

## İNTERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL REKONSTRÜKTİF CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU MESELESİ

Dr. Dila OKYAR\*

### Öz

“İnterseksüelite”, ikili cinsiyet perspektifiyle kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, anatomik, kromozomal ve gonadal cinsiyet arasındaki tüm doğumsal uyumsuzluk durumlarını ifade eden bir şemsiye kavramdır. İnterseks küçüğe, kendi rızasını gösteremeyeceği kadar erken yaşta uygulanan genital cerrahi müdahalenin hukuku uygunluğu, uluslararası tıp hukukunun hareketli tartışma konularındandır. Tıbbi yaklaşım, küçüğün ileride sağlıklı bir cinsel kimlik geliştirebilmesi için erken cerrahiye desteklerken, uluslararası alandaki hukuki yaklaşım, kişinin cinsel kimliğini geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen ve çoğunlukla salt kozmetik amaçlarla yapılan bu tür müdahaleleri küçüğün kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Öte yandan, tıbbi endikasyon bulunmasına rağmen, kültürel önyargıların etkisiyle kanuni temsilcinin klinik tanıyı kabullenmeyerek interseks küçüğün tedavisine rızasını esirgediği durumlara da rastlanmaktadır. Bu çalışmada, interseks küçüğe uygulanan tıbbi müdahalenin hukuki niteliği ve güncel tartışmalar ışığında bu tıbbi müdahaleye rızanın hukuka uygunluğu değerlendirilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

İnterseks • Küçük • Kişilik hakkı • Tıbbi müdahale • Rıza

\* Dr. Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Dr. Res. Assist., Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ dila.okyar.law@gmail.com • ORCID 0000-0002-7829-2133

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: OKYAR Dila, “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 161-193.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## THE QUESTION OF THE LEGAL VALIDITY OF CONSENT TO GENITAL-RECONSTRUCTIVE SURGERY ON INTERSEX MINORS

### Abstract

“Intersexuality” encompasses all congenital incompatibilities between anatomical, chromosomal and gonadal sexes, which, from binary gender system perspective, exhibit different characteristics from female or male anatomy. The legality of genital surgery performed on intersex minors at an early age without their informed consent is a highly-debated topic of international medical law. The physicians support early surgery for the minor to develop healthy sexual identity. However, the international legal approach considers surgical interventions that irreversibly determine the sexual identity which are mostly performed for purely cosmetic purposes as a violation of the minor's personality right. In some other cases, due to cultural prejudices, the legal representative refuses to consent to the treatment despite medical indication. This study evaluates the legal character and validity of consent to such medical interventions in the light of current discussions.

### Key Words

Intersex • Minor • Personality right • Medical intervention • Consent

### I. GİRİŞ

İnterseksüelite, “geleneksel olarak tanımlanan kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, cinsiyet anatomisinin çeşitli unsurları (cinsiyet kromozomları, dış genital organlar ve iç üreme organları) arasındaki doğumsal uyumsuzluk ile karakterize tüm durumları ifade eden bir şemsiye kavramdır. Olguların çoğunda klinik tanı yenidoğan döneminde konulabilirken, bazı durumlarda tespiti ergenlik dönemine ya da daha ileriki yaşlara kadar gecikebilmektedir. İnterseks kişilere tıbben uygulanması önerilen başlıca müdahaleler, genital bölgenin rekonstrüksiyonuna (yeniden şekillendirme) ilişkin cerrahi operasyon ile hormonal tedavidir. Cerrahi müdahalenin zamanlaması somut vakaya göre değişebilmekle birlikte, genel tıbbi yaklaşım, ileride sağlıklı bir cinsel hayata ve üreme yeteneğine sahip olabilmesi için tedavinin küçüğün cinsel kimlik gelişiminden önce tamamlanması yönündedir. Erken cerrahi girişimlerin, komplikasyon riskini azalttığı, kozmetik açıdan daha iyi sonuç verdiği ve küçüğün ileride yaşaması muhtemel psiko-sosyal ve psiko-seksüel sorunların önlenmesi açısından önemi vurgulanmaktadır. Öte yandan, interseks küçüğün, cinsel kimliğini geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen bu tür cerrahi müdahalelerin, küçüğün kendi rızasını gösteremeyeceği

kadar erken yaşta gerçekleştirilmesi hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu hukuki sorunlar, tıbbi müdahale açısından endikasyon (gereklilik) şartının varlığı ve kanuni temsilcinin rızasının geçerliliği noktalarında toplanmakta ve böylelikle, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu tartışmalı hâle getirmektedir. Konunun bir diğer boyutunu ise, özellikle kapalı toplumlardaki kültürel önyargıların etkisiyle kanuni temsilcinin klinik tanıyı kabullenmeyerek, tıbbi endikasyon bulunmasına rağmen interseks küçüğün tedavisi için gerekli tıbbi müdahaleye rızasını esirgemesi nedeniyle ortaya çıkan sorunlar oluşturmaktadır.

Çalışmamızın konusu, tıp ve hukuk başta olmak üzere çeşitli disiplinlerin kesişme noktasında yer aldığından, öncelikle konuya ilişkin temel kavramlar ele alınacak [II]; ardından interseks küçüğe uygulanan tıbbi müdahalenin hukuki niteliği, özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>1</sup> ("TMK") 40. maddesinde düzenlenmiş olan cinsiyet değişikliği ameliyatından farkı ortaya konularak incelenecek [III] ve ardından, söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu, uluslararası alandaki güncel tartışmalar ışığında değerlendirilecektir [IV].

## II. DİSİPLİNLERİN KESİŞME NOKTASINDA KAVRAM TERCİHİ

### 1. Cinsiyet Kavramı

Çok yönlü bir kavram olan "cinsiyet", en geleneksel bakış açısıyla, kişinin üremeye yönelik fizyolojik özelliklerini ifade etmekte ve "erkekke dişiye ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey"<sup>2</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu geleneksel tanım *anatomik cinsiyeti* (*biyolojik/fizyolojik/fenotipik cinsiyet*) esas almaktadır. *Kromozomal (genotipik) cinsiyet*, kişinin kromozom sayısı ve yapısı ile belirlenen genetik cinsiyetini; *gonadal cinsiyet* ise kişinin cinsiyet bezleri (testis ve yumurtalık) ile belirlenen hormonal cinsiyetini ifade etmektedir. Öte yandan modern yaklaşım, cinsiyeti sadece fizyolojik değil, aynı zamanda psikolojik yönü de olan bir içgüdü olarak değerlendirir (*psikolojik cinsiyet*). "Cinsiyet kimliği" (*gender identity*) kavramı da bu yöne işaret etmekte olup, "kişinin kendisini ait hissettiği, kendisini tanımladığı cinsiyet" olarak tanımlanır<sup>3</sup>. Dolayısıyla, cinsiyetin oluşumu,

<sup>1</sup> RG. 08.12.2001/24607.

<sup>2</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>3</sup> NEWBOULD, Melanie, "When Parents Choose Gender: Intersex, Children and the Law", *Medical Law Review*, Vol. 24, No. 4, s. 483. Cinsiyet kimliği, kişiye doğumda atanan cinsiyete uygun olabileceği gibi bununla bağdaşmaması da mümkündür.

anatomik, psikolojik ve sosyo-kültürel faktörlerin etkileşim hâlinde olduğu bir süreç olarak kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

## 2. İnterseksüelite Kavramı

Çalışmamızın konusu; tıp, biyoloji, hukuk ve sosyal bilimler başta olmak üzere zaman içerisinde farklı disiplinlerin ilgi odağı hâline gelmiş olan bir meseleye ilişkindir. Bu doğrultuda konuya ilişkin terminoloji de zaman içerisinde, bir yandan genetik bilimindeki gelişmeler diğer yandan tarihsel ve sosyal değişimler doğrultusunda ilgili disiplinin bakış açısına göre farklılık göstermiştir.

Konuya ilişkin kavramlar arasında en köklü geçmişe sahip olan “hermafrodit” kelimesi, Hermes ile Afrodit kelimelerinin birleşmesinden oluşmakta olup, etimolojik kökeni itibariyle Antik Yunan mitolojisine dayanmaktadır<sup>5</sup>. Bu mitolojik hikayeden mülahem, çift cinsiyetli canlılar *hermafrodit*, bu durum ise *hermafrodi(ti)zm* olarak nitelendirilmektedir. Hermafrodit kişilerden bahseden tarihsel metinler, Antik çağ eserlerine kadar uzanmaktadır. MÖ 384-322 yılları arasında yaşamış Antik Yunan filozofu Aristoteles, bir hekim olmamakla birlikte, insan ve hayvan bedenleri üzerine yaptığı çalışmalarında, erkek ve kadın dış genital organlarının aynı kişide bulunabileceğini belirtmekte ve bunun anneden bebeğe aktarılan materyal fazlalığından kaynaklandığını ileri sürmektedir<sup>6</sup>. Benzer şekilde, MÖ 90-30 yılları arasında yaşamış olan Antik Yunan tarihçisi

---

Bkz. Yogyakarta Principles, s. 8. [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles\\_en.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf)

<sup>4</sup> Cinsiyet gelişiminde rol oynayan faktörler hakkında bkz. ÖZBEY, Hüseyin, “Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar”, Çocuk Cerrahisi Dergisi, C. 30, Ek sayı 2, 2016, s. 141-142.

<sup>5</sup> Efsaneye göre, haberci tanrı Hermes ile güzellik tanrıçası Afrodit’in Hermafrodit adında bir erkek çocuğu dünyaya gelir. Büyüleyici güzelliği ile dikkat çeken Hermafrodit, sıcak bir yaz gününde serinlemek için Salmakis Gölü’ne gider. Tatlı suyu ile erkekleri efemineleştirdiği rivayet edilen bu gölün aynı isimli bir de su perisi vardır. Su perisi Salmakis, gölden su içmek için eğilen Hermafrodit’i görür görmez ona çarpılır ve yaklaşmak için peşinde koşmaya başlar. Ancak Hermafrodit, peri kızının tüm ilgisi ve ısrarına kayıtsız kalır. Salmakis ise, fırsattan istifade, Hermafrodit’i gölde yüzerken yakaladığı anda üzerine atlar ve ona sıkı sıkıya sarılır. Hermafrodit, tüm çabalarına rağmen Salmakis’in kollarından kurtulamaz. Bu esnada Salmakis, onları ayırmamaları için Tanrılara yalvarır. Tanrılar Salmakis’in dileğini kabul ederler ve böylelikle Hermafrodit ile Salmakis tek bir bedende birleşerek yekvücut olur. Bkz. CAN, Şefik, Klasik Yunan Mitolojisi, İnkılap Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1997, s. 101.

<sup>6</sup> van der GRACHT, Stefanie, “Setting Aside the Loom: Hermaphroditism in Ancient Medicine”, The Proceedings of the 18th Annual History of Medicine Days, March 6th and 7th, 2009 University of Calgary, Faculty of Medicine, Calgary, AB., 2009, s. 254.

Diodorus Siculus da, *Bibliotheca Historica* adlı eserinde, bu tür genital anomalileri tedavi etmeye yönelik tıbbi yöntemleri ayrıntılı bir şekilde açıklamakta ve ergenlik çağına kadar tespit edilememiş bir yalancı hermafrodit vakadan bahsetmektedir<sup>7</sup>. Tıbbın babası olarak kabul edilen Antik Yunan hekimi Hipokrat'a atfedilen Hipokrat Külliyyatı (*Corpus Hippocraticum*) adlı eserde de bu genital anomalinin ana rahmine düşme anından başladığına ilişkin ayrıntılı açıklamalara rastlanmaktadır<sup>8</sup>. Deneysel farmakolojinin öncüsü kabul edilen, 15. yüzyıl Türk hekimi Şerafettin Sabuncuoğlu da 1465 yılında kaleme aldığı, dünya tıp tarihine geçen "*Kitabü'l Cerrahiye-i İlhaniye*" adlı eserinde hermafrodit kişinin ameliyatını tasvir eden bir minyatüre yer vermiştir<sup>9</sup>. Konu, hukuki boyutu itibarıyla *Corpus Iuris Civilis*'te de yer almış ve *Ulpianus* tarafından hermafrodit kişilerin baskın olan cinsiyetten sayılmaları öngörülmüştür<sup>10</sup>.

Biyolojide ise hermafrodit, hem dişi hem erkek gametler üretebilen canlıları ifade eder<sup>11</sup>. Hermafrodit yapıda olmak bazı bitki ve hayvan türlerinin karakteristik özelliğidir. Hermafrodit hayvanlardan bazıları kendi kendilerini dölleme (*otofertilizasyon*), hermafrodit çiçekli bitkiler ise kendi kendine tozlaşma yeteneğine sahiptir. Üreme biyolojisinde hermafrodizm olgusu, hayvan ve bitkiler bakımından genetik üstünlük ve reproduktif avantajlar da sağlayan bir üreme şeklidir.

Geleneksel tıp literatüründe ise hermafrodizm, bir kimsenin anatomik cinsiyeti ile genetik (kromozomal) veya gonadal (eşey bezlerine dayalı) cinsiyeti arasındaki uyumsuzluk neticesinde ortaya çıkan doğumsal (konjenital) bir anomali olarak değerlendirilmektedir. Gerçek ve yalancı olmak üzere başlıca iki türü vardır. Gerçek hermafrodizm (*hermafroditismus verus*), kişinin dış genital organının hem dişil hem eril özellikler göstermesi, aynı kişide hem yumurtalık hem testis dokularının birlikte bulunması ile karakterizedir. Yalancı hermafrodizmde ise (*pseudo-hermaphroditism*) tek bir cinsiyete ait üreme organına (yumurtalık ya da testis)

<sup>7</sup> van der GRACHT, s. 249.

<sup>8</sup> van der GRACHT, s. 255-256.

<sup>9</sup> SABUNCUOĞLU, Şerafettin, Album des dessins de Cerrahiye-i İlhaniye, Paris nüshası resimleri, (Neşreden) ÜNVER, Süheyl, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, s. 48.

<sup>10</sup> "ULPIAN, Sabinus, book I: Question: with whom is a hermaphrodite comparable? I rather think one should be ascribed to that sex which is prevalent in his or her make-up." (D. 1.5.10). Bkz. WATSON, Alan (ed.), The Digest of Justinian, Vol.1, University of Pennsylvania Press, 1998, s. 16.

<sup>11</sup> AVISE, John, Hermaphroditism, A Primer on the Biology, Ecology, and Evolution of Dual Sexuality, Columbia University Press, 2011, s. 1-3.

sahip olan kişinin dış genital organı, genetik ve gonadal cinsiyeti ile uyumsuzluk göstermektedir. Genetik cinsiyet esas alınarak yapılan tanım doğrultusunda yalancı hermafrodizm, kendi içerisinde ikiye ayrılır: 46XX karyotipteki bir kişinin dış genital organının kuşkulu yapıda, diğer bir ifadeyle, değişen derecede eril özellikler göstermesi (maskülinize olması) ya da tamamen erkek görünümünde olması durumunda dişi tipi yalancı hermafrodizm; 46XY karyotipteki bir kişinin dış genital organının kuşkulu yapıda olması, diğer bir ifadeyle, değişen derecede dişil özellikler göstermesi ya da tamamen dişi görünümünde olması durumunda ise *erkek tipi yalancı hermafrodizm* söz konusu olur. Etimolojik olarak ilk çağrışımı çift cinsiyetlilik olan “hermafrodit” kelimesinin insanlar bakımından kullanılması günümüzde yoğun şekilde eleştirilmektedir. Bu ifadenin yanıltıcı, damgalayıcı ve küçük düşürücü olduğu, kişinin hem kendisi hem de ailesinin korku ve endişe yaşamasına sebep olduğu ve bu nedenle terk edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>12</sup>.

Modern tıp literatüründe, hermafrodit kelimesi terk edilerek, bunun yerine bir üst kavram olarak “cinsiyet gelişim bozukluğu (CGB)” (*disorder of sexual development, DSD*) kavramı benimsenmiştir. Bu kavram, resmi olarak 2006 yılında Chicago’da Avrupa Çocuk Endokrinolojisi Birliği tarafından düzenlenen uluslararası konferans çerçevesinde yayımlanan uzlaşma bildirisinde benimsenmiştir. CGB, “kromozomal, gonadal veya anatomik cinsiyetin atipik gelişim gösterdiği tüm konjenital (doğumsal) durumları” ifade eden bir şemsiye kavramdır<sup>13</sup>. Bu kavram, kimlik siyasetinden uzak ve CGB teşkil eden durumların altında yatan genetik ve endokrinal sebepleri vurgulaması bakımından isabetlidir<sup>14</sup>. Öte

<sup>12</sup> Bkz. United Nations Development Programme (UNDP), Intersex Research Study (Albania, Bosnia and Herzegovina, the Former Yugoslav Republic Of Macedonia and Serbia), 2017, <https://www.al.undp.org/content/albania/en/home/library/poverty/intersex-research-study.html> (Erişim Tarihi: 10.08.2021), s. 11; DREGGER, Alice D./CHASE, Cherly/SOUSA, Aron/GRUPPUSO, Philip A./FRADER, Joel, “Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale”, *Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism*, Vol. 18, No.18, 2005, s. 732 ; REIS, Elizabeth, “Divergence or Disorder?: the politics of naming intersex”, *Perspectives in Biology and Medicine*, Vol. 50, No. 4, Autumn 2007, s. 536.

<sup>13</sup> LEE, Peter A./ HOUK, Christopher P./ AHMED, S. Faisal/ HUGHES, Ieuan A., “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, International Consensus Conference on Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society for Paediatric Endocrinology, *Pediatrics* 2006, s. e488.

<sup>14</sup> REIS, s. 536.

yandan, “bozukluk” ifadesi, mutlaka tıbbi tedavi ile “düzeltilmesi” gereken bir problemin varlığını çağrıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmekte<sup>15</sup> ve kişileri psikolojik olarak olumsuz yönde etkileyerek, tıbbi hizmet almaktan kaçınmalarına neden olduğu vurgulanmaktadır<sup>16</sup>. Bu olumsuz çağrışımı bertaraf etmek üzere, daha az “patolojize” bir kavram olarak “cinsiyet gelişim farklılığı” (*divergence of sex development*) ifadesi önerilmektedir<sup>17</sup>. Ayrıca, tıp literatüründe, “kuşkulu genital yapı” (*ambiguous genitalia*) ya da “cinsiyet belirsizliği”, “genital yapı belirsizliği” kavramlarına da rastlanmaktadır.

Günümüzde özellikle sosyal bilimler ve hukuk literatüründe tercih edilen, “iki cinsiyet arasında” (*in-between two sexes*) ifadesinden türetilmiş “interseks” (*intersex*) kavramı ise ilk olarak 1917 yılında genetikçi Richard Goldschmidt tarafından ortaya atılmıştır<sup>18</sup>. Konuyu insan hakları boyutuyla ele alan uluslararası hukuk metinlerinde<sup>19</sup> de bu kavram tercih edilmektedir. İnterseksüelite kavramı, en yaygın ve geniş anlamıyla, “gelecekte tanımlanan kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, cinsiyet anatomisinin çeşitli unsurları (iç üreme organları, dış genital organlar ve cinsiyet kromozomları) arasındaki doğumsal<sup>20</sup> uyumsuzluk ile karakterize tüm durumları”<sup>21</sup> ifade etmektedir. İnterseksüelite,

<sup>15</sup> REIS, s. 536.

<sup>16</sup> JOHNSON, E./ ROSOKLIJA, I./ FINLAYSON, C. et al., “Attitudes towards ‘disorders of sex development’ nomenclature among affected individuals.” *Journal of Pediatric Urology*, May 2017, s. 608.e7.

<sup>17</sup> REIS, s. 536.

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT, Richard, “Intersexuality and the Endocrine Aspect of Sex”, *Endocrinology*, Vol. 1, Issue. 4, 1917, s. 433–456.

<sup>19</sup> Bkz. United Nations Human Rights, Office of the High Commission, Background Note on Human Rights Violations against Intersex People, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>20</sup> Doğuştan gelen bu uyumsuzluk, bazı durumlarda doğum öncesi (pre-natal) dönemde ya da doğum anında anlaşılabilirdiği gibi, bazı durumlarda tespiti ergenlik dönemine ya da daha ileriki yaşlara kadar gecikebilmektedir.

<sup>21</sup> İnterseksüelite başlığı altında değerlendirilen başlıca durumlar şöyledir: *Konjenital Adrenal Hiperplazi (KAH)*: 46 XX karyotipteki kişilerde, böbrek üstü bezlerde yüksek düzeyde salgılanan androjen, dış genital organda, klitoris büyüklüğünden tam erkeksi görünüme kadar değişen oranlarda eril görünüme neden olmaktadır. Kişi, genotipik olarak dişi, fenotipik olarak erkektir. Dış genital organda erkeksi görünümün ileri derecede olduğu olgularda, cinsiyet tayininin erkek yönünde yapılması nedeniyle, yumurtalık ve rahmi bulunan bu kişinin erkek olarak yetiştirildiği durumlara rastlanmaktadır. *Androjen İnsensitivite Sendromu (AIS)*: 46 XY karyotipteki kişilerde,

ikili cinsiyet sistemi perspektifinden ("erkek" ve "kadın") belirlenen tıbbi normlara göre sınıflandırılmayan kişilerin tamamını kapsayan bir çatı kavram olup, hermafrodizm içlerinde en çok bilinendir<sup>22</sup>. İnterseksüelite, ne toplumsal cinsiyet bağlamında bir kimlik ne de cinsel yönelim olarak vasıflandırılır; doğrudan doğruya bunu deneyimleyen kişinin bedeni ile ilintilidir<sup>23</sup>.

İnterseksüelitenin görülme sıklığı, tüm canlı doğumlarda yaklaşık %0.05 ile %1.7 olarak raporlanmaktadır<sup>24</sup>. Öte yandan, literatürde kullanılan farklı kavramların hangi biyolojik durumları kapsadığı konusunda disiplinler arasında tam bir uzlaşma sağlanmış değildir. Bu yaklaşım farklılığı, interseksüelitenin görülme sıklığına ilişkin bilimsel verilerin de farklılaşmasına neden olmaktadır<sup>25</sup>.

Yukarıda değinilen kavramlar arasındaki ilişkiyi kısaca şu şekilde ortaya koymak mümkündür. İnterseksüelite ile hermafrodizm, eş anlamlı değildir. İnterseksüelite, hermafrodizm türlerini (gerçek ve yalancı)

---

vücudun testosteron hormonuna duyarsızlığı, dış genital organda, değişen oranlarda dişi görünüme neden olmaktadır. Kişi, genotipik olarak erkek, fenotipik olarak dişidir. Dış genital organda dişi görünümün ileri derecede olduğu olgularda, cinsiyet tayininin dişi yönünde yapılması nedeniyle, kişinin dişi olarak yetiştirildiği durumlara rastlanmaktadır. *Ovotestiküler sendrom*: Gerçek hermafrodizme tekabül eden bu durum, aynı kişide hem yumurtalık hem testis dokularının bulunmasını ifade eder. Hem 46XX hem de 46XY karyotipe sahip kişilerde rastlanmaktadır. *Turner Sendromu*: Dişilerde rastlanan bir kromozomal anomalidir. Boy kısalığı en sık görülen bulgularındandır. 45X karyotipteki kişide X cinsiyet kromozomlarından birinin yokluğu ya da anormal yapıda olması ile karakterizedir. *Klinefelter Sendromu*: Erkeklerde rastlanan bir kromozomal anomalidir. 47 XXY karyotip ile karakterize olup, kromozom diziliminde fazladan bir X cinsiyet kromozomu bulunmasından kaynaklanmaktadır. Testis gelişiminde yetersizlik görülmektedir. *Hipospadias*: İdrar deliğinin penisin ucu yerine penis gövdesinin altında bulunmasıdır. *Konjenital vajinal agenezi*: Doğuştan vajina yokluğudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAX, Leonard, "How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling", *The Journal of Sex Research*, Vol.39, No.3, 2002, s. 175.

<sup>22</sup> DEDE, İsmail, "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?", *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, C.2, (eds.) ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem/ ÇÖREK, Dolunay/ ÖCAL, Göktürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 241.

<sup>23</sup> İ. DEDE, s. 244.

<sup>24</sup> United Nations Free & Equal, Fact Sheet, <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>25</sup> Bkz. SAX, s. 177; FORD, Kishka-Kamari, "First, Do No Harm"- The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants, *Yale Law&Policy Review*, Vol. 19, 2001, s. 470.



kapsayan ancak bunlarla sınırlı olmayan daha geniş bir kavramdır. Benzer şekilde, genital yapı belirsizliği bulunmayan kişiler de (örneğin, Turner ya da Klinefelter sendromu ya da mikropenis) interseks kategorisine dâhil edildiğinden<sup>26</sup>, interseksüelite kavramı, kuşkulu genital yapı kavramından da geniştir. İnterseksüelite ile CGB kavramları ise, birbirlerini büyük ölçüde karşılamakla birlikte, interseks aktivist çevreleri tarafından herhangi bir CGB'ye eşlik etmeyen birtakım durumların da interseksüelite başlığı altında değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin; kromozomal ve anatomik cinsiyeti arasında herhangi bir uyumsuzluk bulunmakla birlikte hipospadias tanısı konmuş 46XY karyotipteki erkek kişi ya da konjenital vajinal agenezi (doğuştan vajina yokluğu) bulunan 46 XX karyotipteki dişi kişi de interseks olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Çalışmamızda, güncel uluslararası hukuk literatüründe yaygın olarak kullanılması sebebiyle "interseks" kavramı tercih edilmiştir. Çalışmamızın devamında "interseks kişi/küçük" ifadesi, yukarıdaki geniş anlamından farklı olarak, anatomik cinsiyeti ile kromozomal veya gonadal cinsiyeti arasında doğuştan uyumsuzluk bulunan kişiyi ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

### III. İNTERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### 1. Genel Olarak Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale, yetkili kişi<sup>28</sup> tarafından insan vücudu<sup>29</sup> üzerinde gerçekleştirilen her türlü tıbbi faaliyettir. Tıbbi müdahalenin aktif tarafı, bu müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer sağlık meslek mensubudur; pasif tarafı ise, kendisine tıbbi müdahalede bulunulan kişi olan

<sup>26</sup> Bkz. <https://isna.org/faq/conditions/> (Erişim Tarihi: 01.09.2021). Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. SAX, s. 176.

<sup>27</sup> Bkz. <https://isna.org/faq/conditions/> (Erişim Tarihi: 01.09.2021). Bu durumun eleştirisi için bkz. SAX, s. 177.

<sup>28</sup> Tıp mesleğini icraya yetkili olmayan kişilerce gerçekleştirilen müdahaleleri, dar ve teknik anlamda tıbbi müdahale olarak nitelendirmeyen görüşe katılmaktayız. Bkz. BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 38. Bu nedenle yetki meselesini, tıbbi müdahalenin tanımı içerisinde tıbbi müdahalenin bir unsuru olarak ele almayı uygun görüyoruz.

<sup>29</sup> Kişilik hakkı kapsamında korunan bir hukuki değer olan vücut bütünlüğü kişinin hem fiziksel hem de ruhsal bütünlüğünü kapsar. Bkz. OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 178. Dolayısıyla, bir psikiyatrist ya da klinik psikologun danışanına psikoterapi uygulaması tıbbi müdahale niteliğindedir (BADUR, s. 27).

hastadır. “Hekim”, kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış olan kişidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>30</sup> (“Tababet Kanunu”) m. 3/f.1 uyarınca, cerrahi müdahaleler ancak uzman hekimler tarafından gerçekleştirilebilir. Etimolojik olarak “yorgun, yaralı” anlamına gelen Farsça kökenli “hasta” kelimesi ise, sözlükteki ilk anlamı itibarıyla, bir hastalık ya da kaza nedeniyle beden veya ruh sağlığı bozulan kişiyi ifade eder<sup>31</sup>. Tıp hukukunda ise hasta kavramı çok daha geniş bir anlama sahiptir; bir hastalık hâli söz konusu olmasa bile, bir tıbbi müdahalenin muhatabı olan her gerçek kişi hasta olarak kabul edilir<sup>32</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği’ne<sup>33</sup> (“HHY”) göre hasta, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse”dir (m. 4/f.1-b). Bu doğrultuda, organ bağışında bulunan, cinsiyet değişikliği ameliyatı ya da salt kozmetik amaçlı estetik ameliyat geçiren, tıbbi açıdan tahliye endikasyonu olmaksızın gebeliğini isteğe bağlı olarak sonlandıran gebe kadın da tıp hukukunda hasta sıfatına sahiptir.

İnterseks kişilere uygulanması tıbben önerilen müdahaleler, genital cerrahi operasyon, hormonal ve psikolojik destek tedavisi olmak üzere başlıca üç başlık altında toplanabilir. Çalışmamızda “tıbbi müdahale” kavramı, interseks küçüğe uygulanan genital rekonstrüktif cerrahi operasyonu ifade edecek şekilde kullanılacaktır. Söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusundaki tartışmalar, özellikle tıbbi bir endikasyon bulunup bulunmadığı ve bu tıbbi müdahalenin küçüğün kendi rızasını gösteremeyecek kadar erken yaşta, kanuni temsilcisinin rızası ile gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluğu noktalarında toplanmaktadır. Bu konular aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

## 2. Özel Bir Tıbbi Müdahale Türü Olan Cinsiyet Değişikliği Ameliyatından Farkı

Transseksüelizm, kişinin anatomik cinsiyeti ile psikolojik olarak kendisini ait hissettiği cinsiyetin çatışma hâlinde olduğu durumları ifade eder. Transseksüel yapıdaki bir kişinin, hormon tedavisiyle desteklenen bir cerrahi müdahale ile kendisini ruhen ait hissettiği cinsiyete fizyolojik olarak da bürünmesi tıbben mümkündür. Kişinin iç genital organlarının alındığı, dış genital organlarının da rekonstrüksiyonunun yapıldığı bu

<sup>30</sup> RG. 14.04.1928/863.

<sup>31</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>32</sup> BADUR, s. 31.

<sup>33</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, RG. 01.08.1998/23420.

cerrahi müdahale Türk hukukunda “cinsiyet değişikliği”<sup>34</sup> olarak adlandırılmakta olup, konuya ilişkin temel norm TMK’nun 40. maddesinde yer almaktadır<sup>35</sup>.

TMK m. 40, cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için, biri tıbbi müdahaleden önce diğeri sonra olmak üzere, mahkemeye iki aşamalı başvuru süreci öngörmektedir<sup>36</sup>. Cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek isteyen kişinin, öncelikle bu tıbbi müdahale için izin almak üzere mahkemeye şahsen başvurması gerekmektedir. TMK m. 40/f.1 uyarınca başvuran kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması<sup>37</sup>, evli olmaması ve transeksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu resmi sağlık kurulu raporuyla<sup>38</sup> belgelemesi gerekmektedir. Bu şartların varlığı durumunda hâkim, cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahaleye izin verip

<sup>34</sup> Cinsiyet “değişikliği” yerine cinsiyetin “düzeltilmesinden” bahsedilmesinin daha isabetli olduğu hakkında bkz. HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, §10 N.12. Cinsiyet değişikliği ameliyatı neticesinde değişiklik meydana getirilen, kişinin anatomik cinsiyetidir; kişiye karşı cinsine ait üreme fonksiyonlarının kazandırılması ya da kişinin kromozomal yapısında değişiklik yapılması bugün itibarıyla tıbben mümkün değildir. Bkz. BADUR, s. 154, dn. 8; ZEVLİLİLER, Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, TBB, S. 2, 1988, s. 271.

<sup>35</sup> TMK m. 40, “Kişisel Durum Sicili” bölümünde, “IV. Düzeltme” başlığı altında yer almaktadır. Cinsiyet değişikliğinin sadece kişisel durum sicilinin düzeltilmesi ile ilgili bir mesele olarak görülmesi haklı olarak eleştirilmekte, kişiliği yakından ilgilendiren bu konunun özel bir kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Bkz. DURAL, Mustafa/ ÖÇÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, N. 612.

<sup>36</sup> Türk Hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenlemelerin tarihsel gelişimi ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yeşim, “Transeksüellerin Hukuki Durumu”, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/>; SAĞLAM, İpek, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 455-469; TURAN BAŞARA, Gamze, “Türk Medeni Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, TBB Dergisi, S. 103, 2012, s. 245-266; GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 45-80; ZEVLİLİLER, s. 258-285.

<sup>37</sup> Kanun hükmünde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, başvuran kişinin ayırt etme gücüne de sahip olması gerektiği açıktır. Bkz. DURAL/ÖÇÜZ, N. 629; SAĞLAM, s. 460.

<sup>38</sup> TMK m. 40/f.1, c.2’de yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu” ibaresi, Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.2017 tarihli, E. 2017/130, K.2017/165 kararı ile iptal edilmiştir (RG. 20.03.2018/30366).

vermeme konusunda takdir yetkisine sahip değildir<sup>39</sup>. Hâkimin izniyle gerçekleşen cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra ise, bu değişikliğin nüfus siciline işlenebilmesi için, TMK m. 40/f.2 uyarınca mahkemeye tekrar başvurarak ikinci bir dava açılması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, TMK m. 40'ta öngörülen cinsiyet değişikliği ameliyatı, anatomik cinsiyeti ile psikolojik cinsiyeti arasında bir çatışma bulunan transseksüel yapıdaki kişilere yönelik tıbbi müdahale ile sınırlıdır. Bu tıbbi müdahale, transseksüel kişinin ruhen kendisini ait hissettiği cinsiyete fizyolojik olarak da bürünmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmek suretiyle izin verilen bu tıbbi müdahale yasal ya da bir görüşe göre, psikolojik<sup>40</sup> endikasyona dayanmaktadır. Oysa anatomik cinsiyeti ile kromozomal veya gonadal cinsiyeti arasında doğuştan uyumsuzluk bulunan interseks kişilere uygulanan tıbbi müdahale, interseks kişinin anatomik cinsiyetini, saptanan baskın cinsiyetine uygun hâle getirmeyi amaçlamaktadır. İnterseks kişiye uygulanan genital rekonstrüktif cerrahi müdahalenin tedavi amaçlı olduğu<sup>41</sup>, dolayısıyla tıbbi bir endikasyona dayandığı kabul edilmektedir. Bu cerrahi müdahale, TMK m. 40 anlamında bir cinsiyet değişikliği ameliyatı değildir<sup>42</sup>.

TMK m. 40 düzenlemesinin tarihsel gelişimi de bu sonucu desteklemektedir. Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme, 743 sayılı Türk Kanunu Medenis'inin ("TKM") 29. maddesine 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile eklenen ikinci bir fıkra ile yapılmıştır. Değişiklik öncesi dönemde bu konu, dönemin ünlü ses sanatçısının yurt dışında geçirdiği cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında nüfus sicilinde değişiklik yapılması talebiyle açtığı davalara<sup>43</sup> ilişkin olarak Yargıtay'ın önüne

<sup>39</sup> BADUR, s. 161.

<sup>40</sup> Cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalenin psikolojik endikasyona dayandığı yönünde bkz. ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHF, C. 50, S. 4, 2001, s. 60; GÜNEY TUNALI, Işıl, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yüklümlüğünün Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 80.

<sup>41</sup> DURAL/ÖĞÜZ, N. 622; TURAN BAŞARA, s. 255.

<sup>42</sup> Burada aslında cinsiyet değiştirme değil, belirgin olmayan ya da gizli cinsiyetin ortaya çıkarılması söz konusudur. Bkz. ZEVKLİLER, s. 269.

<sup>43</sup> Bülent Ersoy Davası. Aynı davacı tarafından çeşitli tarihlerde açılan davalar ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986, s. 41 vd.; WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukuki Durumu", AHFD, C. 43, S. 1-4, s. 227-268.

gelmiştir<sup>44</sup>. 1986 tarihli kararında<sup>45</sup> Yargıtay; tıbbi müdahale ile cinsiyet değişikliğinin kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliğinde olduğunu, kişinin bedeni üzerinde bu tür bir tasarrufta bulunmasına Medeni Kanun'un kişilik hakkına ilişkin düzenlemesinin engel olduğunu, aksine bir kabullün kanuna karşı hileye zemin hazırlayacağını, yürürlükteki hukuk kurallarının iradi cinsiyet değişikliğine cevaz vermediğini ve bu konuda bir kanun boşluğu da bulunmadığını belirtmiştir. Söz konusu kararda ayrıca, "[...] hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır" ifadelerine yer verilmiştir. Karardaki "hukukun öngördüğü husus" ifadesi ile kastedilen, karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun kayıt düzeltme davalarına ilişkin 46. maddesidir. Nitekim karşı oy yazısında da, Nüfus Kanunu m. 46/f.1'de "yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davaları" şeklindeki düzenlemede yer alan "ve diğer" ifadesi kapsamında, transseksüelite dışındaki nedenlere (örneğin, çift cinsiyetlilik) dayalı cinsiyet düzeltme davalarının incelenip karara bağlandığı, Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasının bu yönde olduğu, Türk hukuk uygulamasında bu konuda görüş ayrılığı bulunmadığı ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, Türk Hukukunda cinsiyet

<sup>44</sup> Öztürel, 1980'li yıllarda, Bülent Ersoy davasından önceki dönemde cinsiyet değişikliği gerekçesiyle nüfus sicilinin düzeltilmesi için çeşitli davalar açıldığına, bu davaların ilk derece mahkemesi tarafından olumlu şekilde karara bağlandığına ve Yargıtay'a intikal etmeden kesinleştiğine ilişkin Yüksek Sağlık Şurası Vakalarını aktarmaktadır. Bkz. ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", AÜHFD, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 268 vd.

<sup>45</sup> Y2HD, 27.03.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, Lexpera.

<sup>46</sup> "Türk hukukunda nüfus kütüğündeki cinsiyetin doğumdan sonra gerçekleşen bir değişiklik sebebiyle, düzeltilmesi için açılacak davanın yasal dayanağı MK. nun 38 ve Nüfus Kanununun 46. maddeleridir. Çünkü anılan 46/1, madde aynen "yaş, ad, soyadı ve Diğer Kayıt Düzeltme Davaları..." diye başlamakta ve sayılanlar dışında kalan hususlarda da kayıt düzeltme davasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla cinsiyete ilişkin kayıtların yaş, ad ve soyadı gibi nüfus kütüğüne geçirilmesi zorunlu kayıtlardan bulunması nedeniyle cinsiyet değişikliklerinin de kayıt düzeltme davasının konusunu oluşturacağı kuşkusuzdur. Daha geniş bir platformda düşünüldüğü takdirde, nitelik ve kapsamı ne olursa olsun, nüfus kütüğünde herhangi bir kaydın düzeltilmesi istemlerinin tek yasal dayanağı Medenî Kanununun 38. Maddesi yoluyla Nüfus Kanununun 46. maddesidir. Çoğunluk kararında açıklanmamış olmakla birlikte (yürürlükteki hukukun bu konuda hüküm vermeye yeterli olduğu) düşüncesi sanırız yasal dayanağını anılan 46. maddeden almaktadır. Zaten transseksüelite dışındaki nedenlere dayalı rutin cinsiyet düzeltme davalarının 46. madde kapsamında incelenip hükme bağlandığı hususunda Türk Hukuk Uygulamasında herhangi bir aykırı görüşte söz konusu değildir.

değişikliğine ilişkin ilk düzenlemenin yapıldığı 1988 yılından önceki dönemde de, interseks kişilerin geçirdikleri cerrahi operasyon neticesinde nüfus sicilinde gerekli değişikliğin mahkeme kararı ile yapıldığı görülmektedir.

Ancak TMK döneminde, interseks küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleyi, hatalı olarak TMK m. 40 kapsamında bir cinsiyet değişikliği ameliyatı olarak nitelendiren yerel mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Söz konusu kararlar, hermafroditizm tanısı konulmak suretiyle düzeltici operasyon geçirmiş ya da tanı konulmuş olmakla birlikte henüz operasyon geçirmemiş küçüğün nüfus kayıtlarında isim ve cinsiyet değişikliği talebiyle velayeten açılan ve TMK m. 40'ta aranan şartların somut olayda gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilen davalara ilişkindir. Yargıtay, temyizen yaptığı incelemede, somut olaya uygulanacak kanun hükmünün yerel mahkeme tarafından hatalı olarak belirlendiği gerekçesiyle, söz konusu kararları isabetli bir şekilde bozmuştur<sup>47</sup>.

---

*Mahkemeler ve Yargıtay'ın uzun yıllardır devam eden uygulaması da bu doğrultudadır. [...] Burada çözümlenmesi gereken husus (ki çoğunlukla mevcut uyumsuzluğumuzun temelini oluşturmaktadır) Nüfus Kanununun 46. maddesinin hangi ve ne tarz cinsiyet kayıtlarının düzeltilmesine olanak verdiği'dir".*

<sup>47</sup> "Davacılar, 05.01.2007 doğumlu olan ve kayden kızları görünen K5 'un doğum sırasında kız olduğundan bahisle düzenlenen doğum kağıdına istinaden kız olarak yazıldığını, ancak erkek olduğunun anlaşıldığını belirterek kız olan cinsiyetinin erkek olarak, K5 olan adının ise K1 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 40.maddesi koşulları gerçekleşmediği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 40.maddesi cinsiyet değiştirmek isteyenler için düzenleme öngörmüştür. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle Adli Tıp Kurumunun 28.10.2011 tarihli raporu ile diğer raporların incelenmesinden K5 'un kromozom yapısının ve iç genital organlarının erkek cinsiyetinde, dış genital organlarının ise intersex olduğu, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararının alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Mahkemece gerekli düzeltme operasyonları için davacı tarafa süre verilmesi, çocuğun cinsiyetinin bu suretle tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken somut olaya uygulanması imkanı bulunmayan yasa maddesi gerekçe gösterilerek davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiştir" (Y18HD, 11.12.2012, E. 2012/11442, K. 2012/14371, Lexpera); "Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle 21.09.2011 tarihli heyet raporunun incelenmesinde; Rıdvan'ın, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararı alınarak hastaya tıbbi müdahalede bulunulduğu anlaşılmaktadır. Davacı Rıdvan'ın söz konusu ameliyatı geçirmeden önceki durumu nedeniyle erkek adı ile ve cinsiyeti erkek olarak nüfus kütüğüne kaydedildiğinden, ameliyattan sonraki durumu dikkate alınarak 5490 sayılı Yasa'nın hükümleri uyarınca adının ve cinsiyetinin değiştirilmesi istenmektedir. Mahkemece bu nedenle tarafların gösterecekleri tüm deliller toplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, maddi olaya uygulanacak Yasa'nın saptanmasında hataya düşülerek davanın reddi doğru görülmemiştir" (Y18HD, 19.04.2012, E. 2012/80, K. 2012/4125, Lexpera).

Görüldüğü üzere, TMK m. 40'ta düzenlenen cinsiyet değiştirme ameliyatı, maddenin lafzında açıkça transseksüel yapıdaki kişiler ile sınırlandırılmıştır. Ancak buna rağmen, yerel mahkeme kararlarındaki bu hatalı nitelendirme, TKM'de yapılan yetersiz düzenlemenin bir yansıması olarak süregeliyor gözükmektedir. TKM m. 29/f.2,c.1 hükmünde yer alan düzenleme, “doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır” şeklindeydi. Buradaki “doğumdan sonra” ibaresi, bir yandan cinsiyet değiştirme sanki doğumdan önce olabilirmiş gibi eleştirilere, diğer yandan da hangi kişileri konu edindiği açıkça belirtilmediğinden tereddütlere yol açmıştır<sup>48</sup>. Bu çerçevede, hermafrodit kişilerin durumu da değerlendirilerek, söz konusu düzenlemenin sadece transseksüel kişileri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>49</sup>. TMK m. 40 hükmünde ise açıkça transseksüel yapıdaki kişilerden bahsedilerek bu mesele açıklığa kavuşturulmuştur<sup>50</sup>.

Sonuç olarak, TMK m. 40'ta düzenlenen cinsiyet değişikliği ameliyatı, transseksüel yapıdaki kişiler ile sınırlandırılmıştır; interseksüel kişiler bu maddenin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, interseks küçüğe uygulanması tıbben tavsiye edilen cerrahi müdahale için önceden mahkemeden izin alınması gerekmediği gibi bu tıbbi müdahale için on sekiz yaşın doldurulması şartı da söz konusu değildir. Zaten söz konusu yaş sınırı, interseksüel kişiler açısından isabetli olmayıp, aşağıda açıklanacağı üzere, interseks küçüğün on sekiz yaşını doldurmasının beklenmesi, somut olayda telafisi güç sonuçlar doğurabilmektedir.

#### IV. İNTERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

İnterseks küçüğe, kendi rızasını gösteremeyeceği kadar erken yaşta, kanuni temsilcisinin rızası ile genital cerrahi müdahalede bulunulması hukuka uygun mudur? Tıp çevreleri, küçüğün ileride sağlıklı bir cinsel kimlik geliştirebilmesi, üreme yeteneğine sahip olabilmesi ve yaşaması

<sup>48</sup> Bkz. ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000, s. 446-447.

<sup>49</sup> GÜVEN, s. 58-59, dn. 49; ZEVKLİLER, s. 269.

<sup>50</sup> TMK m. 40'taki düzenlemede “transseksüel yapıda olmak” yerine “hermafrodit yapıda olmak ve baskın cinsiyete dönme isteği”nin aranmasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. HATEMİ, §10 N.12.

muhtemel psiko-seksüel ve psiko-sosyal sorunların<sup>51</sup> önlenilmesi (ya da en azından hafif şiddette atlatılabilmesi) için erken teşhisin önemine dikkat çekerek erken cerrahiye desteklemekte, aynı zamanda erken girişimlerin komplikasyon riskini azalttığını, kozmetik olarak daha iyi sonuçlar verdiğini vurgulamaktadır<sup>52</sup>.

Öte yandan son yıllarda uluslararası hukuk literatüründe, kişileri ikili, dar cinsiyet kalıplarına sokmaya çalışan, kişinin cinsel kimliğini kendi rızası olmaksızın, geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen, uzun vadede tıbbi ve psiko-seksüel sorunları da beraberinde getirme ihtimali olan bu tür cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğu hararetli bir şekilde tartışılmaktadır. Türk medyasına yansıyan haberler ise, konunun çarpıcı bir diğer boyutunu gündeme getirmektedir. Erkek çocuk beklentisinin yoğun olduğu toplumlarda kültürel yargıların etkisiyle ailesi tarafından baskın cinsiyetin aksi yönündeki cinsiyette yetiştirilen küçüklerin yaşadığı tarifsiz acılar<sup>53</sup> ya da erken teşhise rağmen ailenin klinik durumu kabullenmeyerek tıbbi müdahaleyi reddetmesi nedeniyle geciken vakalar bildirilmektedir<sup>54</sup>.

### 1. Tıp Çevrelerinin Genel Yaklaşımı

Tıbbi genel kabul, interseksüelite tedavisinin, küçüğün cinsel kimlik gelişiminden önce tamamlanması gerektiği yönündedir. Olguların çoğunda interseksüelite klinik tanısının konulması doğumdan sonraki ilk muayenede mümkün olmakla birlikte, ergenlik veya yetişkinlik dönemine kadar fark edilmemiş vakalarla da karşılaşılabilir. Örneğin, dış genital organı dışı görünümde olan kişinin, ergenlik döneminde adet görememe ve vücutta aşırı kıllanma şikayetiyle sağlık kuruluşuna

<sup>51</sup> Hekimlerin kuşkulu genityalya vakalarında, belirsiz cinsel organların fiziksel açıdan arz ettiği tehlikelerden ziyade interseksüelitenin psiko-sosyal sorunları boyutuna yaptıkları vurguya eleştirel bir yaklaşım için bkz. FORD, s. 476.

<sup>52</sup> ÖZOKUTAN, Bülent H./KÜÇÜKAYDIN, Mustafa/KURTOĞLU, Selim/ OKUR, Hamit/ TURAN, Cüneyt, "Çocuklarda Ambiguous Genitalyanın Cerrahi Tedavisi", *Pediatric Cerrahi Dergisi*, C. 15, 2001, s. 76.

<sup>53</sup> Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hermafrodit-bulent-in-cilesi-26470090> (Erişim tarihi: 10.08.2021).

<sup>54</sup> Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/genetik-kusurlar-yuzunden-olusuyor-iki-yasina-gelmeden-teshisi-gerekliyor-4334854> (Erişim tarihi: 10.08.2021). Ayrıca bkz. ÖZOKUTAN, s. 76; ÖZBEY, s. 144.



başvurusu üzerine yapılan tetkikler neticesinde 46XY erkek karyotipte olduğu ve testisleri olduğu ortaya çıkabilmektedir<sup>55</sup>.

Yenidoğan döneminde fark edilip teşhis konulan durumlarda gerekli tedavinin zamanında uygulanması, çocuğun cinsel kimlik gelişimi bakımından büyük önem arz eder. Çocuğun cinsel kimliğini sağlıklı bir şekilde kazanabilmesi, genital organının dış görünüşü ile gerçek cinsiyeti arasındaki uyumsuzluğun mümkün olan en kısa sürede giderilmesine bağlıdır. Freud'un psikoseksüel gelişim kuramına göre, çocuğun cinsel kimliğini kazanması bakımından en kritik önemdeki dönem, psikoseksüel gelişimin üçüncü evresi olan 3-6 yaş arasındaki "fallik dönem"dir<sup>56</sup>. Ancak çocuğun çekirdek cinsel kimliğinin (*core gender identity*) fallik dönemden çok daha önce oluşmaya başladığı ve iki-üç yaşının sonuna kadar yerleştiği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Bu doğrultuda, interseksüelite vakalarında tıbbi açıdan genel kanaat, cerrahi tedavinin en geç iki yaşına kadar tamamlanması yönünde olmakla birlikte, bazı vakalarda cerrahi girişimin iki yaşından sonraya bırakılması ya da ergenlik dönemine kadar beklenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>58</sup>. Ergenlik dönemi, kişinin cinsel kimliğinin tam olarak oturduğu dönemdir ve on sekiz yaş doluncaya kadar kişi fizyolojik gelişimini ancak tamamlar<sup>59</sup>. Ancak interseks küçüğe cerrahi müdahalede bulunulması için on sekiz yaşını dolduruncaya kadar beklenmesi somut olayda telafisi güç sonuçlara yol açabilmektedir<sup>60</sup>.

İnterseks küçüğe, gerekli tüm tarama ve testler (kromozom analizi, hormon testleri, fiziki, ultrasonik ve laparoskopik muayene vb.) yapıldıktan sonra, multidisipliner bir yaklaşımla, (çocuk endokrinolojisi, cerrahisi, ürolojisi, jinekolojisi ve çocuk psikiyatristi başta olmak üzere) çeşitli branşlardan oluşan uzman bir kurul tarafından birçok ölçüt birlikte değerlendirilerek (çocuğun anatomik yapısı, olası yetişkin cinsel kimliği,

<sup>55</sup> AKDEMİR, Asena/GÜRİZ, Olga/ÖRSEL, Sibel/KARAOĞLAN, Ayfer: "Erkek Pseudohermaphroditizmi: Bir Olgu Sunumu", Klinik Psikiyatri Dergisi, 2006, C. 9, S. 1, s. 50.

<sup>56</sup> Bkz. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100321428> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>57</sup> NEWBOULD, s. 483; EŞEL, Ertuğrul, "İnsan Cinselliğinin Biyolojik ve Evrimsel Temelleri", Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, C. 16, S. 4, 2006, s. 281.

<sup>58</sup> ÖZOKUTAN, s. 76-77.

<sup>59</sup> SAĞLAM, s. 459-460.

<sup>60</sup> KAYA, Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Mecmua, Ankara, 2008, s. 63.

gonadlarının işlevsel durumu, tanı anına kadar çocuğun hangi cinsiyette yetiştirildiği vb.) baskın cinsiyet ataması (*gender assignment*) yapılı<sup>61</sup>.

Klinik tanı, hem küçüğün kendisi hem de ailesi bakımından tıbbi, cinsel ve psiko-sosyal sorunlara yol açabileceğinden, bu süreçte küçüğün ailesine, eğitim durumu ve kültürel ihtiyaçlarına uygun olarak bir psiko-sosyal destek verilmesi önem arz eder. Küçüğün cinsiyetinin belirsizliği ya da o zamana kadar yetiştirildiği cinsiyetin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğinin ortaya çıkması, küçüğün ailesi açısından da oldukça hassas bir konudur. Bu noktada özellikle sağlık personeli tarafından kullanılan kavramlara dikkat edilmesi, “çift cinsiyetli” gibi aileyi endişeye sevk edecek ifadelerden kaçınılarak<sup>62</sup>, “kızınız, oğlunuz” yerine, “bebeğiniz, çocuğunuz” ifadelerinin tercih edilmesi<sup>63</sup> önerilmektedir.

## 2. Uluslararası Alandaki Hukuki Gelişmeler

San Francisco İnsan Hakları Komisyonu tarafından 2005 yılında gerçekleştirilen “İnterseks Kişilerin Tıbbi Olarak ‘Normalleştirilmesi’ne İlişkin İnsan Hakları Soruşturması” çerçevesinde hazırlanan sonuç raporunda; interseks küçüğün fiziken sağlığına kavuşturulması için gerekli olmadıkça, tıbbi açıdan gereksiz, salt kozmetik kaygılarla ve küçüğün ailesi ya da yakınlarının psikolojik refahını sağlama, toplumsal baskıyı azaltma saikiyle<sup>64</sup> interseks küçüğe “normalleştirici”<sup>65</sup> genital cerrahi müdahalede bulunulması (“*normalizing*” *genital surgeries*) küçük açısından bir insan hakkı ihlâli olarak kabul edilmiştir<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> ÖZBEY, s. 143; ÖZOKUTAN, s. 76; SEKMENLİ, Tamer/ÇİFTÇİ, İlhan, “Cinsiyet Gelişim Bozukluklarında Cerrahi Yaklaşım”, *Pediatric Practice and Research*, C.8, S.1, 2020, s. 25.

<sup>62</sup> ÖZBEY, s. 144.

<sup>63</sup> ALİKAŞİFOĞLU, Ayfer, “Ambigius Genitalya’ya Klinik Yaklaşım”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, C. 12, S. 4, 2003, s. 141; TÜRKER, Hülya, *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden*, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2015, s. 91.

<sup>64</sup> Bkz. FORD, s. 477. Ebeveynlerin çocuğun genital organlarının sıra dışı görüntüsünden rahatsızlık duyması ya da yakın çevrenin reaksiyonundan çekinmesinin çocuğun yüksek yararının önüne geçebileceği hakkında bkz. TÜRKER, s. 110.

<sup>65</sup> İnterseks küçüğe uygulanan genital cerrahi operasyonların, kişinin genital anatomisinin toplumsal ve kültürel olarak “normal” kabul edilen duruma uyum sağlaması amacıyla gerçekleştirilmesi hakkında bkz. NEWBOULD, s. 484.

<sup>66</sup> Bkz. A Human Rights Investigation Into the Medical “Normalization” of Intersex People, A Report of a Public Hearing By the Human Rights Commission of the City&County of San Francisco, April 28, 2005, <https://sf->

Benzer doğrultuda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından 2019 yılında yayımlanan “İnterseks Küçüklere Yönelik İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Arkaplan Notu”<sup>67</sup> konunun insan hakları boyutunu oldukça ayrıntılı değerlendirmektedir. Söz konusu çalışmada, zoraki olarak tıbbi müdahaleye maruz bırakılmanın küçük bakımından (kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı çerçevesinde korunan bedensel ve ruhsal bütünlüğün korunması hakkı, işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmama hakkı, sağlık hakkı çerçevesinde korunan cinsel ve üreme hakkı başta olmak üzere) temel hak ve özgürlük ihlâli teşkil ettiği; dünyanın çeşitli ülkelerinde interseks kişilerin (bebek ve ergenlerin) toplumsal beklentilere uygun bir fiziksel görünüme zorla kavuşturulmaları amacıyla tıbbi açıdan gereksiz ameliyat, hormon tedavisi ve diğer uygulamalara maruz bırakıldığı; ayrıca, bu tür cerrahi müdahalelerin zamanlaması, endikasyonu ve sonuçları hakkında klinik bir fikir birliği olmadığı gibi, cinsel his kaybı, infertilite, ömür boyu süren şiddetli psikolojik ıstırap ve depresyona yol açan, ayrıca hatalı cinsiyet tayini yapılan vakalara rastlandığı vurgulanmaktadır<sup>68</sup>.

Malta’da 2015 yılında yürürlüğe giren “Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet İfadesi ve Cinsiyet Özellikleri Kanunu” (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*) ile küçüğe uygulanacak cinsiyet tayini ve/veya cerrahi müdahalenin hangi şartlar altında hukuka uygun kabul edileceğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir<sup>69</sup>.

Almanya’da 22 Mayıs 2021 tarihinde yürürlüğe giren “Cinsiyet Gelişim Farklılığı Olan Çocukların Korunmasına İlişkin Kanun” (*Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*) ile benimsenen yaklaşımda, ana hatları itibariyle; cinsiyet gelişim farklılığı bulunan ve tedaviye kendisi rıza gösteremeyecek olan çocuğa, fiziksel görünümünü, başka bir sebep olmaksızın, salt erkek ya da kadın cinsiyetiyle

---

[hrc.org/sites/default/files/Documents/HRC\\_Publications/Articles/A\\_Human\\_Rights\\_Investigation\\_Into\\_the\\_Normalization\\_of\\_Intersex\\_People.pdf](http://hrc.org/sites/default/files/Documents/HRC_Publications/Articles/A_Human_Rights_Investigation_Into_the_Normalization_of_Intersex_People.pdf), s. 17 vd.

<sup>67</sup> Bkz. The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Background Note on Human Rights Violations against Intersex People, 2019, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/Background-NoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

<sup>68</sup> Bkz. Birleşmiş Milletler Arkaplan Notu, “Rıza dışı tıbbi müdahaleler” başlığı altındaki açıklamalar, s. 8 vd.; FORD, s. 483-486.

<sup>69</sup> Bkz. [https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta\\_GIGESC\\_trans\\_law\\_2015.pdf](https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf), Article 14 (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

eşleştirmek amacına yönelik tıbbi müdahaleye rıza göstermenin velayet hakkının kapsamı dışında olduğu; bunun haricindeki hâllerde, cinsiyet gelişim bozukluğu bulunan ve rıza ehliyetine sahip olmayan küçüğün iç ve dış genital organları üzerindeki cerrahi müdahale, çocuk kendi kararını verinceye kadar ertelenemeyecek nitelikteyse, kural olarak, aile mahkemesinden izin alınmak suretiyle ana-babanın rızasıyla yapılabileceği; çocuğun yaşamı veya sağlığı açısından tehlike arz eden ve mahkemedен izin alınması için beklenemeyecek durumlarda ise mahkeme izni olmaksızın müdahalenin yapılabileceği düzenlenmiştir<sup>70</sup>.

Ayrıca, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*), 2017 tarihli kararında, Alman Kişisel Durum Kanunu'ndaki (*Personenstandsgesetz, PStG*), "kadın" ya da "erkek" cinsiyet seçeneklerinden birini seçme zorunluluğu getiren düzenlemenin, Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz, GG*) genel kişilik hakkına (Art. 2 (1) GG) ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına (Art. 3(3) GG) ilişkin hükümlerini ihlâl ettiğine hükmetmiştir<sup>71</sup>. Söz konusu kararda, kişinin cinsel kimliğinin genel kişilik hakkı kapsamında korunduğu vurgulanmıştır. Bu kararı takiben Alman kanunkoyucusu tarafından Alman Kişisel Durum Kanunu'nda değişiklik yapılarak, kadın veya erkek cinsiyet atanamayan küçüğün doğum belgesinin cinsiyet hanesinin boş bırakılabilmesi ya da "çeşitli (*diverse*)" olarak kaydedilebilmesi imkânı getirilmiştir (§22 Abs. 3 PStG)<sup>72</sup>.

### 3. Türk Hukukundaki Durum

#### a. Genel Olarak Küçüklere Uygulanan Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

İnterseks küçüğe uygulanan genital cerrahi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin tartışma, endikasyonun varlığı ve kanuni temsilcinin rızasının geçerliliğine ilişkindir. Vücut bütünlüğü, kişilik hakkı kapsamında korunan bir hukuki değerdir ve her tıbbi müdahale, özünde, hastanın kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Bir tıbbi müdahalenin hastanın kişilik hakkını ihlâl etmemesi için hukuka uygunluk şartlarını taşıması

<sup>70</sup> Bkz. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zum-schutz-von-kindern-mit-varianten-der-geschlechtsentwicklung/267726> (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

<sup>71</sup> BVerfG, Order of the First Senate of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010\\_1bvr201916en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html) (Erişim Tarihi: 01.08.2021) Ayrıca bkz. Avusturya Yüksek Mahkemesi, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie [2014] HCA 11, Case No. S273/2013. [https://www.hcourt.gov.au/cases/case\\_s273-2013](https://www.hcourt.gov.au/cases/case_s273-2013) (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

<sup>72</sup> Alman Hukukundaki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İ. DEDE, s. 254 vd.

gerekir<sup>73</sup>. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları; endikasyonun varlığı, hastanın rızasının (ya da başka bir hukuka uygunluk sebebinin) bulunması ve tıp bilimi kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesidir.

Gereklilik anlamına gelen “endikasyon”, tıp hukukunda kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılan bir sebebin varlığını ifade eder. 1982 Anayasası m. 17/f.2 uyarınca, “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”<sup>74</sup>. Endikasyon şartı, genellikle tıbbi müdahalenin yöneldiği amaç ile ilişkilendirilerek tıbbi müdahalenin hukuken meşru kabul edilen bir amaca yönelmiş olması şeklinde ifade edilir. Teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik tıbbi müdahaleler bakımından tıbbi endikasyon bulunmaktadır. Ancak bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için mutlaka bir tıbbi endikasyona dayanmasının şart olmadığı, bir tıbbi endikasyon bulunmasa bile (kanunun açıkça izin verdiği tıbbi müdahaleler bakımından) yasal, psikolojik ya da sosyal endikasyonun varlığı da kabul edilmektedir<sup>75</sup>.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan bir diğer koşul ise rızadır. Rızanın aranması, insan onurunun korunması ilkesinin bir yansıması olup, hastanın özerkliği ilkesine dayanır ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını güvence altına alır<sup>76</sup>. Türkiye’nin tarafı olduğu “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin*

<sup>73</sup> Tıbbi müdahalenin tanımı ile bu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu farklı hukuki meselelerdir. Bkz. BADUR, s. 35.

<sup>74</sup> Bu anayasal hükmün esasında hangi durumlarda kişinin iradesine aykırı olarak tıbbi müdahalede bulunulabileceğini öngördüğü hakkında bkz. YÜCEL, Özge, “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yazar”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 79, S. 2, s. 452. HHY’nin “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı” kenar başlıklı 12. maddesine göre; “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez”. Benzer şekilde, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (RG. 19.02.1960/10436) m.13/3’e göre; “Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz”.

<sup>75</sup> Endikasyon türleri hakkında bkz. GÜNEY TUNALI, s. 334 vd. Temel bir tıp etiği ilkesi olan “yararlılık ilkesi”nden hareketle, tıbbi müdahalenin yarar sağlamaya yönelik olması koşulunun aranmasının daha gerçekçi olacağı ve böylelikle psikolojik, sosyal endikasyon gibi zorlama gerekçelere gerek kalmayacağı görüşü için bkz. YÜCEL, Onam Hakkı, s. 452-453.

<sup>76</sup> GÜNEY TUNALI, s. 229.

*Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*<sup>77</sup> (“Biyotıp Sözleşmesi”) m. 5/f.1 uyarınca “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir”. Ayrıca, TMK m. 24/f.2 uyarınca kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, kişilik hakkına yapılan saldırıyı hukuka uygun kıldığından, rızası olmaksızın hastaya uygulanan tüm tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Tababet Kanunu m. 70/f.1’e göre, hekimlerin her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasını alması gerekir.

Rızanın tıbbi müdahaleyi baştan itibaren hukuka uygun hâle getirebilmesi için geçerli olması gerekir<sup>78</sup>. Tıbbi müdahaleye rızayı geçerli kılan koşullardan biri, rıza açıklama yetkisine, diğer bir ifadeyle, rıza ehliyetine sahip kişi tarafından açıklanmasıdır. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan<sup>79</sup>, tıbbi müdahaleye rızasını göstermeye yetkili kişi, kural olarak, vücut bütünlüğü bu müdahaleye maruz kalacak olan hastanın kendisidir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin özerklik hakkını bizzat kullanması mümkün olmadığından, tam ehliyetsiz küçüğe tıbbi müdahale, kural olarak, kanuni temsilcisinin rızası ile yapılır<sup>80</sup>. Velayet altındaki küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza gösterme yetkisi, kural olarak, velayeti birlikte kullanan ana-babaya aittir. Velayet hakkına sahip olan ana-babanın, çocuk için en uygun kararı vermek bakımından en iyi konumda oldukları varsayılır<sup>81</sup>. Öte yandan, interseks küçüğe uygulanan

<sup>77</sup> RG. 20.04.2004/25439.

<sup>78</sup> Geçerli rızanın koşulları hakkında bkz. GÜNEY TUNALI, s. 232 vd.

<sup>79</sup> DURAL/ÖĞÜZ, N. 532.

<sup>80</sup> Tıbbi müdahaleye kaynaklık eden hukuki ilişkinin niteliği, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği sağlık kurum/kuruluşunun niteliğine göre değişmektedir. Resmi sağlık kurumlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından idare ile hasta arasında ilişki, idare hukuku kurallarına tâbi bir kamu hukuku ilişkisidir. Öte yandan, bağımsız çalışan bir hekim ya da bir özel sağlık kurum/kuruluşunda çalışan hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahale ise bir özel hukuk ilişkisine dayanmakta olup hukuki temeli çoğunlukla bir sözleşme ilişkisidir (hukuki sorumluluğun dayanağı bazı durumlarda vekâletsiz iş görme ya da haksız fiil ilişkisidir). Küçüğe uygulanan tıbbi müdahaleler bakımından hâkim görüş, küçüğün kanuni temsilcisi ile bağımsız çalışan hekim ve/veya özel sağlık kurum/kuruluşu arasında kurulan bu sözleşmenin, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. Bkz. ŞENOCAK, s. 71-72; GÜNEY TUNALI, s. 121. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda tam üçüncü kişi yararına sözleşme, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir. Bkz. ŞENOCAK, s. 71-72.

<sup>81</sup> NEWBOULD, s. 478; FORD, s. 478; TÜRKER, s. 87.

cerrahi müdahalenin hukuka uygunluğu, tıbbi sorunların her zaman tek ve basit bir çözümü olmadığından, bu varsayıma meydana okuyan bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır<sup>82</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi m. 6/f.2 uyarınca, “Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınır”. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale ancak onun doğrudan yararı için yapılabilir (m. 6/f.1). Türkiye’nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>83</sup> (“ÇHS”) m. 3/f.1 hükmünde de çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi<sup>84</sup> benimsenerek, “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce” olduğu belirtilmiştir. Çocuğun üstün yararı, velayet hakkının kullanılmasının da sınırını belirleyen temel ilkelerdendir. ÇHS m. 18/f.1’e göre, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminde sorumluluk sahibi olan ana-baba, her şeyden önce, çocuğun yüksek yararını göz önünde tutar.

Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından ise, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinden hareketle, küçüğün rızasının yeterli olması gerektiği savunulabilirse de, Türk tıp mevzuatındaki düzenlemelerde böyle bir ayırım gözetilmemiştir<sup>85</sup>. Tababet Kanunu m. 70/f.1, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ayrımını yapmaksızın, küçüklere uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından kanuni temsilcinin rızasını aramaktadır. HHY m. 24/f.2 ise, kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hâllerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanacağını öngörmektedir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde,

<sup>82</sup> NEWBOULD, s. 475.

<sup>83</sup> RG. 27.01.1995/22184.

<sup>84</sup> Bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 60 vd.

<sup>85</sup> DURAL/ÖĞÜZ, N. 533; BADUR, s. 107.

ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza meselesi doktrinde tartışmalıdır<sup>86</sup>.

Tıbbi müdahaleye rıza bakımından ayırt etme gücü, somut olaya konu olan tıbbi müdahale bakımından kişinin ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmasını ifade eder<sup>87</sup>. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyeti ile fiil ehliyeti birbirine karıştırılmamalıdır<sup>88</sup>. Ergin bir kişinin kısıtlanmasını gerektiren bir neden, kişinin aynı zamanda ayırt etme gücünü zorunlu olarak ortadan kaldırmaz<sup>89</sup>. Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatma ve rıza bakımından esas alınması gereken ölçüt, hastanın ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ancak Türk tıp mevzuatında küçük veya kısıtlılar bakımından kişinin medeni hukuk bakımından ehliyet durumunun ölçü alınmış olduğu, bu nedenle küçük veya kısıtlı kişiler bakımından rıza ve aydınlatma ile düzenlemelerde hasta özerkliğinin yeterince gözetilmediği ifade edilmektedir<sup>90</sup>.

Küçüklere uygulanacak olan tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücünün varlığı her somut olayda ayrı olarak değerlendirilecek olmakla birlikte, küçüğün, cerrahi operasyon bakımından genel olarak 14 yaş itibarıyla gerekli ruhsal olgunluğa sahip olacağı kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Küçüğün tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olup

<sup>86</sup> Ayırt etme gücüne sahip küçüğün de görüşü alınmakla birlikte, kanuni temsilcinin de rızasının gerektiği (GÜNEY TUNALI, s. 250), küçük ile kanuni temsilcinin iradesinin çatışması durumunda, Tababet Kanunu m. 70 hükmünde benimsenen yaklaşımın, kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması şeklindeki çözüme daha yakın olduğu (BADUR, s. 115); velayetin esnek kapsamının çocuk olgunlaştıkça daralacağı, Tababet Kanunu m. 70 ve HHY m. 24 hükmünde yer alan, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleleri kanuni temsilcinin rızasına bağlı tutan düzenlemelerin sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından uygulanması gerektiği, ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahale bakımından kendi rızasının yeterli olacağı (ŞENOCAK, s. 76, s. 80) ileri sürülen başlıca görüşlerdir. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 74 vd.; BADUR, s. 114 vd.; DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 87 vd.

<sup>87</sup> ŞENOCAK, s. 75-76.

<sup>88</sup> Bkz. GÜNEY TUNALI, s. 239; E. DEDE, s. 88-89.

<sup>89</sup> HAVUTÇU, Ayşe, "Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu", Prof. Dr. M. İlhan Ulsan'a Armağan, C.3, (eds.) ALTOP, Atilla/ WELSER, Rudolf/ BELLİCAN, Cüneyt / URAL ÇINAR, Nihal, GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 406.

<sup>90</sup> HAVUTÇU, s. 406.

<sup>91</sup> NEWBOULD, s. 478; GÜNEY TUNALI, s. 245.



olmadığını tespit edecek olan kişi, tıbbi müdahaleyi bizzat gerçekleştirecek olan hekimdir<sup>92</sup>.

Tıbben gerekli bir müdahaleye kanuni temsilcinin rızasını esirgemesi durumunda ise, mahkemeden izin alınarak küçüğe tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mümkündür. TMK m. 346 hükmüne<sup>93</sup> ya da 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 7/1 hükmüne dayanarak çocuk mahkemesinden çocuk hakkında sağlık tedbir kararı alınması mümkündür<sup>94</sup>. Öte yandan, hayati tehlikenin ya da bir organın kaybı veya işlevini yitirme tehlikesinin bulunduğu acil durumlarda küçüğün üstün nitelikteki özel yararının korunabilmesi için, kanuni temsilcinin rızası aranmaksızın, tıbbi müdahalede bulunulur.

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerli olabilmesi ve böylelikle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilmesi için en temel şart aydınlatmaya dayanmasıdır. Hastanın aydınlatılmış onamının alınması, kişinin kendisine yapılması planlanan tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek düzeyde bilgi sahibi olduktan sonra iradesini özgürce ortaya koymasını sağlayarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını teminat altına alır<sup>95</sup>. Aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin niteliğine ve aciliyet durumuna göre değişkenlik gösterir; aciliyet arttıkça daralırken, tıbbi müdahalenin hastanın hayatı ve vücut bütünlüğü üzerindeki etkilerinin derinliği ve büyüklüğü arttıkça genişler. Aydınlatma, genel hatları itibarıyla, tıbbi müdahalenin amacı, niteliği, olası yan etkileri ve komplikasyonları, varsa tedavi alternatifleri ve tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel sonuçları hakkında hastanın bilgilendirilmesini ifade eder<sup>96</sup>. Bilgilendirildikten sonra kararını özgürce oluşturabilmesi için hastaya zaman tanınması gerekir<sup>97</sup>.

Aydınlatılması gereken kişi, tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan hastanın kendisidir. Küçük ya da kısıtlı hastaya uygulanacak olan tıbbi müdahale bakımından rızanın kanuni temsilci tarafından açıklanacağı

<sup>92</sup> ŞENOCAK, s. 77; E. DEDE, s. 93.

<sup>93</sup> HHY m. 24/f.4: "Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır".

<sup>94</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BADUR, s. 120 vd.

<sup>95</sup> HAVUTÇU, s. 403; GÜNEY TUNALI, s. 252.

<sup>96</sup> Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı hakkında bkz. HHY m. 15.

<sup>97</sup> HHY m. 18/f.5: "Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır".

durumlarda ise, kanuni temsilcinin aydınlatılması gerekir<sup>98</sup>. Bununla birlikte, küçük ya da kısıtlı hastanın, tıbbi müdahalenin anlam ve önemini idrak edebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğu ölçüde, aydınlatma sürecine katılımı sağlanmalıdır.

### **b. Özel Olarak İnterseks Küçükler Bakımından Tıbbi Müdahalenin Uygunluğu**

Türk tıp mevzuatında bu konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İnterseksüelite, tıbbi yaklaşımla, bir cinsiyet gelişim bozukluğu olarak değerlendirilmekte ve interseks küçüğe uygulanan cerrahi müdahalenin tedavi amaçlı olduğu<sup>99</sup>, dolayısıyla tıbbi bir endikasyona dayandığı varsayılmaktadır. Ancak dünya genelinde son yıllarda interseks küçükler üzerinde salt kozmetik amaçlarla gerçekleştirilen cerrahi müdahalelerin meşruluğu ve küçüğün üstün yararını korumaya yönelik olup olmadığı sorgulanmaktadır. Bu çerçevede, interseks küçüğe yönelik tıbbi müdahale sorununa ilişkin başlıca çözüm önerileri; aydınlatılmış onam standardının geliştirilmesi, küçüğün karar verme sürecine etkin bir şekilde katılabileceği yaşa kadar cerrahi müdahalenin ertelenmesi ve mahkeme kararı ya da etik komitesi kararının zorunlu hâle getirilmesidir<sup>100</sup>.

İnterseks küçüğün büyümesine izin verilmeksizin bebeklik döneminde gerçekleştirilen ve küçüğün cinsel kimliğini belirleyen bu cerrahi müdahale, özerklik hakkına geri dönüşü olmayan bir müdahale teşkil eder<sup>101</sup>. Tıbbi endikasyon bulunmaksızın, salt estetik amaçlarla yapılan bu tür müdahalelerin küçüğün üstün yararına uygunluğundan bahsedilemez<sup>102</sup>. Küçüğün ileride ayırt etme gücünü kazanarak kendi karar verme özgürlüğünü kullanmasına vurgu yapılarak, kişinin cinsel bütünlüğüne yönelik müdahalelere rızanın *mutlak anlamda* kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilerek kanuni ya da iradi temsilci tarafından karar verilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>103</sup>. Zira cinsel kimliği hakkında karar verebilecek olan ancak kişinin kendisidir.

<sup>98</sup> HHY m. 31/f.1: “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır”.

<sup>99</sup> DURAL/ÖĞÜZ, N. 622; TURAN BAŞARA, s. 255.

<sup>100</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. TÜRKER, s. 108 vd.

<sup>101</sup> YÜCEL, Özge, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 272.

<sup>102</sup> YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 273.

<sup>103</sup> YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 274.

Görüldüğü üzere, hukuki tartışma, söz konusu tıbbi müdahale bakımından bir tıbbi endikasyon bulunup bulunmadığına ilişkindir. İnterseks küçüğün kendisinin aydınlatılmış rızasını verebileceği yaşa kadar ertelenmesi mümkün olan durumlarda, salt kozmetik ya da sosyal amaçlarla küçüğe cerrahi müdahalede bulunulması, küçüğün üstün yararını korumaya yönelik olmayıp, kişilik hakkı kapsamında korunan cinsel kimliğini belirleme özgürlüğünü ihlâl ettiği için hukuka aykırı olacaktır. Tıbbi müdahalenin kanuni temsilcinin rızası ile gerçekleştirilmiş olması da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Acil müdahale gerektiren hâller hariç olmak üzere, tıbbi endikasyon bulunan ve küçüğün rızasını gösterebileceği yaşa kadar ertelenmesi tıbben sakıncalı olan durumlarda, genital cerrahi müdahale, rıza ehliyeti bulunmayan interseks küçüğün üstün yararının korunması amacıyla kanuni temsilcisinin rızası ile gerçekleştirilir. Tüm bu süreç boyunca, kanuni temsilcinin multidisipliner yaklaşıma sahip uzman bir ekip ile birlikte hareket ederek ortak karar alması ve kanuni temsilcinin aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

Bir çatı kavram olarak interseksüelite başlığı altında değerlendirilen durumların çeşitliliği düşünüldüğünde, tıbben ortaya çıkabilecek klinik senaryoların tamamına uygun düşen tek bir çözüm yolu bulunması mümkün gözükmemektedir. Uluslararası alandaki güncel gelişmeler doğrultusunda Türk hukukunda özel bir düzenleme yapılmaya kadar, interseks küçüğün maruz kalacağı zararın mümkün olduğunca azaltılmasını sağlayabilecek en makul çözüm yolu, tıbbi müdahale bakımından etkili bir aydınlatma sürecinin işletilmesi olacaktır. Bu çerçevede, interseks küçüğün klinik durumunun, küçüğün kanuni temsilcisi ile işbirliği ilişkisi içerisinde, uzman ve tecrübeli bir multidisipliner ekip tarafından değerlendirilmesi ve küçüğün üstün yararı doğrultusunda genital cerrahi müdahalenin tıbben tavsiye edilmesi durumunda, kapsamlı bir aydınlatma sürecinin işletilerek kanuni temsilcinin etkili bir şekilde bilgilendirilip aydınlatılmış rızası alınmalıdır<sup>104</sup>. Ayrıca, interseks küçüğün de yaşı ve olgunluğu ölçüsünde görüşü alınarak tıbbi müdahaleye ilişkin karara katılımı sağlanmalıdır.

Son olarak, interseks çeşitliliğin nüfus siciline tescil edilebilmesinin, ayırt etme gücü bulunmayan küçüklerin iradeleri dışında cinsiyetlerini

<sup>104</sup> İnterseks küçüğe uygulanacak genital cerrahi müdahale bakımından ana-babanın etkili bir şekilde bilgilendirilmesi ve aydınlatılmış onamının alınması hakkında açıklamalar için bkz. NEWBOULD, s. 493 vd.; FORD, s. 486 vd.; TÜRKER, s. 102 vd.

belirleyen genital cerrahi operasyonlara maruz kalmasını engelleyeceği ifade edilmektedir<sup>105</sup>. Ancak Türk hukukunda interseks çeşitlilikle dünyaya gelen küçükler bakımından, yukarıda değinilen karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler doğrultusunda, sicil kaydında cinsiyet hanesinin boş bırakılması ya da interseks durumun cinsiyet hanesine bir kategori olarak kaydedilmesi imkânına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır<sup>106</sup>. İnterseks kişilerin cinsiyet hanesindeki değişiklik ise TMK m. 40 hükmünde öngörülen koşullar aranmaksızın, TMK m. 39 hükmü kapsamında ancak mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilecektir<sup>107</sup>.

## V. SONUÇ

Tarihsel geçmişi Antik çağ tıp metinlerine kadar uzanan ve “çift cinsiyetli” anlamına gelen “hermafrodit” kavramı, insanlar bakımından onur kırıcı olduğu ve yanlış anlaşılmalara neden olduğu gerekçesiyle terk edilmiştir. Günümüzde sosyal bilimler ve uluslararası insan hakları alanında “interseks” kavramı tercih edilmekte ve kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, anatomik, kromozomal ve gonadal cinsiyet arasındaki tüm doğumsal uyumsuzluk hâllerini ifade eden bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.

İnterseks olguların çoğunun klinik tanısı yenidoğan döneminde konulabilmekte ve hekimler bakımından çeşitli tıbbi, sosyal ve psiko-seksüel gerekçelerle erken cerrahi önerilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe uygulanan, küçüğün cinsel kimliğini geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen bu tür müdahalelerin hukuka uygunluğu ise son yıllarda uluslararası alanda hararetle tartışılmaktadır. Malta ve Almanya örneğinde olduğu gibi bazı ülkeler, interseks küçüklere uygulanan bu tür genital cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarını özel bir kanun ile düzenlemiştir.

Söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından özellikle endikasyon şartının varlığı kilit öneme sahiptir. Uluslararası gelişmeler doğrultusunda, interseks küçüğün fiziksel görünümünü toplumsal beklentilere uygun hâle getirmek ve küçüğün ailesinin psikolojik refahını sağlamak amacıyla, tıbbi endikasyon bulunmaksızın, salt kozmetik

<sup>105</sup> İ. DEDE, s. 269.

<sup>106</sup> 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 7/1-c hükmünde, aile kütüğüne kişinin cinsiyet bilgisinin de tescil edilmesi öngörülmüş olmakla birlikte cinsiyet bilgisinin içeriği hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İ. DEDE, s. 251 vd.

<sup>107</sup> İ. DEDE, s. 249.

amaçlarla gerçekleştirilen genital cerrahi müdahalelerin küçüğün kişilik hakkını ihlâl ettiği kabul edilmektedir.

Genel bir değerlendirme yapıldığında; interseks küçüğe yenidoğan döneminde cinsiyet ataması yapılmasında aceleci davranılmaması, sadece tıbben aciliyet arz eden müdahalelerin yapılarak salt kozmetik ya da sosyal amaçlı cerrahi girişimlerden kaçınılması, tıbbi endikasyon bulunan ve gecikmesinde tıbben sakınca bulunan hâllerde genital cerrahi müdahalenin kanuni temsilcinin aydınlatılmış rızası ile gerçekleştirilebileceği, gecikmesinde tıbben sakınca bulunmayan hâllerde ise küçüğün karar verme sürecine etkin bir şekilde katılabileceği yaşa kadar beklenmesi gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

## KAYNAKLAR

- AKDEMİR, Asena/GÜRİZ, Olga/ÖRSEL, Sibel/KARAOĞLAN, Ayfer: "Erkek Pseudohermafroditizmi: Bir Olgu Sunumu", Klinik Psikiyatri Dergisi, 2006, C. 9, S. 1, s. 49-52.
- ALİKAŞIFOĞLU, Ayfer, "Ambigüus Genitalya'ya Klinik Yaklaşım", Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C. 12, S. 4, 2003, s. 141-145.
- ATAMER, Yeşim, "Transseksüellerin Hukuki Durumu", <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellere-turk-hukukundaki-durumu/>.
- AVISE, John, Hermaphroditism, A Primer on the Biology, Ecology, and Evolution of Dual Sexuality, Columbia University Press, 2011.
- BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- CAN, Şefik, Klasik Yunan Mitolojisi, İnkılap Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1997.
- DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- DEDE, İsmail, "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?", Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, C.2, (eds.) ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem/ ÇÖREK, Dolunay/ ÖCAL, Göktürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 239-278.
- DREGER, Alice D./ CHASE, Cherly/ SOUSA, Aron/GRUPPUSO, Philip A./FRADER, Joel, "Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale", Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism, Vol. 18, No.18, 2005, s. 729-733.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- EŞEL, Ertuğrul, "İnsan Cinselliğinin Biyolojik ve Evrimsel Temelleri", Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, C. 16, S. 4, 2006, s. 274- 288.
- FORD, Kishka-Kamari, "First, Do No Harm"- The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants, Yale Law&Policy Review, Vol. 19, 2001, s. 469-488.
- GOLDSCHMIDT, Richard, "Intersexuality and the Endocrine Aspect of Sex", Endocrinology, Vol. 1, Issue. 4, 1917, s. 433-456.
- van der GRACHT, Stefanie, "Setting Aside the Loom: Hermaphroditism in Ancient Medicine", The Proceedings of the 18th Annual

- History of Medicine Days, March 6th and 7th, 2009 University of Calgary, Faculty of Medicine, Calgary, AB., 2009, s. 247-262.
- GÜNEY TUNALI, Işıl, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜVEN, Kudret, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 45-80.
- HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- HAVUTÇU, Ayşe, "Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C.3, (eds.) ALTOP, Atilla/ WELSER, Rudolf/ BELLİCAN, Cüneyt / URAL ÇINAR, Nihal, GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 401-417.
- JOHNSON, E./ ROSOKLIJA, I./ FINLAYSON, C. et al., "Attitudes towards 'disorders of sex development' nomenclature among affected individuals." Journal of Pediatric Urology, Vol. 13, May 2017, s. 608.e1-608.e8.
- KAYA, Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Mecmua, Ankara, 2008, s. 53-89.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986.
- LEE, Peter A./ HOUK, Christopher P./ AHMED, S. Faisal/ HUGHES, Ieuan A., "Consensus Statement on Management of Intersex Disorders", International Consensus Conference on Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society for Paediatric Endocrinology, Pediatrics 2006, s. e488.
- NEWBOULD, Melanie, "When Parents Choose Gender: Intersex, Children and the Law", Medical Law Review, Vol. 24, No. 4, s. 474-496.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ÖZBEY, Hüseyin, "Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar", Çocuk Cerrahisi Dergisi, C. 30, Ek sayı 2, 2016, s. 141-145.

- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖZOKUTAN, Bülent H./KÜÇÜKAYDIN, Mustafa/KURTOĞLU, Selim/OKUR, Hamit/ TURAN, Cüneyt, "Çocuklarda Ambiguous Genitalyanın Cerrahi Tedavisi", *Pediatric Cerrahi Dergisi*, C. 15, 2001, s. 74-77.
- ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", *AÜHFD*, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 253-292.
- REIS, Elizabeth, "Divergence or Disorder?: the politics of naming intersex", *Perspectives in Biology and Medicine*, Vol. 50, No. 4, Autumn 2007, s. 535-543.
- SABUNCUOĞLU, Şerafettin, *Album des dessins de Cerrahiye-i İlhaniye*, Paris nüshası resimleri, (Neşreden) ÜNVER, Süheyl, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939.
- SAĞLAM, İpek, "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", *AÜEHFD*, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 455-469.
- SAX, Leonard, "How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling", *The Journal of Sex Research*, Vol.39, No.3, 2002, s. 174-178.
- SEKMENLİ, Tamer/ÇİFTÇİ, İlhan, "Cinsiyet Gelişim Bozukluklarında Cerrahi Yaklaşım", *Pediatric Practice and Research*, C.8, S.1, 2020, s. 22-27.
- ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *AÜHFD*, C. 50, S. 4, 2001, s. 65-80.
- TURAN BAŞARA, Gamze, "Türk Medeni Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", *TBB Dergisi*, S. 103, 2012, s. 245-266.
- TÜRKER, Hülya, *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden*, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2015.
- WATSON, Alan (ed.), *The Digest of Justinian*, Vol.1, University of Pennsylvania Press, 1998.
- WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukukî Durumu-", *AHFD.*, C. 43, S. 1-4, s. 227-268.



- YÜCEL, Özge, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- YÜCEL, Özge, "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 2, s. 441-483.
- ZEVKLİLER, Aydın, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", *TBBD*, S.2, 1988, s. 258--285.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, *Medenî Hukuk*, 6. Baskı, Ankara, 2000.