DOI No: <http://dx.doi.org/10.29228/Joh41459>

Makale Türü: Araştırma makalesi
Geliş Tarihi: 22.01.2020
Kabul Tarihi: 27.02.2020
Online Yayın: 29.02.2020

Article Type: Research article
Submitted: 22.01.2020
Accepted: 27.02.2020
Published Online: 29.02.2020

Atıf Bilgisi / Reference Information

Ceyhan, M. (2020). Karşılaştırmalı Bir Hukuk Tarihi Denemesi: Roma Mülkiyet Anlayışı İle Osmanlı Mülkiyet Anlayışının Mukayesesi. *Journal of History School*, 44,176-195.

KARŞILAŞTIRMALI BİR HUKUK TARİHİ DENEMESİ: ROMA MÜLKİYET ANLAYIŞI İLE OSMANLI MÜLKİYET ANLAYIŞININ MUKAYESESİ

Muhammed CEYHAN¹

Öz

Roma İmparatorluğu ile Osmanlı Devleti, dünya tarihinde önemli bir yere sahiptir. Her iki devletin ortaya çıktıkları zaman ve mekânlar ile tarihin sunduğu imkân ve şartlar farklı olsa da aslında aralarında pek çok ortak nokta bulunmaktadır. Nitekim kimi kurumlarının benzerlikleri ile süreç içerisinde geçirdikleri değişim ve dönüşümler de benzerlik arz etmektedir. Bu bağlamda her iki devlet de uzun soluklu tarihleri içerisinde ve değişen dünya şartlarına bağlı olarak siyasi, ictimâî, askerî, iktisadî ve hukukî yapılarında bazı değişim ve dönüşümlere maruz kalmıştır. Bu bakımdan gerek Roma hukukunun ve gerekse de Osmanlı hukukunun süreç içinde değişime, gelişime ve dönüşümlere uğrama özelliklerinde de benzerlik bulunmaktadır. Ancak dikkatlice incelendiğinde, elbette zaman, mekân ve inanç farkından kaynaklı farklılıkların olduğu görülecektir. Çalışmanın temel amacı; siyasi, askerî, hukukî ve ictimâî olarak tarihte büyük izler bırakmış olan iki büyük devleti benzerlik ve farklılıkları bakımından karşılaştırmaktır. Bu bağlamda karşılaştırmalı tarih yöntemiyle ve mülkiyet hukuku özelinde, Roma İmparatorluğu ile Osmanlı Devleti'nin benzerlik ve farklılıkları coğrafya, zaman, din ve ihtiyaçları zemininde incelenecektir. Bu maksatla Roma mülkiyet hukuku alanındaki literatür ile Osmanlı mülkiyet hukukuna dair literatür ve arşiv belgelerine müracaat edilmiştir. Her iki siyasi idarenin mülkiyet hukuku ve anlayışı hususundaki benzerlik ve farklılıkları

¹ Dr. Öğr. Üyesi. Munzur Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih bölümü. muhammedceyhan@gmail.com, Orcid: 0000-0003-3880-3506

Karşılaştırmalı Bir Hukuk Tarihi Denemesi: Roma Mülkiyet Anlayışı İle Osmanlı Mülkiyet Anlayışının Mukayesesi

ortaya konulduktan sonra yaşanan değişim ve dönüşümler de ele alınarak, değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet, Roma Hukuku, Osmanlı Hukuku, Mülkiyet Hukuku, Karşılaştırmalı Hukuk, Yabancı Hukuku.

A Comparative Study on History of Law: Comparison of Property Approaches Between Roman and Ottoman

Abstract

Roman Empire and the Ottoman State have an importance because of their place in the historical timeline. Though both states emerged in different places and spaces under different historical circumstances, they share a lot in common. Their certain institutions and their change and transformation in time have similarities. During their long histories, their social, economic, military and legal structures shifted as a result of changing global conditions. The very characteristics of these shifts, developments and changes in the laws of the Roman and the Ottoman State resemble each other. However, when the topic is scrutinized more closely, the differences can easily be spotted due to differences in time, space and belief. The main aim of this study is to compare the two grand states that had deeply affected the history as political, military, legally, social, in terms of similarities and differences. In this context, using comparative history method with a specific focus of the property law, the differences and similarities between the Roman Empire and the Ottoman State will be examined considering geography, time, religion and requirements. To this end, the literature and archive records of the Ottoman and Roman States in the field of property law have been made use of. After revealing the similarities and the differences between two political administration regarding their understanding of property law as much as possible, the results reached about the shifts and transformations will be put forward within an academic framework.

Keywords: Property, Roman Law, Ottoman Law, Property Law, Comparative Law, Foreign Law.

GİRİŞ

Dilimizdeki *mülkiyet* kelimesi, Arapça *mülk* sözcüğünden türemiştir. *Mülk* ise; “hüküm ile bir şeyin zapt ve tasarrufu” olarak tanımlanmaktadır. Aynı kökten türeyen *melik* kelimesi de mülke sahip olan, yani hükümdar anlamına gelmektedir. Bu bağlamda; *mülk*, *melik*, *mâlik*, *meleke* kelimelerinin Arapça *m-l-k* kökünden geldiği ve bu kökten çıkan bütün kelimelerde “güç, kuvvet, iktidar” anlamının bulunduğu görülmektedir. Bu ilişkinin benzeri Yunan ve Latin

dillerindeki *mülkiyet* anlamında kullanılan kelimelerde de görülmektedir. Yunanca *kyriotes* kelimesi ile Latince'deki *dominium* ve *proprietas* kelimeleri mülkiyet anlamına gelmekte olup “güç, kuvvet, iktidar” anlamı taşımaktadır (Güriz, 1969: XIII).

İnsan-Eşya ilişkisinin hukukî ifadesi olan *mülkiyet*; en ilkel toplumlardan başlamak üzere farklı evrelerden geçerek günümüz modern hukuklarının vazgeçilmez haklarından birisi konumuna gelmiştir. Tarih boyunca en ilkel dönemden en modern döneme kadar üzerinde en çok tartışılan husus; mülkiyetin kime ait olacağı, mülkiyet üzerindeki tasarruf, kullanma ve yararlanma yetkisinin kimde bulunacağı ve hangi sınırlar içinde kalınacağıdır. Bu bağlamda da en çok üretime yarayan malların mülkiyetinin kime ait olacağı ilkçağlardan beri tartışılmaktadır (Güriz, 1969: XIII).

Mülkiyetin çağlar içindeki gelişimini irdeleyen en önemli bilim adamlarından biri Friedrich Engels'tir. Engels, aile ve devletin en ilkel dönemlerden beri aşama aşama şekillendiğini, bu çerçevede üretim araç ve ilişkilerinin de belli bir olgunluğa sahip olması ile yine bu üretim ilişkisine bağlı olarak mülkiyet olgusunun da geliştiğini belirtmektedir (2010: 29-36). İlkel mülkiyet ortaklığı döneminin aşılmasından sonra bir hak olarak en belirgin şeklini antik devirde Yunan'da ve Roma'da alan ve giderek temayüz etmeye başlayan mülkiyetin, tek tanrılı dinlerin fikir dünyasında şekillenmesinden önce akıl merkezli olarak tartışılmıştır. Burada hemen ifade etmek gerekir ki mallara, toplumun mu yoksa kişinin mi sahip olması gerektiği yönündeki tartışmalar, uygulamada önemli sonuçlar doğurmasa bile fikir dünyasını etkilemiştir. Şüphesiz ki özel mülkiyet ve toplum mülkiyeti tartışmaları tek tanrılı dinlerin, fikir dünyasında etkili olmaya başlamalarıyla da devam etmiştir. Ancak tartışmalarda kullanılan ve yararlanılan kanıtlar, akıldan çok din ilkelerinden çıkarılmıştır (Güriz, 1969: XIII).

Özel mülkiyet hakkının gittikçe genişleyen ve yaygınlaşan biçimde mutlak bir hak olduğu tezinin güçlenmesinde önemli bir rol oynayan Roma hukukunun yarattığı “mâlike mutlak haklar ve yetkiler sağlayan mülkiyet” anlayışı, feodal dönemde etkisini yitirmiş ve bu dönemde özellikle toprak mülkiyeti mutlak ve bölünmeyen bir hak olmaktan çıkmış, hiyerarşik nitelik taşıyan hakların ve ödevlerin konusu olmuştur. Ancak 17 ve 18. Yüzyıllar, mülkiyet hakkının tabii, vazgeçilmez ve mutlak haklardan birisi olduğunun ve feodal olarak var olan sınırlamaların reddedildiği bir dönem olmuştur. Bu dönemde özel mülkiyetin toplum için zararlı mı yoksa yararlı mı olduğu tartışılmış ve özel mülkiyetin kaldırılması ya da kısıtlanması seçenekleri tartışılmıştır. Kapitalizmin artık egemen bir konuma gelmeye başladığı 19. Yüzyıldan itibaren konu bütün yönleri

ile tartışılmıştır. Mülkiyetin ve mülkiyet dağılışının toplum üzerinde etkisi bütün görüşler tarafından kabul görürken özellikle üretim araçlarının özel mülkiyet mi yoksa toplum mülkiyeti konusu mu olacağı konusu fikir birliği yoktur (Güriz, 1969: XIII-XIV).

Günümüze gelindiğinde, mülkiyet konusunda yapılan tartışmaların temelinde, yine en eski zamanlardan günümüze kadar gelen süreç içindeki tartışmalarda olduğu gibi mülkiyet konusu olan şey veya şeylerin birey ve toplum hayatı içinde taşıdığı önem vardır. Bu noktada da özellikle mülkiyet kavramının bünye ve içeriğinde mâlike tanınan yetkilerin yanında ödevlerin de bir unsur olarak bulunup bulunmadığı tartışmaların ana temasını oluşturmaktadır. Tartışmada yer alan fikir adamlarını üç grupta toplamak mümkündür. Bunlardan ilk grup Klâsik (Liberal) Sistem'e taraftar olan yazarlardır. Bu sistem, kişi-eşya ilişkisinde mâlike şey üzerinde sınırsız hak tanır. Üretim ve tüketim mâllarının mülkiyeti ilke olarak bireylere aittir. Yine bu sistemin mensupları mülkiyet kavramının soyut ve genel (evrensel) bir kavram olduğunu, bu kavramın içeriğinin sadece yetkilerden oluştuğunu ileri sürmektedirler. Buna karşın Marksist Sistem'e taraftar olan yazarlar ise kişi-eşya ilişkisini, klâsik sistemin tam aksi yönde değiştirmiş ve eşyanın mülkiyetini bireyden alarak topluma, başka bir söylemle devlete tanımış ve mülkiyetin bireye de ödev ve sorumluluk yüklediğini buna karşın yetkinsin hemen hemen olmadığını belirtmişlerdir. Bu iki sisteme karşın Karma (Modern) Sistem mensupları ise hem ödev hem de yetkinin mülkiyet içerisinde mevcut olduğunu savunmuşlardır (Eren, 2011: 3-16)².

1. Roma Hukukunda Mülkiyet Anlayışı

1.1. Roma Hukukunun Tarihi Dönemleri ve Mülkiyetin Tarihçesi

Roma'da hukuk; Roma şehrinin MÖ. 753 yılında kurulmasından başlayıp MS. 6. yüzyılda Iustinianus zamanındaki kanunlaştırma hareketlerine kadar uzun bir gelişim süreci geçirmiştir. Bu nedenle bin yılı aşkın bir süre Roma devletinde geçerli olan hukuk için kullanılan Roma hukuku deyimini, gerçekte bu uzun gelişim

² Söz konusu hukuk sistemlerinden ilk ikisinin mensuplarının fikirlerinde bir hayli keskin olduklarını görmek mümkündür. Nitekim, Marksist Sistemin fikriyatını savunan Pierre-Joseph Proudhon, mülkiyetin hırsızlıkla eş anlamlı olduğunu ve insanların huzursuzluğunun ve mutsuzluğunun temelinde de özel mülkiyet olduğunu savunmaktadır (Proudhon, 2011: 16-20). Buna karşın bireyi ön plana çıkaran ve Klâsik Sistemin de temelini teşkil eden kapitalizm de ise kişinin yetki ve hakları sınırsızdır. Bu denli birey merkezli olan Kapitalizmin ruhunda yatan unsurları Max Weber, dört başlıkta toplamaktadır. a. Rasyonel ve akılcı olmak, b. Birey merkezli olmak, c. Çok çalışmak, d. Tasarruf etmek ve yeniden yatırıma dönüştürmek. Weber, bu dört unsur harekete geçirilirse insanın mutlu olacağını savunmaktadır (Weber, 2011: 19 vd.).

süreci içinde oluşan ve kaynakları ile nitelikleri farklı çeşitli hukuk sistemlerini kapsamaktadır. Gerçi on iki yüzyılı aşkın bir süre içinde Roma hukuku, birdenbire devrimler yaratan değişikliklerle değil organik ve sürekli olarak gelişmiştir. Ancak Roma hukukunun yapısını incelerken bazı dönemler saptamak gerekir. Çünkü hukuk da edebiyat, sanat ve dil gibi bir toplum ürünü olduğundan, değişik toplumlarda ve aynı toplumda farklı dönemlerde değişen gereksinme ve anlayışlara göre başka biçimlerde belirir. Bu nedenle, gelişmesi bin yıldan fazla sürmüş olan Roma hukukunun da Roma şehrinin kuruluşundan Iustinianus'un ölümüne kadar geçen süre içinde birbirine benzemeyen biçimler göstermesi, Roma uygarlığının siyasal, toplumsal, töresel ve dinsel öğelerine uygun olarak değişmiş ve gelişmiş olmasının sonucudur. Örneğin Cumhuriyet ve Principatus dönemlerinin hukuku, Iustinianus zamanının hukukundan büyük ölçüde farklıdır (Erdoğan, 1995: 36-80).

Roma hukukunda *ius civile*'ye (şehirdenlerin hukuku) ait bir müessese olan mülkiyet; *Dominium ex iure Quiritium*= *Quirites* (Roma vatandaşı) hukukuna göre mülkiyet demektir. Başka bir söylemle bir mâlın mülk addedilebilmesi için mâlikin Roma vatandaşı olması gerekmektedir. Buradan üç sonuç ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yalnız Roma vatandaşı mülkiyetin tarafı olabilir. Vatandaş olmayanlar ve *pregrinus*'lar (yabancılar) *ius commercii*'ye (ticaret yapma ehliyeti) mâlik olsalar bile bu haktan mahrumdurlar. Çünkü *ius commercii* yalnız Roma alış-veriş hayatını temin etmiş olur. *Ius gentium*'un (milletler hukuku) gelişmesinden itibaren ise mülkiyet hakları vardır. İkinci olarak, Roma hukukuna dayanan mülkiyet yalnız Roma eşyalarında mümkündür. Bir Romalı'ya ait *res Mancipi* (toplumsal ve ekonomik değeri olan mallar) ve *res nec Mancipi*'ler (toplumsal ve ekonomik değeri olan mallar dışında kalanlar) ile taşınmazlardan yalnız İtalya'daki emlak ve akar Roma hukukuna göre mülkiyet konusu olabilirdi. Buna karşın bütün eyalet emlakı ve Roma İmparatorluğu'na bağlı deniz aşırı yerler ise bundan müstesnadır. Roma vatandaşına ait bulunsu bile durum böyle idi. Zira, söz konusu yerler üzerinde medeni hukuka göre mülkiyet hakkı bulunmazdı. Üçüncü olarak ise Roma medeni hukukuna dayanan bu mülkiyet yalnız *ius civile* (medeni hukukunun) iktisab yolları ile elde edilebilirdi (Koschaker, 1977: 117-119). Ancak Roma'da klasik hukuk döneminde *ius civile* mülkiyeti yanında bir taraftan *ager publicus* (savaş neticesinde elde edilen araziler) üzerindeki egemenlik hakkının giderek mülkiyete benzer bir nitelik kazanması, öte yandan Roma egemenliği altına sokulan ve mülkiyeti devlete ait sayılan eyalet toprakları üzerinde özel kişilere tanınan çeşitli egemenlik haklarının mülkiyete benzer biçimlerde korunması ve yine *praetor*'un (ülkeyi yöneten) bir takım insan-eşya ilişkilerinin korunması için çeşitli hukukî yollar tanınması bu üç yeni mülkiyet tipinin oluşmasına yol açmıştır.

Bu mülkiyet tipleri klasik dönem sonlarına doğru giderek *ius civile* mülkiyetinin kapsamına girerek onunla kaynaşmıştır (Ayla, 2008: 3).

1.2. Mülkiyete Esas Teşkil Eden Mâlin Tasnifi

Genellikle mülkiyet; bir kimsenin mâl üzerindeki en geniş kapsamlı aynı hak olarak tarif edilir. Fakat mülkiyetin muhtevasının tanımını tam olarak yapmak çok zordur. Çünkü mâlinin, mâlî üzerinde yapmaya hakkı olduğu şeyleri ve elindeki salahiyetleri sayıp tayin etmek mümkün değildir. Modern hukukçular mülkiyetin bu hususiyetini “mülkiyetin elastikliği” ifadesiyle izah ederler (Umur, 1985: 20).

Diğere taraftan mülkiyet hakkının içeriği, toplumun ekonomik ve sosyal ihtiyaçları sebebiyle sürekli olarak değişir ve ferdin mâl üzerindeki tasarrufuna yeni sınırlar getirilir. Hatta belli bir zaman içinde bile mülkiyet kavramını tam ifade eden bir formül bulmak zordur. Nitekim Roma kaynaklarında, bugünkü kanunlarda olduğu gibi mülkiyetin umumi bir tarifi yoktur ve söz konusu kavramı kullanmak üzere sarf edilen kavramlar da çeşitlidir. Mülkiyeti ifade eden en eski tabirin *mancupium* veya *mancipium* olduğu anlaşılmaktadır. *Mancipium*; mâllar veya insanlar üzerinde icra olunan hâkimiyet manasına gelen *manus* (el) kelimesinden türemektedir. Daha sonraları, hâkim, efendi manasına gelen *dominus*’tan, *dominium* kelimesi kullanılmış ve nihayet mülkiyet demek için *proprietas* kelimesi de kullanılmıştır. Ama bunların hepsinde “mutlak ve hakimiyet” manaları mevcut olmuştur (Umur, 1985: 20-21)³.

Roma hukukunda mülkiyete esas teşkil eden mâllar, aynı zamanda mülkiyet hukukunun üzerinde icra edileceği mâllardır. Bu bakımdan Roma hukukundaki mâlların tasnifi önemlidir. Söz konusu mâlları çok çeşitli kategorilere sokmak mümkün ise de bizim için önemli olan genel olarak mülkiyete konu olan ve olmayan mâl ayırımıdır. Bu cümleden olarak ilk; *Res extra patrimonium=res in patrimonio* (mâl varlığı dışında kalan eşya – mâl

³ Eski hukuk terminolojisine ait bir terim olan *mancipium* kelimesinin asıl anlamı, kişilerin mâllar ve şahıslar üzerinde kurmuş olduğu hakimiyettir. Dar anlamıyla *peter familias*’ın kendisine başkası tarafından devredilmiş aile evladı üzerindeki hakimiyetini ifade eder. Genel olarak Cumhuriyet ve Principatus dönemlerinde mülkiyeti ifade eden *mancipium* daha sonraları *dominium* ve *proprietas* kelimeleriyle aynı anlamda kullanılmıştır. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru kullanılmaya başlanan *dominium* kelimesi mülkiyeti ve kişilerin maddi mâllar üzerindeki hakimiyetini ifade eden bir diğer kavramdır. Latin dilinde mülkiyet hakkını ifade eden *dominium*’dan sonraki bir diğer kavram *proprietas*’tır. *Proprietas* kelimesi, *proprius*’tan türemiştir ve bir kişiye “âidiyeti” ifade eder. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru ortaya çıkan bu kelime de mülkiyeti ifade eder. Söz konusu kavramların tarihi akış içerisindeki mana ve mahiyetleri konusunda geniş bilgi için bkz. (Ayla, 2008: 3-8).

varlığına dahil olan eşya) ayrımı karşımıza çıkmaktadır. İlk gruba giren mâllar *res divini iuris* (ilahi hukuka tabi mâllar) olup üzerinde hiçbir aynî hak olmadığı gibi hukukî muamelelere de konu teşkil edemez. İkinci gruptaki mâllar ise *res humani iuris* (beşerî hukuka ait mâllar=kamu ve özel mâlları kapsar) zümresinden olarak *res puplicae* (kamu mâlları=fertlerin mülkiyetinde olmayıp devlete ait olduğu düşünülen su yolları, liman gibi mâllardır ki, bunda kamu hukuku uygulanırdı) ve *res communes omnium* (herkesin ortak mâlları=hava, akan su, yağmur gibi ne özel ne de devlet mülkiyetinde olan mâllar) ve *res universitatis* (topluluğa ait mâllar=tiyatro ve spor alanları gibi mâllar) şeklinde kategorilere ayrılmaktadır (Erdoğan, 2009: 4-6).

Kişi malvarlığı içinde yer alabilen ve kâideten hukukî muamelelere konu olabilen beşerî hukuka tabi (*res humani iuris*) mâllar da çeşitli kategorilere ayrılmaktadır. Bunlar;

- *Res Mancipi – res nec Mancipi*
- *Res immobiles – res mobiles* (taşınmaz mâllar – taşınır mâllar)
- *Res fungibiles – res nec fungibiles* (misli mâllar – misli olmayan mâllar)
- *Res quae usu consumuntur* (tüketilebilen – tüketilemeyen mâllar)
- *Res quae sine interitu dividi non possunt* (bölünebilen mâllar – bölünemeyen mâllar)
- Basit eşya – toplu eşya
- *Res principalis, pertinentia, fructus* (asıl mâl, eklenti, semere) (Erdoğan, 2009: 4-15)⁴

⁴ Roma devletinin ilk dönemlerinde yapılan en önemli ayırım *Res Mancipi – Res nec Mancipi* ayrımıdır. Eski ve klasik hukukta, eşyanın en mühim tasnifi içinde iktisadî ve ictimai bakımdan daha önemli sayılan mâllar grubu, ziraat ile uğraşan küçük bir kavmin önemli saydığı mâllardır. Bunlar Cumhuriyet devrinin sonlarında İtalya'daki araziler, arsalar ve binalar, köleler, atlar, öküzler, katırlar ve eşeklerdir. Yani fil ve deve hariç büyük yük-çeki hayvanları ve bunlardan başka eski köy gayrimenkul irtifakları denen geçit irtifakları ile su geçirme irtifakına denmektedir. Bu mâlların mülkiyetinin devri *mancipatio* veya *in iure cessio* ile mümkündür. Bir nazariyeye göre ferdi mülkiyete ilk konu olan mâllar bunlardı. Post-klasik devirde mâlların *mancipi* ve *nec Mancipi* olarak ayrımı önemini kaybetmiş ve Justinianus hukukunda *interpolatio*'lar vasıtasıyla tamamen kaldırılmıştır (Umur, 1983: 185).

1.3. Mülkiyeti İktisab Yolları

Mülkiyet hakkının belli bir kimseye bağlanmasına mülkiyetin iktisabı denmektedir. Modern hukuklar, mülkiyetin “aslen” veya “devren” iktisab edilebileceğini kabul etmektedirler. Mülkiyetin aslen iktisabında; bir kimsenin bir mâl üzerinde önceden mevcut bir hakkına dayanmadan mülkiyeti edinme vardır. Buna karşılık bir kişi, mülkiyet hakkını daha önce mâlik olan kimsenin mülkiyet hakkına dayanarak elde ediyorsa, mülkiyetin *devren iktisabı* söz konusu olmaktadır.

1.3.1. Mülkiyetin Devren İktisabı

Bir kimse, başkasına ait olan bir mülkiyet hakkını, o şahısla yaptığı bir muamele neticesinde (mülkiyetin nakli muamelesi) elde edecek olur ise mülkiyeti *devren iktisab* etmiş sayılır. Mülkiyetin *devren iktisabının* temelinde kural olarak; alım-satım, bağışlama, karz gibi sebepler bulunuyorsa da bu sebepler mülkiyetin *devren iktisabına* yeterli olmaz. Mülkiyetin devrine ve iktisabına yönelik tasarruf muameleleri de yapılmalıdır. Roma hukukundaki *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio* bu türdür (Erdoğan, 2009: 57). Klasik Roma hukukunda *res Mancipi*’lerin mülkiyetinin nakli için gerekli olan iki muameleden biri olan *mancipatio*, sırf *Mancipi*’lerin nakline yarayan tipik bir muameledir. *Res nec Mancipi*’lere uygulansa hiçbir netice doğurmazdı (Umur, 1985: 68).

Mancipatio; Roma’nın en eski ve Roma geleneklerini yansıtan bir maden külçesi ve teraziyle yapılan muameledir. *Mancipatio*’nun mülkiyeti nakletmesi için sekiz kişinin katıldığı merasimli ve sözlü muamelelerin icra edilmesi gerekiyordu. Şart ve vadeye bağlanamayan bu muamelede beş Roma vatandaşı da hazır bulunurdu. Zamanla *mancipatio* peşin alım satım olmaktan çıkarak başta mülkiyetin nakli olmak üzere çeşitli amaçlarla kullanılan (kredili alım-satım, bağışlama, mâlların cihaz olarak verilmesi vs. gibi) bir tasarruf muamelesi haline geldi. Ancak *mancipatio* MS. 4. Yüzyıla kadar azalarak uygulamada kalmış, Iustinianus *res Mancipi* – *nec Mancipi* ayrımını kaldırırken *mancipatio*’nun geçtiği metinleri *interpolitio* ile değiştirmiş ve yerine *traditio* kelimesini koymuştur (Erdoğan, 2009: 61-62).

“*Magistra önünde terk*” anlamına gelen *in iure cessio* uygulaması da *mancipatio* gibi mülkiyeti nakil muamelelerinden birisidir. Ancak söz konusu muamelede aranan açıklık ve aleniyet ilkesi, *magistra*’nın muameleye katılmasıyla *mancipatio*’ya oranla daha büyük ölçüde gerçekleşmektedir. Bu sebeple daha kolay yapılabilen *mancipatio*’ya oranla sık başvuru bir yol değildir. Nitekim şart ve vade kabul etmeyen bir muamele olan *in iure cessio* daha klasik devir ortalarından itibaren nadiren uygulanır olmuş ve nihayet

Iustinianus tarafından klasik metinlerden çıkarılmıştır (Erdoğan, 2009: 62-63).

Traditio, kelime olarak “teslim” anlamına gelmektedir. *In iure cessio* ve *mancipatio*’dan farklı olarak bir *ius civile* muamelesi değil, bir *ius gentium*=kavimler hukuku muamelesi idi ve bu nedenle arada farklar vardı. *In iure cessio* ve *mancipatio*’dan farklı olmasının başlıca sebebi, *traditio*’nun temelinde zilyetliği devretmekten ibaret olmasından ileri gelmektedir. Bu farklara örnek olarak, *traditio*’nun şart ve vadeye tabi tutulabilir olması verilebilir (Umur, 1985:72-73).

1.3.2. Mülkiyetin Aslen İktisabı

Aslen iktisab hallerinin bir kısmında mâl daha önce hiç mülkiyet hakkına konu olmamıştır. Mâl üzerinde mâlik olma iradesiyle doğrudan hâkimiyet ve zilyetlik kurulduğunda mülkiyet ilk defa iktisab edilmektedir (denizden balık tutulması gibi). Ya da daha önce mülkiyet hakkına konu olmuş mâl sonradan sahipsiz hale gelmiştir ve ihraz yoluyla elde edilmektedir (terk edilen atı yakalamak). Bir kısım aslen ihtisap hallerinde ise bir kimse mülkiyeti iktisap ettiği anda diğeri kaybetmektedir (zamanaşımı ile iktisab ve semere iktisabı gibi). Bütün bu hallerde ortak olan nokta, mülkiyetin esas itibariyle bir kimsenin daha önceki mülkiyet hakkından bağımsız olarak kazanıldığıdır (Erdoğan, 2009: 70)

Bu uygulamalardan özellikle zamanaşımı ile mülkiyetin iktisabı yolu önemlidir. Başlangıcı Eski hukuk dönemine dayanan ve “kanun tarafından belirlenen bir süre boyunca devam eden zilyetlikle mülkiyetin iktisabı” olarak tanımlanan *usucapio*’nun ortaya çıkış sebebi, kamu yararının sağlanması ve kamu düzeninin korunmasıdır (Günel, 2006: 36).

1.4. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Mülkiyet hakkının içerdiği yetkilerin sınırlandırılması gereksinimi; toplumların değişen siyasal ve sosyo-ekonomik koşullarına, bu koşulların belirlediği manevi ortamlarda oluşan düşünce akımlarına göre her toplumda büyük farklılıklar göstermiştir. Roma’da mülkiyetin, hukukun ilk kez yazılı olarak saptandığı kabul edilen XII. Levha Kanunu’ndan itibaren farklı dönemlerde değişik sosyo-ekonomik nedenlerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Krallık döneminden başlayarak devletin en yüksek organlarına tanınan çok geniş kapsamlı *imperium* yetkisi, özel kısıtlamalar dışında birçok başka yetkinin dışında özel mülkiyette kullanılacak her türlü yetkiyi içeriyordu. Nitekim *magistra*’ların, önceden saptanmış birtakım kurallara uyma zorunluluğu olmadan kişilerin özel mülkiyet haklarına uygun gördükleri her türlü kısıtlamayı koyma yetkileri vardı (Ayla, 2008: 10-11).

Yapılan kısıtlamaları; kamu hukuku sahasındaki kısıtlamalar ve hususî hukuk tahditleri olarak iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan kamu adına yapılan kısıtlamalar olarak; kamu yararı için istimlak ve müsadere, dini sebeplerle yapılan kısıtlamalar, nehir kenarında bulunan gayrimenkuller ile ilgili sınırlamalar, geçiş hakkı, bina inşaatı dolayısıyla yapılan kısıtlamalar, gayrimenkul vergisi, maden işletmeleri dolayısıyla kısıtlamaları sayabiliriz (Umur, 1985: 32-34). Bunlar içerisinde özellikle devletin kamu yararını gözetmek suretiyle yaptığı müsadere ya da istimlakler önemlidir. Zira, bu uygulamalar -tazminatı verilmiş olsa da- hakkın tamamen elden alınması anlamına gelmektedir.

Hususî hukuk kapsamında da özellikle komşuluk haklarından neşet eden kısıtlamaları zikretmek mümkündür. XII. Kanunundan itibaren mâlik; komşunun arsa ve arazisine olan ulaşımını sağlamakla mükellef olduğu gibi araziye ve evine gidecek suya engel olmamak, ağaç dallarının komşusunun arazisine zarar ve rahatsızlık vermesini engellemekle de sorumlu tutulmuştur (Umur, 1985: 34).

2. Osmanlı Hukukunda Mülkiyet Anlayışı

2.1. Osmanlı Hukukunun Tarihi Dönemleri ve Mülkiyetin Tarihçesi

Osmanlı Devleti, bir beylik olarak kurulması ve hızlı bir yükselme evresinin ardından büyük bir devlet hüviyetini kazanmış ve nihayet yıkılmasına kadar geçen altı asırdan fazla süre içerisinde siyasî, ictimâî, iktisâdî ve askerî açılardan bir takım değişim ve dönüşümler yaşamıştır. Gerek kendi iç bünyesinden kaynaklanan ihtiyaçlar ve gerekse de zamanının dünyasının hızla değişmesi, kaçınılmaz bir şekilde kurumsal bünyede ve devlet anlayışında birçok yenilik hareketlerini gerekli kılmıştır. Söz konusu değişim ve dönüşümün farklı kurumlarda yarattığı değişiklikler birçok araştırmacı tarafından titizlikle irdelendiği halde hukukî yapıda meydana gelen yenilikler maalesef teferruatlı olarak incelenmemiştir. Bu bağlamda, Osmanlı hukukunun tarihi süreç içerisindeki evrimini dönemlendirmek istesek henüz ortaya atılmış ve ispatlanmış bir görüş yoktur. Bu bakımdan Osmanlı hukuk söz konusu olduğunda, daha ziyade örfî ve şer'î hukuk ayrımı ile iktifa edilmektedir. Oysa Tanzimat'tan itibaren bütün kurumlarda bir revizyon ve resepsiyon meydana gelirken hukuk da bundan nasibini almıştır.

Tanzimat dönemi itibarıyla şer'î hukukun düzenlediği ve daha ziyade dinin kapsama alanına giren konularda bir düzenlemeye gidilmezken, devletler arası hukuk konusu başta olmak üzere, hukuk anlayışında bazı köklü değişiklikler olmuştur. Yine Osmanlı hukukunun tesisinde önemli vazifeler icra eden Şer'îye Mahkemeleri'ne Tanzimat döneminden sonra Nizamiye Mahkemeleri

eklenmiştir (Ekinci, 2004: 19-23). Yukarıda da belirttiğimiz gibi Tanzimat dönemi diğer kurumlarda olduğu kadar Osmanlı hukuku ve kurumları için de bir kırılma noktasıdır. Artık Avrupa hukuk sistemleri incelenmiş ve çağın gerekliliği çerçevesinde ve ihtiyaç duyulan alanlarda revize edilmiştir (Bozkurt, 2010: 1-4. Buradan hareketle Osmanlı hukukunu -kesin ve keskin çizgileriyle ve de birbirinden bağımsız bir ayırım olarak görmemek şartıyla- ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilki Tanzimat’a kadarki Osmanlı hukuku, ikincisi ise Tanzimat sonrası Osmanlı hukukudur. Bu açıdan Osmanlı hukuku sahasında Tanzimat döneminden itibaren yaşanan gelişmeler mülkiyet tarihi açısından da önemlidir.

Osmanlı Devleti’nde beş çeşit arazi ve mülkiyet türü vardır ki, bu ayırım devletin ilk zamanlarından itibaren mevcut olup, 1858 tarihli *Arazi Kanunname-i Hümayunu* ile kanunî bir hüviyet kazanmıştır (Cin, 1978: 19-20). Bu kanuna göre Osmanlı Devleti’nde 5 tür arazi mevcuttur. Bunlar;

- *Arazi-i mîriyye* (devlete ait olan araziler)
 - *Arazi-i memlûke* (özel mülkiyete esas olan araziler)
 - *Arazi-i mevkûfe* (vakıflara ait araziler)
 - *Arazi-i metrûke* (terk edilmiş topraklar olup bir mülkiyet veya tasarruf hakkına konu edilemez. Sadece ammenin yararına sunulabilir)
 - *Arazi-i mevât* (hiçbir işe yaramayan arazilerdir)
- (Mardin, 1947: 4-5).

Osmanlı Devleti’nde yukarıda tasnif ettiğimiz arazilerden başka, mülkiyet konusu olan taşınır ve taşınmaz mâllar da mevcuttur. Ancak arazi taşınmazı klasik devlet düzenlerinde çok önemli bir yere sahip olduğu gibi Osmanlı açısından da önemlidir. Zira Osmanlının uzun müddet ayakta kalmasında büyük rol oynayan temel müesseselerinin dayanağı toprak ve bu toprağa dayalı sistemlerdir. Bu sebeple arazi büyük oranda devlete aittir. Üzerindeki halk kiracı konumunda olup toprağın kullanım hakkına sahiptir. Ancak toprak üzerindeki bu tekelle yapı süreç içerisinde -şartların zorlaması neticesinde- değişmiştir. Nitekim yukarıda mevzubahis ettiğimiz *Arazi Kanunname-i Hümayunu*’nun ardından *arazi-i mîrî* olarak tabir edilen ve Osmanlı arazisinin büyük bir kısmını teşkil eden toprakların mülk haline dönüşüm süreci başlamıştır (Cin, 1969: 290 vd.).

Osmanlı Devleti’nde, devlet tâbiyetinde olan ve teb’a olarak adlandırılan herkes özel mülk edinme hakkına sahiptir. Ancak devlet vatandaşı olmayan yabancıların Osmanlı sınırları içinde taşınmaz mülkiyet edinimi 1867 tarihli *Ecanibin Hakk-ı İstimlaki Hakkında Kanunu*’na kadar yasaktı. Bu tarihten sonra

artık yabancılar da Osmanlı Devleti'nde mülk edinme hakkını kazanmışlardır (*Düstur*, 1. Tertip, 1. Cilt: s. 230).

2.2. Mülkiyete Esas Teşkil Eden Mâlin Tasnifi

İnsanlar arasında iktisadî bir değeri olan maddî bir varlık olan mâl; İslam hukununda, dolayısıyla da Osmanlı hukukunda mülkiyetin ana unsuru konumundadır. Tarifinden de anlaşılacağı üzere mâl, iki unsuru ön plana çıkarmaktadır. Birincisi fizikî olarak mevcudiyet, diğeri ise iktisadî bir değere sahip olma (Aydın, 2010: 335-336).

İslam hukuku eşya ve hakların mâl sayılması, dolayısıyla da mülkiyete konu olması hususunda sonuna kadar açıktır. Kısacası insanların faydalanma, edinme ve sahip olma (*intifa*, *temevvül* ve *temellük*) konusu yapabilecekleri bütün eşya ve haklara mâl denebilir. Ancak İslâm hukukunda kanun koyucu (Şâri', Allah ve Rasulü), her mâlî Müslüman için yararlanmaya elverişli ve edinilip kullanılabilir veya işletip gelir elde edilebilir olarak görmemiştir. Bu konuda dinin bazı mâllar (mesela domuz, şarap gibi) üzerinde kısıtlamaları hatta yasakları da vardır (Demir, 1981: 20).

İslam hukukunda mâl, muhtelif bakımlardan sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bunlardan en yaygın sınıflandırma; *mütekavvim mâl*-*gayrimütekavvim mâl*, *misli mâl*-*gayrimisli mâl*, *menkul mâl*-*gayrimenkul mâl*, *kullanılan mâl*-*tüketilen mâl* şeklindedir (Karaman, 1999: 19-22).

Bu mâl sınıflamaları içinde *mütekavvim mâl*-*gayrimütekavvim mâl* ayırımı bizim için önemlidir. Çünkü mülkiyetin tesisi konusunda bir mâlin hukukî bakımdan kabul görmesi önemlidir. *Mütekavvim mâl*, hukuk tarafından kabul edilen ve üzerinde hak ve hukukun tesis edilebileceği mâllardır. *Gayrimütekavvim mâl* ise hukukun kabul etmediği mâllardır. *Mütekavvim mâl*'da esas olan İslâm dininin bu mâla izin vermesi ve elde edilmiş olmasıdır. Bu sebeple dinen yasaklanan şarap ve domuz eti ile henüz avlanmamış av hayvanı ve tutulmamış balık da *mütekavvim mâl* sayılmazlar. İslam hukuku bunları tanımadığı için mülkiyete de esas teşkil edilemezler. Çarşı ve pazarda birimleri arasında değer farkı olmayacak şekilde benzeri bulunan mâllara (Para, yumurta gibi) *misli mâl*, benzeri bulunmayan (yazma kitap gibi) mâllara ise *gayrimisli mâl* denilmektedir. Mâllar taşınır olup olmamalarına göre de *menkul mâl* ve *gayrimenkul mâl* olarak ayrılmaktadır (Aydın, 2010: 337-340; Cin ve Akgündüz, 1996: 265-266).

2.3. Mülkiyeti İktisab Yolları

2.3.1. Mülkiyetin Aslen İktisabı

İslam hukukunda *aslen iktisab* yolları; ihraz, kayıp eşyayı bulmak, define ve maden bulmak, hukukî tağyir, karıştırma ve birleştirme şeklinde sayılabilir. Bunlardan *ihrâz* tabiri; istila, işgal ve sahipsiz ölü arazilerin bir iktisab yoluyla ihyasını içermektedir. *Ihrâzın* gerçekleşmesi için iki önemli unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Birincisi mâlın sahipsiz olması, ikinci ise *ihrâz* edenin mâlik olma kastı taşımasıdır (Cin ve Akgündüz, 1996: 271-273).

Osmanlı hukukunda *ihrâza* konu olabilecek taşınmazlar içinde, yukarıda tarifini verdiğimiz *mevat araziler* örnek verilebilir. Bir kişi bu tür arazileri ziraate uygun hale getirebilir ve bunun mülkiyeti de kendisine geçer. Bu uygulamada da esas olan mâlikiyet kastı ve mâlın sahipsiz olmasıdır.

2.3.2. Mülkiyetin Devren İktisabı

Osmanlı hukukunda mülkiyetin *devren iktisabı* konusunda bir takım akitler vardır ki, bunlar mülkiyetin başkasının tasarrufuna geçmesi konusunda önemlidir. Zira borçlar hukukunda bağışlama akdinin dışında mülkiyetin teslimle değil doğrudan akitle geçtiği görülmektedir (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, madde: 1248). Yapılan akitlerde gönüllülük esasına dayalı olarak yapılan satış ve hibe gibi muamelelerin yanında, borç mukabil olarak ve şuf'a hakkı çerçevesinde mülk edinimleri de mümkündür (VGM, Adalar Şer'iyeye Sicilleri, defter no: 37, s. 75.)⁵.

⁵ Borç mukabili mülkün devrine örnek olarak Midilli Adası mahkeme kayıtlarında yer alan bir mülk devrini örnek verebiliriz. H. 3 Ca. 1284 / M. 2 Eylül 1867 tarihli söz konusu belgenin özeti şöyledir; “Midilli'ye mülhak Kalonya Kazası'na tabi Bulhenet Karyesi sakinlerinden İstoraki veled-i Erker ve Marando veled-i Sava'nın, Limbo veled-i Todori'ye 5621 gurus borç verdiklerini ve onun da bu borca karşılık üç ay içinde borcunu ödemek koşuluyla zeytinliğini rehin -“bey'-i bi'l-vefâ”- verdiğini, ancak borcunu üç ay içinde ödeyemediği için rehin olan mülkünün satışı için Manoil veled-i Baba Dimitiri'yi vekil tayin ettiklerine dair hüccet kaydı”. Ayrıntılı bilgi için bkz. (VGM, Adalar Şer'iyeye Sicilleri, defter no: 37, s. 75). Şuf'a hakkından kaynaklanan iktisabı devir işlemine örnek olarak da Konya mahkeme kayıtları içerisinde yer alan ve H. 10 Ramazan 1118 / M. 16 Aralık 1706 tarihli belgeyi örnek verebiliriz. Belgenin özeti şu şekildedir; “Beğ Hekim mahallesi sakinlerinden Yasef veled-i Nikola nam zimminin, Konya haricinde Selifar nam mevzideki mülküyle sınır komşusu olan Resine bint-i Andon nam nasraniyyenin, mülkünü Foti bint-i Andon nam nasraniyyeye sattığını ve kendisinin satıştan sonradan haberi olduğunu belirterek komşusu Resine'nin sattığı mülkün (şefilik hakkının olması hasebiyle) kendisine satılmasını mahkemeden talebi; Foti'nin, davacı kişi ile sınır komşusu olduğunun doğru olduğunu dair beyanı; mahkemenin ise, gerek Foti'nin itirafına gerekse Yasef'in, Resine ile komşu olduğuna ve satış işlemini sonradan duyduğuna dair yeminine istinaden söz konusu mülkün Foti'den alınıp aynı fiyata Yasef'e satılmasına kararı”. Ayrıntılı bilgi için bkz. (BOA, Konya Şer'iyeye Sicilleri, defter no: 41, s. 85).

Mülkiyeti kazandıran ve *devren iktisab* kategorisinde değerlendirilebilecek bir unsur da *halefiyettir*. Bu yolla mülkiyetin kazanılmasında birbirinden farklı iki durum söz konusudur. Birincisi kişinin başkasının yerini almak demek olan mirasçılık hali, ikincisi de telef olan mâlın yerini alan haksız fiil tazminatıdır (Aydın, 2010: 349-350).

Osmanlı mahkeme kayıtlarında miras yoluyla ilgili birçok mülkiyet kazanımı söz konusudur. Mirasın devrinin yer aldığı kayıtlar olan ve şer'îyye sicilleri içerisinde yer alan "terike kayıtları", birçok açıdan -sosyal, kültürel ve sanat tarihi vs- önemli olduğu gibi mülkiyet hukuku açısından da çok büyük önemi haizdir. Özellikle Osmanlı vatandaşlarının sahip olduğu taşınır ve taşınmaz mâlları ve bunların ekonomik değerlerini göstermesi açısından çok önemlidir. Bu cümleden olarak bir terike kaydında yer alan ve mülkiyete esas teşkil eden mâl gruplarını *gayrimenkul mâllar* ve *menkul mâllar* olarak ayırmak mümkündür. Bu mâlların mirasçılara intikâli ise ancak zorunlu harcamaların terikeden harcanmasından sonra mümkündür. Bu zorunlu harcamalar; borçlar, mehir ve nafaka giderleridir (Öztürk, 1995: 165-236)⁶.

2.3.3. Mülkiyetin Kazandırıcı Zamanaşımı İle İktisabı.

İktisabî zamanaşımı, uzunca müddet devam eden ve itiraza uğramayan zilyedliğe dayanarak hak kazanımına sebep olan kazandırıcı zamanaşımıdır. Bir kimse bu şekilde hak iktisab ederken, o zamana kadar hak sahibi olan kimse de hakkını kaybeder. Zamanaşımına dayalı mülk iktisabı konusu, gerek İslam hukukçuları gerekse de Osmanlı hukukçuları arasında tartışılmıştır. Bu konuda kimi hukukçular zamanaşımının mümkün olmadığını savunurken kimisi de bunun mümkün olduğunu savunmuştur (Akgündüz, 2009: 111-120). Esasen Osmanlı uygulamasında zamanaşımına dayalı mülkiyeti iktisaba örnek mahkeme kayıtları mevcuttur. Yine Konya mahkeme kayıtları arasında bulduğumuz ve H. 17 Zilhicce 1118 / M. 22 Mart 1707 tarihli mahkeme kararı buna bir örnektir. 18 yıl önce bazı mâllarının haksız yere zapt edildiğini iddia eden bazı kişilerin davası

⁶ Terike kayıtlarına şu belgeleri örnek olarak verebiliriz; Amasya'da Câmi'-i Enderun Mahallesi'nde Fatıma binti Mustafa'nın mirası kocası Halil ve oğlu Mustafa'ya intikal etmiştir. H. 4 Zilhicce 1109 / M. 13 Haziran 1698 tarihli bu kayıta, terekenin toplam maddi bedeli 290 guruştur. Bu meblağın 217,5 guruşu Fatma kadının oğlu Mustafa'ya, geri kalan 72,5 guruşu da kocası Halil'e intikal etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. (BOA, *Amasya Şer'îyye Sicilleri*: defter no: 22). Bir diğer örnek ise; Gaziantep mahkeme kayıtlarında mevcuttur. H. Zilkade 1106 / M. Haziran-Temmuz 1695 tarihli belgede bir gayrimüslim Osmanlı vatandaşının terike kaydı bulunmaktadır. Gaziantep'in İbni Eyüb Mahallesi ahalisinden olan ve ölen Asozrak veled-i Yakub'un terekesi mirasçısı olan Şahzâde veled-i Karagöz nam Nasrâniyye'ye intikal ettiği halde, söz konusu şahsın borca batık olmasından dolayı tereke tamamen borca sarfedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. (BOA, *Gaziantep Şer'îyye Sicilleri*: defter no: 43).

zaman aşımından dolayı reddedilmiştir (Konya Şer‘iyye Sicilleri, defter no: 41, sayfa no: 169).⁷ Diğer taraftan zamanaşımı neticesinde sadece mülkiyet değil kullanım hakkı da elden gidebiliyordu (Konya Şer‘iyye Sicilleri, defter no: 41, sayfa no: 20)⁸. Zamanaşımı ile iktisabtaki temel sebep İslam hukukunun âme menfaatini öne çıkarmasıdır. İslam hukuku, mülkü kullanmayı ihmal etmeyi yasaklamış ve kullanıma açık araziden bir yeri çevirip de üç yıl içinde imar ve ihya etmeyenlerin haklarını kaybedeceklerini beyan etmiştir. Yani devlet, amme menfaati gerekiyorsa arazi sahiplerini işletmeye zorlayacaktır (Akgündüz, 2009: 276).

2.4. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Yapılan kısıtlamaları, kamu hukuku sahasındaki takyitler ve özel hukuk takyitleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bu takyitlerden kamu hukukundan doğan sınırlamalar önemlidir. Yukarıda mâl konusunda da izah ettiğimiz mülkiyeti hukuken yasaklı mâllar üzerinde bir müslümanın mülk edinimi yasaktır. Bunlar dinin haram kıldığı şarap, domuz eti gibi şeylerdir. Ama bu kurala gayrimüslim Osmanlı vatandaşları tabi değildir. Onların alım-satımlarında ve mülk edinimlerinde söz konusu haram şeylere bir kısıtlama yapılmamıştır. Bu konuda Osmanlı mahkeme kayıtlarında birçok kayıt mevcuttur. Ama, nihayetinde kamu ve amme yararına olan kısıtlamalarda bütün devlet vatandaşları aynı kurala tabidir.

Osmanlı hukukunda, kamu hukukundan kaynaklı kısıtlamalar konusunda bizim için en önemli husus müsadere uygulamasıdır. Vezirlerle devlet erkanının ve memleket zenginleri ile tanınmış adamların ecelleriyle öldüklerinde veya herhangi bir sebeple idamlarında metrukâtının ve bazen de sağlıklarında mâllarının devlet namına kamulaştırılması (Pakalın, 1983: 624-625) anlamına gelen müsadere uygulaması, Osmanlı Devleti’nde en baştan beri cari olan uygulamadır. Ancak, devlet mâlını zimmetine geçirenler ve asiler hakkında

⁷ Söz konusu belgenin özeti şu şekildedir; “Samarra nahiyesine tâbi Küçük Köy nam karye sakinlerinden bazı kişilerin, Turidi Derviş Ali’nin arkadaşlarından olan Ali oğlu Resul’ün, 18 sene önce kendilerinden cebren ve kahren 60 gurus para ile bazı eşyalar aldığını, daha sonra istediklerinde de vermediğini iddia ederek Resul’den şikayetçi olmuşlar; mahkeme ise, davacı şahısların 18 seneden beri davacı olmadıkları gerekçesiyle karye ahalisini taleplerinden men etmiştir”.

⁸ H. 8 Receb 1118 / M. 16 Ekim 1707 tarihli belgenin özeti şu şekildedir; “Hoşhan mahellesi sakinlerinden el-Haç İbrahim oğlu Mustafa Beşe’nin, - Tol nam karyede bulunan 85 dönümlük tarlasını Fethullah oğlu el-Haç Şaban’ın zabt ettiğini belirterek Şaban’dan şikayetçi olmuş; Şaban’ın, söz konusu tarlayı (15 seneden beri boş ve hali olduğu için) sahib-i arz Ali ağadan aldığı tapu temessüküne istinaden zabt ettiğini beyan etmiş; mahkeme ise, tapu temessüküne itibar ederek, Mustafa Beşe’yi davasından men etmiştir” .

uygulanan müsadere cezası, hazine müzayakasına karşı mali bir tedbir haline de getirilmiş ve bu sebeple suistimal edilmiştir (Baysun, 1979: 669).

Devlet mâlını mülküne geçiren ya da devlete olan borcunu ödemeyenler konusunda devlet, söz konusu müesseseyi harekete geçirmiş ve ilgili şahısların mâllarını kamulaştırmıştır. Bu konuda Osmanlı Arşivi'nde ve Osmanlı mahkeme kayıtlarında birçok belge mevcuttur. Mesela; eski Kaptan-ı Derya olan ve ölen Vezir Süleyman Paşa'nın devlete ait borcundan dolayı bütün taşınır ve taşınmaz mâllarına el konmuştur. H. 29 Zilhicce 1153 / M. 17 Mart 1741 tarihli söz konusu belgeden anlaşıldığı üzere, Süleyman Paşa'nın terikesine tamamen devlete olan borcuna mukabil olarak el konuyor. Ancak burada üzerinde ehemmiyetle durmak gereken bir nokta var ki Süleyman Paşa'nın terikesi, hanımının mâlları ile karıştığı için eşi Rabia hanımın sözlü beyanına istinaden bu mâllar ayrılmış ve müsadere edilmemiştir. Buradan Osmanlı hukukunda eşlerin mâllarının mülkiyet hakkının ayrı kabul edildiği hükmü çıkmaktadır (BOA, A.E. I. Mahmud, Dosya No: 8, Gömlek No: 543).

Bir diğer kamulaştırma örneğine ise Konya mahkeme kayıtları içerisinde rastlanılmıştır. H. 1106 / M. 1694 tarihlerinde Dulkadir ve H. 1118 / M. 1707 tarihlerinde Adana cizyesini toplamakla görevlendirilen Polat Paşazade İsmail Paşa, haksız yere mülkiyetine mâl geçirdiği için kendisi hapse atılmış ve kendisine ait bütün taşınır ve taşınmaz mâllarına da el konulmuştur (Konya Şer'iyeye Sicilleri, defter no: 41, s. 267.)⁹. Ancak müsadere usulü; müsadereye maruz kalan özellikle üst düzey devlet erkanını ve zenginlerini farklı yollara sevk etmiştir. Bu konuda en makul ve meşru yol vakıf kurmaktır. Bu konuda tartışmalar mevcuttur. Ancak bir gerçek olarak bazı kişilerin sırf evlatlarına mâl aktarmak ve onlara kalıcı bir intifa hakkı sağlamak amacıyla vakıf kurduğu bilinmektedir (Baysun, 1979: 671).

⁹ Konya Şer'iyeye Sicilleri, defter no: 41, s. 267. Söz konusu belgenin müsadere edilen mâllar hariç transkribesi şu şekildedir; "Polat Paşazâde'nin eşyâ defteridir, Bin yüz altı senesi ifrâz-ı Dulkadriye ve yüz on sekiz senesi Adana cizyesi Polad Paşazâde İsmail Paşa'nın uhdesinde olub zimmetinde elli iki bin dokuz yüz on iki buçuk gurûş mâl-ı mîrî olmağla ez mân-ı mâziyyeden berî edâda ta'allül ve muhâlefet eylediği eclden kendüsü kal'a-bend ve emvâl ve eşyâsı ma'rifet-i şer'le beyne'n-nâs sük-ı sultânide furûht ve hâsıl olan meblağı Âsitâne-i Sa'âdet'e irsâl ve teslim-i hazîne itdürülmek bâbında Eyâlet-i Karaman mutasarrıfı vezir-i rûşen-zamir izzetlü ve sa'âdetlü el-Hâcc Hasan Paşa edâme Allâhu te'âlâ iclâlehû hazretlerine hitâben mu'arrişân-ı âlî sâdır ve silahşör-ı sâbık Mehmed Ağa mübâşeretile dâhil oldukda ber-müceb-i emr-i âlî paşa-yı merkûm Konya Kal'ası'nda habs ve yanında mevcûd olan bi'l-cümle revân ve mevâşisi karındaşı İbrahim Bey ile taraf-ı şer'den irsâl olunan Hasan Efendi ve mübâşir-i merkûm ma'rifetiyle tahrîr ve beyne'n-nâs sük-ı sultânide furûht ve hâsıl olan meblağın defter-i müfredâtıdır tahrîren fî-evâsıt-ı Saferi'l-hayr sene tis'a aşara ve mi'e ve elf".

3. Roma Mülkiyet Anlayışı ile Osmanlı Mülkiyet Anlayışının Mukayesesi

Roma İmparatorluğu'nda hem özel mülkiyetin hem de devlet mülkiyetinin bir arada olduğunu görmekteyiz. İlk zamanlarda Roma vatandaşlarına tanınan özel mülk edinimi ilerleyen yüzyıllarda yabancılara da tanınmıştır. Bunda gelişen ve genişleyen Roma İmparatorluğu'nun sosyal ve ekonomik ihtiyaçları etkili olmuştur. Diğer taraftan İtalya dışında kalan eyaletlerin devlet mülkü olduğu anlayışı da yine zamanın şartlarına bağlı olarak değişmiştir. Buna karşın, Osmanlı Devleti'nde özel mülkiyet olmakla beraber toprakların mülkiyetinin çoğunluğu devlete aittir. Bunda da devletin temel sistemi olan tımar uygulaması etkili olmuştur. Ancak Roma'daki gibi değişen dünya şartları Osmanlı'daki bu anlayışın da zamanla değişmesine ve arazilerin mülk haline dönüşmesine sebep olmuştur. Yine yabancılar konusunda da tıpkı Roma'da olduğu gibi Osmanlı'da da ilk zamanlarda bir kısıtlama ve yasaklama varken zamanla bu anlayış değişmiş ve yabancılara da özel mülk edinimi hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla tam anlamıyla bir benzerlik ve örtüşme olmamakla birlikte, Roma ve Osmanlı mülkiyet anlayışlarının evrimi ve bunda etkili olan amiller benzerlik arz etmektedir.

Mülkiyete esas teşkil eden mâl konusunda ise; Roma ile Osmanlı hukuklarında kabul edilen mâllar, devletlerin süreçsel olarak farklı dönemlerde ve coğrafya olarak farklı yerlerde olmaları sebebiyle farklılık arz eder. Bu farklılıkta söz konusu devletlerin ihtiyaçları ve dini inanışları sebebiyle farklılık göstermektedir. Özellikle Osmanlı'da sonuncusunun belirleyici olduğunu görmek mümkündür.

Mülkiyetin kazanım yolları konusunda ana hatları ile bakılacak olur ise; her iki devletin de benzer anlayış ve uygulama içinde olduğunu görmek mümkündür. Mülkiyetin gerek devren gerekse de aslen intikalinde uygulama şekli ve prosödür olarak farklılıklar olmasına rağmen, her iki devletin de gerçek manada mülkün iktisabı için hukukî birimleri yetkili kıldığını görmekteyiz. Yine, söz konusu iktisablarda hukuken tanınan mâl her ne ise ve bu mala sahip olacak kişilere ne hak verilmişse bu çerçevede hakkı kanunî yollarla kendilerine iade edilmekteydi. Ancak teferruata inildiğinde ise mülkiyetin iktisabında farklılıklar göze çarpmaktadır.

Yine mülkiyetin iktisabında kazandırıcı zamanaşımı uygulamasının her iki devlette de olduğunu görüyoruz. Bunda da kamu yararının sağlanması ve kamu düzeninin sürdürülmesi hedeflenmiştir. Bu konuda teferruatta -örneğin zaman konusunda- farklılık olmakla birlikte konunun özü birbiriyle örtüşmektedir.

Karşılaştırmalı Bir Hukuk Tarihi Denemesi: Roma Mülkiyet Anlayışı İle Osmanlı Mülkiyet Anlayışının Mukayesesi

Mülkiyetin sınırlandırılması hususunda ise; her iki devlette de özel mülkiyetin sınırlandırıldığını görmekteyiz. Gerek kamusal hukuk gerekse de özel hukuk kapsamında türlü kısıtlamalar olmuştur. Devletler kamusal hukuk çerçevesinde, kamu düzeni ve amme yararı adına özel mülkleri istimlak etmişlerdir. Bu konuda içerik farklılığına rağmen her iki devletin de uygulamalarında bu yola başvurduklarını görmek mümkündür. Özel hukuk kapsamında ise komşuluk hakkının yine her iki devletçe de kabul edildiği, bu çerçevede birtakım kısıtlamaların var olduğunu görmek mümkündür. Şu'f'a hakkı ve geçit hakkı gibi bu hususta örnek verilebilir.

SONUÇ

Netice itibariyle; ayrı zamanların ve ayrı mekanların uzun ömürlü devletleri olan Roma İmparatorluğu ve Osmanlı Devleti'nin mülkiyet anlayışları ve bu anlayıştan kaynaklı uygulamaları -ortak şartların ve ortak gereksinimlerin bir sonucu olsa gerek- benzerlik arz etmektedir. Aynı şekilde coğrafi genişlemelere ve buna bağlı olarak farklı din ve toplumlarla temas edilmesine neticesinde zaman içindeki değişim ve dönüşümlerin olması gerçeği de örtüşmektedir. Nitekim uzun ömürlü olmaları, süreç içindeki değişimleri şart kılmıştır. Ancak konun teferruatına inildiği vakit, yukarıda bahsettiğimiz zaman, mekân ve inanç farkından kaynaklı kimi farklılıklar da mevcuttur.

KAYNAKÇA / REFERENCES

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi

BOA, MŞH, ŞSC.d.. *Konya Şer'iyye Sicilleri*, defter no: 41

BOA, MŞH, ŞSC.d.. *Amasya Şer'iyye Sicilleri*, defter no: 22 / 13 Haziran 1698

BOA, MŞH, ŞSC.d.. *Gaziantep Şer'iyye Sicilleri*, defter no: 43 / 11 Temmuz 1695

BOA, A.E. I. *Mahmud*, dosya no: 8, gömlek no: 543

Vakıflar Genel Müdürlüğü Arşivi

VGM, *Adalar Şer'iyye Sicilleri*, defter no: 37

Resmi Yayınlar

Düstur, 1. Tertip, 1. Cilt, s. 230.

Araştırma ve İnceleme Eserleri

Aydın, M.A. (2010). *Türk Hukuk Tarihi* (8. Baskı). Beta Yayınları.

Ayla, H.T. (2008). *Roma Hukuku'nda Mülkiyet Hakkının Tarihçesi ve Çağdaş Hukuk Sitemlerine Etkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara üniversitesi sosyal bilimler enstitüsü özel hukuk (Roma özel hukuku) anabilim dalı.

Baysun, M.C. (1979). Müsadere. *İA*, 8. MEB yayınları.

Bozkurt, G. (2010). *Batı Hukukunun Türkiye'de benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)* (2. Baskı). TTK yayınları.

Cin, H. & Akgündüz, A. (1996). *Türk Hukuk Tarihi* (2). OSAV yayınları.

Cin, H. (1969). *Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü*. Sevinç matbaası.

Cin, H. (1978). *Osmanlı Toprak Düzeni ve bu Düzenin Bozulması*. Yenügün matbaası.

Demir, F. (1981). *İslâm Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*. İlmî yayınları.

Ekinci, E. B. (2004). *Tanzimat Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*. Arı Sanat yayınları.

Engels, F. (2010). *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökenleri*. 15. Baskı. (Çev. K. Somer). Sol yayınları.

Erdoğan, B. (1995). *Roma Hukuku*. Filiz Kitabevi.

Erdoğan, B. (2009). *Roma Eşya Hukuku*. 4. Baskı. Der Yayınları.

Eren, F. (2011). *Mülkiyet Hukuku*. Yetkin Yayınları.

Günel, N. (2006). *Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı*. Yetkin yayınları.

Güriz, A. (1969). *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*. Ankara Hukuk Fakültesi yayınları.

Karadeniz, Ö. (1977). *Roma Hukuku*. Ankara hukuk fakültesi yayınları.

Karaman, H. (1999). *İslam Hukuku Tarihi* (III). İz yayıncılık.

Karşılaştırmalı Bir Hukuk Tarihi Denemesi: Roma Mülkiyet Anlayışı İle Osmanlı
Mülkiyet Anlayışının Mukayesesi

- Koschaker, P. & Ayiter, K. (1977). *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Ankara hukuk fakültesi yayınları.
- Mardin, E. (1947). *Toprak Hukuku Dersleri*. Stad matbaası.
- Öztürk, S. (1995). *Askeri Kassama Ait Onyedinci Asır İstanbul Tereke Defterleri (Sosyo-Ekonomik Tahlil)*. OSAV yayınları.
- Pakalın, M.Z. (1983). *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü* (II). MEB yayınları.
- Proudhon, P.J. (2011). *Mülkiyet Nedir?* 11. Baskı. (Çev. D. Çetinkasap). İş Bankası kültür yayınları.
- Umur, Z. (1983). *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul üniversitesi yayınları.
- Umur, Z. (1985). *Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*. Filiz kitabevi.
- Weber, M. (2011). *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*. (Çev. M. Köktürk). BilgeSu yayınları.