin yapıldığı sırada mutat ticari ilişkilerde hukuki olgu, gerçek nitelikler, taşınmazın veya değer tespitine konu olan başka bir hakkın diğer özellikleri ve yeri dikkate alınarak ve olağanüstü durumlar veya kişisel ilişkiler değerlendirme kapsamı dışında tutularak elde edilebilecek fiyat esas alınarak belirlenir."* hükmü yer almaktadır.

⁴⁷ Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung.

Alman İmar Kanunu, Nordrhein-Westfalen ve Bayern Federe düzenlemeleri incelendiğinde, kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığı olarak öngörülen bedelin taşınmazın “pazar değeri” olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

c. ABD Hukukunda Kamulaştırma Bedelinin İfade Ettiği Değer

ABD hukukunda kamulaştırma bedeline ilişkin anayasal sürecin, yasal ilkelerin ve uygulamanın kısaca değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ne koloni döneminde, ne de devrim sonrası Amerika’da, devletin el koyduğu özel mülkiyete konu taşınmazlar için tazminat ödenmesi, genel kabul gören bir ilke değildi. İlk zamanlarda kraliyet yetkisine, sonraları ise cumhuriyetçiliğe dayanmak suretiyle tazminat ödemek-sizin özel mülkiyete konu taşınmazlara el koyma sık rastlanan bir durumdu. Bağımsızlık sonrası dönemde cumhuriyetçilikten liberalizme geçiş siyasi dalgasının bir parçası olarak, el konulan özel mülkiyete karşılık olarak federal ve federe devletlerin adil bir tazminat ödemesi için de bir hareket başlamıştır.⁴⁸

Adil tazmin şartı Federal Devletten önce eyaletlerin anayasalarında kendine yer bulmaya başlamıştır. 1777 Vermont Anayasası, 1780 Massachusetts Anayasası ile 1787 Northwest Nizamnamesi özel mülkiyete eyalet tarafından el konulması halinde adil bir tazminatın ödenmesini şart koşturmuştur.⁴⁹ Adil tazminat şartının ABD Anayasası’nda yer edinmesi ise 1791 yılını bulmuştur. 1791 tarihli Anayasanın Beşinci Ek’inde “Hiç kimse olağan kanun yolları dışında hayatından, özgürlüğünden ya da mülkünden yoksun bırakılamaz, özel mülkler adil bir tazminat ödenmeden kamu yararına alıkonulamaz.” hükmüne yer verilerek kişilerin hayat, özgürlük ve mülkiyet hakları anayasal güvence altına alınmıştır.⁵⁰ Treanor, bu durumu, kamulaştırmada adil tazminat şartının liberalizmin tercümesi olarak Anayasa’ya dâhil edilmesi şeklinde ifade etmektedir.⁵¹

⁴⁸ William Michael Treanor, “The Origins and The Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment”, 94 Yale L.J. 694-716 (1985)

⁴⁹ William Michael Treanor, s. 701

⁵⁰ Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, “Compensation for Expropriation Under the Constitution”, Dissertation presented for the degree of Doctor of Law at Stellenbosch University, 2009, s. 167 <http://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/1078> (Erişim: 13/12/2012)

⁵¹ William Michale Treanor, s.694

ABD’de “just compensation” olarak ifade edilen adil bir tazminatın/gerçek karşılığın ödenmesi, herhangi bir taşınmazın kamu yararına kamulaştırılabilmesinin temel şartlarından ve bu konuda anayasal güvence sağlanmıştır. ABD’de geçerli olan içtihat hukukunda, adil tazminatla, malikin mülkiyeti yitirmesinden kaynaklanan zararının tamamen giderilmesinin amaçlandığı kabul edilmektedir.⁵² Buna göre kamulaştırma işlemi olmasaydı finansal açıdan malik hangi durumda olacaksa kamulaştırma nedeniyle ödenecek tazminatın da kişiye finansal açıdan o durumu sağlaması gerekmektedir. Penn Central Transportatin Co. v City of New York davasında⁵³ Mahkeme, kamulaştırma işleminin “hakkaniyete uygun ve adil” olması gerektiğine, bunun da kamunun işlem/eylemleri nedeniyle sebep olduğu ekonomik zararların tazmin edilmesiyle mümkün olabileceğine hükmetmiştir.⁵⁴ Yüksek Mahkeme, bu durumu “kamulaştırma nedeniyle malvarlığında eksilme olan kişinin kaybını adil bir karşılık ödemek suretiyle karşılamak” olarak ifade etmektedir.⁵⁵

Adil tazminatın gereklerinin, büyük oranda, hakkaniyete uygunluk ve eşitlik ilkelerine dayandığı kabul edilmektedir. Bu nedenle de adil tazminat kavramının, basit formüllere indirgenmesinin ya da bir kısım kurallarla sınırlandırılmasının uygun olmayacağı, olay bazlı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekteyse de olağan kamulaştırmalarda tazminatın nasıl hesaplanacağına dair usul ve esaslar 1974 tarihli Kamulaştırma Kanunu’nda belirlenmiştir. Kanun, kamulaştırma prosedürlerini, Anayasadaki adil tazminat hükmüyle de uyumlu olarak, basitleştirmeyi hedeflemiştir. Bu kanun esas itibarıyla kamulaştırma işlemlerinin nasıl yapılacağını gösteren bir rehber şeklinde görülmelidir.⁵⁶ Adil tazminatın ana unsurlarına hakim olan ilkeler, 1974 tarihli Kanun’un 10 uncu maddesinde belirlenmiştir. 1001 sayılı fıkra malikin kamulaştırma halinde tazminata hak kazanacağını düzenlemekte, 1002 sayılı fıkranın (a) bendi de temel kural olarak, tazminatın ölçüsünün taşınmazın pazar/piyasa değeri olduğunu belirtmektedir. *Mahkeme içtihatlarıyla bilahare bu kural geliştirilmiş ve tazminatın hesap-*

⁵² United States v. Miller 307 US174 (1943)

⁵³ 438 US 104(1978)

⁵⁴ Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, s. 181

⁵⁵ United States v. 564.54 Acres of Land, 441 US. 506, 511 (1979)

⁵⁶ Wilhelmina Jacoba (Elmien) du Plessis, s.182

lanmasında kesin bir kriter olmadığı, ancak pazar değerinin adil bir standart olabileceği sonucuna varılmıştır. Adil tazminat, kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma tarihindeki serbest piyasada müzakere sonucu alınıp satılmasında kararlaştırılabilecek olan fiyatı olarak kabul görmeye başlamıştır. Kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadar geçen dönem için ödenecek faiz de adil tazminatın unsurlarından biri olarak yerini almıştır.

Kamulaştırma bedeli olarak tespit edilecek değer konusunda Yüksek Mahkeme'nin görüşü de önem kazanmaktadır. Yüksek Mahkeme, "pazar değeri"ni bir uzlaşma olarak görmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre bu değer, sadece mülk sahibinin değil onun dışındaki bireylerin de tercihlerini yansıtmaktadır. Bu yönüyle adil pazar değeri kuralı, "göreceli olarak objektif bir kural" olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷

Yukarda aktarılan düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme içtihatlarının ortaya koyduğu sonuç, kamulaştırılan taşınmazın adil/gerçek karşılığının "pazar değeri" olduğudur.

4. Kamulaştırma Bedeli Olarak Pazar Değeri

Kamulaştırma bedeli konusunda AIHM uygulaması, Almanya ve ABD hukuku kapsamında yapılan inceleme sonucunda, taşınmaz bedelinin adil/gerçek karşılığının "pazar değeri" olarak tespit edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede yanıtı aranması gereken soru, pazar değerinin uluslararası alanda kabul edilen anlamı ve ilkeleri bulunmakta mıdır, varsa bu ilkeler hangi organ ve uzmanlar marifetiyle uygulanmaktadır?

a. Pazar Değerinin Uluslararası Kabul Gören Anlamı

Pazar değeri açıklanırken, değerlendirme faaliyetinin bir profesyonel meslek olarak yürütüldüğü ve farklı uluslararası organizasyonlar tarafından pazar değeri konusunda teorik ve pratik ölçütler geliştirildiği hususlarını vurgulamak gerekmektedir.⁵⁸ Uluslararası düzeyde taşınmaz değerlemesi alanında aktif faaliyet gösteren ve bu konuda stan-

⁵⁷ WYMAN, Katrina Miriam., "The Measure of Just Compensation", University of California, Davis (Vol.41:239) 2007. s. 254

⁵⁸ ÖZEL, Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.199

dartlar geliştiren üç önemli kuruluş bulunmaktadır. Bunlar TEGoVA, RICS ve UDSK 'dır.⁵⁹ Uluslararası alanda değerleme standartlarının geliştirilmesi faaliyetlerinde bulunan en bilinen kuruluş International Valuation Standards Council veya Türkçe ismiyle Uluslararası Değerleme Standartları Komitesi'dir. UDSK'nın amacı ve görevi, uluslararası alanda kabul gören değerleme standartlarını geliştirmek, bu standartları yayımlamak ve her tür mülkün değer tespit sürecine ilişkin usul kurallarını oluşturmaktır. UDSK'nın başka bir görevi de değişik ülkelerde uygulanan değerleme standartlarını birbirleri ile uyumlu hale getirmek ve gerekli görüldüğü takdirde değerleme alanında faaliyet gösteren organizasyonların birbirlerinden farklı değerleme standartlarını yayımlamaktır.⁶⁰ UDSK Değerleme Standartları, SPK tarafından yayınlanan bir tebliğ nedeniyle Türk Hukuku açısından da bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır.⁶¹ Dolayısıyla, SPK'nın tebliği ile iç hukukumuz açısından da uygulanması esas olan Uluslararası Değerleme Standartlarındaki pazar değeri tanımı ve anlamını esas almak gerekmektedir.

Uluslararası Değerleme Standartlarına göre pazar değeri şu şekilde tanımlanabilir:⁶² *"Bir mülkün uygun bir pazarlamanın ardından bir-birinden bağımsız istekli bir alıcıyla istekli bir satıcı arasında herhangi bir zorlama olmaksızın ve tarafların herhangi bir ilişkiden etkilenmeyeceği şartlar altında, bilgili, basiretli ve iyi niyetli bir şekilde hareket ettikleri bir anlaşma çerçevesinde değerleme tarihinde el değiştirmesi gereken tahmini tutardır."*⁶³

⁵⁹ Schäffler World Association of Valuation Organisations (WAVO) (Dünya Değerleme Organizasyonları Birliği) adıyla değerleme alanında faaliyet gösterecek olan yeni bir organizasyonun kuruluş sürecinden bahsetmektedir. SCHÄFFLER, Günter., World Association of Valuation Organisations (WAVO), DS 2004. s. 37.

⁶⁰ Barthel, Unternehmenswert: Die International Valuation Standards, DStR 2010, s. 2004. Bu konuda ayrıca bkz. Jung, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, Kommentierung der IFRS/IAS, Bohl / Riese / Schlüter (Hrsg.), § 6 Rn. 64, SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 110.

⁶¹ SPK tarafından 2006 yılında *Sermaye Piyasasında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ (Seri: VIII, No: 45)* adı altında bir tebliğ çıkarılmış ve Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. (06.03.2006 tarih ve 26100 sayılı Resmi Gazete)

⁶² Bu tanım RICS, TEGoVA ve Avrupa Birliği'nin pazar değeri tanımlarını önemli ölçüde etkilemiştir. Bu konuda bkz. RICS, Wertermittlungsstandards der RICS, s. 51 vd, TEGoVA, European Valuation Standards, s. 15, Dietrich, in: Ernst / Zinkahn / Bielenberg / Krautzberger, § 194, Rn. 23.

⁶³ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 56, 16.

Uluslararası değerlendirme standartlarına göre bir mülkün, bu arada bir taşınmazın pazar değerinden bahsedebilmek için çeşitli unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre bir taşınmazın pazar değeri belirlenirken öncelikle bu taşınmazın uygun bir pazarlama sürecinden geçtiği varsayımından hareket edilmelidir. Böyle bir pazarlama süreci, taşınmazın makul ölçüler çerçevesinde elde edilebilecek en iyi fiyat seviyesinden elden çıkarılmasını sağlamak üzere piyasaya en uygun şekilde sunulması anlamına gelmektedir. Pazar değerinden bahsedilebilmesi için, taşınmazın değerinin, uygun bir pazarlamanın ardından birbirinden bağımsız ve taşınmazı satın almaya istekli bir alıcı ile taşınmazı elden çıkarmaya istekli bir satıcı arasında yapıldığı varsayılan bir sözleşme çerçevesinde elde edilmesi gereken değere eşit olması gerekmektedir. Yani muhtemel bir sözleşmenin taraflarının satım işlemini gerçekleştirmek için yeterli motivasyona sahip oldukları, bu işlem için gönülsüz ve baskı altında olmadıkları ifade edilmek istenmektedir. Pazar değeri kavramında yer alan diğer bir unsur ise, muhtemel bir sözleşmenin taraflarının herhangi bir ilişkiden etkilenmeyeceğinin varsayılmasıdır. Buna göre yapıldığı veya yapılacağı varsayılan bir satım sözleşmesinin taraflarının sözleşme dışında yer alan herhangi bir ilişkiden etkilenmedikleri kabul edilmektedir. Yani alıcı ve satıcı arasındaki satım sözleşmesini olumlu veya olumsuz yönde etkileyecek bir ilişkinin olmadığı varsayımından hareket edilmelidir.⁶⁴

Uluslararası değerlendirme standartlarında tarif edilen pazar değeri kavramında yer alan diğer bir unsur, aralarında satım sözleşmesi yapıldığı veya yapılacağı varsayılan kişilerin bilgili, basiretli ve iyi niyetli bir şekilde hareket ettikleri olgusundan hareket edilmesidir. Yani alıcı ve satıcının taşınmazın özellikleri, niteliği, fiili ve potansiyel kullanım alanları ve değerlendirme tarihi itibarıyla piyasanın durumu hakkında makul ölçüler dahilinde bilgilendirildiği varsayılmaktadır. Ayrıca tarafların her birinin bu bilgilerle birlikte kendi çıkarları doğrultusunda en iyi fiyatı elde etmek amacıyla ve o an için var olan en iyi pazar bilgilerine göre hareket ettikleri varsayılmaktadır. Pazar değeri tanımında yer alan değerlendirme tarihi, pazar değerinin belirtilen tarihe özgü olduğunu göstermektedir. Piyasalar ve piyasa koşulları değişebildiğinden pazar değeri zamana göre değişiklik arz edebilmektedir. Bu nedenle bir ta-

⁶⁴ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 57 vd.

şınmazın pazar değeri, o taşınmazın geçmiş veya gelecekteki değerini değil, değerlendirme anındaki fiili pazar durumunu yansıtacaktır.⁶⁵

Pazar değeri bir taşınmazın önceden belirlenmiş bir değerini veya fiili satış fiyatını değil, tahmini ve varsayımsal bir tutarı ifade etmektedir. Bu husus pazar değeri tanımında yer alan, pazar değerinin taşınmazın el değiştirmesi gereken tahmini tutar olduğu ifadesi ile dile getirilmiştir. Yine aynı tanımda ifade edildiği gibi pazar değeri tahmini bir tutardan ibarettir. Burada tutar ile bir taşınmaz için ödenecek olan para cinsinden ifade edilen fiyat kastedilmektedir. Pazar değeri değerlendirme tarihinde piyasada makul ölçülerde elde edilebilir en olası fiyat olarak kabul edilir. Bu fiyat satıcı tarafından makul ölçüler çerçevesinde elde edilebilecek en iyi fiyattır ve aynı zamanda alıcının da makul ölçüler çerçevesinde ödeyebileceği en avantajlı fiyattır. Tahmini tutar belirlenirken özel değer veya tipik olmayan, özel durumlar veya şartlar nedeniyle artan veya azalan fiyatlar dikkate alınmamaktadır.⁶⁶

b. Pazar Değerinin Tespitinde Temel Amaç olarak En Verimli ve En İyi Kullanım

Taşınmazlar üzerlerindeki tesislerden farklı olarak kalıcıdır ve özgün bir öneme sahiptirler. Taşınmazların kendine özgü özellikleri onların en uygun yararlılığını belirler. Taşınmazların kullanım şekilleri ve onların üzerlerinde yer alan tesisler taşınmazların değerini olumlu veya olumsuz yönde etkiler. İşte bir taşınmazın pazar değeri tespit edilirken bu hususlar da dikkate alınmalı ve mülkün en verimli ve en iyi kullanımı veya en olası kullanımı belirlenmelidir. En verimli ve en iyi kullanım pazar değerine dayalı değerlemelerin temel ve ayrılmaz bir parçası olup, taşınmazın değerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli etkidir. Bu nedenle taşınmaz değerlemelerinde öncelikle taşınmazın en verimli ve en iyi kullanımı veya en olası kullanımı tespit edilmeli, buna göre taşınmazın pazar değeri takdir edilmelidir.⁶⁷ Zira bir taşınmazın pazar değeri her zaman

⁶⁵ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 57 vd.

⁶⁶ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 56.

⁶⁷ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17, 52, 124.

o taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım türüne göre belirlenir.⁶⁸ *En verimli ve en iyi kullanım bir taşınmazın mevcut kullanımının devamı niteliğinde olabileceği gibi bir başka alternatif kullanım türü de olabilir.*⁶⁹ En verimli ve en iyi kullanım belirlenirken mevcut piyasa koşullarında mümkün olan optimum kullanımı ortaya koyacak ve tamamen gerçekçi olacak şekilde hareket edilmelidir.⁷⁰

En verimli ve en iyi kullanım kavramı, her ne kadar iki veya daha fazla sayıda taşınmaz arasında benzerlikler bulunsa dahi, bu taşınmazlar arasında taşınmazların kullanım şekilleri açısından önemli farklılıklarının olabileceği düşüncesine dayanmaktadır.⁷¹ Bir taşınmazın en verimli ve en iyi kullanımı o taşınmazın fiziksel açıdan mümkün olan, yasal veya yasal açıdan izin verilebilir, finansal açıdan gerçekleştirilebilir ve değerlemesi yapılan mülkün en verimli ve en yüksek değere sahip olmasını sağlayan en makul ve olası kullanımıdır.⁷² Bu nedenle bir taşınmaz değerlemesi yapılırken değerlendirme uzmanı o taşınmazın olası kullanım şekillerini de tespit edecektir. Ancak fiziksel ve finansal açıdan gerçekleştirilmesi mümkün olmayan, yasal olmayan veya yasal açıdan izin verilmesi ihtimal dahilinde bulunmayan kullanım en verimli ve en iyi kullanım olarak kabul edilemeyecektir. Bu bakımdan taşınmazın en verimli ve en iyi kullanımı esas alınarak değerlendirme yapılırken, değerlendirme uzmanı bu kullanım şeklinin belirtilen açılardan mümkün olup olmadığını da değerlendirmek durumundadır. *Taşınmazın fiziksel, yasal ve finansal açılardan mümkün olan kullanım türlerinden hangisi o taşınmazı en yüksek değere ulaştırıyorsa, en verimli ve en iyi kullanım da işte o kullanım türü olacaktır.* Taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım şekli belirlenirken taşınmazın mevcut durumu ve bu durumda yapılabilecek rehabilitasyon ve yenilemeler de değerlendirme uzmanı tarafından göz önünde bulundurulur.⁷³

⁶⁸ Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 194, Rn. 23a.

⁶⁹ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 55.

⁷⁰ Güngör, Gayrimenkul Değerlemesi ve Türkiye’de Sermaye Piyasalarında Gayrimenkul Ekspertiz Şirketlerine Yönelik Düzenlemeler Yapılmasına İlişkin Öneriler, s. 19.

⁷¹ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 117.

⁷² SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17, 58, 111, 117 ve 262. Bu tanım TEGoVA tarafından da benimsenmiştir: TEGoVA, European Valuation Standards, s. 22, 92.

⁷³ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17.

c. Pazar Değerini Tespit Edecek Olan Organ veya Uzmanın Nitelikleri

Değerleme faaliyetine ilişkin organlar öngören 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Yasası çeşitli değer tespit komisyonlarının oluşumunu öngörmüştür. Bu yasalarda öngörülen komisyonların mutlaka değerleme uzmanlarından oluşması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan düzenlemeyle, Değerleme Uzmanı bulunan yerleşim yerlerinde bilirkişi kurullarının değerleme uzmanlarından oluşması zorunluluğu getirilmiştir.⁷⁴ Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Değerleme Hizmeti Verecek Şirketlere ve Bu Şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, Türkiye'de değerlemeyi bir meslek olarak gören ve değerleme uzmanlarının niteliklerini belirleyen ilk düzenlemedir.⁷⁵

Gayrimenkul Değerleme Şirketi, "bir gayrimenkulün, gayrimenkul projesinin veya bir gayrimenkule bağlı hak ve faydaların belli bir tarihteki muhtemel değerinin bağımsız ve tarafsız olarak, bu değeri etkileyen gayrimenkulün niteliği, piyasa ve çevre koşullarını analiz ederek uluslararası alanda kabul görmüş değerleme standartları çerçevesinde yazılı olarak raporlayabilecek düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi değerleme uzmanları vasıtasıyla takdir edilmesi konusunda faaliyet gösteren ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda ekspertiz kurumu olarak ifade edilen hizmet şirketi" olarak tanımlanmıştır.⁷⁶ Gayrimenkul Değerleme Şirketlerinin, Anonim Şirket olmaları, esas sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olması, ödenmiş sermayelerini temsil eden hisse senetlerinin tamamının nakit karşılığı çıkarılmış olması, hisse senetlerinin tamamının isme yazılı olması, ödenmiş sermayesinin en az % 75'inin en az iki sorumlu de-

⁷⁴ 6.5.2012 tarihinde, 6306 Sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 2942 sayılı Kanunun 15 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

"Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerleme kuruluşlarının isim ve adreslerini belirten listeler, her yıl ocak ayı içinde, ikinci fıkradaki mahkemelere bildirilmek üzere Sermaye Piyasası Kurulunca valiliklere gönderilir. Yeterli sayıda değerleme uzmanı bulunan yerlerde, 10 uncu maddede öngörülen değer tespitleri, bilirkişi sıfatıyla öncelikle Sermaye Piyasası Kurulundan lisanslı değerleme uzmanlarına, taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış olan uzmanlara yaptırılır."

⁷⁵ Seri VIII, 35 Nolu Tebliğ (12.08.2001 tarih ve R.G.24491)

⁷⁶ Seri VIII, 35 Nolu Tebliğ, Madde 3

ğerleme uzmanına ait olması, sorumlu değerleme uzmanları ile birlikte en az beş adet değerleme uzmanını istihdam etmesi, faaliyetlerini sürdürebilmek için yeterli mekan, personel ve donanımına sahip olma niteliklerinin olması gerekmektedir.⁷⁷

Değerleme uzmanı; bir gayrimenkulün, gayrimenkul projesinin veya bir gayrimenkule bağlı hak ve faydaların değerlemesini yapacak, gayrimenkul değerleme şirketleri tarafından istihdam edilen, şirketin faaliyet konusunu yakından ilgilendiren inşaat mühendisliği, harita ve kadastro mühendisliği, işletme, ekonomi, mimarlık ve şehir ve bölge planlaması gibi alanlarda asgari 4 yıllık üniversite mezunu ve gayrimenkul değerlemesi alanında en az 3 yıl tecrübesi olan ve SPK'nun lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kendilerine Değerleme Uzmanlığı Lisansı verilen kişiler şeklinde tanımlanmıştır.

Türkiye’de, Değerleme Uzmanı lisansı alınması için SPK tarafından yapılan sınavda başarılı olunması koşulu bulunmaktadır. UDSK tarafından tanınan bu lisansı alan uzmanların değerleme yetkisi uluslararası alanda kabul edilmektedir. Değerleme uzmanının nitelikleri hakkında bazı bilgiler verilmesi uygun olacaktır. Değerleme uzmanının akademik koşulları yukarda sayılmakla birlikte dürüstlük, gizlilik ilkesine uygun davranma ve tarafsızlık niteliklerine de sahip olması yönünde mesleki kurallar öngörülmüştür.⁷⁸ Değerleme uzmanının görevini mutlak bir bağımsızlık ve objektiflik içinde yerine getirmesi, ayrıca önceden belirlenmiş fikirleri ve sonuçları içeren bir görevi kabul etmemesi gerekmektedir.⁷⁹

Kamulaştırma bedelini tespit eden bilirkişinin lisanslı değerleme uzmanı olmasının, uluslararası değerleme standartlarına uygun bir bedelin tespit edilmesini sağlama fonksiyonu bulunmaktadır. Ekonomi, matematik, imar mevzuatı ve UDSK ilkeleri konusunda belirli bir eğitim ve donanımı gerektiren değerleme faaliyetinin özel uzmanlığı olmayan mühendislik alanındakilere yaptırılması pazar değerine ula-

⁷⁷ Ahmet AÇLAR/Hülya DEMİR/Volkan ÇAĞDAŞ, “Taşınmaz Değerleme Uzmanlığı ve Jeodezi-Fotogrametri(Harita) Mühendisliği” HKM Jeodezi, Jeoinformatik ve Arazi Yönetimi Dergisi www.hkmo.org.tr 2002/1 s.4(Erişim Tarihi: 28.08.2011)

⁷⁸ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 19, 20, TDUB TUGDES Taslak Çalışması s.6-7

⁷⁹ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 20(4.4.1-4.4.2)

şılmasını engelleyen sonuçlar doğurabilmektedir. Bu çerçevede Türk Kamulaştırma Hukukundaki uygulamanın kısaca değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

IV. TÜRK KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDAKİ UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamulaştırma işleminin satın alma süreci sonunda uzlaşmayla sonuçlanmaması halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10uncu maddesi gereğince, idare tarafından "kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili" davası açılır. Bu dava esas itibarıyla, kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığının tespit edildiği yargısal süreçtir. Bu süreç, kamulaştırmaya konu taşınmaz malikine taşınmazının gerçek karşılığının yani pazar değerinin ödenmesi ile sonuçlanmalıdır.

1. Kamulaştırma Bedelini Tespit Eden Organların Değerlendirilmesi

Pazar değerinin kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığı olduğu tespit edildikten sonra, pazar değerinin öncelikle hangi uzmanlarca tespit edilmesi gerektiği ve uygulamadaki durumun nasıl olduğu üzerinde durulmalıdır. Yukarda izah edildiği üzere, uluslararası standartlara ve ilkelere uygun bir değerlendirme yapılabilmesi için Lisanslı Değerleme Uzmanlarınca bu teknik sürecin yürütülmesi esas olmalıdır. Türk Kamulaştırma Hukukunda, idari bedel tespit sürecinde (satın alma süreci), değerlendirme faaliyetini yürütenlerin "mühendis" olması koşulu bile bulunmamaktadır. (2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8 inci maddesi) Bunun sonucunda tespit edilen kamulaştırma bedellerinin taşınmazların pazar değeri olduğunu söyleyebilmek olanaksız hale gelmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15inci maddesi gereği oluşturulan bilirkişi kurulları konusunda yakın tarihli bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, değerlendirme uzmanı bulunan yerleşim yerlerinde bilirkişi kurullarının SPK lisanslı değerlendirme uzmanlarından oluşması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme sorunları çözebilmiş değildir.⁸⁰

⁸⁰ 6.5.2012 tarihinde, 6306 Sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 2942 sayılı Kanunun 15 inci maddesine, bilirkişi kurulunun gayrimenkul değerlendirme uzmanlarından seçi-

Gayrimenkul değerlendirme uzmanı bulunmayan yerleşim yerlerinde, değerlendirme faaliyeti SPK lisansı olmayan mühendisler marifetiyle yürütülmektedir. Kaldı ki, aşağıda da izah edileceği üzere gayrimenkul değerlendirme uzmanlarının uygulaması gereken uluslararası kabul görmüş ölçütler ve ilkeler yerine, Kamulaştırma Kanunu'nun 11inci maddesindeki hükümler ve Yargıtay'ın geliştirdiği ölçütler arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. SPK lisanslı değerlendirme uzmanının uyum sorunu nedeniyle değerlendirmede zorluklarla karşılaşması muhtemeldir. Değerleme konusunda mevzuatın entegrasyonu sağlanabilmiş değildir.

2. Kamulaştırma Kanunu'nun Değerleme İlkelerinin Değerlendirilmesi

UDSK standartları ve ilkeleri ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11inci maddesindeki değerlendirme ilkeleri arasında derin farklılıklar bulunmaktadır. Kamulaştırma bedelinin lisanslı değerlendirme uzmanı tarafından belirlenmesi halinde dahi, uzmanın uygulayacağı mevzuatın sınırları nedeniyle "pazar değeri"nin tespiti güçleşecektir. Herşeyden önce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun değerlemeye ilişkin direktifleri Uluslararası değerlendirme standartlarına aykırılık taşımaktadır. Bu sorunun mevzuatta yapılacak olan düzenlemeyle aşılması gerekmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesinde yer alan değerlendirme ölçütlerinden bazılarının UDSK standartları ve ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Kamulaştırılan arazinin "olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek" net gelirinin tespitine yönelik sınırlama, Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesinde yer almakta ve arazi maliklerinin gerçek karşılık hakkına ulaşmasını engelleyen bir nitelik taşımaktadır. Bu ölçüt, gerçek karşılık ilkesi açısından en önemli yasal sınırlamalardan biridir. Bu esas uyarınca, kamulaştırılan arazinin değeri, arazinin kamulaştırma tarihinde mevcut kullanım biçimine göre tespit edilecektir. Yargıtay, "arazinin olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri" ölçütünü oldukça kapsamlı bir sınırlama ölçütü olarak kullanmaktadır. Bağ olarak kullanılan bir arazide "yaş üzüm" olarak

değerleme yapılması gerektiğinden bahisle, “kuru üzüm” olarak **değerleme yapılması** bozma gerekçesi yapılmıştır.⁸¹ Bir başka kararında zeytin ağaçlarının bulunduğu bir arazide, zeytin olarak hesaplama yapılması gerektiği gerekçesiyle, zeytinyağı olarak hesaplama yapılmasını bozma nedeni saymıştır.⁸² Ayrıca, Yargıtay başka bir kararında, arazinin mevcut hali itibarıyla çakıllı olması durumunda, ıslah edilmesine yönelik masraflar düşülerek ulaşılan değerın yasaya aykırı olacağına hükmetmiştir.⁸³ Arazinin tarıma elverişli hale gelmesi için masraf yapılmasının, olduğu gibi kullanılma kriterine aykırı olduğu ve çakıllı olan bir taşınmazın bir değer taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır

Yargıtay, bazı kararlarında, arazinin “olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net gelirine” ulaşan bilirkişi raporlarına dayalı mahkeme kararlarını da denetime konu etmektedir. Örneğin “kültür tatlı su balığı” yetiştirilen bir taşınmazın kamulaştırılması üzerine, balığın arazinin doğrudan ürünü olmadığı gerekçesiyle, taşınmazda tarım yapılmamasına rağmen, zeminin tarla olarak değerlendirilmesi yönünde bozma kararı vermiştir.⁸⁴ Bu kararıyla zemini balık yetiştirme çiftliği olan yerin tarla olarak değerlendirilmesi yönünde direktif vererek, “olduğu gibi kullanılma” ölçütüyle çelişen bir karar verilmiştir. Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalara göre taşınmazın kum ya da çakıl ocağı olarak nitelenebilmesi ve değerlendirilebilmesi için işletme ruhsatının olması gerektiğine dair içtihatları da dikkat çekicidir. Yargıtay kararlarında işletme ruhsatı olmayan kumluk ve çakıllık arazilerin, tarım arazisi olarak değerlendirilmesi yönünde direktif verilmektedir.⁸⁵ Bu kararlarda, taşınmazın olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net gelirin tespit edilmesiyle çelişen bir uygulamaya yol açıldığı açıktır.

Arazi niteliğinde sayılan ve şehrin genişleme yönünde yer alan bir kısım taşınmazların, tarla olarak kullanılmamasına rağmen, tarla olarak değerlendirilmesi sonucunda malik aleyhine değerlere ulaşılabilir. Mülkiyet hakkının kamulaştırma sürecindeki koruma alanı olarak nitelediğimiz “gerçek karşılık” ilkesinin, 2942 sayılı Kamulaş-

⁸¹ YARGITAY 18.HD. E.2002/11735, K.2003/99., T.20.1.2003

⁸² YARGITAY 18..HD., E.2003//2006, K.2003/2292 ve T. 25.3.2003

⁸³ YARGITAY 18.HD. E. 1994/16014.K. 1995/496 ve T. 23.1.1995

⁸⁴ YARGITAY 18. HD. E.1998/11011, K. 1998/12863 ve 19.11.1998

⁸⁵ YARGITAY 18.HD. E. 1993/11683. K. 1994/286 ve T. 20.1.1994 ile YARGITAY 18.HD. E.1992/9643. K.1992/10123 ve T.23.10.1992

tırma Kanunu metninde kavram olarak yer almadığına değinilmişti. Kamulaştırma süreci sonucunda, malike ödenmesi amaçlanan gerçek karşılığın belirlendiği yasal esaslar bu açıdan önem kazanmaktadır.

Yasal ilkelerin uygulamaya yansıma biçimi Yargıtay kararları ile gözlemlendiğinden bazı örnek kararların incelenmesi gerekmiştir. Bu kararlarda, yasal direktiflerin mülkiyet hakkını koruma yönünde yorumlanmadığı ve malik aleyhine yorumlandığı görülmektedir. Özellikle taşınmazın gerçek karşılığı olan pazar değerine ulaştıran “*taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım biçimi*” ölçütü⁸⁶ ile “*taşınmazın olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net geliri*” kriteri çelişmektedir. Türk Kamulaştırma Hukuku ve uygulamasında, taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım biçimini esas alan değerlendirme yöntemi uygulanmadığı gibi, değer arttırıcı niteliği olan bazı taşınmazların olduğu gibi kullanılması kriteri de uygulanmayabilmektedir.

V. SONUÇ VE ÖNERİLER

Mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamında birçok ekonomik ve sosyal hakkın yer aldığı belirtilmelidir. Bu ekonomik haklardan biri olan ve “gerçek karşılık hakkı” olarak nitelediğimiz bireysel hakkın karşılaştırmalı hukuk esas alınmak kaydıyla hukuksal çerçevesinin belirlenmesine çalışılmıştır. Kamulaştırma işleminin aynı zamanda bir değerlendirme faaliyeti olduğu vurgusu yapılarak, gerçek karşılık ve değer ilişkisinin malik açısından oluşturduğu güvencenin tespiti yapılmıştır. Gerçek karşılık hakkının en önemli güvencesinin, taşınmazı kamulaştırılan malike taşınmazının “pazar değeri”nin ödenmesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda pazar değerini tespit edecek olan uzmanların niteliği önem arz etmektedir. Türk Kamulaştırma Hukukunda, değerlendirme faaliyetini yürüten organların kısa bir değerlendirmesi yapılmış ve gerekli yetkinliğe sahip olmayanlarca yürütülen bedel tespit sürecinin malik aleyhine sonuçlar doğurduğu gözlenmiştir. Kamulaştırmanın idari bedel tespit süreci ile adli yargı sürecinde görevlendirilenlerin, SPK lisanslı gayrimenkul değerlendirme uzmanlarından oluşması gerekmektedir. Bunun sonucunda, değerlendirme faaliyetinin Uluslararası değerlendirme standartlarına uygun yürütülmesi sağlanabile-

⁸⁶ SPK, Uluslararası Değerleme Standartları, s. 17, 52, 124

cektir. Yargıtay'ın bilirkişi kurullarına yönelttiği yasal dayanağı olmayan ve talimat niteliğindeki direktiflerinin önlenmesi değerlendirme faaliyetinin yetkin uzmanlarca yürütülmesi halinde mümkün olabilecektir. Yargıtay'ın hukuki değerlendirmeye sınırlı denetimi dışında, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği (TDUB)un oluşturacağı bir üst kurul tarafından değerlendirme raporlarının denetlenmesi sağlanabilecektir.

Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesindeki değerlendirme ölçütlerinin, UDSK standartlarına ve değerlendirme ilkelerine uyumlu olmadığı gözlenmiştir. Bu kapsamda, SPK lisanslı değerlendirme uzmanlarının uygulaması gereken ilkeler arasındaki mevzuattan kaynaklanan çelişkilerin giderilmesi gerekmektedir. Yukarda örnek olarak incelenen "taşınmazın olduğu gibi kullanılması halinde elde edilecek net gelirin tespiti" ölçütünün, UDSK'nın pazar değeri kriteri olarak belirlediği "taşınmazın en verimli ve en iyi kullanım biçimine göre değerinin belirlenmesi" kriteriyle bağdaşmadığı açıktır. Ayrıca, Kamulaştırma Kanunu'nun 11.inci maddesinde belirlenen, taşınmaza ilişkin "ilerisi için düşünülen kullanım biçiminin neden olacağı karın dikkate alınmayacağına" ilişkin hüküm Yargıtay tarafından geniş yorumlanmakta ve pazar değerinin tespitini güçleştirmektedir.⁸⁷

Taşınmaz değerlemesi konusunda farklı yasal düzenlemeler arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi ve belirlenen yasal ölçütlerin UDSK standartlarına uygun olması elzemdir. Kamulaştırma Kanunu'nun 11inci maddesi farklı mülklerin değerlemesinde kullanılan tek düzenlemedir. Bu madde farklı türlerdeki mülklerin değerlemesinde yetersiz kalmaktadır. Arsa, tarım arazisi, yapı, fabrika ve diğer ticari tesislerin değerlemesinde uygulanacak ilke, yöntem ve ölçütleri ayrıntılı olarak düzenleyecek bir "Değerleme Kanunu" olmalıdır. Bu kanuni düzenlemenin bankacılık, vergi ve kamulaştırma değer tespitlerinin tamamında uygulanacak bir kapsamda olması, denetim ve uygulama birliğini sağlayacaktır. Teknik ve bilimsel yöntemlerin uygulanmasını gerektiren "değerleme faaliyetine" ilişkin bir kanunun bulunmaması

⁸⁷ Yargıtay, örnek bir kararında; enerji nakil hattı geçirilmek suretiyle irtifak kamulaştırmasına konu olan taşınmazdaki inşaat alanının küçülmesi ve proje değişikliği nedeniyle oluşacak zararı, "ilerisi için düşünülen kullanım biçiminin neden olacağı kar" olarak nitelemiştir. (YARGITAY 5. HD, E.2005/3042 ve K.2005/6303 T.31.5.2005(KAZANCI HUKUK PROGRAMI CD) Benzer kararlar için Bkz. ÖZEL., Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma, s.301-305.

nedeniyle oluşan boşluk, Yargıtay'ca görev ve yetki alanında olmayan konularda "değerleme ölçütleri" geliştirilmek suretiyle doldurulmaktadır. Ne yazık ki, Yargıtay'ın geliştirdiği ölçütler, pazar değeri ilkelere aykırılıklar taşımaktadır. Yerel mahkemelere ve bilirkişi kurullarına yöneltilen talimat niteliğindeki Yargıtay kararlarının, bilimsel ve teknik açıdan değerlendirme uzmanını sınırladığı tespiti yapılabilir. Yargıtay kararlarıyla geliştirilen bu sınırlamaların maliklerin gerçek karşılık hakkına ölçülülük ilkesine aykırı şekilde müdahale edilmesi sonucunu doğurduğu gözlenmiştir.

KAYNAKLAR

- AÇLAR, Ahmet/DEMİR, Hülya/ÇAĞDAŞ, Çağdaş., «Taşınmaz Değerleme Uzmanlığı ve Jeodezi-Fotogrametri(Harita) Mühendisliği", HKM Jeodezi, Jeoinformatik ve Arazi Yönetimi Dergisi www.hkmo.org.tr 2002/1 s.4(Erişim Tarihi: 28.08.2011)
- ALGAN, Bülent., *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yay. Ankara, 2007.
- ALLEN, Tom., *The Autonomous Meaning of Possessions under the European Convention on Human Rights* (The Modern Studies in Property Right., v.2., Ed. Elizabeth Cooke., Oxford: Hart 2003)
- AUST, Manfred / PASTERNAK, Dieter., *Die Enteignungsentschädigung*, 5. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- AYDOĞDU, Emine., *Teşkilatı Esasiye'den Günümüze Anayasalar*, Palme Yayıncılık, Ankara 2005.
- BARTHEL, Carl W., *Unternehmenswert: Die International Valuation Standards*, DStR 2010, s. 2003 - 2007.
- CARSS, Frisk - Monica., *Mülkiyet Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001.
- DIETRICH, Hartmut., *Kommentierung zu § 194*, in: Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael, *Baugesetzbuch, Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, Stand: 1. April 2010.
- DİNÇ, Güney., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, TBB Yay. Ankara 2007.
- DU PLESSIS, Wilhelmina Jacoba (Elmien)., "Compensation for Expropriation Under the Constitution", Dissertation presented for the degree of Doctor of Law at Stellenbosch University, 2009 <http://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/1078> (Erişim: 13/12/2012)
- GEMALMAZ, Burak., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Birinci Basım, Beta Yay. İstanbul 2009.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Türhan Kitabevi Üçüncü Bası, Ankara 2002.
- GÜNDAY, Metin., *İdare Hukuku*, 10.Baskı İmaj Yayınları, Ankara 2011.
- GÜNGÖR, Eser., *Gayrimenkul Değerlemesi ve Türkiye'de Sermaye Piyasalarında Gayrimen-*

- kul Ekspertiz Şirketlerine Yönelik Düzenlemeler Yapılmasına İlişkin Öneriler*, Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999, Yayımlandığı internet adresi: <http://www.spk.gov.tr/ya-yingoster.aspx?yid=470&ct=f&action=displayfile&text=.pdf>
- JUNG, Hendrik, § 6. Als Finanzinvestition gehaltene Immobilien, in: Bohl, Werner / Riese, Joachim / Schlüter, Jörg (Hrsg.), Beck'sches IFRS-Handbuch, Kommentierung der IFRS/IAS, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009.
- KABOĞLU, İbrahim Özden., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitapevi, İstanbul 2002.
- KREBS, Walter, Baurecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht, De Gruyter Recht*, Berlin 2003.
- Meyer-Ladewig, Jens., *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006.
- ÖZEL, Sadullah, *Anayasal Mülkiyet Hakkı Açısından Kamulaştırma* (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2013.
- PAULIAT, Hélène., "Mülkiyet Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı Tebliği I*, TBB Yay., Ankara 2003.
- Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS), *Wertermittlungsstandarts der RICS, Deutsche Ausgabe*, Ausgabe 6, Stand: 1 Januar 2008, Esere şu adresten de ulaşılabilir: http://www.conca-gutachten.ch/fileadmin/pdf/RICS_red_book_deutsch.pdf (08.03.2011).
- SARI, H.Gürbüz., *A.İ.H.S. 1.Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, Beta Yay. İstanbul 2006.
- SCHÄFFLER, Günter., *World Association of Valuation Organisations (WAVO)*, DS 2004.
- Sermaye Piyasasında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ, Seri No:VIII, No:45.
- STOLKER, C.J.J.M, *In search of the importance of article 1 Protocol No 1 ECHR to Private Law*, Leiden University Press 2000.
- The European Group of Valuers' Associations (TEGoVA), <http://www.tegova.org/en/> (08.03.2011).
- The European Group of Valuers' Associations (TEGoVA): *European Valuation Standards, Sixth Edition*, Belgium, 2009: <http://www.tegova.org/en/p49ccff9f14ad1> (08.03.2011).
- TREANOR, William Michael., "The Origins and The Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment", 94 Yale L.J. 694-716 (1985)
- Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği(TDUB), "Türkiye Gayrimenkul Değerleme Standartları (TUGDES) Taslak Çalışması" http://www.tdub.org.tr/images/pdf/tugdes_taslak_metni.pdf (Erişim:09.03.2013)
- WYMAN, Katrina Miriam., "The Measure of Just Compensation", *University of California, Davis* (Vol.41:239) 2007.
- ZEVKLİLER, Aydın., "Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, AÜHF Yayınları, Ankara 1977.
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:EN:HTML> (Erişim:05.04.2013)
- <http://www.joinricsineurope.eu/> (Erişim:08.03.2013)