

## İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü

### A New Standard in Identifying Negligence: Personalized Standard of Care

Erman BENLİ\* 

#### Öz

Hukuk doktrininde ve uygulamasında ihmalin içeriği objektif ölçüye göre belirlenmektedir. Objektif ölçü, varsayımsal, ortalama ve makul tipi esas alan bir ölçüdür. Bu nedenle, hukuki eşitliği, öngörülebilirliği ve ekonomik etkinliği sağlayamamaktadır. Buna karşılık, failin bizzat kendisini ve davranışlarını esas alan ve fail özelinde bir özen standardı getiren kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, hem hukuken hem de ekonomik olarak daha tercih edilebilir bir ölçüdür. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün uygulanmasında Büyük Veri teknolojisi kritik bir öneme sahiptir. Türk hukukunda kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün uygulanmasını engelleyen bir kuralın bulunmaması ve ülkemizde Büyük Veri alanında çalışan şirketlerin ulaştıkları yüksek seviye, mahkemelerin ihmalin içeriğinin tespitinde kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü uygulamasını mümkün kılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İhmal, Ortalama tip, Kişiselleştirme, Özen ölçüsü, Büyük veri, Maliyet.

#### Abstract

In the legal doctrine and practice, the content of negligence is determined according to the objective standard of care. The objective measure is a measure based on hypothetical, average and reasonable type. Therefore, it cannot provide legal equality, foreseeability and economic efficiency. In contrast, the personalized standard of care, which is based on the tortfeasor's himself and his behavior and sets a standard of care for the tortfeasor, is a more preferable measure both legally and economically. Big Data technology is critical in the application of a personalized measure. The absence of a rule that prevents the application of a personalized measure of care in Turkish law and the high level reached by companies working in the field of Big Data in our country makes it possible for the courts to apply the measure of personalized care in determining the content of negligence.

**Keywords:** Negligence, Reasonable man, Personalization, Standard of care, Big data, Cost.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: erman.benli@asbu.edu.tr

## GİRİŞ

Kusur, haksız fiilin unsurlarından biri olup, kasıt ve ihmal şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kasıt, failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir<sup>1</sup>. İhmal ise hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen, sonucun ortaya çıkmasında gerekli özeni göstermemektir<sup>2</sup>. İhmal, sadece haksız fiil hukukuna özgü bir kavram olmayıp, hukukun diğer alanlarında da kullanılan ortak bir kavramdır<sup>3</sup>. Fail, ihmali davranışında zararlı sonucun doğmaması için, durum ve koşulların gerektirdiği özeni göstermemiş ve önleyici tedbiri almamıştır<sup>4</sup>. İhmal, ağırlık derecesine göre, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmal, faile göre makul ve ortalama bir kişiden göstermesi beklenen özenin gösterilmemesidir. Ağır ihmalde, makul ve ortalama kişinin alması gereken en basit tedbir alınmamıştır<sup>5</sup>. Hafif ihmal ise faile göre uzman ve tecrübeli bir kişinin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir<sup>6</sup>. Doktrinde, kasıt ve ağır ihmal ağır kusur, hafif ihmal ise hafif kusur olarak nitelendirilmektedir<sup>7</sup>. Hatta “en ağır kusur”, “ağır kusur”, “orta kusur”,

- 1 Von TUHR Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı”, (Çeviren: Cevat EDEGE), C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 378; TANDOĞAN Halûk, “Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet”, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul 2010, s. 46; TUNÇOMAĞ Kenan, “Borçlar Hukuku Dersleri”, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s. 265; TEKİNAY Selâhattin Sulhi, “Borçlar Hukuku”, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 399; OĞUZMAN M. KEMAL / ÖZ Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 8. Baskı, Vedat, İstanbul 2010, s. 527-528; EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Yetkin, Ankara 2015, s. 574; ÜNAL Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, 1978, s. 418; KILIÇOĞLU Ahmet M., “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Turhan, Ankara 2015, s. 321; HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA K. Emre, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, Vedat, İstanbul 2011, s. 139; REİSOĞLU Safa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 22. Baskı, Beta, İstanbul 2011, s. 170; ERDOĞAN İhsan, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 3. Baskı, Gazi, Ankara 2017, s. 118.
- 2 Von TUHR, s. 380; TANDOĞAN, s. 48; TUNÇOMAĞ, s. 266; TEKİNAY, s. 400; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529; EREN, s. 576; ÜNAL, s. 419; KILIÇOĞLU, s. 321; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; REİSOĞLU, s. 170; ERDOĞAN, s. 119; TİRYAKİ Betül, “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 270. Kusur, üst kavramdır. Kasıt ve ihmal ise kusurun türleridir. Ancak kanunlarda, bu kavramlar hatalı şekilde bazen birbiri yerine, bazen de birlikte kullanılmaktadır. Örneğin, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m.41/I hükmüne göre; “Başkasına hukuka aykırı bir şekilde kasten veya ihmal suretiyle zarar veren kişi, bu zararı tazminle yükümlüdür.” İsviçre kanun koyucusu, haksız fiilin tanımında kusur üst kavramını kullanmak yerine, alt ayrımları olan kasıt ve ihmal kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Aynı soruna, Fransız Medeni Kanunu (FMK) m.1383 hükmünde de rastlamaktaız. “Herkes yalnızca kasıtlı fiilinden değil, ihmali veya tedbirsiz davranışından doğan zararlardan da sorumludur.” FMK m.1383 hükmü, İBK m.41/I hükmündeki gibi kusur kavramı yerine onun alt ayrımları olan kasıt ve ihmal kavramlarını kullanmış, hatta tedbirsizlik kavramından da bahsetmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (EBK) m.41 hükmü de içerik bakımından eleştiriye açıktı. “Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.” Zira kanun koyucu EBK m.41/I hükmünde haksız fiili tanımlarken; kasıt, ihmal, teseyyüp ve tedbirsizlik kavramlarının hepsini de birlikte kullanmıştı. İhmal, teseyyüp ve tedbirsizlik eş anlamlı kelimelerdir. Buna karşılık, TBK m.49/I hükmünde, kanun koyucumuz isabetli şekilde sadece kusur üst kavramını kullanmıştır. “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” TBK m.49/I’deki tanım sayesinde, aynı anlama gelen kavramların aynı cümlede sıralanması, üst kavram varken onun alt ayrımlarının kullanılması gibi hatalar tekrarlanmamıştır.
- 3 Von TUHR, s. 377.
- 4 TANDOĞAN, s. 48; KILIÇOĞLU, s. 321; ÜNAL, s. 419; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; TİRYAKİ, s. 270. Bir görüşe göre, buradaki özen yükümü TMK m.2/I hükmünden kaynaklanmaktadır. Bkz. HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139.
- 5 BGE 54 II 403; 57 II 480; 64 II 241 (TANDOĞAN, s. 54, dpt. 20’den); TEKİNAY, s. 401; ÜNAL, s. 419; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529; TUNÇOMAĞ, s. 268; ERDOĞAN, s. 121.
- 6 TANDOĞAN, s. 55; TEKİNAY, s. 402; TUNÇOMAĞ, s. 268; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529; KILIÇOĞLU; s. 322.
- 7 TEKİNAY, s. 401; TANDOĞAN, s. 54; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; KILIÇOĞLU, s. 322.

“hafif kusur”, “daha hafif kusur” gibi derecelendirmeler de yapılmaktadır<sup>8</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre, “...doktrinde ve yargı kararlarında yanlış bir alışkanlık olarak, ihmal yerine kusur kelimesinin kullanıldığı da görülmektedir. Kusur sadece “kast” ve “ihmal” olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıca kusurun ağırlığı, hafifi, ortası yoktur.”<sup>9</sup> Kusuru derecelendirmeye dönük yanlış kullanım, sadece doktrin ve yargı kararlarında değil, kanunda da yer almaktadır. Örneğin, TBK m.52/II’de isabetsiz şekilde “hafif kusur” kavramı tercih edilmiştir.

Ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımı, sorumluluğun tayini bakımından önemlidir. Her ne kadar, TBK m.49/I hükmüne göre, fail her tür ihmalden sorumlu olsa da, hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler (TBK m.51). Ayrıca, zarara hafif ihmali ile yol açan fail, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyet de gerektiriyorsa, hâkim, tazminat miktarında indirime gidebilir (TBK m.52/II). Kasıt-ihmal ayrımı ise TBK m.49/II bakımından önemlidir. Zira söz konusu madde, sadece kasten zarar verilmesi halinde uygulanabilir. İhmal, TBK m.49/II hükmünün uygulanması için yeterli değildir<sup>10</sup>. Doktrindeki diğer bir ayrım, bilinçli ihmal-bilinçsiz ihmal ayrımıdır. Bu ayrım, teorik bir ayrım olup, uygulamada dikkate alınmamaktadır<sup>11</sup>. Bilinçli ihmalde, fail zararlı sonucu öngörmekte ama istememekte ve sonucu önleyebileceğini düşünmektedir<sup>12</sup>. Hatta bunun için fail önleyici tedbir olsa bile, bu yetersiz bir tedbir olarak kalmaktadır<sup>13</sup>. Örneğin, kötü veya eksik malzeme kullanan inşaatçının binanın bu yüzden çökmeyeceği kanaati ile hareket etmesi bilinçli ihmaldir<sup>14</sup>. Bilinçsiz ihmalde ise fail öngörmesi gereken zararlı sonucu dikkatsizlik ve özensizlik nedeniyle öngörememektedir. Örneğin, dikkatsiz ve özensiz bir plastik cerrahın hastanın sağ eli yerine sorunu olmadığı sol eline işlem yapması bilinçsiz ihmaldir. Bu örnekte, cerrah, biraz dikkatli olsaydı hastanın yanlış eline işlem yaptığını anlayabilirdi. Doktrinde, soyut ve somut ihmalin de, ihmalin türleri arasında sayıldığı görülmektedir<sup>15</sup>. Ancak, soyut ve somut ihmal başlıkları altında anlatılanlar, ihmalin içeriğinin hangi ölçüye göre belirleneceğiyle, yani ihmalin takdiriyle ilgilidir. Bu nedenle, ihmal türleri kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir.

İhmalin hangi ölçüye göre takdir edileceğine dair kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanundaki hüküm içi boşluk<sup>16</sup>, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.4 hükmüne göre hâkim tarafından doldurulmaktadır<sup>17</sup>. Hâkim, ihmalin içeriğinin belirlenmesinde objektif veya subjektif ölçüleri uygulayabilir. Kanunda emredici bir kural olmamasına rağmen, doktrinde ve

8 TEKİNAY, s. 401; TANDOĞAN, s. 54; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; KILIÇOĞLU, s. 322; REİSOĞLU, s. 171.

9 EREN, s. 580, dpt. 253.

10 TEKİNAY, s. 402; EREN, s. 579; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139.

11 EREN, s. 580. Ayrımın pratik bir önemi olmadığı yönünde bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 530.

12 TANDOĞAN, s. 49; EREN, s. 580; ERDOĞAN, s. 120-121.

13 ERDOĞAN, s. 121.

14 TEKİNAY, s. 401.

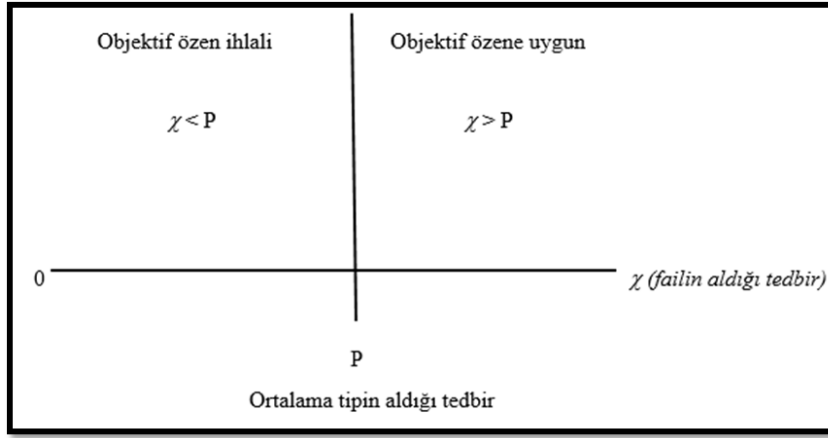
15 ERDOĞAN, 120.

16 SANLI Kerem Cem, “Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi”, Arıkan, İstanbul 2007, s. 229-230; SANLI Kerem Cem, “İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: Hand Formülü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 103.

17 TUNÇOMAĞ, s. 266-267.

uygulamada objektif ölçü benimsenmektedir<sup>18</sup>. Hâlbuki objektif ölçü; hukuki eşitlik, hukuki belirlilik, hukuki güvenlik ve iktisadi etkinlik ilkelerine uygun değildir<sup>19</sup>. Çünkü insanların zekâ ve irade gibi deruni vasıflarını, kabiliyetlerini, alışkanlıklarını, tecrübelerini vs. kişisel özelliklerini dikkate almak yerine; varsayımsal, soyut, ortalama (*uniform*) bir insan tipi tasarlanmakta ve bu tipten beklenebilecek özen esas alınmaktadır. Diğer bir ifadeyle, boş bir kağıdın ortasına çizgi çekilmekte ve insanların bu çizgiye ne kadar yakın veya uzak olduklarına göre ihmalin içeriği tespit edilmektedir.

**Şekil 1:** Objektif Özen Ölçüsü<sup>20</sup>



Bu çalışmada, ihmalin takdirinde yeni bir ölçü olan kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü ve Türk haksız fiil hukuku özelinde uygulanabilirliğini incelemektediriz. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, hukuki eşitliği sağladığı gibi, beklenen sosyal maliyetleri objektif özen ölçüsünden daha azdır. Çalışmanın ikinci bölümünde, objektif ve subjektif özen ölçüleri karşılaştırılmaktadır. Üçüncü bölümde, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü hakkında bilgi verilmekte, daha sonra kişiselleştirme türleri ve mahkemelerin kişiselleştirilmiş özen ölçüsünde hangi tür verileri dikkate alacağı irdelenmiştir. Sonuç bölümünde, ulaşılan vargılara ve önerilere yer verilmektedir.

18 Von TUHR, s. 380-381; TANDOĞAN, s. 50-51 ve dpt. 12'de anılan yazarlar; TUNÇOMAĞ, s. 267; EREN, s. 578; KILIÇOĞLU, s. 322; ERDOĞAN, s. 120; REİSOĞLU, s. 170. HATEMİ / GÖKYAYLA'ya göre, haksız fiilde ihmali ölçütü objektiftir. Ancak, haksız fiilden doğan bir zararın söz konusu olmadığı, borçlunun kişisel vasıflarının önem taşıdığı akitlerde, ihmali içeriğinin subjektif ölçüye göre belirlenmesi mümkündür. Bkz. HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 140.

19 BEN-SHAHAR Omri / PORAT Ariel, "Personalizing Negligence Law", New York University Law Review, 91(3) (2016), s. 674. Objektif özen ölçüsü, herkese aynı ölçüyü uygulaması bakımından bir eşitlik öngörmektedir. Ancak bu eşitlik, biçimsel bir eşitlik olup, esasa yönelik değildir. Buna karşılık, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, biçimsel değil esasa dair bir eşitlik sağlamaktadır.

20 COOTER Robert / ULEN Thomas, "Law & Economics", 5. Baskı, Pearson, ABD 2008, s. 333.

## I. ÖZEN ÖLÇÜLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Objektif özen ölçüsüne göre, somut olayda gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği; normal, makul, orta seviyede, tedbirli, objektif bir tipin aynı durumdaki davranışı göz önüne alınarak tespit edilmektedir<sup>21</sup>. Diğer bir ifadeyle, varsayımsal ve soyut bir tip oluşturulmaktadır. Örneğin, tedbirli avukat, tedbirli tacir, tedbirli hekim, tedbirli işçi, tedbirli şoför ve hatta Roma hukukunda ifadesini bulan “iyi ve özenli bir aile babası (*bonus et diligens pater familias*)” böyle bir tiptir<sup>22</sup>. Objektif ölçü, “makul insanı” (*reasonable man*) esas alır. Neyin makul olduğu veya olmadığı ise dürüstlük kuralına göre tespit edilmeye çalışılır. Ancak TMK m.2/1’deki dürüstlük kuralında da, makul ve orta zekâlı insan tipi esas alındığından, ihmalin içeriğinin objektif olarak belirlenmesi girişimi aslında “totolojik” bir çabadan öteye gitmemektedir.

Tandoğan<sup>23</sup>, objektif ölçüye başvurulmasının iki nedeni olduğunu söylemektedir. Birinci nedeni, insanların zekâ ve irade gibi deruni vasıflarını, maharet ve kabiliyetlerini tam olarak tespit etmenin imkânsız olduğu düşüncesidir. İkinci nedeni ise toplum hayatında güvenlik ve istikrar mülahazalarından ötürü bireylerin kişisel vasıflarından bağımsız olarak asgari derecede özen göstermeleri beklentisidir. Bu görüşte, güvenlik ve istikrar amacıyla herkesin tabi olacağı ortalama bir özen standardı gerekli görülmektedir. Otinger de, nesnel ölçünün kullanımını “*her insan ahlaki, fikri ve fizik vasıfların, cismani meharetin ve mesleki yahut teknik bir faaliyette bulunduğu nisbette, mesleki ve teknik ehliyetlerin asgari bir yekûnunu garanti etmek mecburiyetindedir.*” ifadesi ile desteklemektedir<sup>24</sup>. Objektif teori, sadece hukuk doktrininde değil, aynı zamanda hukuk ve ekonomi öğretisindeki yazarlar<sup>25</sup> tarafından da özellikle idari (üçüncül) maliyetler çerçevesinde kabul görebilmektedir.

21 Von TUHR, s. 380; TANDOĞAN, s. 50-51; ERDOĞAN, s. 120; POSNER Richard A., “Economic Analysis of Law”, 9. Baskı, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014, s. 196; COOTER / ULEN, s. 333; COLE Daniel H. / GROSSMAN Peter Z., “Principles of Law and Economics”, Pearson, New Jersey 2005, s. 206; SHAVELL Steven, “Foundations of Economic Analysis of Law”, Harvard University Press, Cambridge 2004, s. 190. Tüketici hukukunda ortalama tipte bir tüketicinin ölçü olarak kullanıldığına dair Avrupa Adalet Divanı’nın 16 Temmuz 1998 tarihli Gut Springenheide GmbH v. Rudolf Tusky kararı için bkz. Court of Justice of the European Union, Case C-210/96, Gut Springenheide and Rudolf Tusky, ECLI:EU:C:1998:369, prg. 31.

22 Von TUHR, s. 380; ZİLELİOĞLU Hilâl, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1-4, 1982-1987, s. 259; TUNÇOMAÇ, s. 267; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 141.

23 TANDOĞAN, s. 51.

24 TANDOĞAN, s. 51, dpt. 14.

25 SCHWARTZ Warren F., “Objective and Subjective Standards of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims”, Vol. 78 (1989), Georgetown Law Journal. s. 247-250; VELJANOVSKI Cento, “Economic Principles of Law”, Cambridge 2007, s. 199; MICELI Thomas J., “The Economic Approach to Law”, Stanford University Press, California 2004, s. 51; SANLI, s. 236. Ayrıca bkz. POSNER, s. 196. Veljanovski’ye göre, subjektif ölçünün uygulanması yüksek maliyetli olduğu gibi, etkili bir caydırıcılığa (*effective deterrent*) da sahip değildir. Miceli’ye göre ise subjektif ölçünün yol açabileceği idari (üçüncül) maliyetler (özellikle mahkemenin bilgi elde etme yükü altına girmesi) objektif ölçünün kaza maliyetlerini minimize edememesinden doğan maliyetlerden daha fazladır. Ancak şunu da ifade edelim ki, Miceli, subjektif ölçüyü tamamen dışlamakta, somut olay bakımından hangi özen ölçüsünü uygulamak daha az maliyetli ise mahkemenin onu tercih etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, Miceli, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü kategorik olarak reddetmemektedir. Aynı şekilde, Faure de, subjektif özen ölçüsünün uygulanmasını kategorik olarak reddetmemekle birlikte, uygulanmasının oldukça maliyetli olduğunu belirtmektedir. Düşük maliyetle uygulama olanağı olduğu takdirde, subjektif özen ölçüsüne sıcak

Objektif ölçüde her ne kadar ortalama bir insan tipi esas alınsa da, bu ölçü “mutlak, sabit, bütün haller ve bütün insanlar için aynı olacağı manasını tazammun etmez.”<sup>26</sup> Buna göre, objektif ölçü katı biçimde uygulanabileceği gibi, esnek biçimde de uygulanabilir. Bu nedenle, objektif ölçü, kendi içinde dar ve geniş anlamda olmak üzere kendi içinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Dar anlamda objektif ölçüde, somut olayın özellikleri ve failin yaş, cinsiyet ve meslek gibi bazı kişisel özellikleri nazara alınmamaktadır. Geniş anlamda objektif ölçüde ise objektif bir tipin aynı durumdaki davranışının yanı sıra somut olayın özellikleri ve failin yaş, cinsiyet ve meslek gibi bazı kişisel özellikleri dikkate alınır<sup>27</sup>. Şayet geniş anlamda objektif ölçüde somut olayın kişisel özellikleri ve failin bazı kişisel özellikleri nazara alınıyorsa, geniş anlamda objektif ölçünün subjektif ölçüden ne farkı kalmaktadır? Bu soruyu cevaplamak için önce subjektif ölçünün ne olduğunu ortaya koymak gerekmektedir.

Subjektif ölçüde, ortalama bir tip yerine bizzat failin zekâ ve irade kudreti, mahareti, kabiliyeti, fiziki özellikleri, cinsiyeti, yaşı, mesleği, bilgisi, alışkanlıkları, deneyimleri ve sair özellikleri nazara alınır<sup>28</sup>. Subjektif ölçüde referans noktası (*benchmark*) failin bizzat kendisidir. Subjektif ölçü, hukukumuzda tümüyle yabancı değildir. Adi ortaklıkta ortakların özen borcunu düzenleyen TBK m.628/I hükmü, subjektif özen ölçüsünü öngörmektedir. Bu hükme göre, “*Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür.*” TBK m.628/1’de, kişinin kendi işinde gösterdiği özen (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*) subjektif ve somut bir ölçüyü ifade etmektedir. Kişinin kendi işinde gösterdiği özen ölçüsü Roma hukukundan beri uygulanan bir ölçüdür. Örneğin, Iustinianus döneminde şirket, vesayet ve *dos* idaresinde kişinin kendi işinde gösterdiği özen ölçüsü esas alınmaktaydı<sup>29</sup>. Bir görüşe<sup>30</sup> göre, kanunda subjektif ölçü öngörülmemişse, objektif özen ölçüsü esas alınmalıdır. Kanunda objektif özen ölçüsünün uygulanmasını emreden bir düzenleme bulunmadığından, biz bu görüşe katılmıyoruz.

Bu aşamada, geniş anlamda objektif ölçü ile subjektif ölçü arasındaki farklar da belirginleşmektedir. Geniş anlamda objektif ölçüde başlangıç noktası, varsayımsal ortalama bir tiptir. Buna karşılık, subjektif ölçüde başlangıç noktası, failin bizzat kendisi ve davranışlarıdır. Geniş anlamda objektif ölçüde, varsayımsal ortalama tipten beklenen hareket tarzına eklenen failin bazı kişisel vasıfları, subjektif ölçüde başlangıç noktasını teşkil eden failin kişisel özelliklerini bütünüyle yansıtmaktan uzaktır. Dolayısıyla, geniş anlamda objektif ölçü ile subjektif ölçünün başlangıç noktaları farklı olduğu gibi, failin kişisel vasıflarının dikkate alınması noktasındaki kapsamı da farklıdır<sup>31</sup>. Failin

bakmaktadır. Bkz. FAURE Michael, “Tort Liability in France: An Introductory Economic Analysis”, Law and Economics in Civil Law Countries, (editors: DEFFAINS Bruno / KIRAT Thierry), JAI (ELSEVIER), The Netherlands 2001, s. 172; Krş. SCHAEFER, Hans-Bernd & MUELLER-LANGER, Frank, “Strict Liability Versus Negligence”, Tort Law and Economics, Editör: Michael Faure, Edward Elgar, Second Edition, UK 2009, s. 25.

26 TANDOĞAN, s. 53.

27 TANDOĞAN, s. 50, dpt. 13 ve s. 53.

28 TANDOĞAN, s. 50; ERDOĞAN, s. 120.

29 ZİLELİOĞLU, s. 263.

30 ERDOĞAN, s. 120.

31 OĞUZMAN / ÖZ, bir taraftan subjektif kusur teorisine atıfta bulunmak suretiyle objektif ölçünün katı şekilde uygulanmasını eleştirmekte, diğer taraftan, subjektifliğin kusuru imkânsızlaştıracak kadar abartılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 531, dpt. 137 ve 137a.

kişisel vasıflarının nazara alınması geniş anlamda objektif ölçüyü, dar anlamda objektif ölçüden uzaklaştırmakla birlikte, subjektif ölçüye de yaklaştırmamaktadır. Sonuç itibarıyla, geniş anlamda objektif ölçüde sadece daha geniş bir ortalama tip söz konusudur.

Burada, şöyle bir soru akla gelebilir: Hand Testi<sup>32</sup> varken neden kişiselleştirilmiş özen ölçüsüne başvurmak gerekir? Hand Testi üç temel değişkeni esas alan bir fayda-maliyet analizidir. Bu değişkenler; özen/önleyici tedbir maliyetleri (ÖM), zararın gerçekleşme olasılığı (O) ve zarardır (Z). Hand Testi'ndeki ölçüm son derece basittir:

$$O*Z > \text{ÖM (Kişi kusurludur)}$$

$$O*Z < \text{ÖM (Kişi kusurlu değildir)}$$

O\*Z: Davranışın risk değeri ya da beklenen zarar maliyeti

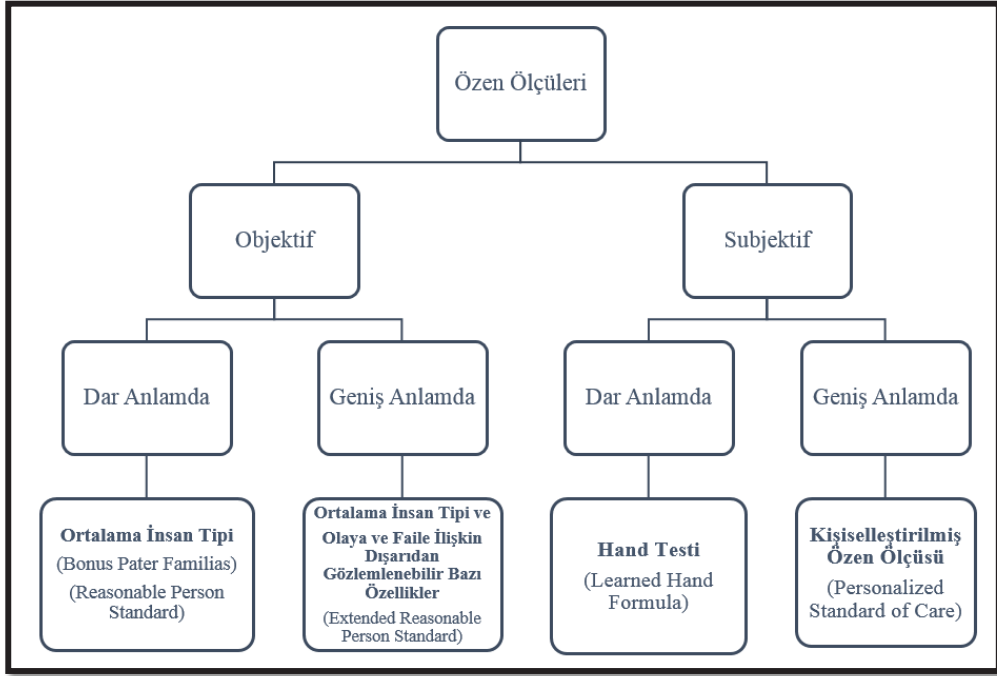
ÖM: Özenli davranış maliyeti

Buna göre, riskin ortadan kaldırılması için alınacak önleyici tedbirin maliyetinin beklenen zarar maliyetinden düşük olduğu bir durumda, kişi önleyici tedbir almamışsa kusurludur. Buna karşılık, riskin ortadan kaldırılması için alınacak önleyici tedbirin maliyetinin beklenen zarar maliyetinden fazla olduğu durumda, kişi önleyici tedbir almasa da kusurlu değildir<sup>33</sup>. Hand Testi dar anlamda subjektif bir ölçüdür. Çünkü objektif ölçüdeki gibi başlangıç noktası ortalama bir insan tipi değildir. Hand Testi'nin başlangıç noktası, beklenen zarar maliyeti ve tedbir maliyetidir. Bu yönüyle, objektif ölçüden farklılaşmaktadır. Failin kişisel özelliklerini dikkate almaması nedeniyle de, geniş anlamda subjektif ölçü olan kişiselleştirilmiş özen ölçüsünden de farklıdır.

32 Hand Testi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VELJANOVSKI, s. 186 vd. Hand Testi'nin Türk hukukuna uygulanabilirliğine ilişkin yapılmış olan çalışmalarda Hand Testi ayrıntılı şekilde incelendiğinden, tekrara düşmemek için söz konusu çalışmalara atıf vermeye yetineceğiz. Bkz. SANLI, Hand, s. 115 vd.; BENLİ Erman, "Türk Özel Hukukunda Objektifleştirilmiş İhmalin İktisadi Eleştirisi, Hand Formülü ve Uygulaması", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2012, s. 96-98. Hand Testi'nin, ABD'de 2000-2009 yılları arasında uygulandığı davalar şunlardır: Raab v. Utah Ry., 221 P.3d 219, 232 (2009); In re City of New York, 522 F.3d 279, 285 (2d Cir. 2008); Bourne v. Marty Gilman, Inc., 452 F.3d 632 (7th Cir. 2006); Mesman v. Crane Pro Services, 409 F.3d 846 (7th Cir. 2005); Shanklin v. Norfolk Southern Ry. Co., 369 F.3d 978 (6th Cir. 2004); James v. Meow Media, Inc., 300 F.3d 683 (6th Cir. 2002); Cross v. Berg Lumber Co., 7 P.3d 922, 936 n.3 (2000); MCI, LLC v. Patriot Engineering & Environmental, Inc., 487 F. Supp. 2d 1029, 1040-1041 (2007).

33 SHAVELL, s. 191, dpt. 22; POSNER, s. 191-193; GROSSMAN Peter Z. / CEARLEY Reed W. / COLE Daniel H., "Uncertainty, Insurance and the Learned Hand Formula", Law, Probability and Risk, 5(1) (2006), s. 2.

Şekil 2: İhmalin Takdirinde Kullanılan Özen Ölçüleri



## II. KİŞİSELLEŞTİRİLMİŞ ÖZEN ÖLÇÜSÜ

### A. GENEL OLARAK

Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, geniş anlamda subjektif bir ölçüdür. Çünkü hareket noktası, failin bizzat kendisi ve davranışları olup, “*reasonable you standard*” esasına dayalıdır<sup>34</sup>. Her somut olayda, fail özelinde özen standardı belirlenir. Bu bağlamda, failin risk yaratma eğilimi ve bunu azaltma becerisi dikkate alınır. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü tartışması yeni bir tartışma değildir. Örneğin, Vaughan v. Menlove davasında<sup>35</sup>, yangına sebebiyet veren fail mahkemeden bilişsel yeteneğinin sınırlı olduğunu ve bunun dikkate alınarak bir özen ölçüsü takdir edilmesini talep etmiştir. Mahkeme, bireysel farklılıkları dikkate almanın imkânsız olduğundan bahisle talebi reddetmiştir.

Tarihsel süreçte, geniş anlamda objektif özen ölçüsünün kullanılmasıyla birlikte, objektifleştirmenin katı şekilde uygulanmasından doğabilecek adaletsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Örneğin, ortalama tip dediğimiz ölçü; çocuklar, engelliler ve meslek grupları bakımından farklılaştırılmıştır.

34 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 629.

35 Vaughan v. Menlove (1837) 132 Eng. Rep. 490.



Örneğin, tecrübeli bir cerrah ile henüz mesleğinin başında olan bir cerrahın aynı özen standardı beklenmeyerek, objektif özen ölçüsü esnekleştirilmiştir. Engelli bir kişinin ihmali davranışındaki özen ölçüsü, engelli olmayan kişiden beklenebilecek özenden farklılaştırılmıştır. Ancak şunu önemle vurgulamamız gerekir ki, bunların hiçbiri özen ölçüsünün subjektifleştirildiği, kişiselleştirildiği anlamına gelmemektedir. Sadece dar anlamda uygulanan objektif özen ölçüsü, biraz esnetilerek geniş anlamda uygulanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, failin mensup olduğu meslek, yaş, cinsiyet gibi gruplar tek başına subjektifliği sağlamaz. Kişiselleştirme, bunun ötesinde çok daha spesifik bir ölçüdür.

## B. KİŞİSELLEŞTİRME TÜRLERİ

### 1. Yeteneğe Dayalı Kişiselleştirme (Skill-Based Personalization)

Her failin riski azaltılabilir yeteneği farklı olduğundan, maliyetine katlandıkları tedbir düzeyleri de farklılaşabilmektedir. Yetenekli ve yeteneksiz kişilerin hangi düzeyde tedbir alması gerektiği, beklenen sosyal maliyetin optimizasyonu noktasında önem taşımaktadır. Failin yeteneğinden bağımsız olarak öngörülen tek tip (*uniform*) bir objektif özen ölçüsünün beklenen sosyal maliyeti, yeteneğe dayalı subjektif özen ölçüsündeki beklenen sosyal maliyetten daha fazladır. Bu nedenle, kişilerin yeteneğinden bağımsız olarak varsayılan objektif özen ölçüsü (ortalama tip), iktisadi bakımdan etkin olmayıp, sosyal maliyetleri artırmaktadır.

**Tablo 1:** Yeteneğe Dayalı Kişiselleştirmede Beklenen Sosyal Maliyet<sup>36</sup>

Tedbir Düzeyi	Tedbir Maliyeti		Zarar Olasılığı	Beklenen Sosyal Maliyet	
	Yetenekli	Yeteneksiz		Yetenekli	Yeteneksiz
Düşük	3 TL	9 TL	% 22	25 TL	<b>31 TL</b>
Orta	8 TL	24 TL	% 10	18 TL	34 TL
Yüksek	13 TL	39 TL	% 2	<b>15 TL</b>	41 TL

Objektif özen ölçüsünde, Tablo 1 özelinde en etkin tedbir düzeyi “orta” düzeydeki tedbirdir. Çünkü beklenen sosyal maliyeti en az olan tedbir, **26 TL** ile “orta” tedbir düzeyidir. Objektif özen ölçüsünde, Tablo 1 özelinde beklenen sosyal maliyetler şunlardır:

Düşük tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(25+31) / 2 = 28$  TL

Orta tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(18+34) / 2 = 26$  TL

36 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 648.

Yüksek tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(15+41) / 2 = 28$  TL

Objektif özen ölçüsünde, yetenekli ve yeteneksiz kişiler farklı tedbir maliyetine katlanmasına rağmen, her ikisinden de aynı düzeyde tedbiri (“orta” düzeyde tedbir) alması beklenmektedir.

Subjektif özen ölçüsünde ise yetenekli kişinin “yüksek” tedbir düzeyine (15 TL), yeteneksiz kişinin ise “düşük” tedbir düzeyine (31 TL) tabi olması optimal olan durumdur. Bu durumda, beklenen sosyal maliyet =  $(15+31) / 2 = 23$  TL’dir. Rakamların da gösterdiği üzere, yeteneğe dayalı kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, ortalama tipe dayalı objektif özen ölçüsünden daha etkindir, çünkü beklenen sosyal maliyeti daha azdır. Dolayısıyla, yeteneğe dayalı kişiselleştirme ölçüsüne göre, yeteneksiz kişilerin yüksek tedbir düzeyine tabi olması ve bu tedbir düzeyindeki maliyete katlanmaları kaynak israfıdır<sup>37</sup>.

## 2. Riske Dayalı Kişiselleştirme (Risk-Based Personalization)

Her failin davranışının yarattığı risk farklıdır. Aynı tedbiri almalarına rağmen, bazı kişilerin davranışları daha riskli, bazılarının ise daha az risklidir. Örneğin, aynı hızla giden iki sürücünden biri, diğerine nazaran daha kötü bir sürücü ise daha çok risk yaratmaktadır veya daha az tecrübe ve bilgiye sahip bir hekim, tecrübeli ve bilgili bir hekime kıyasla daha çok risk yaratmaktadır<sup>38</sup>.

**Tablo 2:** Riske Dayalı Kişiselleştirmede Beklenen Sosyal Maliyet<sup>39</sup>

Tedbir Düzeyi	Tedbir Maliyeti		Zarar Olasılığı	Beklenen Sosyal Maliyet	
	Güvenli	Riskli		Güvenli	Riskli
Düşük	6 TL	%11	%33	17 TL	39 TL
Orta	16 TL	%5	%15	21 TL	31 TL
Yüksek	26 TL	%1	%3	27 TL	29 TL

Objektif özen ölçüsünde, Tablo 2 özelinde en etkin tedbir düzeyi “orta” düzeydeki tedbirdir. Çünkü beklenen sosyal maliyeti en az olan tedbir, **26 TL** ile “orta” tedbir düzeyidir. Objektif özen ölçüsünde, Tablo 2 özelinde beklenen sosyal maliyetler şunlardır:

Düşük tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(17+39) / 2 = 28$  TL

Orta tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(21+31) / 2 = 26$  TL

Yüksek tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(27+29) / 2 = 28$  TL

37 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 648-649.

38 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 650.

39 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 651.

Riske dayalı kişiselleştirmede, güvenli kişilerin “düşük” tedbir düzeyine (17 TL), riskli kişilerin ise “yüksek” tedbir düzeyine (29 TL) tabi olmaları, beklenen sosyal maliyetler bakımından en optimal durumdur. Riske dayalı kişiselleştirmede, Tablo 2 özelinde beklenen sosyal maliyet =  $(17+29) / 2 = 23$  TL'dir. Sonuç olarak, riske dayalı kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, ortalama tipe dayalı objektif özen ölçüsünden daha etkindir, çünkü beklenen sosyal maliyeti daha azdır. Objektif özen ölçüsünde, orta düzeydeki tedbire tabi olan kişilerin, güvenli veya riskli olup olmamasına bakılmaksızın 16 TL'lik tedbir maliyetine katlanması beklenmektedir. Buna karşılık, riske dayalı kişiselleştirilmiş özen ölçüsünde, düşük tedbir düzeyine tabi güvenli kişi 6 TL'lik tedbir maliyetine katlanırken, yüksek tedbir düzeyine tabi riskli kişi ise 26 TL'lik tedbir maliyetine katlanmaktadır. Subjektif özen ölçüsünde, objektif ölçüden farklı olarak hem tedbir düzeyleri hem de tedbir maliyetleri failin risk yaratma durumuna göre farklılaşmaktadır.

### **C. KİŞİSELLEŞTİRİLMİŞ ÖZEN ÖLÇÜSÜNDE KULLANILAN VERİLER**

İlk olarak 2011 yılında Almanya Hannover Fuarı'nda kullanılan Endüstri 4.0 kavramı, dördüncü sanayi devrimini ifade etmektedir. Büyük Veri (*Big Data*), nesnelere interneti, bulut bilişim, üç boyutlu yazıcılar, birbiriyle iletişim kurabilen üretim cihazları ve robotlar, yeni nesil mobil teknolojiler, yeni nesil internet teknolojileri, yeni nesil akıllı fabrikalar, akıllı okuyucular dördüncü sanayi devrimini yaratan teknolojilerdir<sup>40</sup>. Dördüncü sanayi devriminde, hayatlarımızı algoritmalar tanımlamaktadır<sup>41</sup>. İşte Büyük Veri'ye dayanan kişiselleştirilmiş özen ölçüsü dediğimiz ölçü, dördüncü sanayi devriminin hukuktaki somut yansımalarından birisidir. İhmalin takdirinde, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü oluşturabilmek için, failin bizzat kendisi ve davranışları hakkında güncel, gerçek zamanlı ve gerektiğinde geçmiş verilere gereksinim duyulmaktadır. Mevcut durumda, gelişmiş batı ülkelerinde bile, kamuya açık veri tabanları, kişiselleştirilmiş verileri sağlayabilme özelliğine ve kapasitesine sahip değildir<sup>42</sup>. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü için gerekli olan verileri sağlayabilecek tek yer, büyük dijital veri tabanlarından oluşan Büyük Veri'dir<sup>43</sup>. Büyük Veri, ilk bakışta verinin hacmiyle ilgili bir kavrammış gibi gözükmektedir. Hâlbuki Büyük Veri, verinin hacmi dışında; hızı, çeşitliliği ve değer yaratması ile de ilgilidir<sup>44</sup>. Büyük Veri sayesinde, failin fiziksel özellikleri, geçmişteki davranışları, gelir ve servet durumu ve hatta bilişsel ve duygusal özellikleri dahi ölçülebilmektedir<sup>45</sup>. Örneğin, Facebook ve Twitter gibi sosyal medya araçlarından elde edilen verilerle, insanların kişilikleri hakkında bilgi sahibi olunabilmektedir<sup>46</sup>. Ayrıca, failin yarattığı riski

40 ÖZDOĞAN Ogan, “Endüstri 4.0 – Dördüncü Sanayi Devrimi ve Endüstriyel Dönüşümün Anahtarları”, 2. Baskı, Pusula, İstanbul 2018, s. 27.

41 HACKER Philipp, “Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates”, *European Review of Private Law*, 25(3) (2017), s. 652-654.

42 Aksi görüşte bkz. BEN-SHAHAR / PORAT, s. 679.

43 PORAT Ariel / STRAHILEVITZ Lior J., “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, *Michigan Law Review*, 112(8) (2014), s. 1440 vd.

44 ÖZDOĞAN Ogan, “Büyük Veri Denizi – Veri Yönetimi Hakkında Her Şey”, Elma, Ankara 2016, s. 14 vd.

45 HACKER, s. 655.

46 BACK Mitja D. ve diğerleri, “Facebook Profiles Reflect Actual Personality, Not Self-Idealization”, *Psychological Science*, 21(3) (2010), s. 372; KOSINSKI Michal ve diğerleri, “Facebook As a Research Tool for the Social Sciences-

değerlendirebilmek için, sigorta şirketlerinin kullandığı “vasıf derecelendirmesi (*feature rating*)” metoduna benzer bir şekilde istatistiksel korelasyonlar<sup>47</sup> kullanılabilir<sup>48</sup>.

### 1. Failin Fiziksel Özellikleri

Her insanın fiziki özellikleri birbirinden farklı olduğundan, başkaları üzerinde risk yaratma eğilimleri de farklılaşmaktadır. Örneğin, diğer sürücüler ve yayalar için boyu kısa olan sürücü boyu uzun sürücüden daha risklidir. Çünkü boyu kısa olan sürücünün görüş alanı daha dardır. Bu nedenle, otomobil firmaları, boyu kısa olan sürücüler için özel tasarımı otomobiller üretmektedir. Her iki gözü de iki numara astigmat ve miyop olan bir sürücü, sadece sol gözü 0.3 numara miyop bir sürücüden daha risklidir. Bir araştırmaya göre, 65-73 yaş aralığındaki sürücüler ve geçmişinde beyin hasarı bulunan sürücüler, 21-43 yaş aralığındaki genç sürücülere kıyasla daha uzun sürede (daha geç) reaksiyon göstermektedir<sup>49</sup>. Failin fiziksel özellikleri, risk yaratma eğilimini etkilediğinden, özen ölçüsünün kişiselleştirilmesinde kullanılacak önemli bir göstergedir.

### 2. Failin Bilişsel ve Duyusal Özellikleri

Failin risk yaratma eğilimini etkileyen diğer bir faktör, failin bilişsel ve duygusal özellikleridir. Örneğin, heyecanlı bir doktor, hastalar nezdinde heyecanlı olmayan bir doktordan daha riskli olduğundan, heyecanlı olan doktorun diğer doktora nazaran daha fazla tedbir alması beklenir<sup>50</sup>. Riskli aktiviteleri içeren hobileri olan bir kişi (*risk lover*), risk sakınan (*risk averse*) bir kişiden daha risklidir. Ağır psikiyatrik ilaçlar kullanan bir polis, kullanmayan bir polise göre daha risklidir. Uyuyamama sorunu olan bir cerrah, böyle bir sorunu olmayan cerraha göre daha risklidir. Sosyal medya, failin bilişsel ve duygusal özelliklerini ortaya koyan bir mecradır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Facebook, Twitter, Instagram gibi platformlardan failin bilişsel ve duygusal özelliklerine dair veriler elde edilebilmektedir. Failin bilişsel ve duygusal özelliklerinin yanı sıra, eğitim düzeyi de önem taşımakla birlikte, bu veri resmi kaynaklar yoluyla elde edilebilecek bir veridir. Günümüzde, MRI (*magnetic resonance imaging*) ve fMRI (*functional magnetic resonance imaging*) gibi beyin görüntüleme teknolojileri, nörobilim ve nöroteknoloji oldukça gelişmiştir. Bu teknolojilerden faydalanmak suretiyle, failin bilişsel ve duygusal özelliklerini ortaya koymak mümkün hale gelmiştir<sup>51</sup>.

Opportunities, Challenges, Ethical Considerations, and Practical Guidelines”, *American Psychologist*, 70(6), (2015), s. 543; QUERCIA Daniele ve diğerleri, “Our Twitter Profiles, Our Selves. Predicting Personality with Twitter”, *Proceedings of the 2011 IEEE Third International Conference on Privacy, Security, Risk and Trust*, s. 180, <http://researchswinger.org/publications/quercia1twitter.pdf>, Erişim Tarihi: 17.5.2020.

47 Korelasyon analizi, istatistiksel yöntemlerden biri olup, iki veya daha çok değişken arasında ilişki olup olmadığını, varsa ilişkinin yönünü ve gücünü tespit etmemizi sağlar. Bkz. GUJARATI Damodar, “Essentials of Econometrics”, McGraw-Hill, ABD 1992, s. 44-45; ÇAKMUR YILDIRTAN Dina, “E-Views Uygulamalı Temel Ekonometri”, 2. Baskı, Türkmen, İstanbul 2011.

48 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 632.

49 KORTELING J.E., “Perception-Response Speed and Driving Capabilities of Brain-Damaged and Older Drivers”, *Human Factors*, 32(1) (1990), s. 99.

50 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 681.

51 Örneğin bkz. ALAVİ Seyyed Salman ve diğerleri, “The Cognitive and Psychological Factors (Personality, Driving

### 3. Failin Geçmişteki Davranışları

Failin geçmişteki davranışlarına ilişkin veriler, failin kişisel özelliklerini, kabiliyetini ve risk yaratma eğilimini ortaya koyan bir gösterge olup, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün oluşturulmasında önem taşımaktadır. Bu noktada kullanılan metotlardan biri, deneyimin (geçmiş davranışların) derecelendirilmesi (*experience rating*) metodudur<sup>52</sup>. Bu metot, sigorta şirketleri tarafından kişisel risklerin (*idiosyncratic risk*) ölçülmesinde kullanılan yöntemlerden biridir<sup>53</sup>. Örneğin, failin geçmişteki sürüş kayıtları (*past driving record*), failin özen ölçüsünün kişiselleştirilmesinde kullanılabilir bir veridir. Bu veri sayesinde, failin geçmişteki trafik ihlalleri ortaya konulmak suretiyle geçmişteki davranışları kişiselleştirilmiş özen ölçüsüne dâhil edilebilecektir. Hatta araçlara veri kayıt cihazlarının (*data recording devices, e.g. Event Data Recorders, EDR*) veya benzeri teknolojik cihazların takılması sayesinde; sürücünün sürüş alışkanlığı, risk alma eğilimi, sürati, emniyet kemeri kullanıp kullanmadığı, lokasyonu, araç bakımının zamanında yaptırılıp yaptırılmadığı, kaza anında hava yastıklarının açılıp açılmadığı, yaptığı kazaların oluş şekli gibi konularda failin davranışları ve risk yaratma eğilimi ölçülebilmektedir<sup>54</sup>. Örneğin, son iki yılda otomobilinin periyodik bakımlarını yaptırmayan bir sürücü, riskli bir sürücüdür. Bir hekimin, geçmişteki ameliyatlarında ne sıklıkla hekim hatasına sebebiyet verdiği dair veri, o hekimin kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün tespitinde kullanılacak bir veridir. Bu noktada, sigorta şirketlerinin prim belirleme ve risk hesaplama noktasında başvurduğu aktüerya ve risk yönetimi bilimleri, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün hesaplanmasında önemli bir başvuru kaynağıdır.

### 4. Failin Gelir ve Servet Durumu

Failin gelir düzeyi ve serveti, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün oluşturulmasında dikkate alınan göstergelerden bir diğeridir<sup>55</sup>. Çünkü kişiselleştirilmiş özen ölçüsü kapsamında, failin maddi olarak hangi tedbir maliyetlerini karşılayıp karşılayamayacağı önemlidir. Örneğin, büyükşehirdeki bir özel hastane için öngörülen tıbbi özen ölçüsü, küçük bir kasabadaki özel hastane ile aynı olamaz. Çünkü kasabadaki özel hastane, büyükşehirdeki özel hastanenin aldığı tedbirin maliyetlerini karşılayamaz. Büyükşehirdeki özel hastane, gelişmiş tıbbi cihazlar alabilirken, kasabadaki özel hastanede bu cihazların temini maddi kısıtlar nedeniyle mümkün olamamaktadır. Dolayısıyla, kasabadaki özel

Behavior, and Mental Illnesses) As Predictors in Traffic Violations”, Iranian Journal of Psychiatry, 12(2) (2017), s. 78 vd.

52 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 631, 685.

53 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 631.

54 ABD’de, federal hükümet, EDR cihazlı otomobil üretilmesini zorunlu tutmamakla birlikte, Ulaştırma Bakanlığı’na bağlı Ulusal Otoyol Trafik Güvenliği Yönetimi (*National Highway Traffic Safety Administration, NHTSA*), trafik güvenliğinin artırılması amacıyla, otomobillerde EDR kullanımına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, otomobil üreticisi, ürettiği otomobile kendi isteğiyle EDR cihazı koymuşsa, EDR’i olan bu otomobilden toplanacak minimum veri setinin neler olacağı NHTSA tarafından tanımlanmıştır. Bu düzenleme, 2011 yılı ve sonrasında üretilen otomobiller için öngörülmüştür. Düzenleme için bkz. Erişim Tarihi: 9.12.2018; [https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/fmvss/EDRFinalRule\\_Aug2006.pdf](https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/fmvss/EDRFinalRule_Aug2006.pdf)

Günümüzde, ABD’de satılan otomobillerin %96’sında EDR cihazı bulunmaktadır. Bkz. Erişim Tarihi: 9.12.2018; <https://www.edmunds.com/car-technology/car-black-box-recorders-capture-crash-data.html>

55 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 685.

hastanenin alım gücü düşük olduğundan, tıbbi özen ölçüsü büyükşehirdeki özel hastaneye nazaran daha düşük olmalıdır<sup>56</sup>.

## SONUÇ

Hukuk doktrinde ve uygulamasında, ihmalin içeriğinin belirlenmesinde kullanılan ölçü objektif özen ölçüsüdür. Varsayımsal ve ortalama bir tipi esas alan objektif özen ölçüsü, sosyal maliyetleri artırdığından etkin bir ölçü değildir<sup>57</sup>. Diğer bir ifadeyle, objektif özen ölçüsünün beklenen sosyal maliyeti, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün beklenen sosyal maliyetinden daha fazladır. Bu nedenle, subjektif bir ölçü olan kişiselleştirilmiş özen ölçüsü; hukuki eşitliği, öngörülebilirliği ve ekonomik etkinliği daha iyi sağlayabilecek niteliktedir<sup>58</sup>. Objektif özen ölçüsünün topluma yüklediği maliyet ile kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün topluma yüklediği maliyet karşılaştırıldığında, objektif özen ölçüsü aradaki fark kadar kaynak israfına yol açmaktadır<sup>59</sup>.

Ekonomik teoride, objektif özen ölçüsünün idari (üçüncül) maliyetler çerçevesinde savunulması kabul edilebilir görünmemektedir. Bu bakış açısı, veri teknolojilerinin gelişmediği zamanlar için anlaşılabilir ise de, günümüz büyük veri teknolojisinin ulaştığı seviye dikkate alındığında, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü idari maliyet gerekçesiyle reddetmek doğru değildir. Büyük Veri teknolojisi sayesinde, mahkemeler kişiselleştirilmiş özen ölçüsüne dair tüm veriyi profesyonel Büyük Veri kuruluşlarından bilirkişilik müessesesi yoluyla kolay, hızlı ve sistematik şekilde elde edebilecektir. Zira ülkemizde Büyük Veri hizmetlerine ilişkin piyasa kayda değer bir büyüklüğe ve kaliteye erişmiştir. Bu nedenle, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün mahkemelere fail hakkında bilgi edinme yükü yüklemesi söz konusu değildir. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün uygulandığı yapıda, mahkemelerin Büyük Veri kuruluşlarından temin ettikleri verileri somut olaya uygulamaları yeterli olacak, hatta mahkemenin birçok kurumdan müzekkere yoluyla veri toplamaya çalışması ve zaman kaybetmesi de önlenmiş olacaktır. Somut dava kapsamında mahkemenin ihtiyaç duyduğu bütün veriyi bilirkişi Büyük Veri kuruluşları temin edecektir. Mahkemeye sadece elde edilen bulguları dava dosyasına uygulamak kalacaktır. Dolayısıyla, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, dava sürelerinin kısalmasına da katkı sağlayacaktır. Ortaya koyduğumuz gerekçeler, ekonomik teoride subjektif ölçü aleyhine ileri sürülen idari maliyet savını zayıflatmaktadır.

Kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün, pozitif hukuk bakımından uygulanabilirliği noktasında herhangi bir engelleyici hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak teknolojik ve teknik olarak işlevsel hale getirilebilmesinde, Türkiye özelinde bazı engeller olduğu düşünülebilir. Örneğin, mahkemelerin aşırı iş yükü, dogmatik hukuk öğretiminden ötürü hâkimlerin istatistik ve ekonometrik analize yabancı

56 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 686.

57 Aynı yönde bkz. SCHAEFER / MUELLER-LANGER, s. 25.

58 Benzer yönde bkz. DIAMOND Peter A., "Single Activity Accidents," The Journal of Legal Studies, Vol. 3 (1974), s. 123.

59 Aksi görüşte bkz. VELJANOVSKI, s. 199. Posner'in da belirttiği üzere, kaynakların kit olduğu bir dünyada kaynak israfında bulunmak ahlâka aykırıdır. Bkz. POSNER Richard A., "The Economic Approach to Law", Texas Law Review, Vol. 53 (1975), s. 777. Posner'in bu cümlesi, hukuk ve ekonomi öğretisinin sonuçsalcı (*consequentialist*) yaklaşımının kullandığı iktisadi etkinlik aracının ahlâki değerden bağımsız olmadığını göstermesi bakımından oldukça önemlidir.

olması, teknolojik sistemi kurma, öğretme ve işletme maliyetleri, süreç içinde öngörülemeyen işlem maliyetleri, bürokratik karar alma ve uygulama süreçlerinin uzun zaman alması gibi hususlar somut engeller olarak düşünülebilir. Ancak bu engeller aşılamayacak engeller değildir. Zira Türk yargısında bilişim teknolojilerinin kullanımının dünya ortalamasının üzerinde olduğu bilinmektedir<sup>60</sup>. Günümüzde tam kapasiteyle çalışan UYAP Bilişim Sistemi<sup>61</sup> ve SEGBİS<sup>62</sup> (Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi) buna örnek olarak verilebilir. Sonuç olarak, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün Türk hukukunda uygulanması, hem hukuken hem de teknolojik ve teknik olarak mümkün gözükmekte olup, yukarıda açıklanan nedenlerle objektif özen ölçüsünden daha iyi bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

## KAYNAKÇA

- ALAVİ Seyyed Salman ve diğerleri, “The Cognitive and Psychological Factors (Personality, Driving Behavior, and Mental Illnesses) As Predictors in Traffic Violations”, *Iranian Journal of Psychiatry*, 12(2) (2017), s. 78-86.
- BACK Mitja D. ve diğerleri, “Facebook Profiles Reflect Actual Personality, Not Self-Idealization”, *Psychological Science*, 21(3) (2010), s. 372-374.
- BENLİ Erman, “Türk Özel Hukukunda Objektifleştirilmiş İhmalin İktisadi Eleştirisi, Hand Formülü ve Uygulaması”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2012, s. 89-123.
- BEN-SHAHAR Omri / PORAT Ariel, “Personalizing Negligence Law”, *New York University Law Review*, 91(3) (2016), s. 627-688.
- COLE Daniel H. / GROSSMAN Peter Z., “Principles of Law and Economics”, Pearson, New Jersey 2005.
- COOTER Robert / ULEN Thomas, “Law & Economics”, 5. Baskı, Pearson, ABD 2008.
- ÇAKMUR YILDIRTAN Dina, “E-Views Uygulamalı Temel Ekonometri”, 2. Baskı, Türkmen, İstanbul 2011.
- DIAMOND Peter A., “Single Activity Accidents,” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3 (1974), s. 107-164.
- ERDOĞAN İhsan, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 3. Baskı, Gazi, Ankara 2017.
- EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Yetkin, Ankara 2015.
- FAURE Michael, “Tort Liability in France: An Introductory Economic Analysis”, *Law and Economics in Civil Law Countries*, (editors: DEFFAINS Bruno / KIRAT Thierry), JAI (ELSEVIER), The Netherlands 2001, s. 169-181.
- GROSSMAN Peter Z. / CEARLEY Reed W. / COLE Daniel H., “Uncertainty, Insurance and the Learned Hand Formula”, *Law, Probability and Risk*, 5(1) (2006), s. 1-18.
- GUJARATI Damodar, “Essentials of Econometrics”, McGraw-Hill, ABD 1992.

60 Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, s. 48, [http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs\\_tr.pdf](http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs_tr.pdf), Erişim Tarihi: 17.5.2020.

61 “UYAP Bilişim Sistemi 2000 yılında iki aşamalı olarak başlatılmış bir proje olup, 2001 yılında Adalet Bakanlığı Merkez Birimlerinin otomasyonunu sağlayan UYAP I projesi tamamlanmış, 2005 yılında adli ve idari yargı birimleri, adli tipler, ceza tevkif evlerinin otomasyonunu kapsayan UYAP II tamamlanarak faaliyete geçirilmiştir. Yargıtay’da UYAP yazılımlarını kendisine uyarlayarak UYAP Bilişim Sistemi içerisinde yer almıştır. Bugün itibarıyla UYAP ülkemizde yargı birimlerinin yaklaşık % 100’ünde işletimde olup, her türlü yargısal ve idari faaliyetler bu sistemle elektronik ortamda yürütülmektedir.” Bkz. <http://www.uyap.gov.tr/Tarihce> Erişim Tarihi: 16.5.2020.

62 Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, [http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs\\_tr.pdf](http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs_tr.pdf) Erişim Tarihi: 17.5.2020.

- HACKER Philipp, “Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates”, *European Review of Private Law*, 25(3) (2017), s. 651-677.
- HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA K. Emre, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, Vedat, İstanbul 2011.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Turhan, Ankara 2015.
- KORTELING J.E., “Perception-Response Speed and Driving Capabilities of Brain-Damaged and Older Drivers”, *Human Factors*, 32(1) (1990), s. 95-108.
- KOSINSKI Michal ve diğerleri, “Facebook As a Research Tool for the Social Sciences-Opportunities, Challenges, Ethical Considerations, and Practical Guidelines”, *American Psychologist*, 70(6), (2015), s. 543-556.
- MICELI Thomas J., “The Economic Approach to Law”, Stanford University Press, California 2004.
- OĞUZMAN M. KEMAL / ÖZ Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 8. Baskı, Vedat, İstanbul 2010.
- ÖZDOĞAN Ogan, “Büyük Veri Denizi – Veri Yönetimi Hakkında Her Şey”, Elma, Ankara 2016.
- ÖZDOĞAN Ogan, “Endüstri 4.0 – Dördüncü Sanayi Devrimi ve Endüstriyel Dönüşümün Anahtarları”, 2. Baskı, Pusula, İstanbul 2018.
- PORAT Ariel / STRAHILEVITZ Lior J., “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, *Michigan Law Review*, 112(8) (2014), s. 1417-1478.
- POSNER Richard A., “Economic Analysis of Law”, 9. Baskı, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014.
- POSNER Richard A., “The Economic Approach to Law”, *Texas Law Review*, Vol. 53 (1975), s. 757-782.
- QUERCIA Daniele ve diğerleri, “Our Twitter Profiles, Our Selves. Predicting Personality with Twitter”, *Proceedings of the 2011 IEEE Third International Conference on Privacy, Security, Risk and Trust*, s. 180-185, <http://researchswinger.org/publications/quercia11twitter.pdf>, Erişim Tarihi: 17.5.2020.
- REİSOĞLU Safa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 22. Baskı, Beta, İstanbul 2011.
- SANLI Kerem Cem, “Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi”, Arıkan, İstanbul 2007.
- SANLI Kerem Cem, “İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: Hand Formülü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 14, S. 4, 2008, s. 99-131 (Kısaltma: Hand).
- SCHAEFER, Hans-Bernd & MUELLER-LANGER, Frank, “Strict Liability Versus Negligence”, *Tort Law and Economics*, Editör: Michael Faure, Edward Elgar, Second Edition, UK 2009, s. 25, s. 3-45.
- SCHWARTZ Warren F., “Objective and Subjective Standards of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims”, *Vol. 78 (1989), Georgetown Law Journal*. s. 241-279.
- SHAVELL Steven, “Foundations of Economic Analysis of Law”, Harvard University Press, Cambridge 2004.
- TANDOĞAN Halûk, “Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet”, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul 2010.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi, “Borçlar Hukuku”, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- TİRYAKİ Betül, “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 267-279.
- TUNÇOMAĞ Kenan, “Borçlar Hukuku Dersleri”, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965.
- ÜNAL Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, 1978, s. 397-437.
- VELJANOVSKI Cento, “Economic Principles of Law”, Cambridge 2007.



Von TUHR Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı”, (Çeviren: Cevat EDEGE), C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Olguç Matbaası, Ankara 1983.

ZİLELİOĞLU Hilâl, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1-4, 1982-1987, s. 241-264.