

Yeni Osmanlıların Tabii Hukuk Anlayışı

Ömer Faruk OCAKOĞLU*

“Bu hayat nasıl hayattır?” bu soru, Münif Paşa¹ tarafından 1873 tarihinde Mekteb-i Hukuk'ta Medhal-i İlm-i Hukuk dersinde öğrenciye yöneltilen beş sorudan biridir.² Bu cümleyle soru anlamı katan “nasıl” edatındaki “ne asıl?” yani “aslı ne?” anlamını öne çıkartarak cümleyi tekrar kurmak istediğimizde “Hayatın aslı nedir?” sorusuna ulaşırız. Mekteb-i Hukuk öğrencilerine yöneltilen bu soruyu dönemi ve bağlamından koparttığımızda hayat ile hukuk arasındaki ilişkiye dair ilk elde naif ve yüzeysel bir sorgulama yakıştırmaları akla gelebilir. Hatta bugünkü tahayyüle bakarak hukuk öğrencisine yöneltilmiş gayr-i ciddi bir soru olarak bile düşünülebilir. Lakin köklü bir siyasi, idari, ekonomik ve toplumsal değişme süreci içerisinde hukuk öğrencilerine yöneltilmiş bir soru olduğunu hesaba katacak olursak sorunun hayat ve hukuk arasındaki ilişkiye dair esaslı bir sorgulama maksadı güttüğü görülebilir. Belirli bir dönem ve toplumda insana, hayata ve bunların anlamlarına yönelik soru ve sorgulamaların yoğunlaşması aynı zamanda yeni toplumsal ve siyasi tasavvur arayışlarının işaretlerinden biri olarak görülebilir. Bunun hukuk alanına yansımaları ise genellikle tabii hukuk yaklaşımının inkişafının işareti olarak görülür. Yani mevcut toplumsal ve siyasi yapıya yönelik olarak memnuniyetsizliğin arttığı ve yeni arayışların ortaya çıktığı dönemlerde hukuka ilişkin ilgi mer’i, pozitif hukuktan hukuk idesine ve ilkesel düzeyde hukuk mefhumuna doğru kaymaktadır. Fransız İhtilali öncesinde tabii hukuk düşüncesinin yaygınlık kazanmış olmasını veya birinci dünya savaşından sonra yine tabii hukuk düşüncesinin rönesansından bahsedilmesini bu okumayı güçlendiren örnekler olarak zikredebiliriz.

Tekrar sorumuza dönecek olursak, sanki Münif Paşa soruyu sorarken talebelerine hukuk algısının ve mefhumunun yaşanan hayatın nasıllığına dair verilen cevapla sıkı ilişkisinin olduğunu ima etmektedir. Bu dönemde hukuka ilişkin kanun metinlerinden şerhlerine, telif eserlerden ders takrirlerine kadar bir çok eserde *insanın tab’an medeni bir varlık oluşuna* ve medeni bir halde yaşamasını mümkün kılan bir *toplumsal sözleşme* durumuna işaret eden cümleler bulmakta zorlanılmaz. Sıklıkla karşımıza çıkan bu referansları, bir yönüyle, hukukun kıta-avrupası hukuk

* Araş. Gör., Kırklareli Üniversitesi Sosyoloji Bölümü.

¹ Münif Paşa'nın Namık Kemal ile yolları Bab-ı Ali Tercüme Odası'nda 1857 tarihinde keşişmiştir. Namık Kemal 17 yaşında stajyer olarak Tercüme Odası'nda göreve başladığında Münif Paşa orada çalışmaktadır. Namık Kemal'in 1863'te tekrar Tercüme Odası'nda göreve başladığı zaman ise Münif Paşa Baş mütercimdir. Dolayısıyla Namık Kemal'in hem ilk gençlik döneminde, hem de delikanlılık döneminde Münif Paşa ile teşrik-i mesaisi söz konusudur.

² Soru Münif Paşa'ya ait olup Mehmed Nazım'ın Mekteb-i Hukuk'ta öğrencilik yaptığı döneme ait kişisel değerlendirmeleriyle zenginleştirdiği aynı zamanda kurumsal anlamda müfredattan ders takrirlerine hatta imtihan sorularına varıncaya değin sunduğu malumat ile oldukça zengin ve özgün eserinde geçmektedir. Daha geniş bilgi için bkz. Mehmet Nazım, **Mekteb-i Hukuk Günle-
rim**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2012, s. 41.

formundan gerek resepe gerekse kodifike edilerek yeniden düzenlenmesinin doğal bir sonucu olarak görebiliriz. Ama daha geniş çerçevede meselenin, yaşanan değişim ve dönüşümün ilkesel ve evrensel düzeyde İslam düşüncesine içkin referanslardan beslenerek anlam içeriğinin doldurulabileceğine yönelik ısrarlı ama sinik bir yaklaşımla ilişkili olduğu da söylenebilir. Özellikle Tanzimat ile birlikte ivme kazanan siyasi, idari ve hukuki düzenlemelere ilişkin en esaslı muhalefet dilini oluşturan Yeni Osmanlıların söylemi içerisinde bu kodlar açık bir şekilde görülür. Yani bir değişim ve nizamın yeniden tesisi konusunda tereddüt duyulmazken; bunun toplumsal bağları ve dayandığı kaynak dünyası itibarıyla daha köklü tercihlere dayanması gerektiği vurgusu onların Tanzimat düzenlemelerine yönelik muhalefet söylemlerinin merkezi sikitini oluşturur. Bu çalışmada, Yeni Osmanlı düşüncesinin en önemli ve etkili isimlerinden Ali Suavi ve Namık Kemal'in konuya ilişkin yazılarından hareketle, 19. yüzyılın ikinci yarısında toplumsal ve siyasal arayışların hukuk çerçevesindeki yansımalarının izleri sürülecektir.

Tabii Hukukun Muhalif Dili

Tabii hukuk doktrininin mahiyeti ve imkânı tartışmaları bir tarafa³, hukuka sosyolojik açıdan yaklaştığımızda onun tarih içerisinde oynadığı rolün bir vakia olarak analizi önemlidir. Eski Yunan'da tabii hukuk telakkisinin, pür-felsefi bir yaklaşım olmanın ötesinde Yunan sitelerindeki iktidar mücadelesinde önemli bir role sahip olduğunu Rene Hubert'e referansla aktaran Topçuoğlu'na göre bu sadece eski Yunan ile sınırlı bir durum değil aynı zamanda tarihin müteakip dönemleri için de geçerli bir husustur.⁴ Gurvitch bu durumun özellikle XVII ve XVIII. yüzyıllarda Fransız ihtilalinden önce tabii hukukla özellikle meşgul olunmasında ve bunun ihtilale etkilerinde görüleceği iddiasındadır.⁵ Topçuoğlu tabii hukuku gerek Hubert'in sabık iktidar sınıflarının iktidarı ele geçirme vasıtası olarak kullandıkları bir söyleme indirgemesini gerekse Kelsen'in mevcut hukuki yapının korunmasına yönelik muhafazakâr bir söylem olarak tanımlamasını eksik görür. Her iki yaklaşım da indirgemecidir. Topçuoğlu'na göre asıl önemli olan husus tabii hukukun neredeyse daima siyasi bir mücadele işlevi görmesidir. İster mevcut nizamı korumak isteyenler tarafından isterse nizama asi olanlar tarafından kullanılсын. Bu, tabii hukukun siyasi işlevini değiştirmez. Ona göre sosyolojik açıdan hukukun değerlendirilmesinde de zaten önemli olan nokta burasıdır.⁶

³ Biz burada tabii hukukun siyasal bir muhalefet söylemi içerisinde oynadığı role vurgu yapmak istediğimizden genel tabii hukuk tartışmalarını ve tarihini çalışmamızın dışında tuttuk. Bu konuda ayrıntılı bilgi almak için bkz. Georges Gurvitch, "Tabii Hukuk Mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk Mu?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1945, Cilt 2, Sayı 4, s. 156-196; Hamide Topçuoğlu, *XX'inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., 1953; Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971, s. 396-436; Lorraine Daston, Michael Stolleis, *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*, Ashgate e-Books, (Çevrimiçi, 2008), http://www.ashgate.com/default.aspx?page=637&calcTitle=1&title_id=6799&edition_id=9710.

⁴ Hamide Topçuoğlu, *XX'inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, s. 189-191.

⁵ Georges Gurvitch, "Tabii Hukuk Mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk Mu?", s. 159.

⁶ Hamide Topçuoğlu, *XX'inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, s. 193.

Aydınlanma düşüncesinden mülhem Fransız ihtilali öncesi hukuk tartışmalarını şekillendiren tabii hukuk telakkisi aynı zamanda bu dönemdeki hâkim hukuk anlayışının “tabii hukuk mektebi” diye anılmasına da sebep olmuştur.⁷ Tabii hukuk mektebinin yukarıda belirttiğimiz siyasi rolünü tamamlayıcı bir diğer yönü ise hukukun kodifike edilmesi anlayışını kuvvetlendirmiş olmasıdır. Bu aynı zamanda aydınlanma düşüncesinin öne çıkardığı birey-akıl temelli felsefi yaklaşımın siyasal ve hukuksal alandaki yansımaları olarak da okunabilir. Velidedeoğlu, kanunlaştırma mefhumunu felsefi olarak iki noktaya dayandırır: İlki insan aklının her şeye üstün olduğunu ispata uğraşan ve maziden mevzusa her şeyi ve bütün ananeleri aklın tenkitçi süzgecinden geçirmek, velhasıl bütün fikri ve içtimai münasebetler hayatında rasyonalizmi hâkim kılmak isteyen aydınlanma düşüncesidir. İkincisi ise tabiatla insan yaratılışına uygun, adil, ideal ve ebedî bir hukukun mevcut olduğu ve insanlara düşenin akıllarıyla bu hukuku tespit etmekten ibaret olduğunu salık veren tabii hukuk anlayışıdır.⁸

Toplumsal yapının değişim ve dönüşüm çağında ve siyasal yapının yeniden tanzim edilmesi arifesinde Gurvitch’in ifadeleriyle hukukun, gerçekte değer, olgu ile ide, empirizm ile apriorizm, otonomi ile heteronomi, yerleşmiş nizamın durgunluğu ile manevi terakkinin dinamizmi, emniyetle adalet, içtimai zaruret ile ideal, nihayet katılaştırmış teşkilat ile hayatın canlılığı birbiriyle karşılaşmaktadır.⁹ Bu karşıtlıkların yaşandığı her bir alanda tabii hukuk, “olması gereken”in bir miyası olarak kendisini göstermektedir. Bu bazen tabii hukukun farklı yönelimleri içerisinde bizzat insan ve onun akli olarak gösterilirken bazen de Tanrı’nın yaratılışı, tab’â mündemiç olarak koyduğu esaslar olarak tavsif edilmekteydi. Her halükarda bu insanın merkeze alındığı ve ister eski mükemmel nizamı hatırlatmak isterse gelecek yeni nizamı hedef göstermek şeklinde olsun siyasal ve toplumsal talepler içeren bir süreci işaret etmekteydi.¹⁰

Bu açıdan tabii hukukun toplumsal ve siyasal muhalefetin metafizik ve epistemolojik yönünü destekleyen ve besleyen bir özelliği olduğunu söylenebilir. XIX. yüzyılda Tanzimat süreci ile birlikte “batılılaşma”nın siyasi bir proje olarak benimsendiği Osmanlı Devleti’nde pragmatist bir şekilde batı hukukuna yönelen Tanzimat bürokratlarına yönelik olarak Yeni Osmanlıların giriştiği muhalefette kullandıkları söylem tabii hukuk anlayışından en azından hukuksal tartışmalar boyu-

⁷ Bu durumu Orhan Münir Çağal, hem tabii hukukun pozitif hukuk için taşıdığı önemi hem de Fransız ihtilali öncesi ve esnasında olduğu gibi siyaseten oynadığı rolü belirtmek için Schindler’den şu alıntıyı yapar: “Nasil ki ender olmayan ahvalde bir hukuk normunun ancak ihlal edildikten sonra hukuk normu olduğu idrak edilirse, yani çoğu defa hak, haksızlığa uğranıldıktan sonra bilinirse, bunun gibi aynı şey hukuk nizamı için de varittir. Tekmil hukukun tabii hukukta temelini bulduğu, (tabii hukukta mekin olduğu) keyfiyeti, ancak hukukun top yekûn tahribinden sonra anlaşılmalıdır. Mesela Amerikan kolonileri, onları ezen anavatandan fitri, gayri kabili ferağ insan haklarına isnat ederek ayrıldılar ve aynı kanaat ve imanla Fransızlar 1789’da köhneleşmiş bir nizamı yıktılar ve yeni bir nizam kurmağa çalıştılar.” Daha geniş bilgi için bkz. Orhan Münir Çağal, **Hukuk Felsefesinde Tabii Hukuk**, s. 5.

⁸ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma Hareketleri”, **Tanzimat I**, İstanbul, Maarif Matbaası, 1940, s. 143; Ayrıca kanunlaştırma hareketlerinin tekâmülünde tabii hukukun oynadığı rol için bkz. Hamide Topçuoğlu, **XX’inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı**, s. 197.

⁹ Georges Gurvitch, “Tabii Hukuk Mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk Mu?”, s. 156.

¹⁰ Hamide Topçuoğlu, **XX’inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı**, s. 191-195.

tunda etkilenmiş gözükmektedir. Yeni Osmanlıların mevcut hukuk birikimimizin kendisine yöneltilen tüm durağan olma ve rasyonel olmama ithamlarına rağmen akli ve değişimi karşılayabilecek mekanizmalara sahip olduğu tezinde ısrar ettikleri görülür. Bu ısrarlarını, ilki fıkıh geleneği içerisinde akliliği temellendirebilecekleri hüsün-kubuh gibi tartışmaları yeniden gündeme getirerek, ikincisi tabii hukuk argümanlarına müracaat ederek sürdürdüler. Hukukun romanizasyonu olarak anılan bu sürece yönelik Yeni Osmanlılar, bu iki temelden hareketle eklektik bir söylem geliştirirler. Bu yönüyle onların hukuk algısı ve dönemin hukuki düzenlemelerinde bu algının etkisi üzerinde durmayı hak edecek bir önemi haizdir.

Yeni Osmanlıların Anlam ve Kavram Dünyası

Tanzimat Fermanı hukuki olarak iki açıdan kıymet ifade etmektedir¹¹: İlki ferman metninin bizzat kendisinde mündemiç hukuki niteliği, ikincisi ise fermanın hukuk alanına yönelik olarak ima ettiği değişim ve dönüşüm hedefinin gücüdür. Fermanın hemen akabinde gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerin yanında hukuk alanında başlattığı tartışmalar bunu göstermesi bakımından kayda değerdir. Esasen XIX. yüzyılın başında daha çok iktisadi ve sosyal hayattaki değişimlerin etkisiyle hukuk alanında bir toparlanmanın zarureti yansıtan metinler kaleme alınmaya başlanmıştır. İmparatorluk merkezinden uzak ama Fransız etkisine açık Şam'da kalem oynatan İbn Abidin, bu hukuki toparlanmanın zarureti hissedilen en güçlü kalemlerden biri olarak karşımıza çıkar. Teklifi, mevcut uygulamadaki aksaklık ve yanlışlarından arındırılarak klasik fıkıh formasyonu içerisinde, mezhep bünyesinde hukuki alanın iktisadi ve toplumsal sorunlara çözüm üretecek hale getirilmesidir.¹² Klasik fıkıh formasyonu içerisinde üretilen bu teklif, Tanzimat ile birlikte yerini, ilki hukukun batı hukuk formasyonuna göre mevcut hukuk birikiminden hareketle yeniden inşa edilmesi, ikincisi ise batı hukuk metinlerinin olduğu gibi alınması şeklinde özetlenebilecek iki teklife bırakmıştır. Yeni Osmanlılar'ın hukuki görüşleri ve Ahmed Cevdet Paşa'nın çalışmaları ilkine örneklik teşkil ederken, ikincisi Tanzimat bürokratlarının en başta da Âli Paşa'nın siyasi hedefi olarak gözükmektedir.¹³

Burada Yeni Osmanlıların hukuk düşüncesini klasik fıkıh anlayışından ayıran temel etkenlerden biri olarak "tabii hukuk" etkisinden bahsetmek yerinde olacaktır. Özellikle Ali Suavi ve Namık Kemal'in metinlerinde tabii hukuk anlayışının, siyasi muhalefetlerine önemli bir katkı sağlaması, mevcut hukuk alanında yaşanan

¹¹ Yavuz Abadan, "Tanzimat Fermanının Tahlili", **Tanzimat I**, İstanbul, Maarif Matbaası, 1940, s. 31-58.

¹² Norman Calder, "The "Uqūd rasm al-mufti" of Ibn 'Abidin", **Bulletin of the School of Oriental and African Studies**, University of London, Cilt: 63, Sayı: 2, 2000, s. 215-228; Şenol Saylan, "İbn Abidin'inde Hanefi Mezhebinin Kuramsallaşması Şerhu Ukudu Resmî'l-Müftî Örneği" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku Bilim Dalı**, 2004.

¹³ Ergin, Said Paşa hatıratından naklen şu bilgiyi verir: "Âli Paşa Sultan Abdülaziz'e takdim ettiği layihai mufassalâi meşhuresinde tab'î Hristiyanîyenin müsavatan hukuk ve menafii memleketen müstefid olmalı lüzumunu Cod Sivil'in mehakimi devleti âliyede tatbikini tavsiye etmiş ve Fransız Cod sivilinin Arabî tercümesi islahatı adliyyeyi tamamıyla havi olduğu için bunun nüshai Arabiyyesinden tercümesi dahi bana havale olunmuştu. Sonra mecellei ahkâmı adliyyenin yapılması fikri galebe ettiğinden Cevdet Paşa ana memur oldu." Daha geniş bilgi için bkz. Osman Ergin, **Türkiye Maarif Tarihi**, İstanbul, Eser Matbaası, 1977, s. 264.

sorunları çözmeye potansiyeli ve en önemlisi de fıkıh ile kabili telif yapısı itibarıyla kayda değer bir vurguya mazhar olduğu görülmektedir. Mesela Ali Suavi, Fransa'da el yazması olarak çıkardığı *Ulum* dergisinde “*İlm-i Usulü'l-hukuk*” başlığı ile tabii hukuk anlayışından hareketle fıkıhta, akıl ve vahiy dengesinin altını çizmektedir.¹⁴ Namık Kemal de *İbret*'in beşinci sayısında yayımladığı “*Hukuk*” başlıklı yazısında hüsün-kubuh meselesi üzerinden akıl-vahiy ilişkisine değinmektedir.¹⁵ Bu metinlerin dilinde, kadim fıkıh literatürü içerisinde üretilen kavramlar kullanılmakla birlikte Batı hukuk ilminin argümanlarından ve tartışmalarından beslenen ve onları eleştirel bir dille dönüştüren eklektik bir ton vardır.

Akıl-vahiy ilişkisi, İslam düşüncesinde erken dönem tartışmalarından biridir. Önemi itibarıyla de felsefede te'vil, tasavvufta keşf ve ilham, hukukta da hüsün-kubuh kavramları ekseninde tartışmaya konu edilmiştir. Tartışmanın hukukî bağlamında iki mesele söz konusudur. İlki özde iyi ve kötünün olup olmadığı ve eğer varsa insanın bunu bilip bilemeyeceği; ikincisi ise insanın vahiyden bağımsız bir durumda fillerinin mübah, haram ya da vacip olarak nitelemesinin mümkün olup olmayacağı meselesidir. Bedir'e göre, hukukî anlamda tartışmaya içkin bu iki meseleyle ifade edilmek istenen şudur: “Eğer özde iyi kötü mevcutsa bu durumda biz vahiyden bağımsız olarak/aklımızla bir şeylerin iyi ya da kötü olduğunu söyleyebilir ve hatta bu aklımızla ulaştığımız bilgiye dayanarak davranışlarımızın birtakım vahiyden bağımsız ahlaki/hukukî kurallarla sınırlanabileceğini savunabiliriz”¹⁶ Bedir son dönem “Müslüman literatürü”nde bu tartışma ve ona bağlı meselelerle ilgili yapılan sınıflandırmayı, kendisinin bu sınıflamaya mesafeli olduğunu hissettiren ifadelerle, şu şekilde aktarmaktadır: Tartışmanın esas iki tarafını Mutezile ve Eş'arî'ler oluşturmaktadır. Üçüncü bir yol olarak Hanefî-Maturidî çizgisi söz konusudur. Mutezile ve Maturidîliğe göre özde iyi ve kötünün varlığının kabul edildiği ve bunların akılla bilinebileceğinin ileri sürüldüğü, buna karşılık Eş'arîlerin bunu kabul etmedikleri ifade edilmektedir. Akılla kavranan iyi ve kötü bilgisi üzerine mübah, vâcib ve haram gibi şer'i sorumluluk ifade eden nitelemeler getirilebileceğini Mutezilenin kabul ettiği, Maturidîlerin ise bunu kabul etmediği bilgisi verilmektedir. Eş'arîler bunu zaten kabul etmemektedirler.¹⁷

Kadim dönemdeki bu tartışmanın amacının, temelde aklın ilkleriyle vahyin ilkelerinin nasıl uyum içerisinde olduğunu vurgulamak ve aklın sınırlarını çizmeye çalışmak olduğu söylenebilir. Buna ilaveten bir anlamda bugün temel evrensel ilkelere fıkıh kuralları arasında kurulmak istenilen ilişkinin bir benzeri söz konusudur

¹⁴ Ali Suavi, “İlm-i Usulü'l-hukuk”, *Ulûm*, 30 Nisan 1870, s. 1065-1071.

¹⁵ Namık Kemal, “Hukuk”, *İbret*, N. 5, s. 1-2; Nergiz Yılmaz Aydoğdu, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleleri I**, İstanbul, Dergah Yayınları, 2005, s. 52-55. Metnin yazılış tarihi 19 Haziran 1872. Ayrıca hüsün ve kubuh, Çağal'ın ifadesiyle, Hayır ve Şer problemi, Tanrı düşüncesi ve ölümsüzlük fikriyle ilişkisi ve hukuki anlamda ne ifade ettiği hususunda müstakil bir metin olarak bkz. Orhan Münir Çağal, **Ebedî Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı, Ruhun Ebediliği ve Hukuk İdesi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958.

¹⁶ Murteza Bedir, “Hanefî Usulünün Kuruluş Aşamasında Akıl-Vahiy İlişkisi ya da Hüsün-Kubuh Problemi”, **İmâm-ı A'zam Ebû Hanîfe ve Düşünce Sistemi Sempozyumu Tebliğ ve Müzakere-leri II**, Bursa, KURAV Yayınları, 2005, s. 161.

¹⁷ Murteza Bedir, **a.g.m.**, s. 162.

bu tartışmalarda.¹⁸ Bu yönüyle meselenin modern dönemde tekrar hatırlanması ve bu kavramlar üzerinden yeniden bir hukuki dil inşa edilmeye çalışılması anlamlıdır. Aydınlanma sonrası “terakki” odaklı söylemlerin revaçta olduğu bir düşünce ortamında Yeni Osmanlılar, “akıl-vahiy” özdeşliğinin yeniden altını çizme ihtiyacı hissetmişlerdir. Bu özdeşlik yukarıda ifade ettiğimiz gibi bir taraflıyla kadim fıkıh birikimi içerisindeki tartışmaların kelime ve kavramlarını yeniden kullanıma sokarken diğer taraftan 18. Yüzyıl Batı düşüncesinde yaygın olan ve siyasi muhalefete güçlü bir meşruiyet zemini kazandırma işlevine de sahip olan tabii hukuk doktrinine dayanmaktadır.

Yeni Osmanlıların hukuk alanındaki görüşlerinde bu ikili yapının kendine has özelliklerinden beslenerek iki hedefe yöneldiğini söyleyebiliriz. Öncelikli olarak onlar, Tanzimat ile başlayan süreçte Bab-ı Âli bürokrasisinin güttüğü siyaseti ve bu siyaset uyarınca yaptıkları hukukî düzenlemeleri “tabii hukuk” doktrinine dayanarak kıyasıya eleştirme yoluna gitmişlerdir. Zira tabii hukuk düşüncesi “olan” yani pozitif hukukun “olması gereken” yani “tabii hukuk” kıstasına göre eleştirilebilmesine imkan vermesiyle Yeni Osmanlıların siyasi muhalefetlerine de güçlü bir zemin kazandırmaktaydı. Mesela Namık Kemal, Tanzimat kanunlaştırmaları ve Nizamiye Mahkemelerinin kurulmasını “*Şeriat-i Ahmediyenin kadrini kırmaktan başka*” bir fayda getirmeyeceği ifadeleriyle eleştirmekte ve “*Adalet-i hakâyık eşyadandır. Asla tağyir kabul etmez. Kavâid-i şer’iyyeye tatbikan bil ki Avrupa’dan daha muntazam kanunlar tanzim olunabilir*” ifadeleriyle tabii hukuku mündemiç hukukî yaklaşımlarını ortaya koymaktadır.¹⁹ “*Adalet-i hakâyık eşyadandır*” ifadesi deskriptif olduğu kadar normatif bir içeriğe de sahiptir. Yani hakların diğer bir ifadeyle hukuka konu olan durumların Allah’ın eşyada var etmesi ile var oldukları anlamının yanında bunları aklımız ile bilebilecek ve buna göre hukuki düzenlemeler yapabileceğimiz anlamına da gelir. “*Kavâid-i şer’iyyeye tatbikan*” ifadesiyle aslında Namık Kemal, bu ikisinin yani aklın eşyadan keşfedeceği kanunlarla şeriatla bize bildirilmiş olduğu kanunların birbiriyle çelişmeyeceği iddiasını dillendirmektedir. Hatta “*Avrupa’dan daha muntazam kanunlar tanzim olunabilir*” iddiasının aslında şu anlama geldiğini söyleyebilir: Avrupa’daki kanunî düzenlemeler bu ikili uyumdan yoksun olmalarına rağmen bize yine de makul ve makbul gelirken; hem aklın hem şer’in tasdikini mucip yapılacak kanunî düzenlemelerin onlardan daha muntazam olması çok daha mümkündür.

Namık Kemal’in kullandığı bu söylem, Topçuoğlu’nun hem Hubert hem de Kelsen’in tabii hukuk değerlendirmelerinde eksik olan yöne işaret ederek tabii hukukun siyasi bir muhalefet dili içerisinde hem muhafazakâr hem de ihtilalci bir yapıda olabileceği yaklaşımına uymaktadır.²⁰ Aslında Topçuoğlu bu ikili yapıyı tek bir söylem için dile getirmemiş olsa da gelenek ile modernlik arasında kalmış İslamcılarının söyleminde bu ikisinin eklektik bir tarzda bir araya getirildiğini görürüz. Bu hukuk söyleminin içerisinde bir taraftan kendi hukuk geleneğimize dayanma gibi muhafazakâr bir yön varken diğer taraftan hukuk geleneğimizi akla ve tab’

¹⁸ Murteza Bedir, *a.g.m.*, s. 162-169.

¹⁹ Namık Kemal, “Hürriyet”, N. 50, 7 Juin 1869, s. 4.

²⁰ Hamide Topçuoğlu, *XX’inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, s. 191.

uygun hukukla birlikte düşünme ve onu bir “*Düstur*’a yani modern hukuk formuna dönüştürme gibi ihtilalci bir yön söz konusudur.

Yeni Osmanlılar’ın tabii hukuk referanslı bu düşüncelerini ilki Ali Suavi’nin 1870’de Ulûm’da yayımladığı “*İlm-i Usulü’l-hukuk*” ve üç seri makale halinde “*el-Hükümü Hüvallah*” başlıklı makaleleri; ikincisi ise Namık Kemal’in 1872’de İbret’te yayımladığı “*Hukuk*” başlıklı makalesi ekseninde daha somut hale getirmekte fayda var. Bu iki yazı bir taraftan klasik fıkıh kavramları üzerinden geleneğe uzanması diğer taraftan tabii hukuk yaklaşımının ilkelerinden hareketle Batı düşüncesiyle eklenmesi bakımından onların hukuki görüşlerini yansıtmakta toparlayıcı bir mahiyet arz etmektedirler.

Eski Kavramlar Yeni Anlamlar: Ali Suavi ve Namık Kemal’de Tabii Hukuk Söylemi

Ali Suavi, *İlm-i Usulü’l-hukuk*’ta hukukun kaynağı, birey-akıl tarafından bilinip bilinemeyeceği ve toplumsallaşması üzerinde durur. Ona göre hukuk (Droit), akıl ile temellendirebileceğimiz üç esasa râcidir. Bunlar o olmadan insanın olmadığı “*hayat*”, hayatı anlamlı kılan “*ihtiyar*” ve bu ikisinin zorunlu sonucu olarak “*temellük*”tür. Ali Suavi müsavatın bu üç esastan çıkartıldığını ve “*bazılar*” diye ifade ettiği kimseler tarafından müsavatın önemine binaen bu üç esasa ilave edilerek tabii hukukun kaynağının dörde çıkartıldığını aktarır.²¹ Ona göre bu tabii hakların birey ve topluma ilişkin hale geldikleri noktada hak ve zimmet kavramları devreye girer. O bunu temellük örneği ile somutlaştırır. Buna göre toplumda bir kişinin diğer insanların temellüküne hürmeti zimmetiyken buna mukabil onların da onun temellüküne hürmet göstermeleri hakkıdır.²² Bu durum ise Ali Suavi’ye göre toplumsal yaşamın bu esaslara göre tanzim edilmesinin zorunluluğunu ifade etmektedir. Bu tanzim, insanla beraber doğan ve her zaman ve mekânda geçerli olan hak ve zimmet anlamında tabii hukuktan aklın vasıtasıyla pozitif hukuk kurallarının çıkartılması şeklinde gerçekleşir.²³

Ali Suavi, yukarıdaki paragrafta verdiği bilgilerin ve bundan çıkardığı hukuki mekanizmanın muhtemel itirazları karşılayacak bütünlük ve tutarlılıkta olduğu iddiasındadır. Bu iddialı tutum, tahmin edilebileceği gibi, İslam düşüncesine göre hüsün ve kubhun aklı olup olmadığı tartışmasından kaynaklanan itirazları karşılama amacı görülebilir. Ali Suavi’ye göre bu itirazların esas noktasını şu akıl yürütme ve peşi sıra gelen soru özetlemektedir. “*Avrupalıların ilm-i usulü’l-hukuk’u (Droit) eşyada hüsün ve kubhun aklı olarak bilinebileceğine dayanır. İslam’da ise bu aklı değil şer’idir. Bu taban tabana zıt duruma rağmen bu usul ile usul-i İslamiye nasıl bir araya getirilebilir?*”²⁴

Ali Suavi bu itirazın zannedildiği kadar cevaplanması zor bir durum arz etmediği kanaatindedir ve bu kanaatle cevabına ilk önce hüsün ve kubhun İslam usulcileri nezdindeki tariflerini aktararak başlar. Buna göre hüsün ve kubhun

²¹ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 1066-7.

²² Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 1068-9.

²³ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 1069.

²⁴ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 1071.

müteaddit tarifleri olmakla birlikte üç manası öne çıkmaktadır. Bunlar Ali Suavi'nin ifadeleriyle şu şekilde sıralanır.²⁵

(1) “Birinci mana: “Bir şeyin tab'a mülayim olması.” Bu tarifte tab'dan murat calib-i münafi' ve dafi' muzarr olan tabiat-ı insaniyedir. Mizaç değil.

Şu tarifçe hüsün ve kubuh şap ve şeker gibi aklen maruftur. Yani tatlı ve tab'a mülayim ve acı tab'a münafirdir.

(2) İkinci mana: “Bir şeyin sıfat-ı kemal olması.” Bu tarifçe hüsün ve kubuh ilim ve cehl gibi aklen malumdur. Yani ilim hüsündür çünkü sıfat-ı kemaldır, cehl kubuhdur çünkü sıfat-ı noksandır.

(3) Üçüncü mana: “Bir şeyin mütealliku'l-medh olması.” Demek ki mütealliku'z-zemm olması kubuhdur.”

İlk iki manada hüsün ve kubuhun akli olduğu konusunda Eş'ariler dahil hiç ihtilaf söz konusu değildir. Üçüncü manada ihtilaf vardır. Eş'ariler, kesinlikle akli olmadığı görüşünderken, Mutezile kayıtsız akli olduğu görüşündedir. Suavi, Hanefilerin üçüncü manada hüsün ve kubuh konusunda taksime gittikleri bilgisini verir. Buna göre bazı emredilen ve yasaklanan şeylerin hüsün ve kubuhu akli değil şer'an emredilmiş ve yasaklanmış olmalarındandır. Bazılarının ise zatında mündemiç olup aklen bilinebilir. Aklen bilinemeyeceği kısmına yönelik olarak namaz rekâtları örneğini veren Ali Suavi, bununla bu görüşün haklılığını gösterdiği düşüncesinde olmalı ki diğerine örnek vermeksizin “*Avrupalıların ilm-i usulü'l-hukuku ile usul-i islamiyeyi cemde bir beis söz konusu değildir*” der.²⁶

Makalenin sonlarına doğru Ali Suavi, tabii hukukun birey ve toplum hayatı için oynadığı rolün ehemmiyetini vurgulama sadedin de şu ifadeyi kullanır: “*Hukuk-i tabiiyye... İhtiraat-ı beşeriyeden olmayıp mahzâ min indillah akı-ı beşerde ve her mukaveleden akdem mevcut olan hak ve salahiyetler demek. Yani “hukuk-ı tabiiyye” dendikte bunun manası mesela zayıf insanlar avâkib-i zafiyetlerini bi't-tezekkür akviyaya müdafa edebilmek için silah ihtira eder gibi bu hukuku icâd eylemişler*”. İfadenin ilk kısmı tabii hukukun mahiyetine yönelik bir tanımlama gayretinden neşet ederken ikinci kısmı tabii hukukun işlevine yönelik bir örneği bünyesinde barındırır. Ali Suavi'nin verdiği bu örnekte tabii hukukun güçlü karşısında (devlet) zayıfın (birey) nasıl meşru bir zemin kazandığının iması söz konusudur. Bu ifade Yeni Osmanlıların tabii hukuka yönelmelerinin, kendi dönemlerinde tabii hukuk düşüncesi Avrupa'da pozitivist hukuk ekolü tarafından hırpalanarak rafa kaldırılmışken, anlamını bize vermektedir.

Ali Suavi hukuk alanındaki bu eklektik yaklaşımını “el-hâkimu hüvellah” adlı üç seri makalesinde siyasi alana da taşır.²⁷ “*Souveraineté de peuple*” yani hâkimiyet-i halk kavramı etrafında konuyu tartışmaya açar. *Souveraineté* kelimesi Latince

²⁵ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 1072.

²⁶ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 1075.

²⁷ Ali Suavi'nin egemenlik kavramı etrafında tabii hukuka ilişkin görüşlerini sunduğu yazılarından birisi de “el- Paris'te el yazması olarak çıkarttığı Ulûm Gazetesinde “*el-hâkimu hüvallah*” başlığı yazdığı üç seri makedir. Bkz. Ali Suavi, el-hâkimu hüvallah, **Ulûm Gazetesi**, Paris, 1286 (1869) sy. 1, s. 18-31; sy. 2, s. 79-89; sy. 3, s. 135-161.

asılıdır ve Ali Suavi, kelimenin “dilediğini yapan” kök anlamına sahip “*supernos*” kelimesinden türetildiğini aktarır. Ali Suavi yüce, göksel anlamlarını da içeren bu kelimeyi, “dilediğini yapan” anlamı öne çıkartmasıyla uyumlu bir şekilde, hâkim bi-nefsihî, âmîr-i mutlak, fâil-i muhtar kavramlarıyla karşılar.²⁸

Bu kavramlarla birlikte egemenlik anlamına gelen “sovereignty” kavramı İslam siyaset düşüncesinin içine çekilmiş olur. Makalesine başlık olarak da seçtiği “el-hâkimu hüvellah” yani “Hüküm sahibi, Allah’tır” düsturuyla egemenlik özellikle de halkın egemenliği kavramını telif etmenin yollarını aramaya koyulur. Ona göre, öncelikle, mesele egemenlik konusunda mutlak ve nisbî olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Mutlak bir hâkimiyet yalnız Allah’a ait olabilir. Ama insan da bî’n-nisbe hâkimiyet sahibidir. Bu ise insanın yatay düzlemde diğer insanlarla olan ilişkilerinde mutlak değil nisbî bir hâkimiyetinden bahsedilebileceği anlamına gelir. Ali Suavi için insanlar arası ilişkilerde nisbî de olsa bir hâkimiyet ilişkisinden bahsedebilmek yeterli olacak ki bu kavramsal tahlili bir tarafa bırakarak “*İnsan yalnız yaşayamaz*” cümlesiyle başlayan toplumsal yaşamın hangi esaslar üzerine düzenleneceği meselesini masaya yatırır.²⁹

İster toplumun en küçük birimi olan aile için isterse bütünü için olsun insanların bir arada yaşamasını sağlayan üç esastan bahseder. Bunlardan ilki can emniyeti anlamında “muhâfaza-i nefis”, ikincisi iyileştirme, geliştirme anlamında “islâh-ı hâl” ve üçüncü olarak ilerleme anlamında “terakki”dir. Bunlar ise Ali Suaviye göre insanlar arasındaki menfaat ilişkilerinin şekillendirmesine indirgenemeyecek kadar insana ve topluma içkin tabii hallere karşılık gelir. Burada Ali Suavi sözü bu esasların “ahkamü’l-hâkimin” olanın “kavanin-i ezeliyyesi”nden alınan ilhamlarla açığa çıkartıldığına getirir. Bu tam da dini temelli tabii hukuk anlayışının dayandığı referans çerçevesini kullanarak birey ve halka vurgu yapan egemenlik fikrine doğru yönelmiş bir arayışın işaretlerini verir. Bu anlamda, ona göre, aile örneğinde olduğu gibi, insanlar arası ilişkilerde dolayısıyla toplumda içkin bir tabii hukuk söz konusudur.³⁰ Hatta ailedeki ilişkide daha içsel bir bağlılıktan beslenen ilişkiye toplumda zorunluluk ve siyaset sahasına çıkınca cebir de eklenmiş olur.

Ali Suavi, tabii hukuka dayalı olarak hâkimiyet fikrini temellendirmek için meseleyi basitleştirerek aile örneğini vermesinin yanı sıra konunun önem ve ciddiyetini vurgulamak için de “kâdir-i Hâdî” anolojisine gider. Buna göre insanların topluluk halinde yaşaması ve bunun yatay düzeyde bir hâkimiyet içermesi, esasen, “kâdiri Hâdî”nin varlığı ve âlem için koyduğu nizamın gereğinden başka bir şey değildir. Bu anlamıyla egemenlik, ona göre, toplum halinde yaşamayı mümkün kılan siyasetin zorunlu bir sonucudur. Ali Suavi’ye göre siyasetin görev ve işlevi ise üçtür: Kendi ifadeleriyle “*biri kavânin, ikincisi kavâninin icrası, üçüncüsü onları bozmak isteyenleri men’ ve te’dib*”dir. Bu yasama, yürütme ve yargı şeklinde formüle edilen Montesquieu’daki kuvvetler ayrılığı teorisinden başka bir şey değildir.

İnsanın toplum halinde yaşamasına yapılan vurgu aslında yatay düzeyde egemenlik ilişkisinin ilahi referanslardan arındırılarak yeniden kurgulanmasına kapı

²⁸ Ali Suavi, “el-hâkimu hüvellah”, sy.1, s. 18

²⁹ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 19.

³⁰ Ali Suavi, **a.g.m.**, s. 20

aralayan bir durumdur. Genelde Yeni Osmanlılar ve özelde Ali Suavi, metinlerini eklektik bir tarzda inşa etmelerinden anlaşıldığı kadarıyla aslında bu gidişatın farkında oldukları izlenimi vermektedirler. Onlara göre, bu nizam değişikliği bir zaruretten eserdir ve kaçınılmazdır. Bunun geleneksel kaynaklar içerisinde referanslarını da bulabilmek mümkündür. Hatta bu düşünce sahiplerinin en özgün yanını tam da bu meşrulaştırma girişimlerinde aramak gerekir. Lakin belki de farkında olmadıkları şey, bu yeni nizamın belli bir zaman ve toplumsal şartlar içerisinde ortaya çıkmış birey ve ondan müteşekkil halk fikrine dayanmış olduğudur. Bu ise Osmanlı aydın ve bürokratlarının ortak paradoksudur.

Örneğin Ali Suavi oldukça girift ve güç izah girişimlerinden sonra eşit düzeyde varlıklar olarak insanlar arasında bazılarının egemenliğe sahip olmalarını şu şekilde meşrulaştırma yoluna gider. İnsanların aramaktan vazgeçmedikleri adalet ve güzellik duygusunun kaynağı bizzat insanın kendisinden değil bunu mükemmel bir şekilde temsil eden mutlak hâkimdir. Böyle bir hâkim insanlar için tabii ve akli olarak itaat edilmesi gereken mercii gösterir. Zira, “*Hükümet-i ilahiyye tabiat-ı eşyaya tamamıyla uygun olan vech üzere düzgündür ki tabiat-ı eşyayı taharriden ulûmun varabildiği tertibât çıkagelmıştır*” ifadesiyle Ali Suavi, hem insanlardaki bu adalet ve güzellik arayışının hem de bizzat adalet ve güzelliğin kendisinin ezeli olduğu düşüncesindedir.³¹ Dolayısıyla fiilen zaruri bir durum olarak karşımıza çıkan egemenlik, aklen ve tab’an da adalet ve güzelliğin kaynağı haline gelir.

Bu aslında egemenliğe sahip olanlara, toplumun varlığını devam ettirebilmesi ve güzelliğe ulaşabilmesi için gerekli olan hükümleri yani kanunları yapma yetkisini vermenin meşru yoludur. Çünkü eşyaya içkin bu durumları rasyonel olarak keşfetmek mümkündür. Hatta “*şer’ ve kanun dahi adalet-i ezeliye kavaidine bağlıdır*” iddiasıyla tabii hukuk temelli hukuk yaklaşımını kesin bir şekilde ortaya koyar.³² Şer’ ve kanun ifadesi cümlenin öznesidir ve tüm Tanzimat sürecinin mustarip olduğu düalitelerden hukuk alanındaki yansımasıdır. İster nassta ister aklımızla keşfedeceğimiz şeyler dünyasında temel hukuki çerçeve olarak adalet-i ezeliye yerleştirildiğinde buradan hem hukukun içeriğine ve referans çerçevesine hem de onun aktüalize olduğu siyasi sisteme müdahalenin önünü açmış olursunuz. Zira Ali Suavi’ye göre, bu durumun yönetim biçimleriyle zorunlu bir ilişkisi söz konusu değildir. İster egemenlik tek bir kişinin elinde ister bir grubun isterse toplumun elinde toplanmış olsun eğer iki ilkeye dikkat edilirse sonuç değişmeyecektir.³³ Bunlardan ilki toplum üzerinde fiili olarak egemenlik gücünü elinde bulduran mercii aslında hükümet-i ilahiyyenin bir görünümü olduğundan uzaklaşılmalıdır. Yani her şeye rağmen Ali Suavi klasik referans çerçevesini korumaya devam etme arzusunda. Bu yüzden bunun en uygun merciihilafet olduğu kanısındadır. İkincisi ise egemenliğin yatay düzeyde insanlar arasında eşitlik esas olduğu için hükümet-i ilahiyyenin bir görünümü olarak toplumu oluşturan halktan ya zımni ya da ihtiyârî onay alması gerekliliğidir. Burada Ali Suavi öncelikli olarak tabii hukuk yaklaşımıyla toplumu var edecek nizam ve kanunların rasyonel temelde vazz edilmelerini meşrulaştıracak bir yaklaşım sergilerken diğer taraftan da re’y ve tasdik

³¹ Ali Suavi, *a.g.m.*, s. 25

³² Ali Suavi, “el-hâkimu hüvallah”, *Ulûm Gazetesi*, sy. 2, S. 80.

³³ Ali Suavi, “el-hâkimu hüvallah”, *Ulûm Gazetesi*, sy. 1, s. 26-27.

şartıyla da siyasi yönetimin şeklini tartışmaya açmaktadır. Bu, halkın hakimiyeti olarak demokratik bir yönetim biçiminin, mevcut koşulların müsaade ettiği kadarıyla, gündeme getirilmesinin ilk örneklerinden biridir.

Bunu desteklemek üzerine İslam Peygamber'inden rivayet edilen “Müminlerin güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir” hadisini de dayanak olarak getirir.³⁴ Bu hadis Ali Suavi'den yaklaşık yarım yüzyıl önce yani on dokuzuncu yüzyılın ilk çeyreğinde kalem oynatan İbn Abidin tarafından “Neşru'l-arf” adlı risalesinde,³⁵ İslam toplumunun fikhî alanda yaşadığı daralmayı aşabilmek için örfe işlerlik kazandırma amacıyla kullanılmıştır. Yaklaşık yarım yüzyıllık süreç sonunda ilgili referans kendi bağlamından büyük ölçüde kopartılarak Ali Suavi'nin demokrasi talebinin meşrulaştırma gerekçesine dönüşmüştür. Bu, aynı zamanda, tabii hukuka içkin siyasi muhalefet söyleminin Yeni Osmanlılar ve Ali Suavi düşüncesinde nasıl işlevsel bir şekilde kullanıldığına da güzel bir örnektir. Buna bir güzel örnek de Namık Kemal'dir.

Namık Kemal ise “Hukuk” başlıklı yazısına ilk önce toplumlar ve toplumlarda cari ahlak ve hukuk kurallarının farklılığını vurguladığı uzun bir girişle başlar. Bu farklılığı vurgularken verdiği örneklerde aynı zamanda bu farklılığın hem toplumlar arası hem de aynı toplumda nesiller arası yaşandığını okuyucusuna hissettirecek bir üslup kullanmaktadır. “Sekiz arşın genişliğinde bir nehrin sağ tarafında en mücâz olan muamelat sol tarafında en şedîd mücâzâta layık görülmüyor” derken toplumlar arası farklılığı vurgulamakta; “Hiçbir milletin kavâid-i idaresi mecmuû'iyetiyle ahlâfına kalmamış hiçbir halk eslâfın kavâid-i idaresini mecmû'iyet itibariyle kabul etmek istemiyor”³⁶. Aynı toplumda nesiller arası farklılığa işaret etmektedir. Yani bir nevi Namık Kemal'in zihninde hem mekan hem de zaman itibariyle kanun ve kavâidin değişkenliği düşüncesi yer almaktadır. Bu örnekleri ise asıl o, bu değişkenliğin kaynağını nerede yattığına yönelik iki muhtemel cevabı gündeme getirmek için vermiştir. Onun ifadeleriyle “Acaba hukukta meşhûd olan bu ihtilâf bir ziyâyı hakikatın bunca kâbiliyât-ı mütenevviaya in'iağından dolayı mezâhiri itibariyle birer reng-i diğerde görünüşünden midir? Yoksa dünyada bir nefsü'l-emr mevcut değildir de hukuk ve onun ihtilâfâtı sır masnûât-ı beşerden midir?”³⁷ Namık Kemal zarafet ve sadelik taşıyan bu ifadesinin akabinde “Biz” vurgusuyla ilk görüşe katılanlardan olduklarını belirtir. Burada “Biz” vurgusunu, genel manada Müslümanları mı kast ederek yoksa özel manada Yeni Osmanlıları mı kast ederek kullandığı tam olarak belli değildir.

O bu görüşü desteklemek üzere problemi, hukukta “mebde-i evvelin vücudu”nun kabul edilip edilmemesi noktasına taşır. Bu hala modern Anayasa hukukunun temel problemlerinden birini oluşturan bir noktadır. Diğer bütün hukuk düzenlemelerinin meşruiyetlerini anayasadan aldıkları düşünülürse anayasanın meşruiyeti nereden gelmektedir? Ona göre “mebde-i evvelin vücudu” ya da onun zihin dünyasındaki karşılığı olarak Allah'ın vahiy yoluyla veya eşyaya akıl ile keşfetmek üzere tab' yoluyla koyduğu kanun ve kaideler olmaksızın toplumsal düzeni

³⁴ Ali Suavi, a.g.m., s. 27.

³⁵ İbn Abidin, **Mecmuatü Resâil**, Şirketi Sahafiyeye-i Osmaniye Matbaası, Dersaadet, 1325, c. II, s. 114-147.

³⁶ Namık Kemal, “Hukuk”, **İbret**, N. 5, s. 1.

³⁷ Namık Kemal, a.g.m., s. 1.

sağlamak için insanların tesis ettiği kanun ve kaidelerin meşruiyet kazanabilmesi mümkün değildir. Aksi insanı bir mebde-i evvel addetmek anlamına gelecektir ki bu hangi insanın tesis ettiği nizamın daha meşru olduğunun bir cevabı olamayacağından, Namık Kemal'in ifadesiyle "Hiç bir fert diğerinin hod-be-hod tayin ettiği hükme ser-fürû etmek istemez" olduğundan, "bâhirü'l-butlân" dir.³⁸

O zaman ölçü, meşruiyet kaynağı nedir? Buna Namık Kemal Hâkim-i kudretin tabiat-ı külliye halk ettiği hüsün ve kubuh cevabını verir ve bundan hareketle hukuku şu şekilde tarif eder: "Hukuk, tabâyi'-i beşerden mehâsin-i mücerredeye mutâbık olarak münba'is olan revâbit-ı zaruriye" dir.³⁹ Pür tabii hukuktan esinlenen bu tanımın geçerliliğini ve kapsayıcılığını göstermek için Namık Kemal diğer hukuk tanımlarının eksiklik ve yanlışlıklarını göstermeye koyulur. Bu sadette beş hukuk tanımına yer verir.⁴⁰

İlki "insanın tabiat-ı temeddününü üssü'l-hukuk addeden ve hak medeniyete mutâbık olan usuldür" görüşünde olanlardır. Bu tanımları, medeniyetin gelişmesinde "angarya" haksız çalıştırmada bir etken olduğu söylenebilir ama bunun haklı bir gerekçeye dayandığı söylenemez diyerek eleştirir.

İkinci olarak "İnsanın kendine yapılmasını istemediği şeyi kimseye yapmamasından ibarettir" görüşüne yer verir. Zulme uğrayana yönelik bu tanımın adalet tesis etmeyeceği eleştirisiyle bu tanımları da geçer.

Üçüncü olarak "Hukuk insanda olan istidâd-ı kemale hizmet eden şeylerden ibarettir" diyenlerin tanımları serdedilir. Bu tanımları ise bir tanımda aranması gereken "ağyarını men etme" vasfından yoksun olduğu için eleştirir. Zira ahlakta bunu sağlar.

Dördüncü olarak "ekseriyetin menfaati hangi fiilde ise hak odur" şeklindeki tanımları yer verilir. En geniş eleştirisi bu tanım üzerine serdedilir. Sanki "çoğunlukçu demokrasi" eleştirisi gibi okuyabileceğimiz bir içerik vardır bu değerlendirmede.

Son olarak "Hürriyet-i efrâdı umumun hürriyetince lazım olduğu dereceden ziyade tahdit etmemekten ibarettir" tanımına yer verilir. Bu tanımda da tahdidi mümkün kılan kemiyet müphem olduğu için reddedilir.

Bu eleştiriler ve değerlendirmelerden sonra Namık Kemal makalesini kendi tanımını tekrar ettikten sonra "Bizde hüsün ve kubuhu şeriat tayin eder" İfadesine yer verir ama buna da tanımdaki "hüsni-i mücerrede" muvâfakat kaydını ekler.

Ali Suavi ve Namık Kemal'in müstakilen hukukî görüşlerini ifade eden yukarıdaki metinler üzerine yaptığımız değerlendirmeden hareketle şu noktaların altını çizilebileceğini söyleyebiliriz. Öncelikle gerek Ali Suavi gerekse Namık Kemal'in hukukî görüşünde tabii hukuk anlayışının etkisi açıkça görülür. Her iki müellif de tabii hukuku birey-akıl temelli boyutu üzerinden yazılarına konu etmiş görünmektedirler. Buna bağlı olarak her iki müellifin de öncelikli meselesi, aklın vazz-ı kanun hususunda klasik hukuk yapısı içerisinde meşruiyet temelini bulması olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki müellifin de buna bağlı olarak klasik hukuk anlayışındaki hüsün-kubuh tartışmasına müracaat etme ihtiyacı hissettikleri

³⁸ Namık Kemal, a.g.m., s. 1.

³⁹ Namık Kemal, a.g.m., s. 2.

⁴⁰ Namık Kemal, a.g.m., s. 2.

görülmektedir. Aydınlanma'nın rasyonalitesine dayanan XVIII. yüzyıl tabii hukuk anlayışıyla klasik hukuk literatürü içerisindeki kavramlarının eklektik bir tarzda ele alındığı görülür. Aralarındaki ayrıntıya dayanan fark ise Ali Suavi, *ilm-i usulü'l-hukuk* olarak tanımladığı tabii hukuk telakkisi ile *usul-i İslamiye*'nin açık bir ifadeyle cem'ini gündeme getirmesiyle Namık Kemal'in klasik hukuk anlayışı içerisinde akıl-vahiy dengesinin sağlanabileceğine dair dolaylı yaklaşımında görülür.

Son olarak tekrar belirtmek gerekir ki Yeni Osmanlılar'ın hukuk telakkilerindeki bu tabii hukuk vurgusu iki işlevi haizdir. İlki siyasi muhalefetlerinin itiraz kabul etmez bir meşruiyete sahip hale gelmesidir. İkincisi ise tabii hukuk anlayışının argümanlarına da müracaat ederek İslam hukukunun akla uygunluğunu ve dönemlerinin hukukî ihtiyaçlarına cevap verme ve çözüm üretme konusunda yeterli olduğunu göstermektir. Onların muhalefet söylemi içerisinde tabii hukuk etkisi akıl-birey temelli boyuta sahiptir. Bu metinlerin kaleme alınmasından yaklaşık kırk yıl sonra bu sefer Ziya Gökalp bu metinlerin ve dolayısıyla tabii hukuk doktrinin etkisini göreceğimiz "içtimâî usul-i fıkıh" teziyle karşımıza çıkar.