



Makale Geliş | Received: 06.12.2023
Makale Kabul | Accepted: 06.02.2024
Yayın Tarihi | Publication Date: 20.03.2024
DOI: 10.20981/kaygi.1400899

Utku ATAŞ

Doktora Öğrencisi | Doctoral Student
Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe Anabilim Dalı, Sistematiik Felsefe ve Mantık Bilim Dalı, Ankara, TR
Ankara University, Institute of Social Sciences, Department of Philosophy, Division of Systematic Philosophy and Logic,
Ankara, TR
ORCID: 0000-0001-7020-4533
utkuuatas@gmail.com

Zarar İlkesi Üzerine: Üç Temel Eleştiriyi Tartışmak

Öz: Bu makalede bireylerin eylemlerine müdahale etmenin tek haklı gerekçesinin başkalarına zarar gelmesini önlemek olduğunu ifade eden “zarar ilkesine (Zİ)” getirilen üç eleştiriyi tartıştım. Öncelikle ilkeyi anlamlı kılabilen bir zarar tarifinin bulunmadığı eleştirisini ele alarak bu eleştirinin, ilkenin ancak problemsiz bir zarar tanımını ile birlikte makul kabul edilebileceği varsayımına dayandığını tespit ettim. Zarar kavramına ilişkin var olan bilgi dağarcığımızı görmezden gelmesi ve zarara başvuran ilkeler haricindeki diğer birçok ilkeyi de kapsayan genel bir şüpheciliğin önünü açması nedeniyle ilgili varsayımı reddetmemiz gerektiğini savundum. İkinci olarak, zarar vermenin yanlışlığının halihazırda yaygın olarak kabul ediliyor olmasından ötürü Zİ'nin bize yeni bir şey söylemediği, zararın türü/miktarı gibi güncel tartışmaların yoğunlaştığı noktalarda suskun kaldığı ve dolayısıyla artık işlevsiz olduğu eleştirisini değerlendirdim. Buna karşın hangi zarar tarifinin benimsendiğinden bağımsız olarak Zİ'nin, zararın varlığı kanıtlanmadıkça bireylerin eylemlerinde serbest bırakılmaları gerektiğini vurgulayan bir özgürlük karinesini temsil etme ve bazı eylemlerin zarar içermese dahi yasaklanabileceğini düşünen hukuki ahlakçılara yasak taleplerini gerekçelendirme yükümlülüklerini hatırlatma şeklinde iki önemli işleve halen sahip olduğunu iddia ettim. Son olarak Zİ'nin potansiyel kötüye kullanımlarına dair endişelere değindim. Bu endişelerin giderilmesi için yapılması gerekenin, zarar içeren eylemleri belirlemeye çalışmak değil, her eylemin bir miktar zarar içermeye olasılığına sahip olduğunu kabul ederek hangi tür zararların hukuken düzenlenmesi gerektiği özelinde makul bir seçenek ortaya koymak olduğunu iddia ettim. Zİ'nin suiistimallerinin genellikle zarar kavramının geniş yorumlanmasının ürünü olduğunu düşünerek, cebir ve hile eylemlerinin neden olduğu birinci derece zararları esas alan, hukuki öngörülebilirliği artıracak bir hukuki çerçeve benimsemeyi tercih ettim. Kuşkusuz bu tercih yasaklanması gereken bazı zararlı eylemlere karşı hukuki koruma sağlayamama riskini içermektedir; ancak bu, özgürlüğü korumayı taahhüt eden genel bir ilke ortaya

koymak için ödenmesi gereken bir bedeldir. Buradan hareketle, ele aldığım üç eleştiriden hiçbirinin Zİ'nin reddedilmesini gerektirmediği sonucuna vardım.

Anahtar Kelimeler: John Stuart Mill, Zarar, Zarar İlkesi, Hukuki Liberalizm, Zarar İlkesine Yönelik Eleştiriler.

On The Harm Principle: Discussing Three Main Criticisms

Abstract: In this article, I discuss three criticisms of “the harm principle (HP)”, which states that the only justification for interfering with individual’s actions is to prevent harm to others. First, I address the criticism that there is no definition of harm that can make the principle reasonable, and I find that this criticism is based on the assumption that the principle can only be considered reasonable with an unproblematic definition of harm. I argue that we should reject this assumption because it ignores our existing knowledge of the concept of harm and opens the way for a general skepticism that extends to many principles other than those addressing harm. Secondly, I consider the criticism that, since the wrongfulness of causing harm is already widely accepted, the principle tells us nothing new, is silent on the points where current debates intensify, such as the type/amount of harm, and is therefore no longer functional. On the other hand, I argue that, regardless of the definition of harm adopted, the HP still serves two important functions: Representing a presumption of liberty that emphasizes that individuals should be free to act unless the existence of harm is proven, and reminding legal moralists who believe that some acts can be prohibited even if they do not involve harm of their obligation to justify such prohibitions. Finally, I address concerns about potential abuses of the HP. I argue that what is needed to address these concerns is not to try to identify acts that involve harm, but to recognize that every act has the potential to involve some level of harm, and to make a reasonable choice as to which types of harm should be regulated by law. Considering that abuse of HP often arises from a broad interpretation of the concept of harm, I prefer to adopt a legal framework that would increase legal predictability, based on the first-degree harms caused by acts of force and fraud. Undoubtedly, this choice entails the risk of failing to provide legal protection against certain harmful acts that should be prohibited, but this is a price that must be paid for a general principle that is committed to protecting liberty. Thus, I conclude that none of the three criticisms I discussed require the rejection of HP.

Keywords: John Stuart Mill, Harm, Harm Principle, Legal Liberalism, Criticisms Of The Harm Principle.

Giriş

Özgürlük-güvenlik dengesinin sıklıkla tartışma konusu yapıldığı günümüz toplumunda kişisel özerklik ile toplumun genel refahı arasındaki hassas dengeyi ifade eden argümanların büyük bölümü, çoğunlukla *zarar ilkesi* -bundan sonra Zİ- etrafında şekillenmiştir.¹ Genellikle J.S.Mill ile anılan ilke esas olarak, bireyin özgürlük, özerklik veya eylemlerine müdahale etmenin kabul edilebilir tek gerekçesinin *başkalarına zarar gelmesini önlemek* (İng. *prevent harm to others*)

¹ Zİ kimi zaman -bazılarına göre tercihen- *özgürlük ilkesi* (İng. *principle of liberty*) olarak da adlandırılmaktadır (Westmoreland 2020). Bu tercih Mill’in de Zİ’yi kastederken ilgili tamlamayı kullanmasından ileri gelmektedir (Dülger 2020: 1482).

olduğunu savunur (Mill 2019: 22). Buna göre kişinin başka bir kişiye zarar vermeyen bir eylemde bulunması halinde, bu davranış kişisel özgürlüğün ifadesi olarak kabul edilir ve hiçbir hukuki sorumluluk doğurmaz. Bu çerçevede Zİ kişisel seçim, ifade ve kendi kaderini tayin etmenin değerini vurgulaması açısından liberalizmin alet çantasının en popüler ve etkili temalarından biri olarak değerlendirilmektedir.

Kişisel otonomiye yaptığı vurgu ilkenin, otoritelerin veya kurumların bireylerin kendi sözde iyilikleri için rızaları olmadan onlar adına karar almalarını içeren politikalar ile yaşadığı karşıtığa, başka bir deyişle *anti-paternalistik* karakterine işaret eder. Mill konu özelinde oldukça açık sözlüdür: “Bireye kendi maddi ve manevi iyiliği için de olsa müdahale edilemez, buna dair gerekçe oluşturulamaz... Bir kişinin topluma karşı sorumluluğu, davranışları başkasını etkilemeye başladığı anda ortaya çıkar. Birey kendisinden başka kimseyi ilgilendirmeyen bütün konularda özgürdür, kendi kendinin kralıdır” (Mill 2019: 22). Öte yandan Millci Zİ akıl hastaları ve reşit olmayanlar gibi gönüllü seçimler yapma yeteneğinden yoksun olan veya içinde buldukları olumsuz durumu öngörme şansına o an için sahip olmayan kişilerin kendilerine zarar veren/yüksek olasılıkla zarar verecek olan davranışlarının kısıtlanmasına izin verir ve kölelik sözleşmelerini onaylamaz (Mill 2019: 13-4; 88; 123-4; 129). Bu durum Zİ'nin zaman zaman ılımlı paternalist bir çerçevede ele alınmasına neden olsa da (Szerletics 2015: 95) her yorumcu bunların gerçek paternalizm örnekleri olduğunu kabul etmemektedir. New (1999: 68-9) yetersiz bilgiye dayalı eylemlere müdahale etmek ile failin muhakeme yeteneğindeki problemlere dayandırılan müdahaleler arasında ayırım yapmakta ve yalnızca ikinci durumların gerçek paternalizmi yansıttığını savunmaktadır (New 1999: 70-1). Archard (1990: 461-2) ise devletin bir kölelik sözleşmesini uygulamayı reddetmesinin paternalist niteliğini reddeder; çünkü ona göre bu yasak, bireylerin diledikleri gibi yaşamasını engellememektedir. Bu bağlamda Zİ'nin paternalizm ile ilişkisinin en iyi olasılıkla tartışmalı olduğu söylenebilir.

Çağdaş hukuk felsefesinde Zİ'nin en çok ilişkilendirildiği isim ise Joel Feinberg'dir. Feinberg ceza hukukunda zarar konusunu ele alan çalışmasında (Feinberg 1985) Zİ'nin *saldırı ilkesi* (İng. *offense principle*) olarak adlandırdığı genişletilmiş bir versiyonunu savunmuştur. Bu genişletme zararın somut sonuçlara ek olarak, aynı zamanda bireylerin ahlaki/duygusal denge ve değerlerini de içerecek şekilde anlaşılmasına olanak sağlamıştır. Saldırı ilkesi bireysel özgürlüklerin korunması ve devlet müdahalesinin sınırlanması bağlamında Zİ'nin bir uzantısı olmakla birlikte, fiziksel ya da birinci derece zararlar sonuçlanmasa bile, başkalarının "hassasiyetlerini" derinden rencide veya rahatsız eden bazı eylemlerin bireysel özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektirebileceğini öne sürmesi bakımından Millci Zİ'nin temsil ettiği *klasik liberal* hukuki paradigmadan hatırı sayılır düzeyde bir sapmayı ifade eder. İlgili sapma sonraları Feinberg'i de aşan bir şekilde, ilkenin konu edindiği zarar kavramına makullükten uzak birçok istisna eklenmesine neden olmuştur. Mill'in eserini kaleme aldığı on dokuzuncu yüzyıl boyunca devlet gücünün kapsamı üzerinde bir sınırlama ya da fren işlevi gören ve bireysel özgürlüklerin kalkını rolünü oynayan ilke, Epstein (1995: 371)'in saptadığı üzere, yirminci yüzyılın sonlarına doğru gerek haksız fiil/ceza hukuku gerekse de devletlerin idari/düzenleyici aygıtları dolayısıyla, geniş devlet müdahalelerini meşrulaştırmakla görevlendirilmiş bir sosyal kontrol aracı olarak kullanılmıştır. Buna paralel olarak, açıklık/kesinlik arayışı, kişi özgürlüklerine müdahalelerin minimize edilmesi, bireyler arasındaki çıkar dengesini gözetme, eylem ile zarar arasındaki nedenselliği tesis etme gibi amaçlara dönük revize çabalarının ürünü olarak, zarar kavramına ilişkin incelikli formülasyonlar öne sürülmüş; birçok çağdaş zarar tarifi literatüre kazandırılmıştır.²

² Zararın neliğine ilişkin ortaya konan bazı çağdaş teoriler için bkz. Feinberg 1984; Shiffrin 1999; Holtug 2002; Hanser 2008; Harman, 2009; Bradley 2012. Daha detaylı zarar tarifleri ve ek tartışmalar için bkz. Tadros 2016: 175-201.

Zarar kavramının ve Zİ'nin modern zamanlardaki anlaşılma/kullanım şekline ilişkin bu değişim ve gelişmeler, ilkenin çağdaş dönemdeki itibarını zedeleyecek biçimde -kimi zaman haklı olarak- kavramsal belirsizliklerin öne çıktığı bir yaklaşım olarak anılmasına neden olmuştur. Özellikle hukukun limitlerinin tespiti konusundaki yaşanan güncel başarısızlıklar Zİ'nin hatalı veya işlevsiz olduğu, bu yüzden rafa kaldırılması, Smith (2004: 59)'in deyimiyle "emekli edilmesi" gerektiği yorumlarını beraberinde getirmiştir. Bu makalede Zİ'ye getirilen bazı eleştirileri ana hatlarıyla tartışacağım. Geneli zarar sözcüğünün kullanımları ile ilintili olmakla birlikte anlatım kolaylığı açısından üç temel eleştiri çerçevesini ele alacağım:

1. Zİ'yi makul kılacak, kabul edilebilir bir zarar tarifi bulunmamaktadır.

2. Zarar vermenin yanlışlığı halihazırda yaygın olarak kabul edildiğinden, Zİ kavramsal yenilikten yoksun ve işlevsizdir.

3. Zİ zararın objektif bir şekilde tanımlanamaması nedeniyle potansiyel olarak kötüye kullanıma açıktır.

1. Uygun Bir Zarar Teorisinin Yokluğu Eleştirisi

İlk eleştiriye göre hiçbir zarar tarifi, Zİ ile entegre edildiğinde ilkeyi mantıklı hale getirememektedir (Holtug 2002; Petersen 2014; Jonas 2016). Yani hangi zarar tanımını referans alırsak alalım, en iyi aday bile Zİ ile birlikte düşünüldüğünde ilkeyi karşı sezgisel istisnalardan arındıramayacak, ilke her zaman için yasaklamaması gereken bazı eylemleri yasaklayacak, yasaklamaması gereken bazı eylemleri ise yasaklayamayacaktır. Refaha dayalı zarar tanımları üzerinden geliştirilen eleştiri şöyle şekillenir: Zarar vermeyi *kişinin çıkarlarını ya da refahını geriletmek* olarak anladığımızı varsayalım. İlgili zarar tarifi gereğince zarar, bireyleri zarara sebebiyet veren eylemin öncesine göre daha kötü bir duruma sokan olaylar olarak nitelendirilecektir. Buna karşın Holtug (2002: 368) kişinin acısının devam etmesini sağlamak için harekete geçilmemiş olunsaydı, acısının ortadan kalkacağı senaryoları gündeme getirir. Uygun bir örnek, kişinin doğal

yollarla dınecek olan baş ağrısının, ağrıyı bir süre daha sürdürmek amacıyla verilen bir hap nedeniyle *aynı şiddette* devam etmesi olabilir. Holtug'a göre bahse konu olasılıklarda kişi, öncesine göre daha kötü bir durum içinde bırakılmamakla birlikte açık şekilde zarara uğratılmıştır. Zarar vermek *kişiyi insanlığın ortalama refah seviyesinden daha kötü duruma getirmek* olarak tanımlandığında ise refah seviyesi ortalamanın çok üstünde kimselerin zarara uğrama olasılığı göz ardı edilmektedir. Eğer zarar *çıkarın/refahın ilerlemesinin engellenmesi* şeklinde yorumlanırsa bu kez de negatif özgürlüğün tesisi özelinde problemler yaşanacaktır. Çünkü zarar böyle anlaşıldığında Petersen (2014)'in verdiği karşı örnekte ifade edildiği üzere maaşınızın %6'sı yerine %5'ini bağışlamanız -yani aradaki %1'i bağışlamamayı tercih etmeniz- bağışta bulunduğunuz kişinin potansiyel refahının ilerlemesini engellediğiniz anlamına gelecektir. *Sadece ahlaki açıdan yanlış olan zararları yasaklamayı* denediğimizde ise yine Petersen (2014: 212)'e göre Zİ'nin zarar bileşeni gereksiz hale gelmekte, Zİ'nin es geçilerek yerine hangi tür eylemlerin hukuken yasaklanması gerektiğinin belirlenmesinde *salt ahlaki* bir teori kullanılmasının önünde hiçbir engel kalmamaktadır.

Gelinen noktada eğer bu eleştiri haklıysa, olası zarar tariflerinin hiçbiri, Zİ'nin anlamlı çerçeveye oturan bir versiyonuna olanak sağlamamaktadır (Holtug 2002: 373). Dolayısıyla Zİ'nin hatalı olduğu sonucuna ulaşmamız gerektiği düşünülebilir, ancak bu aceleci davranmak olurdu. Zira Zİ'nin yanlış olduğunu göstermek, bir dizi zarar açıklamasıyla birlikte Zİ'ye istisnalar üretmekten daha fazlasını gerektirir. Zİ'nin yanlışlanması, problemin zarar tariflerinden bağımsız olarak Zİ'de olduğunun ispat edilebilmesine bağlıdır. Peki eleştirinin yaptığı bu mudur? Eleştirel argümanların yöneldiği ana hedef (Zİ + verili zarar tariflerinden biri) dir; izlenen yöntem ise basitçe çeşitli zarar tariflerinin kendi içlerinde barındırdıkları problemlerin ortaya konulmasıdır. Yani asıl eleştiri konusu yapılan şey, Zİ'den ziyade zarar kavramının rafine bir tanımına ulaşamamasıdır. Başka bir deyişle eleştirmenlerin şüphe ile yaklaştıkları Zİ'nin kendisi değil, Zİ'nin nesnesi olan zarar tarifleridir ve eğer ortada karşı örneklerin ortaya çıkmasına neden olan

problemler varsa bu Zİ'den değil, referans alınan zarar tariflerinden ileri gelmelidir (Folland 2022: 11). Nitekim, zararı eksik tanımlayan bir formülasyon Zİ ile birleştirildiğinde, kuşkusuz ilke haklı olarak müdahale edilebilecek zarar içeren bazı eylemleri dışlamaya devam edecektir. Sonuç olarak ilk eleştirinin yaptığı, yukarıda ifade edilen zarar tariflerinin Zİ ile birlikte düşünüldüğünde bazı karşı örneklere açık olduğunu göstermekten ibarettir; bu bize -eğer varsa- sorunun Zİ'de olduğunu düşünmek için iyi bir neden sunmaz. Çünkü Zİ'nin yanlış olduğu sonucuna varması beklenen geçerli bir argüman, sözü edilen zarar tariflerinden birinin doğru olduğunu da göstermeliydi ki, problemin zarara ilişkin semantik belirsizliklerden değil, bizzat Zİ'den kaynaklandığına kanaat getirilebilinsin. Ancak bu gereklilik yerine getirilmemiştir. Hal böyleyken, verili zarar tanımlarını Zİ'nin doğruluğunu test etmek için kullanmak yanıltıcı olacaktır.

Buna rağmen her ne kadar problemin zararın tarifleri yerine Zİ'nin kendisinden kaynaklandığına dair bir argüman ortaya konulmasa da (Zİ+ zarar teorisi) birleşiminin sorunsuz bir versiyonunun bulunmadığı iddia edilerek Zİ'ye temkinli yaklaşmak gerektiği savunulmak istenebilir. Ancak, bu iddia oldukça tartışmalı bir hipoteze dayanmaktadır:

φ : Zİ ancak gelişmiş ve problemsiz bir zarar teorisi varsa makul kabul edilebilir (Folland 2022:12).

Zİ'yi savunanlar açısından φ 'yi reddetmek için iki ikna edici gerekçe vardır: İlk olarak φ zararın neliğine ilişkin halihazırdaki bilgi dağarcığımızı ikinci plana iten bir perspektifi yansıtmaktadır. Oysaki geniş ölçüde kabul gören zarar tariflerine, hiç olmazsa zarar içeren durumların neye benzediği konusunda bir dizi yargı veya sezgiye açıkça sahibiz: Örneğin fiziksel şiddet ve hırsızlık eylemleri zararlıyken, birisini akşam yemeğine davet etmemek zarar içeren bir eylem olarak değerlendirilmez. Bunun yanı sıra Zİ zarar kavramına başvuran yegane normatif ilke değildir. Folland (2022: 11)'in tespit ettiği üzere, çift etki (İng. *double effect*), zarar verme- zarara izin verme (İng. *doing vs. allowing harm*) vb. doktrinlerin

birçok versiyonu zarar kavramına başvurur. Shafer-Landau ise kendi etik teorisinde zarar vermenin yanlışlığını varsayımsal başlangıç noktası olarak tespit eder: Diğer insanlara kasıtlı olarak zarar vermek haklı bir gerekçe gerektirir. “Etikte varsayılan pozisyon şudur: [Hiç kimseye] zarar verme. Bazen başkalarına zarar vermek ahlaki açıdan kabul edilebilir, ancak bunu [zarar vermek] yapmak için mükemmel bir neden olmalıdır” (Shafer-Landau 2021: 6). Yine bir eylemin ahlaki açıdan yanlış olarak nitelenmesini eylemin zarar içermesine endeksleyen - bir davranış ancak başkalarına zararlıysa ahlaki açıdan yanlış kabul edilebilir- bakış açıları (Brown 2010; Boonin 2014) da literatürde kendine yer bulmuştur. Görüldüğü üzere birçok teorinin merkezinde yer alan zarar kavramının, filozoflar arasında geniş ölçüde kabul gören temel bir yargılar kümesine işaret ettiği gözlemlenmektedir. Zararın doğası konusundaki süregelen tartışma ve uzlaşmazlıklar, mevcut bilgi düzeyimizin zarar kavramını kullanmak için yeterli olduğu gerçeğini değiştirme kapasitesine sahip değildir. Burada problem, eleştirmenlerin zararla ilgili genel bir kavrayışın ötesinde beklentilere sahip olmalarıdır. Ne var ki bu beklentiye anlamlı ve adil bulmak olanaklı değildir; zira dinamik ve kompleks olan gerçek hayatta hiçbir şey mükemmel değildir. En iyi şekilde tasarlanmış bir zarar teorisi dahi bünyesinde beklenmedik, tahmin edilmesi olanaksız istisnalar barındırma potansiyeli taşır. Fakat gelişmiş ve problemsiz bir zarar teorisinin ortaya konamamasının Zİ için bir dezavantaj olduğunda halen ısrar edilecekse, rasyonalizasyon ürünü her soyut ilkenin bu dezavantajdan en az Zİ kadar payına düşeni alacağı gerçeği unutulmamalıdır. Örneğin Zİ yerine hak kavramına dayalı bir ilke benimsenmek istenirse, bu kez ilgili ilkenin savunucularının hak kavramının neliğine dair problemsiz bir teoriye atıfta bulunmaları gerekecektir- fakat Zİ'nin geçerliliğine ilişkin φ 'yi savunan teorisyenlerin mevzubahis hak temelli bir teori olduğunda aynı talepkar bakış açısını benimseme konusunda aynı isteği gösterip göstermeyecekleri belirsizdir. Bu saptama φ ile ilgili ikinci ve daha önemli problemi gündeme getirir. Bir an için φ 'nin doğru olduğunu, zararın detaylandırılmış ve problemsiz bir tanımının

verilememesinin Zİ'yi geçersiz kılacağını kabul edelim. Aynı talep istikrarlı şekilde sürdürüldüğünde benzer birçok ilkeye ilişkin kimi semantik belirsizlikler de verili ilkelerin doğrudan reddedilmesi gerektiğini ima edecektir. Yani φ 'nin kabulünün çoklu ve çelişkili yorumlara sahip kavramlara başvuran tüm felsefi ilkelere tutarlı şekilde genişletilme riskini yansıtan geniş çaplı bir şüpheciliği beslemesinin önünde hiçbir engel yoktur. Bu bağlamda Zİ ve benzeri ilkelerden başvurdukları kavramları problemsiz şekilde tanımlayarak işe başlamaları istendiği sürece söz konusu şüphecilik tehdidinin nasıl önüne geçilebileceğini görmek zordur.

2. Zİ İşlevsiz mi?

Diğer bir eleştiri grubu ise Zİ'nin işlevsiz olduğu yönündedir. Eleştirinin ilk versiyonuna göre toplumun destekleyebileceği hemen her hukuki yasak için, yasağı destekleyenlerin yasaklamak istedikleri eylemin zarar içerdiğini, en azından belirli bir mağdura olmasa bile toplumun dokusuna bir tür "zarar" verdiğini düşünme eğiliminde olmaları mümkündür. Örneğin, fuhşun yasadışı olması gerektiğini düşünen bir kişi, fahişeye veya fahişenin hizmetleri için ödeme yapan kişiye verilen doğrudan bir zarara rastlanmasa bile, nesneleştirilmelerine katkıda bulunularak genel anlamda kadınlara dolaylı zararlar verildiğini iddia edebilir. Bu anlamda neredeyse herkes aslında Zİ'nin genişletilmiş bir versiyonunu destekler gözükmektedir. Ayrıca zarara ilişkin yaygın olarak kabul görmüş yargılarımızı da göz önünde bulundurursak, bireylere müdahale etmenin tek haklı gerekçesinin başkalarına zarar gelmesini önlemek olduğunu düşünmek oldukça doğal bir hal alacaktır. Gelineen noktada eleştiri, Zİ'nin temelde insanların başkalarına zarar vermemesi gerektiğini vurgularken yeni ve özgün bir perspektif sunmadığı yönündedir. Yani zarar vermenin doğası gereği yanlış olduğu çeşitli etik çerçevelerde zaten yaygın olarak kabul edilip vurgulandığı için Zİ aslında kavramsal bir tekrardan ibarettir; hukuki ve etik çerçeveler içerisinde özel bir katkı sunmaz. Başka bir deyişle Zİ'nin yaptığı basitçe malumu ilam etmekten fazlası değildir. Zİ geçmişte belirli eylem kategorilerini yasal yaptırımların dışında

tutmak gibi liberal amaçlarla kullanılsa da hangi ahlaki kusurların suç olarak değerlendirileceğine dair nihai kararların alınmasında hiçbir zaman belirleyici rol oynamamıştır; zarar kavramı bir nevi *gerek ancak yeter olmayan koşul* olarak görülmüştür. Fakat ilkenin Mill'den sonraki geçirdiği gerek merkezi otoriteler gerekse de bizzat birey ve toplumlar tarafından zararlı olarak kabul edilen eylemlerdeki enflasyonu temsil eden tarihsel dönüşümle beraber zarar kavramı, gerek koşul sıfatını da kaybetmiştir (Harcourt 1999: 114). Bünyesinde zarar barındıran dışsal faktörlerin tespiti özelinde yaşanan ilgili perspektif değişimi, Zİ'nin bir zamanlar belki de devrim niteliğinde olan zararın yanlışlığı ve kişisel özerklik vurgusunun bugün anlamını yitirmesine neden olmuştur. Sonuç olarak günümüzde mesele artık zararın varlığı/yokluğu değil, zararın türü/miktarı, zararların karşılaştırılmasını sağlayacak bir hiyerarşi teorisinin olanağıdır; Zİ bu konularda bütünüyle sessizdir.

Bu eleştiriyi iki nedenle ikna edici bulmuyorum. İlk neden, Zİ'nin zarara ilişkin yukarıda sözü edilen kompleks tartışmalara giriş yapılabilmesini olanaklı kılmak gibi oldukça somut bir işlevi bulunmasıdır. Zira hukukun zararın yasaklanması gerektiği belirtilmeksizin zarara dair ifade edilen detay meselelere geçişin nasıl gerçekleştirilebileceği açık değildir. Zİ'nin buradaki işlevi dünyadaki bütün hukuk sistemlerinin ihtiyaç duyduğu bir karine ya da epistemik başlangıç noktasını temsil etmek şeklinde anlaşılabilir. Kuşkusuz bu karine zarara ilişkin zor sorulara her zaman peşinen yanıt veremeyebilir fakat zaten bir karineden beklenen de bu değildir. Evrensel hukuktaki yerleşik karinelerin amacı yargıya ve daha spesifik olarak yargıca *tutunacak bir dal vermektir*. Örneğin suçu kesinleşmedikçe hiç kimsenin hükümlü olarak nitelenemeyeceğini ifade eden masumiyet karinesini düşünün. Bu hukuk doktrininin yargıca söylediği basitçe şudur: Yargılamaya sanığı masum kabul ederek başla ve hukuki süreci bu varsayım üzerinden yürüt. Görüldüğü üzere masum(luk) kavramını nesnesi haline getiren masumiyet karinesi de özünde kimin masum olup olmadığına dair neredeyse hiçbir şey söylemez. Halbuki masumiyet karinesinin masumiyetin neliği özelindeki

suskunluğu ya da çoğu insan tarafından zaten kabul ediliyor olması genellikle onu anlamsız kılan bir kusur olarak yorumlanmamakta, bilakis karine, keyfi cezaların önüne geçerek hukukun üstünlüğünü korumaya hizmet eden bir hukuk doktrini olarak anlaşılmalı ve adil bir yargılamanın güvencesi olarak gösterilmektedir. Benzer şekilde, zararın sınırlarının bulanık olduğu en kötü durum senaryosu düşünüldüğünde bile Zİ'den vazgeçmek kolay değildir. Çünkü Zİ zararın nasıl kavranması gerektiğine dair genel sezgilerimizden öte hiçbir şey söylemese de zararın varlığı kanıtlanmadıkça bireylerin eylemlerinde serbest bırakılmaları gerektiğini ifade eden bir özgürlük karinesi olarak yorumlanabilme potansiyelini taşımaya devam edecektir.

Öte yandan yasaklanmak istenen çoğu eylemde bir tür zarar tespit edilebilme olasılığına ve toplumun/devletin hukuki yasak talep ya da girişimlerinde eylemlerin potansiyel zararlarını göz önünde bulundurmasına rağmen belirli davranış biçimlerinin *tamamen ahlaki gerekçelerle* yasadışı sayılması gerektiği fikrini halen paylaşan kimseler olabilir. Ek olarak bu kimseler ilgili davranışların zarar mülahazalarından bağımsız olduğunu düşünebilirler- olası örnekler, zarar içermese bile insan doğasına aykırı oldukları nedeniyle yanlış olduğunu düşündükleri bazı cinsel eylem biçimleri olabilir. Bu bakış açısı hukukun, toplumun yaygın olarak paylaşılan ahlaki yargılarıyla çatışan davranışları, *ortada başkalarına verilmiş herhangi bir zarar bulunmasa bile* yasaklamak için meşru şekilde kullanılabileceğini iddia eden *hukuki ahlakçı* (İng. *legal moralist*) görüşü ifade eder.³ Hukuki ahlakçılık birey özgürlüklerinin kolektif ahlaki değerlerle çatışması halinde meşru bir şekilde kısıtlanabileceği fikrine

³ Bu nokta, hukuki *ahlakçıların* karşısındaki hukuki liberallerin hukukun ahlakla hiçbir ilgisi olmadığını iddia ettikleri şeklinde yanlış bir yoruma sebebiyet vermemelidir. Birçok liberal hukuk teorisyenine göre hukuk ahlakla yakından ilişkilidir ve genellikle ahlaki, yani belirli değerleri ve ahlaki yargıları yansıtır/yansıtmalıdır; hukuk belirli insan davranışlarını düzenleyen normatif bir kurallar bütünüdür. Dahası, bu teorisyenler için hukukun limitlerine ilişkin isabetli bir ilke seçmek ahlaki bir süreçtir. Çünkü bu seçim hangi eylemlerin *ahlaki olarak* hukuken yasaklanabileceğini belirleyen bir kriter belirlemeyi içerir. Liberallerin burada karşı çıktığı şey, herhangi bir zarara yol açmasa da ahlaka aykırı davranışların *sırf ahlaka aykırı oldukları için* yasaklanması gerektiğini iddia eden hukuki ahlakçıların bakış açısıdır.

dayanır; yani devletin zorlayıcı gücünü ortak ahlaki yargıları korumak için kullanmasına izin verilebileceğini ima eder. Genellikle (Lord) Patrick Devlin ile ilişkilendirilen teori⁴ yine onun ifadelerinde şöyle somutlaşır:

Erkekler ve kadınlar, iyi ve kötü konusunda temel bir anlaşma olmadan bir toplum oluşturmaya çalışırlarsa başarısız olurlar; eğer onu ortak bir anlaşmaya dayandırılırlarsa ve bu anlaşma bozulursa, toplum parçalanır. Çünkü toplum fiziksel olarak bir arada tutulan bir şey değildir; görünmez fikir bağları tarafından tutulur. Eğer bağlar çok gevşerse üyeler birbirlerinden uzaklaşır. Ortak bir ahlak bu bağlılığın bir parçasıdır. Bu bağlılık toplumun [toplum olmanın] bedelinin bir parçasıdır ve topluma ihtiyacı olan insanoglu bu bedeli ödemek zorundadır (Devlin 1965: 10).⁵

Gelinen noktada bireyin eylemlerine müdahale etmenin kabul edilebilir tek gerekçesinin başkalarına zarar gelmesini önlemek olduğunu vurgulamak, zarar içermeyen eylemlerin yasaklanmasının meşru gösterilebileceğini düşünenlere, söz konusu eylemlerin yasaklanmasını gerekçelendirme yükümlülüğünün kendilerine ait olduğunu hatırlatır. Bu, Zİ'nin hukuki ahlakçılığa karşı ilkesel bir muhalefeti ifade etme şeklindeki diğer bir işlevi olarak değerlendirilebilir. İlgili işlevin derecesi, bir eylemin suç sayılması için ahlaka aykırılığın yeter koşul olduğu fikrinin popüleritesiyle doğru orantılıdır.

Eleştirinin ikinci versiyonu ise zarar vermenin basitçe, zarar verilen kişi için kötü eylemlerde bulunmak anlamına geldiği ve bu yüzden Zİ'nin zarar bileşeninin gereksiz olduğu iddiasına dayanır.⁶ Hanser eleştirisini şöyle dile getirir:

İlk olarak A'nın ancak ve ancak eylem ya da ihmallerinden biri B'nin refahını olumsuz etkiliyorsa B'ye zarar verebileceğini söyleyelim. Bu son derece geniş

⁴ Bununla birlikte hukuki ahlakçılık Sir James Fitzjames Stephen'in 1874 tarihli *Liberty, Equality and Fraternity* başlıklı eserine kadar geri götürülebilir. Görüşün bazı çağdaş temsilcileri için ise bkz. Moore 1997; George 1993, 2001; Murphy 2007; Duff 2016.

⁵ Ayrıca, bir hukuki pozitivist olan H.L.A. Hart da eşcinsel davranışların hukuki statüsüne ilişkin reform öneren Wolfenden Raporu'nu eleştiren Devlin'in, ahlakın hukuk tarafından dayatılabilirliği konusundaki fikirlerine itiraz etmiştir. Hukuk sistemlerinin öznel ahlaki normlardan ziyade sosyal kural ve sözleşmelere dayanan olgular olarak analiz edilmesi gerektiğine inanan Hart, özellikle başkalarına verilmiş herhangi bir açık zararın veya hak ihlalinin bulunmadığı konularda belirli bir ahlaki normu uygulamak için *hukuku* kullanma özelinde oldukça şüpheliydi. Devlin'in rapora ilişkin eleştirileri için bkz. Devlin 1965. Hart'ın Devlin'e itirazları için bkz. Hart 1963, 1965, 2011. Hart-Devlin tartışmasına ilişkin detaylar ve ek yorumlar için bkz. Cane 2006; Uzun 2015.

⁶ İlgili eleştiri şu haliyle refah temelli zarar teorisine yöneltilmiş olsa da genişletilmiş her zarar tanımına -ve bu tanımları referans alan Zİ versiyonlarına- karşı ileri sürülebilir.

anlayışa göre bir eylemin birine zarar vermesi, onun için kötü olmasıyla aynı şeydir. Bir ahlaki teorinin bir eylemin birini nasıl etkilediğine ilişkin ilgisi, sadece o eylemin kişi için iyi veya kötü olup olmadığı sorusu ile sınırlıysa, bu teorinin zarar kavramına özel bir ihtiyacı yoktur. Sadece kötü kavramının kullanılması yeterlidir (Hanser 2013: 2299).

Zarar ve kötü kavramlarının birbirleri yerine kullanılabileceği iddiasına yönelik somut bir tavır takınmamakla birlikte, hangi olasılık tercih edilirse edilsin bunun Zİ'ye karşı güçlü bir argüman sunmadığı kanısındayım. Öncelikle bu semantik eşitlemenin isabetli olmadığı iddialarını göz önünde bulunduralım. Zarar verme kavramından kurtulup bunun yerine kötü olma kavramını kullanabilmemiz için en azından bir olayın birine zarar verdiğini belirtmek istediğimiz her an, ilgili olayın o kişi için kötü olduğunu da ifade edebilmemiz gerekir. Fakat bu noktada hangi zarar tanımının benimsendiğine bağlı olarak, bir olayın kişi için kötü olmadan zararlı ya da zarar içermeksizin kötü olabileceğini iddia etmek isteyenler çıkabilir (Zhou 2022: 540). Örneğin hasta bir kişinin iyileştirilmesi için biri faydalı, diğeri çok faydalı iki tedavi yöntemi düşünün. Doktor daha az fayda sağlayan yöntemle göre tedavi uyguladığında, doktorun karşıolgusal (İng. *counterfactual*) senaryoda daha çok fayda sağlayan yöntemi seçeceği biliniyorsa, refah temelli zarar tarifini benimseyen kimseler, hastanın refahının gerçek dünyada karşıolgusal dünyadakinden daha kötü durumda olduğunu ileri sürerek, tedavi eyleminin hasta için iyi olmasına rağmen doktorun hastaya zarar verdiğini iddia edebilirler. Yine benzer şekilde, silahın mermisinin başınıza isabet etmesi sonucu ölmeniz şeklindeki karşıolgusal durumu kazara önleyen, kolunuza ateş edilmesi eyleminin, meydana gelen refah artışı nedeniyle zarar vermeyen ve aynı anda kişi için kötü sonuçlara yol açan bir eylem olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlar olabilir. Bu kimseler haklıysa zarar verme ve kötü olma kavramları ayırt edilebilir ve birbirlerine yerine kullanılamaz; hal böyleyken Zİ'nin zarar bileşeninin gereksiz olduğu söylenemez. Hanser'in haklı olduğunu, yani bir olayın kişiye zarar vermesi ile kişi için kötü olmasının aynı anlama geldiği olasılığı düşündüğümüzde ise eleştiri nihayetinde kılık değiştirmiş bir terminolojik endişeden ibaret gibi görünmektedir. Eğer bu doğruysa ilkenin farklı sözcüklerle yeniden ifade edilmesi,

yerine getirmesini beklediğimiz işlevi temsil eden muhtevası üzerinde negatif bir etkide bulunmuyor demektir.

3. Kötüye Kullanım Eleştirisi

Son olarak Zİ'nin kötüye kullanım potansiyeline dair endişelere değineceğim. Öncelikle kaynağını doğrudan sosyal pratiklerden almasının, bu eleştiriyi diğerlerine nazaran daha somut ve anlamlandırılabilir kıldığını itiraf etmek gerekir. Gerçekten de Zİ'yi tanımlayan soyut kavramların açık uçluluğu, ilkenin yasak ilan edilecek eylemlere ilişkin öngörmesi beklenen sınırların makuliyetini olumsuz etkileyecek biçimde kullanılmak istenebilir. Suistimler çeşitli şekillerde kendini gösterebilir: Örneğin ceza hukukunda hukuki cebri talep edenler, taraflar dışındaki üçüncü kişiler için zararsız olan fakat toplum genelinde onaylanmayan davranışların cezai olarak yasaklanmasını haklı gösterecek şekilde Zİ'yi genişletmek için kamu yararı kavramının esnekliğini kullanma eğiliminde olabilirler. Ya da *başkalarına zarar gelmesini önleme* tamlamasındaki *önleme* sözcüğü oldukça uzak ya da derece olarak önemsiz potansiyel zararların önleyici tedbirlerini meşru gösterecek şekilde yorumlanmak istenebilir. Bununla birlikte Zİ'nin kötüye kullanımlarının büyük çoğunluğu zarar kavramının geniş yorumlanmasının ürünüdür. Perşak (2007: 78)'in belirttiği üzere, çeşitli politik/kültürel oryantasyonlara sahip baskı grupları sıklıkla zarar olarak nitelenmeyen/nitelenmemesi gereken eylemleri yasak alanına sokmaya ve ilgili eylemlerin zarar olarak görülmesini sağlamaya çalışabilir; bunun sonucunda kamuoyu belirli eylemlere karşı duyarlı hale gelebilir/getirilebilir. Devlet, millet, toplumun değerleri gibi herhangi bir hukuk politikasının çekirdeğini oluşturmak için fazla muğlak ve suistimale açık kavramlar zararın sınırlarının genişletilmesi adına mükemmel işlev görebilir.

Daha genel olarak, bireylerin öznel tercihlerinin sıklıkla çatıştığı bir dünyada yaşamaktayız. Zaten özgürlüğün korunmasının bu denli zor olmasının nedeni de bireylerin öznel çıkarlarının hukuki çıkarlarını aşmasıdır. Ebeveynler

çocuklarının kariyer kararlarını etkilemek/belirlemek isterler; oysa bu kararların sonuçlarına ilişkin hiçbir hukuki çıkarları yoktur. Benzer şekilde ayrılık acısı çeken bir sevgili, eski aşkının başkasıyla evlenmesini engellemek isteyebilir. Zararın geniş yorumlanmasının gerektirdiği, bu kişilerin öznel çıkarlarına hukuki koruma sağlamaktır. Ancak bu strateji bir sorunu çözerken daha büyük ikinci bir sorun yaratır: Artık çocuklar kendi kariyerlerini şekillendirmede hukuki korumaya sahip olmayacak ve tüm boşanmış kimseler eski partnerlerinin merhametine kalacaktır. İlgili durum kişilerarası neredeyse tüm düzenlemelerde böyledir. Bireylerin kendi mutluluklarını artırmak için başkalarının hayatlarını etkilemeye yönelik ortak ve yaygın arzularının varlığı yadsınamaz. Toplum içerisinde kayda değer nüfuza sahip gruplar ve otorite konumunda bulunan kişi/kurumlar için ise bu arzular karşı koyulması zor birer cazibe halini alır.

İlkenin söz konusu kötüye kullanım potansiyeli, hangi eylemlerin hukuken yasaklanması gerektiği konusundaki kavramsal açık uçlulukları bertaraf edecek, vaka bazlı yaklaşımın (İng. *case-by-case approach*) ötesine geçen ilkesel bir çözüm bulma konusunda kötümserlik yaratabilir. Fakat hukuki partikülerizme yönelik bu daveti geri çevirmemiz gerektiği kanısındayım. Zira sosyal organizasyonun diğer herhangi bir genel ilkesi de benzer şekilde kolaylıkla çarpıtılabilir. Eğer kötüye kullanım potansiyeli tek başına sizi bu ilkeyi reddetmeye götürüyorsa -tutarlılık kaygısı taşıdığınızı varsayarsak- şimdiye dek önerilmiş neredeyse tüm ilkeleri de aynı nedenle reddetmeniz gerekir. Açıkçası, bu tür bir *radikal* teorik yükün altına girmenin ne derece rasyonel olduğu tartışmalıdır. Keza vaka bazlı çözümlere yapılan geçici başvurular, kusurlu genel teorilerin bazı alışlageldik kusurlarını gidermede başarı sağlasa da farklı sezgileri organize edebilen kapsayıcı bir teori kadar işe yaramayabilir (Epstein 1995: 371). Zî'nin kötüye kullanılma olasılığı, ona dayanan bir hukuk politikasının *genel çerçevesini* tespit etmeye engel değildir. Bilakis suistimallerin önüne bir nebze de olsa geçilmek isteniyorsa bu, yine ilkenin yeniden gözden geçirilmesiyle başarılabilir.

Bununla birlikte, ister pozitif hukukun içinde doğrudan yer alsın isterse de genel bir meta-hukuk ilkesi olarak yorumlansın, hukuk pratiğinde işgörmesi beklenen bir Zİ versiyonu *hangi eylemlerin zarar içerdiğine ilişkin* kesin bir liste sunmaya çalışmamalıdır. Zira bireysel eylemlerin, onları gerçekleştiren kişiler, bu kişilerin muhatap olduğu kimseler ve doğrudan ya da dolaylı olarak etkiledikleri kişiler için pek çok sonucu vardır. Bu eylemlerin tüm sonuçlarının bütün insanlar için aynı olması beklenemez; bazılarının iyi, bazılarının kötü olması çok daha olasıdır. Her cinayet, tecavüz ya da hırsızlık eylemi birilerine fayda sağlarken toplumun geneline büyük kazanımlar sağladığı yaygın olarak kabul edilen çoğu eylem de birtakım üçüncü kişilere zarar verebilmektedir. Yapılması gereken, her eylemin bir miktar zarar içermeye olasılığına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, *hangi tür zararların hukuken düzenlenmesi gerektiği* konusunda makul bir seçenek ortaya koymaktır. Bu seçeneğin, yasak ilan edilecek eylemlerin tespiti özelinde temelde *birinci derece zararları referans alan* bir hukuk politikası benimsemek olduğunu iddia ediyorum. Birinci derece zarardan kastettiğim ise *cebir* (İng. *force* ya da *coercion*) ve buna ek az sayıda eylem kategorisi ile sınırlanmış zararlardır. Bunu zarar ve cebir terimlerinin olağan birlikteliğine dayandırıyorum: Eğer cebir, zarardan bağımsız olarak düşünülürse zarar içermeyen ve hatta nadir görülen faydalı cebir vakalarının mevcudiyeti gözden kaçırılır.⁷ Uygun bir örnek, kendini uçurumdan aşağı bırakmaya niyetli arkadaşınızın intiharını cebren engellemenizdir ki sırf bu eyleminizden ötürü hukuken sorumlu tutulmanız muhtemelen adil bulunmazdı. Zararı cebirden ayrı ele almaya çalıştığımızda ise serbest piyasa rekabeti gibi cebir içermeyen ve hukuken yasaklanması makul olmayan zarar vakaları karşımıza çıkar. Bu bağlamda Zİ'nin pratikte *cebren* ve *hile* (İng. *fraud*)⁸ yoluyla verilmiş zararlara karşı hukuki koruma sağlayacak şekilde

⁷ Cebir terimi bazen yalnızca haksız güç kullanımlarını kapsayacak şekilde veya daha geniş bir anlamda, fiziksel güç içermeyen cebir biçimlerini de içerecek şekilde kullanılır. Ben bu kavramı haklı olsun ya da olmasın fiziksel güç kullanımı ya da tehdidini kastetmek için kullanıyorum.

⁸ Hile terimini hırsızlık, dolandırıcılık (sahtecilik, yolsuzluk gibi benzer aldatıcı mahiyetteki eylemler dahil) ve iftirayı kapsayacak şekilde kullanıyorum. Her ne kadar cebir ve hileye iki ayrı kategori olarak yer vermeyi tercih etsem de hile başlığı altında değerlendirilebilecek eylemlerin bir

sınırlanması tercih edilesi bir yöntemdir.⁹ Buna göre birinci derece zararlar dışındaki dolaylı zarar ya da tatminsizliklere yol açan eylemlerin hukuki yasak kapsamına alınmasına ilişkin her talep, talep sahibine ikna edici bir neden ortaya koyma sorumluluğu yükleyecektir. Zira insanların sosyal etkileşimlerinde fiziksel saldırganlık ve hileye başvurmaktan kaçındığı bir dünya tasavvur etmek, bireylerin sırf başkalarının hoşnutsuzluğundan kaçınmak için davranışlarını sürekli değiştirmek zorunda oldukları bir toplumda yaşamaktan daha kolaydır. Hukuki yasağa tabi eylemlerin tespiti özelinde liberal kaygıyı temsil eden ilgili sınırlama, yargıca görece açık ve anlaşılır zararlar ile baş başa kalma avantajı sağlayacaktır. Mevcut koşullardaki artan hukuki öngörülebilirlik, ilkeyi kendi öznel çıkarlarına göre şekillendirmeye istekli kişi ve gruplar için önemli bir zorluk teşkil edecek ve potansiyel suistimal girişimlerini büyük ölçüde engelleyecektir. Dahası bu yapılırken önlenme zorunlulukları neredeyse evrensel olarak kabul gören zararlar üzerinde çalışıldığından Zİ'nin sezgisel çekiciliğinden de feragat edilmemiş olunur. Tersine, yasağa tabi olacak eylemlerin sayısı artırıldıkça itiraz ve ihtilafların tırmanması kaçınılmazdır. Öte yandan ilkenin yasakladığı eylemlerin kapsamını dar tutarak eylem özgürlüğüne öncelik tanımak, kötüye kullanım eleştirisinden bağımsız olarak da tercihimiz olmalıdır. Fakat serbestiyet tanıdığımız eylemlerin zarar içermediği şeklinde nahif bir inançtan değil, *yasaklanması gereken bir eylemi*

çeşit dolaylı cebri içerdiği fikri de literatürde kendine yer bulmuştur. Örneğin Rand (1964: 111) cebri ya da güç kullanımını fiziksel olanla sınırlı tutmamıştır : “Sözleşmenin tek taraflı ihlali, dolaylı bir fiziksel güç kullanımını içerir: Özünde, bir kişinin diğerinin maddi değerlerini, mallarını veya hizmetlerini alması, daha sonra bunlar için ödeme yapmayı reddetmesi ve böylece bunları haklı olarak değil, zorla (yalnızca fiziksel zilyetlikle) elinde tutması, yani sahibinin rızası olmadan elinde tutmasıdır... Dolandırıcılık da benzer şekilde dolaylı bir güç kullanımını içerir: maddi değerleri sahibinin rızası olmadan, sahte bahanelerle veya sahte vaatlerle elde etmekten ibarettir.”

⁹ Bu perspektifin Millci pozisyon ile uyumuna dikkat edin: “Başkalarının çıkarlarına zarar vermek ya da zarar verme ihtimali, toplumun bireye müdahalesini doğrudan meşru kılmaz... Rekabetin yoğun olduğu bir meslekte ya da birçok kişinin girdiği bir sınavda başarılı olan bir kimse, görünürde başkalarının zararından, boşa giden emeklerinden ve suya düşmüş hayallerinden yararlanmaktadır. Ancak herkesin kabul ettiği gibi, bu türden sonuçlara sebep olabilecek başarılar insanlık için yararlıdır. Diğer bir deyişle, rekabetin var olduğu yerde yarışmacılar kaybettiklerinde kazanan taraf hukuki ve ahlaki bakımdan sorumlu tutulamaz. Tabii hile ya da cebir yoluyla kazanılan bir rekabet başarısı toplum tarafından cezalandırılması gereken bir davranıştır” (Mill 2019: 121-2).

yasaklayamıyor olmanın, yasaklanmaması gereken bir eylemi yasaklamaktan daha adil olduğu bilincinden hareketle.

Sonuç

Bu makalede bireylerin özgürlüklerine müdahale etmenin tek haklı gerekçesinin başkalarına zarar gelmesini önlemek olduğunu ifade eden Zİ'ye getirilen üç temel eleştiriyi tartıştım. Öncelikle ilkeyi anlamlı kılabilen bir zarar tarifinin bulunmadığı eleştirisini ele alarak bu eleştirinin, ilkenin ancak problemsiz bir zarar tanımı ile birlikte makul kabul edilebileceği varsayımına dayandığını tespit ettim. Zarar kavramına ilişkin var olan bilgi dağarcığımızı görmezden gelmesi ve zarara hitap eden ilkeler haricindeki diğer birçok ilkeyi de kapsayan genel bir şüpheciliğin önünü açması nedeniyle bu varsayımı reddetmemiz gerektiğini savundum.

İkinci olarak, zarar vermenin yanlışlığının halihazırda yaygın olarak kabul ediliyor olmasından ötürü Zİ'nin bize yeni bir şey söylemediği, zararın türü/miktarı gibi güncel tartışmaların yoğunlaştığı noktalarda suskun kaldığı ve dolayısıyla artık işlevsiz olduğu eleştirisini değerlendirdim. Buna karşın hangi zarar tarifinin benimsendiğinden bağımsız olarak Zİ'nin, zararın varlığı kanıtlanmadıkça bireylerin eylemlerinde serbest bırakılmaları gerektiğini vurgulayan bir özgürlük karinesini temsil etme ve bazı eylemlerin zarar içermese dahi yasaklanabileceğini düşünen hukuki ahlakçılara ilgili yasak taleplerini gerekçelendirme yükümlülüklerini hatırlatma şeklinde iki önemli işleve halen sahip olduğunu iddia ettim. Ek olarak, zarar görmenin basitçe kötü sonuçlarla karşı karşıya kalma olarak değerlendirilebilmesinden ötürü zarar kavramına dayanan bir ilkeye ihtiyacımız olmadığı savının ise salt terminolojik bir endişeyi yansıttığını ve Zİ'nin işlevlerini gölgelemediğini belirttim.

Potansiyel kötüye kullanımlar da bizi ilkeyi rafa kaldırmaya sevk etmemelidir. Zira tüm genel ilkeler çarpıtılma tehlikesiyle karşı karşıyadır ve spesifik uzlaşmazlıkları çözüme kavuşturmadaki tekil başarılar vaka bazı

yaklaşımın farklı sezgileri etkili bir şekilde düzenleyebilmesini garanti etmez. İlgili tespitten sonra geriye kalan problemin giderilmesi için doğru soruyu sormaktır. Bireysel eylemlerin sonuçlarının çok yönlülüğü bize bu sorunun hangi eylemlerin zarar içerdiği değil, hangi tür zararlara karşı hukuki koruma sağlanması gerektiği olduğunu gösterdi. Kanımca Zİ'nin suiistimallerinin genellikle zarar kavramının geniş yorumlanmasının ürünü olduğu düşünüldüğünde, cebir ve hile eylemlerinin neden olduğu birinci derece zararlara esas alan bir hukuki çerçeve benimsemek akla yatkındır. Kuşkusuz bu tercihin yasaklanması gereken bazı zararlı eylemlere karşı hukuki koruma sağlayamama riskini barındırdığını reddetmiyorum. Fakat aynı anda, bu riski almanın bireysel özgürlükleri korumayı taahhüt eden genel bir ilke ortaya koymak için ödenmesi gereken bir bedel olduğunu vurguluyorum.

Gelinen noktada ele aldığım üç eleştiriden hiçbirinin Zİ'nin reddedilmesini gerektirmediği sonucuna varıyorum. Son olarak ayrı bir çalışma kapsamında üzerinde durulmayı hak eden üç soruyu ortaya atarak bitiriyorum: (1) Saunders (2016: 1015; 1027)'ın önerdiği üzere, kişinin sadece kendisini ilgilendiren/başkalarını ilgilendiren eylemler (İng. *self-regarding/ other-regarding actions*) ayrımının vurgulanmasına gerek duyulmaksızın, Mill'e göre sadık bir çözüm yolu olarak Zİ'nin *rıza dışılık* unsurunu da içerecek şekilde yeniden formüle edilmesi, ilkenin paternalizm ile ilişkilerini daha açık kılmaya yardımcı olabilir mi? (2) Zarardan orantısız miktarda fayda elde edildiği -örneğin bir bankayı soymanız karşılığında Holocaust'un hiç yaşanmayacak olması- ve zararın cebren/hile yoluyla ortaya çıkmakla birlikte önemsiz ölçüde (İng. *trivial*) olduğu¹⁰ durumlar Zİ'ye istisna teşkil edebilir mi? Yanıt evet ise, belirtilen konularda zarara izin verilebilirlik ne tür bir eşiğe tabi olmalıdır? (3) Zararı hukukun limitlerinin tespiti meselesinden dışlamanın olanağı varsa bile bu, özellikle hukuki sonuçların tahmin edilebilirliği ve hukuki tazminat taleplerinde kriter arayışı özelinde zarar

¹⁰ Bu ifade *de minimis ilkesi* olarak bilinen ve birçok ülkenin hukuk uygulamalarında gözlemlenen şu kuralı akla getirir: "Hukuk önemsiz konularla ilgilenmez." (Lat. "de minimis non curat praetor." veya "de minimis non curat lex.")

bileşenin yerini alabilecek alternatif bir kavramsal çerçevenin araştırılmasını gerektirecektir. Bu bağlamda hak kavramı ve hak temelli sosyal teorilerin Zİ ile olası ilişkisi nedir/ne olmalıdır? Salt hak temelli bir teoriyi Zİ'ye -ya da tam tersi- tercih edebilir miyiz? Yoksa hak ve zarar kavramlarını harmanlayan hibrit bir teoriye mi yönelmeliyiz?

On The Harm Principle: Discussing Three Main Criticisms

Summary

Utku ATAŞ

Doctoral Student

Ankara University, Institute of Social Sciences, Department of Philosophy, Division of Systematic Philosophy and Logic,
Ankara, TR

ORCID: 0000-0001-7020-4533

utkuuatas@gmail.com

Introduction

The argument surrounding the delicate balance between personal autonomy and the general welfare of society is largely shaped around the harm principle (HP). Often associated with J.S. Mill, this principle asserts that the only justifiable reason to intervene in an individual's freedom, autonomy, or actions is to prevent harm to others. Actions that do not cause harm to others are considered expressions of personal freedom and carry no legal liability. HP, emphasizing personal choice, free-expression, and self-determination, is a popular and effective theme in the toolkit of liberalism.

Joel Feinberg (1985) extends HP into an offense principle, broadening its scope to include not only tangible consequences but also the emotional and moral aspects of individuals. This extension represents a deviation from the classic liberal legal paradigm, introducing exceptions that go beyond Mill's original concept of harm. With the shift in perspective, this approach has been viewed as one where conceptual uncertainties come to the forefront in the contemporary era. And many, like Smith (2004: 59), think that we should 'retire' HP. In this article, I will discuss criticisms directed at HP, outlining them in broad strokes. While largely related to the various uses of the term "harm", for the sake of clarity, I will address three fundamental critiques: (1) There is no reasonable definition of harm that would justify HP. (2) Since the wrongfulness of causing harm is already widely accepted, HP lacks conceptual novelty and is therefore dysfunctional. (3) HP is susceptible to abuse due to the inability to objectively define harm.

Criticism of the Lack of a Proper Harm Theory

The initial criticism argues that no definition of harm, when integrated with HP, can make the principle reasonable sound (Holtug, 2002; Petersen, 2014; Jonas, 2016). Regardless of the harm definition considered, even the best candidate, when combined with HP, fails to eliminate counterintuitive exceptions. The criticism suggests that regardless of the harm definition, HP will either prohibit actions it should not or fail to prohibit actions it should. According to critics, each of the definitions of harm as

causing the interests or welfare of the person to decline, making the person worse than the average welfare level of humanity, preventing the progress of interest/welfare can be considered problematic when considered together with the principle. But we cannot immediately conclude from this that HP is wrong. Proving the invalidity of HP requires more than showcasing problems within harm definitions; it demands demonstrating that the flaw lies within HP itself, independent of harm definitions. The critique does not provide a compelling argument that HP is wrong; it only shows that certain harm definitions have counterexamples when considered with HP. This does not provide a strong reason to think the problem lies with HP; it merely indicates potential issues with the chosen harm definitions. While an argument cannot be established that the problem originates from HP itself, one might still advocate caution towards HP by asserting that there is no seamless version of (HP + a harm theory) combination. However, this claim relies on a highly contentious hypothesis:

φ : HP is reasonable only with a full-blown and problem-free harm theory (Folland, 2022:12).

For supporters of HP, there are two persuasive reasons to reject φ : Firstly, φ reflects a perspective that sidelines our current understanding of harm, which is widely accepted among philosophers. HP is not the sole normative principle relying on the concept of harm. As noted by Folland (2022: 11), various versions of doctrines like double effect, doing vs. allowing harm, and others rely on the concept of harm. Shafer-Landau (2021:6) for instance, uses the wrongness of causing harm as a foundational assumption in his ethics. According to him, in ethics, the starting point is to refrain from causing harm. While there are instances where causing harm might be morally acceptable, a compelling justification is required; otherwise, engaging in harmful behavior is considered unjustified. Think of examples like this, it is safe to assume that we have a common and general set of judgments about the concept of harm. Secondly, if the assertion is that a flawless and full-blown harm theory is required for HP to be acceptable, then proponents of an alternative principle, say, based on rights, would face a similar demand for their theory. This risks creating a broader and persistent skepticism, especially when considering concepts with multiple interpretations.

Is HP dysfunctional?

Another criticism is that HP is dysfunctional. Accordingly, while the principle dictates that people should not harm others, it does not offer a new and original perspective. In other words, since it is already widely accepted and emphasized in various ethical frameworks that harming is inherently wrong, HP is in fact a conceptual repetition and does not offer any special contribution within legal/ethical frameworks. In other words, what HP does is no more than simply stating the obvious. The issue today is no longer the existence/non-existence of harm, but the type/amount of harm, and the possibility of a hierarchy theory that would enable the comparison of harms; HP is completely silent on these issues.

I find the criticism unconvincing for two main reasons. Firstly, HP serves a practical purpose by providing an entry point to complex discussions on harm. It serves as a foundational idea, establishing the notion that harm should be legally prohibited, paving the way for detailed examinations of specific harm-related issues. While HP may not always offer ready-made solutions to intricate questions of harm, it functions

as a presumptive starting point essential for legal systems globally. A parallel can be drawn with the presumption of innocence in law, where the accused is considered innocent until proven guilty. This presumption doesn't provide specific details about innocence but serves as a fundamental principle guiding the legal process. Similarly, even if HP doesn't precisely define harm, it acts as a legal doctrine safeguarding individual freedom unless harm is proven, akin to the presumption of innocence. Thus, setting aside HP even where the limits of harm are unclear is compelling as it continues to be interpreted as a presumption in favor of individual liberty until harm is proven. And HP has the secondary task of representing a principled position vis-à-vis legal moralist. Legal moralism is based on the idea that individual freedoms can be legitimately restricted when they conflict with collective moral values, implying that the state is permitted to use its coercive power to protect shared moral judgments. Emphasizing that the only acceptable justification for interfering with an individual's actions at this point is to prevent harm to others reminds those who think that the prohibition of non-harmful actions can be justified that the onus is on them to justify the prohibition of those actions.

Furthermore, Hanser (2013: 2299) argued that inflicting harm simply means committing acts that are 'bad' for the person harmed, and so the 'harm' component of HP is redundant. The interchangeability of 'harm' and 'bad' is a matter of debate, but this linguistic dispute does not diminish the strength of HP. Advocates for various definitions of harm may argue that an action can cause harm without being bad or be bad without causing harm (Zhou 2022: 540). This lack of clarity underscores the continued relevance of HP. Even if one adopts Hanser's perspective of equating harm with being bad, it becomes more of a terminological issue rather than a substantial challenge to the principle's core concept.

Criticism of Abuse

Concerns about the abuse of HP are substantial, stemming from its direct connection to social practices, which adds a tangible dimension to the criticism. The abstract nature of the concepts defining HP introduces a potential for abuse, especially in determining the reasonable boundaries that the principle is expected to establish for prohibited acts. The flexibility of HP can be exploited, leading to negative consequences in various legal contexts. In criminal law, for instance, individuals seeking legal coercion might be tempted to extend the principle to justify criminalizing behavior that, while disapproved by society, poses no tangible harm to third parties. Additionally, the interpretation of terms like "prevent" in the context of preventing harm may be stretched to justify preventive measures against potential harm that is either remote or insignificant. However, the primary source of abuse often lies in the broad interpretation of the concept of harm. Political and cultural pressure groups frequently attempt to classify actions that should not be considered harm as such, influencing public opinion and expanding the scope of harm to include subjective judgments (Peršak 2007: 78). Concepts like the state, the nation, and societal values, being inherently vague, can be manipulated to widen the boundaries of harm. Moreover, it is no secret that in the world of conflicting individual preferences in which we live, there is a widespread desire, especially among those in positions of authority, to influence the lives of others in order to increase their own happiness.

This potential for abuse of HP may lead to pessimism about the possibility of principled solutions that go beyond a case-by-case approach to eliminate conceptual open-endedness about which acts should be legally prohibited. But I think we should decline this invitation to legal particularism. Because, any other general principle of social organization can be similarly easily distorted. If the potential for abuse alone leads you to reject HP, then you should reject many of the principles that have been proposed so far for the same reason; it is questionable how rational it is to take on such a radical theoretical burden. Singular successes in resolving specific disputes do not guarantee that the case-based approach can effectively accommodate different intuitions. In other words, if HP's abuses are to be prevented to some extent, this could again be achieved by reconsidering the principle. What needs to be done in order to eliminate this concern is not to try to determine the actions that involve harm, but to *put forward a reasonable option regarding which types of harms should be regulated by law*, recognizing that every action has the possibility of causing some harm.

I argue that this option is to limit HP *in practice* to provide legal protection against harms caused by *force* and *fraud*. Force or coercion is the use or threat of *physical* force- whether justified or not- I use fraud to include theft, swindle (including acts of a similar deceptive nature such as forgery, corruption) and slander. I base this on the usual association of the terms harm and coercion: If coercion is considered independent of harm, the existence of harmless and even rare beneficial coercion is ignored. A suitable example would be if you forcibly prevented the suicide of your friend who was intending to throw himself off a cliff, for which it would probably not be fair to be held legally responsible for that action alone. When we try to consider harm separately from coercion, we encounter cases of harm that do not involve coercion and should not be prohibited by law, such as free market competition.

This limitation aligns with liberal concerns, providing increased legal predictability and deterring potential abuse. While acknowledging that actions allowed under this framework may still cause harm, the argument suggests prioritizing freedom of action. The rationale is that being unable to prohibit an action that should be prohibited is more just than prohibiting an action that should not be prohibited. This approach balances the prevention of harm with preserving individual freedoms, creating a fair and pragmatic *legal* foundation.

Conclusion

None of the three criticisms I have discussed require the rejection of HP.

KAYNAKÇA | REFERENCES

- Archard, D. (1990) Freedom Not to be Free: The Case of the Slavery Contract in J. S. Mill's On Liberty. *Philosophical Quarterly* 40: 453-465.
- Boonin, D. (2014). *The Non-Identity Problem and the Ethics of Future People*. New York: Oxford University Press.
- Bradley, B. (2012). Doing Away with Harm. *Philosophy and Phenomenological Research*. 85(2), 390-412.
- Brown, D. G. (2010). Mill on the Harm in Not Voting, *Utilitas*, 22: 126-33.
- Cane, P. (2006). Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate. *The Journal of Ethics*, 10(1/2), 21-51.
- Devlin, P. (1965). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Duff, R. A. (2016). Legal Moralism and Public Wrongs. *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore* (ed. Ferzan K. & Morse S., pp. 95-110). Oxford: Oxford University Press.
- Dülger, M. (2020). John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri. *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*. 10 (4), 1471-1493.
- Epstein, R. A. (1995). The Harm Principle- And How It Grew. *The University of Toronto Law Journal*, 45(4), 369-417.
- Feinberg, J. (1984). *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1985). *Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Folland, A. (2022). The Harm Principle and the Nature of Harm. *Utilitas*, 34(2), 139-153.
- George, R. P. (1993). *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford, England: Clarendon Press.
- George, R. P. (2001). *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion, and Morality in Crisis*. Wilmington, Delaware: ISI Books.
- Hanser, M. (2008). The Metaphysics of Harm. *Philosophy and Phenomenological Research*, 77: 421-50.
- Hanser, M. (2013). Harm. *International Encyclopedia of Ethics* (ed. H. LaFollette, pp. 2299-2307). Oxford: Blackwell Publishing
- Harcourt, B. E. (1999). The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), 90(1), 109-194.

Harman, E. (2009). Harming as Causing Harm. *Harming Future Persons* (ed. M. A. Roberts ve D. T. Wasserman, pp. 137-154). Dordrecht: Springer.

Hart, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1965). *The Morality of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (2011). *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* (çev. E. Öz). Ankara: Dost Kitabevi.

Holtug, N. (2002). The Harm Principle. *Ethical Theory and Moral Practice* 5: 357-89.

Jonas, M. (2016). Assessing Baselines for Identifying Harm: Tricky Cases and Childhood. *Res Publica*. 22: 387-404.

Mill, J.S. (2019). *Özgürlük Üzerine* (çev. B. Tartıcı). İstanbul: Kutu Yayınları.

Moore, M. S. (1997). *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press.

Murphy, J.G. (2007). Legal moralism and retribution revisited. *Criminal Law and Philosophy* 1, 5-20.

New, B. (1999) Paternalism and Public Policy. *Economics and Philosophy* 15: 63-83.

Peršak, N. (2007). *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer.

Petersen, T. S. (2014). Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle. *Res Publica*. 20: 199-214.

Rand, A. (1964). *The Virtue of Selfishness: A New Concept of Egoism*. New York: Penguin.

Saunders, B. (2016). Reformulating Mill's Harm Principle. *Mind*, 125(500), 1005-1032.

Shafer-Landau, R. (2021). *The Fundamentals of Ethics*. New York: Oxford University Press.

Shiffrin, S. S. (1999). Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm. *Legal Theory*, 5: 117-48.

Smith, S. D. (2004). The Hollowness of the Harm Principle. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. 17.

Stephen, J. F. (1991). *Liberty, Equality, Fraternity: And Three Brief Essays*. Chicago: The University of Chicago Press.

Szerletics, A. (2015). *Paternalism: Moral Theory and Legal Practice*. Frankfurt: Peter Lang.

Tadros, V. (2016). *Wrongs and Crimes*. New York: Oxford University Press.

Uzun, E. (2015). Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Hart-Devlin Tartışması. *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*. (Ed. S. Gürler, ss. 65-99). İstanbul: Tekin Yayınevi.

Westmoreland, R. (2020). The Liberty of the Liberty Principle. *Res Publica* 26 (3): 337-355.

Zhou, Y. K. (2022). What It Means To Suffer Harm. *Jurisprudence*. 13:4, 516-544.