



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARAR

Başvuru no. 24727/12

X / Türkiye

Başkan,

Julia Laffranque,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Paul Lemmens,

Jon Fridrik Kjølbro,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Georges Ravarani,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Hasan Bakırcı'nın katılımıyla

4 Nisan 2017 tarihinde Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 15 Mart 2012 tarihli yukarıda belirtilen

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2017. Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

başvuruyu göz önünde bulundurarak gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

OLAYLAR

X, Türk vatandaşı olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde, Ankara Barosuna bağlı Avukat N. Özdemir tarafından temsil edilmiştir. Biyolojik olarak erkek cinsiyetine sahip olan X, 2003 yılında cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiştir, ancak hâlihazırda bir erkek fenotipine sahiptir. X, mevcut karar boyunca "başvuran" olarak anılacaktır.

A. Davanın koşulları

1. Davanın kendine özgü koşulları, başvuran tarafından ifade edildiği şekliyle, aşağıdaki gibi özetlenebilmektedir.

1. Tıbbi süreç

a) Cinsiyet değiştirme ameliyatı ve buna ilişkin komplikasyonlar

i. Doktor T.M. tarafından gerçekleştirilen ameliyatlara

2. Başvuran, 26 Ağustos 2003 tarihinde, özel bir kurum olan Ankara Başkent Üniversitesi Hastanesinin ("Başkent Hastanesi") Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Bölümüne gitmiş ve cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istediğini dile getirmiştir.

3. Başvuran, talebinin ardından, 23 Ekim 2003 tarihinde söz konusu hastanenin doktorları tarafından muayene edilmiştir. Doktorlar, ilgilinin cinsel kimliğine ilişkin dışsal davranış ve algılarının kadın cinsiyetine uygun olduğu kanaatine varmışlar, herhangi bir duygusal patolojinin bulunmadığı sonucuna ulaşmışlar ve dolayısıyla, ilgiliye birincil transseksüellik teşhisi koymuşlardır.

4. Başvuran, 12 Kasım 2003 tarihinde, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak için söz konusu hastaneye kabul edilmiştir.

5. Ertesi gün, Doktor T.M., orşidektomi, penektomi ve sigmoid kolondan neovajina oluşturulmasından ibaret olan vajinoplasti ameliyatını gerçekleştirmiştir. Bu doktor tarafından kullanılan teknik, özellikle ince bağırsak ucundan yapay bir vajina oluşturulmasından ibarettir.

6. Başvuran, 18 Kasım 2003 tarihinde hastaneden taburcu edilmiştir.

7. Doktor T.M., yine aynı tarihte başvuran hakkında düzenlenen hastane çıkış raporunda şunları ifade etmiştir:

"Hastanın hikâyesi: On yıldan beri toplum içinde birincil transseksüalite nedeniyle kadın cinsel kimliği altında hayatını sürdüren ve psikiyatri ve endokrinoloji muayenelerine tabi tutulan hasta, cinsiyet değiştirme ameliyatı için hastaneye yatırılmıştır."

ii. Ameliyat sonrası komplikasyonlara ilişkin operasyonlar

8. Başvuran, ameliyatın ardından on gün sonra, idrar sondasının takılması için Başkent Hastanesine yeniden gitmiştir.

9. Başvuran, kendi ifadelerine göre, idrarını normal yolla değil, vajinasından boşalttığını fark etmesinin ardından, dosyada belirtilmeyen bir tarihte hastaneye yeniden kabul edilmiştir. Doktorlar, muayenenin ardından, üretral deliğin iki cm altında rektovajinal fistül¹ oluştuğunu tespit etmişlerdir. Başvuran, yeni bir ameliyattan önce altı ay boyunca düzenli olarak takip edilmiştir.

10. Dosyada yer alan belgelere göre, başvuran, 18 Mayıs 2004 tarihinde, fistülün onarılması ve vajinasının genişletilmesi amacıyla bir operasyon geçirmiştir. 31 Ağustos 2010 tarihli tıbbi rapora göre, ameliyatın sonunda konulan tampon ertesi gün ilgiliden çıkarılmıştır.

Yine 18 Mayıs 2004 tarihinde, Başkent Hastanesinde düzenlenen çıkış raporuna göre, başvuran ayrıca göğüs büyütme ve burun estetiği operasyonu da geçirmiştir. Buna karşın, aynı hastanenin epikriz raporlarına göre, bu operasyon 2003 yılının Mayıs ayında yapılmıştır.

¹ Vajina ve rektum arasında bir bağlantının oluşmasına neden olan rektum perforasyonu.

11. Dosyada belirtilmeyen bir tarihte, başvuran, mide ağrısı, mide bulantısı ve kusma nedeniyle yeniden Başkent Hastanesine gitmiştir.

12. Doktorlar, 22 Mayıs 2004 tarihinde, multifokal apse, rektovajinal fistül ve vajinal duvarın perforasyonu teşhisi koymalarının ardından, lavman uygulamışlar ve dren takmışlardır; ardından başvurana, muzdarip olduğu akut karın ağrısını¹ iyileştirmek amacıyla antibiyotik tedavisi uygulamışlardır.

13. Akabinde, başvuran, 24 Haziran 2004 tarihinde, sol bacadan alınan ince kasın nakledilmesi yoluyla rektovajinal ve üretral fistülün onarılması amacıyla yeniden operasyon geçirmiştir.

14. Doktorlar, 2 Temmuz 2004 tarihinde, yarayı açarak, ince kasta oluşan hematomu tedavi etmişler ve kolostomi işlemini yapmışlardır.

15. Dosyada belirtilmeyen bir tarihte Başkent Hastanesi tarafından düzenlenen çıkış raporuna göre, doktorlar, 13 Temmuz 2004 tarihinde, önceden takılmış olan idrar sondasını çıkarmışlardır.

16. Başvuran, ertesi gün hastaneden taburcu olmuştur. Yukarıda belirtilen çıkış raporuna göre doktorlar, bu süre zarfında, ilgilinin idrarını normal yolla yeniden yapabildiğini gözlemlemişlerdir.

17. Başvuran, 25 Mart 2005 tarihinde, Doktor S.D. ile görüşmüştür. Doktor, muayenenin ardından, ilgilide vajina boşluğunun bulunmadığını ve ilgilinin rektovajinal fistülden halen muzdarip olduğunu tespit etmiştir (aşağıda 29. paragraf).

18. Doktor S.D., 29 Haziran 2005 tarihinde fistülü kapatmış ve yeniden bir vajina boşluğu oluşturmuştur.

19. Başvuran, bu tarihte, kolostomiyle yaşamaya devam etmektedir.

b. Daha önce yapılan ameliyatların ardından yaşanan tıbbi süreç

20. Başvuran, 14 Nisan ve 18 Mayıs 2009 tarihleri arasında, Başkent Hastanesine yeniden gitmiştir. Başvuran, vajinadan dışkı akmasından ve

¹ Akut karın ağrısı, karın veya alt karın bölgesinde ani, şiddetli ve sürekli ağrılarla karakterize edilmektedir.

fistülden şikâyet etmiştir. Başvurana vajinektomi ve ince bağırsak rezeksiyonu yapılmıştır.

21. Başvuran, 5 ve 19 Mayıs 2010 tarihlerinde, aynı semptomlar nedeniyle bu hastaneye yeniden kabul edilmiştir. Başvurana burada kolonoskopi yapılmış ve fistül dikilmiştir.

22. Başvuran, 9 Aralık 2010 ve 15 Ocak 2011 tarihleri arasında, kolostominin kapatılması için Başkent Hastanesine yeniden gitmiştir.

23. Başvuran, 22 Temmuz ve 26 Ağustos 2011 tarihlerinde, enterokütane fistül nedeniyle yeniden aynı hastaneye yatırılmıştır. Başvurana burada çeşitli ilaç tedavileri ve beslenmeyle ilgili tedaviler uygulanmıştır.

24. Başvuran, 6 ve 16 Eylül 2011 tarihlerinde, daha önce hastaneye yatırılmasına sebep olan aynı durumdan dolayı Başkent Hastanesine tekrar gitmiştir.

25. Başvuran, 23 Eylül ve 16 Ekim 2011 tarihlerinde, bağırsak fistülünden şikâyet ederek, yeniden aynı hastaneye gitmiştir. İlgiliye antibiyotik tedavisi uygulanmıştır.

26. Başvuran, 6 Mart ve 6 Nisan 2012 tarihlerinde, yeniden hastaneye yatırılmıştır: Başvuran, enterokütane fistülden ve ince bağırsak perforasyonundan halen muzdarip olmasından şikâyet etmiştir. Doktorlar, laparotomi yapmışlar ve epikriz raporunda, daha önce belirtilmeyen bir tarihte ileostomi yapıldığını belirtmişlerdir.

27. Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Servisi Uzman Doktoru A.D.B. tarafından hazırlanan 26 Mayıs 2016 tarihli rapora göre, ilgili, yukarıda belirtilen tıbbi sürecin sona ermesinden itibaren, kendi biyolojik cinsiyetine - erkek - uygun olarak hayatını sürdürmektedir, üç yıl önce göğüs implantlarını aldırması ve tüy ekimi operasyonu geçirmiştir. Bu raporda ayrıca, psikiyatrik muayenenin, erkeksi bir görünüme sahip olan başvuranın sakalının bulunduğunu, bilincinin açık olduğunu, işbirliği yapabildiğini ve dikkat, hafıza ve iştah seviyeleri ile uyku ritminin normal olduğunu gösterdiği belirtilmiştir. Doktor son olarak, muayenenin,

başvuranın biseksüel olduğunun, ancak fenotipik görünüşünün erkek cinsiyeti görünümüne uygun olduğunun tespit edilmesine imkân verdiğini saptamıştır.

2. Tazminat davası

28. Başvuran 29 Eylül 2004 tarihinde, hukuk mahkemelerinde, yalnızca Doktor T.M. ve işveren olarak Başkent Hastanesi hakkında borç anlaşmazlığıyla birlikte tazminat davası açmıştır. Bu kurum, ilgiliye, yukarıda belirtilen ameliyatlardan bazılarını gerçekleştirmeden önce, 61.000 Türk lirası (TRL), (söz konusu dönemde yaklaşık 36.880 avro) tutarında bir borç senedi imzalatmıştır.

Başvuran, cinsiyet değiştirme ameliyatını gerçekleştiren Doktor T.M.nin sorumluluğunun tespit edilmesini sağlamaya çalışmıştır, zira başvuran, söz konusu doktoru, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin gerektirdiği şekilde rızasından emin olunmaksızın bu ameliyatı gerçekleştirmekle (aşağıda 40. paragraf), doktorun gerçekte kendi arkadaşlarından biri olan Konya'daki bir psikoloğa kendisini yönlendirmekle ve yalnızca klinik deneme aşamasında olan ve bu konuda yetkili makamlar tarafından resmi olarak onaylanmayan tıbbi işlemleri kendisine uygulamakla suçlamıştır.

Böylelikle başvuran, Doktor T.M. tarafından gerçekleştirilen ameliyatların ardından meydana gelen komplikasyonları iyileştirmek amacıyla müdahale eden diğer doktorları hukuk mahkemeleri önünde dava etmemiştir.

29. Doktor S.D., 13 Aralık 2005 tarihinde, bir rapor düzenlemiş ve bu raporda aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur:

"1977 doğumlu olan [X], ilk defa 25 Mart 2005 tarihinde bana başvurmuştur. İlgilinin ifadelerine göre, [sigmoid kolondan] yapay bir vajina oluşturulmasına yönelik [talebi üzerine gerçekleştirilen] bir ameliyatın ardından bazı komplikasyonlar meydana gelmiştir. Akabinde, bu ameliyatın ardından [ortaya çıkan] rektum ve üretradaki travmalardan/yaralardan kaynaklanan perforasyonlar sebebiyle gelişen enfeksiyonu

tedavi etmek amacıyla sigmoid kolostomi yapılmıştır. Doktorlar, sol bacadan alınan bir kası [naklederek] fistülü [onarmaya çalışmışlardır].

Sonuç olarak, ilgilinin muayenesinin ardından, perinede vajinal türden bir boşluğun bulunmadığı, (...) kesilen üretranın küçük bir delik şeklinde [bu bölgeye] doğru açıldığı ve [bu delikten] idrar sızmasının [görüldüğü] tespit edilmiştir. Rektumun ön kısmında, anorektal çizginin yakınında bir fistül deliği ve bu bölgeye doğru irin akışı gözlemlenmiştir.

Transrektal ekografide, rektum duvarının ön bölgesine uzanan bir (...) fistül ve yakınında, 3,5 cm uzunluğunda eliptik bir kese gözlemlenmiştir.

Hasta, 29 Haziran 2005 tarihinde, jinekolojik konumda anestezi altında hazırlanmıştır; öncelikle üretraya sonda takılmıştır. (...) Rektal fistül yoluyla ileal keseye geçilerek, perinenin derisi [elips] şeklinde kesilmiş ve deri altı dokuları ve diğer dokular [manometri yapılması amacıyla yavaş yavaş kesilmiştir]. [Sonda], ince bağırsak ucunun bulunmasına ve [bağırsağın açılmasına] imkân vermiştir. [Böylelikle], bu bölgedeki dokular yeterince gevşetilmiştir. Rektumda bulunan delik, dikiş kullanılarak kapatılmıştır. [Daha önce] gevşetilen deliğin (...) bir kısmı yeniden kapatılmış (...) ve [geri kalan kısmı bacadan [alınan derinin] nakledilmesi yoluyla dikilmiştir]. Ameliyat, yeni vajinanın içerisine uygun bir obturatorun [konulmasıyla] sonlandırılmıştır.

Bir ay sonra, deri naklinin reddedildiği yerlere yeniden deri nakli yapılmıştır. Bu [yeni] deri [hâlihazırda] iyileşmiş durumdadır. [Naklin ardından] yaklaşık iki ay sonra, rektumda bulunan delik yeniden dikilmiş, ancak dikişler tutmamıştır. Rektum duvarının ön bölgesinde, birçok cerrahi [müdahale] ve [son] ameliyat sırasında meydana gelen perforasyonlar, [deride] fibroz ve incelmelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Böylelikle, dikişlerin büzülmesi nedeniyle, perforasyon yeniden kapanacak bir durumda değildir. Uzun ya da kısa bir süre dokuların yumuşaması beklenerek, yeni bir ameliyatın yapılması öngörülmektedir.

Rektal fistül halen açıktır. Yeni vajina [hâlihazırda] işlevseldir.

Mevcut rapor, hastanın talebi üzerine düzenlenmiştir."

30. 10. Asliye Hukuk Mahkemesi, 1 Şubat 2006 tarihinde, Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu düzenlenmesini talep etmiştir.

31. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu Uzmanları, 19 Nisan 2006 tarihinde rapor düzenlemişler ve raporlarında şu sonuca varmışlardır:

"(...) Oybirligiyle, [Başkent] Üniversitesi Tıp Fakültesinde cinsiyet değişimini [gerçekleştirmek] amacıyla, 1977 doğumlu olan [X] kişinin [maruz kaldığı] müdahalelerin tıbbi kurallara uygun olduğu ve bu türden bir müdahalenin ardından fistülün ortaya çıkmasının öngörülebilir bir komplikasyon [olduğu] değerlendirilmiştir."

32. Asliye Hukuk Mahkemesi, 19 Ekim 2006 tarihinde, yukarıda belirtilen rapora dayanarak, başvuranın iddialarını reddetmiş ve ilgiliyi, itiraz ettiği borç miktarının % 40'ına tekabül eden ve diğer yandan, ihtiyati hacze konu edilen 24.400 Türk lirası (TRY¹) tutarını ödemeye mahkûm etmiştir.

33. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 21 Mayıs 2007 tarihinde, Adli Tıp Kurumu raporu sonuçlarının soyut olduğu ve Doktor S.D. tarafından düzenlenen 13 Aralık 2005 tarihli rapor ışığında, konuya ilişkin uzmanlar tarafından yeni bir bilirkişi raporu düzenlenmesinin talep edilmesi gerektiği gerekçesiyle, bu kararı bozmuştur (yukarıda geçen 29. paragraf).

34. Dosyada belirtilmeyen bir tarihte, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesine bağlı üç öğretim görevlisinden oluşan bilirkişi heyeti, başvurunu muayene ederek, bir rapor düzenlemiştir. Bilirkişi heyeti, düzenlediği raporda, 6 cm olan bir rektovajinal fistül bulunduğunu tespit ederek, şu sonuca varmıştır:

"Dolayısıyla, [gerçekleştirilen] bir dizi ameliyatın tümü, tıbbi kurallara uygundur[;], ancak, [bu ameliyatlar] rektovajinal fistül ve vajinal daralma gibi komplikasyonlara yol açmıştır."

35. Asliye Hukuk Mahkemesi, 14 Ekim 2008 tarihinde, bu rapora dayanarak, başvuranın iddialarını yeniden reddetmiş ve ilgiliyi aynı meblağı ödemeye mahkûm etmiştir.

36. 9 Kasım 2009 tarihinde, bu son raporda yer alan ifadeleri de soyut olarak nitelendiren Yargıtay, 21 Mayıs 2007 tarihli kararında ileri sürdüğü aynı gerekçelerle yukarıda belirtilen kararı bozmuştur.

¹ Eski Türk lirasının (TRL) yerine geçen Türk lirası (TRY), 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1 TRY, bir milyon TRL değerine karşılık gelmektedir.

37. Ankara Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesine bağlı üç öğretim görevlisinden oluşan bilirkişi heyeti, 31 Ağustos 2010 tarihinde bir rapor düzenlemiştir. Bu heyet, söz konusu raporda, başvuranın cinsiyet değişimi ameliyatı sırasında kullanılan yöntemin alışıl gelmiş bir yöntem olduğunu belirtmiş ve ameliyat sonrası komplikasyonlara ilişkin olarak şu sonuca varmıştır:

"(...) Bir bağırsak parçasının çıkarılması ve parçalar ucuca getirilerek bağırsağın [yeniden oluşturulması] yoluyla bir vajina yapılmasından ibaret olan, [işlemin] en [zor] aşaması başarıyla gerçekleştirilmiştir. İkinci ameliyattan altı ay önce, vajina girişinde daralma haricinde, oluşturulan vajinaya ilişkin herhangi bir sorun bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, fistülü [onarmak] ve vajina girişini [genişletmek] amacıyla gerçekleştirilen ameliyat sırasında vajina boşluğunda [yapılan] lavman işlemi [esnasında], bu bölgede biriken [dışkılar nedeniyle] gelişen bir enfeksiyon karın boşluğuna yayılmış ve peritonite ve bir dizi [başka] komplikasyona yol açmıştır. Öngörülemez bir şekilde bu [enfeksiyonun yayılması], doktorun herhangi bir hatası nedeniyle değil, daha ziyade, şanssızlık sebebiyle meydana gelmiş olup, hem hastanın dayanmak zorunda kaldığı zor [bir duruma] yol açmış, hem de [ilk] ameliyatın sonucunu değiştirmiştir. Dahası, meydana gelen komplikasyonlar, hastanın hayatını tehdit edebilecek daha ciddi sorunlara yol açmadan önce, Başkent Üniversitesi Genel Cerrahi (...) Bölümünde uygun müdahaleler yapılarak, zamanında tedavi edilmiştir.

Dolayısıyla; [X] kişinin geçirdiği cinsiyet değiştirme ameliyatının ardından ortaya çıkan üretral fistülün ve vajinal daralmanın, bu ameliyatların niteliği [sebebiyle] meydana gelebilecek komplikasyonlar olduğu [kanısındayız]. Hâlihazırda yeni bir vajinanın oluşturulması ve kolostominin kapatılması gerekmektedir.

Birinci ameliyattan altı ay sonra (...) komplikasyonları [iyileştirmeye yönelik yapılan ameliyatların ardından] ortaya çıkan ve doktor tarafından öngörülebilir olmayan akut karın ağrısına ilişkin olarak, ameliyatı gerçekleştiren Doktor T.M.nin ve [ameliyatın yapıldığı] Başkent Hastanesinin bu durumdan sorumlu tutulamayacağı kanaatindeyiz."

38. Asliye Hukuk Mahkemesi, 13 Ekim 2010 tarihinde, bu son raporun sonuçlarına dayanarak, başvuranın davasını reddetmiştir.

39. Yargıtay, 26 Mayıs 2011 tarihinde, bu kararı onamış ve ayrıca 17 Ocak 2012 tarihli kararlar, başvuran tarafından yapılan karar düzeltme talebini reddetmiştir.

B. İlgili iç hukuk kuralları

40. Türk Medeni Kanunu'nun (22 Kasım 2001 tarihli 4721 sayılı Kanun, RG no. 24607) somut olaya ilişkin maddesi aşağıdaki gibidir:

Madde 40

"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca [transseksüel] yapıda olup, cinsiyet [değişikliğinin] ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır."

41. Cinsiyet değiştirme ameliyatının, verilen izin doğrultusunda ve gereken tıbbi yöntemlere ve amaca uygun olarak gerçekleştirildiğinin, Resmi Sağlık Kurulunca düzenlenen tıbbi raporla onaylanması durumunda, söz konusu mahkeme, nüfus kütüğünde yapılacak değişikliklere karar vermektedir.

ŞİKÂYETLER

42. Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak, yerel mahkemeler tarafından makul süre gerekliliğine uyulmamasından şikâyet etmektedir.

43. Başvuran, aynı madde kapsamında, cinsiyet değiştirmesi amacıyla gerçekleştirilen ameliyatlarda sağlık personeli tarafından yapılan hatalar nedeniyle, yaşam hakkının ve sağlıklı yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvuran, doktorların, karşı cinsiyetin genital

organını gerektiği gibi oluşturmaksızın, kendi biyolojik cinsiyetine ilişkin genital organını almalarından ve böylelikle, kendisini cinsel yaşamını sürdürme yeteneğinden mahrum bırakmalarından şikâyet etmektedir. Başvuran, başvurusunu yaptığı tarihte, temel ihtiyacını doğal yollarla gidermesinin mümkün olmamasından ve kolostomiye bağlı olmasından şikâyet etmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

44. Başvuran öncelikle, geçirdiği cinsiyet değiştirme ameliyatları sırasında yapılan tıbbi hatalar ve ihmallerden şikâyet etmektedir. Başvuran, söz konusu operasyonların cinsiyet değiştirme sürecinin iyi yürütülmesine imkân vermediğini iddia ederek, mevcut sağlık durumundan şikâyetçi olmaktadır. Başvuran bu bağlamda, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanmaktadır.

45. Öncelikle Mahkeme, başvuranın ilk olarak, cinsiyet değiştirmek amacıyla Doktor T.M. tarafından gerçekleştirilen bir dizi ameliyata maruz kaldığını tespit etmektedir. Mahkeme, akabinde başvuranın, ameliyat sonrası komplikasyonları tedavi etmek amacıyla diğer hekimler tarafından yapılan pek çok ameliyatı geçirmek zorunda kaldığını saptamaktadır. Mahkeme, ulusal mahkemeler önünde açılan tazminat davasının sadece başvuranın sorumluluğunun tespit edilmesini sağlamaya çalıştığı Doktor T.M. ve bu doktorun işvereni olarak Başkent Hastanesine yöneltilmesi sebebiyle, mevcut davanın yalnızca ilk ameliyat dizisiyle ilgili olduğunu kaydetmekte ve dolayısıyla bu durumdan, daha sonraki tıbbi müdahalelere ilişkin her türlü incelemenin hariç tutulduğunu tespit etmektedir (yukarıda 28. paragraf).

Diğer yandan, başvuranın cerrahi müdahalelere rıza göstermesi hususuyla ilgili olarak, Mahkeme, cinsiyet değiştirmesi amacıyla başvuranın kendisiyle görüşmesinin ardından Doktor T.M.'nin, hastanın ruhsal durumu hakkında uzman doktorların görüşünü aldığını tespit etmektedir. Uzman

doktorlar, tıbbi olarak, başvuranın birincil transseksüel olduğunu tespit etmişler ve ilgilinin cinsiyet değiştirmesi konusunda olumlu görüş vermişlerdir (yukarıda 3. paragraf). Böylelikle, Doktor T.M. bu bağlamda kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmiştir.

46. Dolayısıyla Mahkeme, davaya ilişkin olay ve olguların hukuki nitelendirmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğundan, başvurular veya hükümetler tarafından olaylara atfedilen nitelendirmenin kendisi için bağlayıcı olmaması sebebiyle, başvuran tarafından dile getirilen şikâyetlerin Sözleşme'nin 8. maddesi açısından hem esas hem de usul yönünden incelenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır.

47. Bu bağlamda Mahkeme, kişilerin ruhsal ve fiziksel bütünlüğünün korunmasına, kişilerin kendilerine uygulanan tıbbi işlemlerin seçimine katılmalarına ve bu işlemlere rıza göstermelerine ilişkin konuların Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girdiğini hatırlatmaktadır. Bu konuda, Mahkeme aynı zamanda, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının kanunla korunmasına ilişkin ilkelerin, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren fiziksel bütünlüğe verilen ciddi zararlar için de geçerli olduğunu hatırlatmaktadır (*Trocellier/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no.75725/01, 5 Ekim 2006).

48. Tıbbi ihmallere özğü durumlarda, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan, etkili bir yargısal sistem oluşturma yönündeki pozitif yükümlülük, her durumda mutlaka cezai yargı yolunu gerektirmemektedir. Bu türden bir yükümlülük, örneğin, söz konusu yargısal sistemin ilgililere, söz konusu doktorların sorumluluğunun belirlenmesini ve gerektiğinde, uygun hukuki yaptırımların uygulanmasını sağlamak amacıyla, tek başına ya da ceza mahkemelerine başvurma imkânı ile birlikte, hukuk/idare mahkemelerine ve/veya disiplin makamlarına başvurma olanağı sunması halinde de yerine getirilebilmektedir (*Calvelli ve Ciglio/İtalya* [BD], no. 32967/96, § 51, AIHM 2002-I).

49. Başvuranın şikâyetlerini dikkate alarak, mevcut durumda başvuranın tedavisinden sorumlu olan sağlık personeli tarafından yapılan "tıbbi

ihmaller" kapsamına giren hususu, ileri sürülen durumun niteliğine göre belirlemek gerekmektedir. Somut olayda, Doktor T.M. tarafından gerçekleştirilen müdahaleler sırasında hata yapıldığı yönündeki iddia, davanın merkezinde bulunmaktadır.

50. Bu türden bir durum, örnek olarak, sağlık personeli tarafından verilen "yanlış bir karar" veya özellikle hastanın tedavisi açısından söz konusu personel arasındaki "koordinasyon eksikliği" çerçevesinde gerçekleşmektedir (*Powell/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 45305/99, AİHM 2000-V, yukarıda anılan *Calvelli ve Ciglio* kararı, § 49, *Csiki/Romanya*, no. 11273/05, § 72, 5 Temmuz 2011, ve *Asiye Genç/Türkiye*, no. 24109/07, § 67 son cümlesi (*in fine*), 27 Ocak 2015) ve bu konuda, Mahkeme daha önce, Türk hukukunda başvuranlar tarafından izlenmesi gereken yolun, söz konusu edilen sağlık hizmetinin özel sektöre ya da kamu sektörüne bağlı olmasına göre, ilke olarak, hukuki ya da idari nitelikte olduğunu belirtmiştir (*Karakoca/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 46156/11, 21 Mayıs 2013, ve *Tamer ve diğerleri/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 60108/10, 26 Ağustos 2014).

51. Somut olayda, Başkent Hastanesinin özel bir kurum olması ve Doktor T.M.nin özel hukuka tabi bir çalışan olması nedeniyle, başvuran hukuk mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. Dolayısıyla ilgili, suçlanan doktorun sorumlu olduğuna karar verilmesine ve gerektiğinde, tazminat elde edilmesine olanak sağlayan yargısal prosedüre erişmiştir.

52. Mahkeme, tazminat davası çerçevesinde, dört bilirkişi raporunun dosyaya eklendiğini tespit etmektedir (yukarıda 29, 31, 34 ve 37. paragraflar). Mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesinin, başvuranın iddialarını reddetmek için neticede Hacettepe Üniversitesinde görevli uzmanlar tarafından düzenlenen 31 Ağustos 2010 tarihli rapora dayandığını kaydetmektedir (yukarıda 37. paragraf). Mahkeme, Doktor T.M.nin kendisine sorumluluk yükleyecek nitelikte herhangi bir hatasının ya da ihmalinin bulunup bulunmadığını belirlemek için kendilerine başvuru ve

yukarıda belirtilen uzmanların, başvuranın cinsiyet değiştirme ameliyatı sırasında söz konusu doktor tarafından kullanılan yöntemin alışlagelmiş bir yöntem olduğunu ve somut olayda, fistül gelişimi nedeniyle ilgilinin sonrasında yaşadığı komplikasyonların "[cinsiyet değiştirme] ameliyatlarının niteliği gereği" ortaya çıkabilecek komplikasyonlar olduğunu ve bu komplikasyonların doktorun bir hatası sonucunda meydana gelmediğini belirttiklerini tespit etmektedir (*ibidem*). Mahkeme, Hacettepe Üniversitesinde görevli uzmanların bu nedenle, suçlanan doktora atfedilebilir herhangi bir hata ya da ihmalin bulunmadığı sonucuna vardıklarını ifade etmektedir.

53. Mahkeme, ayrıntılı şekilde düzenlenen tıbbi bilirkişi raporunda ve ulusal mahkemelerin vardığı sonuçlarda, herhangi bir tıbbi hata veya ihmalin bulunmadığının belirtildiğini saptamaktadır. Oysa Mahkeme, uzmanların vardıkları sonuçların doğruluğu hakkında, elinde bulunan tıbbi bilgilerden hareketle, doktorların ulaştıkları sonuçları sorgulama ve tahminlerde bulunma görevinin kendisine ait olmadığını hatırlatmaktadır (bk., diğer birçok karar arasından, *Tysiqç/Polonya*, no. 5410/03, § 119, AİHM 2007-I, ve *Yardımcı/Türkiye*, no. 25266/05, § 59, 5 Ocak 2010). Somut olayda, Mahkeme, ulusal merciler tarafından olaylara ilişkin yapılan tespitleri ve mercilerin vardıkları sonucu sorgulamak için herhangi bir neden görmemektedir.

54. Dosyada yer alan unsurları ve yukarıda belirtilenleri dikkate alarak Mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesi kararının keyfî ve açıkça mantığa aykırı olmadığı kanısına varmaktadır.

55. Ayrıca Mahkeme, Yargıtay'ın, bu yargılama kapsamında düzenlenen bilirkişi raporlarının niteliğini denetlediğini tespit etmektedir (yukarıda 33, 36 ve 39. paragraflar).

56. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamındaki şikâyet açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmelidir.

57. İkinci olarak, başvuran, makul süre ilkesine uyulmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. *Turgut ve diğerleri/Türkiye* ((kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 4860/09, §§ 58 ve 60, 26 Mart 2013) kararına atıfta bulunarak, Mahkeme, söz konusu kararda izlenen yaklaşımdan mevcut davada uzaklaşmak için herhangi bir neden tespit etmemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1 ve 4. fıkraları uyarınca, iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez olduğunu belirtmektedir.

Bu gerekçelerle, Mahkeme, oybirliğiyle,

Başvurunun kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir*.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, 11 Mayıs 2017 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Hasan Bakırcı
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Julia Laffranque
Başkan