

İSLÂM DEVLETLER ÖZEL HUKUKU'NDA ATIF TEORİSİ

Dr. Ayten EROL (VAHAPOĞLU)*

Reference Theory in Private International Law

The reference theory in the private state law means, to be sent a conflict of law to foreign law by conflict of law rules. In this point reference theory in Islamic Law may be defined as "in resolving a conflict related to non-muslims as alien element in order to make non-muslims subject to their own national (religious) law or referring or sending to these laws. This paper will examine that there is or not the reference rules in Islamic international law. In other saying as an internal law is Islamic private international law refers to foreign law systems and place of the reference theory in Qur'an, sunnah and the doctrine.

Key words: reference theory, Islamic private international law, conflict of law, referring to other law, non-muslims law

I. GİRİŞ

Devletlerarası özel hukukta atıf teorisi, içinde yabancı unsur¹ bulunan hukukî bir bağla ilgili davaya bakan bir mahkemenin, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre bu hukukî bağa, uygulanması gereken yabancı devlet kanununun, anlaşmazlığın çözümünü başka bir kanuna havale etmesi şeklinde tanımlanmaktadır.²

Devletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu anlaşmazlıkların çözümünde ilk olarak yetkili hukukun belirlenmesi, ikinci olarak belirlenen yetkili hukukun uygulanması gerekmektedir.³ Dolayısıyla, devletlerarası özel hukuk kuralları, yabancı unsurlu bir anlaşmazlık durumunda hâkime uygulaması gerekli maddi hukuku gösterdiği için, gönderen (atıfta bulunan, havale eden) kurallardır.⁴

* Ankara Üniversitesinde "İslâm Devletler Hususî Hukuku'nda Yabancı Unsurlu İhtilâflar" konusunda 2004 Yılında doktora tezi hazırlamıştır.

¹ İslâm devletler özel hukukunda olsun, Türk devletler özel hukukunda olsun, yabancı unsur kavramı yer almakta ancak, her iki hukuk sisteminde de bu kavramın içeriğinin farklı olduğu görülmektedir. İslâm devletler özel hukukunda yabancı unsur denildiğinde, gayrimüslimler, Türk devletler özel hukukunda yabancı unsur denildiğinde ise, hukukî ilişkiye taraf olan kişilerin en az birinin veya hepsinin yabancı olması (*şahıs bakımından*) veya hukukî ilişkinin yabancı bir ülkede meydana gelmiş olması (*toprak bakımından*) anlaşılmaktadır [Ayten Erol (Vahapoğlu), *İslâm Devletler Hususî Hukuku'nda Yabancı Unsurlu İhtilâflar* (basılmamış doktora tezi), Ankara 2004, 40].

² Aysel Çelikel, *Millîterarası Özel Hukuk*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul 1997, 98; Yılmaz Altuğ, *Devletler Özel Hukuku*, Çağlayan Basımevi, İstanbul 1995, 193; Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususî Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, 235.

³ Çelikel, 96.

⁴ Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1998, 77.

Her hukuk birliğinin kendisine özgü bir devletlerarası özel hukuk sistemine sahip olması ve bu sistemlerin farklı bağlanma noktaları⁵ kabul etmeleri atıf teorisinin doğuş sebebi olarak görülmektedir.⁶

Kısaca ifade etmek gerekirse, devletlerarası özel hukukta atıf teorisi denilince, kanunlar ihtilafı kuralının hukukî bir anlaşmazlığın çözümünü yabancı bir hukuka göndermesi, havale etmesi anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, İslâm devletler özel hukukunda atıf teorisi, yabancı unsur olarak gayrimüslimlerle ilgili bir anlaşmazlığın çözümünde gayrimüslimleri, kendi millî (dinî) hukuklarına tâbi kılmak ve bu hukuklara gönderme yapmak veya havale etmek şeklinde tanımlanabilir.

İslâm devletler özel hukukunda atıf kurallarının bulunup bulunmadığı, diğer bir ifade ile iç hukuk niteliğinde olan İslâm devletler özel hukukunun bir başka hukuk sistemine atıfta bulunup bulunamayacağı ile ilgili olarak, atıf teorisinin, Kur'ân-ı Kerim'de, Sünnette ve doktrindeki konumu ele alınacaktır.

II. ATIF TEORİSİNİN KUR'ÂN-I KERİM'DEKİ TEMELLERİ

Kur'ân-ı Kerim'de; *"Hep yalana kulak verir, durmadan haram yerler. Sana gelirlerse ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Eğer onlardan yüz çevirirsen sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adâlet ile hükmet. Allah âdil olanları sever"*⁷ buyrulmaktadır.

Bu âyetle birlikte yine aynı sûre içinde, İslâm ülkesinde yaşayan gayrimüslimler davalarının çözümü için başvurulmaları durumunda, İslâm devleti hâkiminin davayı kabul edip edemeyeceği veya başvurmamaları durumunda kendi millî (dinî) hukuk sistemlerine tâbi olabilecekleri, bu hukuk sistemlerine atıf yapılabileceği ile ilgili peş peşe gelen âyetler yer almaktadır.⁸

İslâm hukukçuları, *"...Eğer sana gelirlerse aralarında hükmet, ister on-*

⁵ Var olan yabancı unsurlu bir anlaşmazlığın çözümü için, devletler özel hukuku kuralının düzenlemiş olduğu yaşam ilişkisini, belirli bir hukuk sistemine göndermesi durumunda, söz konusu yaşam ilişkisini, millî veya yabancı belli bir hukuk sistemine bağlamış olmaktadır. Bağlanma konusunu, belli bir hukuk sisteminin belli kurallar grubuna bağlamaya ve göndermeye yön veren, sebep oluşturan olaylara "bağlanma noktası" denilmektedir (Nomer, 95. İslâm devletler hususî hukukunda bağlanma noktaları ile ilgili bilgi için bkz. Erol, 96-100)

⁶ Çelikel, 97; Altuğ, 193-194.

⁷ 5. Mâide, 42.

⁸ " İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde nasıl seni hakem kıyorlar da sonra, bunun arkasından yüz çevirip gidiyorlar? Onlar inanmış kimseler değildir." (5. Mâide, 43) "Biz, içinde doğruluk rehber ve nur olduğu halde Tevrat'ı indirdik. Kendilerini (Allah'a) vermiş peygamberler onunla Yahudilere hükmederlerdi. Allah'ın Kitab'ını korumaları kendilerinden istendiği için Rablerine teslim olmuş zâhidler ve bilginler de (onunla hükmederlerdi). Hepsi ona (hak olduğuna) şahitlerdi. Şu halde (Ey Yahudiler ve hâkimler!) İnsanlardan korkmayın, benden korkun. Âyetlerimi az bir bedel karşılığında satmayın. Kim Allah'ın indirdiği (hükümler) ile hükmetmezse işte onlar kâfirlerin ta kendileridir." (5. Mâide, 44) "İncil'e inananlar, Allah'ın onda indirdiği (hükümler) ile hükmetsinler. Kim Allah'ın indirdiği ile hükmetmezse işte onlar fâsiklardır." (5. Mâide, 47) "Sana da, daha önceki kitabı doğrulamak ve onu korumak üzere hak olarak kitabı (Kur'ân-ı) gönderdik. Artık aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet; sana gelen gerçeği bırakıp da onların isteklerine uyma. (Ey ümmetler!) Her birinize bir şeriat ve bir yol verdik. Allah dilediydi sizleri bir tek ümmet yapardı; fakat size verdiği (yol ve şeriatlerde) sizi denemek için (böyle yaptı). Öyle ise iyi şeyler peşinde yarışın..." (5. Mâide, 48) "Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet, onların arzularına uyma. Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni saptırmamalarına dikkat et..." (5. Mâide, 49).

*lardan yüz çevir...*⁹ âyetinin, kendileriyle belirli bir süre için anlaşma yapılmış olanlarla (muâhedler ve müste'menler), "*Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet...*"¹⁰ âyetinin ise, vatandaş olan zimmîlerle ilgili olduğunu ifade etmektedirler.¹¹ Buradan, İslâm devleti hâkiminin, vatandaş olan gayrimüslimler (zimmîler) arasında hükmetmesinin gerekli olduğu, vatandaş olmayan gayrimüslimler (müste'menler) arasında hükmetmede ise, serbest olduğunu anlamaktayız. Bu hususla ilgili olarak müfessirler Mâide suresinin 49. âyetinin, İslâm devletinin hâkimine serbestlik tanıyan aynı surenin 42. âyetinin hükmünü kaldırıp kaldırmadığı (nashedip etmediği) konusunda farklı görüşlere sahiptirler. Şöyle ki, müfessirlerin bir kısmı, İslâm devleti hâkimine serbestlik tanıyan söz konusu âyetin yürürlükten kalkmadığı ve İslâm ülkesindeki gayrimüslimlerin davalarına İslâm devleti hâkiminin bakıp bakmamakta serbest olduğu görüşündedirler.¹² Diğer bazı müfessirler ise, Mâide suresinin 49. âyetinin, İslâm devleti hâkimine serbestlik tanıyan bu surenin 42. âyetin hükmünü kaldırdığını, bu nedenle dava açılması halinde mutlaka hüküm verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Örneğin; Hanefi hukukçu ve müfessiri Cessâs (ö.370/980), hâkime serbestlik tanıyan âyetin, müste'menler için; hükmetme zorunluluğu getiren âyetin ise zimmîler için olduğu şeklindeki yorumu mantıklı bulmakla birlikte, nesih iddiasının ictihada dayanmayıp ancak naklî bir delile dayanması gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, önceki alimlerin naklî bir delile dayanarak nesih iddiasında bulunmuş olabileceklerini ileri sürerek, nesih görüşünü kabul etmek gerektiğini söylemektedir.¹³

Diğer bazı müfessirler ise, şöyle düşünmektedir: İslâm ülkesinde yaşayan gayrimüslimler, davalarını Hz. Peygamber'e getirdiklerinde, davanın kabul edilip edilmemesi hususunda serbestlik söz konusu olduğu gibi, İslâm devleti hâkimi için de davanın kabul edilip edilmemesi hususunda serbestlik söz konusu olmaktadır. Bu nedenle hâkimin aralarında hüküm vermeyi kabul etmesi durumunda, adalet ile hükmetmesi gerekmektedir. "Adalet ile hükmetme"nin, "Allah'ın indirdiği ile hükmetmek" anlamına geldiği, ikincinin birinciyi hükümden kaldırması için bir sebebin bulunmadığı peş peşe gelen âyetlerde ve tefsirlerde ifade edilmektedir.¹⁴ Bu nedenle, nesih iddiası için, âyetlerden hangisinin önce, hangisinin sonra geldiğinin bilinmesi gerekmektedir. Oysa, bu iki âyette öncelik ve sonralık bilinmediği gibi, söz ko-

⁹ 5. Mâide, 42.

¹⁰ 5. Mâide, 49.

¹¹ Şirâzî, *el-Mühezzeb*, Matbaatu İsâ'l-Bâbî'l-Halebî, Mısır (t.y.), II, 256; Abdulkerim Zeydân, *Ahkâmu'z-Zimmîyyin ve'l-Müste'minin fi Dâri'l-İslâm*, Bağdad 1382/1963, 570; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Zafer Matbaası, İstanbul 1987, III, 299; İbrahim Çalışkan, *İslâm Ceza Hukukunda Gayr-ı Müslimlerin Statüsü*, Basılmamış doktora tezi, Ankara 1986, 88; Ahmed Özel, *İslâm Hukukunda Milletlerarası Münasebetler Ve Ülke Kavramı (Dâru'l-İslâm-Dâru'l-Harb)*, Marifet Yayınları, İstanbul 1984, 204.

¹² İbnü'l-Arâbî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut-Lübnan (t.y.), II, 632; Taberî, *Câmi'u'l-Beyan fi Te'vili Âyi'l-Kur'ân*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-Lübnan 1420/1999, IV, 585, 586; Muhammed Reşid Rıza, *Tefsiru'l-Kur'ânî'l-Hakim-Tefsiru'l-Menâr*, Matbaatu'l-Menâr, Mısır 1346, VI, 394.

¹³ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Matbaatu'l-Evkâfi'l-İslâmiyye fi Dâri'l-Hilâfeti'l-İlmiyye, (b.y.) 1335, II, 434, 435; Karaman, III, 356-357.

¹⁴ Taberî, IV, 585.

nusu âyetlerin birinin diğerinin hükmünü ortadan kaldırdığına dair ne bu âyetlerde ne de sünnette ve ne de icmâda bir delil bulunmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu âyetlerin biri diğerini teyit etmekte, iki hüküm birbirine uygun düşmekte ve nesih söz konusu olmamaktadır.¹⁵

Mâlikî hukukçusu İbnu'l-Arabî (ö. 543/1148), İslâm devleti hâkiminin serbestlik hakkını kullanması ile ilgili olarak şöyle demektedir: "Ehl-i kitab ile sulh yapılmıştır, bu anlaşmanın temeli onların işlerine karışmamaktır. Eğer kendileri bize başvurur ve davalarını getirirlerse bakılır; eğer dava konusu, "gasb, adam öldürme vb." hiç bir dinin ve hukukun kabul etmediği bir zulüm olursa, bu konuda haksızlığa uğramalarına meydan verilmez (davaları kabul edilir ve haksızlık önlenir). Eğer dava konusu, dinlerin ve farklı hukuk sistemlerinin farklı çözümlere bağlandığı çeşitten bir mesele olursa ve bu konuda bizi hakem tayin eder, hükmümüze razı olacaklarını da ifade ederlerse, devlet başkanı (ve hâkimleri) bu davayı kabul edip etmemekte serbesttirler."¹⁶

İslâm devletler özel hukukunda gayrimüslimlerle ilgili bir anlaşmazlık hususunda gayrimüslimleri, kendi millî (dinî) hukuk sistemlerine tâbi kılmak ve bu hukuk sistemlerine atıfta bulunmakla ilgili olarak da Cessâs, "*Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet, onların arzularına uyma...*"¹⁷ âyetine dayanarak, gayrimüslimlerin arzularına uymanın söz konusu olacağı ve davaya bakmamakla, gayrimüslimlerin, kendi aralarında küfür ile hükmetmelerine sebep olunacağından, gayrimüslimlerin kendi dinlerine tâbi olmalarının, kendi hukuk sistemlerine atıfta bulunmalarının hatalı olacağı düşüncesindedir.¹⁸ Bunun aksine, mâlikî hukukçusu İbnu'l-Arabî, Yahudilerin, Tevrat'a göre hüküm verilmesini isteyerek başvurduklarına dair "*İçinde Allah'ın hükümü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde nasıl seni hakem kılıyorlar da sonra, bunun arkasından yüz çevirip gidiyorlar? Onlar inanmış kimseler değildir*"¹⁹ âyetini, delil olarak ileri sürmektedir. Ayrıca Hz. Peygamber'in "Tevrat'ı en iyi bilen kimdir?" diye sorması üzerine, "İbn Sûriyâ" dediklerini ve bunun üzerine de, Hz. Peygamber'in onu çağırıldığını ifade etmektedir.²⁰

Bütün bu veriler sonucunda, söz konusu âyetlerin birleştirilmelerinin mümkün ve birbirlerini destekler mahiyette olmalarından dolayı, âyetler arasında neshin olmadığı görüşünü daha isabetli bulmaktayız. Ayrıca, gayrimüslimler, kendi davaları ile ilgili hususlarda hüküm vermek üzere İslâm devletinin mahkemesine başvurmaları durumunda, İslâm devleti mahkemesinin, vatandaş olan gayrimüslimler (zimmîler) arasında hüküm vermesi zorunlu hale gelecek ancak vatandaş olmayan gayrimüslimler (müste'menler) arasında hüküm vermede ise serbest olabilecektir. Gayrimüslimler, kendi davaları ile

¹⁵ İbnu'l-Arabî, II, 632; Taberî, IV, 586.

¹⁶ İbnu'l-Arabî, II, 620.

¹⁷ S. Mâide, 49.

¹⁸ Cessâs, *Ahkâm*, II, 442.

¹⁹ S. Mâide, 43.

²⁰ İbnu'l-Arabî, II, 623; Karaman, III, 358.

ilgili hususlarda hüküm vermek üzere İslâm devleti mahkemesine başvurmaları durumunda ise, Yahudiler Tevrât, Hıristiyanlar İncil ve kendilerine Kur'ân'dan önce kitap gönderilmiş bulunan din mensupları, bu kitapları ile veya bu kitaplara uygun olarak yaptıkları kanunlarla hükmedebilecek, kendi hukuk sistemlerine (dinlerine) atıfta bulunabileceklerdir.

III. ATIF TEORİSİNİN SÜNNET'TEKİ TEMELLERİ

Hz. Peygamber, ashâbı ile hicret edip Medine'ye gelir gelmez, Medine'de yaşayan çeşitli gruplarla aralarındaki ilişkileri düzenleyen yazılı bir vesika düzenlemiştir. Medine Vesikası, kişilerin veya kabilelerin kendi haklarını kendileri koruması usulünü kaldırıp merkezî otoriteyi yani devlet başkanını, hükümleri yerine getirmek için yetkili kılmıştır.²¹

Bu hususla ilgili olmak üzere Kur'ân-ı Kerim'de; "*Allah ve Peygamberi bir şeye hükmettiği zaman, inanan erkek ve kadına artık işlerinde başka yolu seçmek yaraşmaz, Allah'a ve Peygamber'e baş kaldıran şüphesiz apaçık bir şekilde sapmış olur*"²² buyurulmaktadır.

Medine Vesikası ile toplumdaki bütün kesimlerin hak ve sorumlulukları ayrı ayrı belirtilmiştir (Madde 25a). Bu hızlı gelişmeyi, hem kişi hem de toplum için huzur, mutluluk getiren reformlar takip etmiştir.²³ Ayrıca, Medine Vesikası'nın, hem Yahudi ve Hıristiyanlar için, hem de Müslümanlar için kendi hukuk sistemlerini uygulamayı öngören bir anlaşma mahiyetinde olduğunu söyleyebiliriz. Öyle ki, Hz. Peygamber'in, gayrimüslimlere tanınan adli serbestliğe rağmen,²⁴ davalarını getirdiklerinde, onlara kendi kanunlarını uyguladığını diğer bir deyişle kendi hukuk sistemlerine atıfta bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin, Hz. Peygamber, iki tarafın Yahudi olduğu veya zannedilen Yahudi olduğu durumlarda Yahudi hukukunu uygulamıştır.²⁵

İslâm devleti hâkiminin prensip olarak, gayrimüslimlerle ilgili bir anlaşmazlık durumunda, gayrimüslimlerin kendi hukuk sistemlerine atıfta bulunabileceklerini göstermesi bakımından, milletlerarası ceza hukuku ile ilgili aşağıdaki iki hadis önem arz etmektedir:

Bazı durumlarda Yahudiler, Hz. Muhammed'e (s.a.s.) giderek kendileri hakkında hüküm vermesini istemişlerdir.

Hz. Peygamber, Benî Kureyza ile Benî-Nadîr kabileleri arasındaki cinayette olduğu gibi onlar hakkında Yahudi kanununu uygulamıştır.²⁶ Ayrıca,

²¹ İbn Hişâm, *es-Sıretü'n-Nebeviyye*, Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır 1375-1955, I-II, 501-504; Bkz. Muhammed Hamidullah, *Mecmûatü'l-Vesâiki's-Siyasiyye fi'l-Ahdî'n-Nebevî ve'l-Hilâfeti'r-Râşide*, Mektebetü Sekâfe ed-Diniyye, Kahire (t.y.), I-7

²² 33. Ahzâb, 36.

²³ Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, Trc: M. Said Mutlu-Salih Tuğ, İrfan Yayınevi, İstanbul 1388/1969, II, 180.

²⁴ 5. Mâide, 42, 43, 44, 47, 48, 49.

²⁵ Hamidullah, *İs. Pey.*, II, 181.

²⁶ Hamidullah, *İs. Pey.*, I, 436, 437. Olay, Yahudi kabilesi olan Benî-Nadîr ile Benî-Kurayza arasında geçen bir tazminat davası ile ilgilidir. Hicretten önce Benî-Nadîr daha güçlü olduğu için baskı kullanılarak Benî Kurayza ile bir

zina suçu ile ilgili İbn Ömer'den rivayet edilen bir hadiste; Yahudiler, Hz. Peygamber'e, zina etmiş olan bir erkek ile bir kadını getirmişlerdir. Bunun üzerine Hz. Peygamber;

"Kitabınızda bu suçu işleyenler hakkında hangi hüküm var?" diye sormuştur. "Zina edenleri teşhir ederiz ve onlar bir değnekle de dövülürler!" cevabını verenlere Hz. Peygamber; "yalan söylüyorsunuz, Tevrat'ta bunlar için recim cezası var, doğru söylüyorsanız getirip Tevrat'ı okuyun" buyurmuştur. Tevrat'ı getirip, Yahudi âlimlerinden Abdullah b. Sûriyâ'a okutmuşlar, okurken bir yere gelince elini üzerine koyup orayı kapamıştır, kendisine "elini oradan çek" demişler, recim ayetini orada apaçık görmüşlerdir. Bunun üzerine "Ey Muhammed, Tevrat'ta recim var, bunu biliyor, fakat aramızda gizliyorduk" demişlerdir. Hz. Peygamber Tevrat'taki âyet ile hükmetmiş ve zina edenlere recim cezasını uygulamıştır.²⁷ Ayrıca, Hz. Peygamber'in, Hz. Mûsâ'nın getirmiş olduğu şeriat (hukuk sistemi) ve Yahudilerin şahitliği ile hükmettiği gerçeği belirtilerek, terk edildiğine bir delil bulunmadıkça daha önce gelmiş geçmiş olan peygamberlerin hukuk sistemlerinin bizim için de geçerli olacağı²⁸ ve onlarla hükmedilebileceği ifade edilmektedir.²⁹ Bununla ilgili olarak Hz. Peygamber'in; "Tevrat'taki hüküm ile hükmedeceğim..." dediğini, İbn Cerîr et-Taberî (ö. 310/923), Mâide sûresinin 41. âyetinin geliş sebebini açıklarken belirtmektedir.³⁰

Yine Hz. Peygamber, Yemen'in Necran bölgesinde yaşayan Hıristiyan halkla bir antlaşma yapmış ve Necranlılara antlaşma gereğince adlî ve hukukî serbestlik tanımıştır.³¹ O devirdeki İslâm devletinin adaletinden gayrimüslim vatandaşların memnun oldukları anlaşılmaktadır.³² Necran Hıristiyan temsilcilerinden Âkâb ile Seyyid, Hz. Peygamber'in yanına gelerek, "Biz, istediğin vergiyi sana vereceğiz. Fakat güvenilir bir adamı bizimle birlikte gönder. Güvenilir olmayanı gönderme. Bizimle öyle bir adam gönder ki, mallarımız üzerinde anlaşmazlığa düştüğümüz zaman, aramızda hüküm verip meselelerimizi halletsin. Çünkü Siz, bizim katımızda makbulsünüz" dediler. Hz. Peygamber, sahabeden Ebû Ubeyde b. el-Cerrâh'ı görünce "Kalk Ey Ebû Ubeyde b. el-Cerrâh!) buyurmuştur. Ebû Ubeyde, ayağa kalkınca, onu, Necran temsilcilerine göstererek, İşte bu, bu Ümmet'in güvenilir kişisidir. Her ümme-

anlaşma yapmıştı. Buna göre kendisi onlardan birini öldürürse iki misli diyet (tazminat, kan bedeli) alacak, onlar Benî Nadir'den birini öldürürlerse aldıklarının yarısı kadar diyet ödeyeceklerdi. Bu anlaşma Tevrat hükümlerine de aykırı idi. Hz. Peygamber'in hicretinden sonra Benî Kurayza, mâruz kaldığı bu haksızlığı, yeni bir öldürme (katil) olayı sebebiyle Rasûlullah'a getirmiş, O da eşit miktarda diyet alınıp verilmesine hükmetmiştir." Nesâî, *es-Sünen*, Matbaatu'l-Mısıriyye, Mısır 1348-1930, Süyûtî'nin şerhi ile birlikte, "Diyât", I, "Kasâme", 8).

²⁷ Buhârî, *el-Câmiu's-Sahih*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul (t.y.), IV, Bab: 26, IV, 186; Ebû Davud, *es-Sünen*, Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır 1371-1952, II, 566; Müslim, *Sahih*, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1329, V, 112-123.

²⁸ Bizden Öncekilerin Şeraîti (Şer'u Men Kablena); bizden önceki ümmet ve milletlerin şeraîtiden maksad, Allah'ın onlar için meşrû kılip onlara tebliğ edilmek üzere rasûl ve nebilerine indirdiği hükümlerdir. Bu hükümlerin bizim için de delil olması ile ilgili bkz. 2. Bakara, 183, 194; 5. Mâide, 45; 6. En'âm, 146; 42. Şûrâ, 13-15.

²⁹ İbnu'l-Arabî, II, 623.

³⁰ Taberî, IV, 574.

³¹ Ebû Yûsuf, *Kitabu'l-Hârâc*, el-Matbaatu's-Selefiyye, Bulâk (Kahire) 1302, 73.

³² Belâzurî, Yahya b. Cabir, *Futûhu'l-Buldân*, Müessesetü'l-Meârif, Beyrut (Lübnan) 1407/1987, 35; Ebû Yûsuf, 51.

tin bir güvenilir kişisi vardır. İslâm ümmetinin güvenilir kişisi de, Ebû Ubeyde b. el-Cerrâh'dır" buyurmuştur.³³

Hz. Ömer, bir Yahudi ile bir Müslüman arasındaki davaya bakmış ve bir miras davasında Yahudi ve Müslümanlar arasında hükmetmiştir.³⁴ Ayrıca Hz. Ali, Mısır vali-kadısı Muhammed b. Ebî Bekr'in gönderdiği mektup üzerine, "sen taraflardan biri Hıristiyan diğeri Müslüman olan davada, Müslüman'a İslâm hukukunu, Hıristiyan'a Hıristiyan hukukunu uygula" demiştir.³⁵

Gerek Hz. Peygamber'in gerekse halifelerinin uygulamaları bize göstermektedir ki, İslâm ülkesinde yaşayan gayrimüslimlerle ilgili bir anlaşmazlık durumunda, gayrimüslimler çözüm için, kendi din kitaplarına dayalı hukuk sistemine atıfta bulunulabilecekleri gibi, dilerlerse davalarını İslâm devletinin mahkemesine getirebileceklerdir. Bu durumda onlara İslâm hukuk sistemi uygulanacaktır.

IV. DOKTRİNDE ATIF TEORİSİ

İslâm devleti kanunlarını yaparken, yabancılar (gayrimüslimler) için koymuş olduğu özel hükümler (maddi hukuk kuralları) millî hukuka dâhil midir yoksa bir başka hukuk düzenine atıf (gönderme) niteliğinde midir? Diğer bir ifade ile gayrimüslimlere tanınan özerk hukuk alanı da İslâm hukukunun bir parçası mıdır? Yabancılar için de kendi hukuklarını uygulamaları veya bunlara atıfta bulunmaları, bu hukuk sistemlerinin, İslâm'a göre meşrû ve geçerli olmasını gerekli kılar mı? İslâm devletinin yetkili yargı organının, gayrimüslimlerin kendi aralarındaki hukukî anlaşmazlıklarında, onların hukuk sistemlerini uygulayıp hüküm vermesi, o hukukun İslâm dinine göre geçerli olmasını gerekli kılar mı? gibi sorular İslâm hukuk doktrininde tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda İslâm devletler özel hukukunda atıf kurallarının bulunup bulunmadığı hususunda İslâm hukukçuları farklı görüşlere sahiptirler.

Bazı İslâm hukukçuları, gayrimüslimlere tanınan özerk hukuk alanının, birer maddi hukuk kuralı olarak İslâm hukukunun bir parçası olduğu ve bir başka hukuk düzenine atıf (gönderme) niteliğinde olmadığı görüşündedirler.³⁶

Zahirî hukukçular, hâkime serbestlik tanıyan âyetin,³⁷ "*Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet...*"³⁸ âyeti ile neshedildiği, tarafların zimmî veya müste'men olması, taraflardan birisinin veya ikisinin başvurmuş olmasının önemi olmayıp gayrimüslimler arasındaki anlaşmazlıkların İslâm devletinin

³³ Buhârî, Bab: 72, V, 120.

³⁴ Mâlik b. Enes, *el-Muvattâ'*, Dâru İhyâi'l-Kütübü'l-Arabiyye, Beyrut 1370/1951; Hadis No: 36/2, II, 719.

³⁵ İbn Hazm, Ebî Muhammed Ali b. Ahmed Saîd, *el-Muhallâ bi'l-Asâr*, İdâretü't-Tıbbâi'l-Müniriyye, Mısır 1351, IX, 425.

³⁶ Adevî, Alî b. Ahmed, *Hâşiye ale'l-Haraşî alâ Şerhi Muhtasari Sîdî Halîl*, I-VIII (el-Haraşî'ye ait Şerhu Muhtasari Sîdî Halîl'in hâmişinde), Dâru Sâdir, Beyrut, ty., III, 229; Zeydân, 592.

³⁷ 5. Mâide, 42.

³⁸ 5. Mâide, 49.

mahkemelerinde, İslâm hukukuna göre hükme bağlanacağı görüşündedirler. Dolayısıyla zahirîler, gayrimüslimlere hukukî serbestlik tanımamakta ve atfı kabul etmemektedirler.³⁹ Aynı şekilde, Abdulkerim Zeydân da, İslâm hukukunda, diğer hukuk sistemlerinin aksine, atf kurallarının olmadığı, İslâm hukukunun bir başka hukuk sistemine atıfta bulunmadığı, dolayısıyla mahkemelere gelen davaların, vatandaş veya yabancılarla ilgili olsun, İslâm hukuk sistemine tâbi olacağı görüşündedir. Ayrıca, gayrimüslimlerin dinleri ile ilgili istisnaların da İslâm hukuku tarafından yapıldığı için, İslâm hukukuna dâhil olduğunu ve gayrimüslimler için gönderilmiş farklı hükümlerin atf kuralları olmayıp, maddi hukuk kuralları olduğunu belirtmektedir. Bu görüşlerini de, "Allah'ın indirdiği ile hükmetmeyi"⁴⁰ emreden âyet ile "İslâm'ın, bir başka hukuk sistemini meşru olarak görmemesi" esasına dayandırmaktadır.⁴¹

Bu hukukçuların aksine Hanefî hukukçular başta olmak üzere klasik İslâm hukukçularının çoğunluğu, şarap ve domuz ticareti, gayrimüslimlerin kendi dinlerine göre yaptıkları evlilik akitleri vb. konularda kendi hukuk sistemlerine tâbi olabilecekleri, kendi hukuk sistemlerine atıfta bulunabilecekleri görüşündedirler.⁴²

Klasik İslâm hukukçuları, gayrimüslim vatandaşların hukukî işlemleri ve aile hukuku ile ilgili konularda kendi istek ve arzularıyla İslâm devletinin mahkemesine başvurmadıkça, İslâm hukukuna göre yargılanamayacakları hususunda şu genel prensibi ileri sürmüşlerdir: "Onları, kendi inançlarıyla baş başa bırakmakla emrolunmuşuz."⁴³ Öyle ki, inançları ile ilgili hukukî ilişkilerinde kendilerine müdahale edilmeyerek din hürriyetlerinin güvence altına alınmasını, onlarla yapılan zimmet akdinin ve buna vefa göstermenin bir gereği olarak görmüşlerdir.⁴⁴ Bu nedenle, İslâm devletinin gayrimüslim vatandaşları, ibadetlerinde olsun özel hukukla ilgili işlemlerinde olsun, kendi dinlerinin hükümlerine tabi olma hususunda serbesttirler. Onlara aralarında dava konusu olan durumlarda karışılmaz. Kendi kanunlarına tâbi olma ve kendi hukuklarına atıfta bulunma hakkına sahiptirler.⁴⁵

Hanefî mezhebi, gayrimüslimlerin anlaşmazlıklarının çözümünde kendi hukuk sistemlerine atf (gönderme) hususuna en fazla sıcak bakan mezhep olup, bu hususta Hanefî hukukçusu Cessâs,(ö. 370/980) Hanefîlerin görüşlerini şu şekilde belirtmektedir: Hanefîlere göre, gayrimüslim vatandaşlara (zimmîlere), domuz ve şarap satışı dışındaki satış akitlerinde ve diğer akit-

³⁹ İbn Hazm, IX, 425; Zeydân, *Ahkâm*, 571.

⁴⁰ S. Mâide, 49.

⁴¹ Zeydân, 592-594; Karaman, III, 365-366.

⁴² Şâfiî, *el-Ümm*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut (Lübnan) 1413/1993, VI, 127; VII, 80; Cessâs, II, 436; Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr*, Matbaatu Şeriketu'l-İlânâti's-Şarkıyye, (b.y.) 1972, V, 1899-1900; a.mlf., *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut (Lübnan) 1414/1993, XI, 102; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, Matbaatu'l-Cemâliyye, Mısır 1328/1910, V, 143; Ebû Ya'lâ, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1414/1994, 178-180.

⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 137; Kâsânî, II, 311.

⁴⁴ Şâfiî, VI, 127; Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 102.

⁴⁵ Ebû Ya'lâ, 178-180.

lerde, miras meseleleri hususunda İslâm hukuku uygulanır. Zimmî ve müste'menler için domuz ve şarap mal kabul edildiğinden, kendi aralarında bunlarla ilgili malî tasarruflarda bulunabilirler. Bu nedenle, gayrimüslimlere ait şarap ve domuzu telef veya gasp eden Müslüman'ın, tazminata mahkûm edilmesi gerekmektedir. Hz. Peygamber Necran ahalisine faizcilikten vazgeçmeleri talimatını yazdığı için faizli muameleleri geçerli olmamakta bu hususta İslâm hukukuna tâbi olmaktadırlar.⁴⁶ Bu görüşlerinin yanında Cessâs, Hanefilerin, gayrimüslimlerin tâbi olacakları aile hukuku ile ilgili farklı görüşleri olduğunu ve Ebû Hanife'nin gayrimüslimlerin tâbi olacakları aile hukuku ile ilgili hususlarda, İslâm hukukunun uygulanmasını istemedikleri sürece kendi hukuklarına bağlı kalacakları görüşünde olduğunu belirtmektedir.⁴⁷ Bununla birlikte Cessâs, anlaşmazlık konusunun nikâhla, evlenme akdi ile ilgili olması durumunda, İmam Ebû Hanife ile öğrencileri İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in farklı düşündüklerini belirtmektedir. Öyle ki, bu iki imamın, nikâhla ilgili de olsa, İslâm hukukunun uygulanması için, gayrimüslim eşlerden sadece birinin devletin yetkili mahkemesine başvurmasını yeterli gördüğünü, İmam Ebû Hanife'nin ise nikâhla ilgili olan davalarda İslâm hukukunun uygulanması için, gayrimüslim eşlerden her ikisinin de, devletin yetkili mahkemesine başvurmasını gerekli gördüğünü ifade etmektedir. Bunun yanı sıra Ebû Hanife'nin, gayrimüslim eşlerden sadece birinin İslâm hukukunun uygulanmasını istemesi durumunda yine kendi hukuklarına tabi olacakları, her ikisinin birden İslâm hukukunun uygulanmasını istemeleri durumunda ise, şahitsiz evlenme ve iddet içinde evlenme konuları dışında, onlar hakkında İslâm hukuku uygulanacağı görüşünü ifade etmektedir.⁴⁸ Ayrıca Cessâs, Ebû Hanife'nin, bu iki nedenden dolayı da, Müslüman olsalar bile onların evliliklerine son verilemeyeceği, bu iki konuda hâkimin, zimmîlerin kendi hukuk sistemlerine göre yaptıkları evliliği geçerli sayacağı, bu konularda onların hukuk sistemini uygulayacağı düşüncesinde olduğunu belirtmektedir.⁴⁹ Yine Cessâs, Ebû Hanife'nin bu düşüncesine de, Hz. Peygamber'in, Yahudi ve Hıristiyanların aile hukuklarında, İslâm aile hukukuna ters düşen, İslâm hukukuna göre geçerli olmayan hususların bulunduğunu bildiği halde onlarla zimmet anlaşması yapmış olmasını ve evlileri ayırmasın delil olarak ileri sürdüğünü ifade etmektedir.⁵⁰

Bu olaylar bize, Hz. Peygamber'in, gayrimüslimlerin faizle ilgili ilişkilerine müdahale edip bu konuda onları İslâm hukukuna tâbi kıldığı halde, İslâm'a göre batıl olan birçok inanç ve görüşlerine müdahale etmediği gibi,

⁴⁶ Cessâs, *Ahkâm*, II, 436.

⁴⁷ Cessâs, *Ahkâm*, II, 436.

⁴⁸ Cessâs, *Ahkâm*, II, 436-438 Gen. bil. için bkz. Kâsânî, II, 312; Bâbertî, Muhammed b. Mahmud, Şerhu'l-İnâye ale'l-Hidâye, (Sa'dî Efendi'nin Haşiyesiyle birlikte, "Fethu'l-Kadir" in kenarında), el-Matbaatu'l-Kübrâ'l-Emîriyye, Bulak (Mısır) 1316, II, 505; Zeydân, 572.

⁴⁹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 436 Gen. bil. için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, V, 38, 39; Kâsânî, II, 311-315; Mergînanî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübedî*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, Riyad (t.y.), I, 219; İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadir*, el-Matbaatu'l-Kübrâ'l-Emîriyye, Bulak 1316, II, 502-503.

⁵⁰ Cessâs, *Ahkâm*, II, 436; Karaman, III, 363.

evlilik düzenlerine de dokunmadığını, bu konularda onların kendi millî (dinî) hukuk sistemlerine atıfta bulunduğunu göstermektedir.

Şâfiî hukukçular, “ *Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet...*”⁵¹ âyeti gereği, İslâm devleti mahkemesine başvuran tarafların her ikisinin de aynı dinden Yahudi veya Hıristiyan zimmî olmaları veya müs'temen olmaları durumunda, anlaşmazlık konularının aile hukuku ile veya diğer alanlarla ilgili olsun kendilerine İslâm hukukuna göre hükmedileceği görüşündedirler. Ancak, İslâm devleti mahkemesine başvuran zimmî tarafların ayrı ayrı dinden biri Hıristiyan biri Yahudi olmaları durumunda, dava konusunun nikâhla veya başka konularla ilgili olması, tarafların birinin veya ikisinin başvurmuş olması fark etmez, kendilerine İslâm hukukunun uygulanmayacağı görüşündedirler. Ayrıca Şâfiîler, taraflardan her ikisinin ülkede geçici olarak bulunan yabancılar (müste'menler) olması durumunda ise, taraflardan her ikisinin başvuruda bulunmaları gerektiği, ancak böyle bir durumda, onlar hakkında İslâm hukukunu uygulayıp uygulamama hususunda İslâm devleti hâkiminin serbest olduğu düşüncesindedirler.⁵² Çünkü zimmîlerin vatandaş olmaları sebebiyle, birbirlerine karşı yaptıkları haksızlıkları önlemek İslâm devletinin sorumluluğunda olduğu için, onlar arasında İslâm hukukunun uygulanması gerekmektedir. Ancak, aradaki anlaşma gereği, ne müs'temenlerin İslâmî hükümleri yerine getirmek, ne de İslâm devletinin onların kendi aralarındaki haksızlıklarını önlemek gibi bir sorumluluğu olmadığı için bu durum onlar arasında İslâm hukukunun uygulanması zorunlu kılmamaktadır.⁵³

Şâfiî hukukçular, konumuzla ilgili olarak gayrimüslim eşlerin, Müslüman olmaları veya devletin yetkili mahkemesine başvurma durumlarından sonra, birbirlerine helal olup olmadıklarına göre bir sonuç elde etmişlerdir. Örneğin, ikisi birlikte Müslüman olan zimmî eşler arasında İslâm'a göre yasak olan bir akrabalık (kızı, kız kardeşi, oğlu, amcası gibi) veya bundan başka evlenme engeli bulunuyorsa evlilikleri sona ermesi gerekmektedir.⁵⁴ Bu da Müslüman olmadan önce yapmış oldukları evliliklerinde İslâm aile hukukuna ters düşen bir durum yoksa kendi hukuk sistemlerine uygun yapmış oldukları evliliklerinin geçerli olacağını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Burada dolaylı da olsa bir atıf söz konusu olduğu ve bunun da gayrimüslimlere tanınan din hürriyetinin bir gereği olduğu düşüncesindeyiz.

Hanbelî mezhebine göre, ülkedeki gayrimüslimler hukukî anlaşmazlıklarını kendi hâkimlerine götürebilecekleri gibi, İslâm devleti hâkimine de götürebilirler. Bu durumda kendilerine İslâm hukuku uygulanır.⁵⁵ Ayrıca, Hanbelî hukukçular, gayrimüslim taraflardan her ikisinin de zimmî olması durumunda, hâkiminin onlar hakkında İslâm hukukunu uygulaması için

⁵¹ S. Mâide, 49.

⁵² Şâfiî, VII, 80; Şirâzi, II, 256; Zeydân, *Ahkâm*, 569, 570.

⁵³ Şirâzi, II, 256; Zeydân, *Ahkâm*, 570.

⁵⁴ Şâfiî, V, 76; VI, 127; Şirâzi, II, 257.

⁵⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, Mektebetü'l-Riyadî'l-Hadîse, Riyad (t.y.), VIII, 214; Ebû Ya'la, 180; Karaman, III, 360.

sadece birisinin başvurmuş olmasını yeterli görmektedirler.⁵⁶ Ancak "...Eğer sana gelirse, aralarında hükmet..."⁵⁷ âyetine bağlı olarak, hâkim gayrimüslim taraflara İslâm hukukunu uygulayıp uygulamamakta serbesttir.⁵⁸

Zeydî hukukçular ise, zimmîlerin taraf oldukları davalarda, tarafların her ikisinin iznini şart koşmayıp, kendilerine İslâm hukukunun uygulanması için zimmî tarafların sadece birinin başvurmasını yeterli görmektedirler. Ayrıca bu hususta, müste'menleri de zimmîler gibi kabul etmektedirler.⁵⁹

Bütün bu veriler, İslâm devletler özel hukukunda gayrimüslimlerin kendi özel hakları ile ilgili anlaşmazlıklarının çözümünde, isterlerse İslâm hukuk sistemine, istemezlerse kendi hukuk sistemlerine atıfta bulunabileceklerini göstermektedir.

Karaman'ın, bizim de katıldığımız konumuzla ilgili görüşleri şöyledir: İslâm devleti hâkiminin, gayrimüslimlerin kendi aralarındaki hukukî anlaşmazlıklarında, onların hukuk sistemlerini uygulayıp, hüküm vermesi, o hukukun İslâm dinine göre geçerli olmasını gerekli kılacağı anlamına gelmektedir. İslâm dininin, gerek gayrimüslimlere vatandaşlık hakkı verirken, gerekse yabancı ülke vatandaşı olan gayrimüslimleri ülkeye kabul ederken kendilerine, dinleri ile ilgili bir takım hak ve hürriyetler verdiği bilinmektedir. Bu hak ve hürriyetler arasında İslâm dininin meşru kabul etmediği, bâtil saydığı pek çok örf ve adet, inanç, ibâdet, muâmele ve uygulama bulunmaktadır. Nasıl ki, bunlara izin vermek meşrû olduklarını kabullenmeyi gerekli kılmıyorsa, aynı şekilde, yabancılar için de kendi haklarını uygulamaları veya bunlara atıfta bulunmaları da, bu hukuk sistemlerinin, İslâm'a göre meşrû ve geçerli olmasını gerekli kılmamaktadır. İslâm devleti kanunlarını yaparken, yabancılar için özel hükümler (maddi hukuk kuralları) koyup, yaşam ilişkilerini millî hukuka dâhil etmekle, bunları meşru kabul etmiş olmaktadır. Bunlar yine İslâm'a ve Müslümanlara göre geçerli olmayan tasarruflardır. İslâm'a göre zıt olma veya meşru olma yönünden, İslâm hâkiminin bunları uygulayıp, hüküm vermesi ile yabancı hukuku uygulayıp yabancılar için hüküm vermesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca Karaman, Osmanlı Devleti'nin 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde Müslümanların yanı sıra Yahudi ve Hıristiyanlarla ilgili yer verilen hükümlerin bu görüşlerini teyit ettiğini ifade etmektedir.⁶⁰

Burada özellikle belirtmeliyiz ki, 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesindeki,⁶¹ Müslümanların yanı sıra Yahudi ve Hıristiyanlarla ilgili hükümler, birer atıf özelliği taşıdığı için, konumuz açısından önem arz etmektedir.

⁵⁶ Zeydân, *Ahkâm*, 569-570.

⁵⁷ S. Mâide, 42.

⁵⁸ İbn Kudâme, VIII, 535.

⁵⁹ Zeydân, *Ahkâm*, 571.

⁶⁰ Karaman, III, 366, 367.

⁶¹ 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesinin, birinci kitabındaki 20-26 daki maddeleri Musevîlerin evlenme engellerini, 27-32. maddeleri İsevîlerin evlenme engelleri ile ilgili hükümleri içermektedir. 40-51 daki maddeler İsevîlerin nikâh akdi

V. SONUÇ

Sonuç olarak, atıf teorisinin Kur'ân-ı Kerim'deki temelleri ile Sünnetteki uygulama ve bu iki kaynak çerçevesinde oluşan İslâm hukuk doktrinindeki konumundan anlaşılacağı üzere, İslâm devletler özel hukukunda yabancılarla (gayrimüslimlerle) ilgili anlaşmazlıkların çözümünde, yabancılar, özel hukuk alanında kendi hukuk sistemlerine tâbi olabilecekler ve bu hukuklar sistemlerine atıfta bulunabileceklerdir.

Önemle ifade edelim ki, hem özel hukuk hem de iç hukuk niteliğine sahip olan, İslâm devletler özel hukuku, İslâm hukukunun bir parçasıdır. İslâm devletler özel hukukunun konularından birisi de, yabancılar hukukudur. İslâm devletler özel hukukunda yabancılarla tanınan özerk hukuk alanı, sadece yabancılarla (gayrimüslimlere) mahsus hükümler olup, yabancıların Müslüman bir ülkede, yararlanacakları ve yararlanamayacakları hakları ile onların sorumluluklarını göstermekte ve yabancıları, vatandaşa göre farklı muameleye tâbi kılan hukuk kurallarını içermektedir. Bu nedenle İslâm devleti kanunlarını yaparken, din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde, farklı din ve kültürlerle bağlı olan yabancılar (gayrimüslimler) için şahıs, aile ve miras gibi istisnâ bazı hukuk dallarında koymuş olduğu hükümler (maddi hukuk kuralları) millî hukuka dâhildir. Ancak bu hükümlerin, farklı inanç hükümlerini birbirine bağlayan bağlanma kuralları olduğunu söyleyebiliriz.

Bu nedenle, İslâm devletler özel hukukuna göre, İslâm ülkesinde yaşayan yabancılar özel hukuk alanları ile ilgili hususlarda, kendi hukuk sistemlerine atıfta bulunabilecekleri gibi, başvurmaları durumunda İslâm devleti hâkimi de yabancıların kendi aralarındaki hukukî anlaşmazlıklarında, onların hukuk sistemlerini uygulayıp hüküm verebilecektir. Öyleyse diyebiliriz ki, İslâm devletler özel hukuku kuralları ya kendi hukukuna veya yabancı bir hukuka atıfta bulunabilmektedir. Fakat prensip olarak bu atıf, kendi hukukunun veya yabancı hukukun bütününe değil, doğrudan doğruya konuyla ilgili hukuk alanına (medenî hukuk, borçlar hukuku vb.) yapılan bir atıf olmaktadır.

ile, 63-68 daki maddeler ise, İsevilerle ilgili nikâhın fesat ve butlanı ile ilgili hükümleri içermektedir. İkinci kitabın ikinci babında 132-138 daki maddeler İsevilerin ayrılma ve boşanması ile ilgili hükümleri, 148. madde Musevilerin iddeti, 149. madde ise İsevilerin iddeti ile ilgili hükümleri içermektedir. (Karamamenin metni için bkz. Sabri Şakir Ansay, 25. *Yıldönümü Münasebetiyle, Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kolektif Ortaklığı, Ankara 1952, 3-31).