

MENKUL ÂMME EMLÂKİ

(Tenkidî ve mukayeseli tetkik)

Ord. Prof. Ch. Crozat

MÜNDERECAT :

I. — Malların menkul ve gayri menkul olarak idare hukukundaki umumi taksimi. — Bu taksim âmme emlakine tatbik edilmeli mi? — Meselenin ehemmiyeti ve muğlaklığı; bunun âmme emlakî umumi kıstasına tâbi olduğu — Bu mefhumun tekâmülü; âmme hukukundaki tarzı izahı ve hakiki mahiyeti — Burada tetkik edilmeyecek olan mevzuatta âmme malları meselesi — Bazı grup mevzuatta meselenin tatbiki (Fransız, İtalyan, Türk mevzuatı) — Esaslı bir not: Âmme emlakî meselesinin Teşkilâtı Esasiyeye ithaline ait misaller; Alman hukuku.

II. — *Menkul âmme emlakinin kabulüne muhalif olanlar.* — Fransız doktrininin ve bilhassa medeniyecilerin muhalefeti — Medenî Kanununun 538 inci maddesinden çıkarılan mütalâalar — *De Récy*'nin mütalâası ve mahkeme içtihatlarına karşı aldığı tenkidi vaziyet. — *Colin et Capitant*'ın vaziyeti; *Planiol et Ripert*'inki; tenkit. — Âmmecilerin vaziyeti: *Barthélémy*; tenkit. — *Jéze* ve âmme emlakî hakkındaki dar kıstası. — *Alibert*'in mütalâası ve Fransız Devlet Şûrası içtihadı hakkındaki tefsiri; tenkit.

Meselenin İtalyan hukukundaki vaziyeti: Emlak ile mamelekin tarifi. — Âmme emlakî hakkındaki kıstas üzerinde münakaşalar: Başlıca müelliflerin mütalâası; *Guicciardi*'nin yeni müdahalesi. — Menkullerin âmme emlakinden ihracı. — Tasarrufu caiz olmayan mamelek malları ve bunun menkullere müteallik neticeleri.

III. — *Menkul âmme emlakinin kabulüne taraftar olanlar.* — Fransız hukuk mahkemelerinin içtihadı: 1846 ve 1894 tarihli tipik kararlar ve bunların şümulü. — Eski müellifler ve menkullerin âmme emlakine ithali hususunda beyan edilen medenî hukuk esasları: *Proud'hon*, *Ducroq*. — Âmme hukukçularında yeni doktrin. — *Moreau* ve âmme kudreti. — *Duguît*'nin âmme emlakine ait silsilei meratibi; tenkit. — *Hauriou*'nun tahsis ve umumi menfaat hususundaki müstakar nazariyesi;

tenkit. — *Bonnard*'ın muhtelit nazariyesi; tenkit. — *Walne*'nin akli kıstası; tenkit.

Belçika hukuku menkulleri âmme emlâki meyanında kabul ediyor: *Errera; Vauthier*.

Menkul âmme emlâkine müteallik dar ve geniş sistemler.

IV. — Umumi olarak âmme emlâkine ve hususi olarak da menkul âmme emlâkine dair *mevzuatın ademi kifayeti*. — Bu vaziyetin Fransız ve İtalyan müellifleri tarafından müşahedesi. — Teklif edilen sureti hal-ler — *R. Capitant*'ın tahsis mefhumunun genişletilmesi hususundaki mü-talâası. — Vâzîi kanuna müracaat ve şahsi tefsir hususundaki *Jansse*'in mutalâası; bu mutalâaların tenkidi.

Noktaî nazarımız: Bilâtereddüt vâzîi kanuna müracaat. — Mevzuun idare hukukunun tedvinine bağlı bulunduğu. — Teşriî teşebbüsler; Por-tekiz, Fransız ve Belçika misalleri. — Menkullerin himayesi için tasnifin ehemmiyeti.

V. — *Türk Hukuku*: Âmme emlâkine dahil malların mütemadiyen arta gelmekte olması. — Bu emlâk ile hususi emlâke tatbik edilecek re-jimin ve bunları birbirinden ayıran kıstasın tayini lüzumu. — Eski arazi kanunnamesi ve araziî metrukenin ne olduğu. — Diğer kanunların tet-kiki. — Kat'î ve sarîh bir kıstasa varmağa imkân olamadığı. — Menkul-lerin âmme emlâkine dahil bulunduğu. — Mevzuat. — Müellifler: (İdare hukuku müellifleri, medenî hukuk müellifleri). — Yeni ve müstakil bir kanunun ihzârı lüzumu.

VI. — Devletler Hukukunda menkul âmme emlâki.

VII. — Bibliografya.

I

Bidayeten Roma hukuku ve bilâhare eski hukuk tarafından hu-kuk ilminin *summa rerum divisio*'su olarak telâkki edilen malla-rın menkul ve gayri menkul şeklindeki taksimi, bugünkü kanunlar-da da aynı veçheyi arz etmektedir. Bir çok milletlerin dahilî âmme hukukları bu esaslı taksimi bir dereceye kadar nazarı itibara almak-tadır. Bazı hukuk kaideleri, bazı usulü muhakeme prensipleri ya münhasıran menkullere veya münhasıran gayri menkullere tatbik olunur; mümasil meselelerde bu mallardan birinin veya diğerinin mevzuubahs olmasına göre, vazedilen esaslar da birbirlerinden fark-lıdır. Ezcümle, Türk ve Fransız idare hukuklarında, istimplâk esas itibarile gayri menkullere, bilâkis vaz'iyed esas itibarile menkullere mütealliktir; bu cebri mal iktisabı şekillerine birbirinden farklı ka-idelerin tatbiki elzem göründü. Maamafih 11 Temmuz 1938 tarihli bir Fransız kanunu harp halinde yalnız menkullerin değil, gayri menkullerin de vaz'iyede tâbi olabileceklerini kabul etmiştir; bu su-retle, vaziyed istimplâk usulile birleşmiş bulunuyor. Normal zaman-

larda gayri menkul mülkiyetinin haiz olduğu teminat açık bir şekilde tenakus etmektedir; fakat mezkûr kanun ancak harp müddetince mer'i ve muteberdir; malların menkul ve gayri menkul olarak tefrikini göz önünde bulunduran vaz'iyed ile istimlâk arasındaki esaslı farkı normal zamanlar için ipka etmektedir. Diğer bir misal: Nafia işleri münakasalarına ait usul münhasıran gayri menkullere, erzak ve levazım münakasalarına ait usul de münhasıran menkullere aittir.

Âmme idareleri tarafından istimal edilen menkullerin ehemmiyeti günden güne artmaktadır. Bugün fevkalâde bir ehemmiyet kesbetmiş olan millî müdafaa hizmetleri, aşağı yukarı kâmil menkuller ile teçhiz edilmiştir: harp gemileri, kara ve deniz tayyareleri, toplar, tanklar, otomobil ve traktörler, muhtelif esliha ve ilh... Demiryolların müteharrik edevat ve malzemesi; güzel sanatlara ve ilme müteallik eserler: kütüphane kitapları, müze eşyası, tablolar, minyatürler, halılar, el yazıları, evrak ve vesaik te bu meyan-dadır. Bunların hepsi büyük ehemmiyeti haiz menkullerdir; fakat bunların yanında bürolar, masalar, koltuklar, dolaplar ve ilh... gibi âmme hizmetlerinin günlük faaliyetlerine yarayan pek büyük miktarda diğer menkuller de mevcuttur.

Bir sual varidi hatır oluyor: Devlet, vilâyet ve komün gibi âmme topluluklarına ait mallar hakkında tatbik edilecek olan hukuk kaideleri menkul ve gayri menkul taksimini nazarı itibara alacak mı? Menkul veya gayri menkul malların mukadderatı, meselâ bir âmme hizmetinin merkezini teşkil eden bir gayri menkul ile aynı hizmette mütemadiyen kullanılan bir menkulün mukadderatı hukuken aynı mi olacak? veya farklı mı bulunacak? Menkul mallar, mahiyetleri itibarile ve ehemmiyetleri ne olursa olsun, tâbi olacakları muamele başka mıdır? Diğer bir tabirle menkuller âmme emlâkından hariç mi tutulacaktır ve hariç tutulduğu takdirde bunun neticeleri ne olacaktır? veya bunlar âmme emlâkine dahil mi bulunacaktır, dahil bulunduğu takdirde bundan ne gibi hukukî neticeler doğacaktır? Bu son halde, menkul mallar âmme emlâkine geniş bir şekilde mi yoksa mahdut olarak mı dahil bulunacaktır ve bunların âmme emlâkine kabul veya ademi kabulü ne gibi bir kıstasa tâbi olacaktır?

Menkul âmme emlâki mevzuunun, bilhassa mukayeseli hukuk bakımından, toplu ve umumî olarak tetkik edilmiş olduğunu görmedik. Bu mesele, kendisile meşgul olan müellifler arasında bilhassa

münakaşalı bulunmakta ve kat'i ve açık bir neticeye bağlanmamış gibi görünmektedir. Fakat meselenin ehemmiyeti aşikârdır. Tatbikatta, bu hususa dair sadir olan bir çok mahkeme kararları bu meselenin doğurduğu müşkülâtın - bilhassa istihkak davalarının ve idare memurlarının hususî mes'uliyetine mütedair davaların arzettiği müşkülâtın - farazî olmadığını isbat etmişlerdir. Nazarî bakımdan da mevzuun ehemmiyeti az değildir, zira bu tetkik âmme emlâkine mütealliktir. Bu mesele pek eski olduğu kadar derin ilmi münakaşalara mevzu teşkil etmiştir de. Âmme emlâkine ait kitabiyat, bilhassa mukayeseli hukuk sahasında, pek geniştir; bu mesele yeni temayüller doğurmuş ve bunlar da meselenin tetkiki hususunda yeni bir ehemmiyet ve alâka uyandırmıştır.

Maamafih M. Jansse'nin eserine yazmış olduğu mukaddemede Prof. A. Mestre ezcümle diyor ki: Âmme emlâki meselesi «hukukçuyu en çok inkisara sevkeden bir mevzu» olarak telâkki edilebilir. Bunu isbat için de, doktrinin büyük bir teşevvüş içinde bulunduğunu, kat'i ve sarîh kanun hükümlerine tesadüf etmediği veya şayanı teessüf mantık tezatları ile karşılaştığı için müşkülâtı yenmeğe muvaffak olamadığını delil olarak gösteriyor. Mahkeme içtihatları karmakarışıktır: Adliye mahkemeleri ile idare mahkemeleri birbirine zıd kararlar vermekte; aynı nevi mahkemeler hakikî prensipleri istihraçta büyük müşkülât çekmektedirler; hülâsa, «ehemmiyeti pek fazla olan böyle bir meselede hukuk fikri tereddüt, kararsızlık ve teşevvüş içinde bulunmaktadır». Böyle bir mütalâa mübalâgalı olmadığı gibi fransız hukukundan başka hukuk zümreleri için de varittir; meselenin karışıklığı ve âmme emlâkine ait tekci bir görüş bulunamaması karşısında bazı İtalyan müellifleri yeni bir temayül göstermişlerdir ki bunu «âmme emlâkine müteallik bedbin temayül» diye tesmiye etmek mümkündür.

Diğer taraftan, 1932 senesinde intişar eden âmme emlâkine müteallik bir eserin müellifi, Mösyö Pelloux, âmme emlâki mefhumunun idare hukukuna hakikaten elzem bir mefhum olup olmadığı sualini sormaktadır. Bu lüzumun kendisine göre pek şüpheli olduğunu söylemekte tereddüt etmiyor: «Âmme emlâkini himaye ve müdafaa için bunun kabili devrû ferağ ve müruru zamanla kabili iktisap olmadığını söylemeğe hiç ihtiyaç yoktur. Bugün Devlet her tarafta memurları tarafından temsil edilmektedir, ve bunlar Devletin emlâkine vaki olacak tecavüzlere kolayca karşı koyabilirler». Müellifin noktai nazarına göre, aranılan himayeyi temine es-

ki ve yeni mevzuat umumiyetle kâfi gelmektedir. Âmme emlâki-
ne ait kaidelerin halen bakî kalması, âmme iktidarı mefhumunun,
yani bugün artık yeri olmıyan bazı imtiyazların yaşamasına me-
nuttur.

Buna mukabil Mösyö Laubadère «Otomobil ve umumî yolların
rejimi» (1935) adlı eserinde, âmme emlâki mefhumunu lüzumsuz
addetmiyor; ona göre, bu pek eski mesele, diğer bütün hukuk me-
seleleri gibi, yeni bir veçhe almış bulunmaktadır. Mumaileyhin or-
taya attığı tez «sosyal - ekonomik» diye tavsif olunabilir. Bu mü-
ellife göre, âmme emlâki mefhumu bir müddettenberi tekâmülünün
üçüncü safhasına varmış bulunmaktadır. Birinci safhada idare,
umumun istifadesine tahsis edilen mallar üzerinde bir nezaret ve
zabıta hakkı istimalini düşünmüştü; bu safhada idarenin kendi mal-
larından hiç bir varidat veya menfaat temin edemiyeceği kabul
edilmekte idi. İkinci safha, takriben 1900 senesinden itibaren, Hau-
riou ile mektebinin ortaya attığı nazariye ile başlar; bu nazariyeye
göre, idare âmme emlâkinin muhafizi değil belki de malikidir, fakat
bu mülkiyet hususî bir mahiyeti haiz olup umumun menfaatine ola-
rak muayyen cihetlere tahsis edilmiştir. Bunun neticesi olarak em-
lâkin tahsis edilmiş olduğu cihet haleldar edilmeksizin idarenin
bundan istediği gibi istifade edebileceği kabul edilmektedir. Niha-
yet, bugünkü safhayı teşkil eden üçüncü safhada mevzuubahs olan
husus, içtimaî vasfın faik olduğu bir mülkiyettir, ve idare malik sı-
fatını istimal etmek mecburiyetinde olup, emlâkinin işletilmesi için
müdahalede bulunması icap eder; fakat bittabi bu şekildeki bazı
fertler menfaatine yapılan hususî istimal, malların tahsisine hâlel
getirmemelidir. Jansse'nin aşağıdaki mütalâası da bunu ifade edi-
yor: «İçtimaî bakımdan doğrudan doğruya himayesi lâzım gelen
husus Devlet mameleklerinin ve mukasematının müştemilâtı olma-
yıp, bunların tahsis edilmiş oldukları umumî menfaat istifadele-
ridir.»

Bir âmme hukuku müessesesinin (Hauriou'nun terminolojisini
kullanmak için, eşya - müessesenin) iktisadî in'ikâsı hakkındaki bu
ince görüş her ne kadar doğru ise de âmme emlâkine mütedair mer-
kez meseleyi bütün şumulile ipka etmektedir. Filhakika bu mese-
lede mevzuubahs olan nokta, idareye ait bazı malların daha ciddî ve
daha müessir bir himayesini temin gayesile hususî bazı hukuk kai-
delerinin bu idareler tarafından kullanılmasıdır. Âmme emlâki me-
selesi âmme hukukuna ait bir meseledir; idarenin hususî emlâki ise

hususî hukuka ait bir meseledir. Meselenin âmme hukukuna aidiyeti, âmme emlâkine dahil bulunan malların kabili devir, kabili haciz, müruru zaman ile kabili iktisap, prensip itibarile gayri menkul mükellefiyetine tâbi olamamaları neticesini tevlit eder ve şayet menkuller âmme emlâkine dahil bulunuyorlarsa bunların istihkak davası yolile elde edilmesine bir mâni mevcut bulunmaktadır: Âmme emlâkine dahil malların her hangi bir kimsenin, hattâ hüsnü niyet sahibi kimselerin elinde bulunması istihkak davasına mâni değildir, ve bu dava her zaman ikame edileceği gibi, zilyed olan şahıs istihkak davası ikame edene karşı «menkullerde zilyetlik mülkiyete kârinedir» kaidesini kullanamayacak ve hiç bir halde tazminat talebinde bulunamayacaktır. Tabiidir ki bu mahiyette istisnâî bir rejimin mevzuata ithali ancak bunun doğruluğu ve yerindeligi isbat edildikten sonra kabildir. İdarenin bazı mallarını (hepsini değil) çok müessir bir surette himaye etmek lüzumunun bu hususun isbatı için kâfi geldiği umumiyetle kabul olunmaktadır.

Âmme emlâki meselelerine âmme hukuku tatbik olunuyorsa, bu, idarenin âmme emlâki hususunda istimal ettiği zabıta hakkından ileri gelmemekte, fakat «âmme hukukuna ait» diye tavsif edilen ve hususî hukuktakine benzemiyen bir mülkiyet hakkının mevcudiyetinden husule gelmektedir. Burada mevzuubahs olan mülkiyet, idarenin keyfemayeşa istimal edebileceği bir mülkiyet değildir. Bu, müstakil ve serbest bir mülkiyet olamaz ve değildir de. Şûrayı Devlet âzasından Alibert'in dediği gibi, «âmme emlâki bir mülkiyettir, çünkü böyle olması daha elverişlidir; ve bu mülkiyet medenî hukuk haricindedir, zira bunun müessiriyeti hususî bir himayeye bağlıdır». Âmme mülkiyeti idare lehine mevcut olan idarî aynî haklardan müteşekkil ve hususî hukukun tanıdığı aynî haklardan farklı bir hukuk kategorisi ifade eder. Meyer'in iddia ettiği gibi bu hak «ihtiyaca göre tadil edilerek medenî hukuktaki mülkiyet fikrinin âmme hukuku sahasına intikal ettirilmiş bir şekli» değildir. Âmme mülkiyeti bundan çok daha şümullüdür. Malik sıfatını haiz olan herhangi bir âmme şahsiyeti emlâkinden hususî bazı şartlar ve bazı şekiller tahtında istifade eder ki, bunlar hususî hukukça meçhuldür. Mülkiyete mevzu olan mal bir âmme fonksiyonunda istimal edilmelidir ve bu mal ile fonksiyon arasında mevcut olan münasebet âmme mülkiyeti mefhumunu tayin ve tasrihe çok yardım eder. Âmme şahsiyetinin kendisine has ve esaslı gayeleri vardır ve mal bunun âletidir; âmme mülkiyeti lüzumlu bir mülkiyet-

tir, fakat bu, âmme emlâkine dahil malların sabit ve değişmez olduklarını ifade etmez (1).

Demek oluyor ki âmme emlâki derin sebeplere, hattâ enstitüsyonel diyebileceğimiz sebeplere malik bulunan hukukî bir rejimdir. Âmme emlâki sabırlı ve realist bir tarzda bilhassa idarî hayat, doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından vücuda getirilmiş ve bu suretle en mübrem idarî ihtiyaçlara cevap verilmiştir. Bu bakımdan, umumî olarak âmme emlâki meselesinin, yani Devlete ve en geniş manasile âmme teşekküllerine ait malların bir çok esas teşkilât kanunlarında yer aldığına işaret etmek bilhassa münasip olacağı kanaatindeyiz; zira bu noktanın en maruf eserlerde bile tebarüz ettirilmediği müşahede olunabilir (2) Âmme emlâki meselesinin, da-

(1) Bu nokta hakkında Profesör G. Renard gayet sarîh olarak diyor ki, (Cours élémentaire de droit public, 1922, s. 156) : «Âmme emlâki bir mülkiyet ise, bunu tarif için medenî hukukun umumî kaidelerine müracaat kâfi değildir, ancak fayda ve külfetleri tadat edilirken aralarındaki farklar kaydedilebilir... Âmme emlâki medenî hukuktan ancak mülkiyet mefhumunun ruhunu alarak bu temel mefhum üzerine hukuk ilmi umumun istimali ve âmme hizmetleri ölçüsüne göre orijinal bir müessese yaratmalıdır; âmme emlâki ile hususî emlâk arasındaki esaslı fark buradadır, ve âmme idaresinin ihtiva ettiği bilûmum subjektif haklar bu gibi farklarla karakterize olur.»

Âmme mülkiyetinin iyi bir tarifine C. L. Appendino'da tesadüf etmekteyiz : (Systema di diritto amministrativo scientifico in confronto con le dottrine dominanti e con lo Stato delle Leggi 1931 p. 311). «Il potere, conferito dalle legge all'ente pubblico sulla causa di utilizzarla, e disporne; sotto la guida delle legge stessa, per l'obbligatoria realizzazione dei propri fini e dentro i limiti di questa.»

(2) Âmme emlâkinin esas teşkilâta yer alması epeyce eskidir. Mevzuun kaynağı olan ihtilâlden evvelki Fransız hukukunda, taca ait malların devir ve ferağ edilemeyeceği kaidesi örf ve âdet esas teşkilâtının temel kanunları (XIV üncü asırdan itibaren) diye tavsif edilen düsturlarından biri idi. (Bak: Chénon, Histoire générale du droit français, cilt I, sah. 899 - Déclareuil, Histoire générale du droit français, sah. 389). O zamanlar mameleke dahil araziyi muhafaza etmek umumî menfaat için iki bakımdan mühimdi: Evvelâ siyaseten mühimdi, zira toprak mülkiyeti Kapesyenler devrinin iptidalarında emretme salâhiyetine bağlı olduğu gibi, devletin inhilâli için çalışan rakip feodalite (derebeylik) ye karşı da elzemdi. Saniiyen mali bakımdan mühimdi, zira mamelekin gelirleri Krallık bütçesinin normal varidatını teşkil ederdi. Devletin hayatı için zaruri olan bu unsuru muhafaza etmek için, hukukçular buna dahil malların devir ve ferağını menetmeğe çalıştılar. Esas Teşkilât Kanunları, ve ezcümle maruf 1566 tarihli Edit de Moulins, bu devir ve ferağ memnuiyetini kat'i olarak kabul etmiyerek ve bu memnuiyete mu-

ha doğrusu hususî bir rejime tâbi olmaları itibarile bazı âmme mallarının teşkilâtı esasiyeye geçmiş bulunması, meselenin ehemmiyeti hakkında büyük bir delil teşkil eder. Bir çok misaller arasında gayet sarîh olan ve âmme emlakine dahil bulunan malları tadat ederek bunların hukukî vaziyetinin umumî hatlarını tayin eden 19 Mayıs 1933 tarihli yeni Portekiz esas teşkilât kanununu kaydedelim.

Mukayeseli olan bu tetkikimizde, âmme mallarına ve bilhassa menkullere müteallik mevcut bilûmum hukuk sistemlerini incelemek mevzuubahs olamaz. Yalnız şurasını kaydedelim ki, âmme mallarının hukukî mahiyetine ait olan ve Mösyö Iskrow tarafından ortaya atılan umumî taksim, pek fazla ileri götürülmemek şartile kabul edilebilir.

kabil ebedi geri satın alma şartını vaz'ederek mezkûr memnuiyetin şümulünü tayin ediyorlardı. Emlâkin müruru zamana da tâbi olmayacağı beyan ediliyordu.

22 ikinciteşrin - 1 birincikânun 1790 tarihli dekrenin, her zaman millete âit olduğu farzedilen tacın mallarının gayri kabili tasarruf olduğu esasını lâğvedip etmediği hâlen münakaşalıdır. Mevzu Napolyon Medeni Kanununa intikal etti. Maahaza yeri pek de orası değildi; bu husus o kadar doğrudur ki, doktrin yolile şekli olarak değilse de maddî olarak hakikî yerine geçmiş ve âmme hukukunun esaslarından birini teşkil etmiştir. Binaenaleyh fransız hukukunda meseleyi tamamen hukuk tekniği bakımından mülâhaza etmek pek doğru olmaz. Mevzuu itibarile emlak meselesi Esas Teşkilâtı alâkalandıran bir keyfiyettir.

Yeni Esas Teşkilât Kanunlarında bir çok memleketler emläke hususi hükümler ayırmışlardır. Maahaza, âmme emlakinden mi, hususî emlakten mi, yoksa her ikisinden mi bahsedildiğini anlamak bazan müşdür. İleride mevzuu bahsedeceğimiz Portekiz kanunundan gayri, aşağıdaki kanunlara işaret edebiliriz: (Bak: *Dareste*, Les constitutions modernes, 4 cü tab. *Delpech ve Laferrrière* tarafından, Cilt I, türkçe tercemesi: Prof. E. Menemencioğlu, Ankara, 1939. - *Mirkine - Guetzevitich*: Les constitutins de l'Europe moderne, 2 cilt, 1938).

AVRUPA: *Arnavutluk* (1938 tarihli Esas Teşkilât Kanunu, madde 150 - 152) - *Bulgaristan* (1879 tarihli Esas Teşkilât Kanunile muaddel 1893 ve 1911 tarihli kanunların 51 - 53 üncü maddeleri) - *İspanya* (1931 tarihli Esas Teşkilât Kanununun 45 ve 117 nci maddeleri) - *Monako* (1911 tarihli Esas Teşkilât Kanunu ve 1917 tarihli muaddel kanun: Fasil I başlığı «Prens, arazi ve emlak»; hukukan bu iki tâbir gayet doğrudur. Madde 3: «Le domaine public de la principauté est constitué par prélèvement sur le domaine privé du Prince. Il est inaliénable et imprescriptible. Font partie du domaine public, les rues, places et chemins de la Principauté sous la condition qu'ils demeurent toujours affectés à la circulation publique et exception faite des rues et chemins qui sont la prolongation des rues françaises. En font également partie, en sus des

İngiliz sisteminde, umumun istimaline vaz edilmiş olan bir kısım mallar mevcuttur; bundan dolayı mezkûr mallar hususî bir himayeye mazhar bulunmakta ve kendine has kaidelere tâbi olmaktadır. Arzın mülkiyetinin muhakkak surette idareye ait bulunması lâzım olmayıp, bu arz hususî şahısların mülkiyetinde de bulunabilir; bu arzlara, her halde hususî hukukun ahkâmı adiyesi tatbik olunur. Buradaki sistem Fransada «âmme menfaati gayesine tahsis» sistemi diye tesmiye edilen sisteme yakın bir sistemdir.

Tradisyonel *Alman sistemi*'nde (bu memlekette çok yeni bir tekâmül baş göstermektedir), arz hukuku âdiyeye tâbi olmakla beraber, âmme mallarının tahsisi âmme hukukuna dahil bulunmak-

immeubles dont il est parlé aux articles 432 et 433 du Code Civil, les terrains et bâtimens qui sont énumérés dans l'ordonnance qui sera rendue par le Prince, dans un délai de trois mois, en exécution des présentes.» - *Rumanya* (1923 tarihli Esas Teşkilât Kanunu, madde 19-20: «Les voies de communication, l'espace atmosphérique et les eaux navigables et flottables font partie du domaine public. Sont biens publics les eaux qui peuvent produire la force motrice, et celles qui peuvent être utilisées dans l'intérêt commun.» - 1938 tarihli Esas Teşkilât Kanunu, madde 17-18: «Les grandes voies, les routes de moindre importance, les ruelles qui sont à la charge de l'Etat, des départements, des municipalités urbaines et des communes rurales, les fleuves et les rivières exploitées pour la navigation des bateaux ou des radeaux, les rives, les alluvions et les emplacements d'où les eaux de la mer se sont retirées, les ports naturels ou artificiels, les rivages où les bateaux jettent l'ancre, l'espace atmosphérique; les eaux productives de forces motrices d'utilité publique et, en général, tous les biens qui ne sont pas propriété privée sont considérés comme dépendant du domaine public» - *İsviç*: (1809 tarihli ve bir çok defa tadil edilen Esas Teşkilât Kanunu) - *Vatikan*: 11 şubat 1929 tarihinde İtalya ile Papalık arasında imzalanan Lâtran muahedesinde emlak meseleleri büyük bir ehemmiyeti haizdir. Vatikanın mallarını tayin eden bilhassa 3, 13, 14, 18inci maddelerine bakınız. - *Yugoslavya*: (1921 tarihli Esas Teşkilât Kanunu, madde 41 ve 117 - - 1937 tarihli Esas Teşkilât Kanunu, madde 106).

AMERİKA Hükümetleri esas teşkilâtları da ezcümle şunlardır:

Brezilya: (1891 tarihli Esas Teşkilât Kanunile 1925 ve 1926 tarihli muaddel kanunlar madde 64 - 1937 tarihli Esas Teşkilât Kanunu madde 13, 16, 144) - *Kolombiya*: (1886 tarihli Esas Teşkilât Kanunu madde 4) - *Kostarika*: (1901 tarihli Esas Teşkilât Kanunu ve 1908 tarihli muaddel kanun madde 114) - *Ekvator*: (1929 tarihli Esas Teşkilât Kanunu madde 151) - *Meksika*: (1917 tarihli Esas Teşkilât Kanunu ve 1921, 1923, 1928 tarihli muaddel kanunlar madde 27) - *Peru*: (1919 tarihli Esas Teşkilât Kanunu madde 38) - *Venezuella*: (1931 tarihli Esas Teşkilât Kanunu madde 15).

tadır. Fakat Devlet veya âmme teşekkülleri bu malların malikidir ve bu mallar gayri kabili temlik ve müruru zaman yolile gayri kabili iktisaptır (3).

(3) Alman hukuku tetkik ettiğimiz hukuk grupuna girmez. Zira Fransız, İtalyan, Belçika, Rumanya ve Türk hukukunun aksine olarak âmme mallarını (Öffentliche Sachen) sarıh olarak âmme hukuku çerçevesine ithal etmemektedir. Bu hukuk âmme mülkiyeti hukukunu bir âmme ayni hakkı gibi mütalâa etmiyor. Bu sahapa yapılan ilmi teşebbüsler hep akim kalmıştır. Bilhassa bakınız: *Meyer: Deutsches Verwaltungsrecht* 1896 Bd. II, trad. française: *Le droit administratif allemand* t. III, 1905 - *Öffentliche Sachen in Fleischmann's Wörterbuch des deutschen Staats und Verwaltungsrechts*. 1911 - 1914, Bd. III. - *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, in *Archiv für öffentliches Recht*. Bd. XXIX, (1920). Bu müellif Fransız ve İtalyan tezini müdafaa ederek âmme mallarını hususi hukuk hükümlerinden kurtarmak gayesini güden bir âmme mülkiyeti vücuda getirilmesini ve tekçi (unitaire) bir âmme hukuku yaradılmasını istiyordu. «Yabancı bir müessese olan âmme emlakı» nin ithali arzusunda olduğu söylenerek itham edildi. Mütalâası doktrinde olsun, jürisprüdansta, bilhassa *Rechtsstreit über die Basler Fesstungswerke* (Bal şehri tahkimatı) davasında olsun pek iyi karşılanmadı. Maamafih bu müellifin noktai nazarı *Maunz* tarafından tekrar ele alındı ve «Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts» 1930, adlı yazısı Alman âmme mülkiyeti düşünceleri hususunda yazılan en esaslı bir yazıdır.

Devleti bir taraftan hâkim şahıs (personne souveraine) diğer taraftan beytüimal (fisc) olarak telâkki eden ve birinci şeklle devleti mameleki hususlarda ehliyetsiz addeden faik ikici (dualiste) nazariye, hususi hukuk esaslarına müstenit görüşün galip gelmesini temin etmiştir. Maamafih âmme malları, âmme hukuku düsturlarınca müteessir olmuş, daha doğrusu âmme hukukundan mütevellit kısmi tahdidata tâbi hususi birer mülkiyet gibi telâkki edilmişti. Bu husus, bazı müelliflere göre malın umumun istimalile, diğer bazılarına göre de bir zabıta rejiminin tesisini icap ettiren âmme fonksiyonu ile kabili izahtır. Faik mütalâaya taraftar olanlar şunlardır:

Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1905, cilt II, (Sachenrecht) - *Friedrichs*, *Eigentum an öffentlichen Wegen* in *Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, cilt LII, (1918), sah. 456 - *Bürgerliches und öffentliches sachenrechts*, in *Arch. öff. Recht*, cilt XL, (1921) sah. 257. - *Hatschek*, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrecht*, 7 ve 8 inci tab., 1931, sah. 472 ve mü. - *Herrnit*, *Grundlehren der Verwaltungsrecht*, 1921, sah 279. - *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 3 üncü tab, 1931, sah. 508 ve mü. (çok geniş bibliyografya ile). - *Fleiner*, *Institutionen des deutsche Verwaltungsrecht*, 8 inci tab, 1928, sah. 354 ve mü. (Eisenmann tarafından fransızca tercemesi: *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1931, sah. 216 ve mü.).

İsmi geçen bu son müellif, âmme idarelerine ait mallar arasında Al-

Nihayet üçüncü bir grup, hakiki bir âmme emlakı sistemine dayanmaktadır. Bu sistemin başlıca hususiyetleri, âmme emlakine dahil malların mülkiyetinin âmme teşekküllerine ait bulunması (haki-

man hukukunun bazı tefrikler yaptığını beyan ediyor; âmme malları (Öffentliche Sachen) ya «Finanzvermögen» dir, yani öyle mallar ki sermaye olarak kıymetlerle ve gelirlerle âmme hükmi şahsına idari faaliyetinin icrasını mümkün kılar; veya «Verwaltungsvermögen» dir, yani dar mânada âmme malları. Bu mallar da şöylece taksim edilir: Âmme idaresinin muayyen faaliyetinin icrasına lüzumlu olan Sachen in öffentlichen Dienst'ler (âmme hizmeti malları), ve herkesin âmme idaresinden hususi bir müsaade istihsaline lüzum olmaksızın serbestçe kullanabileceği Sachen in Gemeinbrauch (herkesin istimal edebileceği mallar) dir. Alman müellifleri, menkul mahiyetini iktisap edemeyeceklerinden dolayı Sachen in Gemeinbau'lar müstesna olmak üzere, menkul malların mevcudiyetini kabul ediyorlar. Ezcümle Fleiner, mektepler, hastahaneler, gaz ve elektrik gibi belediye işletmelerine ait makine veya gayri menkuller, kışlalar, müstahkem mevkiiler, kabristanlar gibi gayri menkullerden başka, telgraf âletleri, top ve tüfekler, doğrudan doğruya âmme hizmetine tahsis edilmiş olan kiliselerdeki ibadet eşyaları gibi menkulleri tadat etmektedir.

Fleiner, dar mânada âmme mallarının kısmen âmme hukukuna, kısmen de hususi hukuka tâbi olduklarını kabul ediyor. İdarî bir tasarruf olan tahsis (Widmung) halinde, mahiyetleri itibarile âmme vasfını haiz olmıyan malların hizmete konulması (Indienststessung) halinde, âmme mallarının istimal şeklini tayin eden ve âmme hukuku düsturları olan kaidelerin vaz'ı halinde (umumi yolların, kütüphanelerin, müzelerin ve sairinin istimali hususunda talimatnameler) âmme hukuku müdahale eder; bu suretle idareler arasında zuhur edecek olan mülkiyete müteallik münazaalar idarî salâhiyete tâbi olacaktır. Bir âmme malı üzerinde üçüncü bir şahıs lehine bir aynı hak tesisi, mezkûr malın tahsis edildiği âmme işinin icrasına mâni olmayacak nisbette mümkündür. *Fleiner*'e göre, dar mânada âmme mallarına âmme hukukunun tatbik edilmediği derecede hususi hukukun tatbik edileceğini doktrin haklı olarak kabul etmektedir. Bu kabilden olarak, dar mânada âmme malları umumiyetle hususi mülkiyet ahkâmına tâbidir. Malın umumi tahsisi haricindeki istimallerine müteallik tasarruflara hususi hukuk ahkâmı tatbik olunur.

Yukarıdaki izahattan, Alman hukukile tetkik etmek istediğimiz hukuk grubu arasındaki derin farklar istihraç edilebilir.

Son seneler zarfında Alman hukukçuları arasında yeni bir temayül baş göstermiştir. Nasyonal-sosyalist Almanyanın yeni idare ve âmme hukuku telâkkisi eski nazariyeyi muhafaza edecek miydi? Profesör O. *Koelreutter* (Deutsches Verwaltungsret, Ein Grundriss, 1936, sah. 118) hususi hukukun tesirini muhafaza etmiş ve bu hukukun ihtiyaçlarına uydurulmuş hukuki şekillerin muhafazası ve müdafaası imkânsız ve nasyonal-sosyalist idare hukuku nizamile gayri kabili telif neticelere sevk eder, diyor. Bu yeni nizamda âmme idaresi camianın lehine bir idare ol-

kati halde buradaki mülkiyet hususî mahiyette bir mülkiyettir), ve bunlara tatbik edilen hukukî rejim, evvelce de söylediğimiz gibi, hususî hukuka hariç bir rejim olmasıdır, zira bu mallar hususî mülkiyeti bertaraf etmektedir.

Tetkikatımızın esasını, bu noktai nazardan mülhem olan mevzuat teşkil edecektir. Fransız hukukunun tesiri altında kalmış gibi görünen bu gruba en mütebariz bir şekil almış olan İtalyan, Belçika (4) ve Türk hukukları ithal edildiğine göre, eşyanın mahiyetini tayin etmek için malın dayandığı hususun ehemmiyeti pek büyük değildir.

«Diese Übernahme von Rechtsfiguren, die ihre Prägung aus privatrechtlichen Anschauungen und Erfordernissen erhalten haben, führt im Verwaltungsstaate zu unhaltbaren Ergebnissen und entspricht nicht dem Sinn der national-sozialistischen Verwaltungsrechtsordnung. Das öffentliche Verwaltung in ihm immer Verwaltung für die Gemeinschaft ist, ist das Sachsubstrat als solches für das Wesen des öffentlichen Weges nicht dadurch, bestimmt, dass er ein Teil der Erdoberfläche ist, sondern dadurch, dass er keine private, sondern eine Gemeinschaftseinrichtung ist und Gemeinschaftsaufgaben dient.»

(4) Belçika hukuku Fransız hukukuna çok yakındır. (*Errera*, Droit public belge, 1909, sah. 332 ve mü.) Belçika hukuku Alman hukukunun tesirlerinden kurtulmuş olan bir hukuktur. Alman hukuku, bir malın umumî menfaate tahsisi. Roma hukukunun res sacrae hallerinde mülkiyet mefhumunu bile bertaraf ettiğini iddia ederken, Belçika hukuku umumî menfaate dayanan âmme mülkiyeti mefhumunu kabul etmektedir. «Kelimenin en geniş hukukî mânasile âmme emlakı, her hangi bir nam ile ya Devlete, ya eyaletlere, ya komünlere, ya bir âmme müessesesine veya umumî menfaate tahsis edilmek şartile hususî fertlere ait malların heyeti umumiyesini anlatır.» ... «Bu tahsis devam ettiği müddetçe âmme emlakı vasfı dolayisile mülkiyetten mütevellit haklar mülâkatta imiş, meflûç imiş gibi bir hal alırlar. Bu tahsis sona ermekle ferdî mülkiyet bütün tamamıyetile tekrar meydana çıkar.»

Belçika hukuku kod Napolyonun emlak mefhumunu kabul etmiş bulunmaktadır: «Âmme emlakine dahil malların idaresini tayin eden kaideleri bulmak için medenî kanuna müracaat etmek lâzımdır. Bununla beraber, mezkûr kanunun âmme emlakine ait hükümleri ferdlere ait mallar hakkındaki hükümlerden çok daha muhtasardır. Bu itibarla medenî kanun idarî kanunlara ve bu kanunların tarzı tatbikını gösterir talimatnamelere derhal atıflar yapmıştır (Madde 537, fık. 2). Esas itibarile ticaret harici olan âmme emlakı mallarının kabili devir ve ferağ olmadığını ve müruru zamana tâbi bulunmadığını bildirmekle iktifa ediyor. (Medenî Kanun madde 1128 ve 2226). Bundan başka âmme emlakine hasredilen bir kaç madde tahdidî olmayıp misal kabilinden bazı hususları tadat etmektedir. (Madde 538 - 542)». *Errera*, âmme emlakının şümulünü mufassalan bildirmiyor. *Vauthier*, bu hususta çok daha açık ve sarihdir.

lebilir (5). Bu memleketlerde âmme emlakine ait ahkâm, her birinin medenî kanununun bazı maddelerinde yer almış bulunması itibarile, mevzua bir hususî hukuk mevzua mahiyetini vermiş olduğu zehabını tevlit edebilir. Her ne kadar medenî hukuk bir müddet bu mevzua faik bir tesir icra etmiş ise de, bugün âmme emlakinin hakikî kaynaklarını muhakkak olarak medenî kanun maddeleri teşkil etmemektedir. Ne Fransız Medenî Kanununun 538 ve müteakıp maddeleri, ne İtalyan Medenî Kanununun 426 ve müteakıp maddeleri ile Belçika Medenî Kanununun 538 ve müteakıp maddeleri ve Türk Medenî Kanununun 641 inci maddesi bütün mevzua ihata etmemektedir. Bunlardan gayri

(5) Romanya hukuku bu grupa ithal edilebilir. Âmme emlakî bu memlekette aynı hukukî vasıfları arz etmektedir; âmme hukukuna tâbî âmme emlakî ile hususî hukuka tâbî hususî emlakînin tefriki bu hukukta esaslı bir müessesedir. Ezcümle Profesör *Paul Negulescu* gayet sarîh olarak diyor ki:

«Distingen 2 categorii de domenii: domeniul public și domeniul privat, supuse la regimuri deosebite, caci, pe cand domeniul privat este supus, in principiu, la regule de drept privat, la care se adaoga in sa unele norme de drept public stabilite in legea contabilitatei publice și in legi speciale, domeniul public constituie o propri etate de drept public supusa la regule de drept public.» (Tratat del drept administrativ, cilt I, 4 üncü tab, 1938).

Mumaileyh âmme emlakinin hukukî vasıflarını beyan ediyor; bunlar fransız âmme emlakinin vasıflarına çok benzemektedir.

Âmme emlakinin muhtevasına gelince, profesör *Negulescu* (aynî eser, sah. 134) bu emlakînin Devlete, eyaletlere ve komünlere ait olup doğrudan doğruya ve hassaten bir âmme hizmetine tahsis edilen ve bu müddet zarfında umumî bir menfaatî tatmin için kullanılan menkul ve gayri menkulleri ihtiva ettiğini bildiriyor:

«Prin domeniu intelegem totalitatea bunurilor mobile și imobile, apartinand Statului, judetului sau comunet, intrebuintate pentru satisfacerea intereselor generale.» - «Imobilele și mobilele, afectate in mod direct și special functionarei unui serviciu public și utilizate de acesta pentru satisfacerea interesului general ce urmareste, sunt socotite ca dependente ale domeniului public.»

Bu kıstasa müsteniden adliye sarayları, üniversiteler, müzelerdeki tablo koleksiyonları, kütüphane kitapları âmme emlakine dahil bulunuyor. Âmme emlakine dühul, idarî bir muamele olan tahsis (afectatiunea) yolile olmaktadır; bu mefhum ise Fransız hukukundan iktibas edilmiş ve Romanya mevzuatına da girmiş olan bir mefhumdur (aynî eser, sah. 232). Binaenaleyh Romanya hukuku umumî olarak âmme emlakî mefhumunu ve hususî olarak da menkul âmme emlakini kabul etmektedir.

diğer bir çok hükümler ile mahkeme içtihatları ve müelliflerin nazariyeleri meseleyi yaşamasını mümkün kılan âmme hukuku sahasına nakletmişlerdir. Bundan başka, bu gruba dahil memleketler mevzuatının idari rejimine ait umumî esaslar arasında bazı müşaheretler mevcuttur ve bu bağ yapılabilecek olan bazı mukayeseleri bilhassa velûd ve canlı kılmağa yarayabilir.

Gene bu tetkikatımızda umumî olarak âmme emlâkinin ortaya kayduğu geniş meseleyi, bu gruba dahil muhtelif mevzuat bakımından da inceliyecek değiliz. Tetkikimizi yalnız âmme emlâkine dahil menkullere hasredeceğiz; fakat böyle bir mesele, âmme emlâkine müteallik kıstaslara o kadar sıkı surette bağlı ve gayri kabili münfektir ki izahatımızı bilmeceburiye bu kıstaslara ibtina ettireceğiz.

Mevzua bu zaviyeden bakılınca, menkul âmme emlâki meselesi şu noktalara göre tetkik edilecektir:

1. — Âmme emlâki sisteminde menkullere yer verilmesine mahal olmadığını iddia eden nazariyeler veya kanun sistemleri;
2. — Geniş veya dar bir şekilde menkul âmme emlâkini kabul eden mukabil nazariyeler;
3. — Natamam bir şekilde tanzim edilmiş olan veya hiç nazarı itibara alınmamış bulunan bu meseleyi bir esasa bağlamak için teklif olunan sureti haller;
4. — Meselenin Türk hukukundaki vaziyeti.

II

Menkullerin âmme emlâkinden ihracı bazı müellifler tarafından müdafaa edilmekte veya mevzuat tarafından tahakkuk ettirilmiş bulunmaktadır. Umumî olarak diyebiliriz ki, geçen asrın Fransız medeniyecileri emlâk ve arazi meselelerine bir ehemmiyeti mahsusa atfetmekte idiler. Bize daha yakın olanlar ise, meseleye müteallik medenî kanunun maddelerini tefsir etmekten içtinap edebilmeleri imkânsız olmakla beraber, mevzuu daha az ehemmiyetli telâkki etmekte ve bunun tetkikini âmme hukukçularının salâhiyetine terketmeği tercih eylemektedir. Âmme emlâki mefhumunun menkullere teşmiline umumiyetle muhalif bulunmakla beraber, medeniyeciler bunları hususî hukuk sahasından çıkarmak için kâfi bir sebep bulamamaktadırlar; esasen, bu hukukçulara göre, hiç bir tefrik gözetmeksizin, bilûmum gayri menkullere

âmme emlâki rejiminin teşmilini muhik gösterebilecek hiç bir delil de yoktur.

Menkullerin âmme emlâkinden ihracını Fransız medeniyecilerinin büyük bir kısmı nasıl izah ediyorlar? Her şeyden evvel şurası kaydedilmelidir ki, meseleye karşı bir alâkasızlık gösterildiği gibi, umumiyetle menkullerin himayesi de pek düşünülüyordu; bu vaziyet, XIX uncu asrın ortalarına kadar kabul edilmiş olan eski «*res mobilis, res vilis*» esasından ileri gelmekte idi; bu esasa göre, kanunların alâkadar olabileceği derecede bir ehemmiyet arzeden mallar yalnız gayri menkullerdir; ve bu husus metinlerin mesele hakkındaki sükûtunu izah etmektedir. Bilâhare, âmme idarelerinin menkul mamelekleri tezayüt etmiş olduğundan, yukarıda zikredilen esas idare hukuku tatbikatı sahasında kıymetini kaybetmiş olduğundan, menkullerin vaziyetini tayin etmek icap etti (6).

İlk izah teşebbüsü, Medeni Kanunun 538 inci maddesinin bir tefsirine dayanmakta idi; bu madde şu mealdedir: «Bakımı devlete ait olan yollar, sokaklar ve tarikler, seyrüsefere elverişli nehirler ve çaylar, deniz sahilleri ve deniz çökmesinden husule gelen arazi ve limanlar, siteler, mersalar ve alelûmum Fransız memaliki aksamından olarak bir kimseye temlikî caiz olmayan arazi âmme emlâkine dahil mallar olarak telâkki edilir.» Müellifler bu metni âmme emlâki rejiminin yegâne temeli olarak telâkki etmişlerdi. Bu maddeyi öyle bir tarzda tefsir ediyorlardı ki, esas itibarile âmme emlâki ancak üzerinde inşaat yapılmamış olan arzlardan ibaret kalıyordu; âmme emlâkine dahil mallar ancak herkesin istimaline tahsis edilmiş olan ve mahiyetleri itibarile hususî mülkiyete mevzu teşkil etmeğe salih olmıyan ülke parçalarıdır. Hususî kanunların derpiş et-

(6) «Medeni Kanun kaleme alındığı zaman, hattâ Fransaya parlâmanter rejim ithal edildiği vakit, meşrutî krallık devrinde, maliye bugünkü muazzam vüs'atini iktisap etmiş olmaktan çok uzaktı. Gayri menkuller hususî mameleklerin ve umumi servetin esaslı bir unsuru olarak telâkki edilmekte idi; menkuller ile menkul kıymetlere eski *res mobilis, res vilis* cümlesi tatbik edilmekte idi.» (Joseph Berthélémy, *Les incompatibilités parlementaires*, Revue de droit public, 1922, sah. 135).

İktisatçı *Lucien Brocard* da (*Les conditions générales de l'activité économique*, 1934, sah. 147) şunları yazıyor: «Aynı sermaye sahasında, vücuda gelen müthiş tezayüt, milletleri mezru sahaslarını, münakale vasıtalarını her gün biraz daha genişletmeye, tesisatlarını, iptidai madde ve mamul eşya stoklarını, meskenlerini, menkullerini, lâboratuvarlarını, kütüphanelerini, san'at eserlerini arttırmağa ve bunları seneden seneye çoğaltmağa sevketmiş olan tekniğin terakkisi ile izah edilir.»

tiği haller istisna edilecek olursa, bu telâkkiye göre, herkesin istimaline vazedilmemiş olan ve hususî mülkiyete girmesi mümkün olmadığı düşünülen gayri menkuller ile bilûmum inşaat ve menkul mallar âmme emlâkinden ihraç ediliyordu.

Uzun zaman büyük tesiri hissedilen «le Domaine» adlı muaz-zam eserin müellifi *de Récy* de geçen asrın sonlarına doğru bu telâkkiye intisap etmişti. Bu nazariye taraftarlarına göre âmme emlâki gayet dar bazı nevi malları ihtiva etmektedir: Bunlar mahiyetleri itibarile hususî mülkiyete mevzu teşkil edemeyecek olan, binaenaleyh hukuk münasebatı haricinde kalan mallardır (bir yol, bir nehir, bir liman). Menkul malların âmme emlâki mahiyetinde olup olmadığının bir çok münakaşalara yol açtığını ve lehine bir çok mahkeme kararları mevcut olduğunu de *Récy* müşahede ediyor; fakat bu kararları şayanı tenkit ve itiraz buluyor; umumî kütüphanelerdeki kitaplar ile dinî âyinlerin icrası için lüzumlu olan menkul eşyalar nihayet âmme emlâkine ithal edilebilir; fakat müzelerde muhafaza edilen san'at ve terbiye eserleri için bunu kabul etmek pek güçtür. Tezyinata medar olan bu eşyaların umumun istimaline tahsis edilmiş olduğu şüphesiz ki iddia edilemez. Diğer taraftan bunlar hususî mülkiyete de elverişlidir. Zira bunlar umumiyetle hususî şahıslar tarafından hibe edilen kolleksiyonlar vasıtasile müzelere girmektedir. Şayet bu yola girilecek olursa, umumun istimaline tahsis vasfı bulunmayan üniversitelerin ilmi ve fennî kolleksiyonları, askeri esliha dahi aynı rejime tâbi tutulmak icap edecektir. Binaenaleyh müze ve kütüphanelerdeki san'at veya fen eserlerinin gayri kabili tasarrûf olmalarını, bunların tahrip veya teemmülsüz devrû ferağlarını önlemeğe matuf tedbirler şeklinde telâkki etmek, umumî prensiplere daha uygun olur; bu gibi bir hüküm vazetmek için kanunun âmme emlâki mefhumuna müracaat etmesine lüzum yoktur. Binaenaleyh gayet sarîh ve kat'î bir şekilde âmme emlâki meyanına ithal edilmedikçe, herkesin istimaline vazedilen menkul mallar Devletin hususî emlâki olarak kalmak icabedecektir. Bazı malların hususî mülkiyete mevzu teşkil edememeleri esasına dayanarak bunları âmme emlâki haricinde bırakan telâkki uzun zaman yaşyamazdı. Zira hususî akar suların mevcut olabileceği ve hattâ mevcut olduğu, hususî şahıslara ait yollara tesadüf edildiği, şirketlerin malı olan limanlar bulunduğu ileri sürüldü. Binaenaleyh, tamamiyle âmme emlâkine dahil mallara benziyen malların hususî mameleklerde bulunması hiç te imkânsız değildir. Menkullere gelince, hususî mülkiyete mevzu teşkil edebilecek mahiyet-

te bulunmaları itibarile bunları âmme emlâkinden hariç bırakmak, hakikî âmme emlâki mefhumuna aykırı hareket etmek olur, zira bu mefhum emlâkin gayri kabili tasarruf olmasını, malın mahiyetinden değil belki de hakikî fonksiyonundan çıkarmaktadır.

Yeni doktrin bu iddiayı bir dereceye kadar terketmiştir. Prof. Colin ve Capitant (Cours élémentaire de droit civil, 8 inci tabı, 1934, cild III, sah. 729) bir taraftan, bir eşyanın umumî menfaat hizmetine tahsisi esasına dayanan âmme emlâki kıstasını çok geniş olduğu için terketmekte, ve diğer taraftan, de Récy ile müteaddit kimseler tarafından kabul edilen ve hususî mülkiyete mevzu teşkil etmeğe salih olmayan malların âmme emlâkine dahil bulunacağı yolundaki kıstası da çok dar bulmaktadırlar. Maahaza bu kıstasın genişletilmiş bir şeklini kabul ediyorlar: «Kanaatimize göre, bir mala âmme emlâki vasfını izafe eden husus, bu malın âmme hizmetine tahsisi değil, fakat umumun doğrudan doğruya istimaline tahsis edilmiş olmasıdır. Bu suretle bu nevi malların (yollar, nehirler, limanlar) temlik ve ferağ olunamamaları ve tasarrufî muamelelere elverişli bulunamamaları izah edilmektedir, zira bunlar üzerinde tasarrufî muameleler kabil olsaydı tahsis edildikleri gayeyi temin edemeyecekler, ve bundan başka âmme emlâkine dahil mallar umumun istimaline tahsisleri hitama ermekle âmme emlâki vasıfları da ortadan kalkacaktır. Şüphesiz ki vazı kanun, yukarıda işaret edilen şartlar haricinde, normal olarak hususî hukuka tâbi olan şu veya bu mala âmme emlâki vasfını kısmen veya tamamen izafe edebilir (ezcümle, umumun serbest istimaline tahsis edilmemiş olan askerî tahkimat, medenî kanununun 540 ve 541 inci maddelerile gayri kabili temlik ve ferağ bir hale getirilmiştir).» Menkul mallara gelince, Colin ve Capitant, bunların âmme emlâkine ithaline müsait olan mahkeme içtihatlarını tenkit etmektedirler: «Âmme emlâki hakkında vermiş olduğumuz tarife hiç bir menkul mal cevap verememektedir. Fakat burada mevzuat işe müdahale etmiş bulunmaktadır (tarihî âbide ve eserlere müteallik 1887 tarihli kanun yerine ikame edilen 1913 tarihli kanun). Binaenaleyh bazı menkul mallar âmme emlâkine dahil mallara teşbih edilebilir, ve kanaatimize, mevzuu-bahs kanununun mevcudiyeti normal olarak bu malların âmme emlâkine dahil mallar gibi telâkki edilemeyeceğine en bariz bir delildir.»

Âmme emlâki vasfını tahdit ederek bunu umumun doğrudan doğruya istimaline tahsisi esasına iptina ettirmek isteyen âlim medeniyecilerin bu mütalâası, bir mala âmme emlâki vasfı izafesinin (tabii veya kanunî), bazı malların âmme fonksiyonuna sıkı bağlı-

lıkları dolayısıyla bunları müessir bir surette korumak gayesi güttüğünü göz önünde bulundurmamaktadır. Bu itibarla, umumun bu maldan doğrudan doğruya istifade veya bu malı istimal edip etmemesinin hiç te ehemmiyeti yoktur. Bundan başka, bu hukukçuların teklif ettikleri kıstas kabul edilecek olursa, umumun doğrudan doğruya istimaline tahsis edilen menkuller mevcut değil midir (şimendiferler)?

Prof. *Planiol* ve *Ripert* de menkullerin âmme emlâkine dahil bulunmadıklarını yazıyorlar. Bunların âmme emlâki hakkındaki kıstasları umumun doğrudan doğruya istimaline tahsis değil, sadece umumun istimaline tahsistir [*Traité élémentaire de droit civil*, 11 inci tabı, 1928, cild 1, sah. 1033]. Bu müellifler, umumun istimaline tahsis edilen malları tadat eden 538 inci maddede mündemiç bulunan nazariyenin faik bir mevki ihrazına müstait bulunduğunu söylüyorlar. Bu da bir çok âbide ve menkulleri hariç bırakmaktadır. Ve esasen menkuller için de mahkeme içtihatlarına itiraz edilmiştir (maamafih bu müellifler mezkûr içtihatların kabili tenkit ve itiraz olduğunu söylemiyorlar). 1913 tarihli kanun Devlete ait olan kayıtlı malların kabili temlik ve müruru zaman yolile kabili iktisap olamayacaklarını beyan etmiş ise de, bunlar muhakkak surette âmme emlâki vasfını tazammun etmez, zira bu aynı karakterler hususî mülkiyete dahil mallarda da mevcut olabilir.

Buna cevaben denilebilir ki, himayenin hususî mallara teşmili, Devlete ait olan mallar aleyhine dermeyan edilemez. Bundan başka umumun istimaline tahsis keyfiyeti âmme emlâkine dahil bütün mallara has bir mahiyet arzetmez; böyle bir gayeye tahsis edilen ve Devletin hususî emlâkine dahil bulunan mallar da mevcuttur. Şurasını işaret edelim ki, bu müellifler menkulleri âmme emlâkenden hariç bırakmak için bir evvelkilerden daha az kat'î bir lisan kullanıyorlar; filhakika *Planiol* ve *Ripert* şunu yazıyorlar: «Âmme hizmetlerinde mühim miktarda menkul mallar mevcuttur. Âmme emlâkinin mevcudiyeti kabul edilecek olursa, buna dahil menkuller ile kabili temlik olan işbu malzemeyi birbirinden tefrik etmek müşkülâtı kendini gösterir». Nihayet *Planiol* ve *Ripert* tarafından idare edilen ve mallara hasredilen «*Traité pratique de droit civil français*» nin Prof. *Maurice Picard* tarafından kaleme alınan 3 üncü cildindeki mütalâalar *Traité élémentaire de droit civil*'deki mütalâalardan ayrılmaktadır. Filhakika bu müellif şunları yazmaktadır: «Bir çok müellifler âmme emlâki meyanında ancak gayri menkul malları ve Fransız ülkesi parçalarını kayıt ve işaret etmekte iken,

mahkeme içtihatları, âmme emlâkinin farik vasfını bir malın umumun doğrudan doğruya istimaline tahsis keyfiyetinde bularak bu noktadan hareket ile *pek haklı olarak* aynı fikrin gayri menkul mallara olduğu kadar menkul mallara da tatbik edilmesi lâzım geldiğini beyan ediyor. Bunun neticesi olarak Devlet, vilâyet veya komünlere ait ve umumun istimaline tahsis edilen menkul malların âmme emlâkine dahil bulunduğuna ve bu itibarla gayri kabili temlik ve müruru zaman yolile gayri kabili iktisap olduklarına hükmetmiştir.»

Medeniyecilerden başka bir çok âmmecciler de menkullere âmme emlâki vasfını vermek istemiyorlar. Prof. *Berthélémy*'nin bu husustaki mütalâası gayet sarihtir. Yalnız hususî mülkiyete mevzu teşkil etmeğe salih olmayan ve herkesin istimaline tahsis edilmiş olan bir âmme emlâkinin mevcudiyeti neticesine varan Medenî Kanununun 538 inci maddesinin lâfzî tefsirini kabul etmemektedir; zira bu madde yalnız âmme emlâkine değil, fakat milli emlâkin (yani devletin hem âmme emlâkinin ve hem de hususî emlâkinin) heyeti umumiyesine şamil bulunmaktadır; bu metinle vazı kanun, malları bir taksime tâbi tutmak istememiştir; Medenî Kanun malların iki kategoriye tefriki hususunda bizlere kâfi derecede malûmat vermemektedir. Maamafih muhakeme ile müşabih neticelere varmak mümkündür. Filhakika bir mala âmme emlâki vasfını izafe etmek için bu malın mahiyetine dayanan kıstastan başka bir kıstas kabul edilemez. Âmme emlâki vasfını haiz olan mallar temellükleri tasavvur olunamıyan mallar (res communes'lere benziyen mallar), hususî şahıslarınkine hiç bir veçhile benzemiyen (nehirler) ve mahiyetleri veya mahiyetlerini değiştiren tahsisleri itibarile (yollar) herkesin istimaline müsait olan mallardır. Âmme hukuku kaideleri yalnız bunlar için tatbik edilmek icap edip, meselâ bir vekâletin (nezaretin) içinde iş gördüğü bina gibi mallara tatbik edilemez. Bu itibarla, mahiyetleri hiç bir veçhile hususî temellüğe mâni olmıyan menkullerin bu derece dar bir âmme emlâkinden hariç bırakılması tabiidir. «*Mahiyetleri ne olursa olsun, tablolar, san'at eserleri, koleksiyonlar, yazmalar ve ilh...* gibi menkulleri, aynı mülâhazalara mebni âmme emlâki haricinde tutuyorum. Mahkeme içtihatları bunun aksini iddia etmişlerdir. Fakat bu gibi kararlar tasvip edilemez. Şayet devlete veya komünlere ait menkul servetlerin müruru zaman yolile iktisap ve temlik ve ferağ edilememeleri hususî tedbirler ile himaye edilmek isteniyorsa, buna mütedair hususî ve sarıh kanunlar neşredilsin. Bu vadide devlet, vilâyet ve komünlere

ait olup tarihi veya artistik bir kıymeti olan mallar için 30 Mart 1896 tarihli kanun yerine kaim olan 31 Birincikânun 1913 tarihli bir kanun neşredilmiştir; fakat Lyon mahkemesinin düşündüğü gibi (1894 tarihli karar) bir menkulün umumî bir istimale tahsisi ile ona âmme emlâki vasfını vermeyi düşünmek bana pek te hukukî görünmüyor. Bu tahsis malın mahiyetini değiştirmez: Tahsisinde nevel hususî temellüke elverişli olan bir menkul, tahsisinden sonra bu mahiyetini kaybetmez.» (Traité élémentaire de droit administratif, 13 üncü tabı, sah. 474).

Hakikî bir mülkiyet hakkı tanımayarak âmme emlâki üzerinde idarenin yalnız bir nezaret ve zabıta hakkı olduğu mefhumuna halen intisap eden nazariyecilerin yegânesi olan kıymetli dekanın bu husustaki mütalâası, umumiyetle şayanı kabul görünmemektedir, zira bu mütalâa da âmme emlâkine dahil mallar ile hususî mülkiyete dahil mallar arasındaki mahiyet farkına istinat etmektedir.

Âmme hukukçuları arasında mümtaz bir mevki işgal eden Prof. Jèze de (Eléments de droit public et administratif, 1911) menkulle-re âmme emlâki mahiyetini tanımıyor. Bu müellifin âmme emlâki hususunda kabul ettiği ve evvelkilerden farklı olan dar kıstası göz önünde bulundurulursa, mütalâası kolayca anlaşılabilir. Bu kıstas, Prof. Jèze'in idare hukuku hakkındaki düşüncesinin merkezi sikleti olan ve hususî bir itina ile tetkik ederek kendisine hususî bir mana verdiği âmme hizmeti mefhumuna dayanmaktadır. Jèze'in nazariyesinin hususiyeti, âmme emlâkine dahil herhangi bir malın aşağıdaki dört şartı cemetmiş olması icap ettiği yolundaki iddiasıdır. Bu şartlar şunlardır: Âmme emlâkine dahil mal a) İdarenin mülkiyetinde bulunmalı; b) Bir âmme hizmetine tahsis edilmiş olmalı; c) Esaslı bir mahiyeti olmalı; d) Âmme hizmetinin esaslı unsurunu teşkil etmeli. Bu suretle, âmme emlâkine dahil mallar bir âmme hizmetine de dahil bulunmalıdır, aksi halde umumî bir ihtiyacı tatmin edebilecek vaziyette olmaz. Fakat âmme emlâki vasfını tayinde âmme hizmeti lüzumlu bir mefhum ise de kâfi bir mefhum değildir. Âmme emlâki vasfını haiz olacak olan mal, had-di zatında esaslı olan bir hizmetin faaliyetinde faik bir rol oynamalıdır. Bunun içindir ki kışlalar, mektepler, adliye sarayları, bina itibarile, bu şarta cevap vermemektedir. Zira bu binalar esaslı âmme hizmetlerine doğrudan doğruya tahsis edilmiş olmakla beraber, başlıca vazifeyi görmemektedirler: «Esaslı vazifeyi gören adliye sarayı değil hâkimdir, gene esaslı vazifeyi gören mektep binası değil muallimdir; başlıca rolü oynayan kışla değil askerlerdir». Men-

kullere gelince, bunlar esaslı bir vazife görmeğe elverişli olmadıklarından, kat'i olarak âmme emlâki haricinde tutulmalıdır. Bunlar sadece bir âmme hizmetine tahsis edilmiş mallardır; ve bu hal bunlara âmme emlâki vasfını vermeğe kâfi değildir; bunlar başlı başına hizmeti teşkil edemezler. «Muayyen bir tüfek, bir top veya bir atın ziyayı millî müdafaayı sekte dar etmez. Şu kitap veya bu tablo için de aynı şey söylenebilir.»

Prof. *Jèze*, «bir vekâlet memurlarının kullandıkları sandalya ve masaların, kalemlerin, mürekkep hokkalarının, silgilerin ve sairinin temlik edilemeyeceğini ve müruru zamana tâbi bulunmadıklarını,» kat'iyyen kabul etmiyor.

Ne esaslı âmme hizmetini, ne de başlıca vazifeyi tayin etmesizin misaller vermekle iktifa eden Prof. *Jèze*'in kıstası fiiliyatta çok naziktir: Meselâ demiryolları nakliyatında başlıca vazifeyi kim ifa etmektedir? Memurlar mı (mühendisler, ateşçiler, güzergâhta iş gören sair kimseler) yoksa demiryolu mu? Hizmetin faaliyette bulunabilmesi için bu iki unsurun gayet sıkı surette birbirine bağlı bulunması icap eder ve birine nazaran diğerinin mi esaslı olduğunu araştırmak boştur. Prof. *Jèze*'in kaleye başlıca vazifeyi atfettiğini işaret edenler olmuştur, fakat askersiz, garnizonsuz bir kale ne işe yarar? Topsuz bir istihkâm tasavvur edilebilir mi? Hakikati halde, ve bir çok hallerde, umumun menfaatini tatmine hizmet eden bir çok eşyanın heyeti mecmuası mevzuubahstir; beşerî unsurun kıymeti ne olursa olsun, ferd gayelerine varabilmek için kendisine zarurî bir çok eşyayı kullanmağa mecburdur. Şu tablonun veya bu kitabın (bir Rembrandt veya gayet eski bir kitabın) ziyayı Güzel San'atlar hizmetini haleldar etmese de, millî mamelekin bu kıymetli unsurları münevver bir halkın temaşasına vazedilebilmek için her zaman iadesi yoluna gidilmesini icap ettirmez mi? Şüphesiz ki Prof. *Jèze* âmme emlâkını tahdit etmekte haklıdır; fakat menkuller hakkındaki düşüncesi pek mutlaktır.

Diğer yeni bir mütalâa da menkul âmme emlâkinin reddi neticesine varmaktadır. Bu mütalâa, hâlen Adliye Devlet sekreteri olan Şûrayı Devlet azâsından B. *Alibert* tarafından Şûrayı Devletin 7 birincikânun 1928 tarihli *Sète şehri tramvay şirketi* kararı münasebetile bu kararın altında neşretmiş olduğu bir not ile müdafa edilmiştir. (Sirey, 1930. III. 1). Mumaileyh, Devlet Şûrasının içtihatlarına istinat ederek, âmme emlâkine müteallik eski münakaşaları hitama erdirecek sarîh bir kararın yüksek mahkeme tarafından asla

verilmediğini izah ediyor; hatta böyle bir kararın daha çok zaman bekleneceğini de muhtemel görüyor. Maahaza âmme emlâki kıstası olarak ileri sürülmüş olan umumun istimal ve istifadesine tahsis nazariyesini Şûrayı Devlet kararları reddetmiştir. Her ne kadar bir zamanlar nazari bir kıstas aranmış ise de, buna bugün hiç de lüzum yoktur; çünkü artık elimizde yanılmaz bir kıstas vardır: O da salâhiyetin tecavüzü hakkındaki içtihatların zımnen ileri sürmüş ve kabul ettirmiş oldukları zabıta salâhiyeti (pouvoir de police) kıstasıdır. «Kanaatimize göre âmme emlâki hususundaki kıstas, Devlete ait malların tasarrufu halinde vukubulan memuriyet salâhiyetinin tecavüzüne müteallik Şûrayı Devletçe meydana getirilen içtihattan istihraç olunabilir. Filhakika bu içtihat Devlete ait hususî emlâk ile âmme emlâki arasında gayet basit bir tarzda çok sarih bir tefrik yapmaktadır. Hususî emlâkin idaresinde idare makamları memuriyet salâhiyetlerini tecavüz etmeksizin ve binaenaleyh cezaî bir müeyyide ile karşılaşmaksızın, zabıta salâhiyetlerini kullanamazlar; bu usul münhasıran âmme emlâkine hâs olan bir usuldür. Bundan şu neticeyi çıkarıyoruz: Âmme emlâki hudutları zabıta salâhiyeti hudutlarına tetabuk etmektedir.» Şöyle ki: Hususî emlâk ile âmme emlâki idarelerini birbirinden ayırmak lâzımdır. Birincisinde idare zabıta salâhiyetini kullanamaz; şayet kullanmış ise memuriyet salâhiyetini tecavüz etmiş olur. İkincisinde ise bilâkis bu salâhiyeti normal olarak kullanabilir. Bu zabıta salâhiyetinin yerinde kullanılmış olup olmadığını nihaî olarak Devlet Şûrası kestirir. Bu noktayı halletmekle Devlet Şûrası aynı zamanda mevzuubahs malın âmme emlâkından madut olup olmadığı hususunda da bir karar vermiş oluyor. Devlet Şûrasının vermiş olduğu kararlar tetkik edilecek olursa, bu kıstasın binalar, menkuller, umumî bahçeler gibi malikâneleri âmme emlâki haricinde tuttuğunu ve bunların idaresi için medenî hukukça kabul edilen idare tarzlarını terviç ettiğini ve bilâkis, kanunî istisnalar mahfuz olmak şartile, kara yollarının, nehirlerin, kanalların, limanların, deniz kıyıları ile bunlara hemen muttasıl olan yerlerin âmme emlâkine ithal ettiğini müşahede etmenin kabil olacağını Mösyö Alibert ilâve ediyor.

Mösyö Alibert'in mütalâası hakkında ne düşünülebilir? Profesör André Hauriou'nun tenkidini bertaraf edelim: «Teklif edilen kıstas, âmme emlâkine dahil bulunan malların nelerden ibaret olacağını tayinini Devlet Şûrasının indî ve keyfi takdirine terketmiş olur. Bu yüksek mahkemenin adalet ve kiyasetine olan emniyetimiz ne kadar büyük olursa olsun, parlmanların (adalet tevzi eden ma-

kamların) adaletine, âmme emlâki müessesesinin mahiyetine uygun mantıkî bir kıstas tercih etmekten kendimizi alamıyoruz; bu da umumun istimal ve istifadesine tahsis kıstasıdır.» Devlet Şûrasile ihtilâf mahkemelerinin çok daha mühim olan hükûmet tasarruflarının (actes de gouvernement) cetvelini tesbit etmeğe muvaffak oldukları hatırlanır ve Profesör A. Hauriou'nun kabul ettiği umumun istimal ve istifadesine tahsis kıstası netice itibarile umumun istifade ve istimal mefhumunu tayinde bir çok hallerde devlet şûrasının içtihadına emniyet etmek icabedeceği tebarüz ettirilirse, mumaileyhin tenkidinin pek mübalâgalı olduğu tezahür eder. Kanaatimize göre Alibert'in sistemini tenkit için, âmme emlâkını tehlikeli bir surette genişlettiğinden dolayı umumun istimal ve istifadesine tahsis nazariyesini yanlış telâkki ederek bunu pek kat'î olarak reddetmekte olduğu ve yerine en yeni mahkeme içtihatlarından istihraç edilmiş bir kıstas ikame ettiği ve fakat belki de Alibert'in bu kararlara vermekte olduğu şümül ve vüs'atın Devlet Şûrasınca düşünülmemiş olduğu söylenebilir. Her ne kadar bu yüksek idare mahkemesi, adliye mahkemelerinden farklı olarak, menkullerin hukukî vaziyetleriyle pek meşgul olmamış ise de, bunları kat'î olarak âmme emlâki haricinde bırakmış olduğu da söylenemez. Hakikat halde, Profesör Jèze'in bir çok defa tebarüz ettirdiği gibi, Devlet Şûrasının bu husustaki içtihadı pek sarih değildir. Devlet Şûrası, herkesin istimal ve istifadesine tahsis hususunu âmme emlâkinin farık vasfı olarak kabul etmediği söylenemez. Devlet Şûrasının 10 haziran 1921 tarihli *Commune de Montségur kararı* münasebetile hükûmet komiseri (müddei umumî) Corneille'in meşhur mütalâası bu yoldadır (Daloz périodique, 1922. III. 24); mezarlıkların âmme emlâki vasıfları hakkındaki 26 haziran 1935 tarihli *Marecar kararı* da kezalik aynı mahiyettedir (Daloz périodique, 1936. III. 20). Devlet Şûrası bazı halde zabıta mefhumuna ehemmyet vermiş olsa bile, eski vaziyetini terketmiş olduğu söylenemez. Zira, ileride de göreceğimiz gibi, umumun istifade ve istimaline tahsis mefhumunun kabulü menkul âmme emlâkinin ademi kabulünü muhakkak surette istilzam etmez.

Meselenin Fransız hukukundaki umumî hatlarını tetkik ettikten sonra, *İtalyan Hukukunu* mütalâa edeceğiz. Uzun zamandanberi âmme emlâki meselesi İtalyan hukukçuları tarafından müteaddit ve derin tetkiklere mevzu ittihaz edilmiştir. Hattâ bu mesele idare hukukunda en çok izah edilen meselelerden biri olmuştur. Nazariyelerde olsun, mevzuatta olsun Fransız hukukunun tesiri bu sahadada pek barizdir. Aynı müşkülâtla karşılaşmış olan İtalyan hukuku,

bunları hal için uğraşırken bir çok noktalarda ve ezcümle menkul malların mukadderatı hususunda Fransız hukukundan farklı neticelere varmıştı.

İtalyan hukukunda âmme emlâki meselesinin hareket noktası esas itibarile Medenî Kanununun maddelerinde bulunmaktadır. 425 inci madde: «Malların ya devletin, ya eyaletlerin, ya köylerin (komünlerin), ya âmme müesseseleri ve sair hükmi şahısların, veya efradın mülkü olular.» diyor. Bu maddeye göre mallar idarenin kâh faal unsurlarına ve kâh pasif unsurlarına ait olmaktadır. Faal unsurlarına ait olan malların hukukî vaziyetini esaslı bir taksime tâbi tutan Medenî Kanununun 426 ıncı maddesi bu mealdedir: «Devlete ait mallar âmme emlâki malları ve mamelekî mallar diye taksim edilir.» Bu meseleye müteallik eserlerde âmme emlâki malları şu tâbirler ile ifade edilmektedir: *demanio pubblico*, *pertinenze demaniale*, *beni pubblici*, (Devletin umumî muhasebesine ait kanun), *proprieta demaniale* veya daha umumî ve kısa olarak *il demanio*. Mamelekî malları ifade için ise *demanio fiscale e patrimoniale*, *demanio privato* veya daha umumî ve kısa olarak *il patrimonio* tâbirleri kullanılmaktadır. Medenî Kanunun (madde 427 ve 428) hangi malların âmme emlâkine ve hangilerinin de mameleke ait olacağını tayin ediyor. Âmme emlâkine dahil mallar: Milli yollar, deniz kıyısı, limanlar, koylar, plâjlar (kumsallar), nehirler ve seller, harp mevkiileri ile istihkâm ve kalelerin kapı, duvar, hendek ve tahkimatıdır. Devlete ait diğer malların heyeti mecmuası mameleke ithal edilmektedir. Âmme emlâkine dahil malların hukukî vaziyetini kısmen Medenî Kanun ve kısmen de bu muhtelif mallara müteallik idarî kanunlar tayin etmektedir. Medenî kanun yalnız umumî bir kaç kaidede vaziediyor: Buna göre, âmme emlâkine dahil malların temlik ve fareği caiz olmadıkları, müruru zaman yolile iktisap edilemeyecekleri ves zilyedliğe elverişli olmadıkları gibi üzerlerinde ipotek de tesis edilemeyeceğidir (Medenî Kanun madde 430, 490, 1967, 2113). Fakat âmme emlâki mallarının bu gibi muamelelere elverişli olmaması nisbî bir tarzda anlaşılmıştır. Medenî Kanun, âmme hukuku rejimi ile kabili telif olmıyan bilûmum hususî hukuk tasarruflarını âmme emlâki için bertaraf etmek istemiştir (Kanun, bu malların âmme hükmi şahıslarından birinden diğerine devri imkânını menetmiyor). Bundan başka, idare bu mallar üzerinde bir istifade (*jouissance*) hakkını haizdir, ve umumun bu malları istimali âmme hükmi şahsının mezkûr malları kullanmasının hususî bir şeklinden başka bir şey değildir; idare bu malların semerelerini, içerisinde bulunan define-

leri ve ihtilât dolayısıyla husule gelen fazlalığı iktisap eder; âmme hükmi şahsı bu malların muhafazasını temin ve umumun kanun ve nizamnamelere göre bunları ne şekilde kullanacağını tanzim eder; derhal icra kabiliyetini haiz olan kararlar ile kabahatler tayini ve cezalar tesbiti yolu ile bu malların muhafazasını tek taraflı olarak temin eder. Bu suretle âmme emlakine dahil malların hukukî vaziyeti Devletin hususî emlakine dahil bulunan mallarinkinden tamamen farklı bir veçhe arz etmektedir.

Her ne kadar *Meucci* gibi bazı İtalyan müellifleri, âmme emlakî üzerindeki salâhiyetin bir hâkimiyet, bir muhafaza, bir vesayet veya bir idare salâhiyeti olduğunu kabul ediyorlarsa da, diğer bazı müellifler âmme emlakî üzerinde idareye bir mülkiyet hakkı tanımaktadırlar; fakat bu mülkiyet hususî hukuktaki mülkiyetten farklı değildir, ancak âmme hukukundan mütevellit bazı tahdidata tâbidir (meselâ, herkesin kullanmasına muvafakat etmek, bir zabıta ve idare hakkı tanımak). Ezcümle *Cammeo* ve *de Presutti*'nin mütalâaları bu merkezdedir. Fakat hâkim olan nazariye idare ile âmme emlakî arasındaki münasebeti hakikî bir âmme mülkiyet hakkı (*droit de propriété publique*) olarak tarif etmektedir. Âmme emlakine dahil mallar üzerindeki hak hakikî bir aynı hak, bir âmme aynı hakkıdır; zabıta ve idareye müteallik bir çok muameleler bu mülkiyet hakkını bir dereceye kadar kasr ve tahdit ediyorsa da, bu hak işbu zabıta ve idare muamelelerinden husule gelmekte ve bu zabıta ve idare bu hakkın muhtevasının en büyük kısmını teşkil etmektedir; bu da âmme mülkiyet hakkını hususî mülkiyet hakkından ayırmaktadır. *Vitta*, *de Romano*, *Zanobini*, *Guicciardi* gibi âmmecilerin ve *de Ferraro* ve *de Raggiero* gibi medeniyecilerin noktai nazarı bu merkezdedir. *Zanobini* şu mühim noktaya işaret etmektedir: Hususî hukukta esas itibarile tamamen serbest olan mülkiyet hakkının istimali bilâkis âmme hukukunda bir çok kanunî ve hukukî şartlar ile mukayyet bulunmakta ve bir çok idarî fonksiyonların icrası şeklinde tezahür etmektedir; hususî hukukta, herkes tarafından herkese karşı müsavi şartlar tahtında tatbik edilen ve icabında hâkimin müdahalesini mümkün kılan *ius exluendi alios* (yani başkasını uzaklaştırmak hakkı), âmme hukukunda, idarenin derhal icra edilen tek taraflı hâkimiyet tasarruflarile temin ve tahakkuk ettirilir. (*Diritto amministrativo*, Cilt I, sah. 210).

Âmme emlakî mefhumunun İtalyan hukukundaki umumî hatları bundan ibarettir. Fakat âmme emlakî mallarının doğru bir şekilde tayini ve bunların mamelek mallarından tefriki bir çok mü-

nakaşalara yol açmıştır. Her ne kadar Medenî Kanununun 427 inci maddesi tahdidî bir tadat şekli kullanmakta ve müteakip maddeler diğer her nevi malları âmme emlâki haricinde tutmakta ise de, doktrinin büyük bir kısmı ya Medenî Kanununun bu hükümlerinin tahdidî olarak tefsir edilmemesi icabettiğini ve bunun neticesi olarak diğer nevi malların da âmme emlâki şümulüne dahil edilebileceğini, veya kanunun tayin ettiği kategorilerin icabında geniş olarak telâkki veya kıyas yolile tatbik edilebileceğini kabul etmektedir. Bu münakaşalar, kanun metni haricinde âmme emlâki mallarının mamelek mallarından tefrike yarayacak umumî bir kıstasın aranılması neticesini tevhit etti.

Bir kıstas arayan veya idare - emlâk münasebetini tayine uğraşan İtalyan doktrini iki muhtelif şekilde arzedilebilir. I) Birinci şekilde şu temayüller kaydedilebilir: 1) Umumun istimali nazariyesi (*criterio del'uso publico*); bu en eski nazariyedir. Bu nazariyenin mebdei Profesör Raneletti'nin ortaya attığı ve Profesör Cammeo, Giorgi, Vitta'nın intisap ettiği «granit kadar sağlam» diye tavsif edilen bir nazariyedir; bunu medeniyecilerin büyük bir ekseriyeti de kabul etmiştir. Bu nazariyeye karşı koyanlar, millî müdafaaya ait mallara kanunca âmme emlâki vasfı verilmiş olduğu halde bunların umumun istimaline arzedilmemiş olduğunu ileri sürüyorlar. Fakat nazariye taraftarları burada, bilûmum mallar için doğru olan kıstasa hiç bir şekilde tesir etmiyen bir kanunî istisnanın mevzuu-bahs olduğunu cevaben beyan ediyorlar.

2) Meucci, Vacchelli ve medeniyeci Ruggiero tarafından müdafaa edilen âmme hizmeti nazariyesi (*criterio del pubblico servizio*); bunlar umumî binalara, demir yollarına, bir âmme hizmetini barındıran idarenin herhangi bir gayri menkulüne âmme emlâki vasfını vermektedirler.

3) Âmme emlâki mallarile âmme hükmi şahısları arasındaki münasebet nazariyesi (*Criterio del rapporto in cui li beni si trovano con gli enti pubblici*): bu nazariyeye göre de, âmme emlâki malı âmme idaresinin en yakın mevzuu olan maldır ki âmme hükmi şahsı mezkûr malı idare etmekle gayelerinden birine varmış oluyor; bilâkis mamelek malı ise, umumî bir gayenin takibi için âmme hükmi şahsının zati faaliyetinde vasıta olarak kullanıldığı maldır. (S. Romano).

4) Âmme emlâkinin misli eşyadan olmadığını kabul eden nazariye (1932 denberi Cammeo'nun nazariyesidir).

5) Biraz ileride mevzuubahs edeceğimiz Guicciardi'nin emlak hakkındaki yeni ve mühim eserinde (1934) ortaya attığı kıstas.

Şunu da ilâve edelim ki, bu nazariyeciler yanında, kanaatimize göre daha doğru bir hattı hareket takip ederek, tekçi ve mücerret bir kıstas aramaktan vazgeçilmesinin daha münasip olacağını, ve natamam olsa bile ve hattâ kıyas tarikle tefsire temayül etmeksizin, müsbet hukuk metinlerine istinat etmeği tercih eden müellifler mevcuttur. (Zanobini).

II — İtalyan doktrininin izah edilebileceği ikinci şekil Guicciardi'nin izah şeklidir; bu müellifin muhtelif temayüller hakkında görüşü, birinci izah şeklini itmama yarıyacağı gibi müellifin fikrini de tavzihe yardım eder. Fransada olduğu gibi İtalyada da âmme emlakı hakkındaki münakaşaların büyük bir vüsat iktisap ettiğini kaydettikten sonra, müellif âmme emlakine dahil mallara tanınan vasıflar arasında bazılarının bilûmum mallara müşterek olduğunu müelliflerin müttefikane kabul etmekte olduğunu beyan ediyor. Bu müşterek noktalar şunlardır: Malların gayri menkul olmaları ve bunların bir mülki hükmi şahsa (Devlet, eyalet, komün, müstemleke ve münisiplere) ait bulunmasıdır. Fakat âmme emlakine dahil bulunan malları buna dahil bulunmayan mallardan tefrik eden vasıflarını tayin etmek mevzuubahs olunca, mütalâalar muhteliftir. Nazari olarak Profesör Guicciardi üç hal suretinin mümkün olabileceğini beyan ediyor.

1) Birinci hal sureti âmme emlakine dahil bulûmum mallara ve yalnız bunlara ait müşterek bir vasfın mevcudiyetini inkâr etmektir. Bu tarzı telâkki de muhtelif neticelere sevk edebilir: a) Âmme hükmi şahıslarının emlakı ile mameleki arasında yapılan tefrikin inkârı; b) Âmme hükmi şahsının bu mallardan birini muayyen bir hukukî rejime tercihan diğer bir hukukî rejime tâbi tutmakla hukukî mantığın icabettirdiği bir kıstasa değil, belki de amelî (ampirik) ve bu itibarla biraz da indî bir kıstasa dayanmakta olduğu iddiası; c) Âmme emlakine dahil mallar arasında ve yalnız bunlara ait müşterek ve mantıkî bir kıstasın mevcut olmadığı ve olamayacağı neticesi; daha doğrusu, bu mallar arasında muhtelif müstevilerde yükselen bir derece farkının mevcut olup birinci derecenin bir hayli zayıf, son derecenin ise çok daha kuvvetli bir himayeye mazhar bulunması. Hakikat halde bu üç netice meseleyi menfi bir hal suretine sevkeder.

2) İkinci hal sureti ise, idareye ait mallar arasında, umum mallardan farklı âmme emlakı vasfını haiz olacak bazı malların tayin

ve tesbitine medar olan bir kıstas bulmaktır. Bu suretle, sarîh bazı vasıfları haiz olan aslî âmme emlâki ile bu vasıfları haiz olmayan ancak «âmme emlâki vasfını haizmiş faraziyesi ile» bu mertebeye çıkarılan temsili veya istisnai bir âmme emlâki tefriki yapmak zarureti hâsıl oldu. Fakat, bu mantıkî kıstas ve karakteristik bir unsurun aranılması lâzım geldiği yolundaki mütalâa ya gayesine nâtamam bir şekilde varmakta veya tamamen ademi muvaffakiyete maruz bulunmaktadır ki, her iki halde de menfi olarak telâkki edilebilir.

3) Nihayet üçüncü hal sureti de, hakikaten pozitif bir nazariyedir. En çok taraftarı bulunan bu nazariyedir, fakat bu temayül âmme emlâki vasfını haiz mallara has olan vaziyeti umumî bir şekilde toplamak için birbirinden çok farklı vasıtalar kullanmaktadır. Ezcümle, âmme emlâkine hâs olan vaziyeti malların tefriki tayin edecektir. Bu mallar: a) Bir guruba göre hükûmete ait bir âmme hizmetine tâbi mallardır; b) Diğer birine göre umumun istimal ve istifadesine tahsis edilen mallardır; c) Başka bir guruba göre de âmme hizmetini teşkil eden bir istimale tahsis edilen mallardır; d) Nihayet, bir gurup da âmme emlâki mallarının haricî veya hakikî mahiyetlerine (gayri misli olma vasfına) dayanır.

Bu muhtelif nazariyelerin faydalı unsurlarını kaydedip bunları takdir ve tenkit ettikten sonra, Profesör Guicciardi âmme emlâki vasfının mevcudiyeti için hiç münakaşa edilmeyen umumî bir şarta üçüncü bir şartın ilâvesini teklif etmektedir: Mevzuubahs malın tahsis edilmiş olduğu âmme hizmetinin teşekkülüne lüzumlu olması vasfı. Fakat bundan başka müellif elzem addettiği özlü bir şart da aramaktadır: Hükmi şahıs kullandığı âmme emlâkini fonksiyonu için inhisarî bir tarzda istimal etmelidir. Âmme hizmetinden âmme emlâkine bu tarzda geçilmektedir. Böyle bir halde âmme emlâki mefhumu daha dar bir şekil almakta ve bu hal tarzının Fransız hukukunda Profesör Jéze tarafından müdafaa edilen hal suretine ne kadar yaklaştığı görülmektedir. Bu itibarla da aynı tenkidlere maruzdur.

Emlâk hakkındaki İtalyan doktrini umumî olarak bundan ibarettir. Bu doktrin menkullere ne gibi bir yer vermektedir? Âmme emlâki vasfını haiz olmak için bir malda bulunması icabeden şartlardan birinin gayri menkul olması lâzım geldiğini istitraten kaydetmiştik. Bu nokta üzerinde şimdi bir parça tevakkuf etmek gerektir. Doktrin bu hususta müttefiktir: Medeniyeciler, Medenî Kanununun

427 inci maddesinin tefsiri dolayısıyla, ve âmmeçiler, ancak mahiyetleri itibarile gayri menkul olanlar ile, tahsisleri veya taallûk ettikleri husus itibarile gayri menkul addedilebilen malların âmme emlakine dahil olabileceklerini kabul etmektedirler. İşte, ezcümle, Profesör Zanobini'nin mütalâası (Diritto amministrativo, Cilt I, Sah. 196). «Yalnız gayri menkul mallar âmme emlakine dahil olabilirler; büyük bir iktisadî kıymeti, askerî müdafaa noktasından, kültür veya sair herhangi bir âmme gayesi bakımından büyük bir ehemmiyeti olsa bile, tarihî teamül ve müsbet hukuk menkulleri daima ve kat'i olarak âmme emlakî haricinde tutmuştur.» (7) Menkul malları âmme emlakine ithal yolundaki teşebbüsler nadir ve dağınıktır. Son zamanlarda Profesör Salemi, âmme emlakî vasfını haiz olan bir binada mevcut ve bu binaya sıkı bir surette bağlı olmaksızın âmme hükmi şahsı tarafından doğrudan doğruya bir ihtiyacı karşılamaya tahsis edilen menkulleri, yani idare tarafından takip edilen gayenin en yakın mevzuunu teşkil eden, meselâ müzeler ile san'at galerilerinde bulunan menkuller ve servetler gibi malları âmme emlakine ithal etmek istemişti. Fakat bu zayıf teşebbüs İtalyan doktrininde kayde değer yegâne bir temayüldür. Meselenin tâ iptidasındanberi doktrin gayet sarîh olarak menkulleri âmme emlakî haricinde bırakmaktadır (8). Hattâ Profesör S. Romano, gayri menkullerin hi-mayesi için ileri sürülen sebeplere benzer sebeplerin menkuller için varidi hatır olamayacağını söylüyor. Profesör Guicciardi de bu hususa mütedair Fransız ve İtalyan hukuklarını mukayese ederek aralarındaki farkı tebarüz ettiriyor: «Fransız hukukunda muazzam

(7) *Zanobini*: (Dritto amministrativo I, p. 196): «Oggetto del demanio pubblico possono essere soltanto i beni immobili; la tradizione storica e il diritto positivo hanno escluso in modo costante e assoluto dal rapporto di demanialità i beni mobili anche se di grande pregio economico o di grande importanza per la difesa militare, per la cultura o per altro fine pubblico essenziale. Non tutti i beni immobili, inoltre, fanno parte del demanio, ma solo quelli destinati a determinate finalità amministrative: i bisogni della navigazione marittima, la navigazione interna, la fluitazione, l'irrigazione e altri fini cui servono i corsi d'acqua, le comunicazioni e la circolazione stradale, la difesa militare.»

(8) *Appendino*: (Sistema di diritto amministrativo scientifico 1931, p. 314): «Demaniali possono essere anche le cose mobili: l'opinione, che le esclude, e da rigettarsi, non solo, perché non vi sarebbe alcuna ragione d'incompatibilità, ma perché non vi sarebbe alcuna d'incompatibilità, ma perché in esse si possono riscontrare, invece tutti i caratteri indicati: così, negli esempi citati, dei libri per le biblioteche, dei quadri per le pinacoteche etc.»

bir âmme emlâki müessesesinin mevcudiyeti, menkullerin bu emlâke ithalini mümkün kılacak tehlikeli bir köprü teşkil eder, zira âmme emlâki vasfını haiz olacak malların şeraiti meyanında bunların gayri menkul olması şartı İtalyan hukukunun en kat'i ve sağlam esaslarından biridir.» (op. cit., sah. 5) (9).

İdarenin menkul malları, menkul olmaları itibarile İtalyan hukukunun ana kaidelerine binaen âmme emlâki haricinde bırakılınca, bunların hukukî vaziyeti ne olacaktır? Hiç şüphesiz ki, bunlar, hususî hukuka tâbi olan mamelek mallarına dahil bulunacaklardır. Fakat mamelek mallarına dahil bulunan menkul ve gayri menkul-ler aynı hukukî vaziyette değillerdir. Bunlar arasında esaslı bir tefrik mevcuttur: Bazıları üzerinde her hangi bir tasarrufun caiz olmasına rağmen, diğer bazıları üzerinde ise bazı nevi tasarruflar kabul edilmektedir. Böyle bir taksimın esası Medenî Kanununun 432 inci maddesinde değil, fakat Devlet muhasebesine müteallik olan ve Devletten gayri diğer âmme hükmi şahasîların âmme emlâkine dahil bulunan mallara tatbik edilen nizamnamede mevcuttur (halen mevkiî mer'iyette bulunan 23 Mayıs 1924 tarih ve 827 numaralı nizamnamenin 6 ve 9 uncu maddelerine bak). Tasarrufu caiz olmayan mallar arasında menkullerin yer aldığından, her ne kadar bunlar âmme emlâki vasfının temin ettiği himayeden farklı bir himayeye tâbi bulunuyorsa da, bu himaye haddi zatında çok müessirdir. Bu menkul mallar üzerinde herhangi bir tasarrufun menedilmiş olması, âmme hizmetinin faaliyetinde oynadıkları mühim rolden nâşidir.

Tasarrufu caiz olmıyan mallar hangileridir ve bu hukukî rejimin mahiyeti nedir? Tasarrufu caiz olmıyan malların tayini de mü-nazaünfi bir meseledir. Filvaki bu malları, evvelâ âmme emlâkine dahil mallara ve saniyen tasarrufu caiz olan mamelek mallarına göre tayin etmek icap eder. Birinci tefrik bir müşkülât ile karşılaşmaktadır. Bazı müellifler, âmme hizmetine dayanan kıstasa göre, âmme hizmetinin mekânını teşkil eden binalara âmme emlâki vasfını tanımaktadırlar; bilâkis diğer bazı müellifler, âmme emlâki hususunda daha dar bir kıstasa taraftar olduklarından, bu binaları

(9) *Guicciardi*: (Il demanio, 1934, p. 5): «... ma amettono anche l'esistenza di un «domaine public monumental» che non solo non ha riscontro in Italia, ma cositituisce anche un pericoloso ponte per il passaggio all'affermazione della demanialità di beni mobili: ciò che contrasta con uno dei principi più sicuri del diritto italiano in questa materia, che e come si vedrà, la qualità di bene immobile come requisito della demanialità.»

âmme emlakine değil, fakat tasarrufu caiz olmayan mamelek malları meyanına ithal etmektedirler (ezcümle *S. Romano*). Görülüyor ki, hususî bir kanunla derpiş edilip mahiyetleri açık olarak tayin edilmemiş olan mallara, tasarrufu caiz olmayan mamelek malları vasfını vermekte doktrin müttefik değildir.

Bu sadette muhtelif mütalâalar kaydedilmelidir. *Presutti*'ye göre (op. cit., cilt I, sah. 237), tasarrufu caiz olmayan mallar, muayyen bir âmme hizmetine tahsis edilmiş olup idarenin ya başlıbaşına (*uti singuli*) istifade ettiği veya umumun (*uti universi*) faidelendiği mallardır. Tasarrufu caiz olmayan mameleki mal (âmme emlakine dahil mal değil) mevzuubahs olabilmek için, bir şahsın bu malı yalnız kendisi kullanmak istediği zaman, idare bu malın muhafazasını, ıslah veya istimalini tanzim işi için sarfettiği faaliyetten gayri bir faaliyet sarfetmelidir; böyle bir halde ferd âmme hizmetinden istifade etmekle beraber malı doğrudan doğruya değil, fakat dolayısıyla istimal etmektedir (meselâ demiryolları hizmetlerinden, posta ve telgraf binalarından fertlerin istifadesi bu hizmetler haricinde bir gayri menkulden istifade değildir). Fakat bir malın bir fert tarafından istimalini temin maksadile idarî bir faaliyete, daha doğrusu o malın muhafazası, ıslahı veya istimalini tanzim işi için lâzım olan idarî faaliyetten gayri bir faaliyete lüzum olmazsa, vaziyet başkadır; fert o zaman mal üzerinde doğrudan doğruya istimalde bulunmaktadır (ezcümle köprüler, yollar, pazar yerleri ve ilh...). Buradaki mal artık âmme emlakî vasfını taşıyan bir maldır. Menkul mallar, mahiyetleri itibarile, muayyen bir yere vazedilmeleri icap eden ve fertlerin şahsen bunlardan istifade edebilmeleri için buldukları yerden çıkarılmaması lâzım gelen mallardır; bu malların yer değiştirmelerine tevessül keyfiyeti idarî bir faaliyeti istilzam eder. Kütüphanelerde, müzelerde ve sairede bulunan malların mameleki mal olmaları bu sebebe müstennittir. İşte, malın istimali şekline ve buna tekabül eden âmme hizmetinin faaliyetine göre *Presutti*'nin ileri sürdüğü kıstas.

Tasarrufu caiz olmayan malların karakteristik vasıflarını *Vitta* şöyle tayin ediyor: Tasarrufu caiz olmayan mallar meyanına dahil olabilmek için gayri menkuller âmme hizmetlerinin mekânı vazifesini veya camianın ihtiyaçlarını tatmin eden birer vasıta rolünü ifa etmelidirler; fakat istimal kıymetleri itibarile doğrudan doğruya bir vasıta vazifesini görmeleri icap edip, yoksa mübadele kıymetleri veya temin edebilecekleri gelir itibarile bir vasıta rolünü ifa etmeleri kâfi değildir: Âmme hizmetlerinin mekânı olan parlâmen-

to sarayları, vekâletler, kışlalar, hapishaneler, mektepler, hastaneler gibi binalar bu kabildendir. Bu gibi gayri menkulerin «umumî istimalinden» istifade eden, esas itibarile, âmme iktidarındır; şüphesiz ki bu gibi yerlere herkes girebilir, fakat âmme iktidarının zaman zaman tayin ettiği saat ve usule riayet şarttır. Tasarrufu caiz olmayan menkullere gelince, bunlar yukarıda işaret edilen gayri menkullere vazedilecek olan veya, mahiyetleri itibarile umumun istimaline tahsis edilmesi zarurî olan mallardır; hususî bir talimatnameye göre bu malların toplanmış ve muhafaza altına alınmış olduğu mahallere halk girebilir. Tasarrufu caiz olmayan bu menkuller, idarenin tahakkukuna çalıştığı gayeleri temine yarayan mallar da olabilir.

Nihayet, temayülleri itibarile her şeyden evvel pozitif hukuk hükümlerine istinat etmeği esas ittihaz eden Prof. *Zanobini*, daha ince neticelere varmaktadır. İdarî faaliyette görmüş oldukları vazife itibarile, menkul olsun, gayri menkul olsun, bilûmum mamelek malları iki şekilde tezahür eder: Bazıları âmme hizmetlerinin idaresinde doğrudan doğruya birer vasıta olarak kullanılır; muhtelif hizmetlerin yerleşmiş olduğu ebniye, mektepler ve buna müşabih müesseseler, mobilyalar, askeri malzeme, demiryolları ve sair âmme hizmetlerine lüzumlu teknik malzeme bu kabildendir. Diğerleri ise dolayısıyla umumî bir menfaat temin eden ve Devlete fertlerin şahsî mameleklerinden edindikleri istifadeye müşabih iktisadî istifadeler, iratlar temin eden mallardır: Ezcümle, uzun vade ile icara verilmiş olan arazi ve binalar bu kabildendir. Birinci kategoriye dahil mallar âmme emlakine dahil mallara çok yaklaşmaktadır ve bu sebepledir ki bir çok müellifler bunları âmme emlakî nev'inden adetmişlerdir. Hukukan, bilûmum mamelekî malların vaziyeti aynıdır; zira hepsi hususî hukuk esaslarına tâbidir. Ancak farklı olan iktisadî gayeleri, farklı olan tasarruf derecelerini tayin eder: Mamelekî malların tasarrufu caiz olan ve olmayan kısımlara taksimini fiiliyatta kanunlar tayin eder ve tasarrufu caiz olmayan mallar kategorisine, bir âmme hizmetine tahsisleri dolayısıyla Devlet mamelekinden kolayca çıkarılamıyacak olanları ithal eder (op. cit., cilt I, sah. 206).

Yukarıda arzedilen ve âmme hizmetleriyle olan münasebetleri dolayısıyla tayin edilen ve yalnız gayri menkullere ait bulunan tasarrufu caiz olmayan mallara müteallik nazariyeler mahfuz olmak üzere, sarîh olarak tasarrufları bir kanun maddesile menedilmek istenilen bazı mallar şunlardır: 1) Devlete ait ormanlar (30 birincikâ-

nun 1923 tarihli ve 3167 numaralı kanun); fakat devletten gayri hükmi şahıslara ait ormanlar hakkında vaziyet meşkûttür. — 2) Taca ait muhassasat (saraylar, mobilyalar, her tahta çıkışı takip eden birinci intihap devresinde kirala verilen san'at kolleksiyonları) (Nizamname, madde 17 ve Devlet muhasebesine ait nizamname, madde 14). — 3) Artistik kültür ile ilmi kültürün taammümü için hükmi şahıslar tarafından müzelere, galerilere, kütüphanelere, ilmi kolleksiyonlara vazedilen menkullerin heyeti umumiyesi (Devlet muhasebesine ait nizamname, madde 15; 20 Haziran 1909 tarihli güzel san'atlar ile âsarı atika kanunu, madde 2). — 4) Milli müdafaaya yarayan, esliha, sefain, tayyare, deniz tayyaresi, tank gibi menkuller (21 Birincikânun 1922 tarih ve 1880 numaralı kararname; 18 İkinciteşrin 1923 tarih ve 2240 numaralı kararname, madde 21). — 5) Devlete ait demiryolları: güzergâh, sabit tesisat ve müteharrik malzeme. — 6) Suların mecralarından ayrılması ve iskaı için yapılan kanallar. — 7) İnhisara tâbi tuzlar (13 Temmuz 1862 tarihli kanun). — 8) Komünlere ait salhaneler (*Vitta*'ya göre). — 9) Madenler (14 Eylül 1862 tarihli nizamname ile bu tarihten sonra intişar eden bir çok nizamnameler); maahaza mesele münakaşalıdır; *Vitta* ile *S. Romano*'nun mütalâaları bu merkezdedir. — 10) Diyanî binalar (17 Temmuz 1909 tarih ve 464 numaralı nizamname). — 11) Devletin sınaî malları ve bu cümleden olarak hususî mahiyettekiler ile inhisarları *S. Romano* kabul etmektedir.

Bu malların tasarrufu caiz olmaması neyi ifade eder? Bu esas malların gayri kabili temlik ve ferağ olduğunu istilzam eder; Bu itibarla malın diğer bir kimseye nakline veya bu mal üzerinde bir aynı hak tesisine müteallik mukavele batıldır, zira malın tahsis edildiği gaye ile kabili telif değildir. Bu butlanın neticesi olarak, gayri menkul mal, herhangi bir zilyedin elinde bulunursa bulunsun istihkak davasını mümkün kılar. Kanunun memnuiyetine rağmen tasarrufu caiz olmıyan menkul mal satılmış ise, bunun istihkak davası yolile talebi mümkündür; fakat birinci defa malı iktisap eden şahıs hüsnü niyet sahibi üçüncü bir şahsa malın zilyetliğini devretmiş ise, Medeni Kanununun 707 ve müteakip maddelerini gözönünde bulundurmak lâzımdır; bu maddelere göre, kaybolmuş veya çalınmış menkul mallar müstesna, hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslar hakkında menkulerde zilyetlik mülkiyete karinedir. Bu izahata göre, tasarrufu caiz olmıyan menkullerin istihkak yolile zilyet bulunan üçüncü şahıslardan talebi ancak aşağıdaki üç halde mümkündür: 1) Üçüncü şahısların sui niyet sahibi, yani malın ayıplı olduğunu

bilmeleri hali; 2) Menkullerin bir küll teşkil etmekte olmaları hali, meselâ kolleksiyonlar; 3) Âmme hükmî şahsı idare organlarının malı hile ile temlik etmiş olmaları hali, zira bu halde hükmî şahsın bir hırsızlığa maruz kaldığı kabul edilmektedir. Bazı malların tasarrufu caiz olmaması, bütün hukukî neticelerile zilyetliğe mevzu teşkil edememelerini istilzam etmez; ezcümle bu mallar müruru zaman yolile iktisap edilebilir, zira Medenî Kanununun 2114 üncü maddesi aynen şu hükmü ihtiva etmektedir: «Mamelek malları için Devlet ve bilûmum hükmî şahıslar müruru zamana tâbidirler ve aynen fertler gibi bunu defi olarak kullanabilirler.» Tasarrufu caiz olmıyan mallar umumî menfaat mülâhazası ile istimlâk dahi edilebilirler. Elverişli bulunmayan veya idarî makamın bir kararı üzerine tasarrufu caiz olmıyan mallar artık âmme hizmetlerine tahsis edilmeyince, temlik ve ferağı caiz olmamaları vasfı da hitama erer. Tasarrufu caiz olan mameleke geçen mallar, bir gelir temini için kullanılacakları gibi, kanun ve nizamnamelerde derpiş edilen hususî şartlara uygun olarak temlik dahi edilebilirler.

Sair bilcümle hususatta mameleki mallar efrada ait malların tâbi olduğu kaide ve esaslara tâbidir; ezcümle zilyetlik veya mülkiyete müteallik davalar, sair bulûmum adli davalar bu mallar hakkında da caridir. İdarî mevzuat bu malların muhafaza ve istimalini sıkı bir surette tanzim etmek için müdahale eder ve bunun için meselâ müfredat defterleri tutturur, hususî mülkiyete müteallik tahdidat bunlar lehine de vazolunur.

İtalyan hukukunun umumî hatları bundan ibarettir.

Menkulün âmme emlakinden ihracı hakkındaki izahatımızı kısaca şu şekilde hülâsa edebiliriz:

Fransız hukukunda bu ihracı makul göstermek için serdedilen mucip sebepler şunlardır: Ya Medenî Kanununun 538 inci maddesinin lâfzî tefsiri; ya bu malların hususî mülkiyete mevzu teşkil etmelerinin mümkün olması; ya bunların umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine tahsis edilmemiş olmaları; veya umumun istimal ve istifadesine tahsis edilmemiş olmaları; ya menkullerin himayesi için ısdar edilen kanunlarda bunların âmme emlakine dahil olacağına sarahatle beyan edilmemiş olmaları; ya âmme hizmetinde başlıca vazifeyi ifa etmemekte olmaları; veya zabıta kuvvetinin bunlar için harekete geçirilmediğidir.

III.

Fransız doktrininin bir kısmı ile İtalyan hukuku, menkulleri âmme emlâki haricinde bırakmış olduklarını gördük; şimdi de bunun aksi vaziyetini iltizam eden, yani menkulleri âmme emlâkinden addeden nazariyeleri tetkik edeceğiz. Bu tetkikat bilhassa Fransız hukukuna dayanacaktır, zira bu hukuk mahkeme içtihatlarıyla olsun, doktrini ile olsun mesele hakkında en zengin edebiyatı vücade getirmiş bulunmaktadır. Belçika hukuku da gözönünde bulundurulması icabeden bazı neticelere varmıştır.

Evvelâ, Fransız adliye mahkemeleri içtihadını tetkik edelim. Bu içtihat, âmme emlâkinin şumulünü tesbit etmiş olmakla bu nazariyenin vücut bulmasına pek çok yardım etmiştir. Metinlerin sükûtu veya ademi vuzuhu karşısında menkul âmme emlâki lehine açıkça vaziyet almış ve bu vaziyetini muhafaza eylemiştir. Müellifler bu vaziyeti münakaşa etmişlerse de bunu gözönünden uzak bulunduramamışlardır. Bu içtihada göre âmme emlâki, şek ve şüpheye mahal bırakmaksızın menkulleri ihtiva etmektedir; bu cümleden olarak umumî kolleksiyonları teşkil eden kıymettar eşyalar, kütüphane, müzeler, hazinei evrak (arşiv) sayılabilir. Bu malların Devletin veya herhangi bir âmme müessesesinin mülkiyetinde bulunması hâziri tesir değildir. Umumiyetle mesele adliye mahkemelerine şu şekilde intikal etmekte idi: İdare, Medenî Kanununun 2279 ve 2280 inci maddelerinin derpiş ettiği sıkı şartlara tâbi olmaksızın menkul bir malı herhangi bir zilyetten talep etmek istemesi ile iş adliye mahkemesine tevdi ediliyordu.

Esaslı birkaç tipik kararı hatırlatalım. Evvelâ Paris mahkemesinin 3 ikincikânun 1846 tarihli kararı: «Mahkeme, esas itibarile kütüphaneyi kıraliyeyi teşkil eden el yazısı eserlerin, plânların, imzalı kâğıtların (autographe) ve sair kıymetli eşyaların âmme emlâkine dahil bulunmaları sebebiyle temliklerinin caiz olmadığı gibi müruru zamana da tâbi olmadıklarını kabul eder. Filen, Molière'in el imzasını taşıyan vesikanın 1823 senesinde kutuphaneyi kıraliye ait olmasına, , 1825 tarihinde Tascheron tarafından Molière'in hayatı ve eserleri hakkında yazılan kitapta, bu son tarihte mevzuubahs edilen autographe'in kütüphanede mevcut bulunduğunu bildirmekte olmasına mebni bu otografin üçüncü bir şahıs tarafından Chanon'a satılmış olmasını esas itibarile batıl addeder ve hüsnü niyet iddiasını kabul etmez; diğer taraftan vesikanın Molière'in imzasını havi bulunması, Tascheron'un eserinden istinsah edilmiş olması ve üzerin-

de kütüphanesi kıraliye aidiyetine dair bir damgayı taşımakta bulunması, bu vesikaya zilyet bulunmanın gayri kanunî olduğunu açıkça isbat eder; mahkeme bidayet kararını esasa dair nakzederek, mevzuubahs otografin hakikî ve yegâne maliki kütüphanesi kıralinin olduğunu beyan ve bunun neticesi olarak, mezkûr vesikanın derhal mahkeme kâtibine tevdiini ve kararın kâtibe ibrazı ile ismi geçen kütüphane müdürünün imzası mukabilinde kâtibin vesikayı kendisine teslimini emreder.»

Diğer meşhur bir karar da Dijon mahkemesinin 3 mart 1886 tarihli kararıdır: «Mahkeme, hukukan, bir menkulün şüpheye mahal bırakmaksızın Devletin âmme emlakine dahil bulunabileceğini ve bu itibarla temlikinin ve müruru zaman yolile iktisabının caiz olmadığını kabul ederse de, bunun salâhiyettar makam tarafından hususî bir maslahata tahsis edilmiş ve kâh sarîh bir karar ve kâh bir umumî anbar, bir müze, millî bir kolleksiyon gibi bir yere vaz edilerek herkes nazarında kendisinin Devletçe umumî bir faydayı haiz olduğu vasfının bir tasarruf ile verilmiş olması ve bir âmme hizmetine yaramakta bulunması şartının tahakkuku halinde kabilidir; fakat iadesi talep edilen kabrin salâhiyettar makamca hiç bir zaman hususî bir gayeye tahsis edilmediğine; hattâ Dijona nakledilerek şehrin anbarlarından birine vaz edildiği sabit olmadığına; fakat mahiyeti ve kıymeti itibarile millî kolleksiyonlarda yer almağa ve Fransanın artistik mamelekine ebediyen girmeğe lâyık bulunduğu ve bu itibarla geçmiş asırlardan bize intikal eden artistik servetlerin muhafazasına kanunen memur olan kimselerin nazarı dikkati celbetmeleri lâzım geldiği müsellem ise de, hiç bir fiil, hiç bir tasarruf salâhiyettar makamın bunu umumun istifadesi için muhafaza etmek niyetinde olduğunu istidlâle imkân vermediğinden, mezkûr malın Devletin âmme emlakine dahil bulunduğunu tayin edememekte ve bu sebepten bunun kabili devrû temlik ve müruru zamana tâbi bulunduğunu göstermektedir.»

Fakat bu içtihatlar isbattan ziyade iddia yolunu takip etmişlerdir. Esaslı bir ehemmiyeti haiz olan Lyon mahkemesinin 10 temmuz 1894 tarihli kararı (*Sirey*, 1895. II. 185. — *Dalloz*, 1896. II. 183) meseleyi daha kat'i ve sarîh bir tarzda halletmiştir. Artistik servetin himayesine müteallik 30 mart 1887 tarihli bir kanun Devlete ait menkul malların gayri kabili temlik ve müruru zaman yolile gayri kabili iktisap olacaklarını beyan etmişti; fakat bu kanun mezkûr malların ne âmme emlakine aidiyeti, ne de vilâyet ve köylere (komünler) e ait olup Devlete ait olanlardan daha zayıf bir himayeye tâbi

olan malların mukadderatı hususunda bir hüküm sevketmemiştir. Saleilles burada «idarî mahiyette irtifakların» mevzuubahs olduğunu söylüyordu. Bu suretle mahkemeler, Devlete ait tasnif edilmemiş eşyalar ile, vilâyet ve komünlere ait hattâ tasnif edilmiş eşyaların devrü temlik ve müruru zamana tebaiyetleri hususundaki kanunun sükûtunun ne şekilde tefsir edilmesi lâzım geldiğini bildirmek mecburiyetinde kaldılar. Menkullerin âmme emlâki vasıflarını tayin eden içtihat yeni metinler karşısında muhafaza edilecek midir? Lyon mahkemesinin kararına iktiran etmiş olan mesele şu idi: Mâcon belediye kütüphanesine ait bir minyatür satın alınmıştı; bu minyatürü bir antikacı satın almış ve bilâhara bunu Lyon belediyesine satmıştı; mezkûr belediye de minyatürü müzesine koymuştu. Mâcon belediyesi sirkatten üç seneden fazla bir zaman sonra bu minyatür hakkında bir istihkak davası açabilecek mi idi? Bu meselenin halli minyatürlerin Mâcon belediyesinin âmme emlâkine dahil bulunup bulunmadığı meselesinin halline tâbi idi. Mesele mühimdi, zira mevzuubahs olan eşya 1887 tarihli kanunla himaye edilmemiş ve gayri kabili temlik ve müruru zamanla gayri kabili iktisap oldukları da söylenmemiş olan belediye kolleksiyonlarının bazı menkul eşyalarıdır. Lyon mahkemesi, Mâcon mahkemesinin kararını kabul etmiş ve Temyiz Mahkemesi istida dairesi de Lyon belediyesinin karara karşı vaki talebini de reddetmiştir, (17 haziran 1896, *Sirey*, 1896, I. 408. - *Dalloz*, 1897, I. 257) yani Lyon mahkemesinin kararını tasdik etmiş ve ezcümle demiştir ki: «Âmme emlâkine dahil bulunan bir kütüphanenin esaslı cüzleri olan kitap ve manüskripler de bilmeceburiye âmme emlâkine dahil bulunur.» Âmme emlâki kıstasını tayin etmek hususunda, Lyon mahkemesinin kararı uzun zaman en etraflı bir tetkiki ihtiva eden ve en karakteristik olan bir karar gibi telâkki edildi. Mucip sebeplerin calibi dikkati olan biri de şudur: «Âmme emlâkine dahil bulunan mallar hususunda Medenî Kanununun 538 ve 540 ıncı maddelerindeki tâdatın tahdidî olmayıp işarî olduğuna göre kanunda tâdat edilen bilûmum mallar arasında müşterek bir vasıf ve mahiyete dayanan bir kıstas aramak lüzumu bulunduğuna; âmme emlâkinin mümeyyiz vasfının bu emlâke dahil malın umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine tahsis edilmiş olmasına; bu kaidenin Devlete, vilâyete ve komünlere ait bulunan emlâke dahil bilûmum menkul ve gayri menkul mallara kabili tatbik bulunmasına binaen, bunların hepsi umumun ihtiyaçlarına tahsis edilmiş olmak ve binnetice hususî mülkiyete dahil bulunamamak vasfını haizdirler.»

Bu kararile mahkeme tesis eylediği sistemi sağlam hukuki temeller üzerine bina etmek istiyordu. Kanun ve mevzuattaki maddelerin şümulünü genişletiyordu; müşterek bir kıstasın lüzumu üzerinde ısrar ediyordu; bu kıstas umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine tahsis keyfiyeti üzerine iptina ediyordu; menkullerin; meselâ minyatürlerin, bu şartı haiz olabileceğini kabul ediyordu. Binaenaleyh bu içtihadı göre, kanunen muayyen istisnalar mahfuz olmak şartile, bu vasıfları haiz herhangi bir mal âmme emlakine dahil addediliyordu.

Bu kararın altında intişar eden Profesör Saleilles'in meşhur notunda şu satırlar okunur: «Âmme emlakı vasfı artık kanunun, ez-cümle Medenî Kanununun 538 inci maddesinin az çok sun'î bir tâdâdından neş'et etmemektedir; bu vasıf kanundan doğmuş bir keyfiyet değildir; bu tabii bir müşahede neticesidir. Bunu tabiati eşya yaratmıştır; bu, müşahedeye dayanan bir vakiadır; nazari olarak vaziyet bu merkezde olunca, mesele artık umumun istimal ve istifadesi hâdisesini müşahede etmekten ibaret kalıyor; buna nerede tesadüf edilirse, malın mahiyeti ne olursa olsun, menkul olsun, gayri menkul olsun, âmme emlakinin mevcudiyetine hükmetmek icabeder.»

Yukarıda zikredilen Lyon mahkemesinin kararı büyük bir terakki eseri olmakla beraber münakaşa kapısını tamamen kapatmış değildi. Bir taraftan kararın, umumun istimal ve istifadesine tahsis edilen herhangi bir malın âmme emlakı vasfını haiz olacağını kabul etmiş olması muaheze ediliyordu; buradaki geniş kıstas vazı kanun tarafından derpiş edilen himaye rejimini muhakkak surette aşmış bulunuyordu. Diğer taraftan, 540 inci maddeyi izah için esasen çok dar olan bu kıstasın, müzelerde titiz bir şekilde muhafaza edilen ve ancak bazı gün ve bazı saatlerde, hattâ hususî bazı müsaadeler istihali üzerine okuyucunun emrine amade tutulan kitap ve minyatürlerin âmme emlakine dahil bulduklarını izaha katiyen kâfi gelemeyeceği iddia edildi. Bunlar umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine tahsis edilmiş eşya değildir. Şurası da şayanı kayittir ki bu karar, umumun istifadesine muhakkak surette tahsis edilmemiş olan ancak sıkı şartlar dahilinde askerî şahısların istimaline mahsus olan orduya ait malzemeyi de âmme emlakı haricinde tutmakta idi.

Doktrine gelince, menkullerin âmme emlakine dahil bulunduğunu kabule bunun büyük bir kısmı meyyaldır. Âmme emlakı nazariyesinin, medeniye profesörü Victor Proudhon'a medyun olduğu hu-

suslar malûmdur. Mumaileyh bu sahada yenilikler vücade getirmemiş olmakla ve bilhasa kendinden evvel, ezcümle Pardessus tarafından beyan edilen fikirleri müdafaa etmiş bulunmakla beraber, bunlardan daha kuvvetli ve müessir bir şekilde âmme emlâkinin hususî bir hukuk kategorisi olduğunu, buna umum tarafından istimal ve istifade edilen her malın dahil bulunduğunu ve bu itibarla mülkiyete salih olamayacağını ancak hususî bir hukukî kudrete mevzu teşkil edebileceğini kabul ettirmek istedi. Bu müellife göre, malın bu cihete tahsisi esaslı bir unsur idi. Bunun içindi ki âmme emlâki münhasıran umumun istimal ve istifadesine vazdedilen maldan müteşekkil değildir; buna «bir âmme hizmetine tahsis edilen mallar» tâbir ettiği malları da ithal ediyordu. Proudhon bu tâbiri kesretle kullanmakta ve bunu malların heyeti umumiyesinin, bugün âmme hizmeti olarak kabul ettiğimiz Devletin veya komünlerin şahsileşmiş organlarına değil, fakat fertlerin heyeti umumiyesine müfit bulunduğu mânâsında kabul etmektedir. Bunun neticesi olarak Proudhon mektep ve kışlaları âmme emlâki meyanına ithal etmektedir, zira bu gayri menkuller idare edilenlere bazı menfaatler temin etmekte, doğrudan doğruya istimaline tâbi bulunmamakla beraber halkın büyük bir kısmına faydalı bulunmaktadır. Hülâsa, burada mevzu bahis olan husus, umumî menfaat namına idarî bir zilyetliktir. Fakat Proudhon'un eserinden, âmme hizmetine bağladığı malların hangilerinin olduğunu tam bir şekilde tayin etmeğe yarayan ve menkullerin de bu meyanda bulunduğunu gösteren bir kıstas istihracı imkânsızdır.

Mülkiyetin esas mahiyeti ile bazı malların muayyen cihetlere tahsisi arasında kaçınması imkânsız olan bir tezaadın mevcut olduğu hususundaki reyî yanlı olmakla beraber, Proudhon, umumî menfaate lüzumlu bazı malların teşkilâtlandırılması fikrini vazı kanunun bu husustaki ihmaline rağmen kabul ettirmeğe muvaffak olmuştu. Bu yolda kendisini takip edenler Fourcart, Macarel ve Boulatignier, Cormenin, de Gérando, Demolombe, Aubry et Rau, Gaudry olmuştur.

Fakat âmme emlâki hususunda Proudhon'un esbabı mucibesinden farklı hukukî bir esbabı mucibe arandı, zira bunu âmme emlâkinin mülkiyete elverişli olmaması gibi bir tek mütalâaya istinat ettirmek keyfi ve indî olarak telâkki edildi. Ducrocq 538 inci maddeyi yeni bir tarzda tefsir etmiş ve bu sayede âmme emlâki hususî mülkiyete elverişli olmıyan bilûmum malları ihtiva etmekle beraber (ki bunlar en esaslı bir kısmını teşkil ediyordu), inşa edilmiş

gayri menkuller ve emlâkin istimaline lüzumlu olan menkuller gibi bir gayeye tahsis edilen mallar ile kanunun tayin ettiği bir âmme emlâkinden müteşekkil bulunuyordu. Bu suretle menkullerin de âmme emlâkinde bir yeri bulunmuş oluyordu.

Bugünkü Fransız doktrininde âmme emlâki yegâne mesnedini hususî hukuk prensiplerinde bulmamaktadır. Bu, geniş bir surette âmme hukuku tekniğine ithal edildi. Ancak müelliflerin kendilerine has sistemleri mevcut olmakta ve menkul âmme emlâkine ayırdıkları yer geniş veya dar bulunmakta ve muhtelif esbabı mucibeler ile teyit edilmektedir.

Âmme hukukuna doğru bu temayül, Proudhon ile muakiplerinin pek fazla ehemmiyet verdikleri metin ve tarihten çıkarılan isbat vasıtalarından ayrılmış ise de bir tek nazari temayüle de tâbi kalmıştır. Bu yeni temayül bazan âmme kudreti fikrine, bazan yenileştirilmiş bir âmme hizmeti mefhumuna, bazan da her ikisine birden dayanmakta idi.

Birinci temayülün en ileri gelen mümessillerinden biri Profesör *Moreau*'dur (*Droit administratif*, 1909); buna göre, bu temayül XIX uncu asrın tahlilinin teyit ve takviye edebileceği hukukî bir prensibe bağlanır. Bu tahlil âmme kudreti vasfını, siyasî kuvveti, Devlette mevcut bulunan emretme salâhiyetini açık bir şekilde tebarüz ettirmiş bulunuyordu; bu tahlil, âmme kudretinin icrayı faaliyet ettiği vaziyetleri tayin ederek âmme hukukunu tesbit ve Devletin alâkadar bulunmasına rağmen âmme kudretinin mefkut bulunduğu vaziyetleri tayin ile de hususî hukuku tesbit etmiş oluyordu. Bu mefhumlar mallara tatbik edilerek âmme emlâki ile hususî emlâk arasındaki fark izah edilmek istendi; bazı mallar hususunda âmme kudreti, kâh bu malları umumun ihtiyacını temin için bunları vücade getirmek suretile, kâh tabiatın eserini ikmal ile iktifa eylemek suretile tezahür eder; bu takdirde mezkûr mallar âmme hukukuna tâbi bulunur, âmme emlâkini teşkil ederler; diğer eşyalardan Devlet ancak fertlerin talep edebileceği bir istifadeyi, iktisadî bir istimali talep eder; bu takdirde bu mallar da hususî hukuka tâbi bulunur ve hususî emlâki teşkil eder (op. cit., sah. 566). Profesör *Moreau*'nun bu mütalâasında, âmme kudreti ile hususî fertler arasında bir derece farkı tesis eden Devletin ikilik (dualiste) telâkkisinin bir tatbikini görüyoruz. Âmme emlâki âmme kudretinin ya kendisinde veya vasıtasile tezahür ettiği bilûmum malları ihtiva eder, ve tahsis keyfiyeti de, idarenin âmme emlâkine dahil bulunan mal-

ları tayin eden bu âmme kudretinin bir mâkesi, tayini bir tasarrufudur (acte déterminateur). Hülâsa, bunların hepsi idareye ait bir kudretin istimalinde toplanabilir. Ve «bilûmum mallar» tâbirine menkulleri de ithal etmek mümkündür ve Profesör Moreau bu malları mahiyetleri itibarile âmme emlâkinden hariç tutmak için hiç bir sebep görmüyor. Hattâ menkul malların nadiren resmî bir tasnif veya tahsise tâbi tutulmuş olduklarını kaydetmiş olmasına rağmen «hizmete konulmaları sebebiyle» bunların da âmme emlâkine dahil bulunacaklarını kabul ediyor. Menkuller hakkında bundan fazla bir sarahate tesadüf edilmiyor. Âmme emlâki hakkındaki bu otoriter düşünce bugün çoktan aşılmış bulunuyor.

İkinci temayül ise âmme hukukunun tatbiki lüzumunu âmme hizmeti mefhumile izah etmeğe çalışandır. Bu temayülün başında Profesör Duguit ve mektebi gelir. Bu hukukçuya göre, Devlete ait bulûmum mallar onun mamelekini teşkil eder; fakat mameleki klâsik ve medeniyeci telâkkiye göre, yani Devlet-şahsın bir tezahürü olan aktif ve pasif hakların heyeti umumiyesi gibi kabul etmek doğru değildir. Filhakika Duguit Devlet-şahsın mevcut olmadığını uzun zaman isbata çalıştı. Mamelekte mühim olan onun tahsis edilmiş olduğu gayedir. Mamelek, umumî istifadeye tahsis edilmiş ve içtimaî bir şekilde himaye edilmiş olan servetlerdir. Bu mamelekte iki cins mal tefrik edilmek istendi: Bir tarafta âmme emlâkine dahil mallar, ve bunun tam mütenazırını teşkil eden hususî emlâke dahil mallar ki ne vama iki kitle şekli mevcut oluyor. Fakat bu çok kat'î bir düşünce olup hâdiselerin realist bir müşahede ve tetkiki karşısında yıkılmağa mahkûmdur. Şüphesiz ki, bir âmme hizmetinin faaliyetine doğrudan doğruya tahsis edilmemiş olan mamelek malları umumiyetle hususî emlâk tâbir edilen kısma, ve âmme hizmetine doğrudan doğruya tahsis edilenleri de âmme emlâki kısmına ithal etmek mümkündür. Bu tefrikin esasını âmme hizmetine tahsis fikri teşkil eder ki bu âmme mülkü meselesinin merkez noktasıdır. Fakat burada durulmamalıdır: Bir âmme hizmetinde şu veya bu şekilde istimal edilen menkul veya gayri menkul herhangi bir eşya âmme emlâkine dahil bulunuyorsa da, bunların aynı sırayı işgal ettiklerini düşünmek büyük bir hata olur. Tahsis şekline, muhtelif malların bünyesine, bu malların tahsis edilmiş oldukları hizmetin mahiyetine, bu hizmetin faaliyetinde oynadıkları role göre bazı tefrikler yapmak lâzımdır. Bir kelime ile âmme emlâkinde hukukî bir silsile mevcuttur ve bu sistem yeknasak ve tekci sistemin aksidir; müteaddit kategorilerin mevcudiyetini tazammun eder. Mallar âm-

me hizmetine mevzu ve vasıta olarak tahsis edilirler; hizmetin mevzuu oldukları zaman hizmetin gayesini, hizmetin vasıtası oldukları zaman da hizmetin faaliyeti için bir lüzumlu unsurunu teşkil ederler (10). Bu noktadan hareket ederek malları altı kategoriye ayırmak mümkün olur. Birinci kategoride, yani silsilei meratibin en yüksek derecesinde umumun serbest istimaline tahsis edilmiş olan mallar bulunur; âmme hizmeti bu istimali bilhassa temin ve himaye ile mükelleftir; burada kıstas umumun istimaline tahsis olup bu kıstas âmme emlâkını tayin hususunda en mükemmel olan kıstastır; burada mevzuubahs olan eşya vasıta veya âlet vazifesini gören eşya değil, fakat âmme hizmetinin mevzuu olan eşyadır, meselâ yollar bu kabildendir. İkinci derecede, demiryolları (şimendiferler) gelir, zira bunlar bir hizmete - nakliye hizmetine - tahsis edilmişlerdir ve bu hizmetin vasıtalarıdır. Üçüncü derecede muhtelif askerî inşaat gelir: Sedler, kaleler, müstahkem mevkiiler; bunlar çok mühim bir âmme hizmetine, millî müdafaa işine tahsis edilmişlerdir; fakat bu tahsis umumun istimaline tahsis olmayıp, mezkûr hizmetin bir vasıtası, bir âleti mahiyetini haizdir. Dördüncü derecede, muayyen bir âmme hizmetinin mevzuu olan Devlete ait ormanlar yer alır; bu hizmet mezkûr ormanları korumak vazifesile mükelleftir. Umumiyetle ormanlar âmme emlâki meyanına ithal edilmemekle beraber, Duguit bunlara âmme emlâki vasfını tanıyan yegâne müelliftir. Beşinci derecede bir âmme hizmetinin faaliyetine tahsis edilen inşa edilmiş veya edilmemiş gayri menkullerdir, meselâ vekâlet binaları, posta daireleri, kışlalar, âmme hizmetlerinin yerleşmiş buldukları bilûmum binalar. Bu gayri menkuller âmme hizmetine bir âlet, bir vasıta olarak tahsis edilmişlerdir; fakat bunların âmme emlâki vasıfları saydığımız diğer malların vasıfı kadar zahir ve bariz değildir. Zira bunlardan birinin bünyesinde yapılacak olan herhangi bir tadilat âmme hizmetinin faaliyetini asla sekteye uğratmaz. Bunun için sarîh bir tahsisin vukubulması icabeder; tahsis mevcut oldukça, idare bu tahsise muhalif hiç bir şey yapamayacaktır. Nihayet altıncı derecede, tasnif edilmiş ve bir hizmete ait eşya olarak bir âmme hizmetine tahsis edilmiş menkul mallar gelir. Bu menkuller âmme emlâki silsilesinin en dún derecesini işgal eder. Bir menkul âmme emlâkinin mevcudiyetine hiç bir şey esas itiba-

(10) Bak: *Ch. Crozat*, *Âmme Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Talebesi Cemiyeti neşriyatından) İstanbul, 1934, sah. 160 ve mü. (Terceme: *Ferit Hakkı*).

rile muhalif değildir. Vaziyeti tenvir için denilebilir ki bir menkul aşağıdaki hallerde bu rejime tâbi olacaktır: Ya bu menkul bir hizmetin mevzuu olarak o hizmete tahsis edilmiştir, yani bu menkulün tamamıyetini veya has bünyesini muhafaza için bir hizmetin tesisine lüzum görülmüştür, veya bu menkul bir hizmetin faaliyetini temin için mezkûr hizmete vasıta olarak tahsis edilmiştir ve bu hizmet öyle bir mahiyet arz etmelidir ki faaliyetine devam edebilmesi için menkulün has bünyesini tağyir etmesin. Bu son vasıtalar kategorisine girebilecek olan menkulleri bulmak pek güç olacaktır, diyor Duguit, zira bunların yerine başkalarını ikame etmek çok kolaydır. Bu sebebe binaendir ki, bir âmme hizmetine vasıta olarak tahsis edilen menkullerin hususî bir tarzda himayesi bugüne kadar pek lüzumlu görülmemiştir. Bütün menkullerini elden çıkaran bir demiryolu idaresini tasavvur etmek tamamen nazari bir faraziyedir. Fakat muayyen bir hizmetin vasıtaları olan menkullerin has bünyelerini hususî bir şekilde muhafaza etmek lüzumu bilhassa orduya ait malzeme ile donanmaya ait gemiler hususunda kendini gösterir. Zira bunların herhangi bir şekilde elden çıkarılması çok büyük tehlikelere badi olabilir. Bunlar şüphesiz ki, menkul âmme emlâkinin hakikî bir cüzüdürlük ve tâbi oldukları rejim hususî menkul mülkiyetinin tâbi olduğu rejimden tamamen farklıdır. Fakat bir âmme hizmetine vasıta olarak tahsis edilen menkuller esas itibarile âmme emlâkinin tâbi olduğu rejim haricinde kalır. Buna mukabil, bir âmme hizmetinin mevzuunu teşkil eden ve mezkûr hizmetin muhafazasını temin için vücuda getirilmiş olan menkuller hiç şüphesiz ki âmme emlâkinin bir rüknüdür. 30 mart 1897 tarihli kanun ile buna zeyl kanunların şümulüne giren san'at eserleri bu kabildendir. Tahsis devam ettiği müddetçe, bunu devir ve temlik etmek için idarece yapılan her hangi bir tasarruf, salâhiyetsiz bir memur tarafından yapılmış olan bir muamele gibi butlan ile müeyyet bulunacak ve mezkûr eşya idare tarafından her zaman hüsnü niyet sahibi zilyetten istihkak yolile talep ve dava edilebilecektir.

Âmme emlâkinin yeknasak ve mücerret bir mefhum olmayıp idarî faaliyetin tahliline dayanan hukukî bir silsile sistemi olduğu hususundaki Duguit'nin mütalâası bazı tenkitlere yol açtı. Âmme emlâkine, âmme hizmetine tahsis edilen bilumum malları ithal eden bütün nazariyelere karşı yapılan tenkit, birbirinden farklı kategorileri kabul etmiş olmasına rağmen Duguit'ye karşı da yapılarak âmme emlâkini pek fazla teşmil ettiği söylendi. Bu nazariyeye göre bir gayri menkulün âmme emlâki vasfını haiz olabilmesi ve bu sı-

fatla üçüncü şahıslara karşı vazolunan imtiyazlardan istifade edebilmesi için bir memurun bürosunu oraya nakletmesi kâfi gelmektedir. Bir hizmetin, bir gayri menkulden diğer bir gayri menkule naklinde, hiç bir mühim ve esaslî sebep olmaksızın mezkûr gayri menkul hususî mülkiyet rejiminden âmme emlâki rejimine geçecektir. Fakat malların tâbi olduğu rejimin sabit ve müstakar olması zaruridir. Hakikat halde Duguit her şeyi tahsise istinat ettirmektedir ve bu tahsis bilûmum mal kategorilerinde aynı şekilde tezahür eden umumî bir amelîyedir. Bu mütalâa yakından incelenecek olursa, malların kategorilere ayrılmış olmasına rağmen, Duguit'nin tenkit ettiği sisteme benzer bir sistem tesis etmiş olduğu ve emlâki iki kitleye ayırdığı neticesine varılır kanaatindeyiz; nazariyesinde müteaddit nevi âmme emlâklerinin mevcudiyeti zahirîdir. Filhakika, bir tek âmme emlâki mevcut olup, bu emlâkin teferruatı olan mallar muhtelif gayelere tahsis edilmiştir. Bir mal âmme hizmetine ya tahsis edilmiştir veya edilmemiştir: Tahsis edilmiş ise, mezkûr malın dahil bulunduğu kategori ne olursa olsun, kendisine tatbik edilecek olan rejim âmme emlâki rejimidir. Daha sarîh olarak, bu nazariyenin istinat ettiği bu tahsis keyfiyeti neye dayanmaktadır? Carî olan hukuka mı, yoksa başka bir mefhuma mı? Duguit hiç bir yerde kendine göre bir tarif, müsbet hukuktan farklı olacak olan tahsisin yeni bir tarifini hiç bir yerde teklif etmediği için, umumiyetle bu nam altında kabul edilen amelîyeyi kastedtiğini kabul etmek zarureti vardır. Şu halde, bugün tatbik edildiği şekliyle tahsisin vardığı neticeler Duguit'nin iddia ettiği neticelerin aynı olup olmadığı suali varidî hatır olur. Uzun zaman sathî bir mefhum olarak kalmış bulunan tahsis, bugün mahiyeti daha iyi anlaşılmış olan fakat bilûmum teferruatı henüz tesbit edilmemiş bulunan hukukî bir mefhumdur. Müsbet hukukta tahsis bazan kanunî bir tasarruf, bazan da akdî bir tasarruf olarak tezahür eder; fakat ekser ahvalde kuvvei icraiyenin salâhiyetine (umumiyetle mahallî makamların salâhiyetine) bırakılmış olan bir taraflı-idarî bir tasarruftur; bazı şekiller dairesinde bir gayri menkulün bir âmme hizmetine tahsisi için mutaden kullanılan usul budur. Bir malı bir âmme hizmetine tahsis ederken, idare bu mala hukuku âdiyeden farklı kaideler tatbik etmek ister, zira mezkûr mal muayyen bir gayeye tahsis edilmiştir; diğer hususlar için mülkiyetin normal kaideleri tatbik edilir. Bir âmme hizmetine akdî bir tarzda tahsis edilmiş olan mallar mevcuttur; bu mallar muteber bir surette devrû ferağ edilebilir (muamele mülkiyeti nâkil bütün neticele-

ri doğurur), yeter ki malların tahsis ciheti muhafaza edilsin; malın yeni maliki tahsisin neticelerine tahammül etmeğe mecburdur. Bundan başka bir cihete tahsis edilmiş hususî emlâke ait mallar mevcuttur ve heyeti umumiyesi itibarile mahiyetlerini muhafaza ederler; bunlar hususî eşhasa muteber bir şekilde temlik edilebilirler, fakat tahsis devam ettiği müddetçe mal bu cihete, yani âmme hizmetine bırakılmak icabeder. Binaenaleyh, bu telâkki tarzına uymayan bir düşünceye müsteniden âmme emlâki vasfını tayin etmek istemek tahsis muamelesini yanlış bir şekilde kabul ve tefsir etmek olur. Tahsisi âmme hizmeti ve âmme emlâki ile bir tutmak cari Fransız âmme hukukuna uygun değildir (bu fikirde olanlar: *Block*, *Dictionnaire de l'administration française*, Cilt I, sah. 1131. — *Waline*, *Mutations domaniales*, sah. 108 ve mü. — *Jansse*, *op. cit.*)

(11). Bunu isbat eden diğer bir husus da, tahsisin gayri menkulün bakımı, gayri menkulden doğacak zararlardan mütevellit mesuliyeti, satıldığı veya sıfatını kaybettiği vakit dahil bulunacağı mameleki tayin meselelerini halletmemesidir. Hiç bir fark gözetilmeksizin tatbik edilen tahsis ameliyesi, otomatik olarak bir âmme emlâki - hattâ muvakkat olsun - vücuda getirmez. Bir kelime ile, âmme emlâki rejiminden farklı bir tahsis edilmiş mallar rejimi mevcuttur. Bilûmum tahsisler âmme emlâki vasfını istilzam etmezler. Bugünkü müsbet hukuk bakımından bu iki mefhum arasında yapılan iltibas şayanı kabul değildir; *Block* bu fikri şu şekilde hülâsa etmektedir (op. cit. sah. 1131): «Bir cihete tahsis edilen mallar âmme emlâki malları ile hususî emlâk malları arasında mutavassıt bir

(11) *M. Block*, malların bir cihete tahsisinin bu mallara âmme emlâki mahiyetini izafeye kâfi gelmediği fikrindedir. Hususî emlâke dahil mallar bir âmme hizmetine tahsis edilebilir. Bunlar yine hususî emlâkte kalmakla ve hukukan devir ve ferağları mümkün ve müruru zamana tâbi olmakla beraber, fillen üzerlerinde tasarruf edilemez ve tahsisleri mukaddema ref'edilmedikçe devir ve ferağ dahi olunamaz. Görülüyor ki, bir hizmete yapılan her hangi bir tahsisin âmme emlâki mahiyetini tevhit etmek için kâfi olduğunu iddia eden mutalâadan tamamen farklı bir mutalâada bulunmaktadır.

Âmme emlâkine dâhil malları tadat ederken bu aynı müellif (Op. cit., sah. 1131) bilhassa şunları zikrediyor: «10^o.) Milli arşivler, Devlete ait kütüphaneler ile sair milli kütüphanelerde bulunan el yazılı eserler, otograflar, madalyalar ve sair kıymetli eşyalar; müzelerde bulunan tablolar, heykeler, ve sanat eserleri; ilmi müesseselerin Devlet tarafından tedarik ve temin edilen koleksiyonları.»

kategori teşkil ederler.» Duguit ile taraftarlarının mütalâası tamame fikrî bir görüştür.

Âmme emlâki hususunda *Hauriou*'nun etüdleri Duguit'ninkilerden mukaddemdir. Tuluz Fakültesi dekanı âmme emlâki mefhumunun izahına en çok yardım edenlerden biri olmuş, bunu hususî bir mahiyeti haiz bir mülkiyet hakkına, bir âmme mülkiyetine istinat ettirmiştir. Çok orijinal ve velût olan bu fikirden bir idarî mülkiyet mefhumu doğmuş ve bu mefhum da idarî bir mahiyet arzeden aynı haklara yol açmıştır. Bu tarzı düşünceye Fransada ezcümle Mestre (8 ikinciteşrin 1909 tarihli Devlet Şûrası kararı altındaki nota, Sirey, 1912. I. 521), Rigaud (Les droits réels administratifs 1914 adındaki eserinde) ve Alibert (Devlet Şûrasının bir kararı altındaki notunda; Sirey, 1939. III. 1) iştirak etmiştir.

Précis de droit administratif eserinin her iki basısında bir çok mühim meselelerde ve ezcümle müessese nazariyesinde bir hayli yenilikler göze çarpmakta olmasına rağmen, *Hauriou*'nun âmme emlâki nazariyesinin değişmemiş olduğunu bilhassa kaydetmek gerektir.

Eserinin ikinci tab'ında (1893) *Hauriou* âmme emlâkini şu şekilde tarif ediyordu: «İsminin de bildirdiği gibi âmme emlâki hakkî bir nevi mülkiyettir (dominium publicum). Bu, idarî bir şahsa ait bir mülkiyet olup, mevzu bulunduğu eşyanın umumî bir menfaate tahsis edilmiş olması dolayısıyla neticeleri tadile uğramış bulunan bir mülkiyettir» (sah. 485). Âmme emlâkine dahil malların kıstası şudur: «Âmme emlâkine dahil olup kanunen tadat edilen bilûmum mallar arasında müşahade olunabilecek yegâne müşterek vasıf, ya umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine tahsis veya bir âmme hizmetine tahsisi suretile bunların umumî menfaate tahsis edilmiş olmalarıdır.» Umumî menfaate tahsis edilmiş olmak şartile menkuller de aynen gayri menkuller gibi âmme emlâki vasfını haiz olabilirler. Bundan sonra *Hauriou* müzeler ile umumî kütüphaneler ve Devlete ait tasnif edilmiş artistik eserler hakkındaki kanunlar ile mahkeme içtihatlarını izah ediyor: «Nihayet, kayıtları terkin edilmemiş oldukça bütün harp malzemesinin, beygirlerin, topların, tüfeklerin, teçhizatın ve sairinin temlikî kabil olmadığını ve müruru zamana tâbi bulunmadıklarını kabul etmemek çok güçtür.» (sah. 495).

Eserinin sekizinci basısında (1914) müelîf âmme emlâkine müteallik tarifini tasrih ediyor: «Tahsisleri ve umumî menfaat gayesi-

ni gütmeleri dolayısıyla âmme emlâkine dahil mallar, temlikî caiz olmayan ve müruru zamana tâbi bulunmayan idarî mülkiyetlerdir.» (sah. 681). Ve sonra ilâve ediyor: «Umumî menfaat gayesini güdüp sarîh bir surette bir cihete tahsis edilen bilûmum mallar âmme emlâkine dahildirler.» (sah. 579)... «Şüphe götürmeyecek bir surette âmme menfaatine tahsis edilen menkul mallar da âmme emlâkî mefhumu ile himaye edilebilirler.» (sah. 591).

Eserinin on ikinci tab'ında (1933) Hauriou şunları yazıyor: «Âmme emlâkine dahil mallar umumî menfaate (ya umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine veya bir âmme hizmetine) sarîh bir surette tahsis edilmiş olan idarî mülkiyetler olup bu tahsis dolayısıyla devrû ferağî caiz olmayan, müruru zamana tâbi bulunmayan ve cezaî kaideler ile himaye edilen mallardır.» (sah. 781). — «İdarî tanıma tahsise muadildir ve kanunî tarifi ilmî bir tarif ile ikmal etmek münasip olur.» (sah. 802). — «Bu düstura göre âmme emlâkine dahil mallar, yalnız yollar ve deniz kenarı gibi umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine tahsis edilen inşa edilmemiş arazi olmayıp, aynı zamanda askerî talim yerleri, atış mahalleri, poligonlar gibi bir âmme hizmetine tahsis edilen inşa edilmemiş mahaller de dahildir; kezaîk bir âmme hizmetine tahsis edilen binalar ile umumî kolleksiyonları teşkil eden menkul eşya da âmme emlâkinden maduttur.» Bu son noktayı müellif şu şekilde tavzih ediyor: «Menkul mallar idarî mülkiyetler olmak ve umumî menfaate sarîh bir surette tahsis edilmiş bulunmak şartile âmme emlâkine müteallik kaidelerin himayesi altına girerler.» (sah. 909).

Aynı nazariyeye daha vazîh teferrüatle Profesör André Hauriou'nun «Précis élémentaire de droit administratif» adlı eserinde (4 üncü bası, 1938) tesadüf etmekteyiz: «Mülkiyet ve umumî menfaate tahsis şartlarını cemedan her hangi bir mal, mahiyeti ne olursa olsun, meselâ inşa edilmiş bir arsa olsun, bir bina ve hattâ menkul bir mal olsun, âmme emlâkine dahildir. Malın umumun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine veya bir âmme hizmetine tahsis edilmiş olması haizi tesir değildir.» (sah. 392). Biraz ileride müellif, âmme emlâkine dahil mallar meyanında âmme teşekküllerine, kütüphane ve müzelere ait menkul eşyaları, millî sarayların ve hattâ umumî hizmetlere tahsis edilen mahallerin mefruşatını, harp malzemesini, topları, makineli tüfekleri, tüfekleri, tankları ve ilâh... tâdat etmektedir. «Bu tayin, eşyanın tabîî bir mukadderatına göre değil, fakat hali hazır tahsislerine göre, yani hakikat halde tasnif ameliyesine müsteniden yapılmaktadır.» (sah. 393).

Hauriou'nun nazariyesi hususunda ne düşünölmelidir? Şüphe yok ki bu nazariye âmme emlakini çok geniş bir tarzda telâkki ediyor. O da tahsis fikrine istinat ediyor, fakat Duguit'den farklı olarak, bu tahsis mülkiyet ile taarruz etmiyor; onun yerine kaim olmuyor. Diğer bir fark da şudur: Hauriou'da galip olan noktai nazar âmme hizmetine tahsis değil (evvelce bir münasebetle kaydettiğimiz gibi Hauriou'nun âmme hizmeti mefhumu Duguit'ninkinden farklıdır) (12), kendince daha geniş olan âmme menfaati mefhumudur. Bu malların devrö temlikinin caiz olmaması ve müruru zamana tâbi bulunmaması hakkındaki kaidelerin hikmeti vücudunun âmme menfaati olduğunu Hauriou yazıyor: «Bu kaideler eşyanın bir nevi fiziki mahiyetinden doğacağı yerde, tamamen birer hukuki müessese şeklini alıp eşyanın umumî menfaate tahsisi lüzumundan doğmaktadır.» (sah. 791) «La notion d'utilité publique.» (1933) eserinde Mösyö Belin âmme emlakı mefhumunun tamamen eşyanın umumî menfaate idarece tahsis edilmiş olmasına dayandığı yolundaki Hauriou'nun mütalâasını kabul ederek «âmme menfaati mefhumunun âmme emlakı meselesine tamamen hâkim olduğu kanaatinde bulunduğunu» beyan ediyor. Bu vaziyet karşısında iki sual varidi hatır olmaktadır: Âmme menfaati nedir? Bu nasıl tayin edilecektir? Âmme menfaatinin muğlak bir mefhum olduğunu ve Devlet Şûrası tatbikatında her zaman aynı mealde kullanılmadığını Jèze işaret etmektedir; bu mefhum âmme emlakinde başka, âmme hukuku mukavelelerinde başka, nafia işlerinde de başka manalarda kullanılıyor (Revue de droit public, 1921, sah. 321). Fakat bu mefhumda bazı sabit unsurların mevcut olduğu ileri sürölerek yukarıki mütalâaya itiraz edilebilir. Âmme menfaati nasıl taayyün edecek? Hauriou cevaben diyor ki: «Gayri menkul âmme emlakı için sarıh bir tahsis», «menkul âmme emlakı için de şüphe götürmeyen bir umumî menfaat gayesi.» Umumî menfaate sarıh bir tahsis, ya ummun doğrudan doğruya istimal ve istifadesine, veya âmme hizmetine tahsis hususunda bir idarî tasarrufun müdahalesini tazammun eder. Burada âmme hizmeti, idarenin bir uzvu olarak dar manada kabul edilmektedir. Hülâsa, âmme emlakı hususunda esaslı ayrılmalara rağmen Fransız âmme hukukunun iki üstadı aşağı yukarı aynı neticelere varmaktadırlar. Her ikisi de tahsise istinat ediyor; her ne kadar Hauriou bu tahsis amelîyesini tetkik etmiş ise de Duguit'nin

(12) *Ch. Crozat*, Âmme hizmeti mefhumu (Hukuk İlmini Yayma Kurumu neşriyatından, konferanslar serisi, No. 32, Ankara 1938).

vermiş olduğu neticeden farklı bir neticeye varmamıştır; fakat her ikisinin de düşüncesi Fransız müsbet hukuku tatbikatından farklı bulunmaktadır, zira Fransız müsbet hukuku tahsisin âmme emlâkinden farklı hukukî bir rejim tazammun ettiği merkezindedir. Bunun içindir ki kıstas olarak birisi geniş manada âmme hizmetine tahsisi (Duguit), diğeri de, dar manada âmme hizmetine şamil olan umumî menfaate tahsisi kabul ediyorlar. Her iki âmmececinin de geniş bir menkul âmme emlâkını kabul etmeleri şayanı hayret değildir. Her ikisi de idarî bir ameliye olan tasnif usulünü bir menkulün âmme hizmetine veya umumî menfaate bağlılığını izhar etmek için tatmin edici bir usul olarak telâkki ediyorlar.

Muasır müellifler arasında bilhassa Profesör *Bonnard* ile *Waline* de menkul âmme emlâkının mevcudiyetine taraftardır.

Bu müelliflerden birincisi (*Précis élémentaire de droit administratif*, 4 üncü bası, 1940), esas itibarile malın tabii mahiyetine ve fer'i olarak da kanunun tayin ettiği şekle göre âmme emlâkını tayin etmek istiyen düşüncenin (*Berthélémy, Ducroc, de Récy*) pek dar olduğunu beyan ettikten sonra, ikinci telâkkinin (*Hauriou* ile bazı noktalarda anlaşma hâsıl olan *Duguit*'nin telâkkisinin) daha geniş olduğu fikrindedir, zira «bu telâkki âmme emlâkının bir kısmının tâbi olduğu hususî rejimi teşkil eden diğer kaideleri de gözönünde bulunduruyor.» Kanunî bir sarahate lüzum olmaksızın bu ikinci telâkki yalnız arzları değil, fakat aynı zamanda binaları ve hattâ menkul malları da bir âmme hizmetine tahsis şartile, re'sen âmme emlâkine ithal ediyor. Profesör *Bonnard* bu telâkkinin de gayri kâfi olduğu mütalâasında; bunun içindir ki aldığı vaziyet, birbirini cerhetmeyip bilâkis itmam eden bu iki telâkkiyi terkip etmekten ibaret olacaktır: Filhakika âmme emlâki vasfı bazan (bir âmme hizmetinin faaliyetine hakikî bir tahsis olmaksızın) umumun istimal ve istifadesine tahsisten, bazan da (umumun istimal ve istifadesi mevzuubahs olmaksızın) bir âmme hizmetine tahsisten tevellüt eder. Âmme emlâkını Profesör *Bonnard* şu şekilde tarif ediyor: «Âmme emlâki, herkesin istimal ve istifadesine veya bir âmme hizmetinin faaliyetine tahsis edilmiş idarî mülkiyetlerden müteşekkil emlâkin bir kısmıdır ve bu itibarla hususî bir rejime tâbidir.»

Âmme emlâkının muhtevasını muhtelif tasniflere ve ilk olarak âmme emlâkine dahil malların mahiyetine göre izah eden Profesör *Bonnard*, (*Duguit*'ninkinden farklı) altı muhtelif kategori kabul ediyor: Bahrî âmme emlâki, hava âmme emlâki, nehir âmme emlâki,

kara âmme emlâki, binalar ve şu şekilde tarif ettiği menkul eşya: «İstimal veya istihlâk edilmek üzere bir âmme emlâkine izafe edilen eşya.» Bu tarif pek muammalıdır ve müellif hiç bir misal de zikretmiyor. «İzafe» tâbiri hangi telâkkiden mülhemdir? Burada bir tahsis mi mevzuubahistir? Yoksa bu tâbir âmme hizmetinin iyi işliyebilmesi için lüzumlu olan menkul malları mı kasdediyor? Bu, «İstihlâk» tâbirini izah edebilecektir; binaenaleyh, idare tarafından satın alınan kâğıdın âmme emlâkine dahil bulunduğu ileri sürülebilecektir. Bu takdirde Bonnard'ın telâkkisi mevcut telâkkilerin en geniş olacaktır ki mumaileyhin bu fikirde olduğunu düşünmüyoruz.

Bundan sonra, âmme emlâkine dahil olma (incorporation) şekline göre yaptığı tasnife geçerek Profesör Bonnard, sun'î âmme emlâkine, yani idarenin iradesile vücade getirilen emlâke, kara âmme emlâkine, binaları ve menkul eşyaları ve deniz ve nehir emlâkinin sun'î kısmını ithal ediyor. Mülkiyet veya zabıtaya göre yaptığı tasnifte, muhtelif idarî mamelekler içinde menkul eşyayı da kabul ediyor. Nihayet, tahsis ile istimal ve istifadeye göre vücade getirdiği tasnif de, müzelerdeki sanat eserleri, umumî kütüphanelerdeki kitaplar gibi herkesin istimal ve istifadesine tahsis edilen mallar ile âmme hizmetlerine tahsis edilen malları, yani «arzları, binaları ve menkul eşyaları, bilhassa ciheti askeriyeye ait olanları, âmme hizmetlerinin yerleşmiş bulunduğu binaları, âmme hizmetine tahsis edilen menkul eşyaları» ihtiva ediyor.

Görülüyor ki, kabul edilen tasnif ne olursa olsun, menkuller kategorisi gayet geniş bir şekilde âmme emlâkine dahil ediliyor. Fakat şurasını da derhal kayd ve işaret edelim ki, Bonnard'a göre âmme emlâkine dahil bilûmum mallar devrû ferağı caiz olmayan ve müruru zamana tâbi bulunmayan mallar değildir: «Âmme emlâki, ancak *bazılarının* devrû temlikî mümkün olmayan ve müruru zamana tâbi bulunmayan idarî mülkiyetlerden müteşekkildir.» Devrû temlikin caiz olmaması kaidesi âmme emlâkinin müruru zamana tâbi olmaması neticesini, yani üçüncü bir şahsın filî hâkimiyetine girdiği takdirde zilyet olan mumaileyh için müruru zamanın cereyan etmemesi ve aleyhine istihkak davasının her zaman açılmasının mümkün olması neticesini tevhit eder. Fakat devrû temlikin caiz olmaması, bugünkü hukukî rejimine göre, mahduttur. Halen geniş bir şekilde telâkki edilen âmme emlâkine dahil *bilûmum* mallara kabili tatbik değildir. «Kolaylıkla değiştirilmesi mümkün olan veya hizmetin faaliyetinde tâli bir rol oynayan - ki ekserisi bu vaziyettedir - âmme hizmetinin faaliyetine tahsis edilmiş olan menkul mallar için

devrû temlikin caiz olmaması mevzuubahs değildir. Yerlerine başkasının konulması imkânsız veya hizmetin faaliyeti için esaslı olan menkullerin ancak devrû temliki caiz değildir. Ezcümle müzelerdeki san'at eserleri bu kabildendir. Bugün, bütün bu san'at eserlerinin devrû temlikinin caiz olmaması 31 birincikânun 1913 tarihli kanunla beyan edilmiştir.» ... «Devrû temlikin caiz olmaması kaidesi bir âmme hizmetine tahsis edilen menkulere esas itibarile şamil değildir.» Âmme emlâkine dahil gayri menkullere gelince, bunların hiç birisinin devrûtemliki caiz değildir. Filhakika, menkul eşyanın fıkdanı halinde, umumiyet itibarile, âmme hizmetinin faaliyeti haleldar olmayacak, zira bu eşya hizmetin faaliyetinde esaslı bir rol oynamadığı gibi yerlerine aynı neviden başka malların ikamesi de mümkündür. Mezkûr menkullerin devrû temlikinin caiz olmaması için esaslı hiç bir sebep mevcut değildir.

Bu suretle, Profesör Bonnard menkul malları geniş bir tarzda âmme emlâkine ithal ettikten sonra, bu müessesenin hikmeti vücudu olan esasların mezkûr mallara esas itibarile kabili tatbik olamayacağını ve ancak bundan istisnai olarak, yani tahsis edildikleri âmme hizmetinde esaslı bir rol oynadıkları takdirde istifade edebileceklerini kabul ediyor. Fakat müellif, menkul malın esaslı rol oynadığının hangi makam tarafından tayin edileceğini söylemiyor. Bu tayin, tasnif ameliyesine tetabuk edecek midir, etmiyecek midir? Son sözü mahkeme içtihatları mı söyleyecektir? Muhtelif nazariyeleri telif ve cemetmek istiyen Bonnard'ın nazariyesi bir çok noktalarda muğlâk ve tatbiki güç olan bir mahiyet arz ediyor.

Profesör *Waline* ile âmme emlâkinin dar bir telâkkisine avdet etmiş bulunuyoruz. Bu müellif, «aklı» bir kıstas teklif etmektedir. Âmme emlâkinin hususî bir himaye rejimine tâbi oluşunu idarenin ya bir âmme hizmetinin faaliyeti veya umumî bir ihtiyacın tatmini için bu zümreye dahil mallara ihtiyacı olması fikrile izah ettikten sonra, mumaileyh âmme emlâkine dahil olabilecek malların ancak yerlerine ikamesi imkânsız olan veya ikamelerinde ya tabii teşekkülleri, ya hususî bir tertip ve tanzim neticesi veya tarihî veya ilmi ehemmiyetleri dolayısıyla kullandıkları işlere bilhassa intibak etmiş olup yerlerine başkalarının ikamesinde büyük mahzurları badi olacak olan mallardan madut bulunması lâzımgeldiği neticesine varıyor. Seyrüsefere elverişli bir akar su hiç şüphesiz bu vaziyettedir, fakat bir Vekâleti barındıran bina veya bir mektebin vaziyeti tamamiyle başkadır; bu binalar tahrip edilecek olursa, barındırdıkları

hizmetler, ehemmiyetli bir mahzur olmaksızın hususî binalara yerleştirilebilir. Maahaza, gitgide ehemmiyeti arta gelen bazı tertibata, ezcümle lâboratuvar tertibatına lüzum olduğu âşikârdır, fakat âmme emlâki mefhumu zaman ile değişmiyen bir mefhum değildir.

Bu izahattan anlaşılacağı veçhile Profesör Waline'in akli kıstası yukarıda kayıt ve işaret edilen kıstaslardan çok daha dar bulunmakta ve gayri menkul ve menkullere az bir yer ayırmaktadır. Aranılan şartları cemetmek şartile menkuller sun'î âmme emlâkine dahil olabileceklerdir. Mösyö Waline ezcümle müze eşyasını, umumî kütüphanelerdeki kitapları, eslihayı, top, tüfek ve ilâh... zikrediyor.

Mösyö Waline'i takip edecek olursak Duguit ve Hauriou'nun umumî menfaat veya âmme hizmetine tahsise dayanan tasniflerinden mahrum kalırız. Tahsise dayanan kıstaslar ne kadar tenkide şayan olursa olsun, objektif görünüşüne rağmen tayini pek fazla nazik olan Waline'in kıstasına (bir malın yerine diğer bir malın ikamesindeki imkânsızlık mefhumuna) müraccahtır. Âmme emlâkini mübalâgalı bir surette teşmil etmemek ve uzak ta olsa âmme hizmetine yarayan bilûmum menkulleri, bazılarının arzu ettiği gibi, bu emlâke ithal etmemek yolundaki endişesini pek iyi anlıyoruz. Fakat kıstasının kabulü bize pek müşkül görünüyor.

Şimdi de meselenin Belçika hukukunda ihraz ettiği vaziyeti tetkik edecek olursak, burada da menkul âmme emlâkinin muhakkak surette kabul edildiğini görürüz. Belçika âmme hukukunun iki büyük mümessilinin mütalâalarıyla mahkeme içtihatlarında rasgelenen bazı kararlar bunu teyit etmektedir.

Profesör *Errera* (*Traité de droit public belge*, 1909, sah. 339) şunları yazıyor: «Âmme emlâkinin tahsisi birbirinden ayrı iki şekilde tezahür eder: Bir mal kâh umumun istimal ve istifadesine tahsis edilmiştir, meselâ bir yol, bir kanal, bir şimendifer, bir kilise, bir müze ilâh....; kâh umum tarafından istimal edilmeksizin bir âmme hizmetine tahsis edilmiştir, meselâ bir vekâletin büroları, kıral sarayları, vekâlet binaları ve ilâh... Umumî binaları tefriş eden menkuller ve san'at eserleri bu binaların mahiyetini iktisap ederler: Bir kütüphanedeki kitaplar, bir müzedeki tablolar âmme emlâkine dahil ve umumun istimal ve istifadesine muhastestir, Devlet dairesinin mefruşatı âmme emlâkine dahil olmakla beraber umumun istimal ve istifadesine tahsis edilmiş değildir.» Profesör *Errera* şu mütalâayı da beyan etmektedir: Bir âmme hizmetile mükellef olan her hangi bir âmme müessesesi umumiyetle bu hizmete tahsis edilen malların

maliki ise de - ve bunun tabii neticesi olarak hizmet geniş oldukça mameleki de o derece mühim olacaktır - âmme hizmetile âmme em-lâki arasında mevcut olan mutabakat mutlak ve tam değildir: Bir talimgâh askerî talimler için kullanılmakta ise de ona bir komünün malik olması mümkündür, ilâh... (op. cit., sah. 340).

Kezalik Profesör *Vauthier* de (*Précis de droit administratif de la Belgique*, 1928) daha geniş bir tarzda menkul âmme emlakini kabul etmektedir. Bu müellife göre âmme emlakinden maksat Devlete, eyalet veya komünlere, âmme müesseselerine, veya hususî eşhasa ait olup umumî menfaate tahsis edilen mallardır. Böyle bir tahsis bazan malın mahiyetinden ve bazan da kanunun sarîh ibaresinden neş'et eder. Bir malın umumî bir menfaate tahsisi onun ya umum tarafından veya bir âmme hizmeti tarafından istimal edildiğini tazammun eder. Ezcümle yollar, limanlar, seyrüsefere elverişli akar sular, kanallar, deniz kenarları, demir yolları ve müstemilâtı, kiliseler, mezarlıklar, hastahaneler, mektepler, müzeler, kütüphaneler, umumî binaları tezyin ve tefriş eden san'at eserleri, müze ve kütüphanelerin ihtiva ettiği tablolar, gravürler, heykeller, madalyalar, kitaplar ve ilâh... âmme emlakine dahildir. Bazı malların umumî menfaate tahsisi bunların bir mülkiyet hakkına mevzu teşkil etmelerine mâni değildir; bunlar ya bir idarenin veya, istisnâî olarak da, hususî eşhasın mülkiyetindedirler. Âmme emlakî ile hususî emlak tefriki gayri menkullere tatbik edildiği gibi menkullere de tatbik edilir. Âmme emlakine yalnız umumî mahalleri tezyin eden çeşmeler, heykeller ve saire değil, aynı zamanda müze ve kiliselerde bulunan san'at eserleri, bir kütüphane kitapları, arşivler, harp malzemesi (beygir, top, tüfek ve saire) de dahildir. Kaydi terkin edilmiş olan harp malzemesi, âmme emlakine dahil ormanlardan kesilen ağaçlar, sahipsiz mallar ile mirasçısı bulunmayan terekeden Devlete intikal eden mallar (M. K. m. 539 ve 768), alacak hakları ve medenî hukuk yolile talep ve dava edilen sair gayri maddî haklar ise hususî emläke dahildir. Âmme emlakine dahil her hangi bir menkul mal, âmme emlakine dahil bulunmak itibarile, devrû temlik edilemediği ve müruru zamana tâbi bulunmadığı gibi, hüsnü niyet sahibi zilyeddi de idareye karşı «menkullerde zilyedlik mülkiyete karinedir» kaidesini de kullanamaz. (Brüksel Asliye mahkemesi, 26 temmuz 1920, *Revue de l'Administration* 1921, sah. 273 ve 1924, sah. 311. — Brüksel Asliye Mahkemesi 6 mayıs 1922, aynı mecmua 1924, sah. 263. — Brüksel Asliye Mahkemesi, 23 mayıs 1923, aynı mecmua, 1924, sah. 155).

Fransız doktrin ve içtihatlarından mülhem sistemler bunlardan ibarettir. Her ne kadar bu sistemler menkul âmme emlâki hususunda pek kat'î bir lisan kollanmıyorlarsa da, dar veya geniş bir şekilde menkulleri âmme emlâkine ithale mütemayildirler. Bu sistemlerin dayandığı esaslar, bazan himayekâr bir takım kanun metnlerinin geniş bir tarzda tefsiri, bazan ve bilhassa malın tahsisinin muhtelif suretteki telâkkileri (otoriter nazariye, âmme hizmetine tahsis, umumun istimal ve istifadesine tahsis, malın âmme hizmetinin faaliyetine tahsis nazariyeleri) ve nihayet akli nazariyeler (âmme hizmetinin faaliyeti, veya umumî refahın temini gayesinde kullanılan malın yerine başkasının konulmasının imkânsızlığı) dır.

Belçika hukuku da, menkulün bağlı bulunduğu gayri menkulün tâbi olduğu hükümlere tâbi olduğunu kabul eden teferruat (accessoire) nazariyesile Hauriou'nun görüşüne yakın bir görüşle umumî menfaate tahsis nazariyesini kabul etmektedir.

IV.

Âmme emlâkinin bir çok tahavvüller geçirmiş olan bir mefhum olduğu muhakkaktır. Devletin vazifesini ifa için elzem olup bünyesi için de pek kıymetli olan bu mallar muhafaza edilmelidir. Müelliflerin ekseriyeti, âmme emlâkine dahil malların gayri menkul olabileceği gibi menkul dahi olabileceğini kabul etmektedirler. İtalyan hukuku menkulleri âmme emlâkinden ihraç etmiş ise de, temlik ve ferağı caiz olmayan mallar kategorisini vücade getirmekle birinci sisteme müşabih bir himaye sistemine varmış oluyor.

Maahaza, menkul olsun gayri menkul olsun, tetkik edilen mevzuatın bugünkü hali baki kaldıkça, âmme emlâki meselesinin tatmin edici bir tarzda halline imkân olmadığını itiraf etmek mecburiyetindeyiz (13). Bu noksan en salâhiyetli Fransız ve İtalyan müel-

(13) Âmme emlâki mefhumunun bazı noktalarda hâlâ istikrar kesbetmediğini gösteren bir misal Hâl'lerin hukuki vaziyetidir. 1921 senesinde Temyiz Mahkemesi (Requêtes, 29 Janvier 1929, Demoiselle Fernand et autres contre Ville de Paris) Temple mahallesi pazarının satışını tanzim için Paris zabıta profesinin isdar ettiği bir emirnameyi adliye mahkemelerinin tetkike salâhiyetli olup olmadığı meselesini halle davel olunmuştu. Bunun için mukaddema Hâl'lerin hukuki vaziyetini tayin etmek lâzım geliyordu. Bazı müelliflere göre Hâl'ler hususi emlâkten maduttur. Bu karar altındaki notunda Profesör *Mestre*, inşa edilmiş âmme

liflerince bilâ kaydü şart kabul edilmektedir. Profesör Mestre'in mütalâasını evvelce kayt ve işaret etmiştik; Profesör Jèze'inki bundan farklı değildir. Esasını âmme emlâki teşkil eden ihtilâflar münasebetile vermiş olduğu son kararlarında Devlet Şûrasının meseleyi sarîh olarak cepheden tetkik etmediğini mumaileyh müşahede ederek hayretini bildiriyor. (Şûrayı Devlet diyoruz, zira hükûmet komiserleri, yani müddei umumilerin mütalâaları idare hâkimlerinin kararlarından çok daha cesaretlidir.) Ezcümle, komünlere ait mezarlıklar hakkındaki Marécar kararı münasebetile Devlet Şûrası bizi tereddüt içinde bırakıyor. İdareye ait olması ve umumun istimal ve istifadesine tahsis edilmiş bulunması dolayısıyla mezarlığın bir kısmının âmme emlâkine ait olduğunu mezkûr karar bildiriyorsa da, mezkûr kararın âmme emlâki nazariyesine pek mühim bir adım attırmamış olduğunu Jèze söylüyor (Rev. de droit pub. 1935, sah. 590).

Profesör Vitta da, İtalyan hukukundan bahsederek, yeni ve tekçi bir hukukî mefhuma varılamamış olduğunu, ve bugüne kadar doktrinin pek büyük gayretlerine rağmen yerinde saydığını söylemektedir. Bunun sebebi de, İtalyan vazı kanununun, Medenî Kanunun 427 inci maddesinde âmme emlâki mefhumu yerine başka bir mefhum ikame etmeksizin veya ikame etmek istemeksizin, âmme emlâkinin muhtevasını genişletmiş ve fakat bu mefhumun hukukî kıymeti ile, hukukî neticelerini aynen muhafaza etmiş olmasıdır. Bu teşmilden sonra, müellifler boş yere yeni bir kıstas aramışlar ve âmme emlâki hakkında bir çok mefhumlar teklif etmişlerdir, ezcümle malın âmme idaresinin esas gayesi, malın umumi menfaati

emlâkinin mevcudiyetine muhalif olarak mahdut nazariye taraftarlarının bunun için ileri sürdükleri idiaları (bu Hâl'lerin kiralınması ile komünlere nakdî menfaatler temin etmek; bir çok senyörler tarafından inşa edilen bu hâllerin, ihtilâl senelerinde feodalite haklarının ortadan kalkması ile hâllerin de bir çok hususî şahıslara intikal etmiş olması) hatırlatmıştır. Bu mütalâalara karşı Prof. *Mestre* ezcümle hâllerin diğer inşaattan çok farklı olduğunu, âmme emlâkinin gelir getirebilecek şekilde istimalinin mümkün olduğunu beyan ediyor. Hâldeki mahallerin kiracıları âmme emlâki üzerinde bir kira mukavelesi (icar akdi) akdetmişlerdir; bu mukavele malın devir ve ferağının caiz olmaması kaidesile kabilli telifdir. kiracının mukavelede ancak borç doğuran bir tasarruf olup, malın tahsis cihetile gayri kabilli telif değildir; kiracının hakkı, idarenin devir ve ferağı caiz olmayan hakları mahfuz olmak şartile hususî hukukun bir icar akdidir. Belediye reisinin veya zabıta profesinin hakları bu icar akitleriyle asla haleldar olmaz ve kiracılar kendilerine zarar verecek olsa da usulüne tevfikân alınmış olan zabıta tedbirlerini bertaraf etmek için hiç bir vasıtaya müracaat edemezler. (*Sirey*, 1921. I. 209).

doğrudan doğruya tatmin edecek bir seviyede olması, malın hükmi şahsın idari vesayeti veya zabıtasına tâbi olması ve ilâh.... Fakat müdafaası mümkün olan yegâne tez de şudur: «Bir malı umuma veya Devlete ait bir menfaati tatmin eden bir mahiyet alınca, Devlet onu âmme emlakine dahil mallar mertebesine çıkarır.» Neticeten, âmme emlakini tayin hususunda Devlete mutlak bir serbesti tanımakta ve kabli (a priori) olarak tesbit edilecek olan ilmi her hangi bir kıstasın manasız olacağına varılmaktadır. (Burada müellif Devletten bahsederken bunun hangi organı olduğunu söylemiyorsa da vazın kanunu kastedtiğini ima ediyor; İtalyan hukukunun bugünkü vaziyetinde de kuvvei teşriye kuvvei icraiye içerisinde hallolmuştur.)

Profesör Zanobini'nin mütalâası da kat'idir (14); umumî olarak, âmme idaresine ait bilûmum gayri menkuller meyanında âmme emlakine ait olanları tefrik etmeğe yarıyacak olan esası tayin eden muhtelif nazariyelerin gayri kâfi olduğunu kabul etmek lâzımdır; bu itibarla müsbet hukuka müracaat zarureti vardır, ancak Profesör Romano'nun iddiası veçhile (15) metinleri kıyas yolile tefsirden içtinap etmek lâzımdır. Zira âmme emlakine yalnız kanunun tayin ettiği mallar değil, aksi tasrih edilmedikçe aynı mahiyeti haiz

(14) *Zanobini*: Diritto amministrativo: «In generale, si deve riconoscere la insufficienza delle varie teorie a stabilire un requisito che valga a distinguere i beni demaniali fra tutti i beni immobili appartenenti alle pubbliche amministrazioni. D'altra parte, le varie dottrine non giungono, nelle loro applicazioni concrete, ad ampliare la categoria dei beni demaniali oltre quelle che risultano in modo non dubbio dal diritto positivo.»

(15) *Santi Romano*: (Corso di diritto amministrativo 1932, sah. 170): «Anzitutto, sono demaniali i beni sui la legge attribuisce espressamente tale qualità. In secondo luogo, nel silenzio o nell'oscurità della legge, si debbono considerare demaniali quelli della stessa specie dei primi, a meno che non risulti in un modo o nell'altro che essi siano sottoposti al regime dei beni patrimoniali. In altri termini, per i beni la cui demanialità non è direttamente sancita da una norma di legge, e regola che siano anch'essi demaniali, se possiedono i medesimi caratteri intrinseci di quelli la cui demanialità non è dubbia, ma questa regola può avere delle eccezioni, l'esistenza delle quali, come di tutte le eccezioni, dev'essere volta per volta dimostrata. Sembra così che rimangano conciliati gli elementi di vero contenuti nelle due opposte opinioni accennate; l'una meramente empirica, l'altra dominata da un concetto unitario della demanialità, al quale non bisogna rinunciare, pur essendo necessario temperarlo, riconoscendo le deroghe che esso può subire.»

olan mallar da ithal edilmiş olur. Profesör Raggi de aynı kanaattedir (16).

Bu vaziyet karşısında, âmme emlâki ve dolayısıyla menkul âmme emlâki meselesini daha fazla tenvir etmekten vazgeçmek mi icabeder? Bizce hayır. Muhtelif formüller bizi beklenen neticeye isal ediyor kanaatindeyiz; maahaza, her birinin ehemmiyeti aynı derecede değildir. Bize en esaslı görünen üç hal suretini burada tetkik edeceğiz.

Bunlardan birincisini Prof. René Capitant'nın beyan etmiş olduğu mütalâasındayız. Âmme hizmetlerine tahsis edilen menkullere müteallik Devlet Şûrasının verdiği 17 şubat 1932 tarihli kararı münasebetile yazmış olduğu bir nottan bu birinci hal suretini çıkarıyoruz. (Barran Komünü kararı, *Dalloz périodique*, 1933. III. 9). Yüksek mahkemeye arzedilen mesele şu idi: Barran Komünü kendisine gelir temin etmek için, XV inci asırdan kalma bir kilisenin işlemeli tahta koltuklarını bir antikacıya satmıştı. Bunlar birer san'at eseri idi. Fakat, tarihî eser olarak tasnif ve 5 şubat 1905 tarihli kanunun 5 inci maddesi tarafından müminlere tahsis edilmiş olan bu koltukların teslimine vali, dahiliye nazırının emri üzerine mâni olmuştu; bir kanun veya bir kararname ile bunların tahsisi ciheti selbedilmedikçe müminlerin istimal ve istifadesine amade bulunmaları icabeder. Esasen bu hususa müteallik hiç bir kanun veya kararname neşredilmemiş bulunuyordu. Komün, valinin kararı aleyhine Devlet Şûrasında bir salâhiyeti tecavüz (salâhiyetsizlik) davası ikame eyledi. Kararında, yüksek idarî mahkeme, valinin hareketinin doğru olduğunu ve âyinlerinin icrası için koltukların müminlere ait olması lüzumunu takdir ederek vaki talebi reddetmişti.

Profesör René Capitant, bugüne kadar hiç bir müellifin âmme emlâkine müteallik mahkeme içtihatlarını ihata edecek surette bir kıstas ortaya atmadığını söyledikten sonra bu mühim kararın şümulünü tetkik ediyor ve âmme emlâkine dahil malların devrû ferağı caiz olmadığına dair mevcut olduğu iddia edilen esasa Devlet Şûrasının temas dahi etmediğini bildiriyor; artık bundan böyle devrû ferağı caiz olmayan malların mevcut olmadığı, lüzumsuz ve metruk olan bu mefhumun yerine tahsis mefhumunun kaim olduğu

(16) *Reggi*: (Diritto amministrativo 2 inci tab. 1932, sah. 317): «E ancora incerto il criterio di distinzione dei beni patrimoniali da quelli demaniali.» - Ib. sah. 356: «Nel nostro diritto e da deplorare la poca precisione delle leggi circa lo stabilimento della demanialità, stabilimento che invece avrebbe bisogno di esatta determinazione.»

söylenebilecektir. «Âmme emlâkine dahil malların devrû ferağının caiz olmaması ne demektir? Bunun kadar eskimiş bir tez, yanlış bir ses çıkarıcı bir düşünce ve hakikatten uzak bulunan bir nazariye azdır. Devlet Şûrası meseleye müdahaleden uzun zaman içtinap etmiştir. Yukarıda zikredilen kararda bunu hatırlatabilecek herhangi bir kelimeyi, bir tâbiri kullanmaktan mezkûr mahkeme çekinmiştir. Maahaza, bu pragmatizme rağmen, daha doğrusu bunun sayesinde, Devlet Şûrasının varmış olduğu hal sureti bu karanlık nazariye üzerine parlak bir ziya huzmesi fışkırtmaktadır. Bu sureti hal, hakikat halde, artık devrû ferağı caiz olmayan mallar bulunmadığını, ancak tahsis edilmiş malların mevcut olduğunu gösteriyor. Devrû ferağın ademi cevazı mefhumu tahsis mefhumuna inkılâp etmiştir.» Binaenaleyh istikbalde, devrû ferağın ademi cevazı mefhumu yerine kaim olan tahsis mefhumu tefevvuk edecektir. Tahsis varsa, mal himaye edilecektir; aksi halde mal diğer malların tâbi olduğu rejime tâbi olacaktır. Bu vaziyet karşısında, tahsis, bey' muamelesine halel getirmez. Zira bu iki mefhum birbirine muhalif değildir; davada, antikacı koltukları sahih ve muteber bir surette iktisap etmişti, fakat bunları tahsis edilmiş oldukları cihete bırakması lâzımdır, zira tahsis geniş manada ancak bir zabıta muamelesidir (acte de police). Tahsis, âmme emlâkine dahil malların devrû ferağı caiz olmaması eski mefhumunun modern ve pozitif şekli olmuştur. Âmme emlâkine dahil malların devrû ferağı caiz olmaması ibaresinin kullanıldığı her yerde tahsis kelimesini kullanmak icabeder. Evvelkinden daha mülâyim olan bu mefhum, âmme emlâkine dahil malların mahiyeti ile kabili telif olan akitlerin sıhhati hususunda mahkeme içtihatlarınca kabul edilen hal suretlerini de daha iyi bir şekilde izah edebilmektedir : «Meydanlar, yollar, demiryolları, kabili seyir akar sular, umumî binalar veya müzelerimizdeki tablolar mevzuubahs olsun, bunlara hürmeti temin için tahsislerini müşahede etmek kâfidir. Bu tahsis, kendisine mâni olabilecek herhangi bir muameleyi hükümsüz kılar. «Devrû ferağı caiz olma» ibaresinin kullanıldığı her yerde «tahsis» tâbirini kullanırsak «Komün dö Baran» kararının fevkalâde berraklığı âmme emlâki meselesini tamamiyle aydınlatmış olur.» Doktrinin ekseriyeti âmme emlâki kıstası yerine âmme hizmetine veya umumun doğrudan doğruya istimaline tahsis kıstasını ikame etmiş bulunmaktadır. Fakat tahsis mefhumuna ayırdığı yer henüz gayri kâfidir. Daha ileri giderek âmme emlâkinin devrû ferağının caiz olmamasını bu malın tahsisi şeklinde anlamak icabetmez mi? Binaenaleyh ancak âmme hiz-

metine tahsis edilmiş mallar mevcuttur. Ve Profesör R. Capitant daha ileri giderek şunu beyan ediyor: «Şayet esaslı fikrin tahsis fikri olduğu, hususî rejimi tevhit eden tahsisin bulunduğu kabul edilecek olursa âmme emlakı mefhumunun ne gibi bir faydayı haiz olacağı cayı sualdir. Bu, eskimiş, yerine tahsis mefhumunun ikamesi icabeden bir mefhum olduğu görülür.»

Profesör René Capitant'ın bu notu bazı mülâhazalar tevhit edebilir. Dalloz'da yazmış olduğu bir notta (1934. II. 101) Profesör Waline, Profesör René Capitant'ın Duguit'in âmme emlakını muhtelif kategorilere ayıran nazariyesine intisap etmiş gibi görüldüğünü söylüyor, zira mumaileyhin notunda şöyle bir ibare vardır: «Her nevi tahsise bir hukukî rejim tekabül eder. Binaenaleyh bu noktai nazardan âmme emlakı inkısama, tenevvüe mütemayildir.» Diğer taraftan Profesör Waline, Devlet Şûrasının «Komün dö Baran» kararının söylendiği kadar büyük bir ehemmiyeti haiz olmadığını işaret ediyor; bu karar meseleyi kapatmış değildir. Filhakika Devlet Şûrası kararında tahsisin mevcudiyetini halletmek istemiş, yoksa mülkiyet noktasına temas etmemiştir. Antikacı koltuklara malik oldu mu, olmadı mı? Beyi' batıl ise, ödemiş olduğu semenin iadesini talep etmek hakkını haizdir. «Tahsis nazariyesi buna cevap vermemektedir ve bu mesele ise uzun zaman muallakta kalmağa tahammülü olmayan bir meseledir. Beyi' batıl değil ise, malın devrû ferâğı caiz ise, antikacının tediye etmiş olduğu meblâğ kendisine nasıl iade edilecektir? Bu iade acaba sebepsiz mal iktisabına mı istinat ettirilecektir? Fakat beyi' sahih idi ise, semen haklı bir sebebe müsteniden verilmiş oluyor...» Âmme emlakine dahil bir malın devrû ferâğı caiz olmaması esası nazara alınmaksızın mücerret tahsis nazariyesi ile, bir müşteri için (ezcümle bir antikacı için) hiç bir menfaat tasavvur edilemeyen bir beyi' akdinin sıhhat ve muteberiyetini kabul etmek mecburiyetine varılıyor; bu antikacının daima kilisede kalmağa mahkûm olan ve el değdirmeğe hakkı olmadığı işlemli koltukların maliki bulunmasında ne gibi bir faydanın mevcut olacağı kabili tasavvur değildir. (Ancak kendisinin de mühim olması bunu bir dereceye kadar mazur kılar). Umumiyetle ticaret erbabının tevessül ettikleri muamelelerin mevzuu bu gibi emtia değildir. Hakikat halde ortada bir beyi' mevcut değildi, zira mebi tasnif edilmiş emtiadan olmakla âmme emlakine dahil bulunuyor ve bu itibarla devrû ferâğına imkân hâsıl olmuyor. Bundan başka bir hal sureti de düşünülemez; ve Devlet Şûrasının sükûtu, Profesör Capitant tarafından ileri sürülen sebeplerden gayrı sebepler ile ka-

bili izahtır. «Antikacı, devrû ferağı caiz olmayan koltukların kaydı terkin edilmedikçe bunları satın alamaz; bunlara malik de değildir ve bunun böyle oluşu herkes için ve bilhassa kendisi için pek hayırlıdır, zira kendisine hiç menfaat temin etmiyen bir beyi' muamelesinin semenini tediye etmek mecburiyetinde bulunmayacak ve şayet tediye etmişse bunun iadesini talep edebilecektir.» Binaenaleyh varılan netice şudur: Tahsis, devrû ferağın caiz olmamasına muadil olmadığından, âmme emlâki mefhumunun yerine de ikame edilemez ve Profesör Capitant tarafından teklif edilen hal sureti kolaylıkla kabul olunamaz. Aralarındaki sıkı rabıta ne olursa olsun, müsbet hukukun bugünkü hali bakımından tahsis ile âmme emlâki vasfı birbirinden ayrı bulunuyorlar. Kayıt ve işaret edilen Devlet Şûrası kararı tahsisin her şeyi izaha kadir olduğu neticesini çıkarmamıza müsait değildir. Bunun için âmme emlâki vasfına müracaat zarureti vardır; ve hükûmet komiseri (müddei umumi) Georges Michel' in mütalâasına göre bu vasıf, mülkiyeti hususî efrat tarafından muhafaza edilecek olan arazi ve eşyalara kabili tatbik değildir.

İkinci bir hal sureti de Mösyö Jansse tarafından ileri sürülmüştür: Buradaki düşünce tali olarak kanun vazına müracaattir. Şayet, diyor müellif, neticeten umumî menfaate müstenit bulunan âmme emlâki gibi müfrit bir rejimi kabul etmek mecburiyeti hâsıl olursa, bu umumî menfaati herkesin nazarı dikkatine vazetmek için vazı kanunun iradesinin müdahalesi muktazidir. Âmme emlâki rejimi ancak vazı kanunun tayin ettiği saha dahilinde cari ve mer'î olabilir. Her ne kadar doktrin ile mahkeme içtihatlarının meydana çıkardığı bir mefhumun faaliyet sahasını tayin etmenin vazı kanuna tevdiî gayri tabii görülebilirse de, başka hal şekli düşünmek de kabil değildir. Maahaza Mösyö Jansse, bugünkü vaziyeti ile Fransız hukukunda âmme emlâkine dahil malları gayet kat'î ve sarîh olarak tayin eden metinlerin pek az olduğunu müşahade ettikten sonra, vazı kanunun sarîh olarak vaziyet almadığı her halde mahkemeler şu veya bu malı âmme emlâkine zımnen ithal etmek isteyip istemediğini araştırmaları icabettiği yolunda bir teklifte bulunuyor. Vazı kanunun maksadı mühtelif emmarelere göre tefsir edilmek icabeder ve ancak mahkeme içtihatlarının (jürisprüdans) tefsir şekli ile ihticaç edilebilir. Âmme emlâkinin terkiibini tayin etmek için o tam bir serbestiye maliktir. Bu emmareler şunlar olabilir: Ananın kuvvetine müstenit umumun istimali, âmme mamelekinin hususî bir kategorisi lehine cezaî bir hüküm konulması ile vazı kanunun buna dahil malları mutlak surette korumak ve bu itibarla bun-

ları âmme emlakine ithal etmek arzusunda bulunduğunu gösterir bir irade beyanı. Böylece, Devlete, vilâyete veya komüne ait bir mala vaki olacak herhangi bir tecavüz, hattâ gayri iradî bir tecavüz, cezayı müstelzim bir suç teşkil ederse, hilâfı tasrih edilmedikçe, mezkûr mal âmme emlakine dahil bir mal mahiyetini haizdir. Niha-yet, diğer mallar için, ve mevzuubahs malın mahiyeti menkul veya gayri menkul ne olursa olsun, Mösyö Jansse teşriî bir müdahaleyi arzu etmektedir. Vazı kanunun iradesine ancak bir tek hudut tayın-ıyor: O da idarenin nakdî bir menfaat için müdahale etmekten iç-tinap etmesi. Bu suretle, âmme menfaati vasfı yalnız kanun tarafın-dan tayin ve tesbit edilmiş olacaktır, zira onsuz âmme emlakî vasfı mevcut olamaz.

Böyle bir hal sureti bizi hakikî yola doğru sevketmektedir. Fa-kat, sarîh olmayan hallerde vazı kanunun mefruz iradesini pek ta-harriye taraftar değiliz, zira böyle bir taharri pek çok münakaşa-lara yol açacağı gibi meselenin hallini de geciktirmiş olacaktır. Me-selenin kanun vazınca nazarı itibara alınarak hal ve faslı icabetti-ğini kabul ediyoruz, fakat Mösyö Jansse'nin sisteminden farklı ola-rak, bu teşriî müdahalenin daha geniş ve daha sarîh olması lâzım geldiği kanaatindeyiz.

Bilhassa Fransız ve Türk mevzuatının bugünkü haline uygun olduğu kanaatinde bulunduğumuz üçüncü bir hal sureti teklif edi-yoruz: O da, vazı kanunun müdahalesini terviç eden, fakat ne kıs-mî, ne de mütemmim bir mahiyet arzetmeyip tam ve mutlak bir müdahaleyi talep eden bir sistemdir. Hiç tereddüt etmeden bütün âmme emlakî meselesini ihata eden umumî bir kanunun vaz'ına te-vevül edilmesinin çok musip olacağı fikrindeyiz. Bu kanun Devlete ve âmme hükmî şahıslarına ait olup mezkûr kanunun derpiş etmediği mallar hususî hukuk kaidelerine tâbi olacaklardır.

Böyle bir hal suretinin evvelce teklif edilmiş olduğunu da kay-demek isteriz. Vazı kanunun esash müdahalesini iki müellif ve bir parlamento azası teklif etmişlerdi. 1902 ve 1903 senelerinde intşar edip bilhassa tarihî bir tetkik olan âmme emlakine müteallik ese-rinde, bu emlakî muhafazası taraftarı olan Profesör *Barckhausen* ezcümle şunları yazmaktadır (17): «Kısa bir tablosunu çizdiğimiz

(17) *Barckhausen*: (Etude sur la théorie générale du domaine public 1902 et 1903) : «Deux raisons, au moins, militent en faveur de règles exceptionnelles. L'importance qu'ont les choses dont il s'agit au point de vue général et collectif rend leur conservation trop précieuse pour qu'on ne songe pas à les protéger effectivement. Elles sont comme les

hâdiseler Fransanın âmme emlâkine ait bir kanuna sahip olması arzusunu haklı gösterir kanatinedyiz.» Müellif bazı hususî kanunlardaki dağınık hükümlerin sadre şifa verecek mahiyette olmadığını ve bu çekingen hareketin gayeye isalden uzak bulunduğunu müşahede ediyor. Aynı zamanda menkul ve gayri menkulleri nazarı itibara alacak olan umumî bir kanuna ihtiyaç vardır. Tahakkuku icap eden ilk şart, umuma faydalı malların himayesi şartı değil midir? Bir çok binaların, narin ve nazik bir papirüs veya bir parşömenden daha az dayandığı herkesçe müsellemdir. Meselenin böyle mütereddit bulunması halini teessüfle kaydeden Profesör Barckhausen, amelî ve yumuşak (souple) bir kanunun tanzim etmesi icabeden esaslı meselelerin neler olduğunu, bunlara ne gibi umumî kaidelerin vaz'ı lâzım geldiğini ve tatbikata ait noktaların da mufassal nizamnameler ile halli icabedeceğini bildiriyor. Aynı tarihte, «Âmme emlâki mefhumunun teşekkül ve tekâmülü» nü tetkik etmiş olan Mösyö *Monteil*, on maddelik bir kanun projesi arzı ile eserini nihayetlendiyordu. Nihayet, son zamanlarda, Mebus Mösyö *Sebille*, 1930 senesinde Mebusan Meclisine takdim ettiği bir lâyhada, Medenî Kanununun 538 inci ve müteakip maddeleri yerine, bugün maruf hukukçuların mutabık buldukları noktaları hülâsa eden yeni metinler vaz'ını talep ediyordu (18).

organes de la vie sociale. Les particuliers n'ont qu'à subir avec résignation les ennuis que leur impose un privilège dont ils profitent couramment. C'est eux qui patissent d'ailleurs dans leurs personnes et dans leurs biens, des dégradations et des pertes du domaine public: dans les personnes à raison des commodités dont une réduction ou une suppression les priveraient; dans les biens, par suite des sacrifices que leur imposeraient des réparations ou des reconstitutions nécessaires. Un Etat civilisé ne se sépare point d'un puissant matériel, qui assure les relations communes ainsi que le fonctionnement des services publics. Ajoutons que ce matériel indispensable est plus exposé que les autres au danger des usurpations. Il n'a pas un maître capable de le défendre. Ce sont des administrateurs vigilants qui sont chargés, les uns après les autres, pour un temps variable, mais plutôt court que long, d'assurer passagèrement une conservation qui ensuite ne les regardera plus. Il faut donc que la loi, invisible mais jamais absente, supplée aux défauts des surveillants par quelques dispositions primitives et protectrices.»

(18) Mösyö *Sébille* (mebus) meclise verdiği bir lâyiha ile Medenî Kanununun 538 ve müteakip maddeleri yerine kaim olacak yeni bir kanun projesi takdim etmiş ve teklifi Resmî Gazetede Parlamento vesikalari meyanında intişar etmişti. (Journal officiel, documents parlementaires, Chambre des députés, session ordinaire 1930, Annexe No. 5255, sah. 719).

Profesör Barckhausen tarafından yapılan ilk teşriî hal sureti teklifinden beri doktrin âmme emlakine dahil bir çok tetkikata tevessül eylemiştir; fakat mesele kırk sene evvelki kadar müşkülât arzelmekte devam ediyor; bazı müelliflerin âmme emlakine ithal ettiklerini diğer bazıları hariç bırakmaktadır ve denilebilir ki vazı kanuna müracaat eskisi kadar mübremdir. Vazı kanunun müdahalesi hususunda teklif edilen hal suretine mütemmim bazı izahat ilâve etmenin münasip olacağını düşünmekteyiz.

Evvelâ, Medenî Kanununun maddelerini tadil edecek olan bir metin ile teşriî hal suretine varılamıyacağı mütalâasındaız. Bu gibi hükümlerin yapılması elzem olan bir İdare Kanunu (idare kod'u) nun «mallar» a müteallik babın bir faslını teşkil etmesi son derece şayanı arzudur. İdarî esasların tedvini ve taknini hususunda, nazariyatta ileri sürülen umumî mahiyetteki tenkitler, ve her şeyden evvel her hangi bir taknin hususunda serdedilen tenkitler ile hassaten idare hukukunun tedvin ve taknini hususunda serdedilen tenkitler malûmumuzdur. Bunlar da mevzuun çok geniş olması, düsturların kat'î ve müstakar olmaması gibi tenkitlerdir. Fakat mevzuubahs olan husus idarî faaliyeti tanzim eden bilûmum kaidelerin tedvin ve taknini değildir; zira bu, imkânsız bir iştir. İdarî faaliyetin takip ettiği gayelerin adedi pek çoktur ve bunların hepsi bir çok nâzım düsturlara ihtiyaç gösterir. Fakat, merkezi bir nüve, düsturların esasını teşkil eden müşterek bir kısım mevcuttur: Meselâ hak sahipleri, hukukî tasarruflar, borçların envai, malların tâbi olacağı hükümler bu kabildendir. Bütün bu meseleler taknin ve tedvine müsaittir; ve böyle bir taknin de zamanın ve hâdiselerin icabettirdiği tadilatı muhakkak surette imkânsız kılmaz; bilâkis bir istikrar temin eder, idare hukukunu daha ilmî bir tarzda bir araya toplar ve çerçeveselendirir. Doktrin ve içtihatlar tarafından meydana getirilip artık münakaşa edilmeyen hususların da tesbitini temin eder.

Her halde bu tedvin ve taknin işine her hangi bir sebeple mübaşeret edilemezse, bir mevzuu alâkalandırıp heyeti umumiyesini ihtiva edecek olan birbirinden ayrı metinler ile bu işi hazırlamak mümkündür. Netekim İtalyan âmme hukuku bu gibi misaller ile doludur (19): İtalyada bu gibi kanunlar neşredildikten sonra bunlar

(19) İtalyada aynı mevzua müteallik mer'î ve kanun kuvvetini haiz müteaddit metinler mevcut olunca, icra kuvveti birbirinden ayrı olan bu metinlerin bir araya toplanmasını ve tek bir kanun halinde ve sistematik bir tarzda bir araya getirilmesini ve Heyeti Vekileye arz ile Devlet Şûrasının mütalâası alındıktan sonra mevzua müteallik «tek» metin

sistematize edilerek çok faydalı bir iş yapılmıştır. Bu gibi bir metodun yerinde olduğunu isbata yarayacak bir misal de, Fransız hukukunun pek geniş olan jürisprüdansının (mahkeme içtihatları) ve tatbikatının esaslı ve nâzım prensiplerini çok güzel bir şekilde toplamağa ve hülâsa etmeğe muvaffak olmuş olan 21/XII/1938 tarih ve 3546 numaralı Türk Devlet Şûrası kanunudur.

Artık hakiki yeri olmayan Medeni Kanundan çıkarılarak bütün meseleyi ihtiva edecek olan umumî bir kanun âmme emlâkine dahil olan malları tadat etmeli ve bunların tâbi olacağı hukukî rejimi sarîh olarak bildirmelidir. Bu kanun, doktrinin son almış olduğu şekle istinat edecek ve muhtelif temayüller arasında bir intihap yapacaktır. Bundan başka mukayeseli mevzuattan da istifade etmek mümkün olacak, zira yapılacak olan işe müteallik mühim unsurlar ecnebî kanunlarından iktibas edilebilecektir.

Yapılacak olan kanunun (lege ferenda) umumî hatlarını çizmek icabederse, şu şekilde hareket edilmesinin münasip olacağı kanaatindeyiz: Evvelâ, mevzuubahs olan mevzuun şumulünü tayin ederek buna «Emlâk Kanunu» namını vermek kabildir; bu, hem âmme emlâkini ve hem de hususî emlâki ihtiva edecektir; bundan sonra bu iki mefhum arasındaki esaslı tefrik yer almalıdır. 19 Mayıs 1933 tarihli Portekiz Esas Teşkilât Kanununun XI inci babında bu şekilde bir tanzim tarzı müşahede edilmektedir (20). Bu suretle,

olarak kralî emirname şeklinde neşrini karar altına alabilir. Haddi zâtında böyle bir tasarrufun teşriî bir kıymeti yoktur ve bu hükümler kuvvetlerini alınmış oldukları mütekaddim kaynaklarda bulurlar ve bunlardan farklı iseler kuvvei tatbikiyeleri olamaz. Kezalik, mevcut kanunlar arasında bir mevzua müteallik hükümleri derlemek ve sistematize etmek hususundan gayrı, muhtelif hükümler arasında ve hattâ diğer kanunlarda veya hukukî nizamlarda mevcut hükümler arasında bir âhenk (bir koordinasyon) tesis etmek zımmında hükümete salâhiyet verilebilir. Bu son halde hususî salâhiyetle yapılan bilûmum tasarruflarda olduğu gibi bu «tek metin» de teşriî bir mahiyet arzeder. Misal olarak 31 Mart 1932 tarihinde verilen salâhiyete mebni komünlere ve eyaletlere müteallik yapılan tek metni tasdik eden 3 Mart 1934 tarihli emirname zikredilebilir.

(20) 18 Birincikânun 1938 de tadil edilen 19 Mayıs 1933 tarihli Portekiz Esas Teşkilât Kanununun XI inci babı «emlâk» e ait olup bu bab âmme emlâki il hususî emlâk arasında bir tefrik tesis etmektedir. (*Mir-kine - Guetzevitch, Les Constitutions de l'Europe nouvelle, cilt I, 1934, sah. 475*). Mezkûr kanunun 49 uncu maddesi âmme emlâkine ait olup aynen şu metindedir:

«Le domaine public comprend:

emlâke ait bilûmum hususat her bir emlâke ait hususî kaideler ile derpiş edilmiş olacaktır. Bu halde, emlâke ait büyük bir kanun vücûda getirilmiş olacaktır.

Saniyen, diğ̈er bir tanzim tarzı da, yalnız âmme emlâkine dahil mallar ile bunların tâbi olacakları rejimi tayin etmek olup, bunlar haricinde kalan malların hususî emlâke ait olacağı istidlâl edilecektir. Bu şekilde hareket etmiş olan İspanyol vazı kanunu, emlâke, kanunî bir şekilde verilmiş olan mevzuat arasında mallar arasındaki kıstas tefrikine en az yer bırakmış olanıdır. İspanyol Medenî Kanu-

1° — Les gisements miniers, les sources d'eaux minero-médicinales et autres richesses naturelles du sous-sol;

2° — Les eaux maritimes et leur lit;

3° — Les lacs, lagunes et cours d'eau navigables ou flottables avec leur lit, ainsi que ceux qui, par décret spécial, seront reconnus d'utilité publique comme utilisables pour la production de l'énergie électrique nationale ou régionale ou pour l'irrigation;

4° — Les fossés creusés par l'Etat;

5° — Les couches aériennes au-dessus du territoire, à partir de la hauteur que la loi fixera au profit du propriétaire du sol;

6° — Les voies ferrées d'intérêt public de n'importe quelle nature, les routes et chemins publics;

7° — Les zones territoriales réservées à la défense militaire;

8° — Tous les autres biens soumis par la loi au régime du domaine public.

§ 1 - Les pouvoirs de l'Etat sur les biens du domaine public et la jouissance de ceux-ci par les citoyens sont réglés par la loi et par les conventions internationales signées par le Portugal. Les droits antérieurs de l'Etat et les droits acquis des particuliers seront toujours sauvegardés. Ces derniers cependant pourront faire l'objet d'une expropriation commandée par l'intérêt public moyennant une juste indemnité.

§ 2 - Des richesses indiquées au no 1 sont expressément exceptées les roches et terres communes et les matériaux vulgairement employés dans les constructions.

§ 3 - L'Etat procédera à la délimitation des terrains qui, constituant une propriété particulière, confinent à des biens du domaine public.

Madde 50 — L'administration des biens du domaine privé de l'Etat appartient, sur le Continent et dans les Iles adjacentes, au Ministère des Finances, excepté au cas d'attribution formelle à quelque autre ministère.

Madde 51 — Aucun des biens ou droits de l'Etat auxquelles sont intéressés le prestige de celui-ci ou des convenances nationales supérieures, ne peut être aliéné.

Madde 52 — Les monuments artistiques, historiques et naturels, ainsi que les objets d'art officiellement classés comme tels, se trouvent sous la protection de l'Etat et leur aliénation en faveur d'étrangers est interdite.

nunun 339 uncu maddesi âmme emlakine dahil malları tadat etmekte ve 340 ıncı madde de evvelki maddenin aradığı şartları cemetmiyen malların da hususî mülkiyete dahil mallardan madut olacağını bildirmektedir (21). Şüphesiz ki, en iyi hal tarzının bu şekil olduğu söylenemez. Zira etraflı bir kanuna lüzum olup Medeni Kanununun bazı maddelerinin tadili ile iktifa edilemez, fakat müstakil bir kanun ihzarı için İspanyol metodu gözönünde bulundurulabilir.

Âmme emlakine dahil malların tesbiti, çok münakaşa edilen emlakın birlik veya çokluk meselesi hususunda vaziyet almayı istilzam edecektir; çokluk noktai nazarı bize daha mülâyî mgeliyor, zira böyle bir kanun aynı zamanda Devlete, vilâyete ve komüne ait bilûmum menkul ve gayri menkul mallara kabili tatbik olacaktır. Ancak âmme emlakinin âmme müesseselerine de teşmil edilip edilemeyeceğini ayrıca karar altına almak icabedecektir.

Âmme emlakine dahil mallar, bahri emlak için: Kara suları ve yatağı, deniz kıyıları, tuzlu gölleri, sabit ve müteharrik tesisat ile limanları (ancak bu müteharrik tesisatın tasnif edilmiş olması lâzımdır), umumiyetle fenerleri ve dubaları; hava emlakı için: Arazi sahibi lehine vazı kanunun tayin edeceği irtifadan itibaren Devletin arazisi üzerinde bulunan hava tabakası (Portekiz hukukunun formülü), tayyare limanları ile işaret tesisatı ve tasnif edilmiş müteharrik âletleri; bahri olmayan sulara müteallik emlak için: Gölleri, küçük gölleri, seyrüsefere elverişli akar sular ve yatakları gibi hususî kararname ile umumî menfaate veya millî veya mahallî elektrik kuvveti istihsaline elverişli olduğu kabul edilen akar suları, kararname ile tayin edilen dahili seyrüsefer kanallarını; kara âmme emlakı için: Kara seyrüsefer tariklerini (yolar, caddeler ve sokaklar, şehir meydanları, umumî menfaati haiz demiryolları); askerî âmme emlakı için: Müstahkem mevkileri, tahkimat ve müstemilâtını, tasnif edilmiş veya hususî bir şekilde mukayyet olan gemiler, tayyareler, muhtelif cins silâhları; bediî veya ilmi âmme emlakı için: Kütüphaneleri, arşivleri, müzeleri, tasnif edilmiş lâboratuvar âletlerini ihtiva eder. İbadete ait âmme emlakı için, ibadete tahsis edilen

(21) İspanyol Medeni Kanunu, madde 339: «Son bienes de dominio publico: 1.) los destinados al uso publico... 2.) los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso comun'y estan destinados a algun servicio publico o al forment de la riqueza nacional; Madde 340: «Todos los demas bienes pertenecientes al Estado, en que non concurren las circunstancias expresadas en el articulo anterior, tienen el caracter de propiedad privada.»

binalar ile tasnif edilmiş mefruşat. (23) Âmme hizmetlerinin yerleşmiş oldukları binalar hakkında vazı kanun aşağıdaki üç şıktan birini tercih etmelidir: a) Bunları âmme emlakından ihraç etmek şıkkı ki çok müfrit ve gayri mantıkî bir hal doğurur; b) hepsini ithal etmek şıkkı ki bu da çok mahzurludur; c) bunlardan bazılarını âmme emlakine ithal etmek şıkkı: Bu suretle âmme emlakine ithal edilecek olanlar, bu emläke bağlanmış ve büyük bir tahsisten istifade etmiş olan binalar olacaktır (büyük tahsis alelâde tahsise mütenazır olarak kullanılmaktadır ki bu «âmme hizmetine» tahsis edilen ve tâlî bir mahiyeti haiz olan tahsistir).

Kanunun ikinci büyük kısmı da âmme emlakine dahil malların tâbî olacakları hukukî rejime müteallik olacak ve aşağıdaki hususları ihtiva edecektir: 1) Emlâkin mülkiyeti ve ezcümle tecavüz edilen emlak parçası hakkında istihkak davası ikamesi, hâkimiyet hakları (sular tarafından doldurulan yerler ve suların istimali tarzı), bitişik komşuluk hakları; (mali bir tarzda istimal edilmeksizin) yollardan mali aidat tahsili imkânlarını bildirmek ve bunun icrasını tanzim etmek hususları. — 2) Âmme emlakî devrine müteallik hükümler, bu devrin ne gibi bir usule tâbî olacağı ve istimlak

(22) 24 numaralı nota müracaat.

(23) Kiliseler ve ibadethaneler âmme emlakine dahil olurlar mı? Profesör *Rolland* (Precis de droit administratif, 5 inci tab. 1934). Fransız hukukunda üç nevi ibadethanenin tefrik edilmesi lâzım geldiğini söylüyor: a) 1905 senesinden itibaren tesis edilmiş olup fertlere veya hususî cemaatlara ait olup alelâde hususî mülkiyet ahkâmına tâbî olanlar; b) 1905 senesinden evvel Musevî ve Protestan mezhebine tahsis edilmiş olup âmme emlakine dahil bulunan ve diyanî cemiyetler lehine ivazsız olarak bir intifa hakkı ile tahdit edilmiş olanlar (9 Birincikânun 1905 kanunu); c) Nihayet 1905 senesinden evvel katolik ibadetine tahsis edilmiş olanlar ki en çoğu da bunlardır; âmme emlakî mahiyetini hâiz olup olmadıkları ancak bunlar için münazaalıdır. Bunlar her halde idarî mülkiyetlerdir. Fakat acaba komünün âmme emlakine mi, yoksa hususî emlakine mi dahildirler?

Hususî emlak lehinde Devlet Şûrasının 4 Ağustos 1916 tarihli (Prudhommeau) kararile 26 Birincikânun 1930 tarihli (Tissière) kararı ve Profesör *Jéze* ile *Berthélémy*'nin mütalâaları kaydedildi. Âmme emlakî lehinde ise *Hauriou*'nun, *Colin* ve *Capitant*'in, *Crouzil*'in, *Bonnard*'ın ve Hükümet komiseri *Corneille*'in (Devlet Şûrası 10 Haziran 1921 tarihli Montségur komünü kararı) mütalâalarına işaret edildi. Bir hayli geç olarak vazii kanun, komünlere harp zararları tazminatı olarak verilen paranın sureti sarfı hakkında neşrettiği 20 Şubat 1932 tarihli bir kanun ile işe müdahale etti.

halinde tazminata mahal olup olmayacağı hususları (24). — 3) Devrü ferağın caiz olmaması, müruru zamanın cari olmayacağı, hususî emlâk lehine irtifak haklarının tesis edilemeyeceği (şu kadar ki, irtifaklar emlâkin istimalile kabili telif ise ve mal âmme emlâkine ithalinden evvel bir irtifak hakkı ile tahdit edilmiş ise aksi hüküm cari olacaktır), bu irtifakların mevcudiyeti ve istimali hususunda doğacak olan ihtilâfların hallini derpiş eden hükümler.

(24) Emlâk devirleri (mutations domaniales) meselesi çok mühimdir. İstimlâk dolayısıyla tazminata mahal var mıdır? Bu noktada da doktrin hali ihtilâfta olduğu gibi mahkemeler de aynı vaziyette bulunmakta, jürisprüdans ise müstakar bir birlik arz etmekten uzak bulunmaktadır. Emlâkin devri hususunda *Bonnard* şu tarifi veriyor (op. cit., sah. 552): «Devir ile, âmme emlâkine dahil olup muayyen bir idari şahsa ait olan bir malın kâh bir idari şahsın âmme emlâkine intikali, kâh bu malın diğer bir idari şahsın emrine tahsis edilmiş olması anlaşılır.»

Profesör *Bonnard*'ın izahatı yanında, ademi istimplâke taraftar olanların, fakat noktalı nazarlarını muhtelif şekillerde müdafaa edenlerin mevcut olduğunu hatırlatalım. Evvelâ âmme emlâkinin vahdeti nazariyesini müdafaa edenler mevcuttur. Devlet Şûrasının 21 İkinditeşrin 1884 tarihli *Fabrique de St. Nicolas des Champs* kararı dolayısıyla yazmış olduğu mutalâanamesinde (Daloz, 1886. III. 49) Hükümet komiseri (Müddeiumumi) *Marguerie*, milli emlâk, vilâyetlere ait emlâk ve komünlere ait emlâk olarak üçlü taksimi, Devletin her biri üzerinde müsabih bir hakkı halz olduğu bir tek emlâkin üç muhtelif veçhesi olarak telâkki etmektedir. Bu itibarla Devlet istimplâke ve bir tazminat tediyesine mecbur olmaksızın ihtiyacı olduğu parsellere temellük edebilir. Bunun neticesi olarak nakiller mülkiyete müteallik olmayıp parsellerin tahsisi cihetinin tadilinden ibaret kalıyor. (Bu nazariye idarenin âmme emlâki üzerindeki mülkiyet hakkını inkâr etmektedir). Hükümet komiseri *Sarrut* de âmme emlâkine dahil bir malın bir hizmetten diğer bir hizmete devri «Tahsis cihetinin tadili olduğundan tazminat icap ettirmez, zira mezkûr mal milli âmme emlâkine ithal edilmiş oluyor.» diyor. (Cassation civile, 20 Birincikânun 1897 tarihli altındaki not. *Daloz*, 1899. I. 257).

İkinci bir nazariye emlâkin taaddüdünü kabul etmektedir; yani bu nazariye taraftarları, her idari şahsın kendine has mülkiyet hakkı tahdında birbirinden ayrı üç âmme emlâki kabul ediyorlar. Devlet Şûrasının 16 Temmuz 1909 tarihli *Chemín-de-fer de Sceaux* kararı münasebetile Hükümet komiseri *Tissier*'nin yazmış olduğu mutalâanamenin medlûlü budur (Sirey, 1909. III. 98). Bu karar altındaki notunda *Hauriou*, tekçi nazariyenin kabulü halinde merkezileştirilmemiş olan müesseselerin âmme emlâki üzerinde Devletin faik bir hakkı mevcut olacağından, bu keyfiyet nevama feodal bir hak vücude getireceği mütalâasındadır. Şu halde, milli ihtiyaç için yapılacak bir inşaatta vilâyete veya komüne ait bir malın temlik icap ederse, istimplâk yoluna mı gidilmelidir, ve vi-

Son olarak da, kanun, «büyük tahsis» sisteminin umumî hatlarını çizmelidir; Devlete ait mallar hususundaki tahsis kanunda, diğer birliklere ait mallar hususundaki tahsis de talimatnamelerde münderiç olmalıdır; bundan başka kanun menkul malların tasnifi hususunda da hükümler ihtiva etmelidir. Tasnif bu malların âmme emlâki vasfını iktisapları hususunda normal bir yol olduğundan, teşkilâta, usule ve müeyyidelere müteallik teferruat malların kate-

lâyet veya komüne bir tazminat mı verilmelidir? Hayır! Âmme emlâki birliği yoksa tahsis birliği mevcuttur. Buna tahsiste vahdet nazariyesi denilir: «Muhtelif idari hükmi şahıslarının emlâki umumun menfaati namına hususî bir tahsis, bir irtifak ile tahdit edilmiştir; ve camianın istifade ve istimali cihetine vâki bu tahsis devam ettikçe mâlik sıfatını hâiz âmme hükmi şahsi mülkiyet haklarına bağlı hiç bir husustan istifade edemez.» Hükümet komiseri *Rivet*'nin kullandığı formül de buna çok yakın bir formüldür. (Devlet Şûrası 25 Mart 1925 kararı, Dalloz, 1925. III. 27). Binaenaleyh mülkiyetin devri mevzuu bahsolmayınca, bundan mütevellit hakiki mânasile bir tazminat da mevzuu bahsolamaz; ancak tahsis cihetinin tadili dolayısıyla bir zarar husule gelmiş ise, bu keyfiyet bir tazminatı icap ettirir.

Profesör *Waline* (*Les mutations domaniales*, 1925) adlı eserinde, âmme emlâkinin bir mülkiyet olduğunu, fakat hususî bir rejime tâbi müşterek milli bir mülkiyet (*propriété collective nationale*) olduğunu iddia ediyor. Âmme emlâkine dahil bir mal idari bir mâlikten diğer idari bir mâlike devredilince, bu iş idarenin dahilinde yapılmış oluyor; burada ancak dahili bir prosedür (bir usul) mevzuu bahsoluyor. Böyle bir iş gayri menkulün mükellefiyetlerinin devri şeklinde mütalâa edilebilir. İstimlâk mevzuu bahsolamaz. Bu hususa müteallik tazminat, icap ederse, alâkadar idareler tarafından tayin edilecek muhtelit komisyonlarca tayin edilebilir; Devlet Şûrasının bir idari dairesinin de müdahalesi düşünülebilir.

Âmme emlâkinin istimplâkini kabul etmiyerek bazı hallerde tazminat bedelinin tediyesi lüzumunu kabul eden muhtelif mütalâalar karşısında diğer bir mütalâa yer almaktadır. Bu noktaî nazara göre, âmme hükmi şahsına ait hizmetlerden gayri hizmetler arasında tahsis cihetinin tadilini icap ettiren muameleler mevzuu bahsolunca, âmme idaresinin birer şahıs oldukları ve kendilerine has bir âmme emlâkine mâlik buldukları kabul edilince, kendi emlâklerine dahil malların ancak kendi hizmetlerine tahsis edilmesi lüzumu da kabul edilmek mecburiyeti hasıl olur. Bu esas, «kendilerine has» mefhumundan çıkarılan bir nizam prensibidir. Kat'î surette mülkiyetin geri alınmasına mukabil tazminatın tediyeye edilmemesine hukukî vicdan şiddetle itiraz etmektedir. (*Hauriou*, *Droit administratif*, 12'inci tab., sah. 799). Mütalâa ettiğimiz kanunun da bu esası kabul etmesini ve alâkadar idareler arasında anlaşma hasıl olmazsa bir istimplâk usulünü ve tazminat miktarını tayin edecek bir jüri veya *Waline*'nin ileri sürdüğü muhtelit bir komisyon teşkilini derpiş eylemesi çok münasip olacaktır, kanaatindeyiz.

gorisine göre (meselâ askeri emlâk, ilmi emlâk ve ilâh...) hususî ve mütemmim metinler ile halledilmelidir.

Malların envayı ve ihtiyaçların çokluğu karşısında tekçi ve mantıkî bir kıstas vaz'ı tamamile imkânsız bulunduğuna göre, böyle bir sistemin emlâk mefhumuna giren muhtelif unsurları terkip etmek gibi bir faydası vardır. Bu sistem kabil olduğu kadar sarîh ve kat'î olmalı ve münakaşaya kabil olduğu kadar dar bir yer bırakmalıdır. Filhkika, bugün cari olan pozitif hukukun natamam bir temele dayanması hasebile emlâke mütealîk bir çok meselelerin ihtilâf ve dava kaynağı olması mümkündür. Menkul malların himayesi elzem olunca ve keyfiyet, bu iş için tavzif edilen komisyonlarca tasdik edilince, bunların da âmme emlâkne dahil olacakları kabul edilmektedir; yani böyle bir sistem, menkullerin âmme emlâkinden ihracı ile çok geniş olarak ithali sistemleri arasında mutavassıt bir vaziyet almakta ve doktrinin «malın esaslı mahiyeti» veya «yerine başkasının konulmasına imkân olmaması» gibi muğlâk tâbirleri de bertaraf etmektedir. Yeni bir mefhum olan «büyük tahsis» alelâde tahsis ile bir fark yaratmaktadır; zira âmme hizmetine alelâde tahsis keyfiyeti malı hususî emlâkte bırakmakta ve tahsisten çıkarılınca kadar devrî temlikini imkânsız kılmaktadır.

Nihayet tasnif, menkul âmme emlâkinin temeli olarak kabul edilmektedir: Menkul malları âmme emlâkine ithal için Duguit'nin, Hauriou'nun ve belki de Bonnard'ın müracaat ettikleri muamele bu tasnif idi. Maahaza nazari ve bir bakımdan da içtihatların yarattığı bir mefhum olan bu muamele tamamile kanunî değildi. Bazı malların himayesi için değil, fakat âmme emlâkinin isbatı için bir delil olarak bu muamelenin kanunî bir mahiyet alması icabederdi. Bu son nokta hakkında menkullerin himayesini tahakkuk ettirecek vasıtalar hususunda kıymetli misaller ihtiva eden, 1921, 1924, 1927 ve 1930 senelerinde itmam edilen 1913 tarihli Fransız Kanunîle (25) 7 ağustos 1931 tarihli Belçika Kanununu hatırlatmak icabeder. Her ne kadar zikredilen Fransız Kanunu sanat eserlerini (menkul veya gayri menkul olsun, sahipleri idare veya hususî ferdler bulunsun) himaye için sevkedilmiş ise de, Belçika Kanunu ancak Devlete, eyaletlere, komünlere ve âmme müesseselerine ait menkul ve gayri menkul malları himaye eylemektedir. Yapılacak olan âmme emlâ-

(25) Bakınız: *H. Eygout*, La protection des objets mobiliers d'art et d'histoire (*Revue de droit public*, 1922). - 1921 senesinden sonra neşredilen kanunların esasları *Hauriou'nun* *Droit administratif* eserinin 12 inci tabında bulunabilir.

kine ait kanunda veya mütemmim metinlerde, zikredilen kanunlarda yer almış olan hususlardan farklı olarak ancak Devlete veya sair birliklere ait olan ve âmme emlakine dahil olmağa müstait bulunan mallar imkân derecesinde muhafaza edilmelidir. Hususî efradın mallarına taalluk edebilecek sair herhangi bir hüküm ayrı ve müstakil metinlere mevzu teşkil edebilir.

Tasnif usulü ve müeyyideler, üzerinde durulması icabeden noktalardandır. Herhangi bir malın usulüz olarak devrünü ferağı Fransız hukukuna göre alâkadar vekâletin ikame edebileceği butlan davası ve aynı zamanda mezkûr mal malikinin de ikame edebileceği iade davası müeyyettir; bu her iki dava da müruru zamana tâbi değildir. Müruru zamanın cereyan etmemesi yalnız malikin rızasıyla mülkiyetin izale edilmiş olduğu hallere değil, malın çalınması veya kaybolması gibi hallere de şamildir. Tasnif edilen bir eşya kaybolmuş veya çalınmış ise, idare her zaman bunun iadesini talep edebilir ve 2279 uncu maddenin «menkullerde zilyetlik mülkiyete karinedir» kaidesi defî tarikile dermeyan edilemez. Malı iktisap eden veya birinci müktesipten iktisap eden şahıs hüsnü niyet sahibi ise, aleyhine iade davası ikame edildiği takdirde, umumî esaslara müsteniden, ödediği bedelin verilmesini talep edebilir. Bu bedeli ödemekle mükellef olan malın sahibi, mezkûr malı elinden çıkaran suiniyet sahibi şahsa karşı rücu hakkını haizdir. İade davasından gayri, usulsüz olarak mülkiyeti izale edilen şahıs, müteselsilen mesul olan âkit taraflara (bayi ve müşteriye) karşı tazminat davası ikamesine salâhiyetli olduğu gibi, bu davayı devrünü ferağ muamelesine iştirak eden resmî memura karşı da ikame edebilir. Kanunda aksi tasrih edilmedikçe mezkûr tazminat davaları 30 senelik müruru zamana tâbidir (Fransız Medenî Kanunu madde 2262). Tasnif edilen malların yalnız devrünü ferağı caiz olmayıp, bunlar aynı zamanda müruru zamana da tâbi değildirler. Müruru zamanın cari olmaması yalnız mülkiyetin zevalinin malikin rızasıyla vukubulduğu hale münhasır olmayıp, bu zevalın malın çalınması veya kaybolması gibi sebeplerden mütevellit hallere de saridir. Tasnif edilen malı kaybetmiş veya çaldırmış olan malik, kendisine karşı 2279 uncu maddenin dermeyanına imkân olmaksızın her zaman iade davasında bulunabilir.

1931 tarihli Belçika Kanunu ise (26), tasnif edilen malın devrünü

(26) 7 Ağustos 1931 tarihli Belçika kanunu, *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1932, sah. 293 ve mü., de intişar etmiştir. Bu kanun menkul ve gayri menkulleri gayet sarîh olarak tefrik etmek-

ferâğını hususî bir usule tâbi tutmaktadır; bu usule uygun olarak yapılmayan herhangi bir devrû ferâğ batıl addedilmektedir. Bu devrû ferâğın butlan davasile, devrû ferâğ edilen malın iadesi davası müruru zamana tâbi değildir.

Cezaî müeyyidelere gelince, 1913 tarihli Fransız kanununun 31 inci maddesi 100 den 10000 franga kadar para cezasile 6 günden üç aya kadar hapis cezası veya bunlardan yalnız birinin tatbik edileceğini derpiş etmektedir. Hafifletici sebeplerin mevcudiyeti halinde cezanın tenziline cevaz verilmiştir. 1931 tarihli Belçika Kanunu da, 19 uncu maddede yazılı suçlardan birini (yani derpiş edilen usule uygun olmayarak eşyaların devrû ferâğ veya tahrip edilmesi, devrû ferâğı memnu olan bir menkulün menşeyini bilerek satmak, satışına yardım etmek veya satın almak, malın muhafazasına memur olan kimsenin bunun kaybolduğunu, tahrip veya imha edildiğini salâhiyetli komisyona bildirmekte kasden ihmal göstermiş olması fiillerinden birini) irtikap eden kimseye ceza kanununun 21

tedir. Birinci maddesinde tasniflerin icrası için bir idari prosedür (usul) ihdas etmekte ve bunun hukukî şumulünü tayin eylemektedir. Bu tasnifler manzaralara, âbidelere ve menkullere müteallik olup bunlar için de ayrıca bir fasıl ayrılmış bulunmaktadır. (Fakat Devler ile eyaletlerin kütüphaneler ve müzelerindeki menkuller bundan istisna edilmiş olup, bunlar hususî bir nizamnameye tâbi tutulmaktadır). Muhafazası güzel san'atlar bakımından milli bir ehemmiyet arzeden Devlete, eyâletlere, komünlere ve âmme müesseselerine ait menkul malların bir defterini idare tanzim eder. Bu defter, maarif ve güzel san'atlar nezaretinin talebi ile alâkadar idare ve âmme müesseseleri veya âbideler ve manzaralar krali komisyonu tarafından tanzim edilir (Madde 7).

Tasnif edilmiş mallar ile menkul malları muhafaza altında bulunduran her şahıs bunların kaybolduklarını, tahrip edildiklerini veya bir zarara maruz kaldıklarını derhal yukarıda ismi geçen komisyona ihbar etmekle mükelleftir. Mezkûr komisyon deftere ismi geçen eşyaların tasnifine tevessül etmek ve husule gelen değişikliklerden dolayı defteri ikmal etmek zımında her an mümessillerinden birini gönderebilir (Madde 18). Âbideler ve manzaralar komisyonunun mütalâası alındıktan sonra kral tarafından müsaade istihsal edilmedikçe tasnif edilmiş olan eşyadan hiç biri tamir edilemez ve elden çıkarılamaz. Elden çıkarılmasına müsaade eden kral emirnamesi krallığın umumi koleksiyonları lehine bir şüf'a hakkı derpiş edebilir. Tasnif edilmiş bir eşyayı yedinde bulunduran idare veya âmme müessesesi, muvakkaten dahi olsa, bunu elden çıkarabilmesi için ismi geçen komisyonun muvafakatini almak mecburiyetindedir (Madde 19). 18 inci maddeye muhalif olarak yapılan her hangi bir devir ve ferâğ batıldır. Bu hususta ikame edilecek butlan davasile devir ve ferâğ edilen malın iadesi davası hiç bir müruru zamana tâbi değildir (Madde 20).

ve 22 inci maddelerinin tatbik edileceğini bildirmektedir. Her mahkûmyet kararı, tasnif edilen bina, menkul ve eşyaların eski hallerine ifrağını veya imkân nisbetinde sabık hallerinin iadesi için icap eden işlerin yapılmasını emredecektir. Eyaletlerin, komünlerin veya âmme müesseselerinin ikame edecekleri davada Devlet bunların yerine kaim olabileceği gibi, mezkûr davaya müdahale etmekle de iktifa edebilir (madde 24).

Tasnif edilen eşyanın tahribi 1913 tarihli Fransız kanunununca suç telâkki edilmektedir; bu kanunun 32 inci maddesile Ceza Kanununun 257 inci maddesinin terkibi hususî bir suç meydana getirmektedir (bu suçun unsurları tasnif edilen bir malı kasden tahrip etmektir); bu suçun cezası bir aydan iki seneye kadar hapis ve 100 franktan 500 franga kadar para cezasından ibarettir.

Saleilles'in söylediği gibi âmme emlâki mahiyeti hakkında kârîne vazedilemezse de, doktrin ve jürisprüdansın artık münakaşa edilmeyen esaslarına (meselâ tahsis mefhumları, menkuller, âmme emlâkinde hukukî silsilei meratip, malın esaslı vasfı) dayanan tam ve etraflı bir mevzuattan husule gelecek hukukî istikrar, âmme emlâkinin mahiyetinde mündemiç olan müessir hukukî himaye statüsünü kabil olduğu kadar sarîh bir şekilde tayin edecektir.

V

Âmme emlâki meselesinin *Türk hukuku* (*) bakımından tetkiki mühim olduğu kadar müşkildir de; mühimdir, zira meselenin bugün şümulü ve sahası pek çok genişlemiştir: Evvelleri Devletin faaliyeti mahdud bazı tasarruflara inhisar etmekte iken, bugün, Profesör Ali Fuat Başgîlin söylediği gibi «ötedenberi fertlerin yahut şirketlerin yapageldiği ve daima da yapabileceği patrimonyal işler ve faaliyetler Devlet tarafından yapılmaktadır. Bir çok nafîa hizmetleri, münakale ve her çeşitle istihsal ve ticaret işleri gibi Devletin iktisadî faaliyetleri de bu kabildendir... Bu türlü işleri tesis ve idare eden Devlet yahut belediye sadece fert yahut şirket yerine kaim olmuş, bir nevi tacir, müteşebbis yahut müteahhit rolü almıştır.» (1) Bunun neticesi olarak Devletin mameleki fevkalâde bü-

(*) Makalemizin V inci kısmını teşkil eden Türk hukukunda araştırmalar yaparak bu kısmın ihzar ve tahririnde kıymetli yardımları sebbeden *Dr. Ferit H. Saymen'e* bu yazımın başında teşekkür ederim.

(1) *A. Fuad Başgîl*, Devletin ve diğer âmme hükmi şahıslarının mesuliyeti meselesi. (Hukuk İlmini Yayma Kurumu, konferanslar serisi, 59) Ankara, 1940, sah. 9, 18.

yük bir süratle genişlemiş ve bu mameleke dahil malları da aynı nisbette artırmış bulunmaktadır. İşte bu emlâki tayin ve tesbit ve hangi kısmının âmme emlâki mahiyetinde olduğunu kestirmek, tâbi olacağı farklı hukukî rejim dolayısıyla, mühimdir.

Müşküldür, zira mevzuatımız tam bir ahenk arzetmemekte, mahkeme içtihatlarının fıkdanı dolayısıyla kanun hükümlerini telif etmek çok zor bulunmakta ve doktrinin gayretlerine rağmen mesele tamamiyle tavazzuh etmemiş bulunmaktadır. Biz, burada meseleyi tamamiyle halletmek davasında değiliz: Bunun için ne vasıtalarımız kâfi, ne de yerimiz müsaittir. Burada ancak meselenin umumî hatlarını çizmek ve vaziyetin gayet karışık olduğunu tebarüz ettirerek, Profesör Crozat'ın varmış olduğu neticeleri teyid ederek bu meselenin bizde de müstakil ve heyeti umumiyeye şamil bir kanun ile halli cihetine gidilmesinin muvafık olacağını tebarüz ettirmektedir.

Emlâki kısaca tarif etmek için «Devletin tasarruf ve idaresinde bulunan emlâk ve arazi» (2) diyebiliriz. Fakat bu tarif natamamdır veya tasrihe muhtaçtır. Bugünkü hukukumuz, ileride göstereceğimiz gibi, menkul malların da âmme emlâkine ve evleviyetle hususî emlâke dahil olduğunu kabul etmekle «emlâki» daha geniş olarak «Devletin tasarruf ve idaresinde bilûmum emval ve arazi» diye tarif daha münasip olur. Fakat burada münhasıran âmme emlâkini tarif etmiş olmuyoruz. Esasen böyle bir tarif yapmak bugün için imkânsızdır, diyebiliriz.

Memleketimizde tatbik edilmiş olan 7 Ramazan 1274 tarihli «*Arazi Kanunnamei Hümayun*» u birinci maddesinde «Memaliki Devleti Aliyede olan arazi beş kısımdır» diye bir esas vazettikten sonra bunların nelerden ibaret olduğunu bildiriyor ve badehu her birinin mahiyetini izah ediyor. Bunlar sırasile arazii memlûke, arazii emiriye, arazii mevkufe, arazii metruke ve arazii mevattır (3). Bundan sonra kanun bu arazi şekillerinin her birini de muhtelif taksimlere tâbi tutmaktadır.

(2) *Ibrahim Hakkı*, Hukuku İdare, cilt II, sah. 6.

(3) Fazla tafsilât için Profesör *Ebû'lulâ Mardin*'in Fakültede tedaris ettikleri «Toprak Hukuku» notları ile, Hukuku Tasarufiyel Arazi notları ve taş basması Ahkâmı Arazi notlarına bakınız. Ayrıca, *Ömer Lûtfi Barkan*, Türk Toprak Hukuku tarihinde Tanzimat ve 1271 tarihli Arazi Kanunnamesi (Tanzimatın 100 üncü yıl dönümü münasebetile neşredilen eserden ayrı bası) İstanbul 1940. - Aynı müellifin fransızca olarak yazılmış şu makalesi de kayde değer: *Les problèmes fonciers dans l'Empire Ottoman au temps de sa fondation (Annales d'Histoire sociale)* Cilt XI, 1939.

Umumî olarak şurasını kaydedelim ki gayri menkuller arasında ancak mesken olan evler ile avluları ve ufak bahçeleri hususî mülkiyete mevzu teşkil edebilip evkafa ait olanlar da istisna edilecek olursa diğer bütün arazi Devlete ait addedilir. Bu araziyi işgal eden ve işleten onun ancak bir kiracısı sayılırdı. Fakat Devlete ait arazi de vaziyete göre ya azarii emiriye, arazii metruke veya arazii mevattır. Bu son ismi geçen arazi kanununun 6 ıncı maddesindeki tarifine nazaran «halî mahaller» olduğundan üzerinde fazla durmayacağız. Binaenaleyh meselemiz bakımından bir ehemmiyet arzeden arazi, arazii emiriye ve arazii metrukedir.

Arazii metruke, tariki âm, pazar ve panayır, iskele ve namazgâh, mesire yerleri, meydanlar gibi umumun istifade ve intifama terk olunan yerler ile otundan veya suyundan intifa etmek veya kışlak ve yaylâklar ile ihtitap etmek üzere bir köy ve kasaba veya bir kaç köy ve kasaba ahalisine *terk ve tahsis* edilen yerlerdir. (Madde 5). Binaenaleyh arazii metruke, biri umuma tahsis edilip herkesin istifade edebileceği ve diğeri ancak muayyen kimselere terk edip münhasıran onların istifade edebileceği iki şekil arzettiğindedir (4).

Arazii emiriyeyi de kanunun üçüncü maddesi tarif ile hükümlerini beyan etmektedir. Bu maddeye göre, arazii emiriye kuru mülkiyeti (rakabesi) Devlete ait olan ve intifa edilmek üzere Padişah tarafından hususî şahıslara ihale ve tefviz olunan arazidir. Meselâ, ziraat için ihale edilen tarla, otunu biçip almak veya hayvanlara yedirmek için ihale olunan çayır ve otundan ve suyundan kendisini ve hayvanlarını intifa etmek üzere tefviz olunan yaylak ve kışlaklar, korular ve mer'alar bu kabildendir. (5)

Bugünkü âmme emlâki telâkkisine göre ancak arazii metrukenin umuma terkedilen kısmının bu mahiyette olduğu, diğerlerinin ise başka bir mahiyet arzettikleri iddia edilebilir. Netekim yine aynı kanununun 93 üncü maddesi umumî yollardan bahsederek şöyle bir hüküm vazetmektedir: «Tariki âm üzerine bir kimse ebniye ihdas veya eşçar garsedemez. Edecek olursa hedm ve kal'olunur. Velhasıl tariki âmda kimse tasarruf edemez. Tasarruf eden olursa, men'olunur.» 95 inci madde bu kabil yerlerin alınıp satılamıyacağını ve bir kimseye müstakillen tasarruf etmek üzere senet verilemeyeceği-

(4) *Âtıf Bey*, Arazii Kanunnamei Hümayunu Şerhi, İstanbul, 1330. sah. 42 - 43.

(5) *Âtıf Bey*, Aynı eser, sah. 28.

ni bildirmekte, 102 inci madde de «... arazii metrukeye müteallik davalarda müruru zamana itibar olunmayacağı» nı bildirmektedir.

Arazii metrukenin bu kısmı bugünkü âmme emlâki telâkkisine çok yakın ise de bazı noktalarda bundan ayrılmaktadır. Meselâ, marre (gelip geçene) mazarratı olmadığı halde bir kimse tarikin fazla olan yerini bedelini ödeyerek salâhiyettar makamdan izin aldıktan sonra onu hanesine ilhak edebiliyor ve bu mal kendi mülkü addedilerek üzerinde dilediği gibi tasarruf edebiliyordu (Mecelle madde 1217) (6).

Âmme emlâki vasfını tayin edecek kıstasın bu kanuna göre «terk ve tahsis» olduğu iddia edilebilirse de, mezkûr kanunun bir çok maddeleri bu terk ve tahsisin «minelkadim» vukubulmuş olmasını da emretmektedir. (Madde 91, 95, 97, 98, 99 fıkra 1, 99 fıkra 2, 101, 102). Binaenaleyh bir gayri menkul malın âmme emlâkine (yani arazii metrukeye) dahil bulunması için mezkûr malın muayyen bir cihete terk ve tahsis edilmiş ve bunun minelkadim vukubulmuş olması iktiza eder.

Fakat bu kanunun hiç bir yerinde menkul mahiyetini arzeden bir âmme emlâkine tesadüf edilememektedir; fakat şu kadar var ki kışlak ve yaylakların ot ve çayırından, orman ve koruların odunundan istifade edilebileceğine göre bunlara bir nevi menkul nazarıle bakmak kabildir. Maamafih bu hususa dair kanunda vazih ve sarih bir hüküm yoktur.

Bugünkü mevzuatımıza gelince, diyebiliriz ki Türk hukukunda âmme emlâkini hususî emlâkten tefrik edecek kat'i bir kıstas mevcut değildir. Devletin her gün artagelen emlâkinin hangi rejime, hiç değilse hangi kısmının ne gibi ahkâma ve hangilerinin de ne gibi farklı ahkâma tâbi olacağını tesbit çok mühimdir. Âmme emlâkine dahil malları «umumun kullanılmasına tahsis» keyfiyeti mi, «âmmenin hizmetine tahsis» keyfiyeti mi, yoksa bunların «Devlete aidiyeti» hususu mu, yoksa bir «âmme hizmetinin faaliyeti için tahsis» keyfiyeti mi tayin edecektir? Mevzuatımızın muhtelif kanunlarında tesadüf edilen bu tâbirleri telif etmek bugün için pek müşkül bir iştir; zira bir çok hukukçular kâh bir ve kâh diğer kıstasa taraftar olduklarına ve bu kıstasları telif çalışan müeliflerin muvaffak olmadıklarına nazaran, mevzuatımızın bu hükümlerini de telif etmek oldukça müşkül bir keyfiyettir.

(6) *Âtıf Bey*, Aynı eser, sah. 312.

Mevzuatımızı kısaca gözden geçirirsek bu kıstasların her birine tesadüf edildiği görülür. Ezcümle Medenî Kanunumuz 641 inci maddesi *sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait* olan malların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olacağını ve bunlara kimsenin temellük edemeyeceğini bildiriyor. Binaenaleyh bir malın âmme emlâki mahiyetini iktisap edebilmesi için sahipsiz bir mal olması ve menfaati umuma ait bulunması iktiza eder. Bu maddede «umumun menfaatine ait» tâbiri kullanılırken yine Medenî Kanunumuzun 912 inci maddesi bundan farklı olarak «kimsenin hususî mülkiyetinde bulunmayan ve âmmenin kullanılmasına tahsis edilen gayri menkullerden» bahsetmektedir. Profesör Sıddık Sami Onar'ın dediği gibi, bu maddede bilfiil istimal ve istifade esasına temayül edilmektedir. (7) Binaenaleyh tâ iptidadan kanunda bir ahenksizlik başgöstermiş oluyor.

22 Kânunuevvel 1934 tarih ve 2644 numaralı «Tapu Kanunu» nun (8) birinci maddesi gayri menkulün *Devlete aidiyetinden*, 6 ncı maddesinin birinci fıkrası «Devletin hususî mülkiyetinde olmayıp hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve âmmenin hizmetine tahsis olunmayan sahipsiz topraktan», aynı maddenin 2 inci fıkrası da «Devletin hususî mülkiyetinde olup da âmmenin hizmetine tahsis kılınmamış araziden» bahsetmektedir. Binaenaleyh Tapu Kanununun artık umumun istimal ve istifadesi kıstasından ayrılarak «âmme hizmetine tahsis» kıstasını kabul ettiği görülmektedir ki bu iki kıstasın vardıkları netice birbirinden çok farklıdır.

İşi biraz daha iğlâk eden 8 Teşrinievvel 1930 tarihli «Tapu sicilli nizamnamesi» (9) tetkik edilirse, mezkûr nizamnamenin Medenî Kanunun esasına mütemayil olduğu görülür. Filhakika bu nizamnamenin 3 üncü maddesinin 2 inci fıkrası aynen şu mealdedir: «Kimsenin mülkiyetinde bulunmayan ve âmmenin kullanılmasına tahsis edilen gayri menkuller ... tescile tâbi değildir.» Görülüyor ki bu tâbir Medenî Kanununun 912 inci maddesinin aynen tekrarıdır.

3 Nisan 1930 tarih ve 1580 numaralı «Belediye Kanunu» (10) ise «âmme hizmetine tahsis» nazariyesini kabul etmektedir. Mezkûr kanununun 19 uncu maddesi belediyelerin haklarını, salâhiyetlerini ve imtiyazlarını tayin ederken tasarruf edebileceği malları tayin

(7) Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku, İstanbul, 1933, sah. 33.

(8) Resmî Gazete, 21. 12. 1934 tarih ve 2892 sayılı nüshası. - Düstur, tertip III, cilt 16, sah. 441.

(9) Resmî Gazete, 9. 11. 1930 tarih ve 1668 sayılı nüshası.

(10) Düstur, tertip III, cilt 11, sah. 161.

eden 6 numaralı bendi «*belediyeye ait hizmetlerin ifası zımında.... menkul ve gayri menkul mallara tasarruf*» tâbirini kullanmıştır ki bu da âmme hizmetine tahsis edilen menkul ve gayri menkullerden başka bir şey değildir.

Hırsızlık suçunu tarif eden Ceza Kanunumuzun 491 inci maddesi (8. 6. 1933 tarihli muaddel şekli) ağırlaştırıcı sebepleri tayin ederken birinci bendinde «*resmî dairelerde ve evrak mahzenlerinde bulunan Devlete ait mal ve evrak, veya umumî müesseselerde muhafaza olunan yahut diğer mahallerde bulunup menafii umuma ait eşya*» ların çalınmasını bu meyana ithal ediyor. Binaenaleyh kanun burada, yani ceza bakımından, ancak umumun istifadesine tahsis edilen mallardan bahsediyor. Aynı maddenin 2 inci bendi ise «*âdet muktezası olarak yahut tahsis ve istimalleri itibarile umumun tekâfülü altında bulunan eşya*» yı derpiş ediyor. Halbuki 516 inci madde (11. 6. 1936 tarihli muaddel şekli) âmme hizmeti kıstasına avdet etmektedir. Filhakika bu maddenin 3 numaralı bendi «*âmme ye ait veya âmme hizmetine mahsus binalardan*», 4 numaralı bendi de «*.... bir âmme hizmetine mahsus âlât ve işaret*» tan bahsetmektedir. Binaenaleyh Ceza Kanunumuza göre Devlete ait bir malın çalınması halinde, mezkûr malın menafii umuma ait ise ceza şiddetlendirilmek, tahrip halinde ise mezkûr malın âmme hizmetine tahsis edilmiş olması halinde şiddetlendirilmek iktiza eder. Bu gibi bir tefrikin neye müsteniden yapılmış olduğunu izah müşküldür. Ve bu hal kanunda bir âhenksizlik doğurmaktadır.

Bu kısa tetkik gösteriyor ki, mevzuatımızda sarih bir kıstas bulmak kabil değildir. Profesör Sıddık Sami Onar bu vaziyeti mefhumların bizde henüz yeni olmasına atfediyor. (11)

Âmme emlakine hangi malların ithal edilebileceği ve hangilerinin hususî emlakê dahil bulunduğunu mevzuatımızın bugünkü vaziyetile tayin etmek güç ise de, menkul malların mukadderatı hakkında kanunlarımız gayet sarih hükümler ihtiva etmektedir. İtalyan hukuku menkul malların âmme emlakine ithaline muhalif, fakat bunları himayeye matuf bazı hükümler vazetmişken, mesele Fransada ancak bazı menkuller için kabul edilmiş diğerleri için münakaşa ve muhalefet mevcut bulunurken Türk vazı kanunu gayet açık olarak menkullerin âmme emlakinden medut olabileceğini kabul etmektedir. Bunu tebarüz ettirmek için bir kaç kanuna işaret etmek kâfidir.

(11) Sıddık Sami Onar, op. cit. sah. 298, No. 1.

Biraz yukarıda zikrettiğimiz «Belediye Kanunu» nun 19 uncu maddesinin 6 numaralı bendi « ... belediye sınır dahil ve haricinde *menkul* ve gayri menkul mallara tasarruf... » dan, aynı maddenin 9 numaralı bendi «belediyece alınacak, verilecek *menkul* ve gayri menkul emvalin mübayaası...» ndan, 83 üncü maddenin 8 numaralı bendi belediye encümeninin vazifelerinden bahsederken «belediye-ye ait *menkul* emvalden icabedenlerin müzayede kaimelerile satışa çıkarılması »ndan bahsetmektedir.

Bunun gibi ve kabilse daha sarahatle 26. 5. 1927 tarih ve 1050 sayılı «Muhasebei Umumiye Kanunu» nun 2 inci maddesi menkul malları sarahatle zikrediyor. Bu maddeye göre: «Devletin emvali, Devletçe tarh ve cibayet olunan her türlü tekâlif ve rüsum ile Devlete ait nücut ve esham ve her türlü *menkul* ve gayri menkul eşya, emvali ve kıyım ve bunların hasılat ve satış bedellerinden terekküp eder.» Görülüyor ki bu kanuna göre de Devletin bilûmum malları meyanında (yani hem hususi ve hem de âmme emlâki meyanında) menkul mallar da zikredilmektedir.

2490 sayılı «Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu» nun 64 üncü maddesi «kiraya verilecek *menkul* ve gayri menkuller» den, 65 inci maddesi de: «*Menkul* ve gayri menkullerin satış ve ...» den bahsediyor. Bu 65 inci maddeye göre tanzim edilen 9 Ağustos 1935 tarih ve 3/3138 numaralı nizamnamenin (12) birinci maddesi de aynı sarahati ihtiva etmektedir: «*Menkul* ve gayri menkul malların artırma ve eksiltme ile yapılan satış ve kira bedellerinden 3000 liraya (dahil) kadar olanların ihalesine mahalli komisyonlar salâhiyetlidir.» (13)

Her ne kadar bu maddelerde satıştan ve kiradan bahsediliyor ve buradan da ancak hususi emlâkin kastedildiği neticesine varmak mümkün bulunuyorsa da, kanun bu hususta hiç bir tahdidat vazetmemiş olduğunda mesele umumî olarak mütalâa edilebilir.

Kezalik Ceza Kanunumuzun yine evvelce zikredilen 491 inci maddesinin 1 numaralı bendi « ... Devlete ait mal ve *evrak* menafii umuma ait olan eşya...» dan bahsediyor. Burada da hiç şüphesiz menkul âmme emlâki kabul edilmektedir.

(12) *Resmî Gazete*, 31. 8. 1935 tarih ve 3094 sayılı nüsha. - *Düster*, tertip. III, cilt 16, sah. 1603.

(13) Bu hususlara dair mütemmim malûmat için bak: *Mümtaz Turhan*, Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanununun şerh ve izahı, İstanbul, 1938, sah. 270 - 271.

Askerî eşya ile milli müdafaada kullanılan bilûmum malların umumiyetle âmme emlâkinden madut olacağı kabul edilmiş bulunmakla, Askerî Ceza Kanunumuz bu gibi mallara ika edilecek zararlar hakkında tayin edilecek cezayı bildirirken yine menkul mallara işaret etmektedir. Mezkûr kanunun 131 inci maddesi şöyledir: «Askerî bir hizmeti yaparken yahut bir vazifeyi suiistimal ederek bu hizmet ve vazife dolayısıyla tevdi veya emanet edilmiş olan parayı, az ve çok kıymetli eşyayı, veya kendisine emanet edilmiş olsun olmasın her nevi erzak, ve esliha ve cephaneden başka her nevi askerî eşyayı ve hayvanatı çalan... Çalınan mallar varsa alınır, yok edilmişse kıymeti ödettirilir.»

2 Safer 324 ve 10 Nisan 322 tarihli «Asârı Atika Nizamnamesinin» (14) dördüncü maddesi: « ... Hükûmete ait bulunan arazi ve emlâk ile akar.... da mevcudiyeti bilinen veyahut âtiyen keşfedilecek olan her nevi âbidat ve asârı atikai menkule ve gayri menkulenin cümlesi Hükûmeti Osmaniyenin malıdır. Binaenaleyh asârı mezkûrenin keşf ve muhafazasile bunları toplamak ve müzelere vazeylemek hakkı Hükûmete aittir. İşbu maddenin ahkâmı mündericesi hırfat ve sanayii nefisei islâmiyeye müteallik kâffe eşyayı menkule ve gayri menkulei atika hakkında da caridir.» Mezkûr nizamnamenin 3 üncü fasıl başlığı «asârı atikai gayri menkule hakkında» iken, 4 üncü fasıl başlığı «asârı atikai menkule hakkında» dır.

Daha az sarıh olan bir kaç maddeye de kayıt ve işaret etmek icabederse Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile, İcra ve İflâs Kanununu ve Devlet sermayesile kurulan Mürakabe Kanununu zikredebiliriz. Mezkûr kanunlarda menkul ve gayri menkul tefriki yapılmaksızın alelîtlâk «emvali Devletten» bahsediliyor. Haczi caiz olmayan eşyadan bahseden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 460 inci maddesinin 13 numaralı bendi «bilûmum emvali Devlet» ten, 14 numaralı bendi ise «belediyelerin menafi ve hidematı umumiyeye mahsus emval ve eşyasile bilcümle rüsumu» ndan bahsetmektedir ki mezkûr fıkralar usul kanunundan kaldırılarak «İcra ve İflâs Kanunu» nun 82 inci maddesine dercedilmiştir. Bu maddeyi şerheden Profesör Mustafa Reşit Belgesay diyor ki: «Devlet malları kabili haciz addolunmamıştır. Devletin emvali umumiyesi gibi emvali hususiyesi de haczolunamaz.» (15) Emval tâbiri altın-

(14) Kanunlarımız, cilt 6, sah. 875.

(15) Mustafa Reşid Belgesay, Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (2 inci tab), birinci kitap, İstanbul, 1932, sah. 95, No. 12.

da menkul ve gayri menkullerin toplandığı ve bu itibarla menkul âmme emlâkinin gözönünde bulundurulduğu kabul edilebilir.

17 Haziran 1938 tarihli ve 3480 numaralı «Sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretile kurulan iktisadî teşekküllerin teşkilâtile idare ve mürakabaları hakkında kanun» un bir çok maddeleri Devlet emlâkinden bahsediyor. Rusyada bu gibi teşekküllerin malları Devlet emlâkinden madut olduğu, Almanyada ise şirket paylarının Devlet elinde bulunduğu halde Türkiyede sermaye bakımından Devlet ile iktisadî teşekküller arasında hukukî bir rabita mevcut değildir. Maahaza Profesör Hirsch'in söylediği gibi, Devletin bazı emlâki berayı istimal ve intifa Devlet teşebbüslerine terk edilmiş ise de, Devlet malı vasfını kaybetmemiştir. Teşebbüslerin bir şahsiyeti hükmiyeyi haiz bulunmaları mülkiyet cihetinden bir tebeddül husule getirmez. Fakat bu mallar hakkında takibat yapılabileceği söylenmekte ve bu itibarla mezkûr malların İcra ve İflâs Kanununun 82 inci maddesinin muhalif mefhumundan Devlet malları addedilemeyeceği gibi mütezat ve mütenakıs bir netice istihsaline sebebiyet vermektedir. (16)

Görülüyor ki bu kanun âmme emlâki bakımından hiç de tatmin edici değildir.

Fakat heyeti umumiye itibarile diyebiliriz ki Türk mevzuatı menkul âmme emlâkini kabul etmiş ve bunların tâbi olacağı hukukî rejim ile gayri menkul âmme emlâkinin tâbi olacağı hukukî rejim arasında hiç bir fark yapmamıştır. Binaenaleyh mümasil hallerde her ikisine de aynı hükümler tatbik edilecek ve gayri menkul âmme emlâkine Medenî Kanun hükümleri tatbik edilemediğine göre menkul âmme emlâkine Medenî Kanunumuzun menkul mülkiyete ve zilyetliğe ait hükümleri de tatbik olunamayacaktır. Binaenaleyh Medenî Kanunun 687 inci maddesindeki «bir kimse bir menkulü hüsnü niyetle ve malik olmak üzere tesellüm ettikte mülkiyetini iktisap etmiş olur. Velevki intikalini yapan kimse o menkulün sahibi olmasın» kaidesi, 691 inci maddesindeki «sahipsiz bir malı ihraz eden kimse ona malik olur» kaidesi, 701 inci maddesindeki «başkasının menkul bir malını nizasız ve fasılasız mülküdür diye ve hüsnü niyetle beş sene yedinde bulunduran kimse mala müruru zaman sebebiyle malik olur» kaidesi, 898 inci maddesindeki «menkul bir şeyin zilyedi anın maliki addolunur» karinesi âmme emlâki mahi-

(16) *Ernst E. Hirsch*, İktisadî Devlet Teşekküllerinin Hukukî Mahiyeti, Adliye ceridesi, 1939, sah. 1236. Bîlhassa sah. 1250 ve mü.

yetini haiz menkullere kabili tatbik değildir. Kezalik istimlâk hakkındaki kaideler de âmme emlâkine kabili tatbik değildir. (17)

Menkulleri âmme emlâkinden addeden mevzuatımızın kabul ettiği bu esas müelliflerce de müttefikan kabul edilmektedir. Ezcümle Profesör Sıddık Sami Onar âmme emlâkini tarif edenken «âmme hizmetlerinin ifasına bilvasıta veya bilâvasıta yarayan *menkul* ve gayri menkul malların heyeti mecmuası idare emlâkini teşkil eder.» (18) diyor ve daha bir çok yerlerde bu menkullere kayıt ve işaret ediyor.

Kezalik Profesör Süheyp Derbil de «kamusal hizmetleri görebilmek için, hususî teşebbüslerde olduğu gibi, yalnız insan emeğine değil, *menkul* ve gayri menkul eşyaya da ihtiyaç vardır. Kamusal hizmetleri yapmak için kullanılan *menkul* ve gayri menkul eşyaya da alan diyeceğiz. Alanı topluluk tarafından veya topluluk için kullanılan veya işletilen *menkul* ve gayri menkullerdir diye tarif edebiliriz» (19) demektedir. Meseleyi tekrar ele alarak «menkul kamusal alan olabilir mi?» sualine şu cevabı veriyor: «Parklarda, bulvarlarda bir takım sıralar vardır; bunlarda herkes oturabilir. Bu sıralar herkesin kullanılmasına açık tutulduğu için bunları *menkul kamusal alandan saymak doğru olur.*» (20) Müellifin alana (yani âmme emlâkine) dahil mallar hususundaki misali de gayet açıktır. «Kışlalar, istihkâmlar, resmî daire binaları, toplar, tüfekler, tanklar, harp gemileri, resmî dairelerde kullanılan masalar, iskemleler, kırtasiye levazımı ve saire ...» (21)

Sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait mallar hakkında Medenî Kanunumuzun 641 inci maddesini şerheden müellifler de (bilhassa İsviçre müellifleri) teferrüat ve mütemmim cüz mahiyetini haiz olan menkullerin âmme emlâkine dahil olacağını kabul etmektedirler. Meselâ Wieland âmme emlâkine dahil bulunan gayri menkuller meyanında idare ve terbiye binalarını, kiliseleri, mektepleri, yolları, meydanları, akar suları ve ilâh... saydıktan sonra (sah. 177) bunların teferrüat veya mütemmim cüzleri olan çeşmeleri, sokak lâmbalarını, sokak isimleriyle ev numaralarını gösterir plâkaları, elek-

(17) Âmme emlâkinin istimlâki için bak: *Sulhi Dönmezer*, İstimlâk. (İstanbul Barosu Mecmuası, yıl XIV, sene 1940, sayı 5), sah. 201.

(18) *Sıddık Sami Onar*, op. cit. sah. 297.

(19) *Süheyp Derbil*, İdare Hukuku, cilt I, Ankara, 1940, sah. 404.

(20) *Süheyp Derbil*, op. cit., sah. 411.

(21) *Süheyp Derbil*, op. cit., sah. 464.

trik saatlarını, asârı atıkayı.... ibadete yarıyan eşyaları sayıyor. (sah. 178, b) (22).

Fakat hangi malların âmme emlâkine, hangilerinin hususî emlâke veya efradın şahsî mülkiyetine dahil olacağını tayin etmenin çok güç, hattâ imkânsız olduğunu kabulde bütün müellifler mutabıktır (23). Bunun için de sarîh ve müstakil bir kanuna ihtiyaç vardır. Belediyelere, Devlet Şûrasına, memurlara, bareme ait müstakil birer kanun bulunduğu ve son zamanların istimlâk işlerini ahenkli bir tarzda tophıyarak tanzim edecek olan bir kanundan bahsedilmekte olduğu gibi, Devlet emlâkine (hususî ve âmme emlâkine) tayin eden ve bunların tâbî olacağı rejimi gösteren bir kanunun ihzarına şidetle lüzum ve ihtiyaç vardır. Evvelce yapılmış olan arazi kanunu bilûmum araziye ait olmakla beraber, Devlet emlâkine dair yapılacak olan bir kanuna dair bir misal olarak gösterilebilir. (24) Profesör Sıddık Sami de bu yolda bir kanunun vaz'ına taraftar görünmekte ve böyle bir kanun neşredilinceye kadar eski arazi kanununun arazii metruke hakkındaki hükümlerinin hilâfına hususî bir hüküm olmadıkça âmme emlâkine tatbik edilebileceğini beyan eylemektedir (25).

VI

Devletler umumî hukuku bakımından menkul âmme emlâki meselesine ait not

1 — Tetkik ettiğimiz meselenin Devletler umumî hukukunda ihraz ettiği vaziyeti *harp dolayısıyla işgal* hususuna ait bazı notlar ile tavih etmeyi faydalı buluyoruz. Harp dolayısıyla işgale tatbik olunan kaideler hususî emlâk ve âmme emlâki diye yapılan tefriki ve âmme emlâki hakkında da menkul ve gayri menkul âmme emlâki olarak yapılan taksimi gözönünde bulunduruyor mu? Burada, malların

(22) *Wieland*, Les droits réels dans le C. C. S. (Fransızca tercümesi: *H. Bovay*), Paris, 1913, cilt I (sah. 175 ve mü.) Bu eserin türkçe tercemesi: *İsmail Hakkı*, Kanunu Medenide Aynı Haklar, cüz I, İstanbul, 1935, sah. 155 ve mü.

(23) *Sıddık Sami Onar*, op. cit., sah. 298. - *Wieland*, op. cit., sah. 189. - *Rossel*, Manuel du Droit Civil Suisse, cilt II, 1922, sah. 333, (türkçe tercemesi: Kanunu Medenî şerhi ve nazariyeleri, İstanbul 1928, cilt III, sah 68). - *Ahmet Samim*, Aynı Haklar, İstanbul, 1935, sah. 68.

(24) Diğer bir misal de «Mecellei Ümuru Belediye» dir.

(25) *Sıddık Sami Onar*, op. cit., sah. 304.

harp gayesi için mümkün olan istimallerile bu malların hukukî mahiyetini nazrı itibara almak icabeder.

Malûm olduğu üzere, efrada ait mallar hakkında, umumiyetle kabul olunan kaide, işgal eden Devletin bu malları lüzum olmaksızın ne müsadere ve ne de imha etmeğe salâhiyeti yoktur (bu malların doğrudan doğruya askerî bir gayede istimale elverişli oldukları haller müstesnadır); sakinlerin esaslı ihtiyaçları mahfuz olmak şartile, işgal ordusuna lüzumlu olan mallar bir tazminat mukabilinde müsadere edilebilir. Fakat âmme emlâkine dahil malların hukukî rejimi tamamen farklıdır.

1 — Umumiyetle Fransız doktrini, dahilî âmme hukukunda yapılan âmme emlâki ile hususî emlâk arasındaki tefriki kabul etmektedir. *Bernier*'nin mütalâası (De l'occupation militaire en temps de guerre 1884) bir istisnadır. Mahiyetleri itibarile harp işlerine elverişli olmayan mallar hakkında, *mumaileyh* şunları yazıyor (Sah. 137): «Gayri menkuller iki neviden olabilir ve bunlar ya âmme emlâkine veya işgal edilen Devletin hususî emlâki diye tesmiye edilen emlâke dahil bulunabilir. Bunları tefrik etmekte hiç bir fayda görmüyoruz.» Buna mukabil mevzuubahs mesele diğer müelliflerde pek esaslı bir tefriktir; maamafih bu malların tasnifinde müellifler arasında da şayanı kayıt farklar mevcuttur. *Despagnet*'ye göre, (Cours de Droit international, 1 inci tab, 1894, sah.599): «Devlet emlâki üzerinde işgalin tesir ve hükümlerini menkul ve gayri menkuller hususunda takdir ve tayin için, *gayri menkullerin işgal edilen Devletin âmme emlâkine veya hususî emlâkine dahil bulunup bulunmadıklarını* gözönünde tutmak lâzımdır.» Yapmış olduğu tasnifte, müzelerin, kütüphanelerin ve hazinei evrakın (arşivlerin) ne gibi hükümlere tâbi olacağını araştırırken *Despagnet* gayri menkuller ile bunların ihtiva ettikleri malları tefrik etmeksizin, hepsinin gayri menkul âmme emlâkine dahil bulduklarını kabul ediyor. Harp levazımını, demiryollarını (şimendiferleri), posta ve telgrafları, işgal edilen Devletin nü kudunu, vergileri, Devlet alacaklarını menkul olarak telâkki ediyor. Fakat bunları âmme emlâkine ithal edip etmediği hususunda fazla bir sarahate tesadüf olunmuyor. Esasen bunları birbirinden tefrik etmekte bir faydanın mevcut olmadığını beyan ediyor. *De Boeck* ile müştereken yazdığı eserinin dördüncü tab'ında da (1910) bu nazari muhalefet muhafaza edilmiştir.

Bonfils dahi (Manuel de droit international public, 2 inci tabı. 1898, sah. 594 ve mü.) umumî âbideleri, sarayları, müzeleri, kütüphaneleri ihtiva eden bir gayri menkul âmme emlâkine kabul ediyor;

«kütüphanelerde, müzelerde ve hazinei evrakta bulunan servetlerin imhasını ve kaldırılıp alınmasını Devletler Umumî Hukukuna bilhassa mugayir» telâkki etmektedir. Devletin menkul mallarına gelince, bunların işgal eden Devlet tarafından zapt ve müsadere edilebileceğini ve harp işlerinde istimal olunmuşlar ise tazminatsız olarak temellük olunabileceğini söylüyor; harp malzemesi ilâh... bu cümledendir. Demiryolları, posta ve telgraflar, vergiler ve Devlet gelirleri, Devletin efrat nezdinde bulunan alacaklarına gelince, bunlar hususî bir kategori teşkil etmekte ve müellif bunları menkuller meyanına ithal etmektedir.

Bonfils - Fauchille'in (*Traité de droit international public*, cilt II, Harb ve Bitarafılık, 1921, sah. 248 ve mü). adlı eserinde gayri menkuller arasında bir tefrik yapılmakta ve bunlardan bazıları âmme emlâkine ithal olunmaktadır: Bunlardan bazılarını işgal eden Devlet muayyen bazı hallerde müsadere ve hattâ imha edebilir; diğerlerini ise harp işlerine yaramadıkları için ne imha ve ne de müsadere edemez; umumî âbideler, müzeler, kütüphaneler, hazinei evrak ve kiliseler ile hastaneler bu kabildendir. Devletin orman ve koruları, madenleri, inhisara tâbi kaplıcaları gibi hususî emlâke dahil bulunan gayri menkullerden işgal eden Devlet intifa ve istifade edebilir. Harp işlerine elverişli iseler Devletin menkul malları da zapt ve müsadere olunabilir. Demiryollarının vaziyeti karışıktır; bunlar Devlete ait ise âmme emlâkine dahil sair malların tâbi olduğu hükümlere tâbidir; efrada veya şirketlere ait bulunuyorlarsa, bunların ciheti istimalleri nazarı itibara alınarak zapt ve müsadere olunabilirler. Fakat bunlar için hususî bazı ahkâm mahfuzdur. Posta ve telgraf için de vaziyet bu merkezdedir.

Profesör *Le Fur*'de bu tefrik daha barizdir. (*Précis de droit international public*, 1931, sah. 513): Bu müellif evvelâ hususî emlâke ve bundan sonra da âmme emlâkine dahil malları tefrik ediyor. Bu birincileri efradın mallarına teşbih ediyor; Devlet bunların malikidir ve işgal eden Devlet bunlar üzerinde malikin tâbi olduğu şartlara tâbi olarak ancak bir intifa ve istifade hakkı istimal edebilir. Devletin âmme emlâkine gelince, bu ya menkul olur veya gayri menkul. Menkuller iki kategoriye ayrılır: Birincisi kütüphanelerdeki kitaplar, müzelerdeki eserler gibi hususî bir tarzda himaye edilen menkullere işgal eden Devlet te hürmet etmek mecburiyetindedir. Zira bunlar «harp, bu iş için lüzumlu muameleler ile mahduttur» kaidesinden istifade ederler; ikincisi ise cephane, levazım ve teçhizat gibi harp malzemesini teşkil eden menkuller ile mal san-

dıklarındaki sermayelere işgal eden Devlet el koyabilir. Âmme emlâkine dahil gayri menkullere gelince, işgal eden Devlet bunları tahsis cihazları dairesinde istimal etmek hakkını haizdir (hastaneler, mektepler, kiliseler, umumî binalar); demiryolları ile madenler hususî bir ehemmiyeti haiz iki gayri menkul kategorisidir. Görülüyor ki bu tasnif bundan evvelki tasniflere tetabuk etmiyor ve menkul âmme emlâkine hususî bir mevki veriyor.

2 — Umumî olarak fransız müelliflerinden başka müellifler âmme emlâki ile hususî emlâk olarak yapılan tefrike o kadar büyük bir ehemmiyet atfetmemektedirler. Maamafih bunlar arasında mühim bir istisna mevcuttur; Türk doktrinini temsil eden Profesör *Cemil Bilsel*, Devletler Umumî Hukuku eserinin harbe tahsis ettiği kısmında (Harpte ve sulhta hukuku düvel, 1923/1339, sah. 320-330) Lâhey kaidelerine istinat etmekle beraber, âmme emlâki ile hususî emlâk tefrikini sarîh olarak kabul etmektedir. Zapt ve müsadere olunabilen ve askerî lüzum sebeble tahribi caiz olan âmme emlâki ezcümle kaleleri, kışlaları ve tahkimat ile müstahkem mevkileri ihtiva eder. Kilise, mektep, hayrî cemiyetler gibi askerî ehemmiyeti haiz olmayan gayri menkulleri işgal eden Devlet tahrip etmeksizin istimal edebilir; müzeler, saraylar, kütüphaneler, hazinei evrak, sanat eserleri korunmalıdır. Devletin hususî emlâkine ait mallara gelince, işgal eden bunlardan intifa eder; lâkin bunları beyi ve temellük ve ahara bahş ve ferağ eyliyemez. Ormanların Devletin hususî veya âmme emlâkine dahil bulunması haizi tesir değildir: Harp zarureti varsa işgal ordusu bunları tamamen imha edebilir. Profesör *Cemil Bilsel* Devletin âmme emlâkile menkul âmme ve hususî emlâki arasında bir tefrik yapmanın lüzumsuz olduğuna kanidir; işgale müteallik kaideler bakımından ehemmiyeti haiz olan yegâne kıstas harp gayelerinin takibi için malların ne dereceye kadar faydalı olduklarıdır. Bankalara, vergilere, postahanelere, demiryollarına, tayyare ve otomobillere mahsus tafsilâtlı hüküm ve kaideler mevcuttur. (Keza, *Cemil Bilsel*, Devletler. 1941).

Şurasını tebarüz ettirmek lâzımdır ki, işgal eden, işgal edilene ait tayyare ve otomobillere el koyabilir ve bunları müsadere eyleyebilir; vagon ve lokomotiflerden farklı olarak tayyare ve otomobillerin sulhta iadeleri talep olunamaz, zira bunlar berikiler gibi bir tesisatın küllü değildirler; bunların menkul mahiyetleri bedihidir.

Diğer müellifler bilhassa Lâhey sözleşmeleri (convention) tarafından yapılan gayet geniş tefrikten mülhem olmaktadırlar. Bu sözleşmeler bir taraftan «Devlete ait menkul mülkiyet» ten ve diğer

tarafından «Devlete ait gayri menkuller, umumî binalar» dan bahsederek bunları âmme emlakine veya hususî emlakê ait olup olmadıklarını tasrih etmiyor.

Profesör *Diena* ise (*Diritto internazionale*, cilt I, 3 üncü tabı, 1930, sah. 649) İtalyada mer'î olan Devletler umumî hukukunun bazı hususiyetlerine istinat ederek malları üç kategoriye ayırmaktadır: Menkuller, gayri menkuller ve demiryolları. Menkuller harp hususunda herhangi bir surette istimal olunursa olunsun, işgal eden bunlara el koyabilir (silâhlar, cephane, nakil vasıtaları, levazım, nakit ve Devlet kıymetleri, şüphe götürmeyecek bir şekilde Devlet bankası malları). Tarih, sanat ve fen hususunda bir kıymeti olan herhangi bir eşya temellük ve tahrip olunamazlar, İşgal eden, kara, deniz ve hava yolile haber neşrine veya insan ve mal nakline yaraayan bilûmum malzemeyi zapt ve müsadere edebilir; bunlar hususî mülkiyete dahil bulunsalar bile, sulh zamanında iadeleri şartile, müsadere olunabilirler. Devlete ait demiryollarının menkul malzemesini işgal eden istimal edebilir; fakat daimî olarak temellük edemez. İşgal edilen Devletin gayri menkullerine gelince, işgal eden, âmme emlakine veya hususî emlakê dahil bulunanların hepsine el koyabilir (bu kategoriye dahil mallar hususunda yukarıda söylediğimize bakınız). Harp gayesine elverişli olmaları muhtemel bulunan gayri menkullerin yıkıtılması ise caizdir; askerî mahiyette olmayanların tamamen veya kısmen tahribi gayri meşrudur; hususî mülkiyete benzetilen ibadethaneler, sanat eseri olan binalar bu cümledendir. İşgal edilmiş Devletin mamelekine dahil olup semere veya irat getirmeğe elverişli olan gayri menkullerden işgal eden intifa ve istifade edebilir.

Devlet demiryollarının sabit malzemesine gelince, işgal eden bunları askerî lüzum daire ve nisbetinde tahrip edebilir. Bunların sınaî bir istimalinden mütevellit kârlara el koyabilir.

Karl Strupp'un mütalâasına göre (*Eléments de droit international public*, 1930, cilt II, sah. 557 ve mü.) işgal eden gayri menkuller üzerinde ancak bir idare ve intifa hakkına maliktir; menkulleri ise umumiyetle zapt ve müsadere edebilir, zira bunlar harp işlerine yarayacak mahiyettedir; *Hatschek* (*Völkerrecht*, 1923); *Spiropoulos* (*Traité théorique et pratique du droit international public*, 1933, sah. 372) gayet muhtasardır. *Balladore - Pallieri* (*La guerra 1935*, sah. 354 ve mü.); *Verdross* (*Völkerrecht*, 1937 sah. 301: *Die Rechte und Pflichten des Okkupanten*) ise daha mufassaldır. *Bustamante y Sirven*'de (*Droit international public*, cilt IV, 1937, sah. 359 ve mü.)

âmme emlâki hakkında bir tefrik yapmamaktadır, fakat Bonfils - Fauchille'in mütalâasını naklederek bunun Lâhey hükümlerine uygun olduğuna işaret ediyor.

3 — Nihayet, 364 maddeden müteşekkil ve 7 baba ayrılmış olan ve harp hukuku hususunda esaslı bir mevzuat vücuda getirmiş bulunan, fevkalâde bir ehemmiyeti haiz 8 temmuz 1938 tarihli İtalyan kiral dekresinin ihtiva ettiği hükümleri kaydedelim. II inci babın 3 üncü faslı ecnebi arazinin işgaline mütealliktir; burada esas kaide hususî mülkiyete dahil malların masuniyetidir; 61 inci madde mahallî hükmi şahıslara ait malları hususî mülkiyete dahil mallara teşbih etmektedir; düşman Devlete veya sair âmme hükmi şahıslarına ait olup ibadete, hayır işlerine, maarife, fen ve sanatlara tahsis edilen menkul veya gayri menkuller de hususî malların tâbi olduğu hükümlere tâbi tutulmaktadır. Yukarıda zikredilen mallar ile tarihî âbideler ve sanat ve fen eserlerinin herhangi temellüğe, tahribe veya kasden bir zarara uğratılmasına mâni olacak bilûmum tedbirleri almak işgal eden makama ait bir vazifedir. İşgal edilen mıntakada bulunup düşman âmme idarelerine ait olan gayri menkuller hakkında işgal eden Devlet ancak bir idare ve intifa hakkını haizdir; fakat aşağıdaki kategorilere dahil malların maliki olur: Nakit, sermayeler, muaccel alacaklar, depo edilmiş silâhlar, nakil vasıtaları, mağazalar ve umumiyetle düşman âmme idarelerine ait olup harp gayelerinde kullanmağa elverişli bilûmum menkul mallar. Düşman askerî makamı harp gayelerinde kullanılan her nevi silâh, cephane, münakale vasıtalarını (gemi ve havada hareket eden vasıtaları) hususî eşhasa ait olsa bile temellük edebilir, fakat sulh akdedilince bunları iade veya tazmin etmesi lâzımdır.

Devletten gayri hükmi şahıslara müteallik işaret edilen bu hususî hükümlerden başka bu dekret, gayet münakaşalı olan bir noktayı millî bir şekilde halletmiş olması itibarile hususî bir ehemmiyeti haizdir. Beynelmîlel bir surette tanzim edilmesi her gün biraz daha müşkül gibi görünen askerî işgal meselesi ergeç bir nizama bağlanacaktır. Bu nizam, harp hukukuna müteallik hususî ihtiyaçları gözönünde bulundurmamak mecburiyetinde olmasına rağmen, âmme emlâki hususunda dahili âmme hukukunun bazı ihtilâflı ve gayri vazih noktaları bertaraf ettiği nisbette varılacak olan hal suretini o derecede teshil etmiş olacaktır.

Ord. Prof. Ch. Crozat

Tercüme eden :
Dr. Ferit H. Saymen

Bibliografya

A — Mukayeseli Hukuk:

Karadjé - Iskrow : Nature juridique des choses publiques, in Revue du droit public 1920.

B — Fransız ve Belçika Hukuku:a) *Mecmualar, Dergiler ve Lugatler :*

Revue du Droit public.

Recueil Sirey.

Recueil Dalloz.

Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat.

Pendectes françaises périodiques, Vo Domaine.

Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

Dalloz, Vo Domaine, cilt V. et suppléments.

Répertoire de droit administratif Becquet-Laferrière: Le domaine, par de Récy et Tisserand 1892.

Blanche et Mouy: Dictionnaire général de l'Administration 1881.

Giron: Dictionnaire de droit administratif et de droit public, 1895 - 1896, 3 cilt.

Block et Maguero: Dictionnaire de l'administration française, 5 inci tab. 1905 et supplément.

b) *Müellifler :*

Angevin: Des affections administratives d'immeubles, Thèse Poitiers, 1907.

Barckhausen: Etude sur la théorie générale du domaine public, in Revue du droit public, 1902 et 1903.

Bernard: Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du domaine public. Thèse, Aix 1909.

Barthélémy: Traité élémentaire de droit administratif 13 üncü tab. 1933.

Barthélémy - Riero: Cinq ans de réformes administratives (1933-1938)

Bonnard: Précis de droit administratif, 4 üncü tab, 1940.

Belin: La notion d'utilité publique en droit administratif français, 1933.

Chaumont: De la nature du domaine public. Thèse, Paris, 1908.

Colin et Capitant: Traité élémentaire de droit civil français, 5 inci tab, 3 cilt.

Cormenin: Droit administratif, 2 cilt, 1840.

» Questions de droit administratif, 5 inci tab. 3 cilt, 1840.

Coquet: Le domaine public colonial, 1905.

De Menthon: Traité du domaine de l'Etat, 2 inci tab. 1931.

Ducrocq: Droit administratif, 7 inci tab. 1897 - 1907, cilt IV.

Duguit: Traité de droit constitutionnel, 3 üncü tab. cilt III.

Errera: Traité de droit public belge, 1909.

Eygout: La protection des objets mobiliers d'art et d'histoire, Revue du droit public, 1922.

Foucart: Eléments de droit public et de droit administratif, 2 inci tab, 1839, 3 cilt.

Giron: Le droit administratif de la Belgique.

- Gaudry* : Traité du domaine comprenant le domaine public et le domaine privé de l'Etat. 3 cilt, 1826.
- Gautier* : Nos bibliothèques publiques, Paris 1902.
- Gerando (de)* : Instituts de droit administratif français. 4 cilt. 1820 - 1830.
- Jansse* : Les traits principaux du régime des biens du droit public, 1938.
- Jéze* : Eléments de droit public et administratif, 1910.
- » Les conditions requises pour qu'une chose fasse partie du domaine public. Revue du droit public, 1911, sah. 307.
 - » Définition du domaine public, Revue du droit public, 1931, sah. 763.
- Hauriou (M. et A.)* : Précis de droit administratif, 12 inci tab, 1933.
- Hauriou (A.)* : Précis élémentaire de droit administratif, 4 inci tab, 1938.
- Huet - Guyard* : La distinction du domaine public et du domaine privé, Thèse, Paris, 1939.
- Marguery* : La protection des objets mobiliers d'intérêt artistique ou historique, Thèse, Aix, 1912.
- Mestre* : Cours de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris, 1935 - 1936.
- Moreau* : Droit administratif. -
- Mothes* : Essai sur le régime juridique des bibliothèques publiques en France. Thèse, Bordeaux, 1939.
- Monteil* : Fonction et évolution de la notion de domanialité publique 1902.
- Nézard* : Eléments de droit public, 1931.
- Pelloux* : Le problème du domaine public, 1932.
- Proudhon (V.)* : Traité du domaine public, 1 inci tab. 1834, 2 inci tab. Durney tarafından, 5 cilt, 1844.
- Planiol et Ripert* : Traité élémentaire de droit civil français. 3 cilt, cilt I.
- Picard (M.)* : Les biens; Planiol et Ripert'in Traité pratique de droit civil français, cilt III.
- Rigaud* : Les droits réels administratifs. 1914.
- Rolland* : Précis de droit administratif, 5 inci tab.
- Saleilles* : Le domaine public à Rome et son application en matière artistique, Revue historique du droit, 1880, sah. 532.
- Tetreau* : La législation relative aux monuments et objets d'art, Thèse Paris, 1896.
- Wauthier* : Précis de droit administratif de la Belgique, 1928.
- Waline* : Les mutations domaniales, 1925.
- » Manuel élémentaire de droit administratif, 2 inci tab. 1939.

C — İtalyan Hukuku:

a) Mecmualar :

Archivio del diritto pubblico (Donati).

Rivista di diritto pubblico della pubblica amministrazione in Italia.

b) Müellifler :

Alessio (d') : Istituzioni di diritto amministrativo italiano, 2 cilt. 1932 - 1934.

- Commeo* : Domanio in Digesto italiano, cilt IX. I.
 > Corso di diritto amministrativo. 3 cilt. 1913 - 1914.
 > Ordinamento giuridico dello Stato della Citta del Vaticano, 1932.
- Donati* : Principi generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione. 3 üncü tab. 1932.
- Francesco, (De)* : Il demanio pubblico nelle colonie libiche, (Annali dell'Ist. giur. dell'Universit. di Messina, 1927).
- Ferraris* : Diritto amministrativo. I. 1922.
- Giorgi* : Dottrina delle persone giuridiche, 2 inci tab. cilt III. 1900.
- Guicciardi* : Il demanio, 1934.
- Ingresso* : I beni dello Stato (Archivio giuridico. 1929).
 > Il regime giuridico dei beni pubblici. (Rivista italiana per le scienze giuridiche. 1930).
- Lentini* : Istituzioni di diritto amministrativo. I. 1939.
- Majorana* : La teoria dei diritto reali pubblici.
- Masucci* : Il contenuto normale della proprietà di fronte al nuovo diritto pubblico. 1931.
- Meucci* : Istituzioni di diritto amministrativo, 6 inci tab, 1909.
- Orlando (V. E.)* : Principi di diritto amministrativo, 5 inci tab. 1935.
 > Prima trattato di diritto italiano a cura di V. E. Orlando.
- Forti* : Diritto amministrativo, 2 inci tab. I. 1931; II. 1934.
 > Lessoni di diritto amministrativo. 1935.
- Presutti* : Diritto amministrativo, 2 inci tab. I. 1931; II. 1934.
 > Istituzioni di diritto amministrativo, 3 üncü tab. 1931 - 34.
- Raggi* : Diritto amministrativo, 2 inci tab. 1932.
 > Ancora sur concetto di demanialita in Raccolta di Seritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli, 1938, sah. 389.
- Raneletti* : Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio (Legge 1892, II. sah. 101 ve mü.)
 > Concetto, natura e limite del demanio pubblico (Giurisprudenza italiana), 1897 et 1898, continué in Rivista italiana per le scienze giuridiche 1899.
 > Principi di diritto amministrativo, I. 1912.
- Romano* : La determinazione della demanialita da parte dell'autorità amministrativa, in Circolo giuridico, cilt XXIX, 1898.
 > Principi di diritto amministrativo italiano, 3 üncü tab. 1912.
 > Corso di diritto amministrativo, 2 inci tab 1932.
- Salandra* : Corso di diritto amministrativo. 1915.
- Vachelli* : Demanio e servizio pubblico (Rivista dei domani, 1930, sah. 409 ve mü.).
- Valles* : Inalienabilita del demanio pubblico (Rivista di diritto pubblico 1914).
- Vassali* : Osservazioni intorno alla formazione della demanialita, e rapporti fra demanio e patrimonio dello Stato (Foro italiano 1920. I.).

- > Note critiche nil demanio minerario. (Rivista di diritto commerciale, 1919).
- Vitta* : Diritto amministrativo 1933 - 1935, 2 cilt.
- > Il diritto dello Stato sulle miniere di fronte al concetto di demanio pubblico (Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Raneletti). II. 1931, sah. 343.
- Zanobini* : Corso di diritto amministrativo, I. 1936.

D— Türk Hukuku:

a) Müellifler :

- Ahmet Samim* : Ayni Haklar. İstanbul. 1935.
- Ali Fuad Başgil* : Devletin ve diğer âmme hükmi şahıslarının mes'uliyeti meselesi. Ankara 1940.
- Âtif (Bey)* : Arazii Kanunnamei Hümayunu Şerhi, İstanbul, 1330.
- Cemil Bilsel* : Harbde ve Sulhda Hukuku Düvel. İstanbul, 1339/1923.
- Ebü'lulâ Mardin* : Toprak Hukuku notları.
- > Hukuku tasarrufiyei arazi notları, İstanbul 1926.
- > Ahkâmı Arazi notları, (taş basması).
- Ernst E. Hirsch* : İktisadi Devlet Teşekküllerinin hukuki mahiyeti, Ankara 1933.
- > Devletçilik ve Ticaret Hukuku. Ankara, 1938.
- İbrahim Hakkı* : Hukuku İdare.
- Mustafa Reşit Belgesay* : Yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2inci tab, İstanbul, 1932.
- Ömer Lütfi Barkan* : Türk Toprak Hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnamesi, İstanbul 1940.
- Ömer Lütfü* : Les problèmes fonciers dans l'Empire Ottoman au temps de sa fondation, Paris, 1939.
- Rossel et Mentha* : Manuel du droit civil suisse, 1922, (Adliye Vekâleti tercemesi, İstanbul, 1928).
- Sıddık Sami Onar* : İdare Hukuku, İstanbul, 1933.
- Sulhi Dönmezer* : İstimlâk. İstanbul, 1940.
- Süheyb Derbil* : İdare Hukuku. Ankara, 1940.
- Wieland* (terceme: H. Bovay) : Les droits réels dans le C. C. S. Paris 1913. Türkçe tercemesi: İsmail Hakkı.

b) Mecmualar :

- Adliye Ceridesi.
- Düstur.
- İstanbul Barosu Mecmuası.
- Kanunlarımız.
- Resmi Gazete.