

ANESTEZİK ÖLÇÜMLEME,  
DEĞERLENDİRME VE  
KAYITLAMANNIN STRASBOURG  
DELİL SİSTEMİ İLE YAŞAM  
HAKKI BAĞLAMINDA  
DEĞERLENDİRİLMESİ  
VE DELİLLERİN KABUL  
EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU\*

İlknur Suidiye ŞEKER\*\*  
Hilmi ŞEKER\*\*\*  
Ertay BORAN\*\*\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Yrd. Doç. Dr. Düzce Üniversitesi, Anesteziyoloji ve Reanimasyon AD.

\*\*\* Yargıç, Çağlayan, İstanbul

\*\*\*\* Yrd. Doç. Dr. Düzce Üniversitesi, Anesteziyoloji ve Reanimasyon AD.



## Ö Z

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının iç hukuktaki yargılamaların tekrarı nedeni olması, oradaki delil sisteminin iç hukuk üzerindeki takdir marjı ile sistemlerin uyumu için yapılması gerekenlerin belirlenmesini gerekli kılar. Devletin ölümün meydana gelmemesi için alması gereken önlemlerin derinliği ile genişliği onunla ameliyathane, anestezi uzmanı, anestezi ölçümleme ve kayıtlama arasındaki ilişkinin bütüncü altına alınmasını gerektirir.*

*Anestezi girişimlerden neşet eden ölümlerin yaşam hakkına yönelik risk olarak tanımlanması, yerel yargı otoriteleriyle yargılananların bu davaların referans aldığı dayanak ve argümanlar hakkında bilgi edinmelerini zorunlu kılar.*

*Strasbourg Delil Sistemi hakkında malumat edinmenin olası bir yargılamada anestezi uzmanı ve devlete suçlama karşısında etkin ve verimli bir savunma olanak ve kolaylığı tanıyacağı tartışmasızdır.*

*Devletin, egemenliği altında meydana gelen ölümün hangi koşullarda ve neden gerçekleştiğini ispatla ödevli olması, ölümün sebeplerini açık, yalın ve ikna edici şekilde açıklama yükümlülüğü, gözleri bu ispatın yararlanacağı vasıtaların taşınması gereken özelliklere odaklar.*

*AİHS birçok deneyimiyle olası bir ölüm kuşkusunun tıbbi delillerin değerlendirilmesiyle aşılabileceğini ima etmektedir. Tıbbi delillerin, kanıt sıralamasının doruğuna oturması, kanıtların gözdesi haline gelmesi gözleri tıbbi delillerle türevlerine çevirdi.*

*Tıbbi delillerin oldukça geniş bir portföye sahip olması, araştırmanın kapsamının daraltılmasını zorunlu kıldı. Çalışmamız kendisini iyice büzerek, ilgisini tıbbi kanıtların önemli türevi olan anestezi kayıtlarla sınırlamakla yetindi.*

*Uzmanla anestezi girişim öncesi sırası ve sonrasında yaptığı ölçümleme değerlendirme ve kayıtlamanın muhtemel bir yargılamada hatırı sayılır bir argüman olduğunu anımsatmayı, anestezi kayıtların tutulmasındaki özensizliğin yaratacağı etki ve sonuçların altını çizmeyi hedefledi.*

*İdareye de anestezi kayıtların ispat külfeti açısından taşıdığı değeri, kayıtların zamanında ve olgularla uyumlu olarak tutulmaması halinde devleti ispat sahasında bekleyen akıbet hakkında bilgilendirerek gerekli ve optimum önlemler almasını amaçladı.*

**Anahtar Sözcükler:** *Anestezi malpraktis, yaşam hakkı, etkin soruşturma, sorumluluk, Strasbourg Delil Sistemi, delillerin kabul edilebilirliği, ispat külfeti, tıbbi delil, medikal kayıt, hukuka aykırı kayıt, kayıt kapsamı, kayıt zamanı, kaydın çeşitleri, anestezi formu, ölçümleme, değerlendirme, kayıtlama.*

## CONSIDERATION OF THE ANESTHETIC MEASUREMENTS, EXAMINATION AND RECORDKEEPING IN RELATION TO THE STRASBOURG RULES OF EVIDENCE AND THE RIGHT TO LIFE AS WELL AS THE PROBLEM OF EVIDENTIARY ADMISSIBILITY

### ABSTRACT

*Since European Court of Human Rights (ECHR) verdicts require a rehearing and judgment under Turkish national law system, the influence margin of the legal evidence methodology of the Strasbourg court on our national legal practice and the requirements on how to harmonize the two systems must also be discussed.*

*Deaths arising from anesthetics constitute a risk to right to life; hence those who are before national jurisdictional authorities should be able to get information on the legal references and arguments in these cases.*

*The extent of precautionary measures to be imposed by the State in order to prevent death should also be determined by closely scrutinizing the operating room, the anesthesiologist, and the system of measuring and recording the amount of anesthesia utilized during operations.*

*Without a doubt, obtaining information on Strasbourg's Rules of Evidence would help put together a more effective defense strategy and improve the State's and anesthesiologist's defense in potential trials.*

*Since the State is required to prove under what circumstances deaths result within her sovereignty and dominance, the quality and quantity of the available evidentiary mechanisms matter as the State needs simple, transparent and persuasive methods of explaining reasons of death.*

*With its extensive experience ECHR points to the fact that a question of suspicious death can be resolved through close examination of medical evidence. Medical evidence sits at the top of evidentiary processing and is a favorite, thus requiring us to pay close attention to such medical evidence and its derivatives.*

*Since medical records usually consist of extensive portfolios, it is necessary that an investigation focus its attention to anesthetic records, a derivative form of medical evidence.*

*The study aims to remind experts that measurement and recordkeeping of anesthesia prior to, during and post operation constitute invaluable evidentiary weight, and introduce them to risks and results that would arise from negligent recordkeeping.*

*On the other hand, the study also aims to inform the administration possibly sharing the same fate with the expert, about the importance of records as part of burden of proof in trials, and how timely and effective recordkeeping in line with procedural requirements would act as optimum precautionary measure against any possible liability.*

**Keywords:** *Anesthesia, anesthetic method, malpractice, death, right to life, effective investigation, liability, Strasbourg Evidentiary Laws, Strasbourg Evidentiary System, admissibility of evidence, burden of proof, medical evidence, official evidence, medical records, unlawful records, extent of records, methods of recording, anesthetic form, consultation, measurement, recording.*

## GİRİŞ

**İ**ki bölümden oluşan bu çalışma ilk bölümüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 2. maddesinde güvenceye alınan yaşam hakkının içtihatlarla ulaştığı güncel anlamıyla okuyucuyu tanıştırmayı amaçlar. Tıbbi hatalardan kaynaklı kuşkuların aşılmasındaki özensizlik ve yaşam hakkının güvenceye alınmadığına dair tartışmalar, 2. maddenin üçüncü boyutu haline gelen etkin soruşturma hakkının tartışılmasını zorunlu kıldı.

Etkin bir soruşturma yapılıp yapılmadığı, ölümün gerçekleştiği koşullarla, ölüm nedeni hakkında ilgililerce doyurucu bir açıklama yapılıp yapılmadığı konusu önemlidir. Delillerin yeterince değerlendirilip değerlendirilmediği derin ve yaygın bir araştırmanın yapılıp yapılmadığı, etkin soruşturma hakkının ilgi alanına giren hukuki ve tıbbi meselelerdir.

Çalışma AİHM' in tıbbi malpraktislerin ispatında izlediği strateji ve taktikler hakkında yoğun bilgi vererek, anestezik girişim sonucu meydana gelen ölümlerle ilgili kanıtların ne veya neler olacağı hakkında bilgi teminini hedefler. Anestezik malpraktislerin hatırı sayılır bir yer edinmeye başlaması<sup>[1]</sup>, çalışmamızın yönünü ve dikkatini anestezik girişimlere çevirmiştir. İlk bölüm AİHM'in genelde tıbbi özeldede anestezik malpraktislerde etkin soruşturma yapılmadığına ilişkin başvurularda ispat yaklaşımını, kendine has delil sistemini seçtiği özgün içtihatlarla izaha odaklandı. Birinci bölüm, bir bakıma ölümün gerçekleşmesi halinde sorumluluğun hangi parametreler üzerinden tartışılacağına bilgisini aramaya koyuldu. Bu aşama yerel mahkeme kararlarının bağlayıcı olup olmadığını, AİHM'in nasıl bir muhakeme stratejisi izleyeceğini, delilleri nasıl değerlendirileceğini, neyi delil olarak kabul edileceğini veya edilmeyeceğini, ispat külfetinin kimde olacağı gibi soru ve sorunları bu bölüm tartışacaktır. Sınırların berisinde olası bir ölüm halinde hangi anestezik kaydın belirleyici olacağı, devletin bu kaydın tutulmamasından ötürü sorumluluğunun tayin ve tespit bölümünün bir diğer merakıdır.

Çalışmanın ikinci bölümü ise Strasbourg Delil Sistemi'nin delil olarak benimsediği argümanlar hakkında okuyucuya özellikli bir bilgi ve birikim tedarikini erek edinir. Tıbbi delillere verilen önem, bu delillerin ne veya neler

[1] Öğretilerde tıbbi sorumluluk davaları açısından en riskli alanların kadın hastalıkları ve doğum başta olmak üzere anestezi ve ortopedi olduğu açıklanmaktadır. Oğuz Polat; Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, 2005, 34; Hakan Hakeri; Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, Kasım 2013, 7. Baskı, s.564 Adli tıp Kurumu'na gönderilen ve hatalı olduğu iddia edilen olgular içinde anestezinin payı 609,43 le dördüncü sıradadır. Polat, 301;Hakeri, 2013, 563 Bu ve benzeri birçok istatistik, bize anestezik girişimlerin sınırların ötesinde yargılanma riskinin potansiyeline delalet eder. Bu anestezi bağlamı uyumsuzluklarda sınır ötesi yargının yargılama strateji, yöntem, taktik ile araçları konusunda tedarikli olmamızı salık verir.

olduğu konusunu önemli hale getirmektedir. Çalışma ikinci bölüme bu merakla başlayarak anestezi kayıtların tanımı, özellikleri, işlev ve kapsamı üzerinden delil olma değer, yetenek ve kapasitesini tartışacaktır.

Bu tartışma, önemsiz sıradan veya rutin bir bilgiye dönüşebilen anestezi kayıtların ölüm halinde sınırların ötesinde nasıl bir değere dönüştüğü konusunu gözler önüne serimler. Dahası böyle bir delilin önem ve değerinden hareketle anestezi uzmanlarını hedef bir okuyucu kitlesine dönüştürür. Kayıtların zirve yapmış değeriyle uyumlu şekilde düzenlemelerini özenli bir kaydın yapılmasını özendirme amaçlar.

Uluslararası standartların ölçümleme ve değerlendirme ve kayıtlamaya özel bir önem atfetmesi çalışmanın dikkatini buradan ayırmasını önler. Bu bağlamda;

Yaşam hakkı Sözleşme'nin 2. maddesiyle güvenceye alınmıştır. Hakkın sınırlı ve sayılı koşulların tahakkuku ile istisnaya uğraması, onu mutlak olmaktan çıkarmaktadır. Dolayısıyla düzenlemenin yaşam hakkını mutlak şekilde güvenceye aldığından söz etmek olanaksızdır. Sözleşme, yaşam hakkına yönelik ihlallerin Sözleşme hükümlerinin bütünü gözetilerek değerlendirilmesini önermektedir. Özellikle uyumsuzluğun deneyimlerle vücuda gelen "hukuk kavramı, meşru amaç, gereklilik, orantılılık, keyfi olmama ve adil denge" gibi kavramlar referans alınarak çözülmesi önerilmektedir.<sup>[2]</sup>

2. madde herkesin yaşam hakkının yasalarla güvenceye alınması gerektiğini emreder. Akabinde de nedenleri ve koşulları belirtilerek yaşam hakkı istisnaya uğrattır. İstisnaların sınırlı ve sayılı olması göreceli<sup>[3]</sup> hale gelen güvenceye yönelik tehditlerin genişleyerek çoğalmasını önler. Mahkemeye göre yaşam hakkı, diğer hakların anasıdır ve yaşam hakkı korunmadıkça diğer hakların güvencede olduğundan söz edilemez.

Yaşam hakkının içeriği Strasbourg Mahkemesi'nin teleolojik yorumlarıyla biçimlenir. Sözleşme, devletlere hakların korunması için katı ödevler vermektense kaideten kaçınır. Daha ziyade koruma için gerekli olan asgari kuralları belirler, devletlere bu ölçüt ve standartlarla bağdaşır davranma konusunda bir takdir yetkisi tanır, ölçme/tartma yetkisi verir.<sup>[4]</sup>

Böylece yerel mahkemelerin kendine has yöntemlerle belirleyici olmasına olanak tanır. Yerel mahkemelerin AİHM' in uzantısı veya AİHM' in yerel yargı şeması içinde konuşlanmış bir seviye mahkemesi olmasını önler.

[2] Douwe Kroff, Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap; Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, No.8, s.6

[3] Buna rağmen yaşam hakkı Sözleşme' de yer alan mutlak haklar arasında yer almamaktadır ve sınırlanması mümkündür. Sibel İnceoğlu, Editör; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Ulaş Karan; Yaşam Hakkı; Bölüm 1, s.115; Beta, İstanbul, Ekim 2013

[4] Kroff, 5

Sözleşme takdirin yerindeliliğini, ölçümleme yetkisini “hakkın türü, mese-  
lenin niteliği, tehlike altındaki menfaatin önemiyle konu üzerinde Avrupa’da  
herhangi bir anlaşmanın olup olmadığı” gibi ölçütler aracılığıyla kontrol eder.<sup>[5]</sup>  
Böylelikle takdire sadece hak ve özgürlükleri korumak ereğiyle tevdi edilen  
yetkileri sömürmesi veya kötüye kullanması önlenir.

## 1. YAŞAM HAKKI

### 1.1.Kapsam/Boyutlar /Devletten Beklentiler:

Yaşam hakkı bugününü, AİHM deneyimlerinin ilerletici ve genişletici yorumlarına borçludur. Sözleşme’nin yaşam hakkına ilişkin yorumları sadakat sözü vermiş devletleri bağlayıcı<sup>[6]</sup> niteliktedir. Bağlayıcılık devletleri bu söylem ve eylemle uyumlu eylemeye icbar eder.

Yaşam hakkını güvenceye alan Sözleşme, korumanın usul ve esaslarını, nasıl ve ne şekilde somutlaşacağını içtihatlarla bırakır.

AİHM yaşam hakkını; öldürmeme,<sup>[7]</sup> yaşamı koruma ve ölümü soruşturma yükümlülüğü şeklinde kategorize ederek somutlaştırdı.

### 1.1.2.Tıbbi Girişimler:

AİHM hakkın kapsamını yaşatma, öldürmeme ve olası bir ölümü etkin bir şekilde soruşturmakla sınırlar.

Sağlıklı bir çevrede yaşamak, herkesin fiziksel bütünlüğünü korumak, devamını sağlamak, etkin bir sağlık siyaseti gütmeye, hastanın ihtiyacı olan bakımı üstlenme, sağlıklı yaşlanmayı güvenceye alma, sağlık hizmetlerinden mahrumiyeti önleme, hakkın kapsamına giren ödevlerdir.<sup>[8]</sup>

Kanser hastalarının pahalı ilaçlardan ötürü tedavilerini alamamalarını yaşam hakkına yönelik bir eylem olarak telakki eden Mahkeme, görev tanımını, içine tedavi hakkını alacak şekilde genişletir.<sup>[9]</sup> İlgi alanını, sağlık hakkı üzerinden

[5] Kross, s.5

[6] Mahkeme kararları sadece tavsiye değildir ve sadece söz konusu davadaki cevapçı devlete ilişkin değildir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerde genel olarak uluslararası hukukun ve / veya özel olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin iç mevzuatta ve yargı kararlarında üstünlüğünün ilan edildiği ülkelerde uluslararası mahkemeler yargı kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşmeye ilişkin yorumlarını takip etmek zorundadırlar. Korff, 6

[7] Hiç kimse kasten öldürülemez, devletin üstlendiği negatif yükümdür. Şeref Gözübüyük/A. Feyyaz Gölcüklü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2003,156

[8] Cyrprus v. Turkey, Kararn, 2013, s.118

[9] Panaitescu v.Romania; Karan, 2013, s.118



genleştiren Mahkemenin, kamu ve özel sağlık hizmetini yaşam hakkının denetimine açık bir alan haline getirdiğini ifade edebiliriz.

Devletler sadece korumakla değil yaşatmakla da ödevlidirler. Özellikle Panaitescu v.Romania kararı; tedavi masrafını kaynak kıtlığından ötürü ödemeyen devleti aklayan mahkeme kararını yaşam hakkıyla çelişkili bulmuştur.<sup>[10]</sup>

Bu bakış açısı, yaşam hakkının bahanelerle ihlal edilme olasılığını bertaraf etmektedir. Sağlık politikası ve uzantısı siyasetin yaşam hakkı mevzubahis olduğunda bahane üretme şansının olmadığını gözetmek ve buna uygun bir politika üretmekle ödevlidir.<sup>[11]</sup>

Daha da önemlisi, yaşam hakkı yaşamı salt kasıtlı eylemelere karşı değil, taksirle meydana gelen saldırılara karşı da korumayı amaçlar.<sup>[12]</sup> Devletin bireyin yaşamını tehlikeye atmaktan kaçınma ödevi, onun yasal ve pratik her türlü önlemi almasını ödevine dönüştürmektedir. Ölüm yaşam hakkına yönelik başvuruyu meşrulaştıran maksimum olgudur. Bu olgu tahakkuk etmese bile kişinin maruz kaldığı saldırının hayatı tehlikeye düşürecek debiye ulaşması<sup>[13]</sup> Sözleşme'nin devreye girmesi, etki ve sonuçlarını doğurması için yeterli sayılmaktadır.

### 1.1.3. Anestezi Girişimler:

## 2. Etkin Soruşturma Yükümlülüğü:

Öldürmeme, yaşatma ve yaşamı hedefleyen hak ihlallerinin üzerine ciddi ve meşru yöntem ve araçlarla gitme, mağdur haklarını etkili, verimli, yaygın ve derin soruşturmalarla güvenceye alma yaşam hakkının devletlere yüklediği sorumlulukların başat olanıdır. Etkin soruşturma ödevi her ne kadar yaşatma ve öldürmeme ödevini pratize etmeye özgülenen bir kurum ise de ilerleyen ve

[10] Karan, 2013,118-119

[11] Anayasa'nın 17. madde yaşam hakkını korumaya alan açık bir düzenlemedir. Bu düzenlemeyi yorumlayan deneyimlerin ilki sağlık hizmetlerinin kısıtlanması ve sosyal güvenlik ödemelerinin sınırlandırılmasına yönelik yasama tasarrufunu iptal ederek, yaşam hakkını genleştiren bir perspektife sahiptir. Ancak ikinci uygulama ise sağlık hakkı dolayısıyla ile sosyal ve ekonomik hakların kısıtlanmasına yönelik talepleri reddederek, yaşam hakkının sağlık politikaları üzerinden geliştirilmesine ilişkin denemeleri dışlamıştır. Böylelikle 2. madde ile çelişen bir çizgiye düşmüştür. Karan, 2013,120 Bu yaklaşım tarzının yaşam hakkını büzen bakışı, kendisini gün be gün tahkim eden, geliştiren ve ilerleten Strasbourg yargısı karşısında oldukça geride kalmaktadır. Bu bakışın varlığını sürdürmesi, yaşam hakkının diğer görünüm biçimleri açısından da risktir. Temennimiz Bireysel Başvuru aracılığıyla anayasa yargısı önüne gelen uyumsuzluklarla yaşam hakkının hak ettiği yükselişi yakalamasıdır. Her iki deneyimin bireysel başvuru hakkından önceki bir zamana tekabül etmesi, bu kaygılarımızı gercelci olarak gidermektedir.

[12] Van Dijk-Van Hoof-Van Rijn-Zwaak, s.357; Karan, 2013,119

[13] Osman v. U.K.; Karan, 2013, 119

gelişen pratikler, bu hakkın ikinci maddeden neşet eden diğer haklardan giderek bağımsız bir kimlik ve niteliğe dönüştüğüne tanıklık eder.

Bu bağlamda, soruşturma yükümlülüğü özerk bir ihlal nedeni olarak kabul edilmeyi hak eden bir boyuttur.<sup>[14]</sup> Silih Davası etkin soruşturma güvencesinin giderek bağımsızlaşmasının öyküsünü anlatan iyi bir örnektir. Mahkeme diğer haklardan ayrı olarak, etkin soruşturma hakkının, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce tahakkuk eden olaylara uygulanabileceğini içtihat etmektedir.<sup>[15]</sup> Bu ikinci maddeden kaynaklanan hakların sonuncusu olan etkin soruşturma (usuli) yükümlülüğünün, 2. maddenin zaman bağlamı işlerlik sınırlarının belirlenmesi bakımından yaşamsaldır. Pratiklerin, Sözleşme'nin işlerliğinden önce gerçekleşen olayların soruşturulmasını ilgi alanına katması, etkin soruşturmanın kendisinden önceki hakları soyut olmaktan çıkarmaktadır.

Etkin soruşturmanın işlerlik sınırlarını geriye doğru genişleten ve etkin kılan uygulama istisnaidir. Onu ayrık kılan ve pratiğini büzen hukuki kesinlik<sup>[16]</sup> ilkesinin riske edilmesinden kaçınma düşüncesidir. Hukuki kesinlikle, soruşturmanın zaman bağlamı genişleme isteği arasında meydana gelen çelişkileri mahkeme oluşturduğu bir standartla aşma eğilimindedir. İstisnanın soruşturmaya içinde eyleyebileceği geniş bir zaman aralığı bahşetmesinin, hukuki kesinlik ilkesi için yaratacağı riski gözeten mahkeme aşkınlığı önlemek için iki unsurdan oluşan bir test geliştirmiştir. Buna göre;

Ölümün, Sözleşme'nin yürürlük tarihinden önce meydana gelmesi ve usul işlemlerinin önemli bir kısmının, Sözleşme'nin işlerlik tarihinden sonra gerçekleştirilmiş olması koşuluyla, yaşam hakkının güvenceye alınması olasıdır.<sup>[17]</sup> Ölümün Sözleşme'nin yürürlüğünden önceki bir aşamada gerçekleşmesi ve ölüm sonrasındaki işlemlerin ağırlıklı kısmının Sözleşmenin yürürlüğünden sonra gerçekleşmesi halinde ihlal iddialarının tartışılması mümkündür. Ölümün yürürlükten önce gerçekleşmesi ile ortaya çıkan risk ikinci koşulla göreceli de olsa kısıtlanmakta bertaraf edilmektedir. Böylece soruşturmanın

[14] Silih[BD], §159; Osman Doğru-Atila Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve önemli Kararlar; T.C. Yargıtay Başkanlığı, Ankara, 2012, Cilt 1, 21

[15] Silih[BD], §159; Doğru/Nalbant, 2012, 21

[16] Ancak hukuki kesinlik ilkesi( principle of legal certainty) gereğince, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından usul yükümlülüğüne uygunluğu inceleme konusundaki zaman bakımından yetkisi sınırsız değildir. Silih[BD], §161-163; Doğru/Nalbant, 2012, 21

[17] Mahkeme bu konuda iki kriter getirmiştir. İlk olarak, ölümün kritik tarihten önce meydana gelmiş olması halinde, ancak bu tarihten sonra yapılan usul işlemleri ve/veya ihmalleri (acts and/or omissions) Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi içinde kalır. İkinci olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği usul işlemlerinin önemli bir oranı hem kişinin ölümünün soruşturulmasını ve hem de ölümün sebebinin ortaya çıkarma ve ilgilileri sorumlu tutma amacı taşıyan uygun davaların açılmasını da içerir, kritik tarihten sonra meydana gelmiş olmalıdır. Silih, §161-163; Doğru/Nalbant, 2012, 21

zaman bağlamı sınırları genişletilerek ölümü soruşturma, nedenini belirleme ve ilgilileri sorumlu tutmaya yönelik uygun davaların açılmasını sağlama gibi işlemlerin ağırlıklı olarak yürürlükten sonra gerçekleşmesi koşuluyla güvence kapsamına alınmaktadır.

Etkin soruşturmanın konusunu doğal olmayan her türlü ölüm oluşturur. Hakkın kapsamını ise ölüm nedenini, şeklini belirleme, sorumluları saptama ve kanun önüne çıkarma yargılanmalarını temin etme olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda etkin soruşturma aşağıdaki anlam katmanlarını ihtiva eder.

a) Sorumluların belirlenmesi için iç hukukun idari, adli ve cezai açıdan etkin şekilde harekete geçirilerek hesap vermelerini sağlamak etkin soruşturmaya yüklenen ilk anlamdır.<sup>[18]</sup> b) Dava açılmakla devletin yükümlülüğü soruşturma açmakla sınırlı olmaktan çıkar. Yaşamın hukukla korunmasını sağlayacak özen ve duyarlılığa evrilir.<sup>[19]</sup> Burada yaşam hakkını koruyan soruşturma, eş zamanlı olarak adil yargılanma hakkının bir uzantısına dönüşür veya iki hakkın etkin bir soruşturma için ittifakı veya işbirliği ortaya çıkar. Çalışma arkadaşlığının görünen adaletin beklentilerinden ödün vermeden yaşam hakkını güvenceye almaktır. Anılan deneyim sonuçtan çok görünen adalete odaklanmakta bu yönüyle göreceli de olsa adil yargılanmayla aynı ereği gerçekleştirmeye özenmektedir. Etkin soruşturmanın bu anlam boyutu, sanığın veya şüphelinin muhakkak surette cezalandırılmasını gerçekleştirmeye odaklanmak yerine etkin, etik değerlere sadık, diyalog ilkeleriyle uyumlu, derin ve yaygın hızlı bir soruşturmaya bu tür eylemlerin hukuk ve düzen tarafından kolaylıkla sineye çekilemeyeceği, yaşam hakkına yönelik bir fiskeanın anında ve etkili bir karşılık bulacağı konusunda birey, toplum ve kamuya mesaj vermeyi amaçlar.

c) Etkin soruşturma suç teşkil eden eylemle ilgili bir ceza soruşturması açılması, kişinin eyleminden ötürü yargılanması şeklinde telakki edilmektedir.<sup>[20]</sup> Olası bir kuşkunun aşılmasında ceza davası kural olarak tercih edilen etkili bir enstürman olarak öne çıkmaktadır. Kural bu olmakla birlikte istisnai de olsa diğer soruşturma teknik ve araçlarının da bu beklentiye karşıladığı ilerideki pasajlarla dile getirilecektir.

d) Yaşam hakkının kasıtlı olmayan nedenlerle ihlal edilmiş olması, etkili soruşturmanın ceza davasıyla gerçekleştirilme zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Hukuki ve idari başvuru yollarının açık tutulması, beklentileri karşılar bulunmaktadır.<sup>[21]</sup> Mahkeme kasten öldürme ile ihmal sonucu meydana gelen ölümler arasında, başvurulacak çözüm yolu, hukuki çareler ve sorumlu

[18] Aktaş, §299, Nachova ve Diğerleri.. Doğru/Nalbant, 2012, 22

[19] Ali ve Ayşe Duran, §61; Doğru/Nalbant, 2012, 22

[20] Slimani, §30-31; Doğru/Nalbant, 2012, 21

[21] Vo-Fransa [BD], §90; Callvelli ve Ciglio, §51; Mastromatteo, §94,95; Fedina, §62; Doğru/Nalbant, 2012, 21 Doğru/Nalbant, 2012, 22

arama yöntemi üzerinden bir ayırıma giderek, ihmali ölümlerde sorumluluğun almaşık yöntemlerle giderilmesini kâfi bulabilmektedir. Böylece ihmali ölümler söz konusu olduğunda, usulî güvence/soruşturma ödevinin yükünü alternatif olanaklarla hafifletmektedir. Bu durumda, ceza yargılaması etkili soruşturmanın biricik yöntemi olmaktan çıkarken, devreye alınan alternatif kanun yolu veya yargılama/koruma sistemleriyle etkin soruşturma başvuru olanaklarını çoğaltma ve çeşitlendirme ödevini tamamlamış olmaktadır.

e) Ceza soruşturmasının alternatif olmaktan çıkması kural olmakla birlikte, kamu görevlilerinin tedbir alma yükümlülüğünü ihlal etmeleri halinde ceza soruşturması istisnai olarak zorunlu hale gelir. Mahkeme Öneriyıldız Davası ile “kasıt bulunmazsa bile kamu görevlilerine ve organlarına yüklenebilecek kusurun takdir hatasını veya dikkatsizliği ve özensizliği (carelessness) aştığı hal-lerde, yani bu makamlar muhtemel sonuçların tam olarak farkına varmalarına rağmen ellerindeki yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir olay nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadıkları durumlarda, insanların yaşamlarını tehlikeye sokan kişiler aleyhine yaşama hakkı ihlali yönünden suçlamada bulunulmaması ve yargılanmamaları Sözleşme’nin 2. maddesini usul yönünden ihlal edebileceğine” karar vermiştir.<sup>[22]</sup> Bu, ihmali eylemin yetki ve olanaklar ölçüsünde önlenmemesi haliyle mahdut olarak ceza yargısının da zorunlu bir yöntem olarak devreye gireceği anlamına gelir. Ceza soruşturmasına tevessül, alternatif başvuru ve takip yöntemlerinin devreden çıkarılmasını gerektirmez.

Soruşturmanın etkililiği ise kendisini açık, hemen, hızlı ve bağımsız olmak tümcesi ile karakterize etmektedir.<sup>[23]</sup>

Mahkeme muhtelif pratikleri aracılığıyla etkin bir soruşturmanın taşıması gereken özellikleri belirlemeye veya ideal etkili bir soruşturmanın prototipini betimlemeye çalışmıştır. Bu çalışmanın ne zaman biteceğini kestirmek mümkün değildir. Bu bağlamda etkin bir soruşturma ile adil yargılanma hakkının görünen adaleti işler ve egemen kılmak maksadıyla oluşturdukları ve edindikleri güvencelere uygun yargılama arasında bir koşutluk bulunmaktadır. Bu aynı zamanda etkin bir soruşturma ile adil yargılanma hakkının boyutları arasında bir akrabalığa delalet eder. Farklı yer ve zamanlarda gerçekleşeler bile her iki kurumla temin edilmek istenen maksat, bağımsız, deontolojik ve diyalog ilkeleriyle uyumlu görünen adaletle çelişmeyen bir soruşturma ve yargılama inşa etmektir. Bu bağlamda her iki kurumun büyük ölçüde aynı ilkeler üzerinden görünen bir adaleti tesise özgülendiklerini bu bağlamda sonuçtan ziyade

[22] Öneriyıldız, [BD], §93; Doğru/Nalbant, 2012, 22

[23] Doğru/Nalbant, 2012, 22

sürecin sağlıklı şekilde işlenmesini gerçekleştirmeye odaklandıklarını söylemek mümkündür. Bu bağlamda etkin bir soruşturma:

a) Etkin bir soruşturmanın ilk işi herhangi anormal ölümle karşılaşması halinde vakit kaybetmeden ve kendiliğinden harekete geçmesi olarak ifade edilmektedir. AİHM' e intikal eden şüpheler gözetildiğinde olağan olmayan ölümlerin kamu otorite ve görevlileri ile uzantıları tarafından çok önce öğrenilmesine rağmen makul olmayan sürelerde tahkikata konu edildikleri görülmektedir.<sup>[24]</sup> Adli veya kamu otoritelerinin, ölüm hakkında yeterli malumata sahip olmaları, makul bir şüphe ve emareye rağmen uzunca süre bu ölümleri soruşturmakta devinimsiz kalmaları Strasbourg' un yaşam hakkı konusundaki hassasiyetine takılmıştır. Mahkeme, kamu gücünün böyle bir olayda derhal soruşturma başlatması gerektiğini içtihat etmektedir.<sup>[25]</sup> Herhangi bir ihbar veya şikâyet, kamu otoritelerinin kendiliğinden soruşturmaya başlama ödevini ortadan kaldıran veya bertaraf eden bir etkiye sahip değildir. Burada soruşturmanın derhal başlaması ile temin edilmek istenen, devletin yaşam hakkını koruma ödevinden başka, ölümün niteliği konusundaki şüpheleri araştırma olağandışı olma ihtimaline karşı ölümün hangi koşullarda gerçekleştiğine ilişkin delillerin bayatlamasını, tahrif ve yok edilmesini ve başkalaştırılmasını önleyerek korumaya almaktır. Soruşturmanın zamanın gerisinde kalması, onun delillerle olan optimum temasını keseceğinden tahkikatın bayatlayan argümanlarla sonuca yaklaşması ve kuşkuları aşması mümkün olmayacaktır.

b) Soruşturma zorunludur.<sup>[26]</sup>

c) Nesnel yansızlığından ödün vermemelidir. Tahkikatın içeriden veya dışarıdan etkiye kapalı olması, özellikle zabıta ile organik bağ içinde bulunan faille ilgili soruşturmanın nesnel şekilde yürütülmesi için gerekli önlemler alınması zorunludur.

d) Etkin yöntem ve araçlar tercih etmelidir. Soruşturmayı etkin kılacak bir diğer parametre ise izlenen yöntem, kullanılan araçlardır. Soruşturmayı sınırlayan, ilerlemesini yavaşlatan veya durduran anakronik yöntem, araç ve ilişmezlikler yaşam hakkını güvence olmaktan çıkaran amiller olarak tanımlanabilir.

e) Makul sürede yapılmalıdır. Soruşturmanın zamana yayılması hem yaşam hakkı hem de adil yargılanma hakkının mücadele kapsamına aldığı bir engeldir.

[24] Mahkeme gözaltında kayıp iddiasıyla ilgili soruşturmanın kişinin gözetimine alınmasından bir buçuk yıl sonra başlatılmasını (Çiçek, §149); yine gözaltında kayıp olayı ile ilgili soruşturmanın bir yıl beş ay sonra başlatılması (Bazorkina, §121) gözaltındaki ölümün derhal değil, şikâyetten dört gün sonra başlanması (Aktaş, §303) , Doğru/Nalbant, 2012, 23

[25] Ergi, §82; Doğru/Nalbant, 2012, 23

[26] Doğru/Nalbant, 2012, 21-30

Dolayısıyla zamanında veya makul süre içinde gerçekleştirilmeyen bir soruşturma etkin olmaktan çıkmaktadır.

f) Olabildiğince açık olarak gerçekleştirilmeli, sonuçları kamu, toplum ve bireyle muhakkak paylaşılmalıdır. Açıklık soruşturmanın birey, toplum ve kamu tarafından izlenmesi ve denetlenmesini hedefleyen ve vazgeçilmesi olanaksız bir etkin soruşturma bileşenidir.

g) Caydırıcı olmalıdır. Soruşturmanın caydırıcı olması, eylemlerin hukukta bir karşılığı olduğu ya da yaşam hakkına yönelik olası bir kalkışmanın kamu tarafından derhal ve etkili yöntemlerle ve olabilen en kısa sürede takip edilerek sonuca bağlandığı konusunda yurttaşı ve toplumun ikna edici olmalıdır.

h) Çoğulcu olmalıdır. Etkinliğin bir diğer bileşeni ise soruşturmanın kendisini meşru ilgililere açması, yaşam hakkı riske edilenlerle akrabalarının soruşturmanın etkin ve verimliliğini sağlamasına olanak ve kolaylık tanınması gerekir. Tabanını büzen bir soruşturmanın gerçekleri açığa çıkarması veya bağlayıcı olması mümkün değildir.

Yaşatma ya da hayatı koruma ödevi pozitif bir yükümlülüktür.<sup>[27]</sup> Böyle bir ödevden söz edilebilmesi ya da devletin 2. maddeden neşet eden bu yükümlülüğünü gerçekleştirebilmesi için; devletin yaşam hakkına yönelik tehlikeyi bilmesi, bilebilecek durumda olması gerekmektedir.<sup>[28]</sup> Anılan koşullardan ilki devlete ölüm olgusunun gerçekleşmesine neden olacak koşullarla nedenceler hakkında optimum bilgiye sahip olmasını emreder. Devlet yaşama dışarıdan yönelecek her tehlike ve risk hakkında bilgiye sahip olmak zorundadır. Yaşamı hedefleyen durum, koşullarla ortam hakkında yeteri kadar bilgiye sahip olunması için teorik ve pratik önlemler almak devletin temel işlevidir. Tehlikenin bilinebilmesi koşulu ise devletin akli, olanak ve organizasyonu ile ölümle baş edecek olası bilgiye sahip olmağına tekabül eder. Kazanın kusurun nasıl ne zaman ve nerden yaşamı çevreleyeceği ya da hedefleyici hakkında yeteri bilgiyi tedarik etmek ya da devletin deneyim ve birikimiyle bunu bilebilecek olması, onun sorumluluğunun benimsenmesini kolaylaştıracaktır.

Yaşatmaya imkân verecek veya ölümle mücadeleyi kolaylaştıran, ölümü önleyecek maksimum tedbirleri<sup>[29]</sup> almak devletin yaşatma ödevi bağlamındaki başat işlevidir. Bu bağlamda suçla etkin mücadele edecek bir ceza hukuku ve

[27] Devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü, pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür (prosedural obligation). Usul yükümlülüğünün hukuki dayanağı, 'Sözleşmecî devletler Sözleşme(de) tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır.' şeklindeki ifade Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte yorumlanan 'herkesin yaşam hakkı hukuk tarafından korunur' diyen Sözleşme'nin 2(1), fıkrasıdır. McCann ve Diğerleri, §61; Kaya,§105; Doğru/Nalbant, 2012, 21

[28] Karan, 2013, 127

[29] Van Dijk-Van Hoof-Van Rijn- Zawaak; Karan, 2013,127

yargısal usulleri havi bir dizge ve düzenek inşa etmek, ölümü hedefleyen eylemleri önleyecek tedbirlerin bir kısmı olarak telaffuz edilmektedir.<sup>[30]</sup>

AİHM tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ölümlerde hukuki sorumluluğa gidilmesi olanağının mevcudiyetini yeterli görmekte<sup>[31]</sup> birlikte bu şekildeki sınırlı sorumluluğun etkin bir mücadele için yeterli olmadığı biçiminde eleştiriler de mevcuttur.<sup>[32]</sup> Hemen ifade etmek gerekir ki ülkemizde tıbbi müdahaleden neşet eden ve kişinin sorumluluğunu gerektiren yeteri kadar yöntem olmakla birlikte bunların ölümü önleyen veya caydırıcı etki yaratacak debide olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

Yaşatma ödevinin mutlak olduğunu söylemek imkânsızdır. Deneyimler gelişen tehlike ve risklerle kıt ihtiyaçlar arasındaki uçurumun, devletin sorumluluğunu göreceli olarak kısıtlayan veya ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğunu işaret eder.<sup>[33]</sup>

Dolayısıyla yaşam hakkının yasalarla güvenceye alınmasından anlaşılması gereken, a) devletin yaşam hakkına bizzat yönelmemesi, meşru veya hukuki olmadığı sürece yaşamlara son vermemesi, b) Bireyi elden geldiğince, olabildiğince yaşatması, yaşaması için optimum önlemler alması, c) Yaşama yönelen gayri meşru ve hukuki olmayan saldırı, kalkışma ve eylemlerin üzerine var gücüyle giderek, buradaki kuşku kolonisini dağıtarak zan altından kalmayı önlemelidir.

Sözleşme yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir iddianın görülebilirliğini geliştirdiği üçlü bir testle standarda bağlamıştır. Buna göre, ikinci maddenin uygulama olanağına kavuşabilmesi için her şeyden evvel; a) yaşamına kast edilen bir bireyin bulunması, b) Kamu otoritelerinin bu yaşam hakkı kapsamında kalan bu alana kasten ve ihmalen müdahalede bulunması, c) bu müdahale neticesinde yaşam hakkının son bulması, müdahalenin ölümle sonuçlanması gerekir. Üç koşulla karakterize olan bu standart, yaşam hakkını güvenceye alan normun işlerlik kazanması için gerekli ve zorunlu olan olgulara tekabül eder.

[30] Dink v. Turquie...; Karan, 2013, 127

[31] Calvelli and Ciglio v. İtalya;...Karan, 2013,

[32] 128HAM'ın bu yaklaşımı haklı olarak özellikle tıbbi müdahalelerde ortaya çıkan ve ölümle sonuçlanan ağır ihmal vakalarında eleştiri ile karşılaşmıştır. Bu bağlamda 2. maddenin getirdiği pozitif yükümlülüklerin amacı olguların ortaya ve yaşamın sona ermesinden sorumlu olan kişilerin sorumluluğuna gidilmesi için soruşturma ilkesini benimseyen ceza yargılamasının hukuk yargılamasına göre daha uygun bir olanak sağladığı ifade edilmiştir. Bkz. Harris O'Boyle-Warbrick,s.41; Karan, 2013,128

[33] Bu pozitif yükümlülük modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden kestirilemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu da göz önünde bulundurularak, yetkili makamlara imkansız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek içerikte yorumlanmalıdır. Bundan dolayı, Sözleşme açısından yaşama yöneldiği iddia edilen her tehdit, yetkili makamları bunun gerçekleşmesini önlemek amacıyla somut önlemler almaya zorunlu kılmamaktadır. Karan, 2013, 128

Yaşam hakkının korumaya alınabilmesi için öncelikle sağ doğmuş ya da yaşamakta olan bir bireyin varlığı gerekli görülür. Yaşam hakkının güvenceye alınabilmesi veya 2. maddenin start alabilmesi için bireyin sağ olarak doğmasına bağlıdır. Yaşam hakkını kullanma olanağına sahip olmayan bireyin, Sözleşme'nin ikinci madde ile sağladığı korunaktan istifadesine doğrudan izin vermekten kaçınılmaktadır.<sup>[34]</sup>

Mahkeme birçok deneyimi aracılığıyla yaşam hakkı konusundaki bilimsel görüşlerle uygulama farklılığından neşet eden anlaşmazlıkları gözeterek, doğmamışları doğrudan güvence kapsamına almayı reddetmektedir.<sup>[35]</sup> Yaşamın başlangıçla sona ermesi konusundaki bilimsel ve hukuksal görüş farklılıklarının yaratacağı riskleri gözeterek, yaşamın başlangıç ve sona erme anını belirlemeyi yerel görüş ve uygulamaya bırakır.<sup>[36]</sup> Demem odur ki; yaşamın, ne zaman başladığı olgusu konusunda bir standart oluşturmaktan imtina ederek bu meseleyi yerel otoritelere ciro etmekle birlikte, cenini tamamen gözden çıkararak veya koruma kalkanının dışında tutmaktan imtina eder.<sup>[37]</sup>

Yaşama son verme<sup>[38]</sup>, yaşam hakkını korumaya alan hukuki ve operasyonel tedbirleri almaktan imtina etmek<sup>[39]</sup> ve olup bitene seyirci kalmak<sup>[40]</sup>, devinimsizlik yaşam hakkına yönelik hak arayışını Mahkeme nezdinde meşru ve hukuki kılan ikinci temel parametredir. Yaşam hakkının sona erdirilmesi eylemsel olabileceği gibi alınmayan ve ihmal edilen hukuki düzen eksikliğinden de neşet edebilir. Kamu otoritelerinin doğrudan ve dolaylı saldırıları, kendisini kasıt ve ihmali davranışlarla da lanse edebilir. Her halükarda, yaşama yönelen bu eylemlerle eylemsizliğin tahakkuku, bireye ve ardıllarına ikinci maddenin sağladığı olanaklara sığınma hak ve yetkisi bahşetmektedir.

Olağan ölümler, güvencenin ilgi alanında değildir.<sup>[41]</sup> Öteki deyişle yaşam hakkının çiğnendiğinden söz edilebilmesi için, ölüm vakasının dışarıdan ve kamu otoritelerinin doğrudan veya dolaylı müdahaleleriyle tahakkuk etmesi zorunludur. Bu bağlamda, ölümün tabii olmadığına yönelik her kuşku, şüphesiz ikinci maddenin harekete geçmesi için yeterlidir. Hemen ifade etmek gerekir ki; yaşam hakkının çiğnendiğinden söz edebilmek için ölüm olgusunun varlığı kural olmakla birlikte saltık değildir. Bu demektir ki sözleşmenin sağladığı düzenekten

[34] Doğru/Nalbant; 2012,10

[35] Evans Birleşik Krallık[BD]; H-Norveç [k.k.], no. 17004/90; Boso-İtalya,[k.k.], no.50490/90; Vo-Fransa, [BD]; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[36] Bu konu özellikle intrauterin cenin müdahaleleri, beyin cerrahisi, çocuk cerrahisi ve genetik müdahaleler söz konusu olduğunda önemini artırmaktadır.

[37] Vo-Fransa, [BD]; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[38] McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[39] Öneriyıldız –Türkiye [BD]; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[40] Hugh Jordan-Birleşik Krallık; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[41] Doğru/Nalbant, 2012, 10



istifade edebilmek için istisnai olarak ölümden kurtulan veya ölüm tehlikesi ile yüzleşen veya bu risk altında kalanların da yaşam hakkının ihlal edildiğinden bahisle sistemi harekete geçirmeleri olasıdır.<sup>[42]</sup> Böyle bir kuşku ya da eylem en azından kast ve ihmâl bakımından sınanmaya değer bulunmakta, mahkeme bu gibi durumlarda yaşam hakkının koruma eşliğini düşürerek, tehlike ve riskleri ölümden soyut ve bağımsız olarak korumaya değer bulmaktadır.

Sözleşmeyi yorumlayan deneyimler kural olarak yaşam hakkını kutsal addetmez ancak onun etkili şekilde korunması gerektiğini emreder. Bu koruma anlayışı birçok parametreyi gözeterek, standartlarını esnek tutmakta, dolayısıyla ihtiyaçlar ölçüsünde yaşam hakkı konusunda saltık bir direnç gösterebilmektedir. Kimi zaman koşullarla olguların özellikli yapısının dayatmasıyla yaşam hakkını üst seviyede koruyacak önlemler almakta direncini artırarak koruma kalkanını tahkim etmektedir. Bazen olayın gerçekleşme şeklinden hareketle, yaşamı koruma eşliğini düşürerek ölümü meşru ve hukuki olarak addetmektedir.

Yaşam hakkı meşru amaç ve gerekli olduğu sürece istisnaya uğrayabilmektedir. Sözleşmenin 8-11 maddeleriyle güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin istisnaya tabi olabilmesi için gerekli olan mutlak gereklilik testi yaşam hakkı mevzubahis olduğunda daha katı bir hal almakta, gereklilik varlığını giderek daha çok hissettirmektedir. Gücün meşru sayılabilmesi için yaşam hakkını istisnaya uğratan ikinci fıkradaki amaçlarla kesinlikle orantılı olması zorunludur.<sup>[43]</sup> *McCann* deneyimi ile mahkeme gereklilik, amaçla örtüşme ve orantılılık testinin yaşam hakkına yönelik saldırılar, girişimler söz konusu olduğunda her zamankinden duyarlı olması gerektiğini ima eder. Böylece onun düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile basın hürriyeti gibi değerli haklara saldırıları göreceli olarak önleyen testin burada varlığını daha çok hissettirmesi rol ve işlevini daha çok anımsaması gerekir.

Özellikle yaşamın başlangıcı, ölümün gerçekleşme şekli, ölüm tehlike ve riskiyle karşılaşma söz konusu olduğunda duyarlılığını artırarak, kimi zaman yaşam hakkını maksimize etmekte bazen de koruma eşliğini düşürerek ölümleri koruma düzeneğinin ilgi alanından hepten çıkarmaktadır.

Sözleşme ölüm olgusunu, başvurunun benimsenmesi için mutlak bir ölçüt olarak görmemektedir.<sup>[44]</sup> Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir olabilmesi için, ölümün belirlenebilir veya sabit olmasını kabul eder. Kural bu olmakla birlikte, ölümün kesin olarak belirlenemediği ve belirlenmesinin de imkânsız olduğu durumlarda sınırlı olarak, ölümün kanıtlanması ve gerçekliği konusundaki

[42] İlhan, §76; Makaratzis, §49-55; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[43] *McCann* BD kararı, §149; Kroff, 7

[44] Mahkeme, ceset ortaya çıkarılmamış olsa dahi, şartların işaret etmesi halinde, kayıp edilmiş bir kimsenin 'öldü' kabul edilebileceği sonucuna varmış ve böyle durumlarda 2. maddeyi uygulamıştır. Çakıcı, §85; Doğru/Nalbant, 2012, 10

ısrarından vazgeçer.<sup>[45]</sup> Böyle bir durumda kaybolmayı ölümle eşdeğer addetmez ancak, ölümün etki ve sonuçlarını doğurmasına onay verir.<sup>[46]</sup>

Yaşamı koruma yükümlülüğü; kendisini öldürmeme ve yaşatma, yaşatma için maksimum ve optimum önlemler alma ile karakterizedir. Bu iki ödevden ilki negatif ikincisi ise pozitif mahiyetli olup özü itibarıyla ikinci madde kendisini bu iki ayak üzerine inşa eder, yaşatır ve kurumsallaştırır.

Sözleşme, devletlere ikinci maddenin ihlalinden kaynaklanan ölüm olgusunun araştırılması gibi pozitif bir ödev yükler. Mahkemeye göre yaşama yönelik ölümcül gücün gözden geçirilmesini sağlayacak bir prosedürün olmasının ölümleri keyfi hale getirmeyeceği gibi genel hukuki bir yasağın da yaşam hakkını tek başına korumaya muktedir bir tedbir olmadığını içtihat eder. Mahkeme güç kullanımı sonucu gerçekleşen ölümlerin bir takım etkin soruşturma yöntemleriyle araştırılmasının<sup>[47]</sup> caydırıcı etki yaratacağını ifade etmektedir. Mahkeme McCann/BK davasıyla ölümcül gücü gözden geçirecek, kontrol edecek veya sınyayacak bir prosedürün yokluğunu yaşam hakkını güvenceye alan düzenlemeyi etkisiz kıldığını ifade etmektedir. *McCann* kararı genel olarak öldürücü gücün meşruiyetini tartışmakla birlikte, bunun anestezik girişimler sonucu meydana gelen ölümleri kapsam dışı bırakan bir söylem ve akla sahip olmadığı tartışmasıdır. Dolayısıyla anestezik girişimler sonucu meydana gelen ölümleri önleyecek bir hukuki rejimin bulunup bulunmadığı, bu rejimin uzantılarıyla birlikte sorumluluğu ortadan kaldıracak olguları lokal ve likit hale getiren bir önlemler portföyüne sahip olup olmadığı ve devletin mevzuattan ziyade bu alanda meydana gelme olasılığı olan ölümleri önleyecek veya azaltacak bir mekanizma inşa edip etmediği yaşam hakkının sahibi olarak korunup korunmadığı açısından oldukça önemlidir.

Sözleşme yaşamın ne olduğunu veya ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği konularını açıklığa kavuşturmamıştır. Bu konuda hukuki ve bilimsel bir uzlaşmanın olmamasından ötürü, öteden beri bu konuda herhangi bir standart koymaktan imtina eder.<sup>[48]</sup> Böylelikle bu konuda nihai kararı vermek üzere son sözü yerel hukuklara bırakır. Mahkeme *Vo-Fransa* Davasıyla, doğmamış bir çocuğun Sözleşme hakkı kapsamına alınıp alınmayacağı konusundaki bir soruya yanıt vermeyi arzulamadığını ifade eder.<sup>[49]</sup> Mahkeme netameli bu konuda konunun bilim ve hukuk tarafından yeknesak bir şekilde çözülmemesinin yaratacağı sakıncadan ötürü çekinik kalmaktadır. Mahkeme bununla birlikte,

[45] Çakıcı, §85; Doğru/Nalbant, 2012, 10

[46] Burada Deneyimler ölümle kaybolmayı özdeşleştirmemekle birlikte, kaybolma ve ölümün etki ve sonuçları üzerinden özdeşleşmelerine onay verilir.

[47] McCann, BD, kararı, § 161; Kroff,8

[48] Kroff, 9

[49] Kroff, 9

yerel hukukların bu konuyu, somut olayın özelliği ve olayda yararlar arasındaki dengeyi koruyarak optimum şekilde çözebilmeleri konusunda geniş bir takdir marjı bırakır.<sup>[50]</sup> Öteki deyişle Mahkeme gerisinde gelişmelerle uyumlu, uyarlanabilen esnek bir marj alanı bırakarak sınırlı da olsa yaşamın başlangıcı konusunda yerel otoritelere bir görev ve yetki devrine kalkışır.

Özellikle rızaya dayalı<sup>[51]</sup> kürtaj bağlamı ihlal iddialarında<sup>[52]</sup>, anne yaşamını tamamen dışarıda bırakan ya da çocuğun yararlarını mutlak şekilde öne çıkaran bir deneyimi tercih etmez.<sup>[53]</sup> *X-Birleşik Krallık* davasında bu tür uyumsuzluklarda yaşam hakkının sınırlarını veya kapsamını üç ihtimale göre belirler. Buna göre; a) ceninin yaşamı bu kapsamdadır, b) ceninin yaşamı göreceli olarak koruma kapsamındadır c) cenin yaşam hakkının sınırları dışındadır.<sup>[54]</sup> Deneyimler böyle bir ihtimalde başvuru/müştekinin kim olacağı sorusunu da yanıtlamıştır. *H. V. Norway* davasıyla Mahkeme bu noktada potansiyel babanın mağdur sıfatıyla başvuru hakkına sahip olacağını hükme bağlamıştır.<sup>[55]</sup>

Ölüm yaşam hakkını güvenceye alan düzenlemenin harekete geçmesi için gerekli koşulların başat olanıdır. Böyle bir olgu söz konusu ise, o zaman ardışık şu sorular gündeme gelir ve bu soruların her biri eş zamanlı olarak bu davada ispat külfetinin kimde olacağını, ispat yöntemi ile araçlarının neler olması gerektiğinin duraksamasız olarak belirlenmesi gerekir. Yaşam hakkının ihlal edildiğinden söz edebilmek için ölümün gerçekliğinden başka, ölüme sebebiyet verilme savının kanıtlanması icap eder. Ölümün kim tarafından ve nasıl meydana getirildiği konusunda yanlar arasında yekdiğerini çürüten iddiaların söz konusu olması veya olası bir kuşkunun vuku bulması kanıtlama sorununu gündeme getirir. Kanıtlama sorunu iki temel boyuttan teşekkül eder. Bunlardan ilki ölümü ispat külfetinin kimde olduğu, ikincisi ise ispat araçlarının ne olacağına ilişkindir.<sup>[56]</sup> İkinci boyut, yanlar arasında doğal olmayan ölüm kuşkusunun hangi kanıtlarla ispat edileceği ve değerlendirmenin nasıl olacağına ilişkindir.

Bu da bizi kanıtların kabul edilebilirliği kurumuyla tanışmaya, Strasbourg Yargısı'nın kanıtların benimsenmesiyle ilgili yaklaşımı ve bu yaklaşımı oluşturan

[50] Kroff,9; Mahkeme konunun her başvurunun kendine özgü şartları çerçevesinde ebeveynlerin ve doğmamış çocuğun hakları, özgürlükleri ve menfaatlerini dengeleyerek değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Boso v.İtaly (admissibility), Appl. No.6339/78, 13.05.1980, para.56; Karan, 2013, 117

[51] Kürtaj ve yaşam hakkı arasındaki ilişkinin kapsamı noktasında en tartışmalı konu kişinin rızasına dayalı kürtaj konusudur. Karan, 2013, 117

[52] Kürtaj konusunda 2. madde metninde yer alan “herkes” ifadesinin embriyo ve fetüsü kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi gerekir. Karan, 2013,117

[53] Brüggeman ve Scheuten-Almanya, Başvuru no.6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Kararı; Kroff,10

[54] Kroff,10

[55] Karan, 2013, 117

[56] Doğru/Nalbant, 2012, 11

deneyimlerle felsefesini son olarak da anestezik girişimlerde delil, delillerin kabul edilebilirliği ile olası uyumsuzluklarda yerel delil anlayışının sözleşme ile uyumunu, bağdaşmazlığın yaratacağı hak ihlalleriyle bunun yaratacağı etki ve sonuçları belirlemeye, okuyucuyla paylaşmaya icbar eder.

### 3. Strasbourg Delil Sistemi:

#### 3.1. Esnek Eyleme/Sistemler Üstü Davranma Özgürlüğü/Delil Sistemlerinden Özerk Olma:

Mahkeme delillerin kabul edilebilirliği konusunda oldukça esnek olmayı tercih etmektedir.<sup>[57]</sup> AİHM kendisine sunulan her türlü delili gözetmeyi tercih eder. Bu, mahkemenin aynı zamanda ispat konusunda oldukça hassas ve özenli olduğu manasına gelir. Böylelikle mahkeme mağdur haklarının yasal kanıt dizgesinin dar kalıpları içerisinde eriyerek hiçleşmesini, ispat sahasının sınırlı delillere açılarak, tanımlı veya sınırlı ve sayılı delillerle tahdit edilerek ispatın açıklık ve güçlük çekmesini önler. O halde ölüm, şekli ile nedenleri söz konusu olduğunda mahkeme kural olarak, tahkikatı genişletecek ve derinleştirecek bir gerçeklik yargısından yana bir seçimde bulunarak, ispat sahasını gerçeklik yargısına katkı ve hizmet sunacak her türlü delile sonuna değin açtığını söyleyebiliriz. Bu delil Mahkeme'nin argüman seçme özgürlüğünün nicel ve nitel açıdan sınırlandırılması manasına gelir.

Mahkeme özellikle İrlanda-Birleşik Krallık davasındaki deneyimiyle, kanıtların kabul edilebilirliğine ilişkin yerel ve uluslararası standartlarla bağlı olmayacağını, tahkikatın ihtiyaç ve gereksinimi ölçüsünde dilediği kaynaklardan istediği şekil ve debede istifade edeceğini içtihat etmiştir.<sup>[58]</sup> Bu bağlamda *McCann/UK* davasında ateşli silah kullanma standardına ilişkin merakını birçok alması uluslararası metinden yararlanarak giderdiğine tanıklık ediyoruz.<sup>[59]</sup> Anılan içtihat delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin ölçütlerin yerel, uluslararası standarttan tamamen özerk olduğunu teyit etmektedir. Hemen ifade edelim ki, mahkeme kanıtlama aparatları ile tahkikat arasındaki bağın ihtiyaçlar üzerinden inşa etmesi, delillerin standartlarla ispat sahası dışında tutulma ve standartlarla elimine edilme olasılığını bir hayli zayıflatmaktadır. Bu bir bakıma, kendine özgü standart yahut ta her türlü standarttan bağımsız ve soyutluğun da ilanı en

[57] Mahkeme "ne Sözleşme ne de uluslararası mahkemelere uygulanan prensipler uyarınca kanıtlara ilişkin katı kurallara bağlı" olmadığını belirtmiş ve karar verebilmek için uygun gördüğü durumlarda hükümetler ya da bu hükümetlerin kurumları ve yetkilileri tarafından sunulmuş olan belgeler ve ifade tutanakları da dâhil olmak üzere, her türlü kanıtı göz önüne alabileceğini belirtmiştir. İrlanda-Birleşik Krallık, §209; Doğru/Nalbant, 2012, 11

[58] İrlanda-Birleşik Krallık, §209; Doğru/Nalbant, 2012, 11

[59] McCann BD kararı, §§138-140; Korff,36

nihayet standartsızlığın beyanı manasına gelir. Mahkeme, bir dördüncü derece mahkemesi olmamakla birlikte, ölüm söz konusu olduğunda yaşam hakkına yönelik bu şiddetli ve ötesi olmayan eylemin karşılıksız kalmaması, duyarsızlığın zirve yapmasını önlemeye matuf olarak gerçeklik yargısında kullanacağı malzeme konusunda mutlak bir özerklik ilan etmektedir.

Bu özerkliğin kapsamına kendisinin de girdiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yani kendisinin önceki davalardaki delillerin kullanılmasını usul ve esaslarıyla bağlı olmadığını da ifade edebiliriz.

Mahkeme ölümcül eylemlerin meşruluğunu sınamaya yarayacak bir düzenleme ve prosedürün varlığını, keyfiliği önleyen ciddi bir parametre olarak kabul etmektedir.<sup>[60]</sup> İçtihatlarla göre ölümcül eylemleri, kast ve ihmalleri disipline eden bir mevzuatın varlığı, yaşam hakkını koruma görevinin kısmen yerine getirildiği manasına gelir.

### **3.2. Yerel Hükmün Saptadığı Olgularla Bağlı Olmama:**

Özellikle Aşar /Türkiye davasıyla dile getirildiği üzere, Mahkeme, yargılama sırasında lokal otoritelerin belirlemeleri/tespitleriyle kaideten/prensip olarak bağlı olduğunu, onları temel alacağını açıkça ifade etmektedir. Bu yerel mahkeme kararlarının olgu tespitine ilişkin ödev, rol ve işlevini önemseyen ve öne çıkaran bir bakış açısıdır. Bu içtihadın yerel otoriteler üzerindeki bir başka etkisi ise, onların atideki ihtilafları gözetererek olgu tespitinde daha da özenli olmalarını gerektiren, anımsatan ve teşvik eden bir niteliklidir.

Mahkeme'nin ulusal otoritelerin olgu tespitine ilişkin saptamalarına bağlı olmaması istisnadır. Olgu tespitiyle bağlı olmama ya da yerel otoritelerin olgu tespitlerinin Strasbourg için bağlayıcı olmaktan çıkması bu olguyu hükümden düşürecek inandırıcı delillerin varlığına ihtiyaç vardır.<sup>[61]</sup> Yerel olgu tespitinin bağlayıcı olmaktan çıkması, onun inandırıcı delil tarafından çürütülmesi ya da onu hükümden düşürecek denli kuşkulu hale getirilmesi koşuluna endekslenmesi, Avrupa Mahkemesi' nin yerel otoritelerle arasındaki olgu bağlamı çelişmezlik ilkesinin işlerliğinden neşet eder. Böylelikle mahkeme, çelişmezlik ilkesine sert bir uygulama alan ve yetkisi tanıyarak, çelişmezliğin yarattığı

[60] McCann BD kararı...Korff, 37

[61] Aşar-Türkiye ile Gül -Türkiye davalarında olay yerinde gerçekleştirilen adli inceleme ve sonraki iç hukuktaki otopsi prosedürü ciddi bir şekilde eksiktir ve etkili bir tatbikata mani olmuştur. Mahkeme benzer olgu tespit faaliyetlerinde bulunabilir fakat bu durum çok istisnai olacaktır. Normalde, iç hukuk yargılaması ve Mahkeme'ye taraflarca sunulan ek bilgiler olguların tespit edilmesinde, en azından Mahkemenin ikna olması için yeterli olacaktır. Bu durum McCann davası için de geçerlidir. Mahkeme bazı önemli hususlar cevapsız kalmış olsa da açık bir şekilde ileri bir olgu tespitinde bulunmayı red etmiştir. Aşar-Türkiye; McKerr-BK; Matzarakis-Yunanistan; Korff, 30

engellerle yerel mahkeme yerine geçme ve ondan delillerin kabul edilebilirliği aracılığıyla rol ve işlev çalmasını önlemektedir.

Mahkeme yerel otoritelerle arasındaki ilişkinin hiyerarşik bir hal almasına kesinlikle karşı çıkmakta, bu konuşlanmayı sorunların aşılmasında etkin bir çözüm yöntemine evirmektedir. Dördüncü derece yargısı olmayı reddetmek için geliştirilen çözümün kendisini, olgu bağlamı bağlayıcılık ya da olgu eksenli göreceli bağlılık şeklinde göstermesi ve pratize etmesi Mahkeme'nin ilk derece yargısından rol çalma konusunda epey temkinli olduğuna delalet eder.

### **3.3. Kanıtlarla Bağlı Olmama/Kendiliğinden Araştırma:**

Olgu tespitiyle bağlılığın istisnaya uğraması kendisini iki şekilde lanse eder. Bunlardan ilki mahkemeye sunulan kanıt veya argümanların değerlendirilmesi, ikincisi ise sunulan argümanların yarattığı kuşkunun yerinde yapılacak tespit ve müşahedelerle aşılması biçimindedir.

#### **3.3.1. Kanıtlarla Doğrudan Temas Kurma Özerkliği:**

Mahkeme'nin yerel otoritelerin yerine geçmekteki isteksizliği ile ihtiyatı onun böyle bir ihtimalde olabildiğince ikna ve inandıran delille yetinerek hüküm oluşturmaya zorlamaktadır. Ancak sunulan argümanın, yerel mahkemenin kaideten bağlayıcı olan olgularını kuşkulu kılması, zayıflatması veya güvenirliliğini tartışmalı kılması halinde, olası kuşkuların aşılması Mahkeme eliyle yeni belirlemeler yapılmasını gerektirebilir. Böyle bir olasılıkta oluşan kuşkuların, yerinde yapılacak araştırma ve incelemelerle aşılması mümkündür. Mahkeme özellikle, Kaya ve Avşar-Türkiye, Gül-Türkiye davalarında eksik adli inceleme ve otopsinin olgular üzerinde yarattığı kuşkuları yerinde yaptığı incelemeyle aşmayı denemiş, ancak *McCann*-BK davasında ise bundan kaçınmayı yeğlemiştir. <sup>[62]</sup> Toparlamak gerekirse, Mahkeme, olgu tespiti üzerindeki kuşkuları aşması sıkı koşulların tahakkukuna bağlı olmaktan başka, olgu belirlemesini kuşkulu kılan hallerle mahdut olarak yerinde delillerle temas kurmaktadır. Ancak *McCann/UK* davasında Mahkeme olgu konusundaki açık kuşkularını deklare etmesine rağmen yerinde inceleme yapma, delillerle temas kurma yetkisini kullanmamayı seçmiştir. Bu onun olabildiğince yerinde veya çekinik kalma ve olgu üzerindeki şüpheleri evrak üzerinde çözme eğilimini olabildiğince muhafazasından neşet eder.

[62] Korff, 30

### 3.3.2. Delillerin Kabul Edilebilirliğini Sınama Yetkisi:

#### 3.3.2.1. Göreceli Değerlendirme Özgürlüğü/ Uluslararası Hukukun Prensipleriyle Bağlılık:

Mahkeme serbest kanıt sistemini kabul etmekle, ceza hukuku ile ulusal hukukun belirlediği standartlardan farklı ve kendine has kriterleri olacağını deklare etmektedir.<sup>[63]</sup> Mahkeme sözün özü, delillerin kabul edilebilirliği mevzu bahis olduğunda hiç kimseye benzemediğini nevi şahsına özgü bir çalışma yöntemine sahip olacağını ilan eder. Mahkeme özellikle takdir marjı ile yetkilerinin kapsamıyla gücünü özellikle sözleşmenin hak ve özgürlükleri koruyan akıl ve onu pratize eden deneyimlerle sınırlar. Mahkeme, Sözleşme'nin hedeflerini meşru varlık nedeni olarak ilan ederken, uluslararası hukukun prensiplerini de yargılama ve hükmün kabul edilebilir referansları olarak açıklamaktadır.<sup>[64]</sup>

Bu yaklaşımını, ceza hukuku parametrelerinden bağımsız olacağını deklare ederek ve bu şiarını daha da ötelere taşıyarak bağımsızlığını ve özgünlüğünü konsolide eder. Bu şu demektir. Mahkeme gerekirse ceza hukukunun kadim ilkelere gerekirse yerel, sınırların ötesindeki hukuktan istediği gibi yararlanma özgürlüğüne sahip olduğu gibi somut olayın özelliklerini ve gereksinimlerini gözeterek kabul edilebilirlik konusunda yeni bir pozisyon da alma hürriyet ve yetkisine sahiptir. Bu; yaşam hakkına yönelik herhangi bir girişim, tehdit ve riske karşı yer, özne ve nesneden özerk olarak eylemek hiç kimsenin olmayan bir kabul edilebilirlik standardı aracılığıyla aşkınlıklarla mücadele yetkisine sahip olmak demektir.

#### 3.3.2.2. Yerel Hükümle Bağlı Olmama:

Mahkeme'nin ispat sahasını büzen ya da onun ilgi alanını belirleyen bir diğer husus ise, şahsi cezai sorumluluk konusundaki yerel hükümlere olan ilgisizliğidir. Mahkeme bu ilgisizliğini açıklarken diğer yandan da ilgi alanında olanları da belirlemiş olmaktadır. Buna göre, mahkûmiyet veya beraat kararları ihlal iddialarının değerlendirilmesinde sıfır bir etkiye sahiptir.<sup>[65]</sup> Anılan yaklaşım yerel ile Sözleşme arasındaki saldırmazlık paradigmasının bir başka görünüm şeklidir. Dördüncü derece veya temyiz mercii olmaktan kaçınan isabetli bu yaklaşım,

[63] Bu şekilde Mahkeme, serbest kanıt uygulamasını kabul etmiş ve ceza hukukunun ya da ulusal hukukun belirlediği standartlara uymayan kendi standartlarına sahip olduğunu ortaya koymuştur. Nachova ve Diğerleri [BD], Doğru/Nalbant, 2012, 11

[64] Mahkemenin yetkisi uluslararası hukuk sorumluluğu ile sınırlıdır. Sözleşme uyarınca var olan sorumluluk Sözleşmenin hedefleri temelinde ve ilgili uluslararası hukuk prensiplerinin ışığında yorumlanması gereken sözleşmenin kendi bölümlerine dayanmaktadır. Avsar/Türkiye; Korff, 31

[65] Mahkeme bu bağlamda suçlu ya da masum gösteren bulgulara ulaşmak ile ilgilenmemektedir. Avsar-Türkiye; Korff, 31

aklayan veya mahkûm eden hükümlerin görev tanımı içinde olmadığını bir kez daha ifade eder. Böylece bu hükümlerin üzerine inşa edildiği bulguları da buna bağlı olarak ilgi sahasının uzağına iter. Bu yerel mahkeme kararının hiç bir şekilde Strasbourg Yargısı'nı bağlayıcı bir etki yaratmadığı manasına gelir. Yinelemek gerekirse, yerel mahkeme kararı, AİHM'i bağlayıcı değildir.

### 3.3.2.3. Kanıtlarla Bağlı Olmama:

İki şeyi karıştırmamak gerekir. Bağlayıcı olan yerelin olguya ilişkin belirlemeleridir. Kural olarak olgu belirlemesinde bağlayıcılığı benimseyen mahkeme, sıra hükme geldiğinde bunu reddetmektedir. Reddedilen bir diğer husus ise, suçlu ya da masumiyeti teyit eden bulguların bağlayıcılığıdır. Mahkeme hükmün dayanağı kanıtların/bulguların bağlayıcı olmadığını ima ederek, kendi yargısının ispat mantığı, yöntem ve araçları ile yerelin mantalite ve uzantıları arasındaki farkı bir başka şekilde ve açıkça ortaya koymaktadır.

### 3.3.2.4. İspat Sahasını Genleştirme Özgürlüğü:

Mahkeme herhangi bir ölüm vukuunda araştırmanın kapsamına sadece eylemi gerçekleştireni değil, eylemi işaret eden planlama, kontrol ve organizasyonun da alınacağını belirterek olayın geniş bir perspektiften okunacağını<sup>[66]</sup>, sorumluluk testinin oldukça geniş bir alanda ve derinliğine uygulanacağını içtihat eder. Bu oldukça önemli bir belirleme, öneri veya direktiftir. Onu önemli kılan, 2. maddeden neşet eden öldürmeme, yaşatma hakkının uzantısı niteliğindeki etkin soruşturma görevinin mahiyetidir. Bu görev ölümle karşılaşıldığında sığılık ve darlığın yaratacağı aklanma ihtimalinin yaşama yönelik saldırıların tolare edilmesini sağlayacağını farkındadır. Bundan ötürüdür ki; işi daha başından sıkı tutarak, eylemle birlikte onu doğrudan veya dolaylı olarak vücuda getiren ortam, koşul, özne ve nesnelere tümüne odaklanır ve onu derin bir analize tabi tutar. Taksirle adam öldürme veya tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ölümlerin de sıradan olmamaları onların aynı yöntem izlenerek, araştırılması meydana gelen ölümün mutlak gerekliliğinin özerk olarak belirlenmesi açısından yaşamsaldır.

Korff, *McCann/UK* davasını yaşam hakkı bakımından değerli kılanın özünde, onun yaşama yönelen saldırıyı geniş bir perspektiften görmesi ve okuması olduğunu ifade eder.<sup>[67]</sup> Bu okuma tarzının vardığı nokta: ölümün mutlak surette gerekli olup olmadığının zaman, mekan ve öznenen bağımsız

[66] Cevapçı devlet bu nedenle herhangi bir ölüm olayında sadece öldürme fiilini gerçekleştiren görevlilerin eylemlerinin değil ayrıca operasyonun planlama, kontrol ve organizasyonunun da dâhil olduğu bu olayı “çevreleyen tüm koşullar” hakkında öldürmenin “mutlak surette gerekli” olduğunu göstermelidir. *McCann/BK*; Korff, 31

[67] Korff, 31



olarak araştırılması gerektiğine ilişkin haklı okumasıdır. Ölümün alternatif enterne modelleri veya alması girişimlerle önlenme olanağının sonuna değin tüketilmemesi, meşruluk testini kırılmaya uğratan, ihlali haksız hale getireceği muhakkaktır. Bu Farrell/BK davasının deneyime dönüştüremediği meramin, *McCann/BK* tarafından çok sonra dile gelmesidir.<sup>[68]</sup>

### 3.3.2.5. İspat Külfeti:

İspat külfeti, tartışma konusu olguların elverişli kanıtlarla gerçek ve doğruluğunun tanıtlanma ödevinin kime ait olduğunu belirten bir ifadedir.

### 3.3.2.6. Kurtuluş Beyinnesi:

Kurtuluş beyinnesi'ni makul şüphenin ötesinde kavramı aracılığıyla izaha çalışan deneyim, ölümün önlenmesi için lazım gelen bilim tedbirlerin alındığı ve düzenlemelerin de gerçekleştirildiği olgularla sabit olması halinde sorumluluktan kurtulmanın olanaklılığına işaret eder.<sup>[69]</sup> <sup>[70]</sup>Burada somut olayın özellikleri ölümün kaçınılmazlığını teyit edecek bir alt yapı ve organizasyon tarafından muhakkak surette desteklenmesi gereğine vurgu yapılmaktadır. Devletin ölümü önlemek için gereken tüm olanakların denendiği, tüm koşulların seferber edildiği, alınabilecek tüm önlemlerin alındığından söz edilebilmesi, somut olarak bunları yapma koşuluna endekslidir.

Mahkeme delillerin kabul edilebilirliği veya serbest delil ilkesi konusunda bir tanımlama yapmaktan özellikle imtina eder. Onu ihtiyatlı olmaya zorlayan, tanım ve kavramlarla tasavvurun önünü kesme, hak ve özgürlüğün kapsam ve uygulanma sınırlarının büzülmesini önleme, kavramlarının hakları sömürme olasılığını bertaraf etme kaygısıdır.<sup>[71]</sup> <sup>[72]</sup> Mahkeme oldukça haklıdır. Onu haklı kılan ise kavramların yaşam hakkını korumaya özgülünen demokratik uygulamaların kavramların dar ve gerileten içeriklerinden koruma refleksidir. Mahkeme, her fırsatta sözleşme ile korumaya alınan hak ve özgürlüklerin ilerletici yorumlarla öteye geleceğe taşınmasını önermektedir. Önerinin sıklığı ve mutlaklığı yaşam hakkının çığneme iddialarının, delillerin kabul edilebilirliği kurumunu daraltan yorumlarla karşılıksız ve sonuçsuz kalmasını önlemektedir.

[68] Korff, 31

[69] Korff, 31

[70] Kaya-Türkiye;Andronicou ve Costantinou-Kıbrıs; Korff, 31

[71] Ayrıca mahkeme serbest kanıt ilkesini açıklarken çok açık bir tanım vermekten kaçınmakta ve böylece içihadın gelişmesinin önünü kapatmamayı amaçlamaktadır. Nachova ve Diğerleri, Doğru/Nalbant, 2012, 11

[72] Mahkeme tarafından iddia edilen Sözleşme iddialarıyla ilgili olarak uygulanan delil ile ilgili olan standart "makul şüphenin ötesinde kanıt" tır. Prensipten olarak, başvuru bu standart gereği, bir ihlalin vuku bulduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Yunanistan Davası, 5 Kasım 1969 tarihli Komisyon Raporu,§30; Kroff, 28

### 3.3.2.7. İspat Külfetinin Kapsam Bağlı Genleştirilmesi:

Mahkeme, *McCann/UK* davasıyla<sup>[73]</sup>; devletin ispat külfetinin kapsamını kişi, eylem, zaman ve olgulara bağlı olarak genişletmesidir. Cebelitarık'ta komandalaraın gerçekleştirdikleri öldürme eyleminde sorumluluğu faillerle sınırlamak yerine, hiyerarşik üstlerini de içine alacak denli genişleterek, bu alandaki argümanları da ilgi alanına alarak kronolojik bir genleşmeyi de tercih etmektedir. Bu deneyim ispat külfetinin sınırları ile rol ve işlevi bu bağlamda sevk ve idarenin yerelde üzerine düşen görevi nasıl ve ne şekilde icra etmesi gerektiğinin belirlenmesi açısından yaşamsaldır. Mahkeme, fail ile sorumlu arasındaki farkı, *McCann/UK* örneği üzerinden itinalı bir şekilde tefrik etmekle yetinmemekte, bu iki kavramın ispat sahasında yaratacağı etki ve sonuçları da okuyucuyla paylaşmaktadır. Buna göre “fail” üzerinden yapılacak bir okumanın, birçok argüman, araştırma ve inceleme yükümlülüğünü dışarıda bırakırken, “sorumlu” kavramı referans yapılarak gerçekleştirilecek bir okumanın, ispat sahasında hayal edilen optimum genişlik ve derinliği yakalanması açısından değerli olacağını ima eder. Özellikle kendisini “en dikkatli inceleme”<sup>[74]</sup> kavramıyla dikte ettiren bu bakış açısı, sadece ölüm olgusunu doğrudan gerçekleştirenler değil, onları bu operasyona teşvik ve icbar eden kişi, koşul ve ortamında ispat sahasının objektifinde olması gerektiği konusunda optimum ve maksimum bir özene çağrı yapmaktadır.

Mahkeme böylece dikkate alma değerlendirme ve tartışmanın hudutlarını da gerçeği arama faaliyeti ile yaşam hakkının dokunulmazlığına verdiği önemle koşul olarak eylemi baz almakta özne konusundaki sınırlılığı eylem aracılığı ve onun üzerinden epey genişleterek, eylemin öznelere kanıt sahasına çekmesine imkan tanımaktadır. Bu oldukça anlaşılır ve olması gereken bir ispat perspektifi olup bu bakış, eş zamanlı olarak devletin ispat külfetini hem ağırlaştırmakta, hem de zamansal ve fiziksel bir genişlemeyle kronolojik ömrünü de uzatmaktadır.

### 3.3.2.8. İspat Aracı Olarak Makul Kuşku:

Ölümün yaşam hakkının korumasından istifade edebilmesi, ölümün kural olarak bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiğinin makul kuşkunun ötesinde bir kanıtlarla ortaya konulması gerekir.<sup>[75]</sup> Sözün özü Mahkeme, makul şüpheyi kabul edilebilirlik standardının dışında tutmakta kural olarak şüphenin

[73] Mahkeme, yaşamdan mahrum bırakılma ile ilgili [2. maddenin ihlal edilip edilmediği ile ilgili olarak] değerlendirme yaparken özellikle de kasti ölümcül gücün kullanımında, sadece güç kullanmanın yönetimini elinde bulunduran devlet görevlilerinin eylemlerini dikkate alarak değil ayrıca inceleme konusu eylemlerin kontrol ve planlaması gibi meseleleri de dâhil ederek bu çerçevedeki tüm koşulları da hesaba katarak en dikkatli incelemesini yapmalıdır. *McCann BD kararı*, § 173; Korff, 30

[74] *McCann/UK*; Korff, 30

[75] Harris O'Boyle-Warbick, s.57; Karan,2013,126

makul ve benimsenebilir bir debide olmasının kanıtla ispat ödevini bertaraf etmeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüş, kuşkudan delil olmaz ilkesinin yaşam hakkı alanındaki görünüm ve uygulama biçimidir. O halde ölümden-öldürmeden söz edilebilmesi için kuşku ve makul kuşku dışında bir argümana gereksinim vardır. Bu da bizi kural olarak ikna edici delillerin varlığı sorunu ile ölüm arasındaki güçlü kabul edilebilir bir ilişkinin kurulması ve benimsenmesine zorlar. Dolayısıyla salt makul kuşku, kamu görevlisi tarafından ölümü vücuda getirdiğinin kabulü için yeterli değildir.

Mahkeme, “Böylesi bir kanıt kâfi derecede birlikte mevcut bulunan güçlü, açık ve mutabık çıkarılmalar ya da benzer reddedilemez karinelere doğabilir.” demek suretiyle bir bakıma yaşam hakkı bağlamı uyumsuzluklarda delilden kast edilenin ne olduğunu da izah etmektedir. Buna göre, şüphe, makul şüphe asla delil değildir. Dolayısıyla her türlü kuşkunun referans alınarak, ihlal iddiasının temellendirilmesi olanaksızdır. Öte yandan güçlü, açık ve kabul edilebilir çıkarılmalar da delilin yaratacağı etki ve sonuçları doğurmaya muktedir argüman olarak telakki edilmektedir. Mahkemenin kabul edilebilir delil olarak betimlediği bir diğer nesne ise, reddedilemez mahiyetteki karinedir.

Çıkarılma: bir önermeden sonuç olarak yeni bir önerme çıkarma, düşünce yoluyla bir başka önermeye geçme işi veya bir yargıdan diğerine varma süreci olarak tanımlanır.<sup>[76]</sup> Bunun olabilmesi için kendisinden önce ve onu vücuda getirecek yetenek ve debideki bir önermeye veya yargıya gereksinim vardır. Çıkarılma bu bağlamda saltık bir kanıt değil, diğer kanıtların referansıyla vücuda gelen ve ihlalin belirlenmesine katkıda bulunan kendine has bir argümandır. Bu argüman ölüm vukuunu meydana getiren nedenlerle bu nedenle eylem arasındaki nedenselliğin deşifre edilmesinde önemli rol oynayan düşünsel bir aktivite olduğunu belirtmek gerekir.

### 3.3.2.9. Reddedilemez Karine:

Delil olarak kabul gören ve portföyde kendisine içtihatla yer bulan bir diğer delil ise “reddedilemez karine” kavramıyla karakterize olan argüman türüdür. “güçlü karine” mahkemenin bir çok davada devletin sorumluluğu ve kanıt yükü altında olması gereken halleri tanımlama ve betimlemede kullandığı bir diğer argümandır.<sup>[77]</sup> Karine: malum olan bir vakadan malum olmayan diğer bir vakayı istidlal olarak tanımlanır.<sup>[78]</sup> Bir olgudan diğer bir olgunun çıkarılması yasadan veya hayat tecrübesinden neşet edebilir. Kesin karine ise ispatı

[76] Ali Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, Ankara, Arkadaş, Şubat 2003, s.319

[77] Kelly ve Diğerleri-Birleşik Krallık; Salman-Türkiye; Çakıcı-Türkiye; Ertak-Türkiye; Timurtaş-Türkiye; Hugh Johnson-BK; Korff,32

[78] Başbakanlık, Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s.192

olanaksız karine olarak tanımlanır. AİHM, İrlanda –Birleşik Krallık Davasıyla zikrini ettiği karine kategorize edilmemiş olmakla birlikte, onun reddedilemez sıfatıyla lanse edilmesi, onu iç hukuktaki kesin karineye yaklaştırmaktadır. O halde reddedilemez karineyle kast edilenin muhtemelen onu giderek pekiştiren, tahkim eden sıfatından ötürü kesin karine olarak nitelemek mümkündür. Bu bağlamda kesin veya reddedilemez karinenin varlığı halinde, yaşam hakkını koruyan düzeneğin bu delili dikkate alarak değerlendirme koşullarına göreceli olarak sahip olduğunu söylemek mümkündür.

### 3.3.2.10. Uygun Standart:

Mahkeme, oluşturduğu ispat konusundaki uygun standart kavramıyla, makul şüpheye yer bırakmayan kanıtlamayı kast ederek, sübut için şüpheleri sıfırlayan bir kanıtlamanın mevzubahis olmasını kabul eder. Ve böyle bir kanıt-tan söz edilebilmesi için de yeter derecede ciddi, açık, belirgin kendi aralarında tutarlı emare veya karineler toplamından çıkarılabileceğini belirtir.<sup>[79]</sup>

İspata elverişliliği, ikna edicilik ve inandırıcılık debisi ve niteliği üzerinden tasnif eden bu yaklaşım, kanıtın şüpheleri sıfırlama gücüne, kuşkuların tümünü aşacak nitelik ve kuvvette olmasına önem vererek, bu işlev ve etkiye sahip olmayanın ispat standardıyla bağdaşmaz olduğunu ima eder. Öte yandan ispat yeteneği ve elverişliliğinden söz edilebilmesi için, bir delilin ayrıca hükme tesir edecek denli ciddi, açık, belirgin ve iç ve dış tutarlılığına sahip emare ve karinelere oluşması gerektiğini ifade eder. Delilden ne kast ettiğini neyin delil olarak kabul edileceğini belirlemiş olur. Delilleri bu bağlamda anılan nitelikteki emare ve karineler olarak ikiye ayırır. Böylece delil tanımı, delilin kabul edilebilmesi için taşıması gereken özelliklerle kanıt türleri konusundaki merakları da gidermiş olur. O halde Strasbourg Yargı Sistemine göre iki tür delil vardır bunlardan ilki emare diğeri ise karinedir. Her ikisinin de AİHM Delil Sistemi tarafından belirlenen kabul edilebilirlik standardına uygun olması ve kanaat uyandıracak inandırıcılık ve ikna edicilik kuvvetine sahip olması gerekir.

### 3.3.2.11. Spesifik Kanıtlar:

En nihayet mahkeme ispat yöntem, araç ve ödevi konusunda koyu, saltık ve olasılıkları kökünden reddeden bir paradigmaya sahip değildir. Somut olayın özellikleri ve koşulların<sup>[80]</sup> önermesi ve dayatması potansiyeli mahkemeyi değişen şartlara uyurlanabilen bir delil ve ispat mekanizması inşasına ve kabulüne

[79] Yaşa/Türkiye; Demiray/Türkiye; Gözübüyük-Gölcüklü; 2003, 159

[80] Uygulamada standart sorunu hem de ispat görevi sorunu davanın şartları ve başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların niteliğine göre bir dereceye kadar esnek şekilde uygulanmıştır. Korff, 28

zorlamıştır. Mahkemenin kendine has yargılama ve kendine özgü gerçeği arama prosesinin olması, onun yerel gerçeklik yargısı ile aparatlarından özerk bir yerde konumlanmasına neden olmuştur. Bu bağlamda neyin kanıt olduğu, ispata elverişliliği, ispat külfeti, dağıtılması, araçlarıyla delillerin kabul edilebilirliği meselesinde AİHM' in olayın özelliklerini ve koşullarını referans alan kendine has takdir marjından söz etmek mümkündür.

### 3.3.2.11.1 İkna Edici Delil:

*McCann/UK* davasında<sup>[81]</sup> mahkeme iddianın muhakkak surette kendini ikna edici delile yaslaması gerektiğini ima etmiştir. İkna edicilik hem nitelik hem de debi yani nicelik açısındandır. Dolayısıyla buradaki ikna edici olmanın AİHM' in *McCann* davası ile öne çıkardığı kabul edilebilirlik standardı olduğundan kuşku yoktur. İkna edici olmaktan kasıt: özü itibarıyla meşru ilgileri, nicel ve nitel özellikleriyle inandıran nesne olarak tanımlanabilir. İkna edici delili, bir bakıma, Strasbourg Mahkemesi'ni inandıran bir kanıt olarak ifade etmek mümkündür. Gözetilmesi gereken husus, iddianın her şeyden evvel kendisini ikna edici delile yaslamasıdır. O halde kural olarak delil sunulmaması ve sunulanın ikna edici olmaması, delilin kabul edilebilirliğini önlemektedir.

Mahkeme ölüm, nedenleri ve şekli konusunda maddi kanıtları referans almaktadır. Hemen ve altını çizmek gerekirse; maddi kanıtlar arasında ilk gözetilen ve önem atfedilen ise hiç kuşkusuz, adli tıp raporu, otopsi v.b. gibi tıbbi kanıtlardır.<sup>[82]</sup>

### 3.3.2.11.2. Tıbbi Kanıtlar:

Strasbourg anılan deneyimiyle böyle bir iddianın hangi malzeme veya argümanla kanıtlanması gerektiğine ilişkin genel yaklaşımını belirlemiş olmaktadır. Mahkeme'nin bu paradigması ile yaşam hakkına yönelik hak ihlallerinde referans listesinin ilk sırasına tıbbi kanıtları yerleştirdiği tartışmasızdır. O halde ölüm konusundaki uyumsuzluğu giderecek argümanların başını tıbbi kanıtların çektiğini, Mahkeme'nin böyle bir olgunun ispatında her şeyden evvel bu argümanlardan yararlanacağını ifade edebiliriz.

Tıbbi argümanların referans değeri, onun ilkin Sözleşme hukuku ve uygulaması çerçevesinde değerlendirilmesini zorunlu kılar. Gerekli olan ikinci husus ise yerel ve sınırların ötesindeki tıbbi delil kavramı ve tasavvurunun yaşam hakkı bağlamında lokal ve likit hale getirilmesidir. Bu belirleme ve sınırlama

[81] *McCann/UK*, §179; Korff, 28

[82] Maddi kanıtlar arasında tıbbi kanıtlar büyük bir öneme sahiptir. Bir iddiayı nesnel ve şüpheye yer vermeyecek tarzda kanıtlayan tıbbi kanıtlar( adli tıp raporu, otopsi, vb.) bir davada temeldir. Nachova ve Diğerleri, Doğru/Nalbant, 2012, 11

faaliyeti eş zamanlı olarak, genelde malpraktis özelde de anestezik girişimlerdeki tıbbi hatalar sonucu meydana gelen ölümlerin gerçek ve doğruluğunun sınanmasında referans alınacak materyalin tanımlanması, kapsam ve değerinin tayinini kolaylaştıracaktır.

O halde çalışma burada parantez açarak, Sözleşme Organları'nın tıbbi delilden kastının ne olduğunu, bunun pratiklerle şimdiki değin oylumunun nasıl ve ne şekilde tayin edildiğinin içtihatlarla olabildiğince belirlenmesi gerekir. Bu belirlemeden sonra, yerel kod ve uygulamaların izleri takip edilerek yerel mevzuat ve kodların AİHS'in 2. maddesi için yaşamsal değere sahip argümanların çerçevesini çizmek onları tanımlayıp betimlemek mümkün olacaktır. Bu sınırlama, yerel hukukun sözleşme karşısındaki delillerin kabul edilebilirliği bağlamı ödevlerinin hudutlarını çizmekle yetinmeyecek eş zamanlı olarak, yerel hukukun sözleşme ve organlarının muhtemel bir ölüm kuşkusunu aşmalarında referans almaları gereken tıbbi delillerin de standardının oluşmasına ciddi bir katkı sunacaktır. Böylece mahkemenin tıbbi delil konusundaki standardı ile yerel mevzuat ile uygulama arasında ilk temas kurulacak, yerel hukukun bu standardın neresinde konumlandığı belirlenecek, aradaki kod farkı da yerel hukuk standardının, sözleşme ile uyumu sağlanarak anestezik girişimlerin yaşam hakkını ihlale yönelik kuşkuyla karşılaşmalarında izleyecekleri yöntem belirlenmiş olacaktır. En nihayet anestezik girişimlerin, karşı karşıya kalma potansiyeli olan malpraktisler karşısında kendilerini etkili ve verimli şekilde savunmalarına olanak ve kolaylık tanıyacak argümanlarla onların tutulma ve kullanma standartlarıyla tanışmaları sağlanacaktır.

### **3.3.2.12. Resmi Belge:**

Ancak delil serbestisi sistemini benimseyen Mahkeme, tıbbi delillerin elde edilme olanağının tamamen ortadan kalkması olasılığını da gözeterek böyle bir durumda resmi belgelerin gözetilme değerine haiz olacağını kabul etmektedir.<sup>[83]</sup>

Resmi belge, bu bağlamda olası bir ölüm vukuunda Mahkeme'nin dik-kate alıp değerlendireceği almaşık bir argüman sistemi ve nesnesi olarak öne çıkmaktadır. Mahkeme uygulamasında resmi belgelerin argüman olarak değerlendirilmesi istisnai olup, istisnai bu kabulden söz edilebilmesi bir kaç koşulun birlikte tahakkukuna bağlıdır.

Resmi belgenin delil olarak addedilmesi özellikle gözaltındaki kayıplar söz konusu olduğunda önem arz etmektedir. İçtihat özellikle kişinin kamu otoritelerinin gözetimi altındayken ölmeleri halinde, tıbbi verilerin elde edilme

[83] Ancak kayıp edilme olaylarında olduğu gibi bir çok davada tıbbi kanıt sunmak güçtür. Bu gibi durumlarda temel kanıt "resmi belgeler" olmalıdır. Nachova ve Diğerleri, Doğru/Nalbant, 2012, 11

olasılıklarının hiçe yakın veya imkânsız hale gelmesi yerine devlete ait kayıtlar yahut resmi belgelerin delil olmasını zorunlu hale getirmektedir. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus şudur: Tıbbi delil yerine resmi belgelerin argüman olarak benimsenebilmesi için geliştirilmiş başat kriter hiç kuşkusuz, ölümün devlet veya uzantılarının egemenlik sahasında gerçekleşmiş olması ve bu olgunun tıbbi verilerle ispatının imkansızlaşmasıdır. Dolayısıyla tıbbi delilin yerini alternatifine bırakabilmesi hali özelde kayıp ve gözetimdeki ölümlere münhasır olmakla birlikte, bu olgunun sayılanlarla sınırlandırılmamış olmasıdır. Mahkeme'nin uygulamayı kavramlarla sınırlayarak indirgemenin uzaklaşması imtina etme yaklaşımı, devletin egemenliği altında meydana gelen her ölümden, resmi belgelerin gerektiğinde tıbbi belgelerle yer değiştireceği ya da onu tahkim etme özelliğine sahip olduğunun kabulü gerekir.

Kamu makamlarının gözetimi altında meydana gelen tıbbi müdahalelerde ölümün devletin kontrol ve tasarrufu altında egemenlik sahası içinde tahakkuk ettiğinin benimsenmesi icab eder. Böyle bir ihtimalde, resmi belgeler delil serbestisi ilkesinin rüzgârını da arkasına alarak ölüm olgusunun belirlenmesi, hangi şartlarda nasıl ne şekilde gerçekleştiği konusunun aydınlatılmasında ikinci belirleyen olmaya adaydır.

Resmi belgelerin tıbbi/anestezik girişimlerde delil olma yeteneği ve niteliği senkronik olarak ispat külfetinin yer değiştirmesini de gündeme getirir. Strasbourg Yargısı, ölüm ve uzantısı olguların devletin etkinlik ve egemenlik sahasında gerçekleşmesi halinde, ispat külfetinin devlete geçeceğini deneyimler.<sup>[84]</sup> Failin belirlenemediği tanığın bulunmadığı, ölümün yeterince soruşturulmadığı ve devletin bu konudaki delilleri sakladığı, sunmadığı hallerle sınırlı olarak ispat külfetinin el değiştirerek bireyden yurttışa geçeceği içtihat edilmektedir.<sup>[85]</sup> Ergi/Türkiye davası, ispat külfeti ile delil saklama, vermeme arasındaki ilişkinin yaratacağı etki ve sonucu belirleyen önemli bir referanstır. Burada devlet, ispat külfeti altında iken yedinde bulunan kanıtları, bilgiyi Strasbourg yargısı ile paylaşmayarak<sup>[86]</sup> sorumluluğunu belirleyen kararın oluşumuna birinci derecede katkı sunmuştur. Bu, bireyin devletin olanaklarına sahip olmaması, devletin egemenlik alanına girerek, mahremine ihlal ederek delil elde etme olanağının oldukça sınırlı hatta imkânsız olmasından neşet eden akılcıl bir kabul olmaktan başka, delilleri saklayan iradeyi deliller üzerinden mahkûm eden

[84] Nachova ve Diğerleri, Doğru/Nalbant, 2012, 11

[85] Salman v. Turkey, paragraf 100; Karan, 2013, 126; bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekir. Salman, §106; Gül, §89; Doğru/Nalbant, 2012, 24 Yetkililer, başka delillerin yanında tanık ifadelerini, adli tıp ve kriminolojik delilleri toplamalıdır. Hugh, §1007; Doğru/Nalbant, 2012, 24

[86] Ergi-Türkiye, 28 Temmuz 1998; Korff, 29

bir bakış açısıdır. Elindeki kayıtları tüm uyarılara rağmen Sözleşme yargısıyla paylaşmaktan imtina eden, olup bitenlere makul bir açıklama getiremeyen üye devletin, birey üzerindeki ispat yükünün yarattığı dezavantajın istismarını önlemektedir. Mahkeme eylemiyle beklentileri karşılamaması, istenmeyen sonuca neden olmasından istifade edilmesini yasaklamaktadır. Devletin böyle bir olasılıkta ölüm olgusundan mesul tutulmamasına ilişkin savunmasının kabul edilebilirliği, onun gerçek ve doğruluğu kuşkusuz resmi belgelere yaslanmasına bağlıdır. Devletin kurtuluş beyinnesi, onun ispat tekelinin ölümden etkilenen meşru ilgililerin ispata katılma olanağını ortadan kaldırıcı etki yaratmaz.

### 3.3.3. Devletin İspat Külfeti/İspatta Ödünsüzlük:

Üye devletin ölümden ötürü meydana gelen sorumluluğunu bertaraf edebilmesi sadece faillerin eylemleriyle sınırlı değil, bu eyleme neden olan ard alanın da kuşkuyla karşılanması denetimin ilgi alanına dönüştürülmesinden yanadır. Ancak bu koşullarda etkin bir soruşturmadan söz edileceği kabul edilmektedir.

Güçlü karine devletin sorumluluğunu artıran, tahkim eden ve eş zamanlı olarak başvurusunun ispat yükünü üzerinden alan bir ispat kavramıdır. Böyle bir durumda devlet, ölümlle ilgili tatminkâr ve ikna edici bir açıklama yapmak<sup>[87]</sup> hususunda ciddi bir yükün altındadır. Ölümle ilgili olarak devletin suçlanması yönünde güçlü bir karine mevcut ise devlet bu ölümün kendisi ve uzantılarının inisiyatifinde gerçekleşmediği konusunda tutarlı ve ikna edici açıklamada bulunmadığı sürece, sorumluluğu devam edecektir. Zararı aza indiremeyen operasyon yükümlülüğü bireyin sorumluluğudur. Bu alandaki en küçük fire ölümün gerekliliğini mutlak olmaktan çıkarır niteliktedir. İç işleyişin yarattığı sır hakkında bilgi vermeme, susma bu karinenin birey yararına olan gücünü ve debisini tahkim eder. Özellikle ölüm ile eylem arasındaki ilişkinin kesin olarak belirlenemediği durumlarda dahi, Strasbourg 'un ihdas ettiği bu ölçütten yararlanarak, devletin organizasyon ve planlama yükümlülüğünün ölümü minimize etmesi gereken yanına muhalefetin varlığı kabul edilmektedir. Devlet, ölümcül ateşin açıldığı kanıtlanmamış olsa bile, başkaca ölümleri önleyecek minimum önlenmeler almadığı ya da riski en aza indireyecek bir operasyon<sup>[88]</sup> planlayamadığı için 2. maddeyi ihlal etmiştir.

En netice; susmak, aldırılmaz görünmek, sürüncemede bırakmak, reddetmek, bilgi ve kanıt sunmamak, soruları yanıtlamamak her türlü yardımlaşma talebini dışlamak, yanıtsız bırakmak Strasbourg Kanıt Sistemi (SKS) tarafından aleyhe değerlendirilmektedir.

[87] Korff, 33

[88] Korff, 34



Strasbourg Mahkemesi ölüm olayının gözaltında gerçekleşmesi halinde verdiği tepki oldukça sert ve ödünsüzdür. Mahkeme böyle bir durumda devlete egemenlik alanında gerçekleşen bu olay hakkında meşru ve makul açıklama yapmasını koşul olarak dayatmaktadır. Devlet ölümün gerçekleşmesinde kendisi ve uzantılarının kusurunun bulunmadığını, kendilerine izafe edilecek ihmal ve kastın mevzubahis olmadığını izahla mükelleftir. Bu devletin yaşamı sonlandırmaktan kaçınma/öldürmeme ve öldürmekten imtina ile karakterize olan negatif ödevinin ispat sahasındaki görünüm biçimidir.

### **3.3.4. İspatın Kapsamı/İspatın Sınırlarını Belirleyen Pratikler:**

Burada dikkatten kaçmaması gereken husus, ispat külfetinin devlete geçmesi ve devletin bu bağlamda açıklamayla ödevli olmasıdır. Açıklama ödevi olarak da lanse edebileceğimiz bu ödev: a) ölümün kendi egemenliği altında gerçekleşmediği, b) ölümün kendi egemenliği altında gerçekleşmesinin meşru ve makul nedenlere yaslandığı konusunda meşru ilgililer, yerel ve Avrupa Kamu düzenini ikna edecek ve inandıracak argüman ve temellere yaslanarak gerçekleştirilmesi ödevini kapsar.

Açıklama ödevi, ölüm ile devlet arasındaki ilişkinin meşru ve makul nedenler tarafından koparılmasını hedefleyeceği gibi devletin kendisinden beklenen azami önlemi almasına rağmen ölümü önleyemediğini hedefler. Devletin sorumluluktan kurtulabilmesi için bu ilişkiyi hükümden düşürecek makul, meşru ve yeteri derecede ikna edici bir açıklama yapması, onun açıklama görevinin gereğidir. Devletin sorumluluğu konusunda meydana gelen tartışmaları deneyimlerle aşmaya çalışan AİHM, bu yaşam hakkının kanun tarafından beklentilere uygun olarak karşılanmasının standartlarını *McCann/UK* davası üzerinden yaptığı okumalarla belirlemeye çalışır.

#### **3.3.4.1. McCann/UK Örneği:**

*McCann* davasında hukukun yaşam hakkını yeteri derecede koruyup korumadığı konusunu tartışmaya açmıştır. Bu konudaki duraksama ve şüpheleri gidermeye çalışan deneyim, anılan davada teröristleri öldüren komandoların aldığı eğitimlerin kuşkuların aşılmasında referans alınması gereken yegâne bir ölçüt olarak değerlendirilmez.<sup>[89]</sup> Konunun somut olay özelinde geniş bir perspektiften okunarak değerlendirilmesi gerektiğine karar verir.

[89] Mahkeme hukukun yeterli koruma sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi hususunda teröristleri öldüren ajanların eğitimlerini incelemeyi meselenin en iyi olarak güç kullanımının özgül davada Sözleşme anlamında haklı gösterebilir olup olmadığının daha geniş bir değerlendirme bağlamında incelenebileceğini tartışarak reddetmiştir. *McCann/UK*; Kroof,26

### 3.3.4.2. Matzarakis/Yunanistan Örneği:

*Matzarakis/Yunanistan* Davasında ölümün meydana gelmesinde yasla düzenlemelerin yetersizliğine ilaveten, görevlilerin aldığı eğitimle ölüm olgusu arasındaki illiyet bağına da tartışmaya açmıştır.<sup>[90]</sup> Mahkeme, oldukça eski ve silah kullanılmasına maksimum olanak tanıyan kısmen revize edilse bile, revizeyi yaşama optimum şekilde geçirecek bir yönergeden mahrumiyeti yaşam hakkına yönelen saldırıyı tetikleyen bir parametre olarak tespit etmiştir.<sup>[91]</sup>

Mahkeme, ikinci maddenin kayıtsız bir yetki vermediğini bu bağlamda düzenlemeye tabi olmayan keyfilikle mücadelede yeteri kadar etkin olmayan, keyfilik kuşkusu yaratan suiistimallere olanak tanıyan kazaları yeteri kadar önlemeyen mevzuatın yenilenmesini önerir.<sup>[92]</sup> Böylece tehlikenin meydana gelmesinde insan unsurundan başka, tehlikeyi kontrol edecek bir düzenleme yokluğu ile eylem-sonuç arasında pozitif bir ilişki inşa eder. *McCann/UK* davasında eğitimle eylem arasında sorumluluğu hükümden düşüren olgunun varlığını tartışan mahkeme *Matzarakis/Yunanistan* davasında eskiyen, kısmen yenilenen mevzuatın etkinliğini destekler yönerge yokluğunu yaşamı tehdit eden operasyonun sorumlusu olarak lanse eder.

### 3.3.4.3. McCann ve Matzarakis/Yunanistan Örnekleri İle verilen Ortak mesaj:

Özellikle *Matzarakis* ve sonra da *McCann* davaları bir bütün olarak devletin yaşamı koruma ve öldürmeme ödeviyle ilgili olarak muhtemel bir şüphe ve suçlamadan kurtulabilmesinin standardı hakkında önemli açıklama ve belirlemelerde bulunur. Bu eş zamanlı olarak yaşamı hedefleyen girişimlerde sorumluluğun ne veya neler üzerinden tartışmaya açılacağını da bizlerle paylaşmış olur. Devlet, Sözleşme’ den neşet eden yaşamı koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi için, eylemi caydırıcı bir ceza sistemi, bu sistemin etkin ve verimli olarak işlemesini sağlayacak önlemlerle, ihlale karşı derhal harekete geçecek bir adli mekanizma inşa etmekle ödevlidir.<sup>[93]</sup> Devletin bu konudaki yükümlülüğü hukuki çerçeve oluşturma ve adli mekanizma kurma ile mahdut değildir. Devlet, eş zamanlı olarak operasyonel önlemler almayı da ihmal etmemelidir. *Osman-UK* davası, yetkililerin bu gibi durumlarda yaşamı başkalarının cezayı

[90] Bu dava, polislin kırmızı ışıkta geçen ve birçok polis bariyerlerine çarpan aracın takibiyle ilgilidir. Polis araca defalarca ateş etmiş ve içinde bulunan Bay Matzarakis’i ciddi şekilde yaralamış(fakat öldürmemiştir) ve Mahkeme bunun açıkça kötü koordine edilen bir operasyon olduğu sonucuna varmıştır. *Matzarakis/Yunanistan*; Kroff, 26

[91] Kroff, 26

[92] Kroff, 26

[93] Doğru/Nalbant, 2012,19

gerektiren eylemlerinin riski altında bulunanları korumak için önleyici tedbirler alınmasını da öğretmektedir.<sup>[94]</sup>

#### **3.3.4.4. Osman/UK Davası:**

Osman Davası özetle devletin sorumluluk sınırını onun yapılması gerekenlerle sakinmesi gerekenler bağlamında oldukça genişleterek ağırlaştırmaktadır. Öteki ifadeyle, sadece yasal düzenleme yapmayı yeterli görmemekte, risk altında olan yaşamı koruyacak pratik ve operasyonel tedbirleri de bu cümleye dâhil etmektedir.

#### **3.3.5. İctihatların Bileşkesi/Davaların Belirlediği Yükümlülükler:**

Anılan pratiklerin işaret ettiği yükümlülükleri ikiye ayırarak kategorize etmek mümkündür. Devletin yaşam hakkı bağlamındaki ödevlerini genelde yapmak ve yapmamak şeklinde karakterize etmek mümkündür. Yapma ödevi, ölüm sonucunun gerçekleşmemesi için yapılması gerekenlerin toplamından oluşur. Yapmama ödevi ise, ölümün gerçekleşmesinden sakinmeyi gerektiren kaçınma listesinden oluştuğu ifade edilebilir. Öte yandan yapılması gerekenleri teorik ve pratik ödevler şeklinde sınıflandırmak da olasıdır. Alınması gereken teorik önlemler diğeri ise pratiğin yaşatma ve öldürmeme ödevinin gerçekleşmesi için pratikte yeterli tedbir alınıp alınmadığına ilişkindir. Teorik önlemlerden kastımız, ölüm olayından devleti ve uzantılarını uzak tutacak makul ve meşru önlemleri içerir bir düzenleme bulunup bulunmadığı ve bunun gerçekleşmesi için devletin özellikli, etkin ve verimli bir çaba sarf edip etmediğidir.

#### **3.3.5.1. Teorik Ödevler:**

Teorik önlem ve ihtiyaçlar kendisini daha çok yasama faaliyetinin eksikliğinden başka, onun etkin ve verimli şekilde uygulanmasına olanak tanıyan uzantı mevzuat ve talimatlar şeklinde karakterize eder. Mevzuat olarak da tanımlayabileceğimiz bu engeller özetle yaşam hakkını güvenceye almakta akim kalır veya eskidiklerinden ötürü yaşam hakkına saldıran eylemin teminatına dönüşürler. Açık yönerge ve kriterlerden yoksunluk, spontane uygulamaların sevk ve idaresini kontrol edecek bir açık düzenlemeden mahrumiyet, teorik ihtiyaçların ilgi alanında olup da yaşam hakkının yazgısını belirleyen değerlerdir.

#### **3.3.5.2. Pratik Ödevler:**

İkinci grup önlemleri ise pratik tedbirler cümlesi ile tanımlamak mümkündür. Bu teorik parametreler yaşam hakkını koruyacak güç ve yeteneğe sahip

[94] Osman, §115; Doğru/Nalbant, 2012, 19

olmakla birlikte, mevzuatı pratize eden kamu otoritelerinin yetersizliğinden, disiplinsizliğinden başka bunun ard alanını oluşturan edenlerin vücuda getirdiği, tetiklediği nedenlerin cümlesinden veya işbirliğinden oluşur. Bu bağlamda, yetersiz eğitim, organizasyon bozukluğu altyapı eksikliği, direktiflerle bağdaşmaz tutumların, talimatların mevzuatla inatlaşması, uygun eğitim ve talimatlardan yoksunluk<sup>[95]</sup> operasyonların beklenmedik şekilde kötü ve keyfi yönetilmesi, marginal ve radikal yöntemlerin doğrudan ve ihtiyatsız olarak tatbiki gibi edenlerin meydana gelen ölüm olayında devletin hanesine yazılacak kusurların oluşumunda rol alan pratikler olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle müdahaleyi meşru kılacak idari ve hukuki standart oluşturulması ve geliştirilmesi, mevcut uluslararası standartların idari ve hukuki mevzuata dönüşmesi,<sup>[96]</sup> talimat ve daha soyut norma devşirilmesi pratikle teorinin ortaklaşa çalışmalarına kaynaklık ve konu teşkil eden önemli bir noksanıdır.

### **3.3.6. Akkoç –Türkiye Davası: Osman-UK Davasıyla Genişleyen Sorumluluğun Kontrol Edilmesi:**

Bu bağlamda devlete yüklenecek sorumluluğun taşınabilir olmasına özen gösterilmekte, istiap haddini zorlayacak istekler tolare edilmemektedir. Akkoç-Türkiye devletin yükünü hafifleten veya ondan beklenmemesi gerekenin ne olduğunu belirleyen bir mantığa sahiptir. Bu bakış açısı sorumluluğu bir noktadan itibaren sınırlayarak makul seviyeye çekmekte ve burada tutmaktadır. Akkoç-Türkiye davasında Mahkeme, yaşama yönelik her risk iddiasının yetkililere bu riskin gerçekleşmesinin önlenmesi amacıyla pratik tedbirler alınması için Sözleşmeden doğan bir yük yüklemeyeceğini içtihat eder.<sup>[97]</sup> Bu her yükün değil, kabul edilebilir veya tolare edilebilir yükün sorumluluğu belirleyeceğini veya objektif olarak taşınabilir olanın sorumluluğun sınırlarını ve kapasitesini belirleyeceği manasına gelmektedir. Buradan bakıldığında Akkoç-Türkiye davası *Osman-UK* davasıyla giderek genişleyen devlet sorumluluğunun bir miktar sınırlanması, objektif ve kabul edilebilir sınırlara çekilmesi manasına gelmektedir.

### **3.3.7. Sorumluluğu Saptayan Ölçütler:**

Hemen belirtelim, Mahkeme devletin yaşam hakkına yönelik sorumluluğuna hükmedebilmek için iki unsur/koşullu standart geliştirmiştir. Buna göre devletin bir ölümden sorumlu olabilmesi için a) devletin üçüncü kişinin

[95] Matzarakis,§70; Kroff, 28

[96] Hukuki ve idari bir mevzuat bu alanda geliştirilmiş uluslararası standartlar ışığında güvenlik güçlerinin hangi şartlarda güç ve ateşli silah kullanmanın sınırlarını belirlemelidir. Matzarakis,§58-59; Kroff,27

[97] Akkoç-Türkiye, 78§; Doğru/Nalbant; 2012, 19

yaşam hakkına yönelen ve cezayı gerektiren eyleminden neşet eden yakın ve gerçek tehlikeyi biliyor veya bilebilecek durumda olması, b) Bu riskin bertaraf edilmesini sağlayacak tedbirlerin alınmadığının kanıtlanması gerekir.<sup>[98]</sup> Mahkeme getirdiği sınırlamalarla devletin sorumluluğunu doğrudan ve gelişigüzel başlatmaktan imtina etmektedir.

### **3.3.7.1. Osman-UK. Davasının Kazanımı/Tehlikeyi Bilme veya Bilebilme/Derinleşerek Alan Kazanan İspat Yükü:**

Burada devreye alınan tehlikenin gerçek ve yakın olması ile sorumluluk bir başka parametre üzerinden daraltılmaktadır. Böylece belirsiz, ihtimal, uzak veya sanal olan riskler sorumluluğu tayin eden olmaktan çıkmaktadır. Sorumluluk öte yandan geliştirilen “tehlikeyi bilme veya bilebilme” kavramıyla giderek nesnelleştirilmekte, bilinmesi mümkün olmayan veya bilinmeyen haberdar olunmayan bir tehlikeden ötürü sorumluluğunun başlaması önlenmektedir. Birinci koşul kendi içinde oluşturduğu birden sınıma noktasıyla yaşam hakkı ile otoritenin yaşama saygı duyma ve yaşatma yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi bir düzene, tertibe oturtarak disipline etmektedir.

*Osman-UK* davasının geliştirdiği bu ölçüt devletin sorumluluğuna başvurulabilmesi için başvurucuyu ispat külfeti altına sokmaktadır. Sorumsuzluğa yakın bir sorumluluk olarak da ifade edilebilecek bu durum, başvurucuya yüklediği ispat külfeti ile “tehlikenin gerçek ve yakınlığı, devletin bu şekilde betimlenen tehlikeyi bildiğini ya da bilebilecek durumda olduğu konusunu ispata” davet etmektedir. Bu devletin ispat yükünü hafifleten ya da başvurucunun diğer davalar üzerinden kırılmaya, yumuşamaya başlayan ispat yükünün, anılan içtihatla yeniden koyulaşması, derinleşerek alan kazanması manasına gelmektedir.

Yaşam hakkına yönelen riskin önlenmesi için yetki dâhilindeki tedbirlerin alınmadığının ispat edilmesi, başvurucuya ispat hakkı bağlamında yüklenen bir diğer külfettir. Başvurucu devletin eylemden sorumlu tutulabilmesi için, sorumlu ajanları riski önlemek için yetkileri kapsamında olmakla birlikte beklenen ve umulan objektif önlemleri almadıklarını kanıtlamakla ödevlidir. Önceki koşullara bu yükümlülüğün ilavesiyle ortaya çıkan durum, devletin yaşam hakkını koruma ödevini, kendisinden alınan ve oldukça sıkı bir rejime tabi kılınan ispat kuralları üzerinden ciddi şekilde kırılmaya uğratmaktadır. Bize göre, bireyi oldukça güçlü devlet karşısında ispat rejimi üzerinden iyice zayıflatan bu bakış açısı Sözleşme ile güvenceye alınan yaşam hakkının korunma potansiyelini tehdit etmektedir.

[98] Osman-UK, 116§; Doğru/Nalbant; 2012, 19

### 3.3.7.2. Opuz-Türkiye Örneği: Önlem Almadaki İsteksizlik İspat Külfetini Ağrlaştırır.

Opuz davası sorumluluğun sınırlarını 5, 6, 8 ve diğer maddeler aracılığıyla dizayn eden bir başka deneyimdir. Mahkeme, suç ve suçluyu enterne etme suçla mücadelede Sözleşme ile güvenceye alınan adil yargılanma hakkı, güvenlik hakkı, 8 madde ve diğer düzenlemeler aracılığıyla temin edilen hak ve özgürlüklerin de korunmasını önermektedir.<sup>[99]</sup> Bu bakış açısı yaşam hakkını güvenceye alan düzenle, bireyin güvenlik, adil yargılanma ve ifade özgürlüğü arasında meydana gelen krizin doğru ve adil şekilde yönetilmesini öneren bir perspektif sunmaktadır. Böylece müdahalelerin gelişi güzel ve kontrolsüz şekilde ve diğer hakları riske edecek şekilde kullanılması kontrol edilmektedir.

Sonucu değiştirmeye ya da zararı hafifletmeye yönelik umutları gerçekleştirmek için makul önlemler alması,<sup>[100]</sup>devletin yapması gerekenler bağlamındaki ödevlerindedir.

*Matzarakis/Yunanistan* davasında; sistemin güç kullanımını düzenleyen açık yönerge ve kriterlerin sağlanmamasını, kamu görevlilerinin uygun bir eğitim ve talimat almamış olmasının hareket özerkliğini tetiklediğini ima eder. Böylece, ölüm riski yaratan eylemin disipline edilme olanağından yoksunluğun hüküm üzerindeki negatif payını belirler.

Konumuz bakımından anestezik müdahalenin yaşam hakkını yeterince ve ciddi bir şekilde koruyacak olanak ve kolaylıklara sahip olup olmadığı, yaratılmış idari ve hukuki ve tıbbi standardın mevcudiyeti, geliştirilmiş uluslar arası standartlarla yerel bu ölçüt ve ölçüler karşısındaki durumu, eylemle standartların olay sırasındaki uyumu, bu standardın önleyicilik debisi, riski gerçek ve doğru bir şekilde belirleyecek imkânların olup olmadığıyla, bu olanağın nasıl ve ne şekilde kullanıldığı, delili ispat sahasına alıp değerlendirilmesine imkân veren bir sistemin olup olmadığı, caydırıcı yaptırım mekanizma ve dizgesinin olup olmadığı yaşam hakkı bağlamında alınması gereken önlemler bağlamında düşünülmesi gerekenlerdir.<sup>[101]</sup> Teorik ve pratik edenlerin yaşam hakkı karşısında çaresiz kalmamaları için devletin öngörülebilir tüm önlemleri alması düzenleme yapması ve onun hayata geçirilmesini sağlayacak adımları atacak nesnel bir yeterliliğe ve debiye erişmesi gerekir. Burada özellikle dikkatten kaçmaması gereken husus, alınacak önlemin objektif sorumluluğu karşılayacak debi ve nitelikte olması gerektiğidir. Devlet olmaktan neşet eden sorumluluğun

[99] Opuz,§129; Doğru/Nalbant, 2013, 19

[100] Opuz,§135; Doğru/Nalbant, 2013, 19

[101] Yunan makamları, ilgili zamanda potansiyel ölümcül kullanıldığı vatandaşlara ve özellikle de başvuru gibi olanlara makul olarak beklendiği gibi güvenceleri sağlamamış ve polis operasyonlarındaki sıcak takiplerde, her ne kadar istisnai olsa da meydana gelebileceğini bildikleri yaşama karşı gerçek ve yakın riski önleyememiştir. Matzarakis §71; Kroff,27

muhtelif bahane ve ödümlerle yumuşatılması veya kısıtlanması yaşam hakkını koruyan bir düzeneğin beklentisi değildir.

**3.3.7.3. Ağdaş-Türkiye/Yargıç Bratza'nın Muhalefet Şerhi: Özensizlik Savı, Devlet Üzerindeki İspat Yükünü Yoğunlaştırarak Pekiştirir.**

Mahkeme ölümün kasıtlı gerçekleştirildiğine ilişkin iddialar söz konusu olduğunda kural olarak bu iddianın başvuru tarafından ve ikna edici delillerle ispat edilmesinden yanadır. Ancak ölümün özensizlikten ötürü tahakkuk ettiğine ilişkin savlarda, mahkeme ispat yükünü göreceli ve kısmi olarak ters çevirerek, bu ölümün her türlü özen ve dikkatin gerçekleştirilmesine rağmen kaçınılmaz olduğuna ilişkin görevin davalı devlette olduğu kanaatindedir. Yargıç Bratza'nın muhalefet şerhiyle karakterize olan bu durumda mahkeme, önemli olan güç kullanımının mutlak surette gerekli olandan daha fazla olduğu yönünde mahkemeyi ikna edecek yeterli delil olup olmadığı değil, meşru müdafaada kullanılan gücün gereğinden fazla olması gerektiğinin ikna edici delille kanıtlanması gerektiğini önermektedir.<sup>[102]</sup> Bu deneyim özetle gücün mutlak şekilde ve gereğinden fazla kullanılması zorunluluğunu meşru müdafaayla sınırlayarak, fazlasıyla gerekliliğin ikna edici delillerle ispatını zorunlu kılmıştır. Böylece meşru müdafaaya bağlı delil ikamesi konusunda daha da duyarlılaşarak ikna ediciliğin gerçekleşme koşullarının önemine bir bakıma dikkat çekerek, meşru müdafa dışında gerekliliğin ilgisi dışında olduğunu da teyit etmektedir. Böylece, ikna edici delilin etkinlik alanını sınırlamakta, işlerliğini hizaya çekmektedir. Hemen ifade etmek gerekir, müdahalenin her zamankinden daha ziyade ve mutlak gerekliliği, onun tolare edilmesini kolaylaştıran bir olgudur. Tıbbi girişimlerde, girişimin mutlak gerekliliğinin her zamankinden daha çok olması da girişim sonucu meydana gelen ölümlerin, gereklilik ve ölçülülük testinin aşılmasında hiç kuşkusuz gözetilmesi gereken bir parametre olacaktır.

Bu bağlamda Mahkeme delillerle bağlı olmadığı gibi oluşan kuşkuların yerinde yapılacak müşahede, keşif ve aracısız tanık delilinden yararlanarak aşma yetkisine sahiptir.<sup>[103]</sup> İctihat, devlet, uzantıları ile ölüm arasındaki illiyet bağının belirlenmesinde meşru ilgililerin dayandıkları, gösterdikleri, sundukları ve işaret ettikleri argümanlarla bağlı olmayıp, maddi gerçeğe erişmek için soruşturmanın ihtiyaç duyduğu şart ve ölçüde meşru olmak kaydıyla dilediği delille temas kurma ve ondan yararlanma özgürlüğüne sahiptir. Duyu organlarının hissettiği, duyduğu, görebildiği, tadabildiği her delil bu bağlamda mahkemenin ilgi alanındadır mahkeme dilediği takdirde mahalline giderek kanaatini güçlendirmek, Avrupa kamu düzen ve değerlerini doyuracak, inandıracak ve ikna

[102] Ağdaş/Türkiye, § 6; Korff, 29

[103] Nachova ve Diğerleri, Doğru/Nalbant, 2012, 11

edecek delilleri toplamak, dikkate alarak değerlendirmekle yetkilidir. Kanuni delil sistemi, bu bağlamda Sözleşme'nin başvurduğu, benimsediği ancak yeterli bulmadığı bir sistemdir. Mahkeme bundan ötürü başkaca delillerle teması sağlamaya imkân veren serbest delil sisteminde sebat ederek, bu sistemin uygulama alanını yetki sınırları, yetenek kapasitesini artırarak etkin ve verimli kılmayı hedeflemektedir. Öteki deyişle mahkemenin olgu yargısı yaparken, kendisine özgü ve kendisi tarafından oluşturulan ve tarafımızdan "Strasbourg Delil Sistemi" olarak adlandırılan bir dizgede ısrar etmesi, bu sistemin ayakta durması, yaşaması ve kurumsallaşması için kendince kurallar, kod ve prensipler koymaktadır.

Bu sistem yerel adli ve idari mercilerin mağdur haklarını yüzeysel ve dar soruşturmalarla ihlal etmeleri, ölüm iddialarına karşı etkisiz, duyarsız kalmaları ve etkin soruşturmada imtina etmeleri halinde<sup>[104]</sup> kendiliğinden (ipso facto) hareket etmeyi de seçenekler arasına almaktadır. Üstelik Sözleşme'nin yürürlük sahası ile ispat sisteminin işlerlik ve egemenlik alanlarını özdeşleştirerek bunu gerçekleştirmekte, sözleşme ile korumaya alınan hakların özüne yönelik girişimlerde adeta sınır tanımamaktadır.

### **3.3.8.Etkin Soruşturmanın İspat Kurumuyla İlişkisi: İspat Etkin Soruşturmanın Payandası, Başat Paydaşdır.**

Etkin soruşturma, yaşam hakkına yönelik ihlal iddialarının gerçek ve doğruluğunun derinlemesine ve yaygın bir alanda etkin ve verimli yöntem ve araçlarla tahkik edilmesidir. Dolayısıyla bu boyut öldürme ve yaşatma gibi düzenlemenin asli amaçlarına hizmet eden ancak ondan tamamen özerk parametreleri olan bir güvencedir. Bu bağlamda yaşam hakkının ihlal edilmesi, usuli güvence olan etkin soruşturma hakkının ihlal edildiği manasına gelmeyeceği gibi, etkin soruşturma hakkının ihlal edilmesi, esasa ilişkin hakkın ihlali anlamına gelmeyeceği de içtihat edilmektedir.<sup>[105]</sup> Bu bağlamda etkin soruşturma 2. maddenin nevi şahsına münhasır amacı, beklenti, yöntem, hedef ve araçları olan bir katmandır.

[104] Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan; Doğru/ Nalbant,2012,11

[105] Bu nedenle, Mc Cann davasında, yukarıda tartışıldığı gibi esasi şartın ihlal edildiğine hükmetmiş, fakat görüldüğü gibi usuli şartın ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bunun aksine...Kaya-Türkiye davasında Mahkeme 2. maddenin esasi gereklerinin ihlal edilmediği fakat usuli gereklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kılıç-Türkiye ve Ertak-Türkiye gibi diğer davalarda her iki şartta ihlal edilmiştir. Kelly ve diğerleri-Birleşik Krallık davasında görüleceği gibi Mahkeme, belirli davalarda iç hukukta meselenin esasına ilişkin yargılama hala beklemekte iken veya hiç başlatılmamışsa bile iddia edilen usuli şartların ihlalini ele alabileceğine hükmetmiştir.



### ***3.3.9. İspatın Özne Bağlı Sınırlarını, İçine Mağdurun Yakınlarını Alacak Şekilde Genişletir.***

Bu boyutun “devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen öldürme olayı ile ilgili olguları akrabalarının tümünden erişim hakkının bulunduğu bağımsız bir yargısal prosedür başlatmak” gibi pozitif bir yükümlülük getirdiği belirtilir.<sup>[106]</sup> *McCann* davası 2. maddenin ete kemiğe bürünmesinde bir hayli rol oynamış çaba sarf etmiştir. Özellikle ispat hukuku alanındaki bu çaba giderek adalete erişim, adil yargılanma ve meşru ilgili kavramını dolaylı da olsa ima eden bir duruşa sahiptir. Akraba kavramı ile hükümden etkilenenler arasına yoğun, güçlü bir ilişki, köprü kurarak, dava hakkı ya da hükmün/soruşturmanın sübjektif sınırlarında da beklenenden fazla bir genişlemeye vücut vermiştir. Bu oldukça önemlidir. Soruşturmanın sübjektif sınırlarını, içine soruşturma ve ölümden etkilenen akrabaları da alarak, etkin soruşturmayı özne bağlamında genişletmektedir.

### ***3.4. McCann-UK Davası: İspatın Olanaklarını Adil Yargılama Hakkının Parametreleri Üzerinden Etkin, Verimli ve Doyurucu Hale Getirir.***

*McCann* Davası'nın özellik arz eden diğer boyutu ise, soruşturmanın bağımsız bir yargılama prosedürü<sup>[107]</sup> dahilinde gerçekleştirilmesine yönelik güçlü beklentiyi açığa çıkarmasıdır. Bu oldukça anlaşılır ve etkinliğin ön koşulu olarak telakki edilecek bir tespittir. Bağımsızlık soruşturmanın şüphelilerin etki alanından uzak tutulması, onun soruşturma ve beklentileri manüple etme imkânlarının sıfırlanması olarak da tanımlanabilir. Devletin zan altında olduğu soruşturmalarda, uzantıları aracılığıyla sürece sızma ihtimali hiç kuşkusuz soruşturmayı zehirleme potansiyelini artıracaktır. Bu anlamda etkin soruşturma, eş zamanlı olarak yansız ve bağımsız bir tahkikat anlamına gelir. Bağımlı soruşturmanın, ölüm gerçeğini failleri ve sorumlularıyla umarlarla uyumlu olarak gerçekleştireceğini düşünmek mümkün görünmemektedir.

Hemen ifade edelim etkin soruşturmanın ne olduğu *McCann/UK* davası üzerinden ve bazı özellikleri öne çıkarılarak betimlenir. Buna göre; a) yargılamanın açık olarak gerçekleştirilmesi, b) meşru ilgililerin temsiline olanak tanınması, c) yeteri kadar tanık dinlenmiş olması, d) çelişmeli yargı ilkesinin makul derecede işletilmiş olması, e) iddia hakkının etkin bir şekilde kullanılmış olması olarak formüle edilmiştir.<sup>[108]</sup> Bu *McCann* davası üzerinden dile getirilen

[106] *McCann-BD* kararı; Korff, 36

[107] Korff, 36

[108] Tarafımızdan bu şekilde kavramsallaştırılan ve lanse edilen boyutların orijinali “yargılama kamuoyuna açık yapılmıştır, başvuruçular (örneğin merhumun akrabaları) hukuken temsil

ve bir soruşturmanın taşınması gereken asgari özellik veya karakteri deklare eder. Buradan bakıldığında etkin bir soruşturmanın Sözleşme'nin 6. maddesi ile dile getirilen adil yargılanma veya görünen adaletin beklentileriyle özdeşleşen bir tahkikat olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buradan bakıldığında 2. maddenin etkin soruşturmanın nasıl olması veya nasıl yapılması gerektiği konusunda gerekli bilgiyi veya prosedürü 6. maddeden ithal ettiğini belirtebiliriz. Burada dikkatten kaçmaması gereken iki temel parametre söz konusudur. Bunlardan ilki soruşturmanın sonuçtan bağımsız olarak deontolojik ilkelerle bağdaşır şekilde yürüyüp yürümediği, ikincisi ise soruşturmanın diyalojik ilkelerle bağdaşıklığıdır. Her ikisi de sonuç veya hükümden bağımsız olarak etkin bir soruşturmanın selameti için çaba sarf eden ter atan ilkelerdir.

Soruşturmanın deontolojik ilkeyle uyumluluğundan kasıt onun etik ilişki değerleri üzerinden yürümesi gerektiğini unutmamasıdır. Önceden belirlenen usul ve süreçlerle uyumlu bir soruşturma usule uygunluğu ölçüsünde kamunun denetimine açık olabilecek bununla eş zamanlı olarak keyfiliği de açıklığı saydamlığı ve öngörülebilirliği ölçüsünde sağlamış olacaktır.

Diyalojik ilke ile kast edilen yanların eşit ve özgür olarak temsil edildiği yine tartışma masasına getirilen argüman, malzeme, dayanakları eşit ve özgürce tartışma, çürütme olanak ve kolaylığına sahip olmaklık olarak özetlemek mümkündür. Hüküm, soruşturma hatta ölümden etkilenen herkesin bu sürece dâhil edilmesi, tabanı geniş çoğulcu ve bundan ötürü de bağlayıcı bir soruşturma inşası adil yargılamanın diyalojik boyutunun isteridir.

### ***3.5. Seyhan-Türkiye: Başvurucunun Dayandığı Kanıtın Salt Tanık Olması, İspat Külfetinin Devlette Olduğu Hallerde Hükümü Şekillendirme Olanığı Vardır.***

Salt tanık beyanının ispatı gerçekleştirmeye muktedir olmadığı içtihat edilmektedir. <sup>[109]</sup> Mahkeme, delilin tanıkla sınırlandırıldığı hallerde kanıtlamanın yetersiz ve ikna edici olmadığı kanaatindedir. Ancak devletin yükümlülüğünün öne çıktığı, başat olduğu durumlarla mahdut olmak üzere tanıklığın dikkate alınıp değerlendirilmesi gerektiğini ifade eder. Tanık delili, kaideten tek başına başvurucunun kanıtlama yükümlülüğünü kaldıran bir aparat olarak telakki edilmez. Ancak ispat külfetinin devlette olduğu hallerde, başvurucunun dayanağı bu referans gerçek ve doğruluk testinin dayanağına dönüşebilmektedir. O halde ispat külfeti başvurucuda olduğunda tanık delili her halükarda dikkate alınıp

edilmişlerdir, çok sayıda(yetmiş dokuz) görgü tanığı dinlenmiştir ve akrabaların avukatları, operasyonun planlanmasına ve icra edilmesinde yer almış askeri ve emniyet personeli de dâhil olmak kilit konumdaki tanıkları çapraz sorgulayabilmiş ve yargılama devam ederken sunumlarını yapabilmişlerdir.” Şeklinde. McCann BD §162;Korff, 37

[109] Seyhan-Türkiye, § 17;Doğru/ Nalbant,2012,11

değerlendirilmesi gereken sahil delil olmaktan uzaklaşmaktadır. İspat külfeti devlete geçtiğinde ise başvuruçunun dayandığı tanık anlatımının hükme esas alınma potansiyeli artmaktadır. İspat sahasına geçişi düşürülen eşikle mümkün olabilmektedir.

### ***3.6. Seyhan-Türkiye: Dava Dışı Delil/Üçüncü Kişilerden Temin Edilen Kanıtlar/ Yatay Otorite- Ulusal ve Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşlarının Kanıt Sistemine Katılımları Mümkündür.***

İspat vasıtalarının gerçeklik yargısına doğrudan veya dolaylı katkı sunmaları ölçüt alınarak sınıflandırılırlar. Özellikle 2. madde uygulamasında yüzeye çıkan ve iyice belirginleşen bu okuma biçimine göre; mahkeme tarafların sunduğu, re'sen toplanan deliller dışında üçüncü bir delil türünü zikretmektedir. Üçüncü tür olarak tanımladığımız bu kategori, sübut için kifayet etmeseler dahi hükmü etkileme potansiyelinden ötürü ikinci derece kanıtlar olarak betimlenirler.<sup>[110]</sup>  
<sup>[111]</sup>Bu tecrübe oldukça değerlidir onu değerli kılan dava dışı kişi ve kurumların insan haklarını referans alan araştırma ve incelemelerinin kanıt değerinin mahkeme tarafından somut olayın özellikleriyle uyumluluğu ölçüsünde benimsenmiş olmasıdır. Özne ve dava dışı referans kriteri üzerinden kategorize edilen bu delil, ispat külfetinden bağımsız olarak ve mahkeme tarafından maddi gerçeğin açığa çıkarılmasında önemli bir kanıt dönüşebilmektedir. Bu şekildeki kaynakların yerel veya uluslararası olması arasında fark olmadığı gibi, raporun yargılanan nesne ve özneye ilişkili olmağı da onun delil değerini hükümden düşüren bir parametre veya ölçüt değildir. Bu nitelikteki delilleri kaynak ölçütü referans alınarak “dava dışı delil” veya “üçüncü kişilerce temin edilen/yabancı kanıt” olarak kavramsallaştırmak mümkündür.

[110] Sivil toplum kuruluşlarının, parlamento komisyonlarının veya hükümetler arası kurumların hazırladığı raporlar, bu tür kanıtlara örnek olarak gösterilebilir. Ceyhan Demir ve Diğerleri-Türkiye kararında Mahkeme, T.B.B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun hazırlamış olduğu rapora atıf yapmıştır. Ceyhan Demir ve Diğerleri-Türkiye, §76 ve 103; Benzer bir şekilde Mahkeme Çeçenistan'la ilgili Khashiyev ve Akayeva-Rusya kararında, başvuruçuların iddialarının doğru olduğu sonucuna ulaşırken insan hakları kuruluşları tarafından hazırlanmış raporlara da dayanmıştır. Khashiyev ve Akayeva-Çeçenistan, §144; Doğru/ Nalbant, 2012, 12

[111] Anestezi dernekleri, Dünya Sağlık Örgütü ve benzeri yerel ve sınır ötesi kuruluşların amaçları doğrultusunda düzenledikleri rapor, istatistik ve benzeri metinlerin bu bağlamda geleceğin dolaylı, ikna edici türler olacağını belirtmek gerek.

### **3.7. Tıbbi/Anestezik Girişimlerde Etkin Soruşturma ve İspat Sisteminin İki Kaygısı/ G Noktası: Tıbbi Kayıtların Sahteliği ve Tıbbi Hataların Örtbas Edilmesi**

Tıbbi yanlış veya ihmallere karşı koruma yaşatmaya söz veren devletlerin ikinci maddeden neşet eden önemli bir ödevi, bu düzenlemenin yanlış tedavilere karşı bireyi koruyan yaklaşımının icadıdır. Tıbbi yanlışlarla mücadele yaşatma ve öldürmeme işleviyle müsemma 2. maddenin ima yoluyla geliştirdiği başka ve ülkemiz açısından da önemsenmesi gereken bir anlam katmanıdır.

Tıbbi girişimlerden kaynaklanan ölümlerle ilgili başvuruların ağırlık noktasını iki husus oluşturmaktadır. “Başvurucular devletin ilgili olaylar ve (tıbbi kayıtların sahte oldukları ve tıp alanındaki meslektaşların hatalarını örtbas etmek için aralarında anlaştıkları yönündeki iddialar) meseleler ile ilgili olarak eksiksiz bir soruşturma sağlama görevinin olduğunu ve ciddi durumlarda devletin sorumluları cezalandırma görevi olduğunu ileri sürmüşlerdir.”<sup>[112]</sup> Korff’un bu belirlemesi referans alındığında tıbbi girişimlerden neşet eden ölümlerin, yaşam hakkına yönelik kalkışmalar içinde önemli hisseye sahip olmaktan başka, devlet ve uzantılarının ölümleri soruşturma konusunda ciddi bir zaaf yaşadıklarına da delalet eder.

Yaşam hakkına yönelik kalkışmanın bu cümlelerden yola çıkıldığında üçüncü boyut/anlam üzerinden geliştiğini öteki deyişle etkin soruşturma yapılmamasının ihlali tetiklediği manasına gelir. Cümlelerin satır arasına gizlenen ve kendisini “ fail ve sorumlunun” ittifakıyla etkin soruşturmanın muvazaaya uğratılması gizlenmesi, saptırılması örtülmesi ve peçelenmesi ihlalin önemli bir nedencesi olarak vitrine çıkar. Özellikle etkin bir soruşturmaya ölüm ile eylem üzerine odaklanması gereken devletin sorumlu sıfatıyla, fail veya zanlılarla her türlü işbirliği veya ittifak yaparak ölümün gerekliliğini manüple etmesi bu bahsin “ G” noktasını oluşturur. Yaşamı korumakla yükümlü olan devletin, olup biteni örtbas ederek etkin soruşturmadan kaçınması tıbbi hatalarla yaşam hakkının riske edilmesi ciddiye alması gereken bir meseledir.

[112] Korff, 76

### **3.8. Erikson-İtalya: Fail (Anestezi Uzmanı), Sorumlu (Devlet) Arasındaki Sorumluluğu İspat Hukuku Açısından Tartışan Değerli Bir Deneyim.**

*Erikson-İtalya*<sup>[113]</sup> örneği, ikinci madde ile tıbbi girişimlerden ötürü meydana gelen ölümlerle fail-sorumlu arasındaki ilişkiyi kuran önemli bir deneyimdir. Bu deneyim, hastaların sözleşme hukuku açısından beklentilerinden başka devletin yaşam hakkını etkin bir güvenceye dönüştürebilmesi için yapması gerekenleri belirlemede, asgari bir standart oluşturmaktadır. Buna göre;

- a) Hastaları koruyan bir yönetim ve denetim ağının inşa edilmesi, b) meydana gelen ölümlerin sorumlusunu belirleyen etkili bir uyarı dizgesinin oluşturulması, hastanelerin ikinci madde kapsamındaki yükümlülükleri olarak öne çıkarılmaktadır.**<sup>[114]</sup>

#### **4. Hastaları Koruyan Yönetim ve Denetim Ağının Kurulması:**

İkinci maddenin tıbbi girişimlere teşmil edilmesine ilişkin bu deneyim, her şeyden evvel ölümden etkilenen ve etkilenme potansiyeline haiz olanların ölümü meydana getiren süreç hakkında makul malumat edinmelerini sağlayacak bir açıklığa sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. Öteki deyişle tıbbi girişim sürecinin kamusal denetim ve gözetime olanak verecek ve keyfiligi önleyecek frenleyecek saydamlığa sahip olması gerekir. Buradaki açıklık, göreceli bir açıklık olup denetim ve keyfiligi önlemekle mahduttur, hasta hekim arasında olan ve saklanması gerekenlerin bu sistemin dışında olduğu konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Bilgiye erişim, denetimin sıfır noktasıdır. Bu bağlamda sürecin denetime elverişli olduğundan söz edilebilmesi, meşru ilgililere verilecek bilginin onların bu aşamaları rahatlıkla kontrol ve denetlemelerine olanak ve kolaylık sağlayacak elverişlilik ve debideki bir malumat olmalıdır. Bilgi ile malumat arasındaki fark, bilginin kişiyi etkin ve verimli denetime sevk edecek doygunlukla niteliğe sahip olması veya kişiyi bu süreci denetlemeye

[113] Bu davada başvurucunun annesi olan yaşlı bayan röntgen filminin çekildiği yerel devlet hastanesinde teşhis edilmemiş bağırsak tıkanıklığı nedeniyle ölmüştür. Röntgen filmi raporu imzalanmamıştır. Cezai soruşturmada tıkanıklığı not etmeyen doktor tespit edilememiştir. Başvurucu, İtalya makamların ölüm olayından sorumlu kişileri tespit etmek için ellerinden gelen çabayı göstermeyerek annesinin yaşam hakkını ihlal ettiklerini ileri sürmüştür. Korff, 77

[114] Bir devletin Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğü hastaneler açısından hastalarını korumak denetim ve yönetiminin olması şartı ve hastanelerde meydana gelen ve ilgili tıbbi kişinin sorumluluğunu gerektirebilecek ölüm nedeninin tespit edilmesinde etkili bir uyarı sisteminin oluşturulması yükümlülüğünü de içermektedir. Erikson kararı, s.7 atf belirtilmemiştir; Korff, 77

teşvik edecek debi, oylum ve mahiyette olmasından neşet eder. O halde yalın ve işe yaramaz olan, oyalayan veya girişimden etkilenenleri kısıtlayan veya onları devinimsiz bırakan nicel ve nitel yetersizliğin malumat olmamakla denetimi sağladığından söz etmek mümkün değildir.

#### **4.1. Ölümün Meydana Geldiği Koşullar Sebepleri, Fail ve Sorumlularını Belirlemeye İmkân Veren Bir Uyarı Sistemi Oluşturmak:**

Sorumlu veya failin belirlenmesi, sadece buna olanak sağlayan bir düzenlemeyle mümkün değildir. Ayrıca sistemin düzenlemeyi pratize etmesi de gerekmektedir. Bu bağlamda periyodik eğitim ve denetimle eksikliklerin zamanında belirlenmesi, bunun tecrübe edilerek bilgiye tahvili, hataların etkili uyarı ve ikmal mekanizmasıyla enterne edilmesi kurumsallaşmanın gereğidir. Sistemin olası hataları aidiyet veya mensubiyet gibi etik dışı ölçütlerle tolare etmesi, ikinci maddenin tıbbi hatalarla mücadelesini kırılmaya uğratan direnç noktasıdır.

Devlet görevlilerinin yaşam kaybından ötürü potansiyel şüpheli oldukları davalarda yargılama sürecinin, meşru ilgili ve kamunun denetimine açık hale getirilmesi zorunludur.<sup>[115]</sup> Erikson davası ile özetle tıbbi girişimlerin dava konusuna dönüşmesi halinde, bu sürecin davadan etkilenenden başka, kamu adına yetki kullananların kendilerini toplumsal ve kamusal denetime açmalarını da istemektedir. Açıklık ilkesinin bir başka içtihat üzerinden dile getirilmesi manasına gelen bu deneyim, açık, şeffaf ve dâhil olabilirlik prosedürlerinin etkin bir soruşturmanın güvencesinden öte koşul ve unsuru olarak telakki eder.

#### **4.2. Erikson-İtalya: Alternatif Başvuru, İspat Olanaklarını Nitel ve Nicel Bakımdan Artırır/Diğer Başvuru Usulleriyle İspata İvme Kazandırmak:**

*Erikson* deneyiminin etkin soruşturma kavram ve deneyimine kazandırdığı bir diğer anlam ise; etkin soruşturma kavramının, erişim hakkı, almaşık başvuru yöntemleriyle, hak arama hürriyeti arasında kurduğu sağlıklı münasebettir. Mahkeme devletin hak arama özgürlüğünün alternatif hak arama yöntem ve yoluyla çeşitlendirilmemesini, etkin soruşturma kavramıyla bağdaşmaz bir eksiklik olarak belirler. Özellikle ceza davasının doyurucu bir soruşturmaya

[115] Erikson kararı, s.7, yukarıda tartışılan Kaya, Ergi ve Yaşa-Türkiye davalarına atıf ile (alıntı atlanmıştır) Dikkat edilmelidir ki Mahkemeye göre söz konusu hastanenin devlet hastanesi olması ve orada bulunan doktorların bu nedenle kamu görevlisi olması nedeniyle bu doktorlar “devlet görevlileridir.” Fakat görüleceği gibi Mahkeme bundan sonra özel doktor ve kurumlar açısından da tıbbi ihmal nedeniyle meydana geldiği iddia edilen ölüm olaylarında da aynı şartları uygulamıştır. Korff, 77

olanak tanınması<sup>[116]</sup>, başvurulacak yolun ceza davası ile sınırlandırılmasına ilişkin eksiği örtecek mahiyette olmadığını<sup>[117]</sup> içtihat etmektedir. Özetle ve önemle Mahkeme “hukuk davasında, başvuru başka delil arama ve ileri sürme imkânından yararlanabilecek ve davanın kapsamı ceza yargılamasında olduğu gibi sınırlı kalmayacaktı.”<sup>[118]</sup> şeklindeki ifadelerle farklı amaç, yöntem, araç ve parametrelerden beslenen muhakemelerin etkin soruşturmaya verecekleri katkının önemine işaret etmektedir. Yaklaşımın, başvuru olanaklarının çoğaltılmasını ve çeşitlendirilmesini etkin soruşturmanın anlam katmanı haline getirmesi onu aynı zamanda erişim hakkının önemli bir müttefikine dönüştürmektedir. Çünkü mahkeme, hukuk davasının somut olayda ceza yargılamasına nazaran, başvurucuya başka argüman arama ve sunma konusunda sağlayacağı avantajla davanın büzülmesi, tartışmanın dar bir alanda sınırlı malzemeyle yürümesini önleyeceğini belirtir. Bundan ötürü de başvuru yolları konusundaki duyarlılığını bu içtihat üzerinden gerekçeleriyle birlikte izah eder.

#### ***4.3. Porwell-BK Davası: Standartlarla Uyumsuz Teşhis, Tanı ve tedavi / Direktif Dinlemeyen Asistan/ Hastaneye Gelmeyen Uzmanın Yazgısı:***

Porwell-Birleşik Krallık davası, hastalığın teşhis ve tedavisinin standartlarla uyumsuzluğu, ilgisizlikle hastanın takibindeki yetersizliklerden ötürü meydana gelen ölümün araştırılması, nedenlerinin öğrenilmesinin ya da etkin soruşturmanın önüne konulan engellerle nasıl önlendiğini ve bunun yarattığı trajedinin gözler önüne serimleyen önemli bir deneyimdir. Bu örneğin diğer özelliği ise, devletin halk sağlığı alanındaki pozitif külfetlerinin sınırların, usul ve esaslarını belirleyici bir rol üstlenmesidir.

Bu örnekte başvuru, teşhis ve tedavinin ihtiyaç duyduğu testin gerçekleştirilmesine ilişkin uzman doktor tarafından verilen direktifin, pratisyenlerce gerçekleştirilmemesinden ötürü ölümün meydana geldiğini iddia eder. Devamında bunun nedenlerini öğrenme çabalarının hastanenin olayı örtbas etmesi, tedavi bilgi ve kayıtlarını değiştirmesinin öğrenmeyi güçleştirdiği, gerçekleri öğrenme ihtiyacının karşılaştığı güçlüklerin psikolojik rahatsızlıklar yaşamalarına neden olduğunu öne sürmüştür.<sup>[119]</sup>

*Powell* kararının ard alanı başvuru hakkı ve etkin bir soruşturmanın taşınması gereken özellikler veya sakınması gerekenlerin deşifre edilmesi bakımından

[116] Fakat bu davada, Mahkeme yeterli ceza soruşturmasının yürütülmüş olduğu sonucuna varmıştır. Erikson kararı ss 7-8; Korff, 77

[117] Dahası mahkeme hastane aleyhine ayrı bir hukuk davası açılmaması nedeniyle bu durumu başvurusunun aleyhine değerlendirmiştir. Korff, 77

[118] Erikson kararı, s. 8; Korff, 77

[119] Powell BK., s.9; Korff,78

önemlidir. Burada olayın açığa çıkarılması için idari ve adli bir süreç söz konusu olmakla birlikte, başvuru takibin adil olmadığından ötürü bu aşamadan çekilmiştir. Öte yandan sağlık Makamları aleyhine de hastalığın belirlenemesinden ötürü yapılan başvuru sonucunda idare sorumluluğunu kabul ederek tazminat ödemeyi kabul etmiştir.<sup>[120]</sup>

#### **4.4. Örtbas Edilen Hata: Hastanın Ölüm Koşulları ile Sebebini Öğrenme Hakkına Aykırılık /Bilgiyi Argümana Dönüştüren Engeller:**

İdarenin meydana gelen ölümün yarattığı yıkım ve acıyı giderimle karşılmasına rağmen, teşhis edememe olgusunun örtbas edilmesi iddiasını yargıç tarafından yerel hukukun ölümü çevreleyen şartlar konusunda doktorların ebeveynlere bilgi vermek zorunda olmadıkları gerekçesiyle red edilmiştir.<sup>[121]</sup> Sözün özü ardıl başvuru tazminat isteğinin benimsenmiş olması, ölümün hangi koşullarda meydana geldiğine ilişkin bireysel, toplumsal ve kamusal merakların karşılanması ödevini ortadan kaldırmaya muktedir veya yeterli bir nedence değildir. Özellikle *Erikson* kararı ile kaleme alınan ölüm hakkından bilgi edinme veya başlayan idari ve yargısal süreçler hakkında malumat sahibi olma hakkının burada tazminatla karşılanması veya özdeştirilmesi Strasbourg yargısı tarafından geri çevrilmiştir. Unutmamak gerekir, tazminat tek başına etkin bir soruşturma manasına gelmediği gibi etkin ve verimli soruşturmaya hedeflenen maksadı karşılar bir yükümlülük olarak telakki edilemez. Etkin bir soruşturma ölümle ilgili bireysel ve kamusal beklentilerin adil ve görünen adalete uygun şekilde karşılanmasıyla karşılığını bulur. *Powell* Davası'nda, başvuru özelliğiyle adli ve idari soruşturma sürecinden beklediği eşit ve özgür katılım veya sürece katılma beklentisinin karşılanamaması ya da sürecin adilliği konusunda oluşan umutsuzluğun başvuru sürecinden çekilmeye icbar etmesi bu konudaki gereksinimi pekiştirmektedir.

Dikkatten kaçmaması gereken husus, başvuru özelliğinin de bilgilendirmeden imtina, süreçlerin örtbas edilmesi ve malumat vermekten kaçınma gibi olguların yardımıyla berhava edilmiş olmasıdır. Etkin soruşturmanın, bağımsız ya da adil bir tahkikat şeklinde tecelli ettiği gözetildiğinde davanın yansızlık bağlamı bir soruna gebe olduğunu da taşıdığını unutmamak gerekir.

[120] Powell BK., s.10; Korff, 78

[121] Fakat teşhis edememe hususunun örtbas edilmesinde kompo ile ilgili iddianın diğer kısmı ile ilgili yargıç tarafından İngiliz hukukunda doktorların ölümü çevreleyen şartlar hakkında merhum çocuğun ebeveynlerine karşı açık sözlü olma yükümlülüğü altında olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir. Powell kararı, s.10; Korff, 78



**4.5. Soruşturmanın Karşısına Çıkarılan Yasal Engel/Başvuru Olanakları ile Delil Elde Etme İmkânını Kısıtlaması. McCann-BK davasının soruşturma tabanını genişleten kazanımın, Powell-BK davası İle Geri Alınması:**

Yerel hukukun ölümün meydana geldiği şartlar hakkında meşru ilgiliyi bilgilendirmeye izin vermemesi veya böyle düzenlemeden yoksun olması etkin soruşturmanın karşısına çıkarılan bir yasama engelidir. Bu yasama engelinin Sözleşme hükümleri baz alınarak giderilmemiş olması ihlali hazırlayan koşulların ittifakını güçlendirmiştir. O halde tıbbi girişimlerden neşet eden ölümün hangi koşullarda meydana geldiği veya hangi olguların tetiklemesiyle vücuda geldiği konusunda meşru ilgiliye ilgili doktorlar tarafından veya kurumsal kimliklerce gereken malumat verilmek zorundadır. Bu malumat, bundan sonraki sürecin sevk ve idaresi açısından yaşamsaldır. Malumat yokluğu *McCann*-BK davası ile edinilen ve etkin soruşturmaya meşru ilgililerin katılmasını öneren içtihadın işlerliğini sağlayan ciddi ve önemli bir parametredir. *Powell* davasında, başvuru-cunun edinemediği bilgi malumat hakkının ihlaline neden olmakla kalmamış, onun akabindeki hak arayışını da etkili şekilde engellemiştir.

**4.6. Powell-BK Davası: Tıbbi Kayıtların Tahriş Edilmesi / Adil Yargılanma Hakkı ile Yaşam Hakkı Arısındaki İlişkiyi Yöneten İnce Sınır:**

Başvurucu ölümün örtbas edilmesini teminen doktorların tıbbi bilgi ve belgeler üzerinde tahriyat yaptıklarını da iddia etmektedir. Ancak Mahkeme oldukça ilginç bir gerekçe ile bu iddiayı red etmiştir. Mahkeme “ başvuru-cuların doktorun ölüm sonrası sorumluluğu hakkında bir hükmün güvence altına alınmadığı şeklindeki sonraki şikâyetlerinin 6. madde uyarınca yapılan şikâyetler açısından tespit edilmesi gerekmektedir. Fakat iddia edildiği gibi doktorlar tarafından ölüm sonrasında işlenen suçlar başvuru-cuların oğullarının ölümüne yol açan olayların gelişimini değiştirmemiştir.”<sup>[122]</sup> Demekle ölümden sonraki iddiaları 2. maddenin ilgi alanından çıkarmaktadır.

Yorumlamak gerekirse, mahkeme ikinci madde ile altıncı madde arasındaki sınırı net bir şekilde belirleyerek, ölümün gerçekleşmesinden sonra meydana gelen ve konusu itibarıyla suç oluşturan iddiaları, tıbbi girişimden neşet eden hatalardan ötürü oluşan ve 2. maddenin ihlaline etkisi olmayacağından ötürü 6. maddenin görev tanımı içinde olacağına hükmeder. O halde 2 inci ile 6 maddenin işlerlik sınırlarının *Powell* davası üzerinden belirlendiğini ifade

[122] Powell BK., s.18;Korff, 78

edebiliriz. Bu tespitten hareketle iki güvence arasındaki hudutların netleştirilmesi zorunludur. Buna göre;

a) İddianın ölümden sonraki bir aşamaya ilişkin olması, b) iddianın yaşam hakkının ihlali olgusunu etkilemekte akim kalması veya ölüme yol açan olayların gelişimine etkisinin bulunmaması c) iddianın salt 2. madde ile ilgili olması, d) doktor sorumluluğunun ölüm ve öncesi periyotla sınırlanmış olması halinde, iddianın 2. maddenin ilgi alanı veya görev tanımı içinde kalacağını söylemek mümkündür.

Bu şartlardan birlikte tahakkuk etmemesi, sorunu ikinci maddenin ilgi alanından çıkararak, adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin bir soruna dönüştürür.

#### ***4.7. Powell-BK Davasının Diğer Mesajı: İdari Soruşturmada Çekilen ve Tazminat Alan Başvurucunun Yazgısı: Hiç Kimse Kusurundan Yararlanarak Hak Elde Edemez. Kötü Niyet Korunamaz:***

*Powell* davasının bize anlattığı bir diğer husus ise, idari soruşturmada çekilen başvurucunun, teklif edilen tazminatı kabul ettikten sonra tedaviye ilişkin kuşkuyla ölümle ilgili olarak yürütülen soruşturma konusunda mağduriyet iddiasını yitireceğine göstermektedir.<sup>[123]</sup> Burada devreye giren husus hakların kötüye kullanılmayacağına ilişkin yaklaşımdır. Strasbourg Mahkemesi kendisine intikal eden olgularda, iyi niyeti başvurunun görülebilirlik koşulu olarak addetmektedir. Bu bakış tarzı burada da açığa çıkma fırsatını değerlendirdiğine tanıklık ediyoruz. *Powell*'in evvelce kendisine teklif edilen tazminatı benimsemiş olması, onun genelde bu başvuruyla temin etmek istediklerine kavuşmasını önlemiştir. Burada gözetilmesi gereken, tazminatın ardıl talepleri de kural olarak hükümden düşürmüş olmasıdır. Mahkeme prensip olarak tazminat kabul edenlerin, ölümün koşulları ve soruşturma konusundaki başvuru hakkını yitirdiğini içtihat etmektedir. Ancak bu yaklaşımın içselleştirilebilmesi için her şeyden evvel, başvurucunun idari prosedürden kendi rızasıyla ve hiç bir baskı altında kalmadan çekilmiş olması gerekir. Oysa önceki pasajlarda okuyucuyla paylaştığımız üzere, *Powell* idari ve adli tahkikattan keyfi olarak çekilmediği aksine bu sürecin yansız olarak ilerlemeyeceğine ilişkin kuşkusunun neden olduğu görülmektedir. Hal böyle iken Mahkeme'nin bu olguyu görmezden gelerek, çekilmeye icbarı iradi addetmesi ve bunu başvurunun görülemezliği engeline dönüştürmesi, etkin soruşturma ereğini kırılmaya uğratan bir yorumdur.

[123] Merhum bir kişinin tıbbi ihmale dayalı hukuk davasının çözümünde tazminatı kabul ettiği durumda merhum kişiye uygulanan tedaviyi çevreleyen koşullar hususunda veya bu kişinin ölümü ile ilgili yürütülen soruşturma hususunda artık prensipte mağdur olduğunu iddia edemez. *Powell BK.*, s.19; Korff, 79

**4.8. Calvelli ve Ciglio-İtalya; Powell-BK: Yaşam Hakkını, Anestezik Malkpraktislerden Kurtaracak Etkin ve Verimli Bir Adli Şema ve Mekanizma İnşası Zorunludur:**

Başvurucunun kusurundan yararlanarak hak elde edemeyeceğine ilişkin kuralın yansımaları olan “tazminatın kabulü” tek başına her şeyden soyut bir başvuru engeli olmamalıdır. Birden fazla kanun yolundan bir ya da birkaçının kullanılması ile elde edilen yararın, diğer hukuki yarar ve beklentileri hükümden düşüren bir engele dönüşmesi *Erikson* kararıyla bağdaşmaz görünmektedir. Burada gözetilmesi gereken başvurunun, Sözleşme’nin birden fazla hükmünün ihlali iddialarına yaslanmasıdır. Tazminat talebi, bunlardan sadece bir tanesi olup, bu istem sadece ölümlü oluşan yıkımın karşılığıyla mahduttur. Sözleşme’nin ikinci maddesinin ihlaline ilişkin ve her biri farklı neden ve argümanlara dayalı diğer iddiaların, tazminatın benimsenmesiyle eş zamanlı olarak hükümden düşürülmesi, etkin soruşturma misyonunu hayal kırıklığına uğratar.

Mahkeme ölümü çevreleyen koşulları öğrenme isteğini makul ve kabul edilebilir bulmaktadır. Ancak, tazminatın kabul edilmiş olmasının, mağduriyet sıfatını ortadan kaldırdığını dolayısıyla çocuk ile ilgili tıbbi kayıtların eksiksiz, dürüst ve bütün olarak ebeveynlere açıklanma ödevinin ortadan kalktığını içtihat eder.<sup>[124]</sup>

Mahkeme bu davayla devletin tıbbi müdahaleden kaynaklanan ölümlerdeki sorumluluğunu kaideten kabul eder. Mahkeme, sağlık personelinin yüksek mesleki standarda sahip olmaları ve hastaların yaşamlarının korunmasını sağlayan doyurucu bir düzenleme yapılması kaydıyla, sağlık personelinin tanı ve tedavideki takdir hatalarıyla personel arasındaki koordinasyon ihmalinin, devletin otomatik sorumluluğunu gerektirir olmaktan çıkarmaktadır.<sup>[125]</sup>

Burada dikkatten kaçmaması gereken husus şudur: devletin sorumluluğundan söz edebilmek için her şeyden önce ikinci maddeden kaynaklanan pozitif ödevini etkili olarak yerine getirmiş olmasıdır. Bu bağlamda *Powell* Davası lanse edildiği üzere devletin sorumlularla mücadeleyi etkin bir şekilde gerçekleştirecek bir hukuk dizge ve düzeneği inşa etmesinden başka, bu düzeneği işletecek olan personelin etkinlikle verimliliğini artıracak onun yetişmesi için gerekli teorik ve pratik eğitimi vermesi zorunludur. Bu davalı olma ihtimali olan bir devletten sözleşmenin en az beklentisi olarak betimlenebilir. Asgari umarları karşılamak kaydıyla, gelişebilecek bir eylemden ötürü devletin kayıtsız ve şartsız doğrudan sorumlu tutulmasına onay verilmemesi, devletin yaşam hakkı bağlamı sorumluluğunu büzen bir yaklaşımdır. Dolayısıyla tıbbi hata (mal practice) alanında

[124] Powell-Birleşik Krallık; s.21; Korff,79

[125] Powell-Birleşik Krallık, no.43305/99; Sevim Güngör, no.75173/01; Doğru/Nalbant,2012, 20

devletin yaşamı koruma yükümlülüğü, hastanelerin hastaların yaşamlarını koruma için düzenlemelere sahip olmalarını sağlamayı ve ayrıca hastanede meydana gelen bir ölümün sebebinin sağlık çalışanının sorumluluğunu ortaya çıkarabilecek etkili bir yargısal sistem kurmayı içerir.<sup>[126] [127]</sup> Bu deneyim devletin pozitif yükümlülüğünü iki koşulun tahakkuk etmesiyle eş zamanlı olarak daraltmaktadır. Sorumluluğun tümüyle ortadan kaldırılmasını emreden veya öneren bir örnekten söz etmek doğru olmaz.

Bu bağlamda a) yasama yoluyla ikinci maddenin tıbbi ihmaller üzerinden ihlalini önleyecek veya minimize edecek kesin, genel, soyut, etkin, kapsayıcı ve verimli bir düzenleme gerçekleştirmek, b) Sistemin etkinliğini bertaraf edecek gerekli tüm önlemleri almak, sistemi işlemez kılan yavaşlatan veya başka amaçlara hizmet edecek eylemleri enterne edecek koruyucu önlemler almak, c) sistemin öneri ve emirlerine aykırı davranışlarıyla yaşam hakkını riske edenlerle etkin, verimli, zamanında ve doyurucu mücadeleyi başlatacak, sürdürecektir ve sonuçlandırarak hayata geçiren bir yargı ağı ve sistemi oluşturmaktır. *Powell Davası* ise anılanlara bir yenisini ekleyerek sorumluluğun debisini artırır. Buna göre sadece yasal düzenleme yapmak ve kanun yoluna başvuru olanağını etkinleştirmek yükümlülüğünü yerine getirilmesi için yeterli değildir. Devletin dördüncü ödevi ise sağladığı altyapı ve organizasyonla sağlık personelinin tıbbi hatalarını minimize etmek ve ortadan kaldırmaktır.

Calvelli ve Ciglio-İtalya davası<sup>[128]</sup> ikinci maddeden neşet eden ve tıbbi girişimlerden ötürü meydana gelen ölümlerin önlenmesi ya da ölüm riskini ortadan kaldıracak, minimize edecek yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesini salık veren önemli deneyimlerdir. Mahkeme “ tıbbi bakımdaki hastanın ölüm nedeninin... tespit edilmesi ve sorumluların hesap vermesi için etkili bağımsız bir yargı sisteminin kurulması” gerektiğini belirtmiştir. Bu deneyim her şeyden evvel ikinci maddeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için;

[126] Calvelli ve Ciglio-İtalya,[BD],§49; Doğru/Nalbant, 2012, 20

[127] Devletin olumlu bir yüküm olarak hayatı koruma görevi, hastanelerde hayatını koruyacak düzenleyici tedbirlerin alınmasını ve keza hastanede vaki ölüm halinde, bunun nedenini ve gereğinde, tedaviye katılan hekimlerin sorumluluğunu saptamaya imkân verecek etkili bir adli sistemin tesisini gerekli kılar. Kom. K., Işıltan/Türkiye, ...; Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, 162

[128] Bu davada doğumdan kısa bir süre sonra meydana gelen bir bebek ölümü ile ilgilidir. Anne A seviyesinde şeker hastası olmasında ve geçmişte zor doğum dönemi geçirmiş olmasına rağmen sorumlu doktor yine de ceninin normal bir doğum için çok büyük olup olmadığını tespit amacıyla anneyi dıştan muayene yapmamış ve doğum sırasında hazır bulunmamıştır. Doktorun doğum odasına gelmesindeki gecikmenin doğan bebeğin yaşama şansını belirgin şekilde azaltmıştır. Korff, 80

a) ölümleri önleyecek optimum düzenlemelerin gerçekleştirilmesi, b) ölüm nedeninin tespiti ile sorumluların hesap vermesine olanak sağlayan bağımsız bir yargı sistemi inşa edilmesinin zorunluluğuna işaret eder.

Bu davayı usuli güvence bakımından dikkate şayan hale getiren özellik, başvuru doktor aleyhine hem tazminat hem de ceza davası açmasıdır. Tazminat isteği karşılanmakla birlikte ceza davası bir dizi eksiklik ve gecikmeden ötürü zamanaşımına uğramıştır. Başvuru bu şekildeki akıbeti, Sözleşme'nin ikinci maddesi ile bağdaşmaz bulmuştur.<sup>[129]</sup>

Mahkeme, *Powell* davasına benzer bir yorumla başvuru tazminatı kabul ettikten sonra, hukuk davasını terk etmiş olmasının diğer yaptırımların tatbikini önlediği kanaatindedir. Buradan hareketle de ceza davasında bazı usuli eksikliklerin varlığını tespit etmekle birlikte, araya giren tazminatla davanın takipsiz bırakılmasının davanın zamanaşımına uğraması iddiasını hükümden düşürdüğünü, dolayısıyla ihlal iddiasının reddedilmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Mahkeme, yaşam hakkının üçüncü kişi tarafından ve kasıt olmadan (unintentionally) ihlal edilmesi halinde de devletin pozitif yükümlülüğünün varlığını kabul etmekle birlikte, devletin bu konudaki yükümlülüğünü sınırlamış, dar tutmuştur. Mahkeme, yaşam hakkı ile kişi bütünlüğünün kasten ihlal edilmediği takdirde, Sözleşme'nin ikinci maddesinden kaynaklanan etkili bir yargısal sistem kurma ödevinin ceza yargılama sistemi inşa edilmesini gerektirmediğini içtihat etmektedir.<sup>[130]</sup> Mahkeme bu içtihadı ile devlete sanık ve şüphelilerin yargılanmasına olanak sağlayacak yargılama sistemleri inşa etme ya da sorumluluk türlerini çoğaltma ödevi yüklemekten kaçınmaktadır. Burada nicel bir artıştan çok, etkin ve verimli mücadeleyi başarılı kılacak yol ve yolların ihdas edilmiş olmasını yeterli bulunmaktadır. Yoksa çokluktan ve birçok alternatiften neşet edecek etkisizlik değildir.

Calvelli ve Ciglio davası ile mahkeme; tıbbi ihmal gibi özgün bir alanda hukuk sisteminin, cezai yolla birlikte medeni hukuk veya sadece medeni hukuk yoluyla sorumluluğun belirlenmesinin ve giderimle karşılanmasının yeterli olacağını belirtir.<sup>[131]</sup> Mahkeme pozitif yükümlülüğünü, sorumluluğunu optimum araç ve yöntemlerle gerçekleştirilmesi, yaşam hakkının güvenceye alınması veya beklentilerin karşılanması için yeterlidir. Anılan örnek, somut olayda umarları karşılar bulunmuş, alternatif uyumsuzluk çözme yöntemlerine tevessül gereksiz addedilmiştir.

[129] Korff, 80

[130] Doğru/Nalbant, 2012, 19

[131] Calvelli ve Ciglio, §51; Doğru/Nalbant; 2012, 19

Ancak burada dikkatten kaçmaması gereken husus, yaşam hakkından kaynaklanan koruyucu önlemler alma veya hukuka aykırı ve konusu suç olan eylemlerle mücadelenin etkinliğidir. Birden fazla koruma yöntemini benimsemesine rağmen bu yöntemlerin hiç birinin yaşam hakkının duyarlılığını gözetmemesi, devletin pozitif yükümlülüğünü sözde ve işlemez olana dönüştürür.

### **5. İspat Sahasının Maestrosu: Etkin Soruşturmanın Paydaşı/ Yargılamanın Başat İşlevi: Delillerin Kabul Edilebilirliği:**

Etkin soruşturma ile adil yargılanma hakkı arasında, kuşkunun başlamasıyla birlikte amaçlar üzerinden çalışma arkadaşlığı ve işbirliğinin başladığını söylemek mümkündür. Adil yargılanma hakkının zaman bağlamı sınırlarının şüpheyle başlaması, adil yargılanma hakkının kapsamını içine etkin soruşturmayı alacak şekilde genişletir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin paradigmasının etkin soruşturmanın dikkatle izlemesi gereken bir yaklaşım olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Etkin soruşturmanın verimli olabilmesi, soruşturmanın yazgısını belirleyecek kanıtların nasıl ve ne şekilde elde edilip değerlendirmesi gerektiğine ilişkin merakları da gidermesi gerekir. Dolayısıyla çalışmanın adil yargılanma hakkının delillerin kabul edilebilirliği boyutunu büyüteç altına alması ve onun yaşam hakkı tarafından ithal edilme koşullarını tartışması gerekir.

#### **5.1. Yanıtını Arayan İki Soru/İki Soru ile Kabul Edilebilirlik:**

Delillerin kabul edilebilirliği konusunda iki temel sorun bulunmaktadır: Birincisi, savunma tarafı dosyadaki bir delilin kabul edilebilir olmadığını iddia ettiğinde, bu iddiayı karara bağlayacak muhakeme usulü var mıdır? Hangi deliller kabul edilebilir değildir, yani hangi delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez?<sup>[132]</sup>

Kabul edilebilirlik ima/içtihat yoluyla edinilen bir haktır. Mahkemeye göre bu öncelikle ulusal mevzuatların düzenleme konusudur.<sup>[133]</sup> 6. maddeyi şekillendiren içtihatlar göre, AİHM yerel mahkemelerin delilleri doğru değerlendirip değerlendirmedeği meselesini ilgi alanı içinde görmez.<sup>[134]</sup> Bunu mahkemelerin takdir marjı dâhilinde kullandıkları bir yetki olarak tanımlar.<sup>[135]</sup> Mahkeme, görev tanımını kanıtların 6/1 madde bağlamında adil bir şekilde sunulup sunulmadığını denetlemekle sınırlar.<sup>[136]</sup> Anılan görev tanımı, genel olarak kanıtlara

[132] Osman Doğru; Sanık Öğüten Çarklar, İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, Tesev, İstanbul, Ekim 2011, s.69

[133] Schenk, §45-46; Teixeira de Castro, §34; Heglas, §84; Doğru, 2011, 69

[134] Karen Reid; Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, Scala/KHRP, İstanbul, Ekim 2000, s.97

[135] Van Mechelen ve Diğerleri, §50, Rachdad, §23; Doğru, 2011, 69

[136] Reid, 2000, 97

ilişkin dengesizlik vücuda geldiğinde, adaletsizlik mevzubahis olduğunda kişinin yargılamalara etkin şekilde katılım imkânından yoksun bırakılması, savunmanın önemli ölçüde zarar görmesi halleriyle sınırlandırılır.<sup>[137]</sup> Mahkemenin yanıtlanması gereken soru, delillerin elde edilme yolu dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına ilişkin sorudur.<sup>[138]</sup> Böylelikle Mahkeme deliller meselesine olan alakasını iyice büzererek anılanlarla sınırlar. Mahkeme, kanıtların toplanması meselesini, 6/2 ve 3 maddesi bağlamında ele alarak, sanığın iddiayı çürütmeye icbar edilmek yerine, iddianın kendisini kanıtlamakla ödevli olduğunu, masumiyete ilişmemeye özen gösterilmesini önyargıdan tamamen uzak şekilde eyleyerek, iddianın kendisini kanıtlamada kifayet etmemesi, bu konuda olası bir kuşkunun hâsıl olması halinde bunun, sanık yararına değerlendirilmesi gerektiğini ifade eder.<sup>[139]</sup> Anılan deneyim ispat külfetini kural olarak suçlayan tarafta olduğunu teslim ederek, ispatın yetersizliği ya da kanıtlama konusundaki olası bir kuşkunun, masumiyet ilkesinin gücünü arkasına alana sanık yararına değerlendirilmesini benimseyerek, sevk ve idarenin masumiyeti lekeleyecek ön yargılarla arasına kesin bir sınır ve mesafe koymasını ister.

***5.2.Barbera; Messsegue ve Jabardo-İspanya/Khan; Allan; Jalloh: Kanıtların Açık Yargılamada Tartışılmasına ve Ondan Etkilenenlerce Çürütülmesine Olanak Tanınmalıdır:***

Sözleşme'yi yorumlayan pratikler, dayanılan argümanların açık yargılamada ortaya konularak bundan etkilenenlerin tartışmasını ve onları çürütme olanağına sahip olmasını emreder.<sup>[140]</sup> Mahkeme özellikle, başvurucuya delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmeyeceğini önemsemektedir. Buna ek olarak delillerin kalitesi delillerin elde edildiği koşullarla bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmaktadır. Delilin bir başka materyal ile desteklenmemesi, delil oldukça güçlü ve güvenilir ise desteğe olan ihtiyacının azalacağı varsayılmaktadır.<sup>[141] [142]</sup> Böylece tarafların yaslandığı argümanların

[137] Dombo Deheer, 33Ş, atfen Reid, 2000,98

[138] Khan, §34; P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık,§76; Allan,§42; Jalloh [BD],§95; Desde§125; Doğru, 2011, 69

[139] Barbera, 76-77Ş; Reid, 2000,98

[140] Barbera; Messsegue ve Jabardo v.İspanya; Reid, 2000,99

[141] Khan§35,37; Allan§43; Jalloh§96; Doğru, 2011, 69

[142] Ceza davalarında kural olarak, savunma aleyhindeki deliller çelişmeli bir usulle aleni olarak, sanığın huzurunda mahkemeye sunulmalıdır. Bkz. "Çelişmeli Yargı İlkesi" başlığı; Ayrıca Wolfgang Peukert, "Deliller ve (İkame Edilmesi ve Değerlendirilmesi) İHAS 6" Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial İlkesi' a.g.e., 258-260; Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta, İstanbul, Mayıs 2002, s.275

herkesin gözü önünde kıyasıya tartışılarak, onların gerçek ve doğruluğunun sınanmasına olanak tanınmaktadır. Sanıkların delillerin tartışılmasına olanak tanınmaması veya açık yargılamadan uzaklaştırılarak delillerin sıhhatini sinama olanağından yoksun bırakan yargılama her şeyden evvel, savunmayı kısıtlayan bir muhakemedir. Böyle bir muhakeme delillerin tartışılmasını önlediği için savunmayı sendroma sokmuş böylelikle Sözleşme'nin 6/3 madde hükmü ciddi bir ihlal riskine neden olmuştur.

Barbera davasının delillerin açık yargılamada ortaya konularak tartışılma hakkının 6/1 maddesinden neşet eden bir güvence olduğunu dolayısıyla anılan haktan vazgeçilmesi veya yanların delillerin tartışılmasını ve sunulmasını önleyecek bir anlaşma yapmalarının ihlal riskini ortadan kaldırmayacağı kanaatindedir.<sup>[143]</sup> Mahkeme delillerin hakkaniyete uygun bir rol üstlenmesinden sorumludur. Olası bir feragat bu rolü etkisiz kılacak bir amil değildir.<sup>[144]</sup> Dolayısıyla kararın keyfi veya mantık kurallarına aykırı<sup>[145]</sup> olarak verilmesi mahkemenin deliller üzerinden süreci büyüteç altına alması meşrulaşmaktadır. Bu yaklaşım müdahale yetkisinin periferisini belirlemesi açısından önemlidir.

### ***5.3. Kraska v./Switzerland; X v. Austria: Mahkeme Delillerin Hakkaniyete Uygun Rol Üstlenmesinden Sorumludur. Önyargısız Bir Hükmün İnşası, argümanların Büyüteç Altına Alınmasına, dikkate Alınıp Değerlendirmesine Bağlıdır:***

Mahkeme delillerin değerlendirilmesi konusunu yerel organların inisiyatifine bırakmakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliği üzerinden gelişebilecek bir komplikasyona karşı oldukça duyarlıdır. Tedbiri elden bırakmayan mahkeme, bu denetimi gerekçe aracılığıyla yaparak hakkaniyet ve keyfiligi belirlemeye çalışır.<sup>[146]</sup> Böyle bir ihtimalin varlığını lokal veriler üzerinden değil yargılamanın bütünü üzerinden yapılacak bir değerlendirme aracılığıyla kontrol etmeyi tercih etmektedir. Dolayısıyla yaşam hakkı ile ilgili içtihatlarıyla da dermeyen ettiği üzere mahkeme, yerel yargı organlarının delillerle ilgili değerlendirmelerine tamamen ilgisiz olduğunu savlamak mümkün değildir. Buradan çıkan bir diğer sonuç, yerel mahkemelerin iddia ve delilleri değerlendirme konusundaki özenli ve duyarlı olmaları gerektiğine ilişkindir. Kraska-İsviçre davası mahkemenin, taraflarca sunulan delil, iddia ve mütalaaların iyi bir biçimde inceleme yükümlülüğü altında olduğunu, önyargıdan bağımsız bir hüküm için zorunlu olduğunu teyit etmektedir.<sup>[147]</sup>

[143] Barbera-İspanya; Reid, 2000,99

[144] K. Reid, A Practitioner's..., a.g.e., s.85; İnceoğlu; 2002,276

[145] X v. Austria; İnceoğlu, 2002, 306

[146] K.Reid...; İnceoğlu, 2002, 306

[147] Kraska v. Switzerland; İnceoğlu, 2002, 308



Mahkeme kanıtların kabul edilebilir olması ve kamunun istifadesine sunulmasını yanlar için bir ödev olarak telakki etmektedir. Delillerin kamunun istifadesine sunulması ile kanıttan bireysel beklentisi olanların yararları arasındaki bu yarış konusunu tartışmaya açan mahkeme, delillerin aleni olarak tartışılmasını önleyen girişimlere prim vermediğini belirlemiş bu konudaki girişimlerin kamusal nedenlerle anlamsız olacağını teyit etmiştir. O halde hükmü biçimlendirme potansiyeline sahip argümanların açık yargılamada ve herkesin gözü kulağı önünde tartışılmasına olanak tanınması konusu verilecek ödümler listesinden çıkarılmaktadır.

#### **5.4. 10486/83; Hauschildt v. Denmark: Tanığın Önceki Beyanının Sonraki Anlatımını İpotek Altına Alması Önlenmelidir:**

Mahkeme, tanığın kendisinden ve önceki beyanlarından korunmasını kural olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda tanığın evvelce verdiği ifadelerin kendisini okunmasını, tanıkların yargılama sırasındaki şahadetini ipotek altına alma riski olabileceğini<sup>[148]</sup> <sup>[149]</sup> öngörerek bundan kaçınılmasını istemektedir. Tanık beyanlarını, dışarıdan gelen risklere karşı korumakla ödevli sevk ve idarenin, önceki beyanlarının sonrakini etkisine almasını önleyecek tedbirler alması ve bu tür girişimlerden kaçınması zorunludur. Ancak, mahkemenin bu ve benzeri önlemler almaması ya da tanığın önceki beyanlarını okuyarak onun kendisinden etkilenme potansiyelini harekete geçirme olasılığının tek başına delilin kabul edilebilirliğini riske etmeyeceği kanaatindedir. Mahkeme, yanların tanığı sorularla sınaama olanağı<sup>[150]</sup> veya beyanlarının ek sorularla test edilme gerçek ve doğruluğunun sınaama olasılığının tanığın kendisinden gelecek tahrifatı önceki beyanıyla bağlı kalma potansiyelini önleme gücüne sahip olduğunu ifade etmektedir. Tanık beyanlarının tanık tarafından tahrif edilmesi veya önceki beyanla bağlı kalmayı gerektiren psikolojik ve hukuki nedencelerin ittifakıyla oluşan tehlikenin gerçeği açığa çıkarmayı önleyen yanı, mahkeme tarafından çapraz sorgu veya almaşıklarının yarattığı olanak ve kolaylıklarla dengelenmektedir. Bu oldukça anlaşılır ve kabul edilebilir olmakla birlikte, soruların işlevsiz ve etkisiz kaldığı anlarla mahdut olarak delillerin hükme etkisinin ortaya çıkan bu durum çerçevesinde değerlendirilmesi 6. maddenin gözden kaçırılmaması gereken bir kabul edilebilirlik meselesidir.

[148] 10486/83, Danimarka, (Dec.) 9 Ekim 1986, 49 D.R. 86; Reid, 2000,100

[149] Komisyona göre tanığın ifadesi okunarak, ona alt mahkemede söylediklerinin detaylarının hatırlatılması ifadenin değerini azaltabilir. Hauschildt v. Denmark; İnceoğlu, 2002, 277

[150] 10486/83; Reid, 2000,100

Sözleşme, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural koymamıştır. Bu konuyu yerel sistemlerin meselesi olarak benimsemeyi tercih etmekle birlikte, buna hepten ilgisiz kalmaktan imtina etmektedir.<sup>[151]</sup>

### **5.5. X v./UK;17265/90: Şeriklerle Yapılan Anlaşmadan Diğer Şüpheli Sanık Haberdar Edilmelidir:**

Özellikle suç ortaklıklarında şeriklerden biriyle yapılan anlaşmalardan sonraki beyanlardan diğer ortağın korunmasını güvenceye alan Mahkeme böyle bir ihtimalde, anlaşma koşulları ve kapsamı konusunda diğerinin haberdar edilmesini önerir.<sup>[152]</sup> <sup>[153]</sup> Bu oldukça yerinde ve haklı bir belirlemedir. Onu haklı kılan atfi cürümden neşet eden risklere karşı yargılananı korumaya almak, anlaşmanın çerçevesi kapsamı hakkında önceden haberdar edilerek, sanığın anlaşmayla ilişilmez hale gelen şerikin beyanlarına saldırma, çürütme ve hükümden düşürme olanağı tanınmasıdır. Mahkeme, kanıtların yarattığı sürprizin savunma hakkını geriletken etki ve sonuçlarıyla baş edebilmek için öncelikle beklenmedik beyandan etkilenenin, bilahare de yargılamanın adil şekilde cereyanından sorumlu kamuoyunun etkin olarak bilgilendirilmesi gerektiğini ifade ederek, deşifreyi dezavantajı dengeleyen önlem olarak telakki eder. Bilgilendirme, iddia ile olası mahkum, sanık veya şüpheli arasında gerçekleştirilen anlaşmalardan doğan irtifa kaybı ve dezavantajla baş etmenin geliştirdiği optimum bir buluş, eşitliği sağlayan bir fırsattır. Bu fırsat delillerin anlaşmayla manüple edilmesi veya gerçeğin açığa çıkarılması için yapılan sözleşme ve vazgeçmelerin yaratacağı sendromun aşılmasını kolaylaştırarak muhtemel ihlalleri önlemektedir. Açıklık ya da davadan yargılama ve hükümden etkilenenlere verilen brifing, kanıtın sınırlılığı konusundaki bilgilendirme<sup>[154]</sup> atfi cürüm veya anlaşmadan neşet eden risklerin panzehiri olarak benimsenmektedir.

[151] Başvuru sahibi ya da avukatının herhangi bir kanıtı itiraz etmekte başarısız olması, kendi hareket alanları içindeki duruşmaların adil olmasını güvence altına almanın mahkemelerin genel görevi olduğu akıldaki tutulmak koşuluyla, belirleyici olmasa da önemli bir unsurdur. 7306/75...8876/80...; Reid, 2000,100

[152] kendisine başıksıklık tanınmış bir suç ortağı, başvuru sahibi hakkında kanıt sağlıyorsa bu, adil olma konusunda sorunlar çıkmasına neden olabilir.. Bununla birlikte, savunma bu olgudan haberdar edildiğinde ve jüri anlaşmanın koşulları hakkında bilgilendirildiğinde, ihlal vuku bulmuş olmayacaktır.73605775 B.K.,(Dec.) 6 Ekim 1976, 7D.R. 115; 17265/90 İsviçre (Dec. ) 21 Ekim 1993, 75 D.R. 76;Reid, 2000,101

[153] Komisyon suç ortağı ile yapılan anlaşmanın şartlarından savunmanın haberdar edilmesini, jürinin önünde bu durumun tartışılmasını, başvuru sahibinin herhangi bir delil göstermemesini ve tanık davet etmemesini, durumun kanun yolu aşamasında da yeniden incelenmesini gözeterek kabul edilemez bulmuştur. X V./UK; İncoğlu, 2002, 287

[154] 28572/95 B.K., (Dec.) 17 Ocak 1997

### **5.6. 20341/92/Hollanda: Dolaylı Kanıtın Kabulü, Onun Mahkemeye Getirtilerek Sınanması Koşuluna Bağlıdır.**

Mahkeme dolaylı kanıtların gerçeğin belirlenmesinde aktif bir rol oynamasına karşı çıkmaz.<sup>[155]</sup> Ancak dolaylı bir kanıtın mahkemeye getirilememesi ve onun gerçek ve doğruluğunun sınanma olanağının tanınmamasını sorunlu bularak, mahkemelerin hiç değilse böyle bir tanığın bulunarak mahkemeye getirilmesi için çaba sarf edilmesini tavsiye etmektedir. Strasbourg deneyimleri, tanığın yazılı beyanlarına dayalı bir mahkûmiyet hükmünün eleştirisinde, yazılı beyanı hükme esas alınan tanığın hiç değilse bulunarak duruşmada dinlenmesine olanak tanınmasını, tanığın bulunamaması olasılığının tahakkuk etmesi halinde de duruşmalara ara verilmesini<sup>[156]</sup> içtihat eder. Bu bakış açısı, yazılı anlatımı külliyen ret etmemekle birlikte onun gerçek ve doğruluğunun sınanamamasının çapraz sorgu, çelişmeli yargı gibi ilkelerle yaşadığı tezada vurgu yaparak, test imkânsızlığının adil yargılanma üzerindeki baskısının kabul edilemeyeceğini ifade eder.<sup>[157]</sup>

Bu yaklaşım delillerin kabul edilebilirliğini sağlamaya yönelik bir meşrulaştırma girişimidir. Mahkeme kanıtın türü ve onun hükme etkisi konusunda olabildiğince mesafeli olmakla birlikte tanık beyanının çelişmeli yargı ilkesi gereğince tartışmaya açılmaması, gerçek ve doğruluğunun sınanmasına imkân verilmemesini tolare etmekten kesinlikle kaçınmaktadır. Böylece güvenilirliği sınanmamış, en azından sanık daha sonrada kamu için ikna etme ve inandırma debisi, niteliği kuşkulu kalmış bir kanıtın hükmü belirlemesinin yaratacağı riski göğüslemektense, yargılamaya ara verilmesinin yaratacağı belirsizlik benimsemek, adli hatalara tevessül önlenmiştir.

Başkasından nakledilen tanık anlatımlarına karşı mesafe koyan Mahkeme, bu duyarlılığını dolaylı anlatımların test edilme olanağının bulunmaması veya kısıtlı olmasının yaratacağı dezavantajı önleme kaygısına yaslar. Her şeye rağmen mahkeme böyle bir delilin kullanılmasını yasaklamaktan prensip olarak imtina eder. Mahkeme, maddi gerçeği bulma arzusu ile deontolojiyle uyumlu eyleme arasındaki çelişki yahut yarış her daim ya da kural olarak deontolojik ilkelerin yararına yönetmeyi tercih eder. Bunu hemen her kararında da dile getirmeyi ihmal etmez. Özellikle kanıtların kabul edilebilirliği mevzubahis

[155] 8945/80 Almanya;13 Aralık 1983, 39 D.R.,43; Reid, 2000,101

[156] 20341/92 Hollanda, (Dec.),6 Ocak 1993,74, D.R.,241; Reid, 2000,102

[157] Bir tanığın duruşmaya çıkmadan sadece yazılı ifadesinin delil olarak kabul edilmesi ile yetinilmesi, savunmanın tanığın inanılırlığını test etmek ve düşmanca davranıp davranmadığını ortaya koymak için çapraz sorgulama imkânının ortadan kaldırdığı gibi, gerçeğin tam olarak ortaya çıkması için başka bazı ifadelerin alınmasını sağlama ve kendi lehine olan bazı unsurları ileri sürme imkânlarını da ortadan kaldırmaktadır. Kastovski v. Netherlands; İnceoğlu, 2002, 288

olduğunda çelişmeli yargı ilkesinin ihlaliyle meydana gelen ve eşitlik ilkesini riske eden dezavantajların zarar ve şerrinden yanları koruma konusundaki hassasiyet, mahkemeyi burada da dikkatli olmaya sevk eder. Bu dikkat, gerçekliği ve doğruluğu test edilemeyen bir kanıt/tanığın sisteme sızarak hüküm üzerinde egemenlik kurmasını önlemektedir.

**5.7. Kostovski v. Netherlands; Doorson v Netherlands: Gizli Tanıkların Savunma, Yargı ve Hüküm Üzerindeki Baskısı, Dengeleyici usullerle Giderilmelidir:**

Mahkeme kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerinin kullanıldığı davalarda dengeleyici başka usullerin kullanılıp kullanılmadığının da önem kazanacağını içtihat eder. Kostovski kararında tanığı sorgu yargıcına ifade vermesi ile yetinmeyen mahkeme, Doorson-Hollanda kararında kimliği belirsiz tanıkların yargıç tarafından başvuruçunun müdafii huzurunda sorgulanmasını dengeleyici bir çözüm olarak kabul etmiştir.<sup>[158]</sup> Bu oldukça isabetli bir yaklaşımdır, örgütlerin misilleme yapma olasılığı ya da tanıkların güvenliğinin sağlanması ile gerçeğin açığa çıkarılması arasındaki krizin savunma için bir dezavantaja dönüşmemesi, ilave bazı koruma önlemlerinin varlığını zorunlu kılar. Bu, kabul edilebilirlik testinin görünen adaletin tahakkuku için gözetmesi gereken bir olgudur. Dolayısıyla esasa müessir olmakla birlikte, kural olarak<sup>[159]</sup> çapraz sorgu veya çelişmeli yargı ilkesi ile gerçek ve doğruluğu sınanmamış ve yaratacağı dezavantaj dengeleyici güvencelerle giderilmemiş bir delilin kabul edilmesi, hükmü belirleyen olarak addedilmesi bir ihlal nedenidir.<sup>[160]</sup>

**5.8. H.K. v. Netherlands; Asch/Avusturya: Delilin Yegâne Olmaması Sınanma Testle Temin Edilme İhtiyacını İstisnai Olarak Bertaraf Edebilir:**

Mahkemenin muhtelif içtihatlarıyla gerçeğin açığa çıkarılması ile tanıkların güvenliği, beyanların gerçek ve doğruluğunu sınamaya yarayan araçlar arasındaki krizi çoğu kez çelişmeli yargı ilkesinin yararlarından yana çözümlerle aşmayı tercih etmektedir. Tanığın biricik olması halinde testin gerekliliğini öne

[158] Doorson v. Netherlands; İnceoğlu, 2002, 289

[159] İstisnai olarak H.K. v. Netherlands davasında Komisyon delilin yegâne olmamasının, testle temin edilmek istenen amacı bertaraf ettiği kanaatiyle ihlal iddiasını reddetmiştir. İnceoğlu, 2002, 290 Asch/ Avusturya davasında da Mahkeme, tanıklıktan çekinen tanığın, polisteki ifadesinin biricik belirleyen olmaması nedeniyle ihlal oluşmadığına karar verir. İnceoğlu, 2002,290

[160] C.M. Chinkin, a.g.m., s.77; İnceoğlu, 2002, 290

çıkaran tavizsiz yaklaşımın, birden fazla delil bulunması halinde mahkemenin test koşulundan ödün verdiğine tanıklık ediyoruz.<sup>[161]</sup>

Mahkeme, hükmün zora dayalı ifadelere istinaden oluşturulduğuna ilişkin iddialara soğuk yaklaşımını sürdürerek, bunun yerel otoritelerin delillerin değerlendirilmesi yetkisi dâhilinde olduğunu belirtir. Ancak bu şekildeki iddiaların, delillerin sınanmasına olanak veren usulün izlenmesi koşuluyla sorun olmaktan çıkacağını ifade eder.

### ***5.9. 9370/81Jürinin Yokluğunda Yapılan Yargılamanın Jürinin Onayına Sunulması Test İhtiyacını Giderir:***

Bu bağlamda jürinin yokluğunda yapılan bir yargılama sonucunun jürinin onayına sunulmuş olmasının<sup>[162]</sup> deliller üzerindeki kuşkuvarı dağıtan bir usuli güvence olarak addederek, görünen adaletin endişelerinin anılan yöntemle aşıldığını belirtir. Mahkeme böyle bir ihtimalde testin nasıl ve ne şekilde yapılacağını yerel yöntem ve otoritelerin takdirine bırakır. Gözetilmesi gereken baskı, zor ve şiddet ya da benzeri iradeyi tahrif eden etkilerin varlığını sinayacak bir yöntemin tercih edilerek, delillerin güvenilirliğinin sınanmış olmasıdır. Testten kaçınma, delili adil yargılanma açısından ve sonuçtan bağımsız olarak bir ihlal nedeni olarak kabul eder.

### ***5.10. 12505/86: Yasa Dışı Delilin Akıbeti:***

Yasa dışı deliller kural olarak hepten ve doğrudan dışlanmamaktadır. Delilin yargılamada oynadığı rol ve elde edilmiş biçimi ile hüküm üzerindeki etkisi gözetilerek değeri belirlenmektedir.<sup>[163]</sup> Bu bağlamda hükmün tamamen ve temelde bu hükme dayanmamış, dayansa bile hükme karşı konulmasını sağlayacak tersine bir dava açma olanağının bulunması<sup>[164]</sup>, delilin yasa dışı elde edilmesinden neşet eden riskler tolare edilmektedir. Schenk v. İsviçre davasında yasa dışı delilin bu özelliği otomatik red nedeni olmaktan çıkarılmıştır. Mahkeme delilin test edilebilirlik koşullarına sahip olmasından başka, elde edildiği koşullar hakkında başvurunun yeteri malumata sahip olması ve yegâne olmaması gibi gerekçelerin delilin adil yargılanma hakkını çiğneme potansiyelini bertaraf ettiğini içtihat etmiştir.<sup>[165]</sup> Mahkeme bu temel çıkarışlarıyla delillerin değerlendirilmesi konusunu ilgi alanı dışında tutmayı sürdürmekle birlikte, bir delilin salt yasa dışı yollarla elde edilmiş olmasından hareketle, görünen

[161] İnceoğlu, 2002, 293

[162] 9370/81, B.K.,13 Ekim 1983,35 D.R.,75; Reid, 2000, 103

[163] 12505/86; Reid, 2000,104

[164] 12505/86; Reid, 2000,104

[165] Reid, 2000,104

adaletin ihlal edildiğini ifade etmekten sakınmaktadır. Anılan kabulde, yasadik delille gerçeğe erişme arasındaki çelişki araya alınan sınavıcı argümanlarla kabul edilebilir bir çözüme dönüştürülmektedir. Burada da delilin tartışılma, sınavma ve çürütülme imkanının mevcudiyeti başat red nedeni olmakla birlikte, başkaca argüman ve materyallerin mevcudiyeti Sözleşme'ye uygunluğu sağlayan diğerk parametre olmuştur.

### **5.11. H. v./Fransa: Tıbbi Bilirkişi Atanmaması Görünen Adaleti Zedeler:**

Mahkeme'nin tanık dinletme isteğinin kabul edilebilirliğine olan ilgisi oldukça sınırlıdır. Mahkemenin müdahillliği hakkaniyete aykırılık iddiası ile start alır. Bu bağlamda, tıbbi bir konuda bilirkişi atanmamasını mahkeme eleştirmekle birlikte ihlal nedeni olarak addetmemiştir. Mahkemeye göre, Conseil d'Etat, başvuruçunun hastanede kaldığı dönem ve kendisine yapılan iğnenin etkileri konusunda tarafların sunduğu belge ve iddialara sahiptir. Mahkeme olaydan 13 yıl sonra ve tedavinin niteliğini öğrenmeden 3 yıla yakın bir süre sonra hukuki yardım için başvurulmasını geçerli bir nedene dayalı olarak açıklanamamasını dikkate değer bulmuştur.<sup>[166]</sup>

### **5.12. Vidal v. /Belgium: Tanık Dinletme İsteğinin Reddi Sorun Yaradır:**

Mahkeme, tanık dinletme isteğinin gerekçesiz-sıfır gerekçe ile reddedilmesini 6. madde bağlamında sorunlu bulmuştur.<sup>[167] [168]</sup>

## **6. Strasbourg Delil Sistemi:**

Strasbourg Delil Sistemi, yerel standartlardan özerk bir kanıtlamaya ve ikna etme yeterliliği ve yeteneğine uygun bir argümantasyon ve temellendirmeyi gerçekleştirmeye özgülünen özerk bir standardizasyondur. Onu diğerklerinden ayıran özelliği, Sözleşmenin ihtiyaç duyduğu bir delil sistemi oluşturarak, sözleşmeyle korumaya alınan haklara yönelik eylemlerle ilgili uyumsuzluklarda ispat yöntemi, külfeti, araçları ile bu araçların yeterliliği ve hukukiliğini sınamaya yarayan ve burada durarak ihlal kararlarını değerlendiren okuyan bir düzenek inşa etmesidir.

Çalışmamız, bu delil sistemi ile yerel delil sistemi arasındaki kod farkını belirlemek, olası bir anestezik malpraktis sonucu meydana gelen yaşam kaybında, sorumlular hakkında etkin bir soruşturma açılabilmesi, bu soruşturmada rol ve

[166] H. V./ France; İnceoğlu, 2002,304

[167] Vidal v. Belgium; İnceoğlu, 2002, 304

[168] Hilmi Şeker; Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe; Beta, İstanbul, Mart 2010, s.70, 817

işlev üstlenecek delillerin dikkate alınıp değerlendirilmesi için taşıması gereken optimum özelliklerle, kalite ve kantitesini saptamak, iç hukukta bu anlamda neyin delil olarak addedilmesi gerektiğini, Avrupa delil sisteminin parametreleri üzerinden tanımlamak, lokal ve likit hale getirmek, iki delil sistemini bu açıdan karşılaştırmak, iç hukuktaki soruşturmanın yaşam hakkı tarafından mahkûmiyetini önlemektir. Aklanma ve mahkûmiyetlerin delil sisteminin yarattığı komplikasyondan ötürü atideki anlamını yitirmenin yarattığı riskle genel, anestezi ve tıp hukukunu çalışma alanı olarak belirleyen okuyucuyu tanıştırmaktır.

Mahkeme deneyimleri, yaşam hakkının tıbbi malpraktislerle ihlal edilmesini ikinci maddenin, ilgi alanında ya da koruyucu şemsiyesi altında olduğunu benimsemektedir. Hakkını öldürmeme ve yaşatma konusundaki direnç ve ısrarının alanını giderek genişletmesi ve derinleştirilmesi anestezi girişimlerle yaşamını yitirenlerin de güvencesine dönüşmüştür.

Bu güvencenin teorik olmaktan çıkıp eylemleri bir korumaya dönüşmesi için yasama etkinliğinden, idari tedbirler, donanım, eğitim ve etkili ve verimli bir uygulama paradigmasına bağlıdır. Efektif soruşturma bu bağlamda yasal düzenlemelerden başlayarak etkin bir uygulama iradesine değin oldukça çeşitli ve zengin bir sorumluluk gerektirmektedir. Etkin soruşturmanın hukuki boyutunu oluşturan ve anestezi malpraktislerden neşet eden ölümlerle suçlanan hekimler aleyhine başlatılan soruşturma süreçlerinde, delil ve kanıtların değerlendirilmesi oldukça yaşamsal bir rol ve işlev üstlenir.

Dolayısıyla çalışmamız, etkin bir soruşturmaya refakat edecek delillerin ne veya neler olabileceğini, delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde meydana gelen bir kırılmanın gerçeklik yargısı üzerinden yaşam hakkı ile nasıl bir krize neden olacağını tartışılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda meydana gelen sorunları optimum, rasyonel ve sağlıklı çözümlerle gidermek, delil sisteminin iliklerine değin tanınması sisteme nüfuz edilmesini zorunlu kılar.

Bu bağlamda, yaşam hakkının ihlal edilmesi ile ilgili olarak yapılan ihlal başvurularında, kural olarak ölümün devletin egemenliği altındaki ajanların eylem ve işlemlerinden neşet etmediğini, ölümün önlenmesi için objektif önlemlerin alındığını ispatlama yükümlülüğü devlete aittir. Devlet bu durumda sorumlu tutulamaması için kurtuluş beyinnesi altında olduğu kabul edilmektedir. İspat külfeti altındaki devletin, ölümün oluş koşulları ile şekli konusunda kendisine sorulan sorulara makul ve açık yanıtlar vermekten kaçınması, mahkemenin yerinde kanıtlarla temas kurmasına onay vermemesi karineyi devlet aleyhine güçlendirerek pekiştirir. Bu devlet üzerindeki ispat yükünün ağırlaştığına, koyulaştığına, yoğunlaştığına delalet eder.

Ölümün hastanede ve anestezi altında veya uzantısı bölümlerde meydana gelmiş olması, tıpkı gözaltındaki ölümlerde olduğu gibi devlet burada ölümün gerçekleştiği şartlarla, ölümün meydana gelme biçimi konusunda meşru, makul

ve inandırıcı açıklama yapmak, ölüm ile arasında anestezi uzmanları üzerinden kurulan illiyet bağınyı zayıflatmak, koparmak ve etkisiz hale getirmekle ödevlidir.

Bu konudaki en küçük bir kuşku, eylem ile ölüm arasındaki bağınyı kuvvetine karine oluşturur ve bu karine çürütülmediğı için anestezik girişimler sonucu meydana gelen ölümden devlet, yaşam hakkının negatif boyutunu ihlal ettiğı için sorumlu olacaktır.

Devletin sorumluluğunu bertaraf etmesi, yaşam hakkı tehlikeye atılan bireyin veya ölenin ardıllarının savunmaya ait deliller çürütme stratejisi konusunda mahkeme iç hukukun delil anlayışından veya delil kavramından tamamen özerk bir delil anlayışına sahiptir. Özerk kavramlar doktrini üzerinden geliştirdiğı yöntemlerle, Strasbourg yargısı yerel hukukun delil anlayışından bağımsız ve nevi şahsına münhasır bir yaklaşıma sahip olduğunu her fırsatta ilan etmektedir.

Mahkeme kendisini aşacak şekilde gerçeğın açığa çıkarılması ve sorumluluğın tayini için kadim ilke ve öncüller üzerinden bir delil tanımı ve delil adaletine erişme çabası içindedir. Dolayısıyla bu konuda yerel hukuk ve lokal tecrübelerle yollarını kati olarak ayırdığını ifade edebiliriz.

Özellikle olgularla bağılı olması ve hükümlerle bağılı olmaması bu tezi destekleyen bir diğery parametredir. Buradan hareketle olguların ispatında kullanılan delillerin, mahkeme tarafından dikkate alınacağı manasına gelir. Buradaki bağlayıcılık olgu ile sınırlı olup, mahkeme hükmü bağlayıcılık sınırının dışında kalmaktadır. Olgunun bağlayıcılığı kural olmakla birlikte, bu olguyu hükümden düşüren delillerin ortaya çıkması koşuluyla, olgusal bağlayıcılık hükmünü yitirir.

AİHM yerel mahkeme hükmü ve onun dayanağı delillerle bağılı değildir. Onun olası bir kuşkuyu bertaraf etmek ve sözleşme ile güvenceye alınan yaşam hakkının suçlanan devlet tarafından yeterince korunup korunmadığına ilişkin şüpheleri yerinde yapacağı gözlem, keşif veya tanık dinleme gibi delillerle doğrudan ve mahallinde temas kurma yetkisine sahiptir. Bu yargı yetkisinin paylaşılması değil sözleşme ile kendisine verilen anlaşma çerçevesindeki bir takdirin kullanılmasıdır.

Bu sistemin Sözleşme yargıçlarına verdiği kendiliğinden delil toplama ve değerlendirme yetkisidir. Bu yetkinin ülkemizin şikâyetli olduğu bazı davalarda kullanıldığını biliyoruz.

Bu bağlamda AİHM delillerin serbestçe toplanması ve kendiliğinden delil toplama konusunda oldukça cömert davranarak, gerçeğın açığa çıkarılması için mahkemenin nicel ve nitel açıdan birçok delile doğrudan kendiliğinden erişmesine bu konuda taraflara bağılı kalmama yetkisine sahiptir. Bu yetki, Mahkeme'ye yerel mercilerden daha çok olanak ve kolaylık tanımaktadır.

Mahkeme yaşam hakkına yönelik ihlal iddialarında iki tür delile yaslanarak araştırma yapmaktadır. Bu onun deliller konusundaki kategorik yaklaşımını dile getirir. Bu bağlamda içinde anestezik Malpraktislerin de olduğu tıbbi



hatalardan kaynaklanan hak ihlallerinde delilleri tıbbi ve resmi delil olarak ikiye ayırmak mümkündür.

### 7. Genel Olarak Delil:

Delil: yargılanan olgunun gerçek ve doğruluğunu teste yarayan malzeme, nesne, beyan veya argüman olarak tanımlanabilir. Veya olumlu veya olumsuz bir şüpheyi aşmaya yarayan malzeme olarak da ifade edilebilir. Birçok yerden veya geliştirilen özellik üzerinden kanıt tanımı yapmak olasıdır. Bu olanak bizi oldukça geniş bir tanımlar portföyü ile buluşturabilir. Ancak konumuz okuyucuyu optimum veya kabul edilebilir bir delil tanımı üzerinden hedef kanıt niteliğindeki anestezi kayıtları buluşturmak, genel tanımlarla özel kanıt türü hakkında okuyucuya en az bilgiyi tedarik etmektir.

Delilin ispata elverişli olması ya da tartışılan olgularla eşleşme yeteneğine sahip olması gereklidir. Antik Yunandan bu yana delillerin doğrudan gerçeği kanıtlamaya veya şüpheyi aşmalarına izin verilmemiştir. <sup>[169][170]</sup>

Gerçeği manüple etme yeteneğine sahip potansiyellerin ayıklanması, gerçek ve doğruya hizmet etmeyen ya da oldukça kifayetsiz kanıtların sağlıklı ölçütler üzerinden elimine edilmesi hukuk sistemlerinin ortak kaygısı ve ideali olagelmıştır.

Delillerin kabul edilebilirliği kurumu, Strasbourg Delil Sistemi (SDS) tarafından da bir çok argüman veya deneyim üzerinden formüle ettiği özü itibarıyla yasak, kirli, zehirli kaynaktan neşet eden hükmü beslemek yerine tahrif eden ve zehirleyen delilleri ayıklamaya yarayan bir kurumsal yapıdır. Delillerin kabul edilebilirliği kurumunun mazisinin oldukça eskilere dayandığına delalet eder. Aktüel delil anlayışı bu yaklaşımın izlerini genlerinde saklayarak en nihayet bir delilin hükmü biçimlendirebilmesi için, onun nereden nasıl elde edildiğinden başka onun kaliteli olup olmadığı hükmü egemenliğine almada bir ağırlığa kantiteye sahip olmaklığı da önemsenmektedir. Özellikle 2005 tarihli CMK<sup>[171]</sup> ve dumanı tüten HMK'nın<sup>[172]</sup> birçok hükmü doğrudan veya dolaylı olarak standartlarla bağdaşmaz ve sistemle inatlaşan delillerin tartışma dışı bırakılması konusunda saltık bir söyleme sahiptir. Bu bakımdan genelde tıbbi özelde

[169] Aristoteles; Retorik, Çev. Mehmet H. Doğan, YKY, 8.Baskı, Nisan 2006, İstanbul

[170] Hilmi Şeker; İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/Yozlaşan Gereğe (Ethical Relationship Ignoring Release Of Debt); TBB, Eylül-Ekim 2013, Yıl 26, S.108, 291-348

[171] CMK 148,206-217 maddeleri genel olarak bir delilin kabul edilebilirliğine ilişkin testin ve diyalektiğin nasıl işleyeceğine ilişkin usul ve esaslara yoğunlaşarak, yasak yöntemlerle elde edilen delilin sisteme sızmasını önlemeye odaklanır.

[172] HMK 189 madde meşru kaynaktan neşet etmeyen delillerin ayıklanmasına adanmış özel bir düzenlemedir.

anestezik argüman veya onun varyantı niteliğindeki anestezik kayıtların da bu nitelik, özellik, kalite ve kantite testini başarıyla aşması zorunludur.

Çalışmamızın ilk bölümü temelde bu sistemi yaşam hakkı üzerinden okumaya çalışarak okuyucu ile buluşturdu. Bu buluşma esasında ikinci bölümde büyüteç altına alınan yerel tıbbi delil sisteminin kabul edilebilirliği ile ilgili olası sorunları aşmada bir referans olarak değerlendirilmesini sağlamaktır. İç hukuktaki delil sisteminin hüküm ve başvuru üzerinden sarsılma olasılığı, delillerle bağlı olmama serbest delil ve kendiliğinden delil elde etme, hukukun kadim ilkeleri ile evrensel prensiplere her daim başvurma özgürlüğü, yerel tıbbi delil pratiğinin etrafını gözlemlemesini olup bitenler hakkında asgari bilgilenmeyi zorunlu kılmaktadır.

### **7.1. Tıbbi delil:**

Tıbbi delil, yukarıdaki pasajda asgari ve temel özellikleri betimlenen malzeme, argüman veya nesnenin tıbbi uyumsuzluklardaki versiyon veya soydasından başkası değildir. Tıbbi delil, teknik bir ifade ile tıbbi uyumsuzluk veya olguların aşılmasına doğrudan veya dolaylı olarak katkı sağlayan dayanaklar olarak betimlenebilir. Daha somut bir ifade ile tıbbi girişim öncesi sonrası ve sırasında meydana gelen, belirlenen her olgu tıbbi delile kaynaklık eder. Dolayısıyla tıbbi kanıt, tıbbi uyumsuzluklarla sınırlı, onlarla ilgili uyumsuzlukların ispatına özgülenmiş özellikli delil ya da genel ve özel ceza hukukunun suç olarak tanımladığı eylemlerle ilgili kuşkuları aşmaya yarayan özel argümanlar olarak betimlenebilir.

Tıbbi delil, yineleme gerekirse, AİHM' in tıbbi malpraktisler sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralamalarda değerlendirmeye esas aldığı delil kategorisinin başat olanıdır. Bu özelliğinden ötürü sıradan veya öylesine bir delil sınıfı olarak tanımlanması mümkün değildir. Taşıdığı misyon ve taşıdığı hukuki prestij bu delillerin yaşam hakkını konu edinen uyumsuzlukları ilgi alanı olarak seçen pratisyenlerle uzmanların dikkate almalarını gerektirmektedir.

Medikal kanıtı genel olarak: yasaların teşhis, tedavi, öncü ve uzantıları girişimleri içeren sürecin sevk, idare ve denetlenmesine olanak ve kolaylık tanıyan bilgi ve belgeler olarak tanımlamak olanaklıdır. Bu bağlamda tıbbi delillerle tıbbi bilgi ve belgelerin özdeşleşmekle birlikte, tıbbi kanıtları da kapsayacak genişlikte ve kapsayıcılıkta olduğunu söylemek mümkündür. O halde tıbbi kanıt, yaşam hakkı ihlal edilen kişinin girişim öncesinden ölümüne değin, tıbbi kurumda kendisine yapılan tüm girişimlere tanıklık eden sevk ve idareyi izlemeye ve denetlemeye imkân veren tüm belgelerle bilgiler olarak tanımlamak olasıdır.

Tıbbi girişimlerin farklılığı, delil olarak kullanılacak bilgiyi de farklılaştıracaktır. O halde ölümü meydana getiren girişimin niteliği ile tıbbi veriler arasında bu bağlamda bir ilişki mevcuttur. İnceleme konumuz açısından tıbbi

delil: anestezi girişimi a'dan z'ye izlemeye ve denetlemeye imkân veren pozitif hukuk, öncüller, kadim tıp ve deontoloji tarafından tutulması buyurulan, önerilen ölümün koşullarıyla şekli konusunda gerçeğin açığa çıkmasına katkı sunan kabul edilebilir argümanların bütünü olarak tanımlanabilir.

Tıbbi deliller olası bir ölüm halinde AİHM' in dikkate aldığı ve değerlendirdiği ilk delil setidir. Mahkeme evvel emirde tıbbi delil olarak nitelediği bu argümanların meşru olanlarına yaslanarak devlet ile sözleşme arasında yaşam hakkı üzerinden meydana gelen krizi idare edecektir. Elimizde tıbbi delilin ne olduğunu tanımlayan veya betimleyen bir deneyimin bulunmaması bizi yerel tıbbi delilin ne olduğunu tanımlama ve betimlemeye zorlar. Bu konuda mahkemenin kısıtlayıcı bir değerlendirmesine tanık olmamakla birlikte, bu konuda kesin bir ifade ve değerlendirmede bulunabilmek için, onun adil yargılanma hakkının delillerin kabul edilebilirliği konusundaki görüşlerinden yararlanmak mümkündür. Bu bağlamda 6. maddenin bu boyutunun, 2. madde tarafından ithal edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı gibi AİHM' in sözleşmeyi bir bütün olarak yorumlama ve korumasına dair deneyim ve özlemi bu tür ithal ve borçlanmalara cevaz vermektedir.

Ancak bu ithal bize tıbbi delil tanımı yapmaya yardımcı olmak yerine, devletin ispat yükünü yerine getirirken sunduğu delillerin kabul edilebilirliği için taşıması gereken özelliklerin belirlenmesinde yardımcı olacaktır. Dolayısıyla tıbbi delil kavramını iç hukukun verileri üzerinden hareketle ete ve kemiğe bürümek bu alışmanın ilk görevlerinden biri olacaktır.

Tıbbi delilin Sözleşme için taşıdığı önem gözetilerek bu delillerin kapsamı tayin edilecek öteki deyişle tıbbi mevzuatla yargılama usullerinin delil kavramı arasındaki ilişki korunarak, anestezi girişimlerde neyin delil olduğu tek tek ortaya konulacak, betimlenerek okuyucu kitlesinin bu delilleri kolaylıkla tanıma ve teşhisine imkân verilecektir. Sonrasında ise bu anestezi delillerin kabul edilebilmesi yani Mahkeme tarafından dikkate alınıp değerlendirilmesi için taşıması gereken diğer özellikleri saptanacaktır.

### **7.2. Anestezi Delil: Anestezi Girişimler de tıbbi deliller:**

Anestezi girişimlere hazırlık aşamasından, operasyon öncesi, operasyon sırası ve sonrasında veya anestezi girişimine tabi tutulan hastanın servisten alınmasından, anestezi girişiminin sonlanmasına değin geçen periyotta, hastaya yapılan tıbbi işlemlerin kanıtlamaya yarayan tedavi takip ve denetleme amacıyla tutulan tüm bilgi ve belgeler olarak sınırlamak ve belirlemek mümkündür.

Tıbbi belge ve bilgiler; pozitif hukukun tutulmasını istediği belgelerle ve zorunlu olmamakla birlikte, hekimin olası bir komplikasyon veya beklenmeyen bir riski bertaraf etmek, hasta hekim arasında girişim boyunca meydana gelen ve kayıt altına alınması gereken bir olguyu kayıtlamaya özgülenen geniş bir

portföye sahip dokümanlardan oluştuğunu belirtebiliriz. Buradan bakıldığında tıbbi dokümantasyonun çok amaca özgülendiği, dolayısıyla anılan kayıtları yanlardan ziyade tıbbın ihtiyaçları tarafından tespit edildiği tartışmasızdır.

### **7.3. Tıbbi Delil Olarak Anestezik Kayıt:**

ÖHY(Özel Hastaneler Yönetmeliği) tıbbi kaydın ne olduğunu onları saymak suretiyle belirlemiştir. Buradan bakıldığında yönetmeliğin bir tanım yapmak yerine tıbbi kayıtları sayarak, kavramsallaştırma ve tanım işini tasavvurlara bıraktığını belirtebiliriz.

Bu bağlamda; özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş, her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması mecburidir demek suretiyle ayrıntıdan uzak ve somutlaştırılmaya elverişli oldukça geniş bir alanda bir çok kaydı kapsamına alan bir betimleme yaptığı görülmektedir.

Bu betimleme anestezik girişim öncesinden sonrasına değin geçen süre içinde, hastanın hayatta kalması ve sağaltılması için anestezik açıdan yapılan her işlem, ölçümleme ve değerlendirme sonuçlarını gösteren yazılı veya dijital tüm kayıtların anestezik kayıtlar olarak tanımlanması mümkündür.

Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği'nin 71 maddesi hasta dosyasını tıbbi gözlem muayene kâğıdı (Ek 11Form 62) derece kâğıdı ve hasta tabelası(Ek 1 Form)(ilaç ve iyeş tabelası) olmak üzere üçe ayırır. Temel done ve verilerin bu form ve kağıtlardan oluştuğunu belirtir. Akabinde diğer kliniklerin ihtiyaçlarını karşılar nitelikteki belge ve formların bunlara ilave edilebileceğine onay vererek, her klinik veya bölümün gereksiniminin kayıtları belirlemesine fırsat verilmektedir. Bu bize anestezik kayıtların, yine buradan hareketle anestezik girişim ve işlemlerin özellikleri ve ihtiyaçları doğrultusunda tayin edileceğini gösterir.

Bu ipucu bize Sağlık Bakanlığının izniyle anestezi polikliniğinin, ihtiyaçları üzerinden anestezik kayıtları tanımlamaları ve bu ihtiyacı karşılayan formların oluşturulmasının mümkün olduğunu göstermektedir.

Hastanın anestezik girişim boyunca izlenmesinde gözetilecek standardın hastahane tarafından oluşturulması mümkün olabileceği gibi sivil toplum kuruluşu ve anestezi derneklerinin oluşturdukları monitörizasyon standartları referans alınması mümkündür. Yatay bantta konuşlanan uluslararası sağlık kuruluşlarının deontolojik kaygıları öne alan yaklaşımlarının izdüşümü niteliğindeki standartlarının da anestezik monitörizasyonda önemli ağırlıklı bir hisseye sahip olduğu tartışmasızdır. Standartların çok işlevli özellikleri, onları sadece denetim ve işleyişi sağlar olmaktan çıkarmakta, sağlık sektörü ile insan ilişkisine egemen kurallar haline de getirmektedir. Bu bağlamda birincil kaynağın, Yönetmeliğin

71. maddesinin direktifleri ile oluşturulan ve kendisini monitörizasyon standardı olarak karakterize eden kayıt formları olduğunu belirtebiliriz.

Anestezi ve yoğun bakım ünitelerinin ihtiyaçları doğrultusunda teşhis, tanı, girişim, işlem ve değerlendirmeyi disipline etmek ve belli bir sıra içinde güvenli şekilde yürütülmesi için oluşturdukları işleyiş şemaları ile uzantıları formların, anestezi kayıtların birincil kaynakları olduğunu belirtmek mümkündür.

Bu kayıtlardan ilki anestezi girişim işleri şeması diğeri ise yoğun bakım üniteleri işleyiş prosedürüdür. Bu iki şema eş zamanlı olarak bize anestezi kayıtlarla monitörizasyon standardı hakkında en az bilgiyi vermektedirler.

#### **7.4. Tarih/Tanım: Hukuki Altsoy/Tıbbi Delil Türevi/Özgün Kanıt:**

Anestezi kayıtların tarihi bundan 120 yıl evvel iki tıp öğrencisinin el yazısıyla tuttıkları birkaç çeşit ölçümle başlar ve bu çaba giderek ivme kazanır. 80'li yılların başında da bilgisayar teknolojisinin desteğini alarak, tıp ilk dijital kayıtlarla buluşur.<sup>[173]</sup> Medikal amaçlarla yaşama başlayan tıbbi kayıtlar, o günden bu güne değin kayıtlama giderek işlev, rol ve özelliklerini geliştirerek varlığını konsolide eder.

Bu başlıkta anestezi girişimin hikâyesini baştan sona değin kayıtlamayı hedefleyen anestezi deliller/belgelerin neler olduğunun özellikle kaynaklarına yaslanarak okuyucu ile paylaşılacaktır. Ancak buna başlamadan evvel bu delillerin veya dokümanların hangi amaca özgülendiği konusunda bir ön bilgi vermenin, belge tanziminin önemini ve tutulmasındaki özenin sebeplerini izahı kolaylaştıracağını düşünüyoruz.

Kaydın özgülleme amacıyla anestezi delil arasında yoğun ve doğrudan bir ilişki mevcuttur. Bu bağlamda her ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlama eş zamanlı olarak ihtiyaçlar ölçüsünde tıbbi/adli delildir. Dolayısıyla anestezi hekiminin belge tanzim yükümlülüğü ile anestezi deliller arasındaki ilişkiyi buradan okuyarak ilişkinin etki ve sonuçlarını belirlemesi anlamlı olacaktır.

Konumuz bakımından ilk sebep, devletin ispat külfeti çerçevesinde başvuruacağı ya da içtihatlar bağlamında ispatta ikna ve inandırıcılıkta tercih edilen ilk materyal olmalarıdır. AİHM' in devlet ve birey arasında meydana gelen yaşam hakkı ihlali uyuşmazlıklarında tıbbi delilleri başköşeye koyması ve buna itibar edeceğini söylemesi anestezi argümanların kayıt altına alınma ve özenli tutulma ve muhafazasının ilk nedeni ve pozitif dayanağıdır.

Sınırların ötesindeki ve berisindeki akademik çalışma, yargısal deneyimler, aşağı yukarı tıpta kayıt veya tıbbi girişimlerde hekimin kayıt tutma ödevinin yasal dayanağı, kapsamı, şekli, zamanı ve bu ödevle bağdaşmaz tutumların

[173] Raymer K.(2011) the Anesthetic Record:How Content and Design Influence Function In Anesthetic Practice and Beyond. J Anesthe Clinic Res 4:282

hukuk, tıp veya ikisinin kesiştiği alanda yaratacağı etki ve sonuçlar ve tıp alanında yaratacağı etki ve sonuçları lokal ve likit hale getirdiğini belirtebiliriz.

Bu bağlamda konumuzla ilgili işlevi dışında literatür ve yargı kararları kayıt ödevinin, pozitif hukuk açısından oldukça zengin bir kaynağa sahip olduğunu göstermektedir.<sup>[174]</sup> Bir görüş, dokümantasyon yükümlülüğünün teşhis ve tedaviye ilişkin bilgiler, izleme raporları, epikriz raporları, anamnez kayıtları ve laboratuvar bilgilerini kapsadığını öne sürmektedir.<sup>[175]</sup>

Kayıtlama her şeyden öte yazı toplumlarının hafızalarını yarına aktarma, bin bir güçlkle buldukları sağaltım yöntem ve çözümlerini yarına taşıma, kaybetmeme veya korumak amacıyla yaptıkları bir buluştur. Genel bu sebebin tıp ve hukuka ithali bize dokümantasyonun özel amaçları hakkında da yeter fikir vermektedir. Bu bağlamda; konumuzla bağını kurarak özgülenme amacını aşağıdaki şekilde sıralamak olasıdır.

### **7.5. Kayıtların İşlevi:**

#### **7.5.1. İspat Aracı Olma/Mediko-legal Fonksiyon:<sup>[176]</sup>**

İspat Vasıtası Olarak Kayıt: Hasta ile hekim arasında tedavi üzerinden gelişen uyumsuzluklarda bu bellek, krizin sağlıklı doneler üzerinden çözülmesine olanak tanıdığı için ihtilaf çözücü bir rol ve işlev üstlenmesi ilk amaç olarak öne çıkar.

Bir anestezik girişimin usulsüzlüğü veya hatalı olup olmadığının belirlenmesinde kural olarak anestezik kayıtların rolü paha biçilmez niteliktedir. Özellikle hukuk yargılamasında delillerin yanlarca gösterilmesi, sunulması, teşhis ve tanınmasına yarayacak optimum bilgiyi vermede yanların üstlendiği aktif rol kayıtların tutulması ve erişilir olmasını önemli kılmaktadır.

[174] 1219 sayılı tababet ve Şuabatı San'alarının İcrasına Dair Kanun'un 72, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi, Aile Hekimliği Kanun'unun 5/3 maddesi; Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 4/3-1 maddesi; Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 48. maddesi, 992 Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanuna Müteffari Olarak Tanzim Olunan Yönetmelik'in 16 maddesi; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 12/son maddesi; Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin 1. maddesi kayıt ödevini yükümlülük haline getiren yerel mevzuatlar olarak belirtilmektedir. Hakeri; 2013, 476-480

[175] Zeytin, s.141 vd.; Derya Keskinci-Kaptan; Hekimin Sorumluluğu Davalarında Objektif İspat Yükü; Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son gelişmeler, Roche, İstanbul, 2009, s.168

[176] Raymer K.(2011) the Anesthetic Record:How Content and Design Influence Function In Anesthetic Practice and Beyond. J Anesthe Clinic Res 4:282

### **7.5.2. Tedavi Güvenliğini ve Sürekliliğini Sağlama İşlevi:**

Tedavinin etkin verimli sağlanması, kesintisiz olarak idamesi ve “tedavi güvenliğini”<sup>[177]</sup> temin kayıtlamanın ikinci amacıdır. Bu amaç eş zamanlı olarak tedavinin yazgısını özne/hekimlerden bağımsız hale getirdiği ya da öznenen özerk olarak sevk ve idaresini sağladığı için kurumsal bir amaç olarak da betimlenebilir. Bu amaç girişim veya tedavi süresince hastaya tıbbi amaçlı olarak yapılan tüm müdahaleleri amaçla uyumlu olarak öğretmeye, denetlemeye ve idameye yönelir.

### **7.5.3. Özenli ve Dikkatli Olmaya İcbar İşlevi:**

Hekimin tedavi ile arasındaki bağı güçlendirmek, tedavi üzerindeki özen borcunu pekiştirmek, tedavinin yaratacağı etki ve sonuçlarla sorumluluk<sup>[178]</sup> arasındaki bağı muhafaza etmek dokümantasyonu gerekli kılan diğer hedefdir. Bu amaç, konumuz açısından yaşamsaldır. Devletin kontrolü altındaki bir hastanın yaşam hakkının nasıl ve ne şekilde korunduğunu günlük ve sürekli izlemeye olanak verecek olan, özen borcunu kayıtlayan bu anestezi girişim özetleri veya ayrıntılarıdır. Sorumluluk bilincinin bu evraklara belgelere yansıtılması ile bilginin hukuki argümana dönüşmesi safhasında yargıca beklenmediği kadar done ve malzeme sunacaktır.

### **7.5.4. Hakların Karşılıklı ve Etkin kullanılmasını Sağlama ve Kontrol İşlevi:**

Yanları<sup>[179]</sup>, üçüncü kişileri ve yasadan neşet eden otoriteleri bilgilendirme amacı, kayıtlar üzerinden hastanın kendi yazgısını belirleme ya da diğer hasta ve hekim haklarının kullanılabilmesi her şeyden evvel bu ilişkinin yazgısını belirleyen kayıtların varlığını gerektirir. Kayıtlar burada çok amaçlı ve çok işlevli bir rol üstlenir. Bilginin burada malumata dönüşmesi, hak sahiplerinin optimum bilgidен hareketle yaşamlarına, sağlıklarına ve geleceklerine yön verme haklarının etkin ve verimli olarak kullanılmasına olanak sağlayacaktır. Özellikle sır saklama görevi dışında kalan ve yasa tarafından güvenceye alınan hekim-hasta ve üçüncü kişiyi ilgilendiren hususlarda bu bilgilerin göreceli işlev ve rol oynadıkları bilinmektedir.

[177] I/U-Uhlenbruck/Schlund,§59, KN.5; Hakeri, 2013,480

[178] Kayıt tutmanın ikinci amacı, hekimin önleyici tedbirler, yürütülen tedavi ameliyatlar hususunda sorumluluğunu sağlamadır.; Hakeri, 2013, 481

[179] Kayıt tutma yükümlülüğünden biri de hastaya her an için kendisi ile ilgili yapılan teşhis ve tedavi işlemlerini bir başka hekimin kontrolünden geçirebilme imkanının tanınmasıdır.; Hakeri, 2013, 481

### 7.5.5. Pedagojik/Araştırmaya Kaynaklık İşlev:

Anestezik ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlamanın en önemli fonksiyonlarından biri de tıp eğitiminin paha biçilmez materyaline dönüşmesidir. Klinik deneyimlerin, anestezi eğitiminin önemli bir kaynağı olması, sahadan gelen ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlamayı, atideki uygulama için yaşamsal bir değer haline getirmektedir. İlk anestezik kayıtların iki tıp öğrencisi tarafından tutulması, bu kayıtların sadece tedaviyi gerçekleştirmek girişimin güvenliğini temin etmekle sınırlı olmadığını göstermektedir.

### 7.5.6. Etik İşlev:

Tıpta deontoloji birçok disiplinin etik değerler üzerinden ilişki kurması, geliştirmesi ve sonlandırması konusuna öncelik ve öncüllük etmiştir. Bu açıdan tıp etiğinin, etiklerin anası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Deontoloji, bir girişimin sonuçtan bağımsız olarak insani değerlere sadık şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği konusuyula ilgilendirir. Deontoloji bu açıdan girişimin sonucundan bağımsız parametrelerle çalışır sonucun başarılı ve mükemmel olması deontolojinin maksimum istekleri arasında değildir. Buradan hareketle diyebiliriz ki, etik kurallar insani değerler üzerinden insan yaşamının güvenceye alınmasını ilgi alanı olarak belirleyerek, insan yaşamının bu değerler ihlal edilerek kurtarılmasına etik bir değer atf etmekten kaçınmaktadır. Burada önemli olan insan yaşamının insani değerler referans alınarak kurtarılması, insana saygı ve sadakatle yaşam hakkının korunmasıdır.

Geldiğimiz noktada hasta hekim ilişkilerinin olası bir sapma yaşamaması veya insani değerleri tahrip etmemesi için deontoloji üzerine düşeni teorik açıdan yerine getirmektedir. Tıbbi girişimlere egemen olması gereken deontolojik ilkeler konusunda ciddi bir açıktan söz etmek mümkün değildir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, hekimin girişim tasarrufu hakkında hastaya optimum malumat vermesi konusunda sıkı bir söyleme sahiptir. Bu söylem, başta onam olmak üzere hastadan bağımsız ve isteği dışında beden ve ruh sağlığına müdahale edilmesini yasaklamaktadır. Dahası aralarında anestezi uzmanının da olduğu öznelere hastanın talebi halinde kendisini konu edinen girişim ve işlemler hakkında ayrıntılı, tam ve harekete geçirici bilgilerin verilmesini hakka dönüştürmektedir. Koşut bir emrin Hasta Hakları Yönetmeliğinde vücut bulması, hasta hekim ilişkisinde bilgilendirme kayıt teminini biri için hak diğeri için ise ödevi dönüştürmektedir. Bu ödevin bir başka türev tarafından desteklenmesi bilgilendirmeyi aktüel tıp uygulamalarının odağına yerleştirmekte, ödevi pekiştirmektedir.



Tıbbi etik, gerçeğe dayalı klinik bilgileri toplamak, ahlaki ikilemleri ve bu etik çatışmalara çözümler getirmek gibi olguları içerir.<sup>[180]</sup> Anestezik ölçüm, değerlendirme ve kayıtlamanın gerçek ve doğru olanı yansıtması etik ilişki değerlerinin bir başka görünüm biçimidir. Ahlaki ikilemlerin çözülebilmesi bu açıdan gerçek ve doğruyla özdeşleşen verilerin referansı olanıdır. Gerçek ve doğru, yöntemine uygun verilerle eylemek yasaların normlarla hekimlere yüklediği ödevdir. Bu ödev özü itibarıyla etik ilişki değerlerinin yasalara ithalinden başkası değildir. Hukukun etik, ahlak ve diğer toplumsal kaynaklardan beslenmesi, yasalarla hukukun insanı odak alan olanaklarını geliştiren çatalda buluşmalarını zorunlu kılmaktadır. Kanun, Kabul edilebilir davranış biçimlerinin sınırlarını belirle ve doktorların bu sınırlar içinde tıbbi etik sayesinde hareket ederler. Bu sınırların sorgulanması gerektiğinde, kanunla yönetilmeyen alanlarda kişisel kararlar almaları tıbbi etiğin sağladığı olanakla mümkün olmaktadır.<sup>[181]</sup> Bu saptama etik ile hukuk ilişkisini çarpıcı şekilde ortaya koyarak, hukukun hekime tanıdığı marj alanlarında, etiğin inisiyatif olarak anestezik eylem, işlem ve kararların aşkınlıklarını önleyeme çalışır. Buradan bakıldığında anestezi uzmanının ilkin hukuk, hukukun çekildiği alanlarda da etik ilke ve ilişkilerin önerileri ve buyrukları doğrultusunda eylemesi zorunlu hale gelmektedir. Anestezik ölçüm değerlendirme ve kayıt işlemi, hukukun kontrol altında tuttuğu bir tıbbi tasarruf olmaktan başka hukuktan özerk olarak etik değerlere sadık kalarak gerçekleştirilmesi gereken bir işlemdir.

Profesyonel yeterliliğe bağlılık ilkesi(mesleki liyakat) doktorlara hayat boyu öğrenmeyi ve kaliteli bakım için gerekli olan tıbbi bilgi, klinik ve takım becerilerini devam ettirmeyi salık vermektedir.<sup>[182]</sup> Hastalara karşı dürüstlük ilkesi ise, hastaların tedavinin seyri hakkında karar vermede söz sahibi olmalarını sağlamayı önermektedir.<sup>[183]</sup> Öte yandan kaliteli bakım ilkesi doktorlar sağlık hizmetinin kalitesinin artırılması için gereken gayreti artırmalarını, bu bağlamda sadece klinik yeterliliği sürdürmekle yetinmemeleri eş zamanlı olarak, tıbbi hataları azaltmak hasta güvenliğini artırmak, sağlık hizmeti kaynaklarının aşırı kullanımını azaltmak ve hizmetin verimini artırmaları gerektiğini de ifade etmektedir.<sup>[184]</sup>

[180] David B. Waisel ve Robert D. Truog “Anestezinin Etik ve Hukuksal Yönleri, Çev. Bahri Öztürk; Ronald D. Miller; Miller Anestezi, İzmir Güven Kitabevi, 2010, 6. Basıdan çeviri, İzmir, 2. Cilt, 89 Bölüm, s.3193

[181] Miller, 2010, 3193

[182] Miller, 2010, 3193

[183] Miller, 2010, 3193

[184] Miller, 2010, 3193

## 7.6. Kayıt Tutma Ödevinin Kapsamı:

### 7.6.1. Mevzuattan Kaynaklanan ve Anestezi Hekiminin Tutması Zorunlu Olan Bilgi ve Belgeler/Belge Düzenleme ve Koruma ve Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan Belgeler/İspat Vasıtaları:

Bu konuyu burada bırakıp belge yükümlülüğünün atisi için onun kapsamının yerel mevzuat, içtihatlarla akademik görüşler doğrultusunda belirlenmesinden başka sınırlarının çizilmesini zorunlu kılar. Bu zorunluluk, alt başlığın da göreceli konusunu belirlemekten başka belgenin amaç ve hedefleriyle uyumsuz aşkınlıklarını önlemek, başka amaçlara hizmet etmesini engellemek, kendi amaç ve hedeflerine odaklanmasını sağlamak son olarak, detayın esası peçelemesi gibi ciddi bir engelin bu hakkın içeriğini kemirecek bir riske dönüşmesini önlemektir.

Sıradan bir araştırma kayıt içeriğinin taşınması gereken en az bilginin ne olduğunu öğretmeye muktedirdir. Karşılaştırmalı tıp, bu bilgilerden kan basıncı, kalp hızı, periferik oksijen doygunluğu, bilinç düzeyi ve solunum sayısı gibi konuların ölçümlemeye konu çekirdek bilgi olarak kabul etmektedir. Özellikle zaman bazlı ölçümleme bu verilerin temini konusunda diğerlerine nazaran daha hassas davranarak bu husularda ölçümleme zamanının maksimum beş dakika ile sınırlanmaktadır.<sup>[185]</sup> Böylelikle, yaşamsal değerlerin gözetilmesi konusundaki duyarlılığından ödün vermemektedir. Bunun dışındaki ölçümlerinin zamanla tahdit edilmemekle birlikte makul sürelerle kontrol altında tutulması, hastanın spesifik durumu gözetilmek koşuluyla uzman anesteziistlerin takdir marjına terk etmektedir.

Yoğun Bakım İşleyiş Prosedürü baz alınarak geniş anlamda anestezi girişim öncesi, sırası ve sonrasında tutulması zorunlu kayıtlar veya bireyin yoğun bakıma güvenli olarak alınarak çıkışına kadar kendisine uygulanan işlemlerle muhataplar hakkında minimum bir bilgi edinmek mümkündür. Bu prosedür anestezi girişimlerde sapmaları önleme, hataları minimize etme ve süreci disipline ederek tıbbi hizmette bir standart oluşturmayı amaçlamaktadır. Sağlık bakanlığının verileri üzerinden oluşturulan kalite ve kantite yakalamaya çalışan bu prosese göre formlarla kayıtlanması gerekenler sırası ile şöyledir:

#### 7.6.1.1. Tali Formlar:

Tali formlar niteliği itibarıyla anestezi girişim öncesi, sırası ve sonrasında hastanın girişime hazırlanması, hazır tutulması ve nakledilmesi, hastanın teşhis ve tanısına olanak sağlayan verileri içeren kayıtlar olarak betimlenebilir. Bunların olası bir uyuşmazlıkta yoğun bakım veya ameliyat periyodunun sevk ve idaresini

[185] Beş dakikayı geçirmemek koşuluyla bu ölçümlemenin daha az periyotlarla ölçülmesi takdir marjı kapsamındadır.

sağlayan izlencenin bileşenleri olmaları, onları ceza ve hukuk yargılamasının önemli referansları haline getirmektedir.

#### **7.6.1.1.1. Hasta Teslim Formu:**

Hasta transferinde düzenlenmesi emredilen özünde anestezi hastasına ait spot bilgiler ihtiva eden bir form belgedir. Belge mahiyeti itibarıyla teslim anında hastanın genel durumu hasta ile birlikte taşınan ilaç ve medikal aparatları betimlemeye özgülenir. Merak ettiği yanıtlarla transferin bitiminden ve hastanın teslim alınmasından başlayarak hastanın atideki tedavi ve kendisine uygulanacak yoğun bakım işlemlerinin sürekliliğine yarayacak argümanların tespitini, değerlendirilerek kullanılmasını hedefler. Özellikle en son vital bulguları kan basıncı vücut ısısı nabız ve solunum gibi konumuz açısından yaşamsal ölçümlere yer vermesi onu önemli kılan önemli bir kayda dönüştürmektedir. Öte yandan, hastanın transfer öncesi ile sonrasından neşet eden ihtilaflarda sinesindeki bilgi ile bir önemli bir fonksiyonun taşıyıcısı olmaktadır.

#### **7.6.1.1.2. Hasta Eşya ve İlaç Teslim Formu:**

Bu form, hastanın doğru ve uygun koşullarda ya da protokollerle bağdaşır şekilde taşınıp taşınmadığı, yanında getirdiği ilaç ve medikal aletlerin ne olduğu konusundaki soruların yanıtını aramaya özgülenir. Öte yandan verdiği bilgilerle hastanın geçmiş ve gelecek tedavileri arasındaki ilişki kurmak bu bağ üzerinden gelecekteki tedavi süreçlerini değerlendirmeye katkı sağlar. Olası bir uyumsuzlukta sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir argümana dönüşme potansiyeli mevcuttur.

#### **7.6.1.1.3. Hemşirelik Süreci Hasta Tanılama Formu:**

Hastanın teşhis ve tanınmasına yarayan oldukça zengin parametreler üzerinden hastayı betimlemeye ve sunmaya odaklanan bir kayıtlama olduğu tartışmasızdır. Hastanın tıbbi hikâyesi ile tüm sistemleri hakkında ayrıntılı bir bilgilenmeyi hedefleyen bu form, yoğun bakım- anestezi girişim arasındaki ilişkiyi birçok parametre üzerinden kurmaya çalışmaktadır. Özellikle tıbbi malpraktislerde hastanın dün ile girişim arasındaki kopukluğun hangi doneler üzerinden nasıl ve ne şekilde cereyan ettiği, ne gibi özellikler geliştirdiğine ilişkin bu ve benzeri birçok sorunun yanıtını vermesi mümkündür.

#### **7.6.1.1.4. Bası Yararları Risk Tanılama (Braden Ölçeği):**

Hastayı çevreleyen riskler hakkında yoğun bakım öznelerini bilgilendiren bir başka kaynaktır. Riskleri, kapsamını, gücünü ve çeşitleri gibi bir çok done hakkında veri içeren bu form, hastanın dış etkilerden korunması için alınması

gereken özgün önlemler hakkında dikkati çeker. Hastanın düşmesini ve yaralanmasını önleyerek güvenli, etkin ve verimli şekilde tedavisinin devamını sağlamayı hedefler. Hareket yeteneğini geliştirme ve tedavi olanak ve kolaylığını artırma bu verilerin sağladığı lojistikle mümkündür.

#### **7.6.1.1.5. Hasta ve Hasta Yakını Eğitim Formu:**

Hastahane dışı koşullarda tedavinin sürekli, etkin ve doyurucu şekilde devamını temine matuf olarak, hem hasta hem de yakınını bir çok done üzerinden bilgilendirerek ve eğiterek hastaneye bağımlılığı minimize eder. Hastane dışında, hastanın çevreyle ilişkisini kurarak, yaşamla bağına güçlendirerek etkin bir tedavinin olanaklarını zorlar. Hasta yakınlarının tedaviye katılımını sağlar, yakınları aracılığıyla hastanın tedavi olanağını artırır. Bu olası bir risk halinde sorumluluğun kapsamının belirlenmesi, tanımlanması ve lokalize edilmesinde müracaat edilecek skonder potansiyeldir.

#### **7.6.1.1.6. Kısıtlama Altındaki Hasta Takip Formu:**

Hastadan veya girişimden neşet eden ve tedaviyi riske eden amilleri kontrol etmeye özgülendir. Hastayı tıbbi nedenlerden kaynaklanan nedenlerle kendisine karşı koruyarak tedavinin güvenliğini sorun olmaktan çıkaran bir ihtiyattır. Tedaviyi tehdit eden olguları minimize etmek ve sınırlamak için anestezi uzman ve uzantısı özneleri uyandırılmaya önlem almaya hazırlar. Hastanın özgürlüğüne yönelik bu önlem, eş zamanlı olarak kısıtlayıcı parametrelerle işlem arasındaki ilişkiyi de açığa çıkarmaya yardımcı olur. Hasta- hekim arasındaki sorumluluk sınırının tayininde aktif bir inisiyatif almaya aday bir argümandır.

#### **7.6.1.2. Asli Ölçümleme, Değerlendirme ve Kayıtlanma Formları:**

Bu kategorideki kayıtların temel özelliği operasyon öncesi, sırası ve sonrasındaki yaşamsal fonksiyonlara yoğunlaşan özelliklerinden neşet eder. Anestezi uzmanı, ekibi ile operasyon öznelerinin hasta ile ilişkisinin niteliği, süresi ve alakasının görüntüleyen bir emar olarak da nitelenebilir. Olası bir ölüme bu veriler, sebep sonuç ve özne arasındaki sırrı çözecek bir bellek olma kapasitesi onları asli kayıta dönüştüren temel nedencedir. Hukukun ilk odaklanacağı belge hüviyetine sahip olmaları onları gözde yapan bir başka parametredir.

#### **7.6.1.2.1. Anestezi Öncesi Hasta Muayene ve Değerlendirme Formu:**

Özü itibarıyla duyu organları ve yardımcı araçlarla hastayı anestezi açıdan tanımlamayı, bu teşhis ve tanımlama baz alınarak operasyonda izlenecek anestezi stratejiyle uzmanı bu amaçla buluşturacak optimum adımları belirleme ve uygulamayı hedefleyen özgün formdur. Bu formdaki ölçme ve değerlendirme

hataları, olası bir uyutma ve uyandırma kusurunun sıfır noktası olarak telakki edilmelidir. Anestezi hastasını uzmanla ilk defa buluşturan bu istasyonun sıradan olmadığı öğrenmek istedikleri veya yanıtını aradığı soruların niteliği ve niceliğiyle anlaşılmaktadır. Bu formu değerli kılan diğer husus, anestezi uzmanına diğer tıp disiplini, bölüm ve branşlardan yardım alması, ittifak ve iş birliği yapmasına olanak ve kolaylık tanıyan yanısırdır. Konsültasyona imkân veren bu form, anestezi hekiminin hastaya uygulanacak girişimin güvenliğini sağlayacak bilgiyi birlikte ve ortaklaşa olarak teminini güvenceye almaktadır.

Bu bağlamda konsültasyon optimum bir anestezi öncesi, sırası ve sonrasını güvenceye alan stratejinin komşu branşlarla yardımlaşarak teminini hedefleyen anestezi işlemidir. Konsültasyon konsültan uzman tarafından konsültasyon konusu ile sınırlı olarak temin edilen spesifik bir bilgidir. Bu bilgi bağlayıcı olmamakla birlikte belirleyici, öğreticidir. İyi bir konsültasyon, iyi bir stratejinin optimum taktiği hedefle buluşmanın en iyi ayağı, adımıdır.

Olası bir uyuşmazlıkta, anestezi hakkındaki konsültasyon bağlamı herhangi bir adli, idari ve disiplini gözlerin odaklanacağı ilk kayıtlardan biri hiç kuşkusuz bu ölçme, değerlendirme ve kayıtlama olacaktır. Her şeyin sıfır noktası olan bu işlem veya ardışık işlemler koalisyonunun her daim büyüteç altında tutulması, önleyici hukuk ve tıbbın başat iştiğali olmalıdır.

#### ***7.6.1.2.2. Yoğun Bakım Ünitesi Hasta İşlem Formu:***

Belirlenebilen 65 ayrı yoğun bakım odaklı spesifik işlemle hasta arasındaki ilişkiyi kurmada rol alır. Bu işlemlerin hangilerinin ne zaman hastaya tatbik edildiğini saptama misyonuna sahiptir. Bu yönüyle yoğun bakım ünitesinde tedavisi süren hastayı işlemler üzerinden tanımaya tanımlamanın yanında, uygulanan işlemlerle hastalığın protokol ve standartlarla uyumluluğunun sınanmasında ağırlıklı bir görev üstlenir. Diğer donelerle ittifak etmeye hazır gizil güç, olası bir uyuşmazlıkta yoğun bakım ünitesinin anestezi bağlamı işleyiş haritasını, tedavinin kodlarının çözülmesi için yeteri kadar veriyi sunmaya hazırdır. İşlemin tarihi, hastalığın kronolojik ilerlemesi seyri üzerinden gelişecek bir tartışmayı sonlandıran olanağı sunmaktadır.

#### ***7.6.1.2.3. Yoğun Bakım Ünitesi Tıbbi Sarf Malzeme Formu:***

Bir önceki formun devamı ve onu aparatlar üzerinden sınamaya yarayan özellikli bir misyon olarak tanımlanabilir. İşlemlerle eşleşen tıbbi aparatların nasıl ve ne şekilde ne zaman kullanıldığına ilişkin yaşamsal doneler hakkında ilgisine bilgi vermeye muktedirdir. İşlemlerle aparat arasındaki uyumun nicel ve nitel açıdan test edilmesi, bağdaşmazlığın açığa çıkarılması açısından önemlidir. İşlemlerle eşleşmeyen sarf, bir çok açıdan sorumluluğu gerektirmektedir. Olası

bir kuşku halinde, anestezik girişim standartların önerdiği yöntem ve araçlarla yapılıp yapılmadığı sarf kayıtları ile işlem izlencesinin karşılaştırılmasını önemli bir ispat işleme, formu da karşılaştırmayı sağlayan ispat vasıtasına dönüştürür.

#### **7.6.1.2.4. Yoğun Bakım Ünitesi Aydınlatılmış Onam Formu:**

Tıp Hukuku'nun üzerinde konuşmaktan bıkmadığı belki de en çok konuştuğu bir meselesine ev sahipliği yapan formdur. Birçok uyuşmazlığın bu bilgi ve belge referans alınarak aşılması belgeyi ilgi odağı haline getiren diğer nedendir. Onam; hastaya girişim öncesi, sırası ve sonrasında uygulanan işlemler, girişimin yaratacağı avantaj ve dezavantaj, risk, tehlike hakkında ayrıntılı ve optimum bir bilgilendirmeyi hedefleyen, hasta veya yakınlarının onayını belirlemeye ve kayıtlamaya çalışan karma işlemdir. Bu form, olası bir malpraktis kuşkusunun aşılmasında sorumluluk hukukunun masaya koyarak, enine boyuna tartışılmasını, gerçek ve doğruluğunun sınanmasını istediği ilk hukuki argümandır. Hastanın bilgilendirilmemesi veya defolu bilgilendirmenin yaratacağı etki ve sonuçlardan kim veya kimlerin nasıl sorumlu olacağına ilişkin kuşku işe bu belgeyi büyüteç altına almakla başlar. Şablon onamaların alınmasından neşet eden uyuşmazlıklarda belgeye yönelen itiraz ve şikayetlerin çokluğu bu belgeyi üzerinde durulması ve alternatif yöntemlerle desteklenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olası itirazların bertaraf edilebilmesi, onamın özellikle ses ve görüntülü kayıtlarla tahkim edilmesini ihtiyaca dönüştürmektedir. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin bunu destekleyen bir altyapıyı önermesi bu alandaki bir ihtiyacı karşılar bir lojistikdir.

#### **7.6.1.2.5. Yoğun Bakım Hasta Değerlendirme ve Takip Formu/ Operasyon Sonrası Hafızası:**

Yoğun bakımı hedefleyen ilk kuşku veya hukuki tartışmada sinesinde sakladığı bilgi ve birikimle referans alınma olasılığı yüksek ilk tıbbi ve hukuki metindir. Yoğun bakımdaki süreci periyotlarla izleyen, A'dan Z'ye kontrol altında tutan, çıplak göz ve yardımcı araçlarla olup bitenleri tıbbi açıdan ölçümleyen değerlendiren ve kayıtlayan bir uzun soluklu argümandır. Aralarında hayati fonksiyon, sistem bilgileri, hastaya tatbik edilen işlemlerle beslenmesinin de bulunduğu bir çok rezervle, yoğun bakım ünitesinin debisi/remi yüksek belleğidir.

Yerel kaynaklar<sup>[186]</sup> üzerinde yaptığımız incelemelerde takip formunun ölçümlemede 24 saatlik periyotta oldukça geniş bir kayıtlama portföyüne sahip olduğu görülmektedir. Formun işine yaşamsal ya da çekirdek bilgi olarak lanse

[186] Düzce Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi yoğun Bakım Hasta Değerlendirme ve Takip Formu

edilen “arter basıncı, kalp hızı, vücut sıcaklığı” gibi bilgilerin ölçülmesi ile başladığı görülmektedir.

Ölçümleme konularının sırasıyla, ağız skalası, infüzyon, drenaj kan ürünleri, kan şekeri, insülin, alınan ve verilen sıvılar, koma skalası kullanılan ekipman, tekniklerle alınan ilaçlar, doz ve uygulama yollarına ilişkin bilgilerle devam ettiği gözlemlenmektedir. Bu bilgileri yoğun bakım ünitesinde hastanın hayatta kalması için yapılması gereken işlemlerin neler olduğunu göstermektedir. Yine form üzerindeki ayrılmış alanlar bu kayıtlamanın maksimum birer saat ara ile yapılması gerektiğini göstermektedir. Bu emsallerle karşılaştırıldığında oldukça uzun bir süreye tekabül ettiğini ifade edebiliriz.

Bu form sınırların ötesindeki kayıtların zaman bazlı kaygılarından uzaktır. Uzaklık, olası bir suçlama ve yargılama olasılığında bu kayıtlar üzerinden gerçeğe erişime olanağını kısıtlamakta, kuşkuların aşılmasını güçleştirmektedir.

#### **7.6.1.2.6. Anesteziyoloji ve Reanimasyon Ünitesi Ameliyat Öncesi Hasta Değerlendirme Formu (ANS. FR.02):**

Bu form anestezi hastasının ameliyat öncesi zamanda, güvenli ve standartlarla uyumlu bir girişime elverişliliğinden başka anestezinin güvenli olarak gerçekleştirilmeye odaklanmış özel ve ayrıntılı bir muayeneyi hedefleyen kayıtları içermektedir. Bu belge ile özellikle hasta anestezi riskler açısından sıkı bir takip ve değerlendirmeye alınır. Bu takip, kontrol ve ölçümlerle en neticede hasta mevcut skalaya göre bir risk değeri (ASA) alır. Bu oldukça önemli bir aşama ve anestezi aktivitesidir.

Değerlendirmenin ortaya çıkardığı bir diğer sonuç ise hastaya ameliyat sırasında uygulanacak optimum anestezi rejimin belirlenmesidir. Burada özellikle hasta havayolu, alerji, Kardiyovasküler, Respiratuar, Nörolojik, Hepatik, Renal, GİS, Hematoloji, Endokrin, kas iskeleti, kanser, infeksiyon, anestezi deneyim, sosyal alışkanlıklar, laboratuvar, havayolu ve fiziki buldular üzerinden uzun soluklu bir kontrole tabi tutulması, bu fazın önemini gösteren ciddi parametrelerdir.

Duyu organları ve yardımcı tıbbi aparatlarla yapılacak etkin ve doyurucu muayene ile ölçümlemeyi değerlendiren görüşler operasyonun yazgısını belirleyen önemli bir işlemler kümesidir. Burada sıradan gibi görünen bir kırılma ve hatanın hatalar zinciri ile yaşama mal olacağı adli ve tıbbi pratiklerle sabit olması, yargılamanın dikkatini bu kayıttan ayırmasını önlemektedir. Bu kaydın taşıdığı adli değer, onun merkeze alınarak itinalı, yalın ve açık şekilde ve dayanaklarıyla uyumlu olarak kaleme alınmasını zorunlu kılar.

Bu aşamanın konsültasyon ihtiyacının iyi ve dikkatli şekilde karşılanması adli bir başka taleptir. Dolayısıyla teşhisin doyurucu tanının isabetli olabilmesi bir başka disiplinin yardımına gereksinim duyabilir bu ihtiyacın debisi

ile niteliğinin seçimindeki sapma yetersizlik ve kusurların yaratacağı bir çok komplikasyon adliyenin ilgi alanındadır.

#### **7.6.1.2.7. Anestezi Takip Formu(Operasyon) / Anestezi Bellek:**

Hasta kimliğinin tanımlanmasından başlayarak, uygulanan anestezi tekniği, ilaç sıvı, inhalasyon, transfüzyon, infüzyon, SaO<sub>2</sub>, Başlangıç ritmi, Miyokard koruma tekniği, ısı, kan basıncı, hızı, anestezi başlama, bitiş, perfüzyon basıncı, by pass başlama bitiş, kross klemp, monitörizasyon, arter ven, santral entübasyon, basınçlar, kan gazları, verilen ve çıkarılan sıvılar, genel denge, komplikasyonlar gibi operasyonun genetiğini ortaya çıkaran yol haritası konusunda doyurucu ve temel malumatı vermeye ayarlanmış bir formdur. Kozmik bu denli bilgiyi sinesinde saklamakla anestezi operasyon anındaki beynine dönüşmektedir.

Bu formun taşıdığı çekirdek bilgiler uluslararası standart ve çevrelerin kaygıları ile koşut bir kaygı ve akla sahiptir. Olası bir ölüm sebebinin bu ölçümleme değerlendirme ve kayıtlarla anlaşılması mümkündür. Bu verilerin gerçek ve doğru, zamanında ve doyurucu olarak kaleme alınarak kayıtlanması gerçeği arayan otoritelerin işini kolaylaştırmakla kalmayacak, operasyon üzerindeki bilim kuşkuları da dağıtacaktır.

Formun usulüne uygun tutulması, zaman açısından tereddütlere neden olmaması, gerçek ve doğrularla bağdaşır olması koşuluyla olası bir malpraktiste gerek yerel gerekse sınırların ötesindeki adli otoritelerin ölümün gerçekleştiği koşullarla ölümün nedeni konusundaki açıklamayı yapacak bir materyale dönüşecektir.

Hemen belirtelim; anestezi öncesi, anestezi anı ve sonrasında düzenlenen belgeler, kayıtların birbiriyle uyumlu olması yekdiğerini çürütecek şekilde olmaması yargının aradığı koşullardan biridir. Gerçeklik ve doğruluk testini aşamayan yek diğeri çürüten argüman, kayıt, ölçümleme ve değerlendirmelerin delil olma yetenek ve yeterlilikleri düşmekte inandırıcılığı kuşku hale gelmektedir. Böyle bir delil her zaman kendisini tahkim edecek veya destekleyecek bir başka tıbbi destek aramaya koyulacaktır. Böyle bir durumun yaratacağı ispat sorunları sorumlular için duruşma salonunda bir takım güçlükler yaratacaktır. Tıp, hukuki standartlarla uyumlu eylediğinde özünde formlar üzerinden tıbbi işini de gerçekleştirmiş demektir.

Anestezi girişimden neşet eden işlem ve sürecin bir başka ayağını standartlaşan ve bir çok kurum tarafından benimsenen ameliyathane proses akış şeması oluşturmaktadır. Bu şema içeriği ile bir ameliyat sürecini özne, işlem, kayıt ve zaman üzerinden disipline, sevk ve idare etmektedir. Bu şema olası bir uyuşmazlıkta olgunun anılan parametreler üzerinden değerlendirilmesine katkı sunmaktan başka, buradaki bir sapmanın ölüm üzerindeki etki ve payının belirlenmesinde de beklenmedik katkılar sunacaktır. Büyüteç tutulduğunda



hasta ve ameliyathanenin ameliyata güvenli bir şekilde hazır tutulmasından sağaltılması için bir başka servis veya yere nakline kadar kapsamı içinde kalan birçok özneye iyi bir organizasyon için talimatlar verdiği görülmektedir. Bu talimatlarla kusur arasındaki bağın kuvveti, talimata dönüşen ve ceza hukuku açısından anlamlı olan bu talimatların duruşma salonunda rolünü oynayacağı kuşkusuzdur.

#### **7.6.1.2.8. Anestezi Defteri / Sorumluluğun Özne Bağlı Sınırı:**

Hastanın tanınmasına yarayacak asgari bilgilerle, teşhis ve tanı, yapılan ameliyat, uygulanan anestezi şekli ve sonucu, anestezi girişimde bulunan uzman, ameliyatı gerçekleştiren cerrah, anestezi teknikeri ve hemşireye ait bilgilerle ameliyat tarihini ihtiva eden bir başka asli belgedir. Bu belge özette anestezi girişiminde bulunan ekibin de teşhisini mümkün kılan, anestezi girişimin sübjektif sınırlarını belirlemeye yardım eden bir Mediko-adli belgedir. Belgenin mutlaka gerçek ve doğru bir şekilde tutulması zorunludur. Anestezi girişimin birden çok uzman tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu kayıtların asla sadık, girişimin zaman ve özne bağlamı sınırlarının tayinine elverişli olarak tutulmasını zorunlu kılar. Ameliyat defteri ile olan olası çelişkilerinin giderilmesinde yaşamsal bir değer ve rol üstlenir. Anestezi defteri ile anestezi izleme formundaki öznelerin uyumluluğu kayıtların delil olma niteliği ile performansını doğrudan etkileyen bir konudur. Geçştirilmemesi gereken bu formun öncül ve uzantılarıyla paradoksunu minimize edecek önlemlerin alınması uzmanın görevleri arasındadır.

#### **7.6.2. Yasadan Kaynaklanmamakla birlikte objektif olarak tutulması ve korunması gereken ispat vasıtaları/Alonj, İlave veya Koşut Kayıt ve Notlar:**

Kuşkusuz olası bir uyuşmazlıkta ispat sahasının ihtiyacı olanları anılan kayıtları anılanla sınırlamaya Strasbourg Delil Sistemi ve yerle anlayışın ittifakı izin vermemektedir. Bu bağlamda ihtiyaçlar gerektirdikçe yerel standartlar baki kalmak koşulu ile anestezi uzman ve ekibinin bilgilendirme, takip, sevk ve idareyi etkin ve verimli kılmak maksadıyla olayın özgünlüğünün belirlediği sınırlar içinde yeni ilave alonj ölçümleme değerlendirmeyi gerektiren bir kayıtlama yapmasının önü açıktır.

Bu bağlamda uzman veya ekibin standart dışı, hastanın yakinen takibi için koşut veya kişisel, hatta eğitim amaçlı bazı kayıtlar alması, notlar oluşturması mümkündür. Günlük yaşam içinde bir şeyi anlamak, kavramak, uygulamak ve aktarmak için oluşturulan bu notların şahsiliği onların alternatif kayıt olma olası bir uyuşmazlıkta tahkim edici veya çürütücü olması olasıdır. İkn ve inandırma

prosedürü içinde sürpriz yapmaya elverişli bu vasıtaları ispat sahasının yerine ve zamanına göre önemli bir paydaşı olmaları mümkündür.

### **7.7. Genel Olarak Kapsam/Kapsamın Amaç Belirler:**

Genel olarak kapsamı sınırlamak, belgeyi hukukun içinde tutmayı sağlama ya da onun amaç ve hedefleriyle uyumsuz olarak sınırlarının dışına taşma, aşkınlık yapma eğilimini frenleyerek, kendisine özgülenmeyi sağlamak olarak özetlenebilir.

Konumuz açısından sınırlama ise, anestezi girişimleri kanıtlamaya yarayan anestezi kayıtların, mevzuatla kendilerine tevdi edilen görev, amaç, misyon ve hedeflere sadık kalmalarını sağlamak, onların amaçlarını optimum şekilde gerçekleştirmelerini sağlamak için dikkat toplamaya sevk olarak açıklanabilir.

Bu bağlamda belirleyici olan bir belgenin genel hedeflerinden çok ona mevzuatla tevdi edilen spesifik ödevlerle uyumlu tanımı, rol ve işlevidir. Bu bağlamda anestezi girişimleri düzenleyen mevzuat anestezi kayıtları ile anestezi argümanların kapsamı hakkında nihai sözü söyleyecektir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, anestezi öncesinden başlayarak servise aktarılan kadar geçen sürede, anestezi girişimi gerektiren nedenleri, hastanın ameliyat öncesi, ameliyat sırası ve sonrasında kadar geçen sürede durumunu gösterir tüm aşama, işlem ve sonuçlarının kritik edilmesini, denetlenmesini sağlayacak işlem eylem karar ve bilgilendirmeden oluşacağını söylemek mümkündür. Burada özellikle mevzuattan neşet eden ve tutulması konusunda ödün verilmeyen tüm belgelerin tutulmasından başka anılan belgelerin içeriği ile belirlenmesi ve kayıtlanması gereken tüm bilgilerin de ilgili sütunda tutulması, kayıtlarla merak edileni kural olarak kayıtların kapsamı ile özdeşleştirmektedir.

Özetlemek gerekirse, yasanın zorunlu olarak tutulmasını istediği anestezi girişimi takip ve kanıtlamaya denetlemeye ve bilgilendirmeye sevk ve idareye özgülenen tüm belge içeriği ile kayıt altına alınması gereken bilgi kaideten kayıtlama ödevinin hudutlarıyla içeriğini tayin eder. Bu bize, mevzuatla belirlenen kapsam hakkında asgari bilgiyi verir.

#### **7.7.1. Mevzuatın Belirlediği Özel Kapsam ve Hudutları:**

Anestezi uygulamalarını düzenleyen mevzuatın tutulmasını istediği kayıtların özgün, özellikli yapısı, karakterinden hareketle belirlenen kapsamdır. Bu kapsam oldukça özel olmakla birlikte kayıtlamayı form, şablon tutanak ve diğer özel belgeler ve bu belgelerin özel merakları, konu ve amaçlarıyla özdeşleşen kapsamdır. Bu kapsam özgün özellikli ve özel olmaktan başka kendisini belgenin amaçları, konusu, merakı ve hedefleriyle bağladığı için aynı zamanda da sınırlı ve özel olarak da kategorize edilebilir.

Bu şekildeki kapsam sınırları ve içeriği mevzuata sadık, mevzuatın optimum şekilde uygulanması için uzmanlar tarafından oluşturulmuş formlar tarafından belirlenmektedir. Bu formların spesifik özellikleri, onların anestezi girişimlerinde uzman kişiler tarafından belirlenen ihtiyaçları karşılamaya özgülenmeleri olası bir uyumsuzlukta önemli bir argüman ve kategorik kayıt haline getirmektedir. Bu haliyle tıbbi/Anestezik/delil/Malzeme özelliğinden ötürü etkin bir soruşturmanın asli belirleyicisi tahkikatın belkemiği olarak tanımlamak olanaklıdır.

### **7.7.2. Diğer/Sürpriz İhtiyaçların belirlediği kayıtlarla kapsamı:**

Bu kategori, sürpriz olguların, ihtiyaçların dayatması ile tutulan kayıtlardan oluşur. Hasta hekim ve tedavi ilişkisini aydınlatan, malumat veren, denetimini hedefleyen, sorumluluğu tayine, denetimi olanaklı kılmaya özgülenirler. İçeriği kayıt altına alınmak istenen olgulardan oluşur. Sınırlarını bu gereksinimin somut koşulları çizer. Genelde forma bağlanmayan bazen de bu olasılık gözetilerek olgunun düzenli olarak belirlenmesi için kısmen şablon olan bu kayıtların kapsamı belirleme marjuna sahip olduklarını kabul etmek gerekir.

Bunlar, hekimin anestezi mevzuatından kaynaklanan ancak forma bağlanmayan yükümlülükleri yerine getirmeyi özgüleneceği gibi, genel düzenlemelerden kaynaklanan bir yükümlülüğün gereğini de gerçekleştirmeye adanabilir. Her iki halde de kayıtların, anestezi uzmanının kayıt tutma yükümlülüğünün kapsamını tayin eden paydaşlar olarak kabulü zorunludur. Özellikle yaşam hakkında etkin soruşturma talep eden Sözleşme ve pratiğinin bu bilgiyi referans alması onların delil olma değerini artırmaktadır.

### **7.7.3. Standart ve protokollerle uluslararası belge, öneri ile eğitimin tutulmasını istediği kayıtların belirlediği deontolojik kapsam:**

Kayıtların kapsamını pozitif hukuk metinleri ile sınırlamak mümkün değildir. Aksini düşünmek, eğitim, deontolojik amaçlı çalışmalarla edinilen bilginin kullanılması ile oluşan kayıtları değerlendirme dışı bırakmak, kayıtların kapsamını olabildiğince büzmek manasına gelir. Mesleki gelişmeler, buluşlar hakkında bilgi verme, oluşan birikimin paylaşılmasını hedefleyen ulusal ve uluslararası etkinlikler, anestezi uzmanına anestezik girişimler konusunda aktüel bilgi transfer etmekte, ona anestezi sorunlarını aşmada bir perspektif sunmakta, uzmanın bu platformda edindiklerini tatbik etmesiyle ortaya istisnai de olsa ayrıksı bir kayıt türü çıkmaktadır. Dolayısıyla kayıt kapsamının tayininde bu birikimle hedeflenen ve uygulanan anestezik girişimleri de katmak, olası bir uyumsuzlukta meydana gelen delil sendromunun aşılmasını kolaylaştıracaktır.

Aktüel sağlık, sağaltım anlayışı teşhis, tıbbi girişim ve sağaltım sürecini resmi ve öznel olmaktan çıkararak toplumsal ve kamusal bir hizmet alanı haline

getirmektedir. Buradan bakıldığında genelde tıbbi özelde de anestezik girişimlerin özel olmaktan çıkarak kamusal bir kimliğe dönüştüğü görülmektedir. Bu değişim ve dönüşüm bağlamında yatay bantta etkinlikte bulunan birçok meslek kuruluşu dernek veya benzeri kurumların, hizmeti etkin verimli ve kaliteli hale getirmek için araştırmalar yaptıkları, hizmeti standart ve protokollere bağlayarak, insan yaşamını güvenceye aldıkları görülür.

AIHM özellikle malpraktislerde tıbbi kanıtları referans alması, anestezik kayıtları şekillendiren monitörizasyon standartları üzerine ahkam kesen otoritelerin oluşturdukları standartlarla da bağdaşır olmasını zorunlu kılar. Gerekliğinde sınırların ötesinde konuşlanan devlet dışı katılımcı ve denetleyici kuruluşların bu konudaki standartları referans alınarak ölüm olayının olası bir sapmadan neşet edip etmediğine ilişkin tespitler yapılabilmektedir. Bu belirleyicilik, anestezi girişiminde bulunan yerel unsurların yaşam hakkını güvenceye alan bu standartlarla uyumlu eylemesini de ihtiyaca dönüştürmektedir.

### **7.8. Kapsam Dışılık/Aşkınlık:**

Gereksiz ayrıntı, fazlalık, aynılık yaratan veya kayıtlamanın genel ve spesifik amacına hizmet etmeyen kayıtlardır. Bu kayıtlar umumiyetle başka amaçlara özgülenir. Bu bağlamda hekimin hastası ile ilgili her düşüncesini belgelemek zorunda değildir.<sup>[187]</sup> Dolayısıyla her bilgi ve kayıt bu bağlamda anestezi uzmanının ilgi alanında değildir.

Hemen ifade etmek gerekir ki; genelde tıbbi kayıt özelde de anestezik girişimlere tanıklık eden bilgi ve belgeler zaman, özne ve konu bakımından sınırlamaya tabi tutulurlar.

### **7.9. Kapsamı Belirleyen Parametreler/İçeriği Sınırlandıran Olgular:**

#### **7.9.1. Amaç :**

Bu sınırlama anestezik ölçümlere ve değerlendirme içeriğini amaçla sınırlayan parametredir. Bu bağlamda anestezik hedeflerle hizmet etmeyen, anestezik işlem ve girişimin saptadığı stratejiyle uyumsuz bir içeriğin kayıtlanması bu bağlamda ödev olmaktan çıkmaktadır.

#### **7.9.2. Konu Bağlı Sınır:**

Kaydı sadece anestezi öncesi, sırası ve sonrası periyotta gerçekleşen teşhis, tanı, girişim ve konsültasyon gibi işlemleri ile sınırlar, böylelikle anestezik

[187] Hohloch, NJW 1982, 2581; Zafer Zeytin; Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna göre (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri; Deniz Matbaacılık, I Baskı, İstanbul, Temmuz 2007, s.110

girişimden sayılmayan ve anestezi uzmanının anesteziik açıdan zorunlu olmadığı veya genel tıbbi girişimlerle ilgili işlem, karar ve uygulamalarını, konu bağlamalı tahdit sınırların ötesinde bırakır. Böylece anesteziyi ilgilendirmeyen, görev tanımı kapsamında kalmayan hususlardaki girişimlerle, hastanın diğer hastalıklarıyla ilgili değerlendirme ve ölçümlemeyi kayıt ödevinin dışında tutar.

### **7.9.3. Görev bağlamı sınırı:**

Anestezi uzmanlarının anestezi hastaları hakkında görev kapsamı dışında kalan hususlarda kayıt ve dokümantasyon işlemi yapma ödevini tahdit eden önemli bir parametredir. Görevin içeriğinin mevzuat ve sair edenler tarafından belirleneceği muhakkak olmakla birlikte, genel olarak anesteziik girişimin aktüel bilgi, birikim, standart ve protokollerin uzmana yüklediği ödevler olduğunu söylemek olanaklıdır. Buradan hareketle neyin görev neyin görev olmadığını belirlemek somut olayın özelliklerine göre hukuk ve ona yardımda bulunacak anesteziik tıp tarafında müştereken tayin edilecektir. Bu bağlamda anesteziik bir girişimin görevden sayılıp sayılmadığı ya da kayıt ödevinin usulüne uygun olarak yerine getirilebilmesi, anestezi uzmanının bu görev tanımının içeriği ve kapsamı konusunda bilgilendirilmiş olması gerekir. Görev tanımı konusundaki belirsizlik ve olası her kuşkunun, kayıtlama görevine aks ederek hukuka intikal edecek bir çok soruna kaynaklık edeceği muhakkaktır.

Bu sınırlar konumuzun hangi referans veya ölçütler üzerinden daraltılacağı, devletin dokümantasyon ödevinin hudutlarıyla, hekimin kayıtlama yükümlülüğünün sınırlarını belirleme ve bunun üzerinden değerlendirme yapma olanak ve kolaylığını sunacaktır.

Anesteziik malpraktislerle ilgili uyuşmazlıklarda mevzuatın tutulmasını önermediği, mevzuat tarafından önerilmemekle birlikte tutulması gerekli olmayan kayıt hukuki argüman olma özelliğini yitirecektir. Delilleri meşruluk, hukukilik yeterlilik doyuruculuk ve ikna edicilik testine tabi tutan kabul edilebilirlik kurumunun süzgecinden bu kabil delillerin geçmesi mümkün değildir. Soruşturma veya kovuşturmayla hizmet etmeyen bu kayıtları, anılan müessese ve yargı diyalektiği elimine ederek onların hükmü biçimlendirmeleri izin vermez.

### **7.9.4. Yetki:**

Yetki kayıtlamanın hangi uzman tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin soruyu yanıtlamaya özgülünen bir parametredir. Görevli olmakla birlikte hastaya bakmakla yetkili olmayan bir uzmanın kayıtlama yetkisi kullanması mümkün değildir. Birden çok uzmanın görevli olduğu bir kurumda yetkili olmayan uzmanın anestezi kaydını tutmasına Yönetmeliğin 71-72 maddesi onay vermemektedir. Hasta, girişim ile uzman arasında yoğun ve sıkı bir bağ

inşa eden bu yaklaşım, üçüncü kişilerin yetki üzerinden bu bağı gevşetmesi ve kayıtları zehirlemesine izin verilmemektedir.

Kural girişimde bulunanın ölçümleme ve değerlendirmeyi kayıt altına alması olmakla birlikte, acil durumlarda ve ekip halinde çalışmalarda kayıtlama ve okumaların birden fazla uzman tarafından tutulmasını zorunlu kılabilmektedir. Bu ayrıksı bir kayıtlama sistemi olup, kayıtların birden çok kimse tarafından tutulması kaydı yetki açısından karma bir hale getirmektedir. Karma kayıtlarda olası bir malpraktiste sorumluluğun tayin ve tespitinde komplikasyonlara yol açması bakımından sorunludur. Böyle bir kayıtlama işleminde kayıtların gerçek ve doğruluğu ile tutulma anı üzerinden meydana gelen ispat sorununun çözülmesini bir hayli güçleştirir. Bu durumda olası bir ölüme sorumluluğun daraltılarak somutlaştırılmasının zorluğu ölümün gerçekleştiği koşullarla ölüm nedeninin belirlenmesi konusundaki açıklama ödevinin yerine getirilmesini kısıtlar.

Böyle bir ihtimalin önlenmesi, karma tutanak ve kayıtlardan neşet eden ve failin bulunmasını güçleştiren belirsizliği aşacak bütün içinde spesifik sorumluluğu ayır edici ve açığa çıkarıcı önlemler almakla mümkündür. Burada yapılması gereken olabildiğince karma kayıtlamadan kaçınmak, imtina olanaklı değilse, kayıtlar ve değerlendirmeleri özneler üzerinden ayırt edecek bir belirteçle sorumluluğu teşhis ve tanınacak hale getirmektir.

Kayıtlamayı yetkiyle sınırlayan bir edendir. Bu yetkili olmayan bir hekimin anestezi ölçümleme ve kayıtlamayı yapmasını önler. Böylece kaydın yetkisiz uzman tarafından tutulmasından neşet eden riskleri bertaraf eder.

#### ***7.9.5. Zaman Bağlı Tabdit/Zaman Bazlı Kayıt:***

kayıtlamayı anestezik girişim süreci ile sınırlayarak, bu sürecin dışındaki girişimleri kural olarak kayıtlamaktan kaçınır. Böylelikle hastanın ameliyat öncesi, ameliyat ve ameliyat sonrasındaki uyandırma ve yoğun bakım süresi ve süreci dışındaki işlem ve girişimlerini kayıt altına almaktan imtina eder.

#### ***7.9.6. Özne Bağlı Hudut :***

Sadece kendisine anestezik girişimde bulunan anestezi hastası ile ilgili kayıtlamayı konu edinir. Böylece çeşitli vesilelerle anestezi bölümünde veya yoğun bakımda bulunan hastalarla ilgili anestezi uzmanının herhangi bir şekilde kayıt tutması önlenmektedir.

#### ***7.10. Anestezik Kayıtların Şekli:***

Kural kayıtların pozitif hukukun öngördüğü şekle uygun olarak tutulmasıdır. Bu konuda herhangi bir şekil önerilmemiş ise, kaydın ilerlemeye, yönetmeye

ve denetlemeye elverecek şekilde ve optimum ya da aktüel vasıtalarla tutulması olanaklıdır. Kaydın hafıza oluşu onun bir çok işlevini yerine getirmesi ve rolünü gerektiği gibi gerçekleştirebilmesi önerilen usul ve esaslarla bağdaşır şekilde tam, açık, yalın ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde kaleme alınması ve korunmasına bağlıdır. Kayıtların delil olma özelliği onların itinalı olmaktan başka tahrif edilmelerini önleyecek bir mekanizma içinde tutulmaları ve korunmalarını zorunlu kılar.

Bu bağlamda, kayıtların tahrif edilmesi, başkalaştırılması ve değiştirilmesi oldukça önemlidir. Manipülasyona açık bir belge sisteminin delil mekanizma ve sistemine beklediğini vermesi imkansızdır. AİHM' in anestezi kayıtları asli argüman olarak kabul etmesi, sistemin belge üzerinde tasarruf etme olanaklarının kontrol altında tutulmasını, olabildiğince hareket kabiliyetinin kısıtlanmasını zorunlu hale getirir. Bu bağlamda elektronik kayıtların riske açık bu durumları, olası bir tartışmada dayanılan bu delilin gerçek ve doğruluğu konusunu kuşkulu hale getirir. Sistem böyle bir riski bertaraf edebilmek için ciddi önlemler almakla ödevlidir. Belge içeriğinin karine olarak kabul edilmemesi ise belge mahiyetini sorunlu kılan diğer bir hukuki ve tıbbi sorundur.

İlave etmemiz gereken bir diğer husus; kayıtların büyük ölçüde bir çok özne tarafından birlikte ve ortaklaşa olarak tanzim edildiğidir. Bu belgelendirme sisteminin bir tercihi olmakla birlikte özü itibarıyla ölçümleme değerlendirme ve kayıtlamanın güvenliğini müşahitlerle birlikte sağlama ve birden çok özneyi etkin, verimli ve isabetli bir kayıtlama sürecine katkı verilmesini temine matuftur. Bu bakış açısı, denetim ve kontrollerin birden çok göz tarafından ardışık veya eş zamanlı olarak gerçekleştirilerek olası hataları birçok kişi, aşama ve işlem üzerinden minimize etme sıfırlamaya yönelik bir self kontrol tekniğidir.

Bu bizim de bu günkü koşullarda desteklediğimiz ve ölümcül hatalara karşı birden çok ve aşamalı denetim ve önlemleri alma olanağı veren bir mekanizmadır. Böyle bir mekanizmada kayıtlama ve ölçümlemenin değerlendirmeye dönüşebilmesi için değerlendirmeye esas alınacak verilerin birlikte ve ortaklaşa olarak tümünden toplanması zorunlu hale gelmektedir. Tam, isabetli ve optimum bir değerlendirme önceki aşamaların bilgiye sadakatiyle olanaklıdır.

Bunun ötesinde birden çok imzalı ve katkılı kayıtlarda kaydın kabul edilebilir olması için her şeyden evvel onun oluşumuna iştirak edenlerin tümü tarafından belgenin gerçek doğruluğunun imza ile onaylanması için zorunludur. Belgenin, bölümlere ayrılması veya öznelerin yetki sınırlarının kayıtlar üzerinden ayrılmış olduğu hallerde her imza kendi yetki alanıyla sınırlı olarak kaydın geçerliliğini doğrulamış olacaktır. O halde imza içeriğinin kural olarak doğruluğunu teyit eden kurucu bir tıbbi ve hukuki işlemdir.

İmzanın kurucu ve belgelendirici rol işlev ve gücü imzalı kayıtların hukuken onu imzalayanı bağlayıcı hale geldiğine delalet eder. Böyle bir olasılıkta belge

içeriğinin aksini ispatlamak, hiç kuşkusuz kural olarak iddia edene ait olacaktır. Ceza yargılamasında bu belgenin delillerin kabul edilebilirlik standartlarıyla uyumsuzluğu muhtemelen onu yargılama içinde tutmakla birlikte hükmün inşası dışında bırakan etkisiz bir doneye dönüştürecektir.

İmza bağlamalı kayıt ihtilaflarının diğer yüzleri ardışık bölümlere bırakılmakla bu konuyu burada sonlandırıyoruz.

### **7.10.1. Yazılı Kayıtlar:**

Yazılı kayıtlar, el veya diğer yardımcı araçlarla tutulan klasik ve geleneksel kayıtlar olarak tanımlanabilir. Elektronik yazı makinaları ile klasik diğer cihazların dijital yazı makinalarıyla birlikte tedavülde olmaları bu kayıtlama tekniğini hala kullanılabilir kılmaktadır. Bu yazım ve kayıtlama türevi, formların elle veya yardımcı araçlarla tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Örnekler üzerinde yaptığımız incelemede elle kayıtlamanın hala önemli yaygın bir teknik olma özelliğini koruduğunu göstermektedir. Özel hastanelerdeki sağlık hizmetini düzenleyen ve disipline eden yönetmelikteki kayıtların dijital ortamda tutulmasının kurula dönüştürülmesi, alması bu tekniğin askıya alınacağı manasına gelmemektedir.

Burada bizi bekleyen temel sorun, elle tutulan kayıtların yazım hataları, defolarından başka kayıtlayan öznenin kendisine özgü yazım stilinden kaynaklanan ve okuma değerlendirme güçlüklerine neden olan hususlardır. Hekimlerin genelde zamanla yarışlarından neşet eden fizik kurallarının vücuda getirdiği yazım defolarının olası bir ihtilafta kuşkuların aşılmasını güçleştiren bir başka hukuki defo olduğunu unutmamak gerekir. Bu ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlamadan özerk kendine özgü ancak sorunlara gebe önemli bir ihtilaf kaynağıdır. Metnin muhtelif yerlerinde ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlamanın net, kesin ve yalın şekilde yapılması konusunun uluslar arası tıbbi metinlerde de öne çıkarılması olası bir uyumsuzlukta belgelerin sorun olmaktan çok sorun çözene dönüşmesi için yaşamsaldır.

Manuel, yarı manuel kayıtların okunaklı, yalın, net, kesin bilgiler içermesi öteki deyişle standartlarla bağdaşır olmaları zorunludur. Kaydın bu açıdan üzerine düşeni gerçekleştirmemesi, eksiklik yıpranmışlık ve okunmazlık ölçüsünde belgeyi kaydın delil olma, inandırma ve ikna edici olmasında bir debi düşüklüğüne neden olacaktır.

Kayıt tutma ödevinin en önemli ve ödünsüz misyonu tedavinin sürekliliğini sağlamak, öznelerden özerk bir tedavi olanak ve kolaylığı sağlamak, olası bir uyumsuzlukta uyumsuzluğu etkin ve doyurucu bir şekilde sonlandırmak, hasta hekim arasında hastalık üzerinden bir tıp güncesi, rezervi ve belleği oluşturmak gibi misyonlara sahiptir. Bu bilinç ve misyonu hükümden düşüren her özensizlik, kusur özerk bir sorumluluk türü yaratmakla yetinmez, devlet ve uzman anestezistin kendini aklama olanaklarını da büber. O halde belge üzerinden



gelişebilecek ve kendisini pozitif hukuk metinlerinde suç olarak gösterebilen her türlü kazıntı, silinti, tahrif ve gerçek ve doğruyu manüple edecek değiştirme ve başkalaştırma eylem ve işlemlerinden uzaklaştırması zorunludur.

Sınırların ötesinde konuya ilgi duyan bir çalışma, elle tutulan kayıtların güvenilirliği üzerine yaptığı bir tartışmada: elektronik ortamda tutulan kayıtların sıklıkla yetersiz ve güven bunalımına neden olduğu sonucuna varmıştır.<sup>[188]</sup>

### **7.10.2. Dijital Kayıtlar/Riskler-Avantajlar:**

Elektronik kayıtlar giderek özellik geliştirmekte anestezi bilgi yönetim sistemlerine (AIMS) dönüşmektedir. Elektronik kayıtlar büyük volümlü fizyolojik ve mekanik bilgiyi yakalama olanağı sunmakla yetinmemekte, elle veri girilmesini de kolaylaştırarak, kullanma, yararlanma ve depolamayı optimum hale getirdiği belirtilmektedir.<sup>[189]</sup>

Dijital kayıtlar bilgisayar veya benzeri araçlarla gerçekleştirilen kayıtlardır. Bu kayıtların özel program ve kayıt edici cihazlarla gerçekleştirilmesi bu kayıtları önemli bir diğer kategori olarak tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür anestezi kayıtların delil olma yetenekleri onların usulüne uygun olarak toplanması ve hükme esas alınabilmesi için yasanın emrettiği usul ve esaslara göre elde edilmesine bağlıdır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 50. maddesi, yönetmelik kapsamındaki işlemlerin kural olarak dijital olarak tutulmasını, ihtiyacın dayattığı ölçüde kaydın yazılı olarak tutulmasını emretmektedir. Böylece yazılı kayıt sistemini ihtiyaçların belirlediği alternatif ve istisnai bir kayıt olarak tanımlamaktadır.

Yönetmelik kayıt güvenliğini sağlamaya yönelik önlemler babında; dijital kayıtların değiştirilmesi, silinmesi ve gizliliğinin ihlalini önlemesini, elektronik müdahalelere karşı korunmasını önlemek için idari ve teknik önlemlerin alınmasını, yedeklenmesini sağlayacak bir organizasyon ve alt yapının inşasını emretmektedir. Böylece dijital ölçümleme değerlendirmeye ilişkin kayıtların alternatif argüman olmasına olanak tanımaktadır. Dijital delillerin olası bir saldırıya hedef olma kolaylıkları yönetmeliği bu saldırıları bertaraf edecek sıkı ve optimum önlemler almaya icbar etmiştir.

Bu bağlamda adli vaka ve raporlara ait kayıtların gizliliği veya güvenliğinin sağlanmasının taşıdığı öneme vurgu yaparak, bu kayıtların tahrif edilmemesi, başkalaştırılmaması için sisteme yetkili olmayan hekim dışındakilerin girişinin önlenmesi için ayrıca önlem alınması istenmektedir. Böylece ölçümleme ve

[188] Driscoll WD, Colombia MA, Peterfreund RA An Observational Study of Anesthesia Record Completeness Using an Anesthesia Information Management System. *Anesth Analg*, 2007 Jun; 104(6):1454-61

[189] Raymer K.(2011) the Anesthetic Record:How Content and Design Influence Function In Anesthetic Practice and Beyond. *J Anesthe Clinic Res* 4:282

değerlendirmeyi içeren anestezik kayıtların adlileşme sürecindeki delil olma potansiyeline yönelik kalkışmalar enterne edilmektedir.

Yönetmelik yapıcının güvenlik açıklarının kayıtlar üzerindeki riskinin minimize etmek amacıyla yedekleme kurumunu devreye alarak, denetim ve yedekleme periyodunu kısa aralıklarla tekrarlanmasını bir çözüm olarak önermektedir.

Güvenli dijital kayıtların tutulmasına olanak sağlayan alt yapının inşa edilmemesi, yazılı kayıtların, güçlü paralel bir kayıt sistemi olarak kabulünü zorunlu kılar. Böylece yeteri güvenliğe sahip olmayan dijital anestezik kayıtların, koşut yazılı kayıtlarla desteklenerek, sağlaması yapılmış ikna edicilik testine hazır verilere dönüştürülmesi mümkün olmaktadır.

Hemen ifade edelim, dijital anestezik kayıtların dikkate alınabilmesi için güvenliği sağlanmış bir altyapı tarafından desteklenmesi zorunludur. Bu alt-yapıdan yoksun dijital anestezik kayıtların argüman olabilmesi özellikle ortaya konularak tartışılabilmesi için onun almaşık yazılı delillerle tahkimi zorunludur. Bu bilgisayar ortamındaki anestezik kaydın doğrudan dışlanması, hiç bir şekilde delil olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmez. Güvenlik açıklarının yarattığı kuşkudan ötürü delil debisi düşer veya bir başka delile muhtaç vaziyete gelir.

Yönetmelik dijital delilin esas olduğunu ancak ihtiyacın dayatması ile yazılı delilin de istisnai delil olarak klasik rolünü oynamakta özerk olduğunu ifade eder. Böylece gerekli ve zorunlu olmadıkça dijital kayıtlamada sebat edilmesini önermektedir. E devlet projesinin kamu kurumlarına sirayet etmesi ile paralel olarak gelişen bu kayıtlama sistemi, giderek dijital verilerin delil olma isteğinde bir trende sebep olmaktadır.

Elektronik İmza Yasası, elektronik imza ile onaylanmış tıbbi kayıtları resmi olarak kabul etmektedir. Böylece güvenliği sağlanmak ve elektronik imza ile onaylanmak koşulu ile anestezik işlem, ölçümleme, değerlendirme işlemlerini kayıtlayan belgelerin resmileşme süreci tamamlanmış olmaktadır. Dolayısıyla belirttiğimiz aşamalar tahakkuk etmeden oluşturulan dijital kayıtların resmi hüviyete sahip olması mümkün değildir. Bunlar bir kaydın resmi niteliğe haiz olması, idari etki ve sonuçlarını doğurabilmesi için gerçekleşmesi gerekenlerdir.

Resmi belge veya resmi delil, AİHM' in dikkate alıp değerlendirdiği ikinci bir argüman türüdür. Devlet kaynaklı ve resmi otoritelerin önerdiği prosese uygun olarak elde edilen argümanlar olarak ikinci derecede kıymeti olan materyaldir. Buradan bakıldığında anılan kayıtların bu açıdan da değere dönüşmesi olasıdır. Her resmi belge, tıbbi kayıt olarak telakki edilemez. Tıbbi kayıtların resmi tıbbi belgeye argümana dönüşebilmesi için önceki pasajdaki aşamaları geçerek tamamlaması gerekir.

O halde elektronik imza ile imzalanan anestezik kayıt güvenli bir alt yapı ve organizasyondan neşet etmesi koşulu ile hem tıbbi kayıt hem de resmi tıbbi

argümandır. Elektronik imzaların kullanılmasından neşet eden idari özensizlik, imzaların eylemli olarak devredilmesinden kaynaklı yetki sorunları, anestezi kayıtların resmi belge olma potansiyelini örselemektedir.

Anılan argümanların delil olarak kabul edileme prosesleri delillerin kabul edilebilirliği prosesini başarıyla geçmeleri veya önerilen standartlarla uyumluluk testini geçmelerine bağlıdır. Yinelemek gerekirse, anestezi bu verilerin doğrudan, test edilmeden hükmü etkilemelerine ceza yargısının delile ilişkin parametreleri izin vermediği gibi onların zayıf ve usulüne uygun olarak düzenlenmeleri onların test edilme imkanı verilmesi, diğer delillerle desteklenmeleri koşuluyla mümkün olabilmektedir. Böyle bir delilin ispat sahasından derhal dışlanması mümkün olmadığı gibi test edilmeden benimsenmeleri de olanaksızdır.

Tıbbi veri ve kayıtların depolanarak korunması yönetmeliklerin yüklediği bir başka ödevdir. Özel hastanelerin tıbbi bir arşiv kurmaları yönetmeliğe göre zorunludur. Yönetmeliğin 49 maddesi, özel hastanelerde tutulan kayıtların merkezi arşivde muhafaza edilmesini zorunlu hale getirmesi, aralarında anestezi kayıtların da bulunduğu oldukça geniş bir kayıt portföyünün muhafaza edileceğine delalet eder. Bu eş zamanlı olarak olası bir adli tartışmada, ispat sahasının ihtiyacı olan verilerin buradan kolaylıkla temin edilerek tartışma masasına konulma olanağını gösterir.

Her kurumda merkezi arşiv birimi bulundurulmasına ilişkin arşivleme standardının kendisini YTKİY 32 maddesi aracılığıyla da gösterdiğini görüyoruz. Madde tıbbi veri ve kayıtların standarda uygun olarak arşivlenerek muhafazasını emretmesi, anestezi kayıt ve dokümanlara belli bir zaman için arşivler üzerinden erişilebilir olduğunu gösterir.

Kayıt tutmama veya kayıtsızlık olarak da kavramsallaştırabileceğimiz kayıt defolarının kayıtların ispat kalitesi ve kantitesi üzerinde, defonun mahiyeti ve debisi nispetinde bir negatif etki yaratacağı muhakkaktır. Bu kayıtların adli etki ve sonuçları bakımından kayda değer bir saptamadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği ağırlıklı olarak varlığını hastanın optimum olarak bilgilendirilmesi amacına özgülemiştir. Özellikle 15-20 maddelerinde bu adanmışlığın ciddi bir yoğunluğa erişmiş olması aralarında anestezi kayıt ve tıbbi diğer bilgilerin hastanın talebi halinde kendisine kural olarak hazırlanıp eksiksiz olarak teslimini zorunlu kılmaktadır. Hakkın oldukça zengin bir içeriğe sahip olması hastaya hem bilgilendirmenin etkin ve verimli usullerle gerçekleştirilmesi, kayıtların değerlendirmeye, malumata dönüşecek şekilde anlaşılır ve yalın olarak tevdi edilmesi anlatılması gibi boyutlara eriştiğini göstermektedir. Hakkın kayıtlardaki düzeltmeyi kapsayacak debiye erişmesi, kayıtlarla ilgili bilgilendirmenin sıradan bir bilgilendirme olmadığına delalet eder.

Hakları kayıtlar üzerinden bilgilendirmeyi amaçlayan bir malumat paradigmasının izlerini her yerde hissettirmesi, bilgilenmeyi korumaya ve ondan

idari ve adli süreçlerde yararlanmayı düşünen bireye bu bilginin teminini ödevde dönüştürmektedir. Ödevin zamanında ve tam olarak yerine getirilmemesinin disiplin ve adli açıdan bir takım müeyyideleri olacağından kuşku yoktur. Kayıtsızlığın olası bir ölüm vukuunda kuşkunun aşılmasını önleme potansiyeli, onu özerk bir kusur ve tazminat sebebine evirebilir. Böyle bir kusurun tazminata konu olması olasıdır. <sup>[190]</sup> Kayıt tutulmaması, eksik tutulması, gerçek ve doğru olarak tutulmaması veya zamanında tutulmamasının her biri kendine özgü etki ve sonuçlar doğuran anestezik kayıt defolarıdır. Bunların her birine bağlanacak sonucu iç hukukta izlenen yöntem ile bu yöntemin ispat ilkeleri ile araçları belirleyecektir. Dolayısıyla bu defoların diğer delillerle ilişkisi, delillerden etkilenme, etkileşimi bu delillerin ispat debi ve niteliği üzerinden mutlak bir etkisi olacağı muhakkaktır.

Konumuz açısından kesin olan şudur. Devlet olası bir anestezik girişim işlem, ölçümleme ve değerlendirmenin sağlıklı, güvenilir yöntem ve araçlarla sağlamakla ödevlidir. Kayıtların bir çok işlev ve misyon yüklenmiş olmaları onların bu işlevlerini ihtiyaçlar ölçüsünde karşılamak için gereken önlemleri almak, alt yapıyı ve organizasyonu gerçekleştirmekle ödevlidir. Bu ödevini yerine getirmesi veya gerektiği gibi yerine getirmemesinden ötürü meydana gelen ölümlerden sorumlu olacağı içtihat edilmektedir. Muhtemel bir suçlamadan kurtulmak veya sorumlu olmamak bu sürecin iyi idare edildiğinin sorumlu tutulmamak için optimum önlemlerin alındığının açık ve yalın bir şekilde izah edilmesine bağlıdır. İzahatın argümana dayalı olmaması özne ile eylem arasındaki illiyet bağıını güçlendiren ve mesafeyi daraltan bir sorumluluk nedenidir.

Anestezi uzmanı bakımından ise bu oldukça olumsuz bir duruma delalet eder. Kayıt görevinin ihmali ceza hukuku açısından ortaya iddia edenlerin aşması gereken bir ispat sorunu doğurması ve sanığın masumiyet bağlamı ilişmezliği ile birleştiğinde tek başına etkileyici bir risk olmaktan çıkmaktadır. Ceza hukukunda suç işlenmiştir şeklindeki bir kuşkunun, hayır suç işlenmemiş biçimindeki bir tezle çürütülme özgürlüğü, anestezi uzmanının kayıt tutma ödevi ile bu ödev çerçevesinde tutulan kaydı oldukça önemli bir hale getirmektedir.

Ceza hukuku açısından konuyu değerlendiren içtihatlar, anestezi sürecindeki ölçümleme hatasının denetlenmemesi bağlamı bir uyuşmazlıkta anestezi uzmanının eylemini ceza hukuku doktrini açısından hatalı telakki etmiştir. <sup>[191]</sup> Öte yandan diğer bir içtihat ta hukuk yarısına ilişkin olmakla birlikte, girişim sırasında anestezi formunun tutulmaması, sürecin takip ve denetlenmesine imkân verecek yardımcı araç, ses ve görüntü kayıtlarının bulunmamasının yarattığı

[190] Salt kayıt tutmamanın tazminat talebine konu olmayacağı da öne sürülmektedir. "Sadece kaydın tutulmamasından kaynaklanan tazminat talebi söz konusu olamaz." Deutsch/Spickhoff, kn.456; Hakeri, 2013,487

[191] Y.2.CD.05.02.1996 T. 1996/268 K. 1996/1025 K

malumatsızlığın diğer kusurlarla ittifak ederek ölüm sonucunun gerçekleşmesinde aktif rol aldığını belirlemiştir.<sup>[192]</sup> Bu iki örnek, eylemle ölüm arasındaki ilişkiyi kuran, yoğunlaştıran ve anestezi uzmanının mahkûmiyetine neden olan kayıt görevine aykırılığın yarattığı komplikasyonlardır. Bir başka deneyim de anestezi uzmanına hastanın aktüel durumunun kusursuz olarak ölçümlenerek belirlenmesini salık vermesi açısından dikkate şayandır. Bu deneyim durum tespitinin optimum şekilde yapılmaması ile ölüm arasındaki tayin edici ilişkiye dikkat çekerek, kayıtlamanın dolaylı öneminin altını çizer.<sup>[193]</sup>

Kayıtlama ödevini bir başka yerden okuyan YSS, doktoru zorunlu operasyon kararının sınanmasına yarayacak BT, MR gibi donelerin bulunmamasını hastanın hazırlanmasındaki bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Resmi bilirkişi kurulunun bu değerlendirmesi, olayın şahsında anestezi uzmanlarını uyaran yaşamsal bir örneğe dönüştürmektedir.<sup>[194]</sup> Hasta kayıtlarındaki eksikliğin yarattığı malumatsızlıktan ötürü verilen bir ilacın alerji yaratarak ölüme neden olması kayıtların eksikliğinden neşet eden bir başka kusur şeklidir.<sup>[195]</sup> Bu deneyim, kayıtların eksikliğinin yaratacağı vahim sonucu deşifre etmesi bakımından bir başka çarpıcı örnektir. Burada kayıtsızlığın ilaç etkileşimlerini tartma, ölçme ve değerlendirme imkanını sıfırlaması halinde meydana gelebilecekleri kestirmek bakımından yaşamsaldır.

Kayıtlara erişememe, kayıtların kaybolması<sup>[196]</sup> kayıtlama defolarının bir başka varyantı olarak karşımıza çıkmaktadır. Danıştay,<sup>[197]</sup> NTS grafilerinin kaybolması nedeniyle gerçekleşen hatalı doğumdan kadın doğum bölümünü sorumlu tutması, anestezi kayıtların kaybolmasının meydana gelen sonuç arasında uygun bir illiyet kuracağını göstermektedir. Anılan deneyimlerin konumuz açısından bir başka sonucu şudur: Anestezi kayıtların temin edilememesi, kaybolması ve erişilemez olması ölümün meydana geldiği koşullarla ölüm nedeni hakkında idarenin makul bir açıklama yapmasını önlemekte veya kısıtlamaktadır. Bu anestezi masasında veya uzantıları mekanlarda yaşamını yitirenlerle ilgili olarak yapılan başvurularda devlette olan ispat yükünü pekiştirerek devletin ispat sendromunu derinleştirmektedir.

Konuyu sonlandırmadan ifade etmek gerekir ki, sınırların ötesinde oldukça geniş bir ilgi gördüğünü ve bilimsel tartışmalara kaynaklık ettiğini öğreniyoruz. Anestezi kayıtların elektronik ve el yazılı olanları üzerine yoğunlaşan bir

[192] Y.13.HD 07.02.2005 t. 2004/12088 K., 2005/1728 K.

[193] 13.HD.10.10.2006 T., 2006/10068 E., 2006/13288 K.

[194] Hancı, 58; Hakeri, 2013,487

[195] Harris County Hospital Districts v.Estrada, 1993; Hakeri, 2013, 487

[196] kayıtların kaybolmasında idarenin kusuru saptanmasa dahi manevi tazminatla yükümlü olacağına ilişkin olarak D.10.D.29.04.2008 T., 3301/2939.Ş; Hakeri, 2013, 487

[197] 10.D.24.09.2007 T., 3719/4316 .Ş, Hakeri, 2013, 487

çalışma, bir çok ölçüt üzerinden bu iki tekniği karşılaştırarak netice itibarıyla elektronik kayıtların optimum yararlar sağladığı sonucuna ulaşmaktadır.<sup>[198]</sup> Bu çalışma, anlaşılabilirlik, doğruluk-netlik, kesinlik, tamlık, kontrol edilebilirlik, güvenilirlik, kabul edilebilirlik, basitlik, sürekli teknik destek, pedagojik değer ve güncelleme gibi bir çok kriteri baz alarak elektronik kayıtların tıpta kullanımını destekler bir sonuca ulaşırken, sistemin açıklarından ötürü kişisel veriler için bir risk oluşturduğunu, sisteme müdahale olanağının da verileri değiştirme ve başkalaştırmaya açık bir alan haline getirdiğini de teslim etmektedir.<sup>[199]</sup>

### 7.11. Elektronik Kayıt mı, Yazılı Kayıt mı?

Elektronik ve bilgisayar teknolojisinin gelişmesiyle birlikte bilgiyi kontrol etme, depolama kullanma ve kurumsallaştırma olanaklarında da koşut bir gelişmeye neden olmuştur. Bu gelişmenin ne zaman nerede nasıl sonlanacağı belirsizdir. Her gelişme eş zamanlı olarak güvenlik sorunlarını risklerini açıklarını da yanında taşımaktadır. Dijital veya elektronik dünyanın 80'li yıllarda medikal kayıtların tutulmasında depolanması ve servisinde tanıdığı kolaylıklara ek olarak sistem güvenlik açıklarından kaynaklanan riskleri de taşıyarak medikal bilgilerin silinmesi, elde edilmesi, başkalaştırılması, değiştirilmesine de neden olmuştur.

Pozitif hukuk gelişmelere bağlı olarak medikal verilerin dijital ortamda depolanması tutulması ve servis edilmesine güvenliğini sağlayacak bir alt yapı ve organizasyon koşuluyla onay vermektedir. Anca her şeye rağmen gerek kamu gerek özel sağlık sektörü yazılı teknikle ölçümleme kayıtlayma ve değerlendirme olanağından vazgeçmemiştir. Bu iki teknik at başı yürümekte ve medikal kayıtlar her iki tekniğin sağladığı olanağı da bugün itibarıyla kullanmaya devam etmektedir. Önerimiz, her iki tekniğinde yekdiğerini tahkim eden denetleyen ve kontrol eden karakterinden ötürü bir arada işler tutulmaya devam edilmesi yönündedir. Olası ihtilafta hükme hangi argümanın referans olacağını ise hiç kuşkusuz kabul edilebilirlik testinin sonucu belirleyecektir.

### 8. Arama Elkoyma:

Konuya ilgi duyan CMK 134 maddesi bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kopyalama ve el koyma başlığını taşıyarak anılan verilerin delil olarak değerlendirilmesi için izlenmesi gereken yöntemi de okuyucuyla paylaşmaktadır.

[198] Raymer K.(2011) the Anesthetic Record:How Content and Design Influence Function In Anesthetic Practice and Beyond. J Anesthe Clinic Res 4:282

[199] Raymer K.(2011) the Anesthetic Record:How Content and Design Influence Function In Anesthetic Practice and Beyond. J Anesthe Clinic Res 4:282

Yasa anılan argümanların elde edilebilmesini çeşitli koşulların tahakkukuna endekslemektedir. Buna göre anılan verilerin temin edilebilmesi için.

1. Bir suç dolayısıyla soruşturma yapılması, 2. Başka surette delil elde edilme olanağının bulunmaması, 3. Verilerin temin edileceği cihazın şüpheliye ait olması veya şüpheli tarafından kullanılıyor olması, 4. Cumhuriyet savcılığının talep etmiş olması ve 5. Bu talebin hakim tarafından kabul edilmesi koşuluyla bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, birer kopyasının çıkarılması ve kayıtların çözülerek metin haline getirilmesi mümkündür.

Olası bir tahdit veya şifreden ötürü bu bilgilere ulaşılamaması, bilgisayara girilememesi halinde verilere erişmek ve ondan amaçla sınırlı olarak yararlanmak gerekli çözümleri yapabilmek ve gerekli kopyaların temini için araçlara el konulmasına yasa onay vermektedir. Amaç hâsıl olduğunda anılan cihazların gecikmeden hamillerine iadesini yasa yapıcı özellikle istemektedir.(134/2)

El koyma sırasında sistemdeki tüm verilerin kopyalanarak, yedeklenmesi ve bu şekildeki uygulamanın yaratacağı olası bir riskin önlenmesi mümkündür. Talep halinde bu verilerin birer örneği şüpheli veya vekiline imza karşılığında verilmesi mümkündür. (134/3)El konmaksızın kopyalamanın mümkün olduğu hallerde veya el konmaksızın kopyalama olasılığı halinde kopyası alınan veriler lokal ve likit hale getirilerek yazılı hale getirilir. Bu şekildeki tutanak ilgililerce imzalanır.(134/4-5)

Bu düzenleme gözetildiğinde anestezi kayıtların bulunduğu bilgisayarlarda arama ve el koyma işlemi yoluyla argümanlara erişmek için ayrıntılı bir yasal alt zemine sahip olduğumuzu belirtebiliriz. Öte yandan CMK 116 ve devamı maddeleri de anestezi kayıtların uzmanın veya bir başka kişi veya kurum nezdinde olma ihtimali halinde bu delile erişme ve onu değerlendirme imkan ve kolaylığı tanıdığı görülmektedir. Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, anestezi kayıtların birer argüman olarak duruşma salonuna getirilmesi önünde ciddi ve aşılabilir bir engelden söz etmek mümkün değildir. Bu imkân bireyin bilgi edinme veya hasta hakları bağlamında erişmek istediği bilginin verilmemesinden neşet eden riskleri de bir nebze hafifletmektedir. İki düzenleme arasındaki fark, CMK hükümlerinin olası bir suçlama halinde işler olması diğerlerinin ise etik yararların adliye dışı nedenlerle hedeflediği bilgilendirmeye özgülenir.

Belgelerin usulüne uygun tutulmaması kayıt kapsamındaki yazılarla imzanın inkar edilmesi anestezi kaydın sıhhati üzerinde derin bir tesir bırakır. Böyle bir kaydın yazı ve imza üzerinden inkara uğraması, özne- girişim ve kayıt arasındaki kişisel ve yoğun illiyeti kuşkulu hale getirir. Bu kuşkunun aşılması için CMK'da yeteri kadar aparatın olduğundan kuşku yoktur. Adli bilimlerin çeşitlendiği günümüzde yargıcın böyle bir kuşkuyu istiktap, medarı tatbik imzalarla, imzası inkâr edilen anestezi kayıtlar üzerinden yazı ve imza incelemesi yaptırması

mümkündür. Teknolojik gelişmeler bu nitelikteki bir kuşkunun aşılmasını sağlayacak mütalaaların verilmesini kolaylaştırmaktadır.

Anestezi kayıtların içeriğine yönelik her kuşkunun olayın özellikleri içinde kendine has yöntemlerle aşılması mümkün ve tavsiye edilmektedir. Konuyu dağıtma olasılığını önlemek için, İşin içine bilirkişi kurumunun girdiği uyuşmazlıkların tümünü tek tek irdelemenin çalışmanın amaçlarıyla uyumlu olmadığını düşünüyoruz. Bu bağlamda;

Anestezi kayıtlarla ölümün meydana geldiği koşullarla ölüm şekli ve nedenleri arasında meydana gelen muhtemel bir krizi yerel pratikler oldukça zengin ve sıklıkla başvurulmuş bilirkişi tecrübesi ile aşmaktadırlar. Bu bakımdan anestezi kayıtların da olası bir ölüm halinde bilirkişi tarafından okunarak kayıtların standartlara uyumluluğu-ölüm ve nedeni arasındaki ilişkinin açığa çıkarılmasında rol oynaması muhtemeldir. Bu nedenle, anestezi malpraktislerde işin içine bilirkişinin de bir aktör olarak girmesi bu kurum hakkında bu çalışmanın okuyucularının kısa ancak optimum bir bilgiye gereksinimlerinin olacağını düşünüyorum.

### **9. Bilirkişilik Kurumu:**

Bilirkişi mütalaası iç hukukta malpraktislerin belirlenmesinde tayin edici bir kanıt olarak, gerçeğin saptanmasında önemli bir rol ve işlev üstlenmektedir. Yaşam hakkının ihlali iddialarına yönelik savunmalarda, devletin savunmasını yaslayacağı vazgeçilmez bir argümandır. Dolayısıyla hem yerel yargılama, hem de AİHM nezdindeki ihlal iddialarında bilirkişi görüşü ve uzantılarının etkin bir soruşturmada Sözleşmeyle uyumlu bir rol alıp almadıklarının gözden ırak tutulmaması, rapor ve görüşleri önemli kılan diğer nedencedir. Ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlamanın bilirkişi incelemesine tabi olma potansiyeli ve bu potansiyelin etki ve sonuçlarını ceza hukukunun yararlarıyla sınırlı tutmaması kayıtları vitrinde tutan diğer nedencedir.

Sistem olası bir bilirkişi incelemesinin öncelikle resmi olarak atanmış kişiler arasından seçilmesini emretmektedir. Yargıtay<sup>[200]</sup> resmi bilirkişinin görev tanımı içinde olan bir incelemenin, özel bilirkişiye yaptırılmasını usuli bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Ancak uygulamanın bu deneyimle tamamen uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Birçok mahkemenin bilirkişi konusunda özerk eyleyen tavrı, gerçeği arama etkinliğini resmi bilirkişi mütalaasıyla sınırlandıran deneyimleri işlevsiz bırakmaktadır. Kimi düzenlemelerin idarenin taraf olduğu davalarda, idari şema içinden seçilecek bilirkişi görüşü doğrultusunda

[200] 9.CD.28.02.2007 T., 2005/2527 E., 20017/633



yargıcı hüküm vermeye icbar etmesi, AİHM'in yanlarla bilirkişi arasındaki mesafeyi kollayan deneyimleriyle çelişmektedir.<sup>[201]</sup>

Adli tıp kurumu resmi bilirkişi kurumu olmakla birlikte, her zaman ve doğrudan mütalaasına başvuru bir otorite değildir. Bu bağlamda ATK'ya başvurulabilmesi 15/a madde gereğince önceki yolların tüketilmiş olması ve bundan bir netice edilmemesi koşuluna bağlıdır. Deneyimler de bu kuruma doğrudan başvuruların yapılmaması konusunu öneren mantalitetlerini sürdürdüklerini belirtmek gerekir.<sup>[202]</sup>

Üniversitelerin tıp fakültelerine bağlı ABD ve enstitülerin bilirkişi olarak kabul edildikleri gözetildiğinde<sup>[203]</sup>, sistemin resmi bilirkişi konusunda oldukça zengin bir rezerv ve birikme sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu eş zamanlı olarak, anayasanın 138 maddesinin anılan kurum ve çalışanlarıyla ilgili uyumsuzluklar söz konusu olduğunda ciddi bir ihlal riski ile karşı karşıya olduğuna karine teşkil eder.

YÖK yasa<sup>[204]</sup> ise 2659 sayılı yasanın işlerlik alanını da kapsayan ve oldukça geniş bir alanda adli tıp konusunda bazı koşulların tahakkukuyla resmi bilirkişilik hizmeti vermeyi hükme bağlayarak bir bakıma anılan düzenlemeyi de pekiştiren bir perspektif sunar. Böylelikle başta tıp hukukundan neşet eden uyumsuzluklarda bünyesi içindeki ihtisas birimlerine bilirkişilik yapma konusunda yetki verir.

Sistemin tıbbi girişimlerden neşet eden uyumsuzluklarda başvuracağı resmi bilirkişilik kurumlarının birden çok olması ve bunlar arasında herhangi bir hiyerarşik sıralama ve ilişki kurulmamış olması, ATK'nın bu konudaki tekeline son verildiğini<sup>[205]</sup> söylemek olanaklıdır. Adli Tıp Kurumu Yasası'nın 15/a ve 16/1-a maddeleri gözetildiğinde, kurumun bazı birimlerinin işlerliği kendisinden önce gelen kurumlardan alınacak raporların çözüme elverişli olmaması koşuluna endekslenmiş olması, kuruma doğrudan başvurmasını önlemekle kalmamakta, diğer kurumlarla ilişkisini de sıralı hale getirmektedir. Böylelikle diğer resmi bilirkişilere başvurulmadan ATK'den rapor alınması mümkün olmamakla birlikte, anılan silsile izlenerek elde edilen raporun da nihai olduğunu<sup>[206]</sup> ifade etmek güçleşmektedir. Yasa yapıcı birden fazla resmi bilirkişi tayin etmekle

[201] 3182 SK, 87/b; AYM 07.12.1995 T., 41/61 sayılı deneyimi ile bu icbar yargıcın yansızlığını güvenceye alan 138 madde ile uyumsuz bulunarak iptal edilmesi, idarenin taraf olduğu davalarda idareyle hiyerarşik ilişki içinde bulunan bilirkişilerin seçilmesi ile ortaya çıkan yansızlık ve dezavantaj sorunlarını ortadan kaldırmıştır.

[202] 1.CD. 3005.2001 T.1107/2438 K Yahya Deryal; Sağlık Hukuku Problemleri, seçkin, Temmuz 2012,286

[203] 2659 SK. 31 M., Deryal, 2012,287

[204] 2547/38-2, Deryal, 2012, 287

[205] Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, Adli Tıp Kurumu'nun tek başına ve tek yetkili bilirkişilik mercii olmadığı, üniversitelerin (Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalları) de resmi bilirkişi sayılacağıdır. Deryal, 2012, 287

[206] 12.HD.20.03.2007 T., 2366/5280; 9 CD. 21.01.3975; Deryal, 2012, 288

birlikte onlar arasında bir hiyerarşik ilişki kurmak ya da raporları arasında doğrudan ve peşin bir üstünlük kurmaktan kaçınarak, yargısal süreci yasayla etkilemekten uzak kalmıştır.

Bu bağlamda resmi bilirkişilerden görüş alma özgürlüğü kural olmakla birlikte, eşit bu kurumlara başvuru konusunda bazı sınırlamalar getirildiğini söylemek mümkündür. Dahası, sınırlamaların alınacak raporun ağırlığını tayin edici bir etki ve güce sahip olmadığını, en netice raporları tartma yetkisinin mahkemelere ait olduğunu söylemek mümkündür.

Hemen ifade etmek gerekir ki ATK tarafından verilen raporların görünen adalet ve sonuçla özdeşleşen hükme beklenen katkıyı sunabilmesi için, olayın aydınlatmasına olanak sağlayacak debi ve niteliğe sahip olması gerekir. İhtisas bulundurmayan<sup>[207]</sup> veya olayla bağlantılı bir uzmanın yokluğunda verilen mütalaanın, yargılama ve hükmün teleolojik ve deontolojik gereklerini karşıladığından söz edilemez.

Adli Tıp Genel Kurulu, iç dinamikleri tarafından verilen mütalaalar arasındaki çelişkileri gidermek ve yetersizliği aşmakla ödevli bir görev tanımına sahiptir. ATGK tarafından verilen mütalaalar, bu bağlamda çelişkiyi gidermekle sınırlı bir bağlayıcılığa sahip olup bu bağlayıcılık kurumsal bir bağlayıcılıktır. Dolayısıyla anılan raporun, mahkemeler tarafından bir başka görüşle test edilmesini önleyen herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi raporun hükme esas alınması da kaideten olanaksızdır.

ATGK' nin çelişkilerle mücadele görevinin başlaması ya da kendi dinamikleri tarafından verilen mütalaaların yetersizliğini giderebilmesi bu rol ve işlevi harekete geçirecek gerekçelerin varlığına bağlıdır. Yargıtay, böyle bir durumda mahkemenin ATGK mütalaasına neden gerek duyulduğunu temellendirmesi gerektiğini içtihat etmiştir.<sup>[208]</sup>

ATGK kararları bağlayıcı değildir. Dolayısıyla kendi hiyerarşik olanaklarını tüketmekle içsel bir bağlayıcılık debi ve aşamasına erişen bir raporun elde ettiği bu kesinlik nihailikle, raporun dış dünyadaki etki ve sonuçlarını özdeşleştirmemek gerekir. O halde kesin olanın yargıyı bağlayacağını söylemek olanaksız olduğu gibi, delilin takdiri olma özelliği, delil serbestisi ilkesinin sunduğu olanakların çokluğu ile raporun duruşma salonunda kat edeceği deontolojik süreç ve güvenilirliğinin sınanması aşaması birlikte değerlendirildiğinde, bağlayıcılığın kurumsal olmaktan öte bir anlam ifade etmediği tartışmasızdır.

Delil sistemimizin raporları kesin delil olarak kategorize etmekten kaçınmasından başka, delilleri takdir konusunda sevk ve idareye verilen geniş yetkiler,

[207] CGK. 12.11.1990, 1-250/276(YKD, C.17.S.10,Ekim 1991,s.1551)

[208] YCGK, YKD., CXXII, S.8,Ağustos 1996, s.1316; 4.CD.18.02.1985 T.1101/1025; 1CD.04.12.1985 T., 3785/4219; 6.CD.11.12.1985 T. 10148/12475;Deryal, 2012, 291

hukuki konularda mütalaa alma yasağı, adil yargılanma hakkının eşit ve özgür bir yargılamayı temin için aradığı delil bağlamı ölçütlerle, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin AİHM standartları birlikte değerlendirildiğinde raporun bağlayıcı addedilmesi olanaksızdır.

Çelişmeli yargı ilkesi, dayanılan kanıtların eşit ve özgürce tartışılması, onların güçlü veya eş değer kanıtlarla çürütülmesi, gerçek doğru ve güvenilirliğinin sair olanak ve araçlarla sınanmasına olanak veren eşitlikten sadır bir muhakeme aparatıdır. Bu aparatın kapsamına aldığı her rapor kuşkuludur ve böyle bir rapor orta yerde ve her türlü saldırıya karşı koyacak denli sağlam olmadıkça bağlayıcı olduğundan söz edilemez. Kesinliği bağlayıcılıkla karıştıran her girişim, çelişme ilkesini aştığı için hükümsüzdür. Dolayısıyla ATGK kararları da iç bağlayıcılığı veya resmi karizmasına rağmen bir başka parametre kanıt veya mütalaa ile çürütülmeye elverişlidir.

Yüksek Sağlık Şurası: YSS' nin adli görev tanımı; mahkemelere intikal eden tıbbi uyumsuzluklarda tartışma konusu edilen hekim hataları konusunda mütalaa ile sınırlıdır. Bu görev tanımı özü itibarıyla yargılananın kimliği üzerinden yapılan bir görev tanımı olup, yasa kapsamına alınmayan öznelerle ilgili bir spesifik görevinden söz etmek olanaksızdır. Görev tanımını ayakta tutan bir diğer parametre ise, tabibin yasa bağlamındaki tababet yani tıbbi sanat veya girişimden neşet eden yanıdır. Bu özellik , YSS' nin görev tanımını iyice büzerek hekimin sair eylemlerini dışarıda bırakan bir hacme indirgemektedir. Şura'nın görev tanımını belirleyen bir diğer husus ise, faaliyetin hekimlik kapsamında olup olmadığını belirleme etkinliğidir. Bu eş zamanlı olarak Şura' nın özne bağlamı sınırlarının kapsam üzerinden belirlenmesi etkinliğidir.

AYM 03.06 2010 T.2009/69 E., 2010/79 sayılı kararı ile 1219 SK'nın 75 maddesi ile YSS'nin 84 yıllık tıbbi girişimlerde malpraktis konusundaki mütalaa tekeline son verilmiştir. Böylelikle özne bağlamı görev tanımı varlığını korumakla birlikte, Şura'nın özne bağlamı zorunlu bilirkişilik görevi sonlandırılmaktadır. Bu iptalle birlikte yargının resmi bilirkişi görüşüne mahkûm edilmesine neden olan önemli ve oldukça güçlü bir bağ da koparılmış, yargının mütalaa üzerinden idareye bağımlı kılınması önündeki bir engel de tarih olmuştur.

YSS anılan özelliği ile kural olarak bilirkişi portföyünde yer alan kurum ve kişilerle diğer mahkemelerin başvurabilecekleri bir kurum hüviyetine kavuşmuştur. Bu kurumun yasadan neşet eden karizmasını bertaraf etmekle birlikte, kurumun malpraktis konusundaki 84 yıllık tecrübesinin istifade sınırları içerisinde bıraktığını unutmamak gerekir. Şura'nın adli gerçeklere hizmet ettiği sürece bu birikimin adli hizmet için bir anlam oluşturacağını unutmamak gerekir. Öte yandan kurumun idare bünyesinde çalışan hekimlerle organik

ilişkisi veya şema akrabalığı bu kurumun mütalaalarını AİHM standartları açısından sorunlu hale getireceğini unutmamak gerekir. (Buamartin-Fransa)

Hiç kuşkusuz YSS tarafından verilen mütalaalar da diğerleri gibi bağlayıcı değildir. Ceza muhakemesinin deontolojik ve teleolojik kaygılarının gerçeği salt bir kanıt, delil veya mütalaayla perdelemesi yargılamanın diğer delillerden istifadesini önlemektedir. Dolayısıyla bu kurumun da verdiği raporların sınırlı da olsa bir başka bilirkişi kurumu tarafından çürütülmesi veya pekiştirilmesine olanak tanıyan bir düzenleme ve sistemin varlığından söz edilebilir. Ancak evvelce de ifade edildiği üzere, kurumun görev tanımı içinde kalan kimi hususlardaki birikiminin gözetilmesi gerçeği arama faaliyetinin gözden kaçırmaması gerekir. Bu bağlamda geçmişte olduğu gibi ceza uyuşmazlıklarında başvurulması zorunlu olmakla birlikte mütalaa bağlayıcı olmayan YSS mütalaalarının, iptalden sonra hem zorunlu hem de bağlayıcı olmaktan çıktığını söylemek mümkündür.

Bilirkişi incelemesi talep üzerine veya kendiliğinden verilecek bir kararla mümkündür. CMK 63 ve devamı hükümleri kimin nasıl ve ne şekilde hangi konuyla mahdut olarak seçileceği konusunda doyurucu bir düzenlemeye sahiptir. Yargıcın hukuki konularda mütalaa alma yasağı geriye özellikle anestezi malpraktislerin standartlarla veya protokollerle uyumunu sınavacak bir bilirkişi seçimini çoğu kez zorunlu hale getirmektedir. Burada gözden kaçmaması gereken ceza yargısının bilirkişinin görev tanımı konusundaki takdir marjıdır. Yasaksız alanda gerçeğin açığa çıkarılması görev tanımını lokal ve likit hale getirmesi gerekir. Bu görev tanımının lokal ve likit olmamasından ötürü inisiyatifin bilirkişiye geçeceğini unutmamak gerekir. Aşkınlık gizilgücü olan bu alan oldukça kırılmalıdır ve aşkınlığa müsaittir.

Bir diğer husus, anestezi girişimlerden neşet eden hataların hangi bilirkişi veya bilirkişi heyetleri tarafından belirleneceği konusunun taşıdığı yaşamsal değerdir. Yargıcın kontrolündeki bu alanda yargıcın oldukça dikkatli ve konusunda otör olanları belirleyerek olgunun sınırların ötesindeki geniş bir birikim portföyü ölçüt alınarak çözülmesine olanak tanınmalıdır. Konusunda uzman olmayan, yeteri kadar birikimi bulunmayan bir heyetin gerçeğe katkı sunması güç olacaktır.

Bu konuya son vermeden şunu söylemek, insanı ve gerçeği merkez alan bir çalışmanın görevidir. Bilirkişi yargılaşma pratiği veya gerçeğin açığa çıkarılmasında kendisine ayrılan rol ve işlevin ötesine geçerek aşkınlığı kuruma ihtiyatlı yaklaşmayı meşrulaştırmaktadır. Adalet bakanlığının bu kurumu disipline etme çabalarına her gün bir yenisini ekleyerek devam etmesi, anestezi kayıtlarla yolu kesilen bilirkişilik kurumuna ihtiyatlı yaklaşmayı gerekli kılmaktadır.

## 10. Ölçümleme, değerlendirme Kayıtlama Zamanı/Zaman Bazlı Kayıt:

Kaydın bellek olma özelliği, onun olup bitenleri zamanında tutması koşuluyla bağlıdır. İnsan hafızasının zamana yenilme potansiyeli, tıbbi kayıtların kural olarak anlık, saptama, teşhis tanı ve tedavi ile eş zamanlı olarak tutulmasını gerektirir. Bu bağlamda öncelikle bir kaydın tutulması için mevzuat tarafından öngörülmuş bir zaman kesiti varsa bu süre içinde yoksa ya da bu konuda anestezi uzmanına zaman bağlamalı bir marj yetkisi verilmiş ise makul süre içinde, olabildiğince minimum süre zarfında işlem ve uzantılarının denetime elverişli olacak şekilde tutulması zorunludur.

Hastanın şema uyarınca anestezi girişimle ilişkisinin bittiği an, makul sürenin sonu olarak kabul edilmelidir. Hastanın servise çıkmasından sonraki her gecikme, anestezik kayıtlarını mekan ve zaman üzerinden örseleyeceğini, onların güvenilirliğini sorunlu hale getireceğini unutmamak gerekir. Bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değilse, uzmanın her girişimi olabildiğince erken bir zaman zarfında kayıt altına alarak, zamanın kayıtları örseleme, gerçeği manüple etme ve tahrif etme riskini önlemek zorundadır. Kaydın öngörülen zaman dışında tutulması, geç tutulması veya vaktinden çok sonra kaleme alınması onun gerçek ve doğruluğu üzerindeki kuşkuları artıracaktır. Böyle bir ihtimalde, kaydın gerçekle uyumlu olarak tutulduğunun devlet ve anestezik girişimi gerçekleştiren uzman veya ekip tarafından kanıtlanması gerekir. Bu bağlamda ameliyattan günler sonra ameliyat raporunun kabul edilemez olduğu ifade edilmektedir.<sup>[209]</sup> Bu araya giren zamanın evrakların ikna kabiliyeti üzerindeki negatif etkisine delalet eder. Benzeri bir yorumun da Yargıtay tarafından içtihat edildiğine tanıklık ediyoruz. Yargıtay, ameliyat raporunun, ameliyattan 7-8 ay sonra tutulmuş olmasını, kabul edilemez bir kusur olarak nitelmiştir.<sup>[210]</sup> Bu iki tez bize makul olmayan süre içinde tutulan kayıtların güvenilirliğini kuşkulu hale getirdiğini belirtmekle kalmamakta, olası bir ihtilafta gecikmenin özerk bir kusur olarak telakki edileceğini de göstermektedir.

Sınırların ötesinde konuyu tartışan düşünceler, kaydın haftalar veya aylar sonra tutulmasının ispat yükünü kaydın hiç yapılmaması veya eksik yapılması hallerinde olduğu gibi ters çevirme<sup>[211]</sup> potansiyeli taşıyabileceği öne sürülmektedir. Kaydın tutulmaması eksik tutulmaması olasılığı ifade edildiği gibi özellikle hukuk yargısında ispat külfetini ters çevirecek denli ağır bir kusur olarak telakki edilerek, aksinin hekim tarafından ispat edilmesini gerektiren bir karineye dönüşmektedir. Olası bir hukuk yargısında, kayıtların zamanında ve tam olarak tutulmasından hiç kuşkusuz hekim soruludur.

[209] Polat, 163; Hakeri, Kasım 2013

[210] 13.HD., 07.02.2005 T., 12088/1728; Hakeri, 2013,486

[211] L/U-Uhlenbruck/Schlund,§59,Kn.12; Francke/Hart, 83; Hakeri, 2013,486

Kayıtların tutulma zamanı ile ilgili bir ipucunu YTKİY 72 maddesinde bulmak mümkündür. 72 madde hastanın en kısa sürede tetkiklerinin yapılarak bulguların dosyaya işleneceğini, gerekli tedavi şeklinin tespit edilerek tabelasına kaydedileceğini, müşahedenin ayrıntılı olması gerektiğini ve vaktinde usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini emretmektedir.

72 madde buradan bakıldığında kayıtlamayı zaman, özne ve konu bakımından bir standarda oturtmaktadır. Düzenlemenin anestezik gözlemlerin okunaklı, ayrıntılı ve vaktinde tutulmasını istemesi, onun kayıtları kronolojik bir periyodla sınırladığına delalet eder. Öteki deyişle yönetmelik kayıtların zamanla sınırlı olarak tutulması konusunda oldukça duyarlıdır. O halde verilerin belirlenmesi, değerlendirilerek dosyasına işlenmesi ve gözlemlerin kaydı en kısa sürede veya vaktinde yapılmalıdır. En kısa süre kronolojik açıdan minimum, vaktinde ise maksimum kayıt süresine tekabül eder. Kayıtların zamanında tutulmasının başhekimin denetimine tabi tutulması, zamanında kayıtlamaya verilen önemin bir başka görünüm biçimidir.

Anestezik kayıtların, büyük ölçüde anestezi uzmanına gözlem, teşhis ve girişimlerini eylem ve gözlemiyle eş zamanlı kaleme alınacak şekilde hazırlanmalarını gözlüyoruz. Anestezik girişimin zamana yayılması, olasılığında, hastanın hayati fonksiyonlarının monitörize edilerek mütemadiyen gözlemlenmesi ve kayıtlanması gerektiği tartışmasızdır. Girişim süresince hastanın ölçüm ve değerlendirmesinin olabildi en kısa zamanda kayıtlanması olası bir ölümün hangi koşullarda tahakkuk ettiğini belirleme açısından yaşamsaldır.

Esasında girişim şemaları üzerinde dikkatli bir inceleme yapıldığında, formların kronolojik periyotlarla özdeşleşecek ve araya zamanın girmesini önleyecek bir silsile içinde hazırlandıkları anlaşılmaktadır. Bu bize, hastanın güvenli Transferi Prosedürüne ilişkin form doldurulmadan, Hasta bakım Takip Formu düzenlenemeyeceğini göstermektedir. Böyle bir şema fazlar arası geçişin öznel tarafında bir oto kontrole tabi tutulduğuna ilişkin bir izlenim vermektedir. Bu açıdan, her sağlık biriminin, özellikle girişim öncesinden başlayarak sonrasına değin uzun bir aralıkta, her şeyin eş zamanlı ve ardışık olarak ve araya fasıla girmeksizin düzenlenmesi, tutulması, kayıtlanmasını, ilgili yerlerde saklanması gerektiği konusunda sıkı şekil şartlarına sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Dolayısıyla Yoğun bakım İşleyiş Prosedürü<sup>[212]</sup> ve türevleri üzerinden sıradan bir okumanın, kayıtların zamanında tutulmaya endeksli olduğunu, bu şema uyarınca bir işlem yapılmadan diğerine geçilmesinin mümkün olmadığına delalet eder. Girişim veya Yoğun bakım şeması, özü itibarıyla anestezik girişime maruz kalacak hastanın hangi tıbbi Safahatlardan, ne zaman, nasıl, ne şekilde

[212] 17.01.2012 T., KYB.PR.28

geçtiğinden başka bu girişimin öznesi hakkında tereddüde mahal vermeyecek denli malumat verecek şekilde dizayn edilmiştir.

Kural, kayıtların olabildiğince tespitlerden, girişim ve işlemlerden hemen sonra, ya da ilk fırsatta tutulmasıdır. İşlemler zaman arasında meydana gelen her uyumsuzluk veya çelişkinin kayıt tutan özne aleyhine sonuç doğuracağını söylemek mümkündür. Girişimin derhal ya da anlık kayıt tutmaya imkan vermemesi halinde, ilk fırsatta veya makul süre içinde kaydın işlem ve girişimle bağdaşır şekilde tutulması zorunludur. İstisnaların ispat hukuku alanında yaratacağı dezavantajlar veya anestezi uzmanı ile devletin kayıt tutmaktan neşet eden yükümlülüğü ile olan çelişkisi, bu seçeneğin olabildiğince tercih olmaktan çıkarılmasını zorunlu kılar.

Sınırların ötesindeki örnekler, hastanın monitörize edilmesinden sonra hayati fonksiyonlarının izlenmesi, kontrol ve denetlenmesine yönelik ölçme ve kayıtlamanın oldukça önemli bir aşama olarak benimsendiğini göstermektedir. İngiltere'de<sup>[213]</sup> kalp hızı, kan basıncı, web periferel oksijen doygunluğu gibi çekirdek bilgilerle ilgili ölçümleme ve değerlendirmelerin maksimum beşer dakika arayla, hastanın klinik olarak stabil olmadığı hallerde ise ölçümleme ve kayıtlamanın daha sık aralıklarla yapılması önerilmektedir. Amerika'da<sup>[214]</sup> monitörler aracılığıyla gerçekleştirilecek kayıtların, çekirdek bilgiler olarak tabir edilen kalp hızı, kan basıncı web priferel oksijen doygunluğunun maksimum beş dakikayla sınırlı olarak yalın, net ve kesin olarak ölçülerek kayıtlanması tavsiye edilmektedir. Kanada<sup>[215]</sup> da ise Bütün monitörize edilmiş fizyolojik değişikliklerin, klinik durumla örtüşecek ve onları yansıtacak aralıklarla not edilmelidir. Özellikle kan basıncının en az 5 dakika aralıklarla oksijen satürasyonunun ise

[213] 2Monitörler vasıtasıyla sağlanan ölçümlerin net kesin kayıtları alınmalıdır kabul edilen çekirdek bilgiler ( kalp hızı kan basıncı web periferel oksijen doygunluğu) 5 dakikadan daha uzun olmayan aralıklarla eğer hasta klinik olarak stabil değilse daha sık aralıklarla kaydedilmelidir. Recommendations for standards of monitoring during anesthesia and recovery (4th edition). The association of anaesthetists of great Britain and Ireland ( march 2007 ); 5

[214] 5İntraoperatif anestezi prosedürü( zaman olay kaydı) hastaların monitörizasyonu( hastanın hayatsal fonksiyonlarının kaydı, rutin dışı monitörizasyonların kullanımlarının kaydı) Statement on documentation of anesthesia care. American Society of Anesthesiologists. (Approved by the ASA House of delegates on October 15,2003, and last amended on October 15,2003, and last amended on October 16,2013; 2

[215] Bütün monitörize edilmiş fizyolojik değişiklikler, klinik durumları yeterli olarak yansıtacak aralıklarla not edilmelidir. Kan basıncı en az 5 dakika aralıklarla not edilmelidir .Oksijen satürasyonu devamlı olarak monitörde edilmeli ve sık aralıklarla kayıt edilmelidir . Monitörler ekipman ve teknikler, süreler uygulanan bütün ilaçların ve sıvıların doz ve uygulama yolları kaydedilmelidir. Anestezi kayıtları hastanın bilinç düzeyi, kalp hızını, kan basıncını, oksijen satürasyonunu ve solunum sayısını anestezi sonrası bakım ünitesinin ilk saptanan değerlerine kadar içermelidir . Guidelines the practice of anesthesia Can J Anesth/ J Can Anesth (2010) 57:58-87

sürekli monitörize edilerek ölçümleme ve değerlendirmelerin kayıtlanması önerilmektedir. Monitörler ekipman ve teknikler, süreler uygulanan bütün ilaçların ve sıvıların doz ve uygulama yollarının kaydedilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Anestezi kayıtları hastanın bilinç düzeyi, kalp hızını, kan basıncını, oksijen satürasyonunu ve solunum sayısını anestezi sonrası bakım ünitesinin ilk saptanan değerleri içerecek şekilde olması dikkate şayan bir diğer prensiptir. Örneklerin bileşkesi bize girişime tabi tutulan hastanın ölüm riskinden korunması ve olası bir ölüm halinde de ölüm nedeni ve koşulları hakkında optimum bilginin temini için ölçümleme ve kayıtlama işleminin kaideten sürekli, istisnai olarak da her beş dakikalık periyotta yapılması gerektiğini işaret etmektedir. Tıp literatüründeki bu akımların AİHM deneyimlerine kaynak olma olasılıkları, yerel tıbbi girişimlerin ölçümleme ve kayıtlama konusundaki tartışmaların bu “guideline” lara odaklanmasını ihtiyaca dönüştürmektedir.

Tıbbi hizmetler Sunum Rehberi'nin<sup>[216]</sup> 7.1.2/h bendi, ameliyat sonuçlandırıldığında anestezi uzman ve teknisyeninin takip ve değerlendirme sonuçlarını kayıtlamalarını önermektedir. Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve anestezik girişimlerde akışkanlığı ve disiplini sağlamak ve standarda bağlamak ereğiyle vücuda getirdiği 01.08.2006 Tarihli İAŞ 14 formu da ameliyat tamamlandığında anestezi teknisyen ve uzmanı eşliğinde anestezi ile ilgili işlemlerin anestezi fiş ve defterine işlenmesini tavsiye etmektedir.

O halde, kaydın girişim veya işlemten çok sonra veya makul süre aşıldıktan sonra tutulması istisnai olup zorunlu ve sürpriz gelişmelerle mahduttur. Kayıt ile işlem arasındaki makasın açılması, periyodun uzaması, zamansal mesafenin artması, artış ölçüsünde kaydı etkisiz kılma, örseleme ve hükümden düşürme potansiyelini artırır. Böyle bir delilin Sözleşme bağlamında tıbbi delil olarak benimsenme şansı işlemle arasına aldığı zamanın aşkınlığı ölçüsünde azalır. Bu, olası bir ölüm halinde, ölümün hangi koşullar altında ve hangi nedenden neşet ettiğine ilişkin kuşkuların aşılmasını taşıdığı defodan ötürü bir hayli güçleştirir.

Gecikme zorunlu ve kaçınılmaz ise bu gecikmeyi yaratan veya gecikmeye neden olgunun ayrı bir tutanakla veya girişim formunun uygun bir bölümünde gösterilerek, gecikmenin samimiyetinin sınanmasına olanak tanınmalıdır. Bu kaydın geç tutulmasından neşet eden ve anestezi uzmanını zan altında bırakan risklerin bertaraf edilmesine yarayan önemli bir ispat aktivitesidir. Anestezik işlem, girişim, teşhis ve tanı gibi onlarca işlemin sıralı, sürekli ve tam olarak kayıt altına alınma ödevi ile tıbbi girişim arasındaki krizin, her halükarda yaşamı korumaya ve kurtarmaya özgülünen anestezik girişimden yana bir tavırla aşılması

[216] T.C. Sağlık Bakanlığı'nın Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu aracılığıyla tıbbi hizmetlerin disiplinini sağlamak verimliliğini artırmak amacıyla oluşturduğu , 2013 tarihli metin.



gerektiği tartışmasıdır. Ancak, yaşam hakkının önceliğinin sömürülerek kayıt ödevinden de ödün verilmemesi gerekir. Sömürü testi, hiç kuşkusuz, kayıt ödevine uygun davranılmakla mümkündür.

Kayıt tutma yükümlülüğüne, üstlendiği birçok misyonla bağdaşır bir ciddiyetle yaklaşılması zorunludur. Kaydın zamanında tutulmamasının yarattığı etki ve sonuçların kayıtların farklı misyonlarına göre değişiklik gösterdikleri tartışmasıdır. İspat işlevini yerine getirmeye özgülenmiş bir kaydın, ispat için yaşamsal öneme sahip olguları kayıt altına almada oldukça özenli davranması, zamanın kayıtları tahrif, başkalaştırma ve değiştirme potansiyelini bertaraf edecek şekilde eylemelidir.

İşlerin yoğun olması veya akışkanlığın hızlanması ile kayıttan imtina veya kayıtların ertelenmesi arasında doğrudan bir ilişki mevcut olmakla birlikte, iş yoğunluğu ve organizasyon bozukluğunun mutad gerekçelere dönüştürülerek kayıttan imtina etmenin alışkanlık haline getirilmesi hoş görülemez. Burada dikkatten kaçmaması gereken, hızlı bir girişimden ziyade anestezi girişimin protokol ve standartlarla uyumunu sağlayan güvenilir kılacak önlemleri elden bırakmayan girişimdir. Bu girişim anestezi uzmanının misyonları arasındaki krizi de dengede tutan bir çözümdür. Yüzlerce ameliyat veya onlarca ameliyata ait girişime ait formları biriktirerek hazırlamak doldurarak kayda dönüştürmenin zaman bağlamı riskleri, biriktirerek kayıtlamayı önerilebilir seçenek olmaktan çıkarmaktadır. Böyle bir ihtimal, iş yoğunluğu ile kayıt defoları arasında tolare edilebilir bir ilişki kurmak veya yoğunluğu olası bir ihtilafta sorumluluktan kurtulmayı gerektiren bir olguya dönüştürmek, gecikmeyi hukuka uygunluk nedeni manasına gelir.

Kayıtların makul süre içinde tutulması için elimizde geliştirilmiş bir test bulunmamakla birlikte, benzer testlerden hareketle, a) işin mahiyeti, b) organizasyon ve alt yapı olanakları, b) Anestezi hâkiminin tavrı gibi ölçütlere yaslanarak belirlemek olasıdır. Bu evvelce ifade ettiğimiz gecikmeleri hoş görecektir ve hekim aleyhine bir dezavantaja dönüştürmeyecek

### 11. Kayıtların Hükmü/Delil Olmanın Etki ve Sonucu:

AİHS hiç kuşkusuz, anestezi girişimlerine tabi tutulan hastalarla ilgili olarak tutulan kayıtların tıbbi delil statüsünde oldukları tartışmasıdır. Bu tür delillerin yaşam hakkının ihlaliyle ilgili olarak yapılan başvurularda başvurulacak ilk ve asli kaynak olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak böyle bir delilin yani anestezi girişimlere delalet eden argümanların görünen adalet veya etkin soruşturma bağlamında kendisine yüklenen rolü gerçekleştiribilmesi onun usulüne uygun olarak tutulmasına bağlıdır. Yöntemine uygunluk anestezi kayıtlarının her şeyden evvel yerel ve uluslararası standartlara uygun olarak tutulmasına bağlıdır.

Yerel kodların anestezik kayıtların nasıl tutulması, saklanması ve korunması konusunda teorik bir yetersizliğinden ya da yasama ve idari mevzuattan kaynaklanan bir akametinden söz etmek olanaksızdır. Gerek yönetmelik gerekse dokümantasyon ve arşivlenmesine ilişkin genel düzenlemeler yasama ve idarenin kayıt konusunda yeterli olanaklara sahip olduğunu söylemek mümkündür. Kayıtların fonksiyonelliği konusundaki bilgilenme veya kayıtların tutulmasını gerektiren gerekçelerin itkisi, kamu ve özel hastahane ve hekimlerin kayıtlama konusunda gerekli altyapıya sahip olmak için yatırım yapmaları ve arşivleme çalışması başlattıklarına tanıklık ediyoruz.

Bilgi Edinme Yasası'nın işler olmaya başlaması kayıtlamanın bu yasayla korumaya alınan hukuki yararları korumak bakımından kayıtları daha da önemli ve çok amaçlı hale getirmektedir.

Bu bakımdan bir kaydın delil olabilmesi için her şeyden evvel yukarıda belirtilen sınırlar içinde kalınarak oluşturulmuş olması zorunludur. Konu, özne, görev, yetki, zaman ve amaç bağlamı sınırlarla uyumlu olmayan bir belgenin usulüne uygun bir delil veya kayıt olduğunu benimsemek mümkün değildir.

Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin standartlar böyle bir belgenin hükme esas alınabilmesi için konulmuş ölçütlerle uyumlu olmasını aramaktadır. Strasbourg yargı mercii, esas itibarıyla neyin delil olarak kabul edilmesi gerektiğini iç hukuk sorunu olarak kabul ederek bu işi yerel yargıcın takdir marjı kapsamına terk eder. Kural bu olmakla birlikte, bir bütün olarak delilin yargılamayı işlevsiz bırakması, keyfilığe neden olması ve hakkaniyet sorunu yaratması halinde deliller hakkında yorum yapmayı müdahil olmayı benimsemektedir.

Bu bağlamda kaydın delil olması ve kabul edilebilirliği görevi yerel yargı otoritelerine aittir. Mahkemeler, kayıtların delil olup olmayacaklarını delillerin elde edilme yöntemi, yasalarla uyumluluğu ve olayı aydınlatmadaki gücünü referans olarak değerlendirme yetkisine sahiptirler.

Kayıtların delil olma özelliği onların çürütülmesine olanak sağlayan bir mekanizmanın varlığını zorunlu kılar. Bu bağlamda hukuk sistemi, anestezik kayıtların gerçek ve doğruluğunun sınanmasına yarayacak bir hukuki olanak ve kolaylık tanımaktadır. Sistem çelişmeli yargı ilkesi üzerinden bu delillerin tahkim veya çürütülmesine cevaz vermesi, anestezik kayıtların yukarıda belirlenen standartlara uygun olarak tutulup tutulmadığının denetlenmesini mümkün kılmaktadır. Hukuk düzeni, anestezik kayıtların sıhhati, gerçekliği üzerinden meydana gelen bir kuşkunun tartışılarak aşılmasına imkân veren ve hangi kayıtların delil olamayacağına ilişkin bir düzenek, yöntem ve araçlara sahiptir.<sup>[217]</sup>

Bu bağlamda hüküm ancak gösterilen, sunulan, resen toplanan ve tartışılan argümanlara yaslanılarak kurulması zorunludur.(CMK 217/1) Dolayısıyla

[217] Doğru, Ekim 2011, 69

tartışılmayan veya tartışılmasına imkan verilmeyen, gerçek ve doğruluğunun sınanması imkanı bertaraf edilen kayıtlara dayalı olarak hüküm verilmesi mümkün değildir.(CMK 206) Sistem dayanılan argüman, kayıt veya delillerin duruşmada okunmasını emreder. Duruşmada bu kayıtların okunması ile temin edilmek istenen, anestezi kayıtlar üzerinde bir diyalog başlatılması, onların delil olma kalite ve kantitesini tartışmaya açmak, onların hükmü etkileme potansiyeline saldırılmasına olanak tanımaktır. Öteki deyişle, yargılama ve hükmün referansı olan materyali olabildiğince tabanı geniş bir oturma enine boyuna tartışmak, kabul edilebilir olup olmadığını belirlemektir. Okunma anestezi kayıtların kabul edilebilirlik tartışmasını başlatan ilk olgu, delillerin test edilme işleminin sıfır noktasıdır.

Yasama delil dolayısıyla anestezi kaydın yargılamanın her aşamasında sunulmasına olanak tanıyarak (CMK 207), zamanın yargılama, gerçek ve hüküm üzerindeki baskısını sıfırlamıştır. Böylece, geç de olsa veya çeşitli nedenlerle anestezi kayıtlara ulaşılmaması nedeniyle, yargılama ve gerçeğe erişme misyonunun olası bir sendrom yaşamasına izin verilmemiştir. Anestezi materyal veya kayıtlar tartışma masasına gelmesi ve okunması kural olarak onun kabul edilebilirlik testine hazır olduğu manasına gelir. Anestezi kayıtların salt yargılamayı geciktirme amacıyla sunulması ihtimal dahilindedir. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde, CMK 206/2/c bendi uyarınca reddi mümkündür. Bu red, delilin kalite ve kantite testine istinaden değil, onun yargılamayı geciktiren özelliğinden neşet eder. Bu aynı zamanda delilin, yargılama ve hükmün yazgısını belirleyen bir kalite ve ağırlıkta olmadığına ilişkin bir örtülü teste tabi tutulduğu manasına gelir. O halde anestezi kayıtların geç bildirilmesi onun delil olarak kabulünü engeller bir olgu olmadığı gibi, mahkemenin böyle bir kaydın yargılamayı geciktirme amacına özgülediğinden ötürü değerlendirme dışı bırakması da olasıdır.

209/1 madde duruşmada mutlaka okunması gereken belge ve tutanakları sayarak sınırlar. Bunlar arasında delil olarak kullanılan belge ile diğer yazıların sayılması, anestezi kayıtların bu düzenleme uyarınca duruşmada mutlaka okunmasını zorunlu kılar. Bunlar arasında kişisel veri bulunması ki, bazı kayıtların özel veri içermesi mümkündür. Bu takdirde sanık ile mağdurun birlikte veya yekdiğerinden ayrı olarak talep etmeleri halinde bu verilerle sınırlı olarak kapalı oturum yapılması ve kayıtların kapalı oturumda okunarak tartışılması zorunludur. Bu, açık yargılama hakkının, kişisel verilerin korunması talebiyle yaşadığı istisnai krizin kapalı oturum aracılığıyla çözülmesi demektir.

Duruşmada okunmamış, bir anestezi kayda dayalı olarak hüküm vermek hükmün niteliği ne olursa olsun mümkün değildir. CMK'nın 217 maddesi tartışma masasında ne bulunduğunu, resen veya kendiliğinden getirilen gösterilen işaret edilen delillerin ne olduğu, kim tarafından getirildiği nereden temin

edildiği, kalite ve kantite testine tabi tutulabilmesi için zorunlu görmektedir. Bu anestezi uzmanı tarafından tutulan kaydın sınanabilmesi için atılması gereken ilk adımdır. Bunun sıradan veya öylesine bir adım olmaması, 217 maddeyi yaşam hakkı bağlamı uyumsuzluklarda başat bir hale getirmektedir. Başatlık onun atideki rol ve işleviyle uyumlu olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Burada meydana gelecek bir kırılmanın anestezi kayıtlarının yargılama ve hüküm üzerindeki gizil gücüne de aksedeceğini unutmamak gerekir.

Anestezik kayıtların okunmaması ve yanlış eksik olarak okunması görünen adaleti riske eden ciddi bir usuli eksikliktir. Bu eksikliğin gerçeğin açığa çıkarılma işlevini de gücü oranında etkileyeceği muhakkaktır. Birçok açıdan yargılamayı hükümden düşüren bu potansiyel kayıtlar üzerinden yargılamaya yetmezlik yaşatır. Belgenin okunmaması, onun kabul edilebilirlik testine tabi tutulmadan otomatik olarak devre dışı bırakıldığı manasına gelir. Anestezik kaydın duruşmada okunmaması hiç kuşkusuz özerk bir temyiz ve bozma nedenidir. Onu saltık bir usul hatası olarak telakki edilmesinin nedeni ona hükmü biçimlendirme, kendisini kabul ettirme olanak ve kolaylığının sıfırlanmış olmasıdır.

Anestezik kayıtların okunmasından kasıt: yargılanan, yargılamaya iştirak eden süjelerle öznelere, kayıtları kabul edilebilirlik ölçütleriyle uyumluluğunu sınamalarına imkan ve kolaylık tanıyacak malumatı vermek olarak anlaşılması icab eder. Malumat: bu bağlamda soyut veya öylesine bir bilgilendirme değil, sanık veya tartışmanın taraflarını bu bilgi ve belge üzerinde yöntemine uygun ve doyarsıya bir tartışma yapmaya özendirerek kalite ve kantitede olmalıdır. Tartışmayı tetikleyecek, çelişkileri artıracak, sertleştirecek veya münakaşayı özendirerek bir bilgilendirme yargılananları harekete geçiren kabul edilebilirlik testine dahil eden optimum bilgilendirme, tahayyül edilen malumattır. Bu amaçla uyumlu olmayan veya optimum bilgilendirmeye özgülenmeyen okumanın yanları kayıtlar üzerinde etkin ve verimli tartışmaya davet ettiğiinden söz etmesi olanaksızdır.

Anestezik kayıtların usulüne göre okunmaması, onların delil olma yetenek ve yetileri üzerindeki tartışmayı etkisiz kılarak kabul edilebilirlik testi ile temin edilmek istenen hedefi yetmezliğe sokar. Böyle bir sendrom en kötü ihtimal, hükmü belirleme potansiyeli olan anestezi kanıtları kuşkulu hale getirir. Kuşkuyu tetikleyen, okumanın usulsüzlüğünün vücuda getirdiği yetersiz veya eksik malumatın çelişerek ve çürüterek ilerlemeyi kısıtlayan, önleyen etkisidir.

Okunan anestezi kayıt, bilgi ve belgelere karşı yanlardan diyeceklerinin sorulması, özü itibarıyla diyalog kurma hak ve yetkisine sahip olanları tıbbi argümanlar üzerinde münakaşa yapmaya, onların gerçek ve doğruluğunu sınamaya, kaynakları ile hükmü etkileme potansiyelini bir çok done üzerinden tartışmaya davet etmek demektir. (CMK 215) Bu tartışmanın etkin ve verimli olabilmesi için bilginin saklanmaması, eksik sunulmaması aksine tam ve sürekli olarak

aktarılması gerekir. Bilgi akışının sağlıklı şekilde gerçekleşmesinden, malumatın ilgisine tam ve doğru olarak nakledilmesinden hiç kuşkusuz, bu süreçlerin yöntemine uygun olarak sevk ve idaresinden yargıç sorumludur. Delillerin nitel ve nicel açıdan bir teste tabi tutulabilmesi, çelişmeli yargı ilkesinin sağladığı olanaklarla mümkündür.

Anestezik kayıtların yanlardan saklanması, eksik okunması veya okunmaması yanlardan biri için dezavantaj yaratacağı için usuli eşitsizlik yaratarak eşitler arası diyalogu monoloğa dönüştürür. Bu ise ikinci madde için oldukça önemli bir kabul edilebilirlik sorunu anlamına gelir. Çelişmeli yargı ilkesi, eşitlik ilkesinin yorumuyla edinilmiş aralarında anestezik kayıtların da olduğu birçok materyalin gerçek ve doğruluğunu sınavan bir muhakeme aparatıdır. Malumatın iletimindeki hataların bu ilke üzerinden yanlardan birine avantaj sağlayarak eşitsizlik yaratması, sadece yaşam hakkının etkin soruşturma boyutunu değil adil yargılama hakkının da ihlaline neden olur.

Anestezik kayıtların şekil ve içeriği ile ilgili olası bir kuşku CMK 215/1 maddesinin uygulanmasını gerektirir. Böyle bir olasılıkta anestezik kayıtları tutan veya imzalayan kişilerin duruşmaya çağrılarak dinlenmeleri mümkündür. Bu anestezik kayıtları üzerindeki kuşkuların öznelerin şahadet veya beyanlarıyla aşılmasını zorunlu hale getirir. Anestezik kaydın bu sendromu onun hükmü etkileme potansiyelinde zayıflamaya, ikna ve inandırıcılık potansiyelinde ciddi kırılmaya neden olur.

Deliller üzerindeki tartışmanın başlayıp başlamadığı konusunda ispat hukuku açısından yaşamsal bir değeri vardır. Anestezik kayıtların duruşmada okunmadığı veya mahiyetinin yeteri kadar anlaşılmadığı konusundaki olası kuşkuları aşacak yegâne araç duruşma tutanaklarıdır. Konuyu düzenleyen 221 maddenin, okunan veya okunmasından vazgeçilen belgelerle yazıların tutanağa kayıt edilmesini emretmesi, özü itibarıyla neyin tartışmaya açıldığını neyin tartışma dışı bırakıldığını belirleyerek yargılamanın hangi zemin üzerinde yürüdüğüne dair kuşkuları sonlandırır.

Kayıtlar üzerindeki tartışmaların tutanağa yazılma mecburiyeti(221/1/c) bu tartışmanın nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin olası kuşkuların aşılmasını ve denetlenmesini hedefler. Bu yönüyle anestezik kayıtların, gerçek ve doğruluğunun sınavmasını sağlayacak etkin ve verimli bir adli mekanizmanın varlığından söz etmek mümkündür. Yasamanın kolaylıkla işletilebilen bir mekanizma ve etkin aparatlar sunması, yaşam hakkı bağlamında karşılaşılabileceği önemli bir riski enterne ettiğine delalet eder. Bu iç hukuktaki ihlallerin denetlenmesi veya yargılama hüküm ve kanıt arasındaki ilişkinin sınavması bakımından oldukça önemli bir olanaktır. CMK'nın 222 maddesinin tutanağın ispat işlevine yaptığı güçlü vurgu, sınırların ötesinde meydana gelen bir ihtilafta duruşma tutanaklarının alacağı rolün açığa çıkarıcı önemli düzenlemedir.

Anestezik kayıtların tıbbi delil olabilmesi için belirlenen usule uygun olarak tutulması zorunludur. Onun usule uygun olarak tutulmaması delili hepten tartışma ve hüküm dışı bırakmamaktadır. Delilin diğer argümanlarla desteklenmesi ölçüsünde delilin hükmün yazgısını belirlemesi olanaklıdır.

## **12. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Anestezik Deliller:**

Hukuka aykırı olarak düzenlenmiş veya yerel mevzuatın öneri ve direktifleri doğrultusunda tanzim edilmemiş veya tutulmamış kayıtların delil olma özelliği tartışmalıdır. Gerek yaşam hakkı gerekse adil yargılanma hakkını düzenleyen hükümler birlikte değerlendirildiğinde anestezik kayıtların, delil olarak kabul edilebilmesi onların yasak, kanuna ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmemesi koşuluna bağlıdır. Bu bağlamda tahrif edilmiş, başkalaştırılmış ya da yasak diğer yöntemlerle elde edilen kayıtların, inandırıcılık ve ikna edicilik debileri üzerindeki derin ve yaygın kuşku, onların hükmü şekillendirme, etkileme potansiyelini tartışmalı kılar.

AY 38/6 madde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini emretmiştir. CMK 148 madde yasa dışı olarak elde edilen delillerin hükmün yazgısını belirlemesine imkân tanımamaktadır. 206/2/a kanuna aykırı olarak elde edilen delilin yargılamaya sızarak hükmü inşaaya katılmasını yasaklamaktadır. 206 madde yasaklı kanıtları yasaya aykırı olarak elde edilenle sınırlayarak, yasaklı delili portföyünde bir tahdide gider, daralmaya yol açar. Böylece yasayla uyumlu ancak hukukla çelişen yöntemlerle elde edilen delillerin bu açıktan yararlanmasına imkan verir.

217/2 madde yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü vasıta ile ispat edilebileceğini emretmiştir. 217. madde bu yaklaşımı ile 206 maddenin zaaflarından yararlanma potansiyeli olan kanıtları, hukukilik ölçütüyle elimine ederek hem yasa hem de hukukla bağdaşmaz yöntemlerle elde edilen kanıtların delil olma taleplerini dışlar. Öteki deyişle, oluşturduğu sıkı bir düzenlekle delil olma yeteneğinden yoksun materyalin sisteme sızmasını saltık şekilde önler. Bu iki düzenleme yasal, meşru ve hukuki kaynaktan neşet etmeyen veya hukuki yöntemleri göz ardı eden uygulamalara dayalı argümanların kabul edilebilirlik testini geçmesini yasaklar, sadece yöntemine uygun elde edilen, gerçek, doğru ve doyurucu argümana delil olma olanağı tanır.

CMK 206 madde tartışılması gereken delili tanımlamaya özgülenir. Buna göre delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi, delil ile ispat edilmek istenen olayın karara etkisinin olmaması ve istemin davayı uzatmaya özgülenmesi halleriyle sınırlı olarak delilin tartışma olanağını yitireceğini emretmektedir. Bu bağlamda dayanılan, gösterilen veya sunulan anestezik kayıtların bu üç ihtimal söz konusu olduğunda reddi zorunludur.

Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin test: delilin gösterilmesi, sunulması, ima edilmesi, yerinin işaret edilmesi, teşhis ve tanınmasına yarayacak bilginin verilmesi veya getirilmesiyle başlar. Delilin duruşma salonuna getirilmesi, sunulması veya dosyaya konulmuş olması ortaya konulması manasına gelir. Bu bağlamda delille teması önleyen her engel, kural olarak delilin ortaya konulmasını önlemiş olur. Yoğunluk ilkesi, doğrudan doğruya ilkesi gibi duyularla delillerin temasını kurarak, nesnenin bilgisine erişme olanağının gerçekliğine özgülünen ilkeleri işlevsiz bırakarak, ortaya konulma ile karakterize olan tartışılma işlemini bertaraf eder.

Sunulmayan, ima edilmeyen veya getirilmeyen bir anestezi kaydın tartışmaya açılması olanaksızdır. Bu şekilde tartışma masasına gelen kaydın okunması, 209 maddesi uyarınca zorunludur. Okunan anestezi kayda yönelik olası bir kuşku veya itiraz kabul edilebilirlik üzerine bir tartışma yapılmasını zorunlu hale getirir. (CMK 215) Bu anestezi kayıtlar üzerinden kıran kırana bir mücadelenin başladığı manasına gelir. Bu mücadele itiraz ve kuşkunun meydana geldiği ana tekabül eder. Yargılamanın her aşamasında bu tartışmanın yapılması veya delillerin ayıklanması mümkündür.

206 madde bu tartışmanın yargılamanın her aşamasında ve ilk fırsatta yapılmasına imkân vermektedir. 206 madde burada nitelikleri sayılı ve sınırlı anestezi kayıtların hükmü etkileme potansiyelini mutlak şekilde önler. Bu kabul edilebilirlik testinin ilk aşamasıdır. Yapması gereken ilk işidir. Anestezi kaydın yasal yöntemlerle aykırı olarak elde edilmiş olması, aydınlatmaya özgülendiği olayın hükme etkisinin olmaması, anestezi kaydın salt davayı uzatmaya yönelik olarak sunulması ve sanık, müdafî ve savcının ittifakıyla delil olmaktan çıkarılması halinde bu delillerin gerçek ve doğruluk, ikna ve inandırıcılık testine tabi tutulması mümkün değildir.

Yasama, yola birlikte devam edilecek kanıtlarla, geride bırakılacak delillerin ayıklanmasını kesin bir dille emretmektedir. Dolayısıyla 206 madde ile konulan eşiği aşamayan anestezi kayıtların, gerekçeleriyle birlikte red edilerek ayıklanması zorunludur. Kanıtın hükmü biçimlendirme isteğinin red edilmesiyle oluşan sendrom ve dezavantaj kararın meşru, hukuki ve doyurucu gerekçelerle temellendirilmesi zorunlu kılar. Bu yargıcın dezavantajı dengeleyecek ve içselleştirilmesini kolaylaştıracak ilk önlem ya da kayıtları delil olmaktan çıkaran kararı disipline eden eşsiz bir argümandır.

Ayıklama veya kanıtların reddi bir ara kararıyla gerçekleştirilmelidir. Bunun ertelenmesini öneren veya emreden bir hüküm bulunmadığı gibi, böyle kararın reddi hâkim nedeni olma veya ihsas-ı rey olarak telakki edilmesi de olanaksızdır. Onu olanaksız kılan 206 maddenin açık ve yalın direktifidir. Kaide bu olmakla birlikte olası bir krizin önlenmesini temine yönelik olarak yargıcın nihai kararlar

birlikte böyle bir tefrik yapması, hükme esas alınanla, hüküm dışı bırakılan gerekçeleriyle birlikte yurttışa izah etmesi mümkündür.

206. madde gereği anestezik kayıtların ortaya konulmasını engelleyen red kararına yönelik açık bir kanun yolu önerilmemiştir. Bu kararın hükümlerle birlikte denetleneyeğine delalet eder. Ancak böyle bir kararın kendiliğinden veya talep üzerine gözden geçirilmesini yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Kendiliğinden gözetme ve delil serbestisi ilkesinin ittifakı, bu önerinin gerçekleştirme şansını yükseltmektedir.

Kanuna ve hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtın delil olmasını yasama saltık bir dille red etmekle birlikte, Strasbourg Yargısı'nın delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin standardı, bu tür delillerin tümünden ve her koşulda dışlanmasını önlemektedir. Onun en azından kanuna aykırı olarak elde edilip edilmediği, diğer delillerle iletişimi, etkileşimi, ona itibar edilmemesinin hakkaniyet üzerindeki etkisi, tartışma dışı bırakılması ile yarattığı negatif etkinin karşı dengeleyicilerle kontrol edilmesi gibi parametreler bu konudaki son sözü söyleyecek olanlardır. Tüm bunlar bir anestezik delilden hukuka aykırı olarak elde edildiği veya yöntemine uygun olarak düzenlenmediği iddiasıyla sarfinazar edilmesini, red edilerek ortaya konulması fikrine karşı ihtiyatlı olmayı zorunlu kılmaktadır.

Bu testin gerçekleşmesinden sonra delilin kanuna aykırı olarak elde edil-diğine karar verilmesi, delilin tartışma masasından kaldırılması sonucunu doğurur. Bu halde bu delile yaslanarak hüküm kurulması mümkün değildir. Sınırlı bu kabul edilebilirlik testi, görecelidir. Göreceli bu sınıma iki aşamalıdır. İlki delilin sunulması veya getirilmesi, ikincisi okunması, üçüncüsü onun hukuki yöntemle elde edilip edilmediğinin tartışmaya açılması ve son olarak onun potansiyelinden yararlanılması veya reddedilmesine karar verilmesidir.

Bu sınıma yapılmadan delilin hükme esas alınması veya ret edilmesi kural olarak imkânsızdır. İstisnası ise 206/3 madde hükmü olup, onun ayrıksılığı işlerlik alanının dar tutulmasını gerekli kılmaktadır. İstisnanın genişletilmesi sanık, savcı ve müdafı dışındaki süje veya özneleri dışarıda bırakması onların anlaşarak bir delili dışarıda tutmaları olanağını sıfırladığı ya da anlaşma kapsamındaki delilden yararlanma imkânını kısıtladığı için sorunludur.

Öte yandan 206/3 maddesi bir anestezik kaydın ortaya konularak tartışılmasını anlaşma ve ittifaka bağlı olarak önlemektedir. Bu bağlamda;

Anestezik kayıtların tümünün veya bir kısmının referans alınmasından yanların anlaşması ile olanaklıdır. Yanlardan kasıt iddia makamı, sanık veya müdafidir. Dolayısıyla anılan kimselerin ittifakı ile anestezik argümanlardan vazgeçmeye kanun imkan vermektedir. Müdahil veya diğer kanuni süjelerin tartışma veya bu yöntemle anlaşma dışı bırakılmaları eşitlik ilkesi açısından ciddi bir soruna delalet eder. Özellikle yaşam hakkı bağlamında ve adil yargılamanın eşitlik boyutu ve türevleri açısından konu değerlendirildiğinde bu



hükmün delillerin kabul edilebilirliği üzerinden olası bir sendroma yol açacağını unutmamak lazımdır. Taraflardan birini dışarıda bırakan bu düzenleme, bazı anestezi kayıtların özellikle hasta lehine olanların dışarıda bırakan bir ittifaka neden olacaktır. Böylelikle müdahil ve olası bir başvuruçunun hükmü dışarıda bırakan argüman aracılığıyla belirleme hakkı yok edilecektir. Bu ciddi bir çelişki aynı zamanda yaşam hakkı tıbbi girişim sonucu tehlikeye giren veya ölenin yakınlarının dışarıda bırakılarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açacaktır. Bu etkin bir soruşturma engelidir. Bu engel devleti olası bir uyuşmazlıkta zora sokacak bir parametredir.

### 13. İspatı Ters Çevirme Potansiyeli:

Kayıt tutma ödevine aykırılık iç hukukta sanığın istisnai de olsa aklanmasını, yararına delil sunmasını güçleştirme ya da masumiyet ilkesini zayıflatma potansiyeline sahiptir. Sistemimizin kuşkudan sanığın yararlanması gerektiğini benimsemesi ve masumiyetin lekelenmemesini prensip edinmesi, sanığı suçsuzluğunu ispata zorlamaz, suçlamayı bertaraf etme çabasını kısıtlamayı veya ortadan kaldırmayı düşünmez.

Anestezi uzmanının olası bir şüpheden kurtulabilmesi kayıtların usulüne uygun olarak tutulmasına bağlıdır. Bu ödevden imtina edilmesi, öncelikle uzman sanığın risk alması, bilahare de devletin olası bir hak ihlali karşısında ölümün meydana gelme koşulları ve nedenini izah etme görevini ihmal ettiği manasına gelir.

Sonuç:

Anestezi girişimlerden kaynaklanan ölümler AİHS 2. maddesi ile güveneye alınan yaşam hakkının ilgi alanındadır. Ölümün hangi koşullarda meydana geldiği ve ölümün nedenlerinin etkin olarak araştırılması devletlerin bu düzenlemeden neşet eden pozitif ödevleridir. Etkin bir soruşturma yasal, idari ve yargısal birçok düzenleme yapılması, tedbir alınması ve uygulamanın denetlenmesiyle olanaklıdır.

Yaşatmakla ödevli devlet olası bir ölümün hangi koşullarda nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğini makul bir şekilde izah etmekle ödevlidir. Nedeni makul şekilde izah edilemeyen ölümlerden kaideten devlet sorumludur. Ölümün devletin egemenliği altında gerçekleşmesi bu sorumluluğu artırarak pekiştirmektedir.

Devlet bu durumda ölümden sorumlu olmadığını kanıtlamakla yükümlüdür. Devletin olası bir mahkûmiyetten kurtulması ve korunması oldukça derinleşerek yayılan ispat külfetini yerine getirmekle ödevlidir.

Strasbourg Mahkemesi, deneyimlerden hareketle giderek ilerlettiği ve geliştirdiği bizim Strasbourg Delil Sistemi (SDS) olarak kavramsallaştırdığımız ispat standartları üzerinden ihlal iddialarını okumaktadır. Bu kurallar başvuru

ile devletin tabi oldukları delil rejim ve ispat pratiğini hak ve ödevleri usuli bu güvence ve standartlar üzerinden belirlemektedir.

Mahkeme bu saptamayı yaparken yerel standart ve paradigma ile arasına mesafe koyar, yerel hükümleri bağlayıcı olmaktan çıkarır. Böylece yerel ispat kuralları, delil sistemi ile vücuda gelen hükmün etkisini sıfırlamaktadır. Yerel hükmün bağlayıcı olmaması, anestezi malpraktislerden kaynaklanan ölümlerde uzmanın beraat veya mahkûmiyetine ilişkin yargılama Sözleşme'nin yaşam hakkı bağlamında sınırlı bir başka teste tabi tutulmaktadır. Bu sınavın yerel hukuk tarafından yargılamanın yinelenmesi nedeni olması, yerel dizge ile Mahkeme arasındaki deliller üzerinden meydana gelen kod farkını önemli hale getirmektedir.

Yerel yargı otoritelerini içi hukukta malpraktisler üzerinden meydana gelen yargılamaları SDS standartları bağlamında değerlendirilmesini ya da tıp bağlamı yerel yargılamaların yaşam hakkı çerçevesinde ve onun direktifleri doğrultusunda gerçekleştirilmesini zorunlu kılar.

Anestezi hataların çokluğu bu alanda meydana gelen yargılamalarda SDS standartlarıyla uyumlu bir yargılamanın gerçekleşmesi için devlet ve uzman tarafından yapılması gerekenlere odaklanmayı gerektirir. İspat konusu, yapılması gerekenler listesinin odağına oturmaktadır. Çalışmamız olası bir ihtilafta anestezi hatalarını tartışmaya açan yargılamada neyin delil olacağını, delillerin nasıl ayıklanacağını dikkate alınıp değerlendirileceği ve bunun yarattığı etki ve sonuç hakkında meşru ilgiliyi aydınlatarak atideki risklerle tanışmasını sağlar. Tehlikelere karşı koruyucu bir rol ve işlev üstlenir.

Bu bağlamda SDS nin benimsediği ve olası bir ihtilafta ilk etapta gözetdiği tıbbi delilleri, onun alt soyu anestezi kanıtlarla türevi mahiyetindeki anestezi kayıtlarla okuyucunun tanışması sağlandı. Çalışma kayıtların tanımı, kapsamı, şekli, çeşitleri gibi birçok parametre üzerinden betimleyerek onların olası bir ihtilafta üstlendiği rol ve işlevi delillerin değerlendirilmesine ilişkin kurallar üzerinden gerçekleştirdi.

Araştırmamız sistemin genel olarak kayıtların önemi, rol ve işlevini gerçekleştirmesi için yasal tedbirleri aldığı, onların tutulması, korunması ve kurumsallaşması için çaba sarf ettiğini, anestezi öncesi, sırası ve sonrası aşamaları şematize ederek, olası sapmaları anılan silsile ile önlemeyi amaçladığını saptadı. Bu yönüyle önemli bir eksiklikten söz edilmediğini belirledi.

Ancak kayıtların tutulması için yeterli bir pedagojik eğitimle belgelerin hukuki önemi konusunda herhangi çalışmaya tesadüf etmedi. Tartışmamız, kendisinden önce çeşitli platformlarda ele alınan tıbbi deliller bağlamı yerel ve uluslararası eğitim, tartışma çabasının mütevazı bir bileşeni olarak en azından pratisyenlerin bu konudaki eksikliğini tamamlamaları idari, adli açıdan kendilerini bekleyen akıbeti prosesler üzerinden formüle ederek, ondan kaçınmaları

ya da karşılaştıklarında da izleyecekleri strateji ve ona uygun adımlar hakkında muhataplarına en az bilgiyi vermeyi dener.

AİHM deneyimlerine göre, etkin soruşturma bir usul yükümlülüğüdür. Etkin soruşturmada söz edebilmek için ölümün nasıl, neden meydana geldiğini aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayacak bütün delillerin bütün delillerin toplanması zorunludur. Strasbourg delil sistemine göre ölümün devletin egemenliği altında meydana gelmesinden ötürü devlet ispat külfeti altındadır. Devletin bir diğer ödevi, ölümün gerçekleşmemesi için yasal, idari tüm önlemleri aldığı, etkin adli idari ve hukuki soruşturmaların gerçekleşmesi için her türlü olanak ve kolaylığı sağladığını ispatla ödevlidir.

Devlet aleyhine işleyen bu karineyi çürütebilmesi tıbbi delillere yaslanarak ölüm ile arasındaki bu bağı gevşetmek ve ortadan kaldırmasına bağlıdır. Devlete zor bu süreçte eşlik edecek tıbbi delillerin başını hiç kuşkusuz, anestezi öncesi sırası ve sonrasında yerel ve kısmen uluslararası standartlar referans alınarak oluşturulmuş kayıt içerikleri eşlik edecektir. Bu yolculuğun üzücü olmaması, ülke tıbbi uygulamalarının sınırların ötesinde hüküm giymemesi, oldukça ayrıntılı olan ve özenli bir şekilde tutulduğunda olası riskleri rahatlıkla bertaraf edecek kayıtların yöntemine uygun, standartlarla uyumlu ve özellikle zaman bazlı defolara sahip olmamasına bağlıdır.

Ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlama üçlüsünün böyle bir yolculuğun yazgısını belirleme potansiyeli hem hukukun hem de tıbbın gözlerini bu anestezi etkinlikten ayırmaması bu trionun faaliyetlerinin gerçek ve doğru şekilde gerçekleştirilmesi için optimum önlemler almasını zorunlu kılar. Burada yaşanan anlık, sıradan bir kırılmanın yerel ve sınırların ötesindeki yargılamalarda gerek anestezi uzmanı gerek devlet gerekse özel sağlık sektörü için kötü bir adli sicil başlangıcı olacaktır.

Böyle bir olasılık ortaya ilkin ikna edici ve inandırıcı olmakta güçlük çeken bir anestezi kayıtları çıkararak, devletin ölümün gerçekleştiği koşullarla ölüm nedeni konusundaki ispat külfetini yerine getirmesini önleyerek mahkûmiyete çağrı yapacaktır. Ölümün devletin tasarruf alanında gerçekleşmesi devleti anestezi ölümleri önleyemeyen ve bu nedenle yaşam hakkını ihlal eden özne konumuna sokmakla kalmayacak, böyle bir hüküm politik nedenlerden bağımsız olarak sınırların berisinde yargılamanın yenilenmesi nedeni olacaktır.

Bu her şeyin sil baştan ele alınması, yaşanan adli süreçlerin bir başka argüman, zemin ve kişilerle bir başka hukuki nedenler üzerinden yeniden başlaması demektir. Emek, zaman ve kaynak kaybı ve diğer kayıpların yaşanması manasına gelen bu süreci önleyecek biricik eylem, fena sayılmayan bir organizasyon şeması içinde standartlarla uyumlu bir anestezi girişimde bulunmak, teşhis ve tedavi sapmalarını sıfırlamak ve ölçümleme değerlendirme ve kayıtlamadan ödün vermemektir.

Devlet ve dolayısıyla anestezi girişimi yapan özneler üzerindeki baskının kalkması, formlara yansıyan ve tıbbi hizmetlerin kalitesini artıran tahayyüllerden öte, ülkeyi malpraktiste şampiyon yapmayacak tasavvurlara da gereksinim duyulmaktadır. Organizasyon hatası ile altyapı yetersizliği memleket için AİHM’de bir sorumsuzluk nedeni olmasını memleketin siyasi tarih ve ömrü için vermemektedir.

Tıbbi veya sağlık hizmetlerinin kalite ve kantitesi açısından gözle görülür bir çabanın varlığı söz konusu olmakla birlikte, istatistiklerin anestezi malpraktislerin uyumsuzluk skalasında zirveye tırmanma eğilimi, bu uyumsuzluğu mahkûmiyeti tetikleyen potansiyelinin canlılığına işaret eder. Bu olup bitenlerin kontrol altında tutulması için otoritelerin ölçümleme, değerlendirme ve kayıtlamaya çokça zaman ve kaynak harcamalarını, çok yol kat etmelerini zorunlu kılmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Ali Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, Arkadaş, Ankara, Şubat 2003
- Aristoteles; Retorik, Çev. Mehmet H. Doğan, YKY, İstanbul, 8.Baskı, Nisan 2006,
- Başbakanlık, Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998
- David B. Waisel ve Robert D. Truog "Anestezinin Etik ve Hukuksal Yönleri, Çev. Bahri Öztürk; Ronald D. Miller; Miller Anestezi, İzmir, Güven Kitabevi, 2010, 6. Basıdan çeviri, 2. Cilt, 89 Bölüm
- Derya Keskinci-Kaptan; Hekimin Sorumluluğu Davalarında Objektif İspat Yükü; Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son gelişmeler, Roche, İstanbul, 2009
- Douwe Kroff, Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap; Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, No.8
- Driscoll WD, Colombia MA, Peterfreund RA An Observational Study of Anesthesia Recort Completeness Using an Anesthesia İnformation Management System. Anesth Analg, 2007 Jun; 104(6):1454-61
- Hakan Hakeri; Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 7. Bası, Kasım 2013
- Hilmi Şeker; Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gereke; Beta, İstanbul, Mart 2010
- Hilmi Şeker; İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/Yozlaşan Gereke (Ethical Relationship Ignoring Release Of Debt); TBB, Eylül-Ekim 2013, Yıl 26, S.108
- Guidelines the practice of anesthesia Can J Anesth/ J Can Anesth (2010) 57:58-87
- Karen Reid; Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, Scala/KHRP, İstanbul, Ekim 2000
- Osman Doğru-Atilla Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve önemli Kararlar; T.C. Yargıtay Başkanlığı, Ankara, 2012, Cilt 1.
- Osman Doğru; Sanık Öğüten Çarklar, İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, Tesev, İstanbul, Ekim 2011
- Raymer K. (2011) the Anesthetic Record:How Content and Design Influence Function İn Anesthetic Practice and Beyond. J Anesthe Clinic Res
- Sibel İnceoğlu, Editör; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Ulaş Karan; Yaşam Hakkı; Bölüm 1, s.115; Beta, İstanbul, Ekim 2013
- Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta, İstanbul, Mayıs 2002
- Şeref Gözübüyük/A. Feyyaz Gölcüklü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2003
- Yahya Deryal; Sağlık Hukuku Problemleri, Seçkin, Ankara, Temmuz 2012
- Zafer Zeytin; Tedavi İlişkinde Hekimin Türk Hukukuna göre (Tazminat )Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri; Deniz Matbaacılık, 1 Baskı, İstanbul, Temmuz 2007

