



Fecr Yayınları: 375

**İslâm Hukukunda
KAMU OTORİTESİNİN
MUBAHI SINIRLANDIRMASI**

Doç. Dr. İbrahim YILMAZ

© FCR YAYIN REKLAM BİLGİSAYAR SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.
(Sertifika no: 13178)

Mizanpaj ve Kapak
FCR

Baskı ve Cilt
VADİ GRAFİK TASARIM VE REKLAMCILIK LTD. ŞTİ.
İvedik Org. San. 1420. Cad. No: 58/1
Yenimahalle/ANKARA • Tel: 0 312 395 85 71
Sertifika No: 47479

1. Baskı: Eylül 2020

ISBN: 978-625-7879-17-0

FCR YAYIN REKLAM BİLGİSAYAR SANAYİ ve TİC. LTD. ŞTİ.
Hacı Bayram Mah. Boyacılar Sk. No: 14/1 Ulus-Altındağ/ANKARA
Tel: (0312) 310 08 60 (pbx) - Fax: (0312) 311 47 89
Web: www.fcr.com.tr • e-mail: fcr@fcr.com.tr

İslâm Hukukunda
KAMU OTORİTESİNİN
MUBAHI SINIRLANDIRMASI

Doç. Dr. İbrahim YILMAZ

Ankara 2020

Doç. Dr. İbrahim YILMAZ

1967 Karaman doğumlu. İlkokuldan sonra Adana-Karaisalı'da hafızlık yaptı. 1988 yılında Adana İHLden, 1993 yılında Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden mezun oldu. 1991-92 öğretim yılının bahar döneminde yaklaşık altı ay kadar Medine/el-Câmiatü'l-İslâmiyye'de (İslâm Üniversitesinde) bulundu ve Külliyyetü'l-lügati'l-arabiyye/Şu'betü ta'lîmi'l-lügati'l-arabiyye bölümünü bitirdi.

1996 yılında Bursa-Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi* isimli tezi ile yüksek lisans programını; 2006 yılında Konya-Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde, *Yetki ve Sistem Açısından İslâm Hukukunda Boşanma* isimli tezi ile de doktora programını tamamladı.

1994 yılından itibaren MEB'e bağlı çeşitli okullarda öğretmenlik yaptı. 2010 yılında Yrd. Doç. Dr. olarak Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı kadrosuna atandı. 2013 yılında Yrd. Doç. Dr. olarak Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı kadrosuna atandı.

04.04.2016 tarihinde girdiği sözlü sınavında İslâm Hukuku alanında doçent unvanını aldı.

Yılmaz, halen Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İlahiyat Fakültesinde İslâm Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yapmakta olup iki kız çocuğu babasıdır.

İthaf:

*Bu çalışmayı, ilim yolculuğumuzda her türlü fedakarlığa katlanarak
bizleri okutmaya gayret eden kıymetli annem ve babama;
bu eserin yoğun ve yorucu geçen hazırlanma sürecinde hep yanımda olan
Zehra Betül ve Zeynep Feyza ieklerimin annesine ithaf ediyorum...*

(Şâtıbî, el-Muvâfakât, I, 130)

إن الإباحة بحسب الكلية والجزئية
يتجاوزها الأحكام البوآقي؛
فالمباح يكون مباحا بالجزء،
مطلوبا بالكل على جهة الندب أو الوجوب،
ومباحا بالجزء،
منهيا عنه بالكل على جهة الكراهة أو المنع

“Muhakkak ki ibâha/mubah,
külli ve cüz’î olması açısından
diğer şer’î hükümleri de ilgilendirmektedir.

Dolayısıyla mubah,
cüz’î açıdan mubah olurken
külli açıdan yapılması istenilen
mendup veya vâcip olur/olabilir.
Yine aynı şekilde mubah
cüz’î açıdan mubah olurken
külli açıdan yapılması istenilmeyen
mekruh veya yasak (haram) olur/olabilir.”

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	13
KISALTMALAR	16
GİRİŞ	17
I. MUBAH KAVRAMI: <i>KAVRAMSAL ÇERÇEVE</i>	17
A. MUBAH KAVRAMI	17
1. Mubah: <i>Genel Bakış</i>	17
2. Doktrinde Mubahın Ele Alınış Şekli İle İlgili Yaklaşımlar	20
a. Tikelci Yaklaşım: <i>Cüz'î Yaklaşım</i>	21
b. Tümelci Yaklaşım: <i>Külli Yaklaşım</i>	22
B. MUBAHIN ŞER'İ HÜKÜM OLUP OLMAMASININ KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMA YETKİSİ İLE İLİŞKİSİ	31
C. DEĞERLENDİRME	35
II. KONUNUN ÇERÇEVESİ, ÖNEMİ VE KLASİK İSLÂM HUKUKU LİTERATÜRÜNDE ELE ALINIŞ ŞEKLİ	38
A. KONUNUN ÇERÇEVESİ	38
B. KONUNUN ÖNEMİ	42
C. KONUNUN KLASİK İSLÂM HUKUKU LİTERATÜRÜNDE ELE ALINIŞ ŞEKLİ	48

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNÇESİ VE MODERN HUKUKTA TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIRLANDIRILMASI İLE İLİŞKİSİ	55
I. MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI: <i>KAVRAMSAL ÇERÇEVE</i>	55
A. "MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI" KAVRAMI: <i>TAKYİDÜ'L-MUBÂH</i>	55
B. MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNÇESİNİN İLİŞKİLİ OLDUĞU FIKHÎ NAZARİYELER VE KAVRAMLAR	60
1. Mubahın Sınırlandırılması Düşüncesinin İlişkili Olduğu Fikhî Nazariyeler	60
a. Hakkın Kötüye Kullanılması	61
b. Ahkâmın Değişmesi	62
c. Siyâset-i şer'iyeye	65
2. Mubahın Sınırlandırılması Düşüncesinin İlişkili Olduğu Fikhî Kavramlar	66
a. Mutlakın Takyidi (Takyidü'l-mutlak) ve Âmmın Tahsisi (Tahsîsü'l-âmm)	66
b. İlletin Tahsisi (Tahsîsü'l-illet)	68
c. İctihad (el-İctihâdü'l-istislâhî/el-İctihâdü'l-makâsîdî)	69
II. İSLÂM HUKUKUNDA MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNÇESİ: <i>GENEL BAKIŞ, DİNİ VE TARİHİ ARKA PLANI</i>	70
A. İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNÇESİNE GENEL BAKIŞ	70
1. Doktrinde Mubahın Sınırlandırılması Düşüncesine Genel Bakış	70
2. Doktrinde Mubahın Sınırlandırılması Düşüncesine İlgili Fikhî Kaideler ve İlkeler	75
B. MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNÇESİNİN DİNİ VE TARİHİ ARKA PLANI	79
1. Mubahın Sınırlandırılması Düşüncesinin Dinî Arka Planı	79
2. Mubahın Sınırlandırılması Düşüncesinin Tarihî Arka Planı	82
III. MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNÇESİNİN MODERN HUKUKTA KAMU OTORİTESİNİN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİNİN SINIRLANDIRMA DÜŞÜNÇESİ İLE İLİŞKİSİ	89
A. GENEL BAKIŞ: <i>MODERN HUKUKTA KAMU OTORİTESİNİN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER İLE İLİŞKİSİ</i>	89
1. Kamu Otoritesi: <i>Siyasal İktidar</i>	89

2. Kamu Otoritesi'nin (Devletin) Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasıyla İlişkisi	93
B. MODERN HUKUKTA KAMU OTORİTESİNİN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİ SINIRLANDIRMASI İLE İLGİLİ YAKLAŞIMLAR	95
1. Temel Hak ve Hürriyetlerin Kaynağı ile İlgili Yaklaşımlar	96
2. Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Sınırlandırılması ile İlgili Yaklaşımlar	98
C. MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNİN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIRLANDIRILMA DÜŞÜNCESİ İLE İLİŞKİSİ	101

İKİNCİ BÖLÜM

MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNİN ŞER'İ DAYANAKLARI VE UYGULAMA ÖRNEKLERİ	103
I. KURAN'DA MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNE DAYANAK TEŞKİL EDEN ÖRNEKLER	103
A. RİC'AT HAKKININ SINIRLANDIRILMASI	103
1. Ric'atın Tanımı ve Şartları	103
2. Ric'at Hakkının Kötüye Kullanılmasının Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	105
B. VASİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI	107
1. Vasiyetin Tanımı ve Vasiyet Hakkının Varislere Zarar Verme Kasdı ile Kullanılmasını Önlemeye Yönelik Naslara Genel Bakış	107
2. Vasiyet Hakkının Kötüye Kullanılmasının Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	109
a. Vasiyetin Miktar Açısından Sınırlandırılması: <i>Yabancıya Yapılan Üçte Birden Fazla Vasiyetin Geçersiz Olması</i>	110
b. Vasiyetin Yapıldığı Yer/Kişiler Açısından Sınırlandırılması: <i>Vârise Vasiyetin Yasaklanması</i>	111
c. Vasiyetin Şâri'in Maksudı Açısından Sınırlandırılması: <i>Üçte Bir veya Daha az Oranda Olsa Bile Vârislere Zarar Verme Kastrıyla Yapılan Vasiyetin Yasaklanması</i>	112
C. SEFİHİN VE KÜÇÜĞÜN SÖZLÜ VE MALİ TASARRUF HAKKININ SINIRLANDIRILMASI: <i>HACR (KISITLILIK HALİ)</i>	116
1. Hacrın Tanımı ve Konuyla İlgili Naslara Genel Bakış	116
2. Hacrın Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	118
II. SÜNNET'TE MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNE DAYANAK TEŞKİL EDEN ÖRNEKLER	121
A. KURBAN ETLERİNİN BİRİKTİRİLMESİNİN YASAKLANMASI	122
1. Kurban Eterinin Biriktirilmesini Yasaklayan Rivâyetlere Genel Bakış	122
2. Kurban Eterinin Biriktirilmesinin Yasaklanmasının Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	123
B. EBEVEYNİN HİBE (BAĞIŞ) KONUSUNDA ÇOCUKLARI ARASINDA MADDİ AYRIMCILIK YAPMASININ YASAKLANMASI	127
1. Hibenin Tanımı ve Ebeveynin Çocuklarına Bağışta Ayrımcılık Yapmasını Yasaklayan Rivâyetlere Genel Bakış	127
2. Çocuklara Yapılan Hibe/Bağış Konusunda İslâm Hukukçularının Görüşleri	129
3. Çocuklar Arasında Maddi Ayrımcılığın Yasaklanmasının Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	133
C. HZ. PEYGAMBER'İN (AS) KIZI HZ. FATİMA ÜZERİNE HZ. ALİ'NİN İKİNCİ BİR KADINLA EVLENMESİNİ YASAKLAMASI	135
1. Çok Eşliliğin (Teaddüd-i Zevcât'ın) İslâm Aile Hukukundaki Yeri	135
2. Hz. Peygamber'in Kızı Hz. Fatıma Üzerine Hz. Ali'nin İkinci Bir Kadınla Evlenmesini Yasaklayan Rivâyetler	139

a. Hz. Peygamber'in Kızı Hz. Fatıma Üzerine Hz. Ali'nin İkinci Bir Kadınla Evlenmesini Yasaklayan Rivâyetlere Genel Bakış	139
b. Hz. Peygamber'in (as), Kızı Hz. Fatıma Üzerine Hz. Ali'nin İkinci Bir Kadınla Evlenmesine Müdahalesindeki Tasarrufun Hukukî Niteliği	141
3. Hz. Peygamber'in, Kızı Hz. Fatıma Üzerine Hz. Ali'nin İkinci Bir Kadınla Evlenmesini Yasaklamasının Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması ile İlişkisi	146
III. SAHABE UYGULAMASINDA MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNE DAYANAK TEŞKİL EDEN ÖRNEKLER: <i>HZ. ÖMER'İN BAZI UYGULAMALARI</i>	149
A. MÜELLEFE-İ KULÛBA ZEKÂT FONUNDAN PAY VERİLMESİNİ YASAKLAMASI	152
1. Müellefe-i Kulûba Zekât Fonundan Pay Verilmesinin Hükmü	152
a. Müellefe-i Kulûba Zekât Fonundan Pay Verilmesinin Hükmüne Genel Bakış	152
b. Müellefe-i Kulûba Zekât Fonundan Pay Verilmesinin Hükmü ile İlgili Doktrindeki Temel Yaklaşımlar	153
c. Değerlendirme	156
2. Hz. Ömer'in Müellefe-i Kulûbla İlgili Uygulamasının Fıkhî Keyfiyeti Hakkında Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	158
a. Genel Bakış	158
b. Konuyla İlgili Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	160
c. Değerlendirme	163
3. Hz. Ömer'in Müellefe-i Kulûbla İlgili Uygulamasının Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	165
a. "Hükmün Geçici Olarak Askıya Alınması" Görüşünün Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	165
b. Hz. Ömer'in Uygulamasının Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırma Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi	170
B. EHL-İ KİTAP KADINLARLA EVLENMEYİ YASAKLAMASI	171
1. Ehl-i Kitap Kadınla Evlenmenin Hükmüne Genel Bakış	171
2. Hz. Ömer'in Ehl-i Kitap Kadınla Evlenmeyi Yasaklamasının Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	173
C. MEHRİN ÜST MİKTARINI SINIRLANDIRMAK İSTEMESİ	176
1. Mehrin Mahiyeti ve Alt-Üst Sınırı	176
2. Hz. Ömer'in Mehrin Üst Miktarını Sınırlandırmak İstemesi ile İlgili Rivâyetlere Genel Bakış	178
3. Hz. Ömer'in Mehrin Üst Miktarını Sınırlamak İstemesinin Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	182
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNE	185
DAYANAK TEŞKİL EDEN TEMEL FIKHÎ/FİKRÎ ESASLAR VE İLKELER	185
I. GENEL BAKIŞ	185
A. İSLÂM HUKUKUNDA (HÜKÜMLERİN MEŞRÛİYETİNDE) FİİLLERDEN GÜDÜLEN GAYE VE SONUÇLARA İTİBAR EDİLMESİ: <i>İ'TİBÂRU MEÂLÂTİ'L-EF'ÂL</i>	185
1. "İ'tibâru Meâlâtî'l-ef'âl" Kavramı	185
2. "İ'tibaru Meâlâtî'l-ef'al" İlkesinin Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	187
B. MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNİN DAYANDIĞI TEMEL FIKHÎ/FİKRÎ ESAS VE İLKELERE GENEL BAKIŞ	189
II. MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNİN DAYANDIĞI TEMEL (FIKHÎ/FİKRÎ) ESASLAR	191

A. SEDD-İ ZERİA: ŞER'AN MEŞRU OLMAYAN SONUÇLARA VESİLE KILINAN MUBAH FİLLERİN YASAKLANMASI	191
1. Sedd-İ Zerîa ve İslâm Hukukundaki Yeri	191
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	196
B. HİLE/HİYEL: MUBAH OLAN FİLLERİN/HAKLARIN TEŞRÎ KILINMA AMACI DIŞINDA KULLANILMASI(NIN YASAKLANMASI)	199
1. Hile/Hiyel ve İslâm Hukukundaki Yeri	199
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	202
C. İSTİHSAN: MUBAH OLAN HAKLARIN KULLANILMASINDA HAKKANİYET VE ADALAT İLKESİNE GÖRE HÜKÜM VERİLMESİ	204
1. İstihsan ve İslâm Hukukundaki Yeri	204
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	211
D. MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERİA: MUBAH OLAN HÜKÜMLERİN/ HAKLARIN KULLANILMASINDA ŞÂRİ'İN MAKSATLARININ GÖZETİLMESİ	214
1. Makâsîdü'ş-Şerîa ve İslâm Hukukundaki Yeri	214
a. Kavramsal Çerçeve	214
b. Makâsîd'in Hüküm Çıkarmadaki (İstinbât/İctihad) Yeri	218
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	224
III. MUBAHIN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNİN DAYANDIĞI TEMEL (FİKHÎ/FİKRÎ) İLKELER	228
A. MASLAHATIN GÖZETİLMESİ	228
1. Maslahat ve İslâm Hukukundaki Yeri	228
a. Maslahat İlkesinin Doktrindeki Yerine Genel Bakış	228
b. Nass-Maslahat Çatışması	233
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	239
B. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ ÖNLENMESİ	242
1. Hakkın Kötüye Kullanılması ve İslâm Hukukundaki Yeri	242
a. Hak Kavramı	242
b. Hakkın Kötüye Kullanılması	246
c. Hakkın Kötüye Kullanılmasının Sınırlandırılması	249
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	253
C. ZARARIN GİDERİLMESİ	255
1. Zararın Giderilmesi ve İslâm Hukukundaki Yeri	255
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	258
a. Genel Olarak Zarar İçeren Veya Başkasına Zarar Veren Mubah Fiillerin Sınırlandırılması	258
b. Özel Mülkiyette Mubah Olan Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması	265
D. ÖRF VE ÂDETE İTİBAR EDİLMESİ	268
1. Örf İtibar Edilmesi ve İslâm Hukukundaki Yeri	268
2. Mubahın Sınırlandırılması ile İlişkisi	275

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUBAHI SINIRLANDIRMA YETKİSİNE SAHİP OLAN MERCİ: KAMU OTORİTESİ	279
I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE	279
A. "KAMU OTORİTESİ/SİYASAL İKTİDAR" İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	279
1. Hüküm	281
2. Velâyet-i Âmme	283
a. Genel Bakış: Kavramsal Çerçeve	283
b. "Velâyet-i Âmme" ve "Emânet" Arasındaki İlişki	287
3. Ülü'l-Emr	288

a. Kur'an'da "Ülü'l-emr" Kavramı	288
b. Değerlendirme	292
4. İmâmet/Hilâfet	295
a. İmâmet/Hilâfet: <i>Kavramsal Çerçeve</i>	295
b. Halîfenin (Devletin) Gerekliliği	299
c. Halîfenin (Devletin) Görevleri	300
d. Halîfede (Devlet Başkanında) Bulunması Gereken Şartlar	301
B. DEĞERLENDİRME	303
II. KAMU OTORİTESİNİN VELÂYET-İ ÂMME YETKİSİNE SAHİP OLMASININ HUKUKÎ YÖNÜ VE KAMU OTORİTESİNE İTAATİN HÜKMÜ	306
A. KAMU OTORİTESİNİN (SİYASAL İKTİDARIN) VELÂYET-İ ÂMME (KAMU VELÂYETİ) HAK VE YETKİSİNE SAHİP OLMASININ HUKUKÎ YÖNÜ	306
1. İslâm Hukukunda Yönetimin (Siyâsî Otoritenin) Meşrûiyetine veya Mahiyetine Genel Bakış	306
2. İslâm Hukukunda Yönetimin (Siyâsî Otoritenin) Meşruiyetinin Toplumsal Sözleşme Esasına Dayanması	310
3. Değerlendirme	313
B. KAMU OTORİTESİNE İTAATİN HÜKMÜ	314
1. İslâm'da Kamu Otoritesine İtaatin Hukukî ve Dinî Dayanağı	314
a. İslâm'da Kamu Otoritesine İtaatin Hukukî Dayanağı: <i>Vekâlet Sözleşmesi</i>	315
b. İslâm'da Kamu Otoritesine İtaatin Dinî Dayanağı: İlgili Naslar	316
2. Kamu Otoritesine İtaatin Çerçevesi veya Şartı	317
III. İSLÂM HUKUKUNDA KAMU OTORİTESİNİN (DEVLETİN) YASAMA YETKİSİ	319
A. İSLÂM HUKUKUNDA DEVLETİN YASAMA FONKSİYONU	320
B. "SİYÂSET-İ ŞER'İYYE" KAVRAMI VE KAMU OTORİTESİNİN YASAMA YETKİSİ İLE İLİŞKİSİ	323
1. "Siyâset-i Şer'iyye" Kavramı	323
a. Kavramsal Çerçeve: <i>Genel Bakış</i>	323
b. Siyâset-i Şer'iyye: <i>Terim Anlamı</i>	326
2. İslâm Hukukundaki Yeri ve Önemi	330
a. Doktrinde Siyâset-i Şer'iyye'nin Yeri ve Önemi	330
b. Değerlendirme	333
3. Kamu Otoritesinin (Devlet/Başkanının) Siyâset-i Şer'iyye'ye Dayalı (Sınırlı) Yasama Yetkisi	337
4. Kamu Otoritesinin Siyâset-i Şer'iyye'ye Dayalı Sınırlı Yasama Yetkisine Dair Uygulama Örnekleri	341
a. Farklı İctihâdî Görüşlerden Birinin Tercih Edilerek Yürürlüğe Konulması	341
b. Kamu Yararı Gereği Bazı Mubahların Sınırlandırılması	343
C. KAMU OTORİTESİNİN TAKDİR YETKİSİ VE BU YETKİYİ SINIRLAYAN UNSURLAR/ŞARTLAR	345
1. Kamu Otoritesinin (Takdir) Yetkisi	346
a. "Yetki" Kavramı	346
b. Yöneticilerin Takdir Yetkisi	348
2. Kamu Otoritesinin Takdir Yetkisini Sınırlayan Durumlar	350
a. Kamu Otoritesinin Takdir Yetkisini Sınırlayan Durumlara Genel Bakış	350
aa. Hukuka Uygunluk	351
ab. Hak ve Adâlete Uygunluk	353
ac. Danışma Kurulunun (Şûrâ) Kararına Uygunluk	355
ad. Maslahata (Kamu Yararına) Uygunluk	357

b. Değerlendirme	357
IV. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHİN SINIRLANDIRILMASINDA	
GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURMASI GEREKEN TEMEL HUSUSLAR	359
A. ZARARIN GİDERİLMESİ	359
B. KAMU YARARININ GÖZETİLMESİ	359
C. SINIRLANDIRMANIN GEÇİCİ OLMASI	363
D. SINIRLANDIRMAYA DAYANAK TEŞKİL EDEN HUKUKİ GEREKÇENİN USULÜNE UYGUN BİR ŞEKİLDE TAHKİK EDİLMESİ	366
BEŞİNCİ BÖLÜM	
KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ ŞER'İ/DİNİ YÖNÜ	371
I. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ MEŞRÛİYETİ	371
A. DOKTRİNDE MUBAHİN SINIRLANDIRILMASI DÜŞÜNCESİNİN MEŞRÛİYETİNE GENEL BAKIŞ	371
B. DEĞERLENDİRME	376
II. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ “HELAL-HARAM KILMA” VE “NESH” İLE İLİŞKİSİ	379
A. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ “HARAM-HELÂL KILMA” İLE İLİŞKİSİ	380
1. İslâm'da İlk Baştan Hüküm Koyma Yetkisi (İnşâü'l-hükm)	380
2. Müctehidlerin Teşri'deki (Hüküm Koymadaki) Yeri	383
B. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ “NESİH” İLE İLİŞKİSİ	387
III. KAMU OTORİTESİNİN (DEVLET BAŞKANININ) MUBAHI SINIRLANDIRMAYA YÖNELİK TASARRUFLARININ İCTİHAD TEORİSİNDEKİ YERİ	389
A. İCTİHAD: <i>TANIMI, ALANI, TÜRLERİ VE KAPSAMI</i>	390
1. İctihadın Tanımı, Alanı ve Türleri	390
a. Tanımı	390
b. Geçerli Olduğu Alanlar	391
c. Türleri	392
2. İctihadın Kapsamı veya Nasların Kuşatıcılığı	395
B. DEVLET BAŞKANININ MUBAHİN SINIRLANDIRILMASINA YÖNELİK TASARRUFLARININ İCTİHAD TEORİSİNDEKİ YERİ	399
1. Klasik Fıkıh Doktrininde Devlet Başkanının İctihad Yetkisi	399
2. Devlet Başkanının Mubahin Sınırlandırılmasına Yönelik Tasarruflarının İctihad Teorisindeki Yeri	401
IV. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ ŞER'İ NİTELİĞİ VE ŞER'İ AÇIDAN BAĞLAYICILIĞI	403
A. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ ŞER'İ NİTELİĞİ VEYA ŞER'İ HÜKÜM İLE İLİŞKİSİ	403
B. KAMU OTORİTESİNİN MUBAHI SINIRLANDIRMASININ ŞER'İ AÇIDAN BAĞLAYICILIĞI	410
SONUÇ	415
BİBLİYOGRAFYA	419
DİZİN	445

ÖN SÖZ

İslâm hüküm teorisinde teklîfi hükümlerden biri olan mubah, mahiyeti itibarıyla mükellefin yapma ve terketme arasında muhayyer bırakıldığı “hukukî serbest” alanları ifade etmektedir. Mahiyeti/yapısı itibarıyla mubah, Şâri’in hitabı ile sabit olup olmaması yönüyle “aslî ibaha” ve “şer’î ibaha” olmak üzere temelde ikiye ayrılmaktadır. Prensip olarak *şer’î ibaha*, doğrudan veya dolaylı (karine) olarak Şâri’in hitabı (nass) ile sabit olan ibaha şeklini; *aslî ibaha* ise Şâri’in sükût ettiği (meskûtün anı), itibar ve ilga ettiği ile ilgili herhangi bir nassın bulunmadığı ibaha şeklini ifade etmektedir.

Diğer taraftan mubah olan fiillerin, biri “tikel (cüz’î/özel)”, diğeri “tümel (küllî/genel)” olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Tikel açıdan mubah, yapılması veya yapılmaması mükellef açısından iki tarafı eşit olan konumu ifade etmektedir. Tümel açıdan ise mubah, dinen korunması zorunlu olan beş temel esastan (zarûrât-i hamse) biriyle ilgili olması, zarar içermesi, başkalarının hakkını ve kamu yararını ilgilendirmesi, dinen yapılması (vâcip-mendup) veya terk edilmesi (haram-mekruh) istenilen bir fiile vesile olması gibi durumlarda farklı hükümler de alabilmektedir. Buna göre herhangi bir şart ve kayıt olmaksızın İslâm hukukunda mutlak olarak bir fiilin mubah olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla tümel açıdan bakıldığında, kamu otoritesinin -emretme veya yasaklama ya da kullanılmasını bazı kayıtlara/şartlara bağlama şeklinde- mubahı sınırlandırması söz konusu olabilmektedir.

İslâm hukuk tarihinde kamu otoritesinin mubahı sınırlandırması düşüncesi, Hulefâ-i Râşidîn döneminden itibaren yöneticilerin (halife/devlet başkanı) ve İslâm hukukçularının (müctehidler) hep gündeminde olmuştur. Bununla birlikte kamu otoritesinin mubahı sınırlandırması düşüncesi, klasik dönem İslâm hukuku eserlerinde veya İslâm kamu hukukunun yönetimle ilgili hükümlerini inceleyen “el-Ahkâmü’s-sultâniyye” ve “es-Siyâsetü’ş-şer’iyye” türü kitaplarda müstakil bir konu başlığı olarak ele alınmamıştır.

Bu konunun Osmanlı’da ilmî çalışmaya konu olması ise II. Meşrutiyet dönemine (1908-1919) rastlamaktadır. Nitekim Mehmed Mansurizâde Saîd (1864-1923) ve muhalifleri arasında; “cevâzın ahkâm-ı şer’iyyeden olup olmadığı ve devlet başkanının cevâzda tasarruf yetkisi” bağlamında özellikle “İslâm hukukunda çok eşliliğin/karılığın (taaddüd-i zevcât) sınırlandırılması” çerçevesinde karşılıklı olarak yazılan makalelerde mubahın sınırlandırılması düşüncesinin ilmi bir disiplinle ele alındığı ve tartışıldığı görülmektedir.

İslâm hukukunda kamu otoritesinin mubahı sınırlandırma düşüncesi çok erken dönemlerden itibaren ümeranın (yöneticiler) ve ulemanın (fukaha) gündeminde bulunmakla birlikte teknik bir kavram ve ilmi bir disiplin içerisinde ele

alınması son zamanlarda olmuştur. Nitekim son dönemlerde İslâm hukukunda “hakkin kötüye kullanılması”, “siyâset-i şer’iyye” ve “ahkâmın değişmesi” ekseninde yapılan çalışmalarda kamu otoritesinin mubahı sınırlandırması düşüncesine kısmen yer verildiği görülmektedir. Bu konunun fikhî bir nazariye olarak müstakil çalışmalarda incelenmesi ise yakın zamanlarda gündeme gelmiştir.

Çalışmamızda, İslâm hüküm nazariyesinde (özellikle) “şer’î ibaha” kategorisinde yer alan hakların/fiillerin, zarar içermesi veya kamu düzeninin ve kamu yararının gerektirmesi halinde, teşrî kılınma maksadına uygun olarak kamu otoritesi tarafından sınırlandırılmasının İslam hukuk doktrinindeki yeri üzerinde durulması hedeflenmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki, konuyu akademik olarak çalışmanın zorlukları yanında, “şer’î ibaha” kapsamına giren bazı hükümlerin/nasların; beşer tarafından yorumlanması (ictihad) asla caiz olmayan “kutsal (taabbüdî)” alanlar olarak kabul edilmesinden kaynaklanan bazı sıkıntıları da bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki “şer’î ibaha” kapsamında yer alan hükümlerin kamu otoritesi tarafından sınırlandırılması düşüncesi, güncel ve önemli bir konu olduğu kadar, İslâm hukukunun en hassas konularından birini de oluşturmaktadır. Kamu otoritesinin mubahı sınırlandırma düşüncesinin bu kadar nazik ve hassas bir konu olmasında, şeriat-siyâset ilişkisinin, doğası icabı sınırları belirsiz ve kısmen bulanık bir saha olmasının da önemli bir rolü olduğunu söylemek mümkündür.

Çalışmamız bir giriş ve beş bölümden oluşmaktadır.

Girişte; mubah kavramı ve doktrinde ele alınış şekli ile ilgili yaklaşımlar; konunun çerçevesi, önemi ve klasik İslâm hukuku literatüründe ele alınış şekli; **Birinci bölümde;** mubahın sınırlandırılması düşüncesinin kavramsal çerçevesi ve ilişkili olduğu fikhî nazariyer, mubahın sınırlandırılması düşüncesine genel bakış, mubahın sınırlandırılması düşüncesinin dinî ve tarihî arka planı, mubahın sınırlandırılması düşüncesinin modern hukuktaki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması düşüncesi ile ilişkisi; **İkinci bölümde;** mubahın sınırlandırılması düşüncesinin Kur’an, Sünnet ve sahabe uygulamasındaki şer’î dayanakları veya uygulama örnekleri; **Üçüncü bölümde;** İslâm hukukunda mubahın sınırlandırılması düşüncesine dayanak teşkil eden temel fikhî/fikrî esaslar ve ilkeler; **Dördüncü bölümde;** İslâm hukukunda mubahı sınırlandırma yetkisine sahip olan merci (kamu otoritesi), kamu otoritesinin yasama yetkisi, kamu otoritesinin mubahın sınırlandırılmasında göz önünde bulundurması gereken temel hususlar; **Beşinci bölümde** ise kamu otoritesinin mubahı sınırlandırmasının şer’î/hukukî yönü üzerinde durulmuştur.

Kamu otoritesinin mubahı sınırlandırma yetkisi ile ilgili yapmış olduğumuz bu çalışmamızda ele aldığımız bazı konuların, kendi içerisinde bütünlüğü oluşturması ve hangi cihetten kamu otoritesinin mubahı sınırlandırma yetkisi ile ilişkisinin bulunduğu ortaya konulabilmesi için kısmen tafsilata girilmiştir. Bu tür konularda, bilinenin tekrarından ziyade kamu otoritesinin mubahı sınırlandırma yetkisi ile olan ilişkisine azami derecede gayret gösterilmiştir. Çalışmamızda yer

verdiğimiz bir diğer önemli husus da metinde yer alan önemli fikhî kuralların ve bazı alıntılarının dipnotta Arapçasının verilmesidir.

Elinizdeki bu çalışma ilk olarak doçentlik başvurusu için hazırlanmış ve 2015 yılında az sayıda geçici baskısı yapılmıştır. Ancak aradan geçen beş yıllık süre içerisinde yaptığımız yeni okumalar çerçevesinde eserin içerik ve sistematığında önemli bazı değişiklikler, düzeltmeler, çıkarmalar ve ilaveler yapılmıştır.

Uzun ve yoğun bir emeğin mahsulü olan bu eserin ortaya çıkış sürecinde görüş ve değerlendirmeleri ile içerik ve sistematığe önemli katkılar sağlayan kıymetli arkadaşlarım; Prof. Dr. Adnan Koşum, Doç. Dr. M. Rahmi Telkenaroğlu; Doç. Dr. Davut İltaş ve Dr. Ali Hakan Çavuşoğlu'na şükranlarımı arz etmeyi bir borç bilirim. Rabbimden bu çalışmayı rızasına muvâfik kılmasını niyaz ediyorum. Ve minellehi't-tevfik.

Doç. Dr. İbrahim Yılmaz
Nevşehir-Kayseri / 2020