

ÇAĞDAŞ İSLÂM HUKUKU LİTERATÜRÜNE ÖZGÜN BİR KATKI:  
**İslâm Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında**  
**Kamu Malları**  
**Yrd. Doç. Dr. H. Mehmet GÜNAY,**  
**Şule Yayınları, İstanbul, 2001 (ISBN 975-6841-73-7) s.343**

Halit ÇALIŞ\*

İslâm hukuku literatürünün oluşum biçimi ve izlenen yöntem gereği bu hukukun ilgi alanına giren konuların umumiyetle bugün olduğu gibi teorik düzeyde ele alınmadığı bilinmektedir. Çoğu kere değişik konular vesilesiyle ve dağınık biçimde işlenmiş bulunan konuların, bir teori oluşturacak şekilde bir araya getirilmesi ve sistematik bir bütünlük içinde sunulması yorucu bir mesaiyi, titiz bir inceleme ve ayıklamayı ve üstün analiz kabiliyetini gerektirmektedir. İşte birazdan anahatlarıyla tanıtımını göreceğimiz Günay'ın Kamu Malları'nı konu edinen çalışması, sözü edilen kapsamın başarılı bir ürünü niteliğindedir.

Kamu malları kavramının bir nisbeti ifade etmesi hasebiyle öncelikle İslâm hukuku eserlerinde mal kavramına yüklenen anlam ve bunun kapsamının tayini gerekmektedir. Zira İslâm hukukçularının mal telakkileri/tarifleri ve hak ve menfaatlerin mal sayılıp sayılmadığı öteden beri Hanefî hukukçularla cumhur hukukçular arasında tartışıl gelmiştir. Bu tarif ve tartışmalara işaret eden yazar, tartışmaların da oturduğu zemine işaret eden şu cümlelerle konuya açıklık getirmektedir: "İslâm Hukuk sisteminde nelerin mal sayılacağı ve hangi malların haklara konu olabileceği bir icihad meselesidir. Bu bakımdan İslâm hukukuna göre her devirde, değişen zaman ve gelişen teknik sebebiyle yararlanma ve edinme konusu olabilecek her yeni şey, icihad yolu ile hukukî işlemlerin konusu olabilecektir." (s. 40) Gerçekten de âyet ve hadislerde çokça geçmesine rağmen mal kavramına sözlük anlamı dışında hukukî bir anlamın yüklenmemesi, sözlüklerin genelde mal için "maruftur" demekle yetinmeleri ve klasik dönem İslâm hukukçularının da teknik bir mal tanımı yapmamış olmaları gerçeği dikkate alındığında Günay'ın bu tespitinin son derece yerinde olduğu görülür. Buna göre insanlar arasında maddî bir değere sahip ve şer'an faydalanılması mümkün olan her şey, hukukî anlamda maldır.

\* Dr. . Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi. halitcalis@hotmail. com

Bu temel belirlemeden sonra bütün mal çeşitleri içerisinde kamu mallarının oturduğu zemini tayin açısından üzerindeki hakkın niteliği ve aidiyeti bakımından sahiplerine nisbetle malların bir tasnife tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre mallar, mübah (serbest) mallar, özel mallar, vakıf malları, devletin özel malları ve kamu malları olmak üzere beş gruba ayrılırlar. (46-47) Mahiyetleri gereği özel mülkiyete konu olabileceği halde üzerinde henüz özel mülkiyet hakkı kurulmamış olan eşyaya mübah (serbest) mallar (s. 48-49), kişilerin tek başına veya müşterek mülkiyeti altında olup, ne rakabesinde ne de menfaatinde ammenin ortaklığı bulunan mallara özel mallar (s. 80), müctehidler arasında ihtilafli olmakla birlikte genel kabul gören anlayışa göre aynı Allah Teâlâ'nın mülkü hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten ebediyen alıkonan ve menfaati bir cihete tahsis edilen mallara vakıf malları (s. 89), umumun ya da belirli bir yer halkının umum ahalisinin doğrudan doğruya ve serbestçe yararlanmasına terkedilen mallara kamu malları (s. 145), bunların dışında kalan devlete ait taşınır taşınmaz mallara ise devletin özel malları (hazine malları) denmektedir.

Gerek İslâm Kamu ve Maliye Hukuku sahasında eser veren Ebu Yusuf, Ebu Ubeyd, İbn Zenceveyh, Mâverîdî, Ebu Ya'lâ gibi klasik dönem İslâm hukukçularının, gerek İslâm hukuku alanında eser veren çağdaş alimlerin, sahiplerine göre bütün mal çeşitlerini kapsayacak şekilde bir mal tasnifine gitme yerine; konuyu kendi özel ilgi alanları ya da yaşadıkları dönemin ihtiyaç ve şartlarından hareketle vergi ya da toprak ve arazi hukuku, eşya hukuku veya iktisat ilmi açısından ele almaları (bkz. s. 47-48) karşısında Günay'ın bu tasnifinin hem kapsayıcı hem de oldukça orijinal olduğu aşikârdır.

Klasik İslâm hukuku eserlerinde "kamu malları" kavramı geçmemekle birlikte, bu kavramın münderecâtından olan konuların erfâk/irfâk, harîm, himâ, el-menâfi'u'l-müştereke ve el-a'yânu'l-müştereke, metruk arazi ve el-emvâlü'l-âmmе ve el-emvâlü'l-müştereke (s. 118-141) gibi kavramlarla ifade edildiği görülmektedir. Bu kavramlar çerçevesinde işlenen konular dikkatlice tahlil edildiğinde, bu kavramların herbirinin bir takım kamu mallarını karşılamakla birlikte, bütün kamu mallarını kuşatıcı olmaktan da uzak oldukları görülmektedir. Bu hakikatten ve kamu mallarıyla ilgili anlatımlarında İslâm hukukçularının "el-enhârü'l-âmmе, et-turuku'l-âmmе, li-âmmeti'l-müslimîn, li'l-müslimîne kâffeten..." gibi ifadeler kullanmasından hareketle Günay, bu kategoriye dahil bütün malları ifade etmek üzere kamu malları şeklinde bir kavramlaştırmaya gitmektedir.

Hukukî dayanağını bazı âyetler yanında (bkz. Şuarâ 26/155; Kamer 55/28; Cin 72/18) esas itibarıyla Hz. Peygamberin sünneti (s. 146/149) ve râşid halifelerin uygulamalarının teşkil ettiği kamu malları teorisinin tarih içerisinde gelişiminde, bütün arazi meselelerinde olduğu gibi, ihtiyaç ve geleneklere göre şekillenen ve zamanla değişen örfî hukukun önemli bir rolü olmuştur. Konunun hukukî dayanağını oluşturan bu veriler ve tarihî uygulamalar tahlil edildiğinde bir mala kamu malı niteliği kazandıran kriterin, üzerinde kamu yararının bulunması ve kendisinden doğrudan doğruya istifade edilmesi olduğu görülmektedir. (s. 144) Bu özelliğe sahip mallar kamu mallarıdır.

Umum insanların ya da tahsis edildiği yöre halkının tamamının genel ibaha ortaklığına sahip olduğu kamu malları, bu özelliklerini koruyabilmesi bakımından, diğer mallardan farklı olarak bir takım imtiyazlara sahiptir. Sözelimi kamu malları devir ve ferağ edilemez, haczedilemez, zamanaşımı cereyan etmez, sulh ve ibrâ caiz değildir, teberrû hükümleri uygulanmaz, sınır değişikliği geçerli değildir, prensip itibarıyla kamu mallarından yararlanma karşılıksızdır, haksız inşaat hükümleri uygulanmaz, yargılama hukuku

bakımından kamu mallarında müşterek tasarruf delili müstakil tasarruf deliline tercih edilir. (s. 167-172)

Öte yandan kamu malları üzerinde devletin denetim ve gözetim, bireylerin ise ibaha ortaklığı şeklinde genel yararlanma yetkileri vardır ki bu aynı zamanda onlara intifa, dava ve tazmin hakları vermektedir. (s. 173-189) Dolayısıyla devlet bütün bireylerin genellik, eşitlik, serbestlik, zarar vermeme ve ücretsizlik ilkeleri çerçevesinde kamu mallarından yararlanmasını sağlamakla görevlidir. (s. 190-197)

Kamu mallarından yararlanmada genellik ilkesi, din farkı gözetmeksizin bütün insanların kamu mallarından yararlanma yetkisine sahip olmasını da ifade eder. (s. 191-192) Bununla birlikte mescidler, Mina, Müzdelife, Arafat gibi bazı kamu mallarından nitelikleri gereği gayri müslimlerin yararlanmaları mümkün değildir. (s. 192)

Öte yandan prensip itibarıyla kamu mallarından yararlanmada ücretsizlik ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte giderek gelişen ve çeşitlenen modern kamu hizmetleri olgusu karşısında bu ilkenin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Devletin yeterli finansmana sahip olmaması halinde, fertlerin imkan ölçüsünde bu hizmetlere katkıda bulunmasında İslâmın genel kuralları açısından bir sakınca yoktur. (s. 197-198) (Kamu hizmetlerinin ifası bakımından beytülmal gelirlerinin yeterli gelmemesi durumunda devletin zekât dışında ek vergi talebinde bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışılmakla birlikte, hakim kanaatin olumlu olduğu bilinmektedir. Fakat günümüz pozitif kamu hukuku düzenlemeleriyle de paralellik arzeden bu ilke, günümüzdeki yaygın durum dikkate alınmak suretiyle esasen bu tür hizmetlerin görülmesi amacıyla sabit hazine gelirlerinden olmak üzere alınan vergiler ile, daha sonra hizmetten yararlanmalar karşılığında ayrıca alınan vergiler/ücretler hesaba katılmalı ve konu bu açıdan da tartışılmalıdır. Belki bütün bunlardan da önce ücretsizlik ilkesi bağlamında Hz. Peygamber'in Medine Pazarı'nda vergi alınmamasını hükme bağlaması ele alınmalı, bu tasarrufun bağlayıcı olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmalıydı. H. Ç. )

Kamu mallarından yararlanma yetkisiyle ilgili bu genel ilkeler yanında bazı durumlarda özel yararlanmalar da mümkündür. Çarşı ve pazarlarda sergi ve tezgah mekanlarının tahsis edilmesi, kaldırımlarda mal teşhir edilmesi, işportaların kurulması, kaldırımlara iskemle ve masa koyulması...gibi (s. 200 vd. ) ilgili kamu malından yararlananlar açısından herhangi bir zarara sebebiyet vermemesi şartıyla bu tür tahsisler caizdir. (s. 201) (Kanaatimizce bu meseleyle ilgili olarak öncelikle kamu mallarından yararlanmada bazı şahıslara imtiyaz verilmesi hususunda idarenin bu yetkisinin kaynağı belirtilmelidir. Bu noktada Hz. Peygamber'in Medine Pazarında yer tutulmasını yasaklaması (bkz. s. 263-264) ne anlam ifade etmektedir? O'nun bu tasarrufu bağlayıcı nitelikte midir? Her türlü kamu malı hakkında özel tahsis mümkün müdür, varsa ayırıcı özellik nedir? İdare özel tahsis talebinde bulunan eşit konumdaki herkese tahsis ruhsatı vermek zorundadır? Tahsis edilen mekanın diğer şahıslara göre ona sağladığı avantajlar dikkate alındığında tahsisin bedeli nasıl belirlenecektir? Ayrıca bedelsiz tahsis mümkün müdür? Konu bu sorulara da cevap teşkil edecek şekilde düşünülmelidir. H. Ç. )

Çağdaş İslâm hukuku literatürüne oldukça önemli bir katkı niteliğindeki bu eser, "Konunun İşleniş Metodu"nun ortaya konulduğu ve "Batı Hukuk Sistemlerinde Kamu Malları" hakkında kısa tanıtıcı bilgilerin verildiği "Giriş" kısmını takip eden üç ana bölümden oluşmaktadır. "İslâm Hukuku Eserlerinde Kamu Mallarının Ele Alınışı" üst başlığını taşıyan birinci bölüm, "İslâm Hukukunda Eşya ve Mal Kavramları" ve "İslâm Hukukunda Malların

Çeşitli Açılardan Tasnifi" şeklinde iki alt başlığa ayrılmış, ağırlıklı olarak sahiplerine göre mal çeşitleri üzerinde durulmuştur. (Bu iki başlıktan da hemen anlaşılacağı üzere bu bölümde kamu mallarından ziyade genel olarak fıkıh literatüründe mal tasnifi ve üzerindeki hakkın niteliği ve sahipleri açısından tasnifi üzerinde durulmaktadır. Şayet bölüm üst başlığı "İslâm Hukukunda Eşya ve Mal Kavramları ve Çeşitli Açılardan Malların Tasnifi" şeklinde belirlenseydi, başlık içeriği ihtiva etmiş olurdu. H. Ç. )

"İslâm Hukukunda Kamu Mallarının Hukukî Rejimi"ne tahsis edilen ikinci bölümde ise başlıca "Kamu Malı Kavramı ve Hukukî Dayanağı", "Kamu Malı Niteliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi", "Kamu Mallarının Hukukî Özellikleri", "Kamu Malları Üzerindeki Hakkın Niteliği", "Kamu Mallarından Yararlanma" konuları ele alınmıştır. Kamu mallarıyla ilgili teorik alt yapı oluşturulduktan sonra aynı zamanda konunun daha iyi anlaşılmasına da hizmet edecek şekilde üçüncü bölüm, "İslâm Hukukunda Kamu Mallarının Çeşitleri"ne ayrılmış ve sahipsiz mallar ve orta mallar olmak üzere iki alt başlıkta incelenmiştir.

Günay'ın bu özgün çalışmasıyla ilgili olarak birkaç mülahazayı da ilave etmekte fayda var.

1. Bir takım iddiaların herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın sırf zikredilmekle yetinildiği görülmektedir. Örneğin mevat arazinin ihyasının geçerliliği için devlet yetkilisinin izninin aranması meselesinin, Emevî ve Abbâsî dönemlerinde devletin arazileri kontrol altında tutma politikasının bir sonucu olarak erken dönem İslâm tarihinde ortaya çıktığı iddiası (s. 73, 147. dipnot) hakkında hiçbir yorumda bulunulmamıştır.

2. Bir malın kamu malı niteliği kazanması, malın doğal niteliği, gelenek ve hukukî bir tasarruf (tahsis, vakıf ve kamulaştırma) sonucu olur. (s. 150-156) Vakıf işlemiyle kamu malı niteliğinin kazanılması bağlamında sahipsiz arazide şahsî ihtiyaçlar için açılan kuyudan kişinin öncelikli yararlanma hakkının bulunduğu, fakat orayı terketmesi durumunda sözkonusu kuyunun kamu malı haline geleceği ifade edilmektedir. (s. 156) Bize öyle geliyor ki, burc'da bahse konu kuyuya kamu malı niteliği kazandıran sebep vakıf değil tertir. Belki bu da ayrı bir sebep olarak sayılabilir. Yine hukukî tasarruf çerçevesinde üzerinde durulan kamulaştırma uygulamasının dayandığı prensipler arasında zikri geçen "Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur" (Mecelle, 22) ve "Raiyye yani tebe'a üzerine tasarruf maslahata menuttur" (Mecelle, 58) kaideleri, kamulaştırmanın dayanağını değil, uygulamada riayet edilmesi gereken ilkeleri ifade eder. Nitekim bir sonraki sayfada ilgili prensiplerin bu yönüne işaret edilmiştir.

3. Herbir konuyla ilgili hukukî görüş ve yorumların tespit, tertib ve tahlilinde son derece başarılı olan Günay'ın, her nedense bazı konularda bu uygulamanın dışına çıktığı ve sırf doktrini sunmakla yetindiği görülmektedir. Sözelimi Hz. Peygamber ve sonraki yöneticilerin himâlarının kaldırılıp kaldırılmıyacağı ile ilgili görüşler (s. 163), belirli köy ve kasaba halkının yararlandığı kamu mallarına ilişkin dava açma-yetkisiyle ilgili olarak, köy halkının yüz kişiden az ya da çok oluşuna göre (kavm-i mahsûr, kavm-i gayri mahsûr) bir ayırma gidilmesi (s., 186), mülk arazideki gizli ve açık madenlerin hukukî statüsü, mevat arazideki madenlerin ihyâ ve iktâsının mümkün olup olmaması (s. 229-236) gibi konulardaki hiçbir yoruma tabi tutulmadığı görülmektedir.

4. Bu titiz çalışmayla ilgili olarak işaret etmek istediğimiz son bir husus da esasen açıklayıcı-tamamlayıcı bilgi niteliğinde olup değerlendirme-yorum içerikli olarak sunulması gereken bir takım bilgilerin dipnota çekildiği görülmektedir. (Sayfa ve dipnot numarası şeklinde olmak üzere bkz. s. 54/79, 174/184-185, 176/190, 183/214, 188/229, 216/27, 29,

228/73 (Sözgelimi bu dipnotta madenlerin bulunduğu arazilere göre hukukî statüleri açısından Mâlikî hukukçu İbn Cüzey'in üçlü tasnifi verilmektedir. Halbuki metinde İbn Âbidîn'in tasnifi esas alınmış, daha sonra da yine metinde olmak üzere Arazi Kanunu'nun tasnifine tamamlayıcı bilgi olarak yer verilmiştir. Şayet İbn Cüzey'in tasnifi metne çekilmiş olsa aynı zamanda fakihler bakımından bir kronoloji ve gelişim de izlenmiş olurdu.)

Sonuç itibarıyla XVIII. asır sonlarına kadar batı hukukunda kamu malları mefhumunun doğamamasına karşılık, İslâm hukukunda baştan beri çok esaslı ve oldukça gelişmiş bir kamu malları teorisinin mevcudiyetini, bu hukukun ilk kaynaklarından başlamak üzere bilimsel bir yöntemle, sistematik bir bütünlük ve akıcı bir üslupla bize sunan H. Mehmet GÜNAY, İslâm hukukuyla ilgili olarak istikbale yönelik umutlarımızın daha da kuvvetlenmesini sağlamıştır.