

# İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA MÜESSESESİ

Murat ŞEN\*

## GİRİŞ

Araştırmamızın konusunu "İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi" oluşturmaktadır. Bilindiği gibi kamulaştırma, kamu menfaatleri namına, takdir edilen bedeli peşin verilmek üzere, bir gayrimenkulün malikinin rızasına bakılmaksızın elinden alınması işlemidir. Kamulaştırma, devlete, kamu menfaatlerinin korunması ve kamu hizmetlerinin görülmesi için tanınmış yetkilerden ve gayrimenkul mülkiyeti üzerine konulmuş tahditlerden biridir<sup>1</sup>. Buna göre bu işlemle, mal sahibinin istekli olup olmamasına bakılmaksızın, özel mülkiyet içinde bulunan bir taşınmaz malın, kamu malları arasında yer alması sağlanır<sup>2</sup>.

İslâm ve Osmanlı Hukukuna göre, mülkiyet hakkının kamu hukuku takyitleri kapsamında incelenmesi mümkün olan kamulaştırmayı, mülkiyeti devreden cebri akitler başlığı altında ele almak da mümkündür.

Mülkiyeti devren iktisap yollarından biri, mülkiyeti devreden akitler, diğeri ise halefiyettir. Mülkiyeti devreden akitler, Mecelle'nin 1248. maddesindeki ifadesiyle, satım ve bağışlama gibi mülkiyeti bir malikten diğere nakleden akitlerdir. Mülkiyetin nakli için, söz konusu akde ait bütün şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunların başında da, karşılıklı rıza gelir. Zira, mülkiyeti nakleden öyle akitler vardır ki, bu akitlerde taraflardan birinin rızası ve hatta onun irade beyanı yoktur. Cebri akitler olarak da isimlendirilen bu istisnai muameleler, cebri icra, şüf'a ve istimlak (kamulaştırma) olmak üzere üç tanedir<sup>3</sup>.

Ayrıca, mülkiyet hakkının kamu ve özel hukuktan kaynaklanan bir takım takyitleri, başka bir ifadeyle sınırlamaları söz konusudur. Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalardan birisi de, kamulaştırma<sup>4</sup>.

Çalışmamızda, önce İslâm Hukuku kaynaklarında ve Osmanlı hukukunda kamulaştırma müessesesinin yerini belirleyecek, sonra da bu müessesenin nitelik ve unsurlarını tespit edeceğiz.

## § 1. Kamulaştırma Müessesesinin İslâm Hukuk Kaynaklarındaki Yeri

Bilindiği gibi, İslâm hukukunun kaynakları asli ve tali kaynaklar olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Asli kaynaklar, Kur'an, sünnet, icma ve kıyas; tali kaynaklar ise, istihsan, istishab, istislah (amme maslahatı), eski hukuk sistemleri, sahabelerin hukuki görüşleri, genel hukuk prensipleri ve örf-adet kurallarından ibarettir<sup>5</sup>.

\* Arş.Gör.Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuku Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı

1 Türk Hukuk Lügatı, 3.B., Ankara, s.171

2 Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, 2.B., Ankara 1987, s.173; Mukbil ÖZYÜREK, Kamulaştırma Hukuku, Nazari, Ameli ve Mukayeseli Etüt, Ankara 1948, s.18-20

3 Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.II, İstanbul 1990, s.277-278; Hayreddin KARAMAN, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C.I, İstanbul 1987, s.270-271.

4 CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.279-281

5 İslâm hukukunun asli ve tali kaynakları konusunda geniş bilgi için bkz.CİN/AKGÜNDÜZ, C.I, s.148-165; KARAMAN, Anahatlarıyla C.I, s.110-132; Ahmet AKGÜNDÜZ, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyanı, Diyarbakır 1986,41-56; Abdülkerim ZEYDAN, İslâm Hukukuna Giriş, Çev.Ali ŞAFAK, İstanbul 1985, s.277-326.

Kamulaştırma müessesesi hakkında Kur'an'da, doğrudan konuyla alakalı her hangi bir hüküm mevcut değildir. İslâm hukukunda kural olarak, özel mülkün her türlü ihlalin dışında olduğu ve bir dokunulmazlığa sahip bulunduğu kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Bu, mülkiyetin menşeinin Tanrı'da olduğu inancının bir sonucudur<sup>7</sup>. Başka bir ifadeyle, İslâm'da mülkiyetin menşeinin Tanrı'da olduğu inancı, mülkiyet hakkının mukaddes ve ihlal edilmezliği sonucunu doğurmuştur.

Kamulaştırma müessesesi hakkında, İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan Hz.Peygamber'in sünnetinde ise, konuyla ilgili bir kaç hüküm ve uygulamaya rastlanmaktadır. Hz.Peygamber'in kamulaştırma yaptığına dair ilk örnek, kamuya yararlı olacak tarzda bir koru oluşturmaktır. Hz.Peygamber, Medine'de Naki'denilen ve mer'a olmaya uygun bulunan bir yeri müslümanların atları otlasın diye devlet korusu haline getirmiştir<sup>8</sup>. Bundan başka, Hz.Peygamber, Medine'de ilk mescidin yapılması sırasında buna benzer bir yola da müracaat etmiştir. "Hz.Peygamber, ilk mescidi inşa edeceği zaman, mescidin yerine sahip olan Beni Neccâr'a haber gönderip onlara şöyle söylemiştir: "Şu bahçenize fiyat biçin". Onlar da, "hayır, Allah'a andolsun onun bedelini, senden değil, Allah'tan istiyoruz" demişlerdir. Bu arsada hurma ağaçları, müşriklere ait kabirler ve bazı yıkıntılar bulunmaktaydı. Hz.Peygamber, hurma ağaçlarının kesilmesini, müşrik kabirlerinin kaldırılmasını, harabelerin de düzlenip arazinin tesviyesini emretmiştir"<sup>9</sup>.

Yine bu hususta Hz.Peygamber'in kamulaştırmayı tecviz ettiğini gösteren şu hadis de delil olarak zikredilebilir: "Ashaptan Semüra bir Cündüb'ün, ensardan olan bir komşusunun bahçesinde hurma ağaçları vardı ve bu ağaç yüzünden Semüre ile bahçe sahibi arasında bir anlaşmazlık olduğunda, bahçe sahibi Hz.Peygamber'e şikayette bulunmuştur. Bahçe sahibinin şikayeti üzerine Hz.Peygamber, Semüre'ye:"Ya (ağaçları) satmasını, ya bir başka yerdeki ağaçla değiştirmesini, yahut da bahçe sahibine bağışlamasını" teklif etmiştir. Semüra, bunları kabul etmeyince, Hz.Peygamber bahçe sahibine "git ağaçları sök" demiştir"<sup>10</sup>. Bu hadiste görüldüğü üzere, komşunun rahatsız olması mülkiyet konusu ağaçların satılması veya sökülmesine sebep teşkil etmektedir. Buradan hareketle müctehidler, amme ihtiyacı ve bunun giderilmemesi halinde, ammenin zarar görmemesi için kamulaştırma yoluna müracaat edilebileceğini belirtmişlerdir<sup>11</sup>.

Görüldüğü üzere Hz.Peygamber, kamu menfaati için gerekli olan bir durumda, şahıslara ait özel mülkün önce rıza ile satın alınmasını belirtmiş bulunmaktadır. Bunun söz konusu olamaması durumunda, rayiç bedelinin verilmesi suretiyle cebren de olsa satın alınabileceği, başka bir ifadeyle kamulaştırılabileceği belirtilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, kamulaştırma, İslâm hukukuna göre, mülkiyetin cebri temellük yollarından biridir. Diğer bir ifadeyle, istemediği halde bir kimsenin mülküne el koyma, malının mülkiyetini başkasına geçirme, cebri icra, şüf'a ve istimlâk olmak üzere üç yoldan gerçekleşmektedir<sup>12</sup>.

6 Halil CİN, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s.10, CİN'in belirttiğine göre, "İslâm hukukunda ferdi mülkiyet dünyanın hiç bir mevzuatında görülmeyen bir dokunulmazlığa sahiptir. Hatta bu durum, ferdi hakların kuvvetli bir tarzda himaye edildiği ve zaman zaman amme menfaatine üstün tutulduğu İngiltere'de bile yoktur." CİN, s.10, Osman Nuri ERGİN, İslâm'da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlak Meselesi, Adalet Dergisi, Yıl 40, s.12, 1949, s.1747-1749. Ergin'in kaydettiğine göre, "İslâm şeriatı nazarında, bir adamın mülküne taarruz ve tecavüz, bir melikin yani hükümdarın memleketine tecavüzün ayıdır" Ergin, s.1749.

7 CİN, s.10.

8 Hayrettin KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, C.III, İstanbul 1991, s.84

9 İbrahim CANAN, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, C.15, Ankara 1992, s.320-321; Muhammed Abdülhay EL-KETTANI, Et-Terâtibü'l-İdâriyye, Hz.Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C.II, Çev.Ahmet Özel, İstanbul 1991, s.302.

10 CANAN, C.10, s.214-215

11 KARAMAN, Mukayeseli, s.85

12 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271

Hız Peygamber'in kamulaştırma yapmasına ve bu işlemi ayrıca sözle de tecviz etmesine rağmen, doktrinde bu müessesenin hukuka uygun olmadığını iddia eden görüşlere de rastlanmaktadır<sup>13</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Hız Peygamber'in sünnetinden başka bu müessese ile ilgili asıl örnekler, ilk halifeler döneminde görülmüştür<sup>14</sup>. Bunlardan ilki, halife Hız.Ömer dönemine aittir. Hız.Ömer, halifeliği zamanında, Rabze denilen bir mıntıkayı devlet korusu (mer'â himâsi) haline getirmiş, o mıntikanın sahiplerinin "ey müminlerin emiri, buralar bizim yurtlarımızdır, cahiliyye devrinde oraların uğruna savaştık, İslâm gelince de üzerinde müslüman olduk, ne hakla buraları koru yapıyorsun" diye itiraz etmeleri üzerine şu cevabı vermiştir: " Mal Allah'ın malıdır, kulları da Allah'ın kullarıdır. Allah'a yemin ederim ki, Allah yolunda (cihadda) kullandığımız hayvanlar olmasaydı, bir karış toprağı bile koru yapmazdım"<sup>15</sup>.

Yine Hız.Ömer, kendi döneminde Mescidi Haram'ı (Kâbe mescidini), insanlara dar geldiği ve etrafı da evlerle çevrili bulunduğu için kamulaştırma yoluyla genişletmiş<sup>16</sup>, ev sahiplerinden bir kısmını pazarlıkla razı etmiş, razı olmayanların evlerini ise cebren almış ve bedellerini, sahipleri istedikleri zaman alsınlar diye Kâbe hazinesine koymuştur<sup>17</sup>. Benzeri uygulamanın üçüncü halife Hız.Osman döneminde de yapıldığı görülmektedir<sup>18</sup>.

Bundan başka, Hız.Ömer, Medine'deki Mescidi Nebevî'yi de, Medine'nin nüfusunun hızla artması ve namaz kılanların hızla çoğalması üzerine mescidin yetersiz kalmasından dolayı, çevresindeki evleri kamulaştırarak genişletmiştir<sup>19</sup>.

İslâm hukuku açısından, Hız.Peygamber'in sünnetinden başka, "sahabenin hukuki görüşleri" ile "kamu yararı"<sup>20</sup> bir kaynak teşkil etmekte ve kamulaştırma müessesesi de İslâm hukuku kaynaklarındaki yerini böylelikle almış bulunmaktadır. Çünkü, sahabelerin ve özellikle ilk halifelerin hukuk alanındaki görüşleri veya görüşlerini yansıtan davranışlarının hukukun bir kaynağı olmasından ve bunların kamulaştırma müessesesine kamu yararı için gerektiği zaman müracaat etmesinden dolayı bu müessese hukuki dayanağını bulmuş olmaktadır. Hatta, Hız.Ömer ve Osman'ın hilafetleri döneminde menafi-i âmne (kamu yararı) için kamulaştırma yoluna gidilmesi ve bunun ashab tarafından da tasvib edilmiş olması, kamulaştırmanın meşruiyetinde icmâ'nın hasıl olduğunu da göstermektedir<sup>21</sup>. Bundan başka, büyük müctehitler tarafından kamulaştırmanın şartları ve hükümleri ile ilgili meselelerin ayrıntılarıyla açıklanması da, bu müessesenin İslâm hukukundaki yerini belirtmektedir<sup>22</sup>.

13 İslâm ve Osmanlı hukukunda Kamulaştırma Müessesesinin bulunmadığına dair görüş ve açıklamalar için bkz. ERGİN, s.1745-1763.

14 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.279-280; KARAMAN, mukayeseli, s.84; Hacı Reşit PAŞA, Ruh'ul Mecelle, C.VI, Kitab'uş Şirket Şerhi, İstanbul 1328, s.164; Servet ARMAĞAN, İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987, s.177.

15 İslâm hukuk doktrininde dört hukuk ekolüde (Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli), devlet başkanlarının, mücahidlerin atları, cizyeden elde edilen hayvanlar, zekattan gelen hayvanlar, bulunmuş hayvanlar vb. leri otlasın diye gerektiği kadar yeri istimlak edip (kamulaştırıp) koru haline getirilebileceği hükmünü benimsemişlerdir. M. Üneys İBRAHİM, El-Kuyûd Elletî Teridu Ale'l-Mülkiyye, Kahire, 1971, s.246 (KARAMAN, Mukayeseli, s.85, dn.43'den naklen).

16 Şibli NUMANİ, Bütün Yönleriyle Hız.Ömer ve Devlet İdaresi, Çev.Talip Yaşar Alp, 4.B., C.II., İstanbul 1986, s.193-194.

17 KARAMAN, Mukayeseli, s.85.

18 Hoca Emin Efendizâde Ali HAYDAR, Dürer'ul-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm, C.III, İstanbul 1330, s.490; Reşid PAŞA, s.164.

19 NUMANİ, s.194-195

20 Bu konudaki geniş bilgi için bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, C.I, s.156-160

21 Reşid PAŞA, s.164

22 Reşid PAŞA, s.164

İslâm hukukçuları, bu düşüncelerden hareketle zorunlu hallerde kamulaştırma yapılmasının İslâm hukukuna uygun olduğu yönünde bir görüşe ulaşmışlardır<sup>23</sup>.

## § 2. Kamulaştırma Müessesesinin Osmanlı Hukukundaki Yeri

### I-Genel Olarak

İslâm hukuku kaynaklarında kamulaştırma müessesesinin yerini böylece belirttikten sonra Osmanlı hukukundaki durumuna da değinmek gerekir.

Bilindiği gibi, Osmanlı devleti bir İslâm devletidir ve İslâm hukukunu bütün yönleriyle tatbik etmiştir<sup>24</sup>. Bu sebeple İslâm hukukundaki kamulaştırma müessesesi ile Tanzimata kadar yürürlükte kalmış ve klasik İslâm hukukunun uygulanmasından ibaret olan, Osmanlı hukukundaki kamulaştırma müessesesi arasında bir fark söz konusu değildir. Bu sebeple konuyu, Tanzimattan önce ve Tanzimattan sonra olmak üzere iki başlık altında incelemek gerekir.

### II- Tanzimattan Önceki Durum

Osmanlı Devletinin, kamulaştırma hususundaki ilk düzenlemesi, 4 Recep 1272/1855 tarihli Nizamname ise de, kamulaştırmaya ait bir madde tahsis eden ve Osmanlı Devletinin Medeni kanunu kabul edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye<sup>25</sup>, bundan daha fazla önemi haizdir. Çünkü Mecelle, yeni bir hukuk ortaya çıkarmış değil, sadece mevcut hukuku başka bir ifadeyle, uygulanmakta olan İslâm hukukunu kod haline getirmiş, tedvin etmiştir<sup>26</sup>. Mecelle, yüzlerce yıl önce İslâm hukukçuları tarafından ileri sürülmüş fikir ve kanaatlerden, zamanın ihtiyacına uygun olanlarını toplamakla yetinmiş ve yeni sayılabilen fikirler bulunmayan<sup>27</sup> bir kodifikasyondur.

Bu duruma göre, Mecelle'nin 1216 ncı maddesindeki kamulaştırma hakkındaki söz konusu sarih hüküm, kamulaştırmanın İslâm ve Osmanlı hukukunda bir müessese olarak varlığını göstermekte ve yine bu müessesenin, İslâm ve Osmanlı hukukuna Tanzimat ile birlikte girmiş olmadığını belirtmektedir.

Tanzimat döneminde çıkarılan 1272 tarihli nizamnameye ve Mecelle'nin 1216 ncı maddesinin vaz'ına gelinceye kadar, İslâm ve Osmanlı hukukunda, günümüzdeki gibi bütün hüküm ve işlemleriyle derli toplu bir kamulaştırma müessesesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce istimlak veya kamulaştırma tabiri bile, kamulaştırma konusundaki ilk yasal dayanak olan 1272 nizamnamesinden 22 sene sonra, 27 Ramazan 1294/23 Eylül 1293 (1877) tarihinde çıkarılan ve isimleri "Vilayet Belediye Kanunu" ile "Dersaadet Belediye Kanunu" olan kanunların 3. maddelerinde "menafi-i umumiye için istimlak" ifadesi ile hukukumuza girmiş bulunmaktadır<sup>28</sup>. Bundan sonra da 21 Cemaziyelevvel 1296/24 Teşrinisani 1295 tarihli Karamameyle, 4 Recep 1272

23 Ancak hicri 4. asırda bazı müctehitler, mülkiyetin kamulaştırılması için haksız tasarrufları sebebiyle karşı çıkmışlardır. Bkz. Abdulhamit MÜTEVELLİ, Mebadiu Nizam'ül-Hukm fi'l-İslâm, Kahire 1966, s.323-325 (Armağan, s.176, dn.25'den naklen).

24 CİN, s.9.

25 Sava PAŞA, İslâm hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, C.I, Çev.Baha Arıkan, Ankara 1955, s.17; M.Akif AYDIN, Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX'dan ayrı basım, İstanbul 1989, s.31.

26 Ebül'ulâ MARDİN, Mecelle Maddesi, İslâm Ansiplopedisi, C.VII, İstanbul 1993, s.433-436; Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2.B., Ankara 1953, s.50; Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimaz, C.I, İstanbul 1940, s.188-192

27 Mustafa Reşit BELGESAY, Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İHFD, C.XII, S.2-3, s.562. Mecelle hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ebül'ulâ MARDİN, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet PAŞA, İstanbul 1946

28 ÖZYÖRÜK, s.17

nizamnamesi ilga edilerek kamulaştırma müessesesi yeni baştan ve "Menafi-i umumiye için istimlak" adı altında düzenlenmiştir<sup>29</sup>.

Kamulaştırma hususundaki ilk yasal metne gelinceye kadar bu müessese, İslâm hukukunun genel kurallarından bazılarına dayanılarak uygulanagelmıştır. Hukuk tarihimizde, uzun zaman kamulaştırma müessesesine hukuki birer dayanak olmuş olan bu prensipleri belirtmek gerekir.

Bu prensipler, bir İslâm hukuku kodifikasyonu ve Osmanlı Medeni Kanunu olan Mecelle-i Ahkamı Adliyye'nin kavaid-i külliye kısmında veciz sözlerle ifade edilmiştir. Aynı kuralları, az çok değişik ifadelerle, bütün İslâm hukuku kitaplarında (fıkıh kitaplarında) bulmak mümkündür<sup>30</sup>.

İslâm hukukunda, kamulaştırmanın dayanakları olan kuralların başlıcaları Mecelle'nin 21.,22.,26.,27.,30.,58 ve 1216. maddelerinde belirtilmiştir.

Mecelle'nin 26. maddesi "zarar -ı âmmü def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur" hükmünü getirerek, etkisi umumi olacak bir zararı önlemek için, etkisi nisbi ve hususi bir zararın tercih edilebileceğini belirtmiştir. Bu maddede, umumi intizam ve menfaatin korunma ölçüsü belirlenmektedir<sup>31</sup>.

Mecelle'nin 58. maddesi, "Raiyye ya'ni teba'a üzerine tasarruf maslahata menuttur" hükmünü getirmiştir. Burada maslahat, fayda, yarar anlamına gelmektedir. Buna göre, teba'a üzerine âmirin tasarruf etmesi maslahata yani tasarruf etmesi maslahata yani tasarruf ve fiilinde faydanın bulunmasına bağlıdır<sup>32</sup>. Bu kuralın arapçadan tercemesinde, tasarrufu yapacak olan zikredilmediğine göre, tamim (umumileştirme) kastedilmiş ve böylece bu kural, kamu işlerini idare eden bütün memurlara hitap eder bir nitelik almıştır<sup>33</sup>. Devletin teba'a üzerindeki tasarrufları, bir yararın sağlanmasını gaye edinmelidir. Teba'a, geniş anlamda anlaşılmalıdır. Raiyye terimi, Devlet başkanı, Millet Meclisleri ve halkı temsil ve idare eden diğer bütün makamlar gibi otoritelere bağlı bulunan kişileri de içine alır. Bakanlık memurları bakan'ın, şehir halkı belediyenin, küçükleri kanuni mümessillerinin ... raiyyeleridir. Aralarındaki niza ve ihtilafların çözülmesi için mahkemeye müracaat edenler de, hakimin raiyyesi olurlar<sup>34</sup>.

Bu kuralın furuundan biri de, Mecelle'nin 1216 ncı maddesidir<sup>35</sup>. Söz konusu maddeye göre, kamu yararının gerektirdiği durumlarda bir kimsenin mülkü, devlet tarafından kıymeti ile alınıp yola ilhak olunabilir. Bu muamele, o kimse aleyhinde bir tasarruf ise de, umurun fayda ve iyiliğini hedef tuttuğundan caizdir<sup>36</sup>.

Mecelle'nin 21. maddesi de, "zaruretler memnû olan şeyleri mubah kılar" hükmünü getirerek, zaruret ve ihtiyacın sabit olması durumunda, memnû' (yasak) olan şeylerin mubah olacağını ve fâilinin sorumlu tutulmayacağını belirtmiştir<sup>37</sup>.

Mecelle'nin 22. maddesi ise, "zaruretler kendi miktarlarıncı takdir olunur" hükmünü getirerek, zaruret sebebiyle tecviz edilen şeyin ancak zarureti bertaraf edecek kadar yapılmasının hukuka uygun olacağını; yoksa zarureti bahane ederek zaruret miktarından fazlasını yapmanın tecviz edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>38</sup>.

29 ÖZYÖRÜK, s.17

30 MARDİN, Medeni Hukuk Cephesinden, s.179.

31 A.Refik GÜR, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 2.B, İstanbul 1977, s.142.

32 Ali HAYDAR, C.I, s.128.

33 Ali HAYDAR, C.I, s.128.

34 BELGESAY, s.586.

35 Hilmi ERGÜNEY, İzahlı ve Mukayeselei Mecelle Külli Kaideleri, İstanbul 1965, s.86.

36 Ali HAYDAR, C.I, s.129.

37 ERGÜNEY, s.42; GÜR, s.140.

38 Ali HAYDAR, C.I, s.79; ERGÜNEY, s.43; Mustafa BAKTİR, İslam Hukukunda Zaruret Hali, Ankara ty., s.253-254.

Mecelle'nin 27. maddesi, "zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur" hükmünü getirerek de, şiddeti ve tesir sahası geniş bir zararın, en hafif yani nisbi bir zararla önleneceğini belirtmiştir.

Mecelle'nin 30. maddesi ise, "Def'i mefâsid, celb-i menâfiden evladır" hükmü ile, herhangi bir şeyde, fesat ve zararlar menfaatin karşılaşması durumunda, menfaati elde etmeye bakmayıp zarar ve fesadın ortadan kaldırılmasına çalışılmasını belirtmektedir<sup>39</sup>. Başka bir ifade ile, mevcut zarardan korunma, ilerdeki kazançtan üstün tutulmalıdır.

Mecelle'nin 1216. maddesi ise doğrudan kamulaştırma ile ilgilidir. Söz konusu madde İslâm ve Osmanlı hukukuna göre kamulaştırmanın niteliği ve unsurları bölümünde ele alınacaktır.

### III- Tanzimattan Sonraki Durum

#### 1- Genel Olarak

Osmanlı Medeni kanunu olarak kabul edilen Mecelle'nin 1216. maddesi, kamulaştırmanın, İslâm ve Osmanlı hukuku esaslarına göre bir ifadesi olmakla beraber, bu alandaki ilk yasal metin değildir. Tanzimatla birlikte girilen hukuk reformunda, kamulaştırma ile ilgili olarak kanun, kararname ve nizamname çıkarılmıştır. Belirtmek gerekir ki, çıkarılan 1272/1855 tarihli nizamname ile batı hukukundan istifade edilerek hazırlanan 1295/1878 tarihli Menafi-i Umumiye için İstimlak Karamamesi, şer'î hükümlere aykırı hükümler ihtiva etmemektedir<sup>40</sup>.

#### 2- Kamulaştırmayla İlgili Mevzuat

Osmanlı devletinde Tanzimattan sonra çıkarılan gerek doğrudan doğruya gerekse dolayısıyla kamulaştırmayı ilgilendiren mevzuat şu şekilde sıralanabilir<sup>41</sup>.

##### a- 4 Recep 1272 (1855) Tarihli Nizamname

Kamulaştırmayı, modern ve müstakil bir müesseseye haline koyan ilk düzenleme, "Saltanat-ı Seniyyenin, Menafi-i Umumiyyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mübayaa Edeceği Arazi Ve Saire Hakkında 4 Recep 1272 (1855) Tarihli Nizamname"dir. Bu nizamnamede dikkati çeken nokta, "istimlak" kelimesine yer verilmemesidir. Bunun sebebi de, kamulaştırma müessesesinin evvelce müstakil bir mahiyeti haiz olmamasından ve sade ve, umumi nitelikte bazı fıkıh kurallarının kıyas yoluyla elde edilmiş bir fer'i bulunmasındandır. Buna "temellükü cebri" adı da verilmiştir<sup>42</sup>. Dolayısıyla, 1272 nizamnamesi, istimlak veya temellük'ü cebri tabirlerini kullanmaksızın kamulaştırma müessesesini düzenlemektedir.

Bu nizamnameye göre, "Menafi-i umuma şamil olan demiryol, cetvel ve emrar-ı enhar ve tevsi-i turuk ve tezyin ve tathir-i belde gibi şeyleri, Saltanat-ı Seniyye tanzim ve küşad eylediği halde, alınması icabedecek arazi ve tarla ve hane ve emlak-i saire, bend-i âfide maharrer usule tatbikan, kıymet-i layikasının itasıyla mübayaa olunacaktır<sup>43</sup>. Bu makule sahiplerinden işтира kılınacak arazi ve hane ve emlak-i saire, dersaadette şehir

39 ERGÜNEY, s.53; Ali HAYDAR, C.I, s.87.

40 CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.281.

41 ÖZYÖRÜK, s.62-65.

42 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271; Sulhi DÖNMEZER, İstimlak Hukuku, İÜHFD, C.VII, S.1, s.51; ÖZYÖRÜK, s.61.

43 Reşid PAŞA, s.164-165.

meclisi ve Ticaret Nezareti taraflarından ve taraf-ı hümayından birer kimse müvella<sup>44</sup> olarak memur ve tayin olunarak, anlar marifetiyle mesaha olunup mahal ve mevkice kıymet-i layıkası ne ise erbab-ı vukuftan ve bigaraz kimselerden tahkikiyle... bir mazbata yapıp cümlesi tarafından ve haber verenler canibinden temhir ve imza olunarak... ebniye meslisinden dahi zeyl ile tasdik olunup badehu Ticaret Nezareti tarafından bâ takrir, Bâb-ı Âli'ye takdim ile bâlasına buyruldu ve sahh-ı âli tasdir ve keşide olundukda iktizasî icra, yani pahası ita ile iskat-ı mülkiyeti suret-i ifa kılınacaktır"<sup>45</sup>.

Taşralardaki kamulaştırma için de, hemen hemen aynı usulle muamele yapılmakta ve kamu yararı kararı mahiyetinde karar da, gene Bâb-ı Âli tarafından verilmektedir<sup>46</sup>.

Bâb-ı Âli'den istihsal edilen bu karardan sonra "... lüzumlu olan arazi vesairenin kıymet-i lâıykasının itâsî ile, sahibi vermekte izhar-ı rıza etmezse, mademki bu şeyin menfaati umuma aittir ve pahası dahi kıymet-i layıkası olarak verilecektir, artık sahibinin adem-i rızasına bakılmayarak akçesi verilip alınacaktır. Bu suretle işira olunan emlakın bahası, sahiplerine kamilen teslim ve itâ olunmazdan evvel, ol mülkte ikametden veya intifadan men olunamayıp, akçesi kamilen eline girdiği vakit hukuk-u mülkiyeti iskat olunacaktır"<sup>47</sup>.

Mabetler kamulaştırılmaz, fakat bunlara ve tekke ve manastırlara ait arazi hakkında sözü edilen şekilde kamulaştırma yapılabilir. Vakıf dahilinde olan arazi ve emlakın kamulaştırılması halinde, bunların bağlı buldukları vakfa sağladıkları menfaat, devlet tarafından temin edilecektir.

Görüldüğü üzere bu nizamnamede, muamelatın herhangi bir safhasında, fertle idare arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözüm yeri gösterilmiştir<sup>48</sup>.

#### **b-Turuk ve Ebniye Nizamnamesi (7 Cemaziyelevvel 1280)**

Bu nizamnamenin birinci maddesiyle sokaklar derecelendirilerek genişlikleri tayin olunmakta ve ba'dema yapılacak inşaatın tabi olacağı hükümler tesbit edildikten sonra, üçüncü maddesiyle de, yolların genişletilmesi için kişilerden alınacak özel yerler mukabilinde hiçbir bedel ödenmeyeceği bildirilmektedir. Yalnız lüzumundan fazla olarak alınmış bulunan yerler için, bir heyet marifetiyle takdir edilecek bir bedel ödenecektir.

#### **c-Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi (18 Cemaziyelevvel 1285)**

Bu nizamnamenin üçüncü maddesi belediye idaresine terettüp eden vazifeleri saymakta, bu arada "... yolların tevsi ve tanzimine ... iskelelerin tanzim ve tevsiine... şehrin havayic-i zaruriyesinin... vaz'ı için her tarafa semt ve civar olan münasip mevkilerde meydanlar teşkiline..." de gayret edileceğini bildirmektedir. Menafi-i umumiye için ledel-hace alınacak emlakın tazminatı deavisine... de, Şehremaneti meclisi bakacak ve karar verecektir (m.11). Bu son hüküm, yalnız bedel üzerindeki uyuşmazlıklara inhisar etmekle beraber, kamulaştırmalardan doğacak herhangi bir anlaşmazlığın çözüm yerini ilk olarak belirlemiş bulunmaktadır.

44 Müvellâ, kelime anlamı olarak belirli bir dava veya ihtilafı hâl için veyahut hakem, birliki olmak üzere kadılar tarafından tayin edilen salahiyyetli kimsedir. Bir hukuk terimi olarak ise, bir kazada vaki' bazı muayyen davaları o kaza hakiminin görmesinde mahzur veya mani bulunduğu surette yalnız mezkûr davaları istima ve fasletmek üzere tayin olunan hakimdir anlamına gelir. Türk Hukuk Lûgatı, s.264

45 Aynı anlamda bkz. Reşid PAŞA, s.165

46 ÖZYÖRÜK, s.61

47 Reşid PAŞA, s.163

48 ÖZYÖRÜK, s.62

#### **d-Kanun-ı Esasi (7 Zilhicce 1293)**

Kamulaştırma, Osmanlı Devleti'nin 1876 tarihli Anayasasıyla<sup>49</sup>, ilk defa kişi hürriyeti bakımından ele alınmakta, sınır ve prensipleri belirtilmektedir. Kanun-ı Esasi 21. maddesinde bu müesseseyi, "Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafi-i umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer pahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz" diyerek düzenlenmiş bulunmaktadır.

#### **e-Dersaadet Belediye Kanunu ve Vilâyet Kanunu (23 Eylül 1293)**

İstimlak kelimesinin hukukumuzda ilk kez girdiği bu iki kanunun da 3. maddelerinde, "... tevs-i turuk ve sair menafi-i umumiye için istimlak..." denilerek belediyelerin yapmak durumunda buldukları umumi vazifeleri de sayılmıştır.

#### **f-Menafi-i Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi (24 Teşrin-i Sani 1295)**

Bu kararnamenin hükümleri, başlangıçta her türlü kamulaştırma işlerini içine almış ve 1272 nizamnamesini yürürlükten kaldırmıştır.

Kararname, Ahkâm-ı Umumiye (1-4 üncü maddeler) Kavâid-i İstimlakiye (5-20 nci maddeler), Hakem Encümeni (21-31 nci maddeler) ve Tediye-i Bedel (32-34 nci maddeler) olmak üzere dört fasıldan meydana gelmiş ve yakın zamana kadar kamulaştırma mevzuatını tanzim etmiş, yürürlükte kaldığı dönem için mükemmel bir düzenlemedir<sup>50</sup>.

#### **g-Ebniye Kanunu (24 Teşrin-i evvel 1298)**

Bu kanun, 8 ve 9 ncu maddeleriyle, sokakları sınıflandırarak genişliklerini tespit etmekte ve bu nispetlerden daha dar olanların da, icabı halinde, bedelsiz bir kamulaştırma ile alınacağı, ancak fazla alınan yerler için bedel verilebileceği prensibini koymuştur<sup>51</sup>.

#### **h-Ebniye Kanunu (11 Ağustos 1307)**

Bu kanun bir evvelki Ebniye Kanununu ilga ederek yürürlüğe girmiştir. Fakat kısa bir süre sonra 1298 tarihli Ebniye Kanunu tekrar konulmuştur.

#### **ı- İstanbul'da ve Vilâyatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallelerin Suret-i İstimlaki Hakkında Kanun-u Muvakkat (21 Kanun-i sani 1329)**

Bu kanun, istimlak kararnamesinin, belediye kamulaştırmalarına da olan şümülünü ortadan kaldırarak (m.17) hukuk tarihimizde ilk belediye kamulaştırma kanununu teşkil etmiştir.

<sup>49</sup> Hüseyin Nail KÜBALI, Kanun-ı Esasi, İslâm Ansiplopedisi, C.VI, İstanbul 1993, s.168; Orhan ALDİKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.B.,1982, s.56

<sup>50</sup> ÖZYÖRÜK, s.64.

<sup>51</sup> Reşid PAŞA, s.163.



## § 3.İslâm ve Osmanlı Hukukuna Göre Kamulaştırmanın Niteliği ve Unsurları

### I-Genel Olarak

İslâm ve Osmanlı Medeni Kanunu olan Mecelle'ye göre kamulaştırmanın niteliği ve unsurlarını belirtmeden önce, kamulaştırmanın bir tanımını yapmak gerekir. Osmanlı hukuk mevzuatında kamulaştırma ilk kez, 24 Teşrin-i Sani 1295 tarihli Menafi-i Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi'nin, 17 Nisan 1330 tarihli kanunla değişen 1 nci maddesinde tanımlanmıştır.

Söz konusu maddeye göre "Müceddeten sokak ve meyadan ve pazar yerleri ve iskele küşad ve tesis veya tevsii... ile menafi-i umuma şamil hususati saire için bit-takdir bedeli verilerek ashabından ebniyeli ve ebniyesiz arazi ve çiftlikat mübayanasına, menafi-i umumiye için istimlak ıtlak olunur" denilerek kamulaştırma, doğrudan doğruya tanımlanmış bulunmaktadır<sup>52</sup>.

### II-Niteliği

Mecellenin 1216. maddesi, "Ledel-hâce emr-i sultani ile bir kimsenin mülkü, kıymeti ile alınıp tarika ilhak olunabilir. Fakat tediye-i semen olunmadıkça mülkü yed'inden alınamaz."<sup>53</sup> hükmü ile İslâm ve Osmanlı hukukunda kamulaştırma müessesesini düzenlemiş bulunmaktadır.

Mecelle'nin bu hükmü, devlet ile fert arasında bir cebri satım sözleşmesinin yapıldığı izlenimini vermektedir. Bilindiği gibi, satım sözleşmesi, genellikle tarafların rızalarına ve irade beyanlarına bağlıdır. Ancak bazı durumlarda satıcının rızasına bakılmaksızın satım sözleşmesi yapılabilir. İşte bu durumlardan biri de, kamulaştırmadır<sup>54</sup>. Kamulaştırmada, emr-i sultani olarak belirtilen selahiyetli makamın tasarrufu, mal sahibinin iradesi yerine geçmekte ve zimnî bir sözleşme meydana gelmektedir<sup>55</sup>.

Yine, maddenin ikinci fıkrasında, " tediye-i semen " denilmek suretiyle, satım sözleşmesindeki semenin ödenmesinden söz edilmektedir. Kaldı ki, fıkranın devamında da, Mecelle'nin 51-262 nci maddelerine bakılması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu maddeler, Mecelle'de satım sözleşmesini düzenleyen maddelerdendir.

Mecelle'nin 251. maddesi, "Bey'i mutlak peşin olmak üzere mün'akid olur. Fakat bey'i mutlak bir müddet-i ile muvakkat ve mukassat olmak üzere örf ve âdet olan yerde ol müddete masruh olur.

Mesela peşin veya veresiye lâkırdısı olmaksızın çarşıdan biri bir şey alsa akçesini peşin vermesi hâzım gelir. Fakat ay veya hafta başında semenin tamamı yahut bir mikdarı muayyeni alınmak adet-i belde ise ol adete riayet olunur" hükmünü getirerek satım sözleşmesinin, kural olarak, semenin peşin ödenmesi üzerine kurulacağını belirtmiştir.

Mecelle m.262.'de ise, "Bey'de kabz şart değildir. Ba'del-akd evvela müşterî semeni bâyi'a ve saniyen bâyi', mebi'i müşteriye vermeye borçlu olur" denilerek, önce, malı alanın semeni ödemesi, sonra ise, mal sahibinin malı teslim etmesi yükümlülüğünden söz edilmiştir.

<sup>52</sup> ÖZYÖRÜK, s.19.

<sup>53</sup> Mecelle'nin metni için bkz.Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990, s.248.

<sup>54</sup> ÇİN / AKGÜNDÜZ, C.II, s.277-278; KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II,s.270-271.

<sup>55</sup> Vehbe ZUHAYLİ, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Çev.Ahmet Efe/Beşir Eryarsoy/H.Fehmi Ulus/Abdürrahim Ural/Y.Vehbi Yavuz/Nurettin Yıldız, C.V, İstanbul 1994, s.64; KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.270-271.

Söz konusu maddelerin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuca göre, bu, mülkiyeti nakleden cebri sözleşmelerden biridir ve ortada bir bey' akdi (satım sözleşmesi) söz konusudur<sup>56</sup>. Devletin, emr-i sultanî ile satın aldığı gayrimenkulün karşılığı olan semen, maddede belirtildiği üzere peşin olarak verilecek ve gayrimenkul sahibi semeni elde edinceye kadar malî devlet tarafından elinden alınamayacaktır.

### III-Unsurları

Mecelle'nin 1216 ncı maddesi, uzun zamandır çeşitli fetva ve içtihatlarla gerçekleşmiş olan kamulaştırma hükümlerini bir prensip haline getirmekten ibarettir. Bu maddeye göre, kamulaştırmanın, ihtiyaç emri sultanî, gayrimenkul mülk, rayiç kıymet (bedel) ve peşin ödeme olmak üzere beş unsuru vardır.

#### 1-İhtiyaç Olması

Mecelle'ye göre kamulaştırmanın birinci şartı, buna lüzum görülmesi, ihtiyaç hissedilmesi durumudur. Bu, Mecelle'de "ledel-hâce" denilerek belirtilmiştir. Buna göre, "ihtiyaç görüldüğü zaman, lüzum halinde" kamulaştırma yapılabilecektir.

O halde ihtiyaç hissedilmekten ne anlaşılmalıdır ? Maddedeki ifadesiyle, kamuya ait bir yol dar olupda, insarların bundan tam anlamıyla yararlanmasını azalttığı için yolun genişletilmesi gerekiyorsa, kamunun menfaati için söz konusu yolun genişletilmesine dolayısıyla, kamulaştırmaya ihtiyaç var demektir<sup>57</sup>.

Ancak, maddenin genel ifadesinden, Mecelle'nin bu lüzumu, bu ihtiyacı, sadece yolların genişletilmesi hakkında kabul ettiği zannedilmemelidir<sup>58</sup>. Zira İslâm ve Osmanlı hukuku, çeşitli sebeplerle kamulaştırma yapılmasını kabul etmiştir<sup>59</sup>. Söz konusu maddede sadece yoldan bahsedilmesi, ihtirazî değil, vukuîdir<sup>60</sup>. Başka bir ifadeyle, kayıtlayıcı ve sınırlayıcı değil, örnek kabilindedir. Buna göre, cami, yol, su yolu, hastane, park ve meydan gibi kamu yararı bulunan müesseselerin kamulaştırma yapılarak genişletilme yapılması mümkün olabilecektir<sup>61</sup>. Hz.Ömer ve diğer halifeler, yol için olduğu gibi, cami ve mescitler için de, kamulaştırma yapmış ve kamulaştırmanın uygulama alanı bu şekilde genişletilmiştir. Hatta, daha önce de belirtildiği gibi<sup>62</sup>, Mescid-i Haram (Kabe Mescidi) dahi, kamulaştırma suretiyle genişletilmiştir<sup>63</sup>.

Osmanlı Devleti Şeyhülislâmlarından olan Ebussuud efendi tarafından verilen şu fetva konuya bu açıdan bir açıklık getirmektedir:

"Sual: Bir cami-i şerif, namaz kılan müslümanlara müzayaka üzere olup kendini ve harimini tevsi mühim olmağla cami-î mezbur'a muttasıl Zeyd'in milk yeri olup andan kifayet miktarı yer alınması lazım olacak, talep olundukta Zeyd inad edüp vermeyecek, hüküm-ü şer'î nedir ?

El cevap: Zeyd'in rızasına bakılmaz, cami ve harimine kifayet miktarı yerin kıymeti verilip cebren ve kerhen elinden alınıp cami tevsi olunur"<sup>64</sup>.

56 ZUHAYLİ, C.V, s.64; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.277-278; KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271.

57 Ali HAYDAR, C.III, s.489.

58 Ali HAYDAR, C.III, s.489-490

59 Ömer Nasuhi BILMEN, Hukukî İslâmiyye ve İslahatı Fıkhiyye Kamusu, C.VII, İstanbul 1985, s.181; CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.278; KARAMAN, Mukayeseli, s.65.

60 ÖZYÖRÜK, s.57.

61 KARAMAN, Anahatlarıyla, C.II, s.271

62 Bkz.yuk.ş 1 (Kamulaştırma Müessesesinin İslâm Hukuku Kaynaklarındaki Yeri).

63 NUMANİ, s.193-194

64 Cami'ül- İcareteyn, Fetvalar, Matbaa-i Amire, İstanbul 1252, s.56.

Söz konusu fetva aynı zamanda Osmanlı Şeyhülislâmlarından Yenişehirli Abdullah Efendi tarafından da teyit edilmiştir<sup>65</sup>.

Yine aynı şekilde, mesela, kamunun ihtiyacı olan bir suyun geçeceği yerin değer pahası (rayiç kıymeti) verilerek sahibinin rızasına bakılmaksızın kamulaştırılabileceğine dair Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin fetvaları vardır<sup>66</sup>.

## 2-Emr-i Sultanî Bulunması

Mecelle'de "emr-i sultanî" olarak ifade edilen ve sultanın yani devlet başkanının emri anlamına gelen bu kavram, günümüzde, kamu yararı kararının yerini almaktadır<sup>67</sup>.

Bilindiği gibi, İslâm hukukunun uygulandığı bir devlette devlet başkanı, ki buna emirülmü'minin de denir, tebaası üzerinde umumi velâyet anlamına gelen velâyet-i âmmeye sahiptir ve bundan dolayı da, yangınların sirayetini önlemek ve yıkılmak üzere olan yapıların birdenbire çökerek halka zarar vermesine engel olmak için kişilere ait özel gayrimenkullerin yıkılmasına karar vermek hakkı da onundur<sup>68</sup>.

İşte sözünü ettiğimiz durumlardaki gibi, emir-ül mü'minîn, umumi velayet hakkına dayanarak kamulaştırma kararı da verebilir<sup>69</sup>.

Maddedeki emr-i sultanî, ihtirazî kayıt, yani ön koşuldur. Dolayısıyla, bu şart gerçekleşmedikçe, isterse mülkün kıymetinin birkaç misli değer ödensin, kimsenin mülkü elinden alınamaz<sup>70</sup>.

Kamu yararının mevcudiyetini ve derecesini sadece devlet başkanı değil, onun yerine geçen yetkili makamlar takdir edecektir. Bu yetkili makam kamu kuruluşları da olabilir<sup>71</sup>. İhtilaf halinde yargı organlarına müracaat edilebilir<sup>72</sup>.

## 3-Özel Mülkiyete Ait Gayrimenkul Olması

Mülkiyet (milk)<sup>73</sup> lügatta, "şeyi ele geçirmek ve onun üzerinde tek başına söz sahibi olma gücü" anlamına gelir<sup>74</sup>. Terim olarak ise mülkiyet, başkasını ondan men'eden ve hukuki bir engel olmadığı taktirde sahibine doğrudan doğruya tasarruf imkanı veren bir aidiyettir<sup>75</sup>. Buradan hareketle de mülkiyet hakkı, hukuki bir engel bulunmadığı

65 Cami'ül- İcareteyn, s.56

66 BİLMEN, s.181; Ali HAYDAR, C.III s.490.

67 ÖZYÖRÜK, s.57.

68 Ali HAYDAR, C.I, s.83

69 Ali HAYDAR, C.I, s.83

70 Atıf BEY, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden, Kitab'üş-Şirket Şerhi, İstanbul 1328, s.108; Ali HAYDAR, C.III, s.490; Reşid PAŞA, s.164-165

71 MÜTEVELLİ, s.323 (Armağan, s.176'dan naklen).

72 ARMAĞAN, s.176

73 Fıkıh kitaplarında hemen hemen hiç görülmeyen fakat günümüz İslâm hukukçularınca kullanılan "mülkiyet" kelimesi, "milk" mastarından yapılmış bir isimdir ve tamamen "milk" anlamında kullanılmaktadır. Mülkiyet, fıkıh kitaplarında "milk" olarak ifade edildiğine ve Arapça kullanma şekline bakarak kelimeyi "mülkiyet" şeklinde kullanmak gerekir ise de, dilimizde "mülkiyet" şeklinde yerleşmiştir. Bkz. Fahri DEMİR, İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988, s.99-100. Mülk ise terim olarak, saltanat, insanlar üzerinde hakimiyet anlamına gelmektedir. Bkz. KARAMAN, Mukayeseli, s.28.

74 KARAMAN, Mukayeseli, s.28.

75 ZUHAYLİ, s.49; Mecelle 125. maddesinde mülkü, insanın malik olduğu şeydir; gerek a'yan olsun ve gerek menafi olsun şeklinde tanımlanmıştır.

sürece<sup>76</sup> kişiye bir şey üzerinde tasarruf yetkisi veren ve başkalarının tasarrufunu engelleyen bir hakimiyet hakkıdır biçiminde tanımlanabilir<sup>77</sup>.

Kamulaştırmanın söz konusu olabilmesi için, ortada, özel mülkiyete ait bir gayrimenkulün bulunması gerekmektedir. İslâm hukukuna ve bu arada Mecelle'nin 129. maddesine göre gayrimenkul, "akar denilen ev ve arazi gibi başka yere taşınması mümkün olmayan şeydir"<sup>78</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bina ve arsa gibi gayrimenkullerin bulunduğu yerler, kamu yararının gerektirdiği hallerde devletçe (emr-i sultanî ile) kamulaştırılabilecektir.

#### 4-Rayiç Kıymetinin Takdir Edilmesi

Kıymet, değer paha anlamına gelir. Bu maddede, gayrimenkulün kıymetinin nasıl tesbit ettirileceğine dair bir açıklık yoktur. Ancak Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde çıkarılan kanun, kararname ve nizamnamelerde, herkese ait bütün kıymet takdirlerinde muhammin (ekspert)ler kullanıldığı belirtilmektedir<sup>79</sup>.

Kamulaştırılacak gayrimenkulün rayiç kıymeti, başka bir ifadeyle kıymet-i lâıykası, Osmanlı Devleti'nce 4 Recep 1272 tarihinde çıkarılan nizamnamede, "...mahal ve mevkice kıymet-i lâıykası ne ise erbâb-ı vukûftan ve bigaraz kimselerden tahkiki ile... bir mazbata yapılip cümlesi tarafından ve haber verenler canibinden temhir ve imza olunarak... ebniye meclisinde dahi zeyl ile tasdik olunup ba'dehu Ticaret Nezareti tarafından bâ taktır, Bâb-ı Âli'ye takdim ile bâlâsına buyruldu ve sahh-ı âlf tasdir ve keşide olundukda iktizası icra, yani pahası ita ile iskat-ı mülkiyeti suret-i ifa kılınacaktır" denilerek açıklanmıştır. Buna göre, rayiç bedelini belirleyecek olanlar, tarafsız bilirkişilerdir<sup>80</sup>.

Bu şekilde tespit edilen kıymete razı olmayan gayrimenkul sahipleri, İstimlak nizamnamesi ve Ebniye Kanunundaki hükme göre, idare meclisinin üstündeki kurullar ile Şûra-yı Devlete müracaatla itiraz ettikleri halde, mecalis-i idare (idare meclisleri) ve Şûra-yı Devletçe veya olağanüstü olarak da Meclisi Vükelaca (Bakanlar Kurulunca) itirazları, tahkik ve tetkik olunur<sup>81</sup>.

#### 5-Peşin Ödeme Yapılması

Mecelle'nin 126. maddesinin ikinci fıkrası, "fakat tediyeye-i semen olunmadıkça mülkü yed'inden alınamaz" hükmünü getirerek özel mülkiyete ait bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının, ancak kıymetinin peşin ödenmesi suretiyle elinden alınabileceğini belirtmiştir. Başka bir ifade ile, özel mülkiyete ait bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının kaldırılması, ancak peşin ödeme ile mümkündür. Meğer ki sahibi, bedelini sonradan almak üzere rızası ile devretmiş bulunsun<sup>82</sup>.

76 Hukuki engelden maksat, malikin ehliyetsiz veya mahcur olması gibi hallerdir. Bu engeller mülkiyet hakkının özünü zedelemeye sadece tasarrufa mani olur. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ C.II, s.269.

77 Richard A DEBS/Farhat J. ZIADEH/Konrad DILGER, İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı, Çev.Halit Ünal, Kayseri 1994, s.107-108; CİN/AKGÜNDÜZ C.II, s.269.

78 İslâm Hukukçuları akar kelimesini aşında arazi anlamında kullanmış, boş veya üzerinde bina bulunan toprağa arazi demişlerdir. Hanefi hukukçular, arazi üzerindeki bina ve ağaçlara iki yönden bakmışlar, tek başına olunca bunları menkul, arazi ile beraber düşünülünce ona tabi olarak gayrimenkul saymışlardır. Maliki hukukçular ise, bu konuda farklı düşünmüş, bina ve ağaç gibi şeyleri de taşınmaz mal saymışlardır. Çünkü bunların önemli vasıfları bozulmadan, meselâ ağaç odun haline, bina da enkaz haline almadan taşınmaları mümkün değildir. Bunları vasıflarını bozmadan korumak arazi üzerinde kalmalarına bağlıdır; bu devamlı kalma zarureti de onları taşınmaz mal saymamızı gerekli kılmaktadır. Bkz.CİN/AKGÜNDÜZ, C.II, s.269; KARAMAN, Mukayeseli, s.18-19; Ali HAYDAR, C.I, s.129.

79 ÖZYÖRÜK, s.57; Reşid PAŞA, s.164.

80 Reşid PAŞA, s.164.

81 Reşid PAŞA, s.164.

82 Atıf BEY, s.108.

## SONUÇ

"İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi" adını verdiğimiz çalışmanın sonuna gelmiş bulunuyoruz. Görüldüğü üzere, kamulaştırma müessesesi İslâm ve Osmanlı hukukunda da günümüz hukukunda olduğu gibi düzenlenmiş bulunmaktadır.

İslâm hukuku ve bunun uygulaması olan Osmanlı hukuku, özel mülkiyete çok büyük önem vermiş ve ona adeta bir dokunulmazlık kazandırmıştır. Ancak bu dokunulmazlık, kamu menfaatlerinin gerektirdiği hallerde, devlet başkanının veya yetkili diğer devlet organlarının vereceği bir kararla kaldırılabilir. Başka bir ifadeyle, kamu yararı kararının bulunması halinde, özel mülke ait bir gayrimenkul, kıymeti ile satın alınıp kamu mülkü haline getirilebilir. Gayrimenkulun sahibinden mülkünün alınıp kamu mülkü haline getirilmesi için, mülkün kıymetinin sahibine teslim edilmesi şartı aranmaktadır. Böyle bir durumda bu müessese, cebri satım sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir.

Kamulaştırma müessesesi, İslâm ve Osmanlı hukukunda mevcut olan bir müessese olmasına rağmen, yapılan işlemin cebri satım sözleşmesi olarak değerlendirilmesinden dolayı, "istimlak ve kamulaştırma" olarak isimlendirilmemiştir. Bu müessesenin "istimlak" olarak nitelendirilmesi, ancak Tanzimattan sonra çıkarılan nizamname ve kararnamelerle mümkün olmuştur. Genel itibariyle İslâm ve Osmanlı hukukuna aykırılık teşkil etmeden hazırlanan bu düzenlemelerden en önemli ikisi, 1272/1855 tarihli nizamname ile 1295/1878 tarihli Menafi-i Umumiye için İstimlak Kararnamesidir.

Bu müessese, kamulaştırmayla ilgili olarak çıkarılan mevzuat yürürlüğe girmezden evvel, bir takım genel fıkıh kurallarına dayanmaktaydı. Bu kurallara, İslâm ve Osmanlı Medeni Kanunu olarak kabul edilen Mecelle'nin kavâid-i fıkhîye kısmında yer verilmiştir. Mevzuat açısından Mecelle'i Ahkam-ı Adliyye'nin, diğerlerine nazaran ayrı bir yeri vardır. Çünkü Mecelle, o zamana kadar yürürlükte bulunan İslâm hukuk kurallarını bir kod halinde tedvin etmiş iken, diğer mevzuat, batı hukukundan istifade edilerek hazırlanmış fakat şer'i hükümlere de ters düşmeyecek şekilde düzenlenmiştir. İstimlak edilecek malların rayiç bedelinin peşin ödenmesini düzenleyen hükmü bunun en önemli göstergesidir.

## BİBLİYOGRAFYA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet :Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986
- ALDIKAÇTI, Orhan :Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.B, İstanbul 1982
- Ali HAYDAR, Hoca Ermin Efendizade :Dürrer'ül Hükâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C.I,III, İstanbul 1330.
- ANSAY, Sabri Şakir :Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2.B.,Ankara 1953
- ARMAĞAN, Servet :İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987
- Atıf BEY :Mecelle'i Ahkâm-ı Adliyyeden, Kitab'üş-Şirket Şerhi, İstanbul 1328.
- AYDIN, M.Akif :Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX'dan ayrı basım, İstanbul 1989.
- BAKTIR, Mustafa :İslâm Hukukunda Zaruret Hali, Ankara ty.
- BELGESAY, Mustafa Reşit :Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İHFD, C.XII, S.2/3.
- BERKİ, Ali Himmet :Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi :Hukuki İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, C.VII, İstanbul 1985.
- Cami'ül -İcareteyn :Fetvalar, Matbaa-i Amire, İstanbul 1252.
- CANAN, İbrahim :Kütüb-i Sitte Muhtasarı, Tercüme ve Şerhi, C.10, 15, Ankara 1992.
- CİN, Halil :Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet :Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C.I-II,İstanbul 1990
- DEBS, Richard A./ZİADEH, Farhat J./ DİLGER, Konrad :İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı, Çev.Halit Ünal, Kayseri 1994.
- DEMİR, Fahri :İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988.
- DÖNMEZER, Sulhi :İstimlak Hukuku, İÜHFD, C.VII, S.1.
- ERGİN, Osman NURİ :İslâm'da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlak Meselesi, Adalet Dergisi, Yıl 40, S.12, 1949.
- ERGÜNEY, Hilmi :İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri, İstanbul 1965.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref :Yönetim Hukuku, 2.B., Ankara 1987.

- GÜR, A.Refik :Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 2. Basım, İstanbul 1977.
- İBRAHİM, M.Üneys :El-Kuyud Elleti Teridu Ale'l-Mülkiyye, Kahire 1971.
- KARAMAN, Hayreddin :Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C.I-II, İstanbul 1987 (Ana Hatlarıyla)
- KARAMAN, Hayreddin :Mukayeseli İslâm Hukuku, C.III, İstanbul 1991.
- EI-KETTANİ, Muhammed Abdülhay :Et-Terâtibü'l-İdâriyye, Hz.Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C.II, Çev.Ahmet Özel, İstanbul 1991.
- KÛBALI, Hüseyin Nail :Kanun-ı Esasi, İslâm Ansiplopedisi, C.VI, İstanbul 1993.
- MARDİN, Ebül'ulâ :Mecelle Maddesi, İslâm Ansiplopedisi, C.VII, İstanbul 1993.
- MARDİN, Ebül'ulâ :Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet PAŞA, İstanbul 1946(Medeni Hukuk Cephesinden)
- MÛTEVELLİ, Abdulhamit :Mebadiu Nizami'l-Hukm fi'l-İslâm, Kahire 1966.
- NUMANİ, Şibli :Bütün Yönleriyle Hz.Ömer ve Devlet İdaresi, Çev.Talip Yaşar Alp, 4.B., C.II., İstanbul 1986.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil :Kamulaştırma Hukuku, Nazari, Ameli ve Mukayeseli Etüt, Ankara 1948.
- PAŞA, Hacı Reşid :Ruhu'l Mecelle, C.VI, Kitabü'ş-Şirket Şerhi, İstanbul 1328.
- Sava PAŞA :İslâm Hukuk Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C.I, Çev.Baha Arıkan, Ankara 1955.
- Türk Hukuk Lügatı :3.B., Ankara, s.171.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet :Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, C.I., İstanbul 1940.
- ZEYDAN, Abdülkerim :İslâm Hukukuna Giriş, Çev.Ali Şafak, İstanbul 1985.
- ZUHAYLİ, Vehbe :İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Çev.Ahmet Efe / Beşir Eryarsoy/H.Fehmi Ulus/Abdürrahim Ural/Y.Vehbi Yavuz/Nurettin Yıldız, C.V, İstanbul 1994.

