

Kız mı Oğlan mı? Tıbbi, Etik ve Hukuki Yönleri ile Cinsiyet Gelişim Bozukluğu: Geleneksel Derleme

Girl or Boy? The Medical, Ethical and Legal Aspects of Disorders of Sex Development: Traditional Review

^{id} Sevtaç METİN^a, ^{id} Adem AZ^{b,c}, ^{id} Hakan ERTİN^b

^aİstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, İstanbul, TÜRKİYE

^bİstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi, Deontoloji ve Tıp Tarihi ABD, İstanbul, TÜRKİYE

^cSağlık Bilimleri Üniversitesi Haseki Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Acil Tıp Kliniği, İstanbul, TÜRKİYE

ÖZET Her yenidoğana, geleneksel olarak fiziksel görünümü üzerinden kadın ya da erkek olarak bir cinsiyet atfedilmektedir. Fenotipi tipik bir kadın ya da erkeğe benzemeyen veya genotipi ile farklılık gösteren bebekler ise bu ikili cinsiyet sınıflandırmasının dışında kalmaktadır. Bu durum, güncel literatürde cinsiyet gelişim bozukluğu [disorders of sex development (DSD)] olarak tanımlanmaktadır. DSD olgularında en önemli etik sorun, DSD'li bireylerin cinsiyet atama kararıdır. Burada küçüğün tüm hayatını etkileyecek önemli ve geri döndürülemez bir cerrahi müdahale söz konusudur. Bu kararın ameliyatı gerçekleştirecek tek bir hekim ya da ebeveyn tarafından verilmesi, biyoetiğin temel prensiplerinden özerklik hakkının hekime ya da aileye devredilmesi anlamına gelecektir. Ayrıca yapılacak bu cerrahi işlem biyoetiğin yararlı olma, zarar vermeme ve adalet ilkeleri açısından da tartışmalıdır. Bunun yanı sıra en öncelikli hukuki sorun, rıza dışı uygulanan tıbbi müdahalelerdir. DSD'li bireyler ile ilgili hukuk sistemimizde açık bir hukuki düzenleme bulunmadığından, DSD'ler söz konusu olduğunda genital düzeltme ameliyatlarının da sonucu olarak biyolojik cinsiyet ve nüfus kayıtlarında bir değişikliğe yol açmasıyla Türk Medeni Kanunu madde 40 kapsamında ele alınması gerektiği öne sürülmektedir. DSD olguları, biyolojik özellikleri ile birlikte düşünüldüğünde Türk Medeni Kanunu'nun madde 40 kapsamına sokulması yerine haricen ele alınarak ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu çalışmada, DSD olguları tıp, etik ve hukuk perspektifinden ele alınacaktır.

ABSTRACT A gender is attributed to each newborn, either male or female, based on their physical appearance. Babies whose phenotype doesn't fit typical male or female, or whose genotype differs, are excluded from this binary gender classification. This condition is defined as "disorders of sex development (DSD)" in the current literature. The most important ethical problem in DSD cases is gender assignment. Because irreversible surgical interventions that will affect the whole life of the child are performed for gender assignment. If the family or the physician, who will perform the operation, makes this decision; it means the transfer of the autonomy right to the physician or the family, one of the basic bioethical principles. In addition, this surgical operation is controversial in terms of the beneficial, doing no harm, and justice principles of bioethics. Besides, the most important legal problem is medical interventions without consent. There is no clear legal regulation in Turkey regarding DSD but in DSD, due to changes in gender, it is claimed that genital correction surgeries should be handled according to article 40 of the Turkish Civil Code. When we consider DSD cases together with their biological features, it is necessary to interpret DSD with a different regulation from article 40 of the Turkish Civil Code. In this study, DSD cases will be discussed from the perspective of medicine, ethics, and legal.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet gelişim bozukluğu; interseks; etik; hukuk

Keywords: Disorders of sex development; intersex; ethics; legal

“Kız mı oğlan mı?” sorusunu, bir bebek dünyaya geldiğinde ne kadar sık işitiriz. Çok masum görünen bu soru, bazı ebeveynler için yanıtı güç ve üzüntü verici olabilmektedir.

Cinsiyet kelimesinin zihinlerde çağrıştırdığı ilk anlam, kadın-erkek şeklindeki biyolojik cinsiyettir. Biyolojik cinsiyet ise 3 kademeli bir cinsiyet gelişiminin son bulmuş hâlidir: Kromozomal ya da ge-

Correspondence: Adem AZ

İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi, Deontoloji ve Tıp Tarihi ABD,

İstanbul, TÜRKİYE/TURKEY

E-mail: adem.aaz@gmail.com



Peer review under responsibility of Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics, Law and History.

Received: 29 Mar 2021

Accepted: 23 Jan 2021

Available online: 30 Jan 2021

2146-8982 / Copyright © 2021 by Türkiye Klinikleri. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

netik cinsiyet (kadınlarda XX, erkeklerde XY), gonadal cinsiyet (kadınlarda ovum, erkeklerde testis) ve fenotipik ya da genital cinsiyet (kadınlarda vajen, rahim vs.; erkeklerde penis, prostat vs.). Yeni doğan her bebeğe geleneksel olarak fiziksel görünümü üzerinden bir cinsiyet atfedilmekle birlikte fenotipi tipik bir kadın ya da erkeğe benzemeyen veya genotipi ile farklılık gösteren bazı bebekler, bu ikili cinsiyet sınıflandırmasının dışında kalmaktadır. Her 2 cinse ait karakteristik cinsel organların bir arada bulunması (ovotesticular disorders of sex development) durumu ortaya çıkabileceği gibi dış genital organın kadın yönünde olmasına rağmen genetik cinsiyetin erkek yönünde gelişimi (Swyer sendromu) söz konusu olabilir.¹ Diğer bir alt başlık olan konjenital adrenal hiperplazi ise kromozomal cinsiyet ve iç genital yapılar dışı yönünde olduğu hâlde erkeksi beden özellikleri görülebilir.² Burada birçok ihtimal mevcuttur ve tüm bu ihtimaller, güncel literatürde “cinsiyet gelişim bozukluğu [disorders of sex development (DSD)]” olarak tanımlanmaktadır.³

DSD yerine öncesinde kronolojik sıra ile “hermafroditizm” ve “interseks” kelimeleri de kullanılmıştır. Fakat bu kullanımlar, hem anakronik hem de her 2 cinsiyetin genetik, fiziksel, düşünsel ve kimlik özelliklerinin farklı yönleri ele alındığında, muhatapları ve aileleri açısından oldukça rencide edici ve travmatiktir.⁴ Bu nedenle 2006 yılında gerçekleştirilen uzlaşma konferansında, bu durumu tanımlamak için DSD kavramı kullanılmaya başlanmıştır.⁵ İşin aslı yeni tanımla birlikte tüm sorunlar çözülebilmeye değerdir. Öncelikle “bozukluk” kelimesi olumsuz bir anlam içerdiği ve ayrıştırdığı yönünden eleştiriye uğramakla birlikte isimlendirme konusu gündemini korumaktadır.⁶

ETİK SORUNLAR

DSD olgularında en önemli etik sorun, DSD’li bireylerin cinsiyet atama kararıdır. 1950’li yıllardan sonra standart bir tıbbi uygulama hâline gelen DSD’li bebeklerin genital organlarının değiştirilmesi ya da düzeltilmesi ameliyatlarının gelişimi; büyük ölçüde John Money’in “Cinsiyet kimliğinin doğumla geri döndürülemez bir şekilde sabit bulunmadığı” hipotezine borçludur. Money’e göre çocuklar doğduklarında cinsel kimlikleri bakımından boş bir sayfa gibi

düşünülmelidir. O hâlde eğer cerrah, çocuğun genital organını 2 yaşından önce belirli bir biçim ve boyutta yontar ve bu boş sayfaya yeniden biçim verir, uygun hormonlar ile süreci yönetir ve aileler de cerrahın yaratımını pekiştirirse, belirsiz cinsel kimlik ile doğan çocuklar, cerrahi eseri yeni genital organlarına (ve kimliklerine) uyum sağlayacaklardır.^{7,8}

Başta interseks aktivistleri gelmek üzere çeşitli insan hakları platformları, bugün artık Money’in bu tedavi protokolünü birçok gerekçe ile sorgulatmaya başlamışlardır. Gerçekten de böylesi bir teori kimi zaman paternal hekimlerin, bebeğin psikolojik gelişimini ve fizyolojik ihtiyaçlarını göz ardı ederek, operasyonel ve anatomik olarak daha kolay görünen cinsiyeti tercih etmelerine neden olmaktadır.⁹ Doktorun tek başına vereceği böylesi bir kararın, kişinin geleceğini kötü yönde etkileme potansiyeli göz önünde bulundurulduğunda, hekimin eylemi ahlaken kabul edilemezliğinin yanındamalpraktis olarak da değerlendirilebilir.

Burada asla kabul edilemez diğer bir seçenek ise bu kararın aile hâkimiyetinde olmasıdır. Özellikle çocuk hekimliğinde sıklıkla kullanılan etik argüman “best interest” olarak adlandırılan “çocuğun en yararına olanı tercih etmek”tir. Oysa erkekevatlarının sayısı ile övünen ya da kız çocuğu arzulayan bir aileye, cinsiyet seçme hakkı verildiğinde, ailenin karar verirken çocuğun fiziksel ve psikolojik ihtiyaçlarını ne kadar önemseyeceği tartışmalıdır.¹⁰ Çocukluk döneminde artık geri dönüşümü olanaksız olan genital organlara yapılan cerrahi müdahalelerde hekim ve ebeveynlerin kararı ile hareket edilmesi, tıp etiği ilkelerinden özerklik ilkesi ile çatışmaktadır. Burada küçüğün tüm hayatını etkileyecek önemli ve üstelik artık geriye alınabilir olmayan bir cerrahi müdahalede, çocuk ya da ergenin otonomisi hiç dikkate alınmamakta, kendi geleceğini belirleyecek kararlarda söz hakkı bulunmamaktadır. Özellikle ebeveyn ve çocuk arasında çıkar çatışması yaşanabileceği olasılığı göz ardı edilmektedir. Ayrıca genital organların ameliyatla dönüştürülmesinin, çocuğun bedeninde yarattığı sıkıntılara, verdiği acıya üstün gelen tıbbi bir aciliyet hatta yararın mevcudiyeti de tartışmaya açılarak, küçüğün kendi kararlarını verinceye dek bu tür operasyonlardan kaçınılmasının, tıp etiğinin önce zarar vermeme ilkesine uygun düşeceği de söylenebilir.

Problemleri bir diğeri toplumsal sorun ise damgalama ve ayrımcılıktır. DSD'li bireylerin maruz kaldığı insan hakları ihlalleri ve ayrımcılık, daha doğrudan önce başlayabilmektedir. Preimplantasyon tanı ya da doğum öncesi görüntüleme, embriyo ve fetüste cinsiyet özelliklerinde bir varyasyon riski ortaya koyduğunda, fetüsün DSD olarak gelişmeye devam etmesi engellenebilmektedir.¹¹ Ayrıca mevcut tedavi protokolü, cinsel anormali hakkındaki toplumsal normları perçinlemek suretiyle DSD bireylerin utanma ve çekingenliğini, içine kapanma duygusunu şiddetlendirmektedir. DSD tedavisinde erkek çocuklar için başarılı bir cinsel hayat; kız çocukların ise üreme kapasitesi göz önüne alınarak planlanmakta ve bu da penetrasyon/üreme cinsiyet rolleri stereotiplerini beslemektedir. Dişeri cinsel organını düzeltme ameliyatlarında, cinsel duyarlılık ilk planda göz önüne alınan bir husus değildir. XX ve XY DSD çocuklara, tedavi protokollerinde amaçsal ve işlevsel bu farklı muamelenin, tedavide farklı ölçütleri öne alınmanın da ayrımcılık yaşağına aykırılık teşkil edebileceği öne sürülmektedir. Tedavi protokolleriyle yani tıp eliyle, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin ve ayrımcılığın devam ettiriliyor olduğu argümanı, tıbbi tedavide adalet ilkesiyle çatışarak bir diğeri etik problemi doğurmaktadır.⁷

HUKUKİ BOYUT

ULUSLARARASI HUKUKTA DSD ÇOCUKLARA UYGULANAN AMELİYATLAR VE AYDINLATILMIŞ ONAM

Damgalama ve toplumsal hak ihlalleri yanında DSD'ler ile ilgili en öncelikli hukuki sorun, rıza dışı uygulanan tıbbi müdahalelerdir. Bireyin beden bütünlüğü ve kendi kaderini tayin hakkının korunmasını temel alan ve tıp etiğinin özerklik ilkesini hukuk alanında tamamlayan aydınlatılmış onam doktrini, kişilerin kendileri hakkında verilecek tıbbi kararlarda etkin bir şekilde yer almasını gerektirmektedir. Yaşlarının küçük olması sebebiyle uygulanacak tıbbi bir işlemin avantajları ve dezavantajlarını değerlendiremeyecek durumdaki hastalar adına onam verme yetkisi ise velayet hakkı kapsamında ebeveynlerine geçmektedir.⁸ İşte etik alanda olduğu gibi hukuki anlamda da sorun, tam bu noktada yoğunlaşır ve çatallaşır.

O hâlde DSD çocuklar söz konusu olduğunda da onlar adına tıbbi tedavi ve gerekli müdahaleler için ailenin bilgilendirilmesi ve rızalarının alınması ile yetinilmesinde hukuki açıdan sakınca var mıdır? Varsa nedir?

KOLOMBİYA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, 1995-2008 yılları arasında verdiği ve dünyada ilk olma özelliği taşıyan bir dizi kararı ile atipik üreme organlarıyla doğan çocuklarda genital düzeltme ameliyatları ve ebeveynlerin DSD çocuklar adına rıza vermesini sınırlarken, aydınlatılmış onam standartlarını da geliştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne konu olayda; babası vefat etmiş olan 8 yaşındaki çocuğunun annesi tıbbi tedaviye izin verilmesini talep etmektedir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin daha önce 1995 tarihli ve T-477/95 sayılı hükmünü gerekçe gösteren ilk derece mahkemesi ise bu talebi; "Davacı annenin onamının, küçük çocuğunun yerine ikame edilemeyeceği" gerekçesiyle reddedince, bu dava da Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelir.¹²

Anayasa Mahkemesi, bu konudaki hükmünü vermeden önce ulusal ve uluslararası akademik tıp çevrelerinden konuyla ilgili bilimsel ve tıbbi bir araştırma raporu hazırlatmıştır. Mahkemenin konuya ilişkin sorulara aldığı cevaplar, konunun karmaşıklığı yanında aynı zamanda birbiriyle yarışan 2 farklı görüşü ortaya koymaktadır. Zira genital belirsizliğin, hem aileler hem çocuk açısından travmatik ve üzüntü verici olup, ciddi problemlere neden olabileceğini gerekçe gösteren doktor ve akademisyenlerin çoğu, cinsiyet atama ameliyatlarının mümkün olduğunca erken ve çabuk yapılmasını desteklemektedir. Cinsel kimliğin, yaşamın ilk 2 yılında biçimlendiği ve 5 yaşında bunun tamamıyla oturduğu düşünüldüğünden, cinsiyet atamanın erken yapılması önemlidir.

Buna karşın diğeri görüş ise genital düzeltme ameliyatlarının geri döndürülemez, ızdırap verici olduğunu, cinsel organın duyarlı dokularının alınması nedeniyle his kaybı ortaya çıkardığını ve bu yüzden de çocuğun gelecekteki cinsel yaşamını olumsuz etkilediğini öne sürmektedir. Bu görüş gereği cinsiyet atama tıbbi kriterleri yetersizdir; özellikle cinsel organ boyutlarını esas alarak yapılan bu belirleme doğru olmayıp; cinsiyet seçimi başlıca klitoris/fallus

boyutları esas alınarak verilmemeli bunun yanı sıra ergenlik çağındaki hormon dengesi de izlenmelidir. Zira çocuk daha sonra ileride seçilen cinsiyetten farklı ve bununla tutarlı olmayan cinsiyet özellikleri gösterebilmektedir.¹³

İşte mevcut tedavi protokolü ve onu eleştiren görüşleri değerlendiren Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda; "DSD çocuklara yönelik tedavi yöntemlerinin belirsizlik içerdiği, tedavilerin verdiği sonuçlar konusunda birbiriyle çelişen veriler olduğu" argümanları kabul görmüştür. Bunun yanı sıra aileler de yetersiz hatta yanıltıcı bir bilgilendirmeye maruz kaldıklarından, aydınlatılmış rızanın koşulları yerine getirilmemektedir.⁸ Kararda mevcut uygulamalar içerisinde ebeveynlerin genellikle DSD konusunda yeterli bilgiye sahip olmamasının ve hekimlerin sıklıkla DSD'yi tedavi gerektiren bir aciliyet olarak ele almasının, çocukların menfaatinin gözetilmesini riske attığı belirtilmiştir. Karara göre bu durum, ebeveynlerin çocukların bedenlerini normalleştirme isteğinin, çocuğun menfaatinin önüne geçmesine sebep olabilmektedir. Ancak Mahkeme, mevcut tedavi yöntemlerinin uygulanmaya devam etmesinin, çocukların menfaatini tehlikeye atacağını belirtmekle birlikte cerrahi müdahalelerin çocuk karar verecek rüşt yaşına gelinceye kadar tamamen yasaklanmasının/ertelenmesinin de onları bir sosyal deneyin parçası hâline getirme sakıncasını içerdiğini savunarak uzlaştırmacı bir yol izlemiştir.¹⁴

Şöyle ki Kolombiya Anayasa Mahkemesi, bu ameliyatın aciliyetinin yaşla orantılı olarak azaldığını, psikologların da 5 yaş civarında bir çocuğun cinsel kimliğini geliştirmekle kalmayıp bedenine ne olduğuna bilinçlendiği ve farklı cinsiyet rollerini anlayabildiğini ve kendi isteklerini ifade edebildiğini kabul etme eğiliminde olduğunu ifade etmiştir. Kişiliğin serbestçe gelişmesi hakkını koruma ihtiyacı, genital organının hâlihazırda farkında bulunabilen ve cinsel kimliğini daha iyi belirleyebilecek olan 8 yaşındaki bir çocuğun durumunda daha büyük önem taşımaktadır. Çocuğun yaşı büyüdükçe otonomisi de artmakta ve daha fazla korunmayı hak etmektedir.¹² Mahkeme, Kolombiya Anayasası'nın yanı sıra Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de atıfta bulunmuştur. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3 düzenlemesinde koruma altına alınan "çocuğun en

yüksek menfaati", çocuğu etkileyen tüm konularda göz önüne alınacak birincil öneme sahiptir. Sözleşme'nin 12, 13, ve 24. maddeleri de kendisini ilgilendiren her konuda çocuğun düşüncesini serbestçe oluşturması ve görüşlerini yaşı ve olgunluğu ile paralel olarak ifade etmesi hakkını düzenlemektedir.^{15,16}

Somut olayda NN 8 yaşındadır ve cerrahi müdahalenin aciliyeti azalmış, çocuk cinsel kimliğini henüz oturtmuştur. Otonomi hissi bulunan bu yaştaki bir çocuk, beraberinde uygun bir danışma hizmeti sağlandığında da ergenlik dönemi süresince kendi cinsel kimliğini muhtemelen daha iyi tanıyacak ve tanımlayacaktır. Bu nedenle Mahkeme, ebeveyn rızasının ancak 5 yaşından önce çocuğun rızasının yerini tutabileceği sonucuna ulaşmıştır.¹³

1999 yılında Kolombiya Anayasa Mahkemesi, DSD konulu 2 kararının ardından, davacının 5 yaşındaki DSD çocuk üzerinde ameliyat yapılmasını isteyen bir baba olduğu başka bir davayla karşılaştı. Mahkeme, geçmişteki değerlendirmesine bağlı kalılarak, 2008 tarihli T-912/08 kararında da "Ameliyatın söz konusu olduğu DSD vakalarda, çocuğun kararının birincil öneme sahip olduğu ve ebeveynin koruyucu sıfatıyla karar alma hakkının ikincil olduğu" sonucuna varmıştır. Şayet çocuk, 5 yaşından büyük ise ebeveyn ve çocuk ortak/birlikte onamlarını verebilecektir ve fakat çocuğun kararı, ebeveynleri ile uyumlu olmazsa çocuk kendi bağımsız kararını verebilecek olduğu rüşt yani 18 yaşına gelinceye dek ameliyat yapılmayacaktır.^{12,17}

Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği üzere DSD çocukların genital düzeltme ameliyatlarında ebeveynin rızası koşullarına, başka tıbbi meselelerden farklı yaklaşılmalıdır. Kolombiya Mahkemesi, DSD çocuklar için cerrahi müdahaleye izin konusunda aileye tam bir otonomi vermek ile erken çocukluk çağındaki cinsiyet düzeltme ameliyatlarını tümenden yasaklamak arasında denge kuracak 3. bir yolu tercih etmiştir. Mahkeme, ameliyata ebeveynlerin küçük çocuk yerine onam vermeye devam etmesine 5 yaşına kadar izin verir ancak bunun için ailenin kendi bakış açısı ve menfaatlerini değil, çocuğun en yüksek menfaatini gözeterek karar almalarının garanti altına alınacağı bir prosedür geliştirilmesinde ısrar eder. Zira mevcut tedavi pro-

tokolü de çocuğun en yüksek menfaatinin korunabilmesini temin etmemektedir. Mahkeme'nin önerisi; çocuğun menfaatinin garanti altına alacak aydınlatılmış rıza prosedürlerin tıbbi ve hukuki kurumlar tarafından geliştirilmesi gerektiğidir. Bu bağlamda gerçek bir aydınlatılmanın mevcudiyeti için "nitelikli ve ısrarlı" bir onamın şart olduğunu öne süren Mahkeme; bu ölçütün karşılanması için şu hususların varlığını aramıştır:

- Rıza yazılı olmalıdır.

- Bilgilendirme tam yapılmalı; mevcut tedavinin risk ve tehlikeleri, başka alternatif paradigmalardan da olduğu, böylece bu ameliyatı erteleme imkânının da göz önüne alınabileceği ve bu süreçte çocuğa psikolojik destek ve hizmet verileceği konularında aileye tam bir bilgilendirme yapılmalıdır.

- Aileye, durumu gerçekten kavrayabilmelerine yetecek makul bir süre tanınmalıdır.⁷

Ayrıca Mahkeme, DSD ameliyatlarının, ürolog, endokrinolog, genetik uzmanı ve psikiyatristten oluşan tıbbi bir kurul tarafından çocuğun cinsiyet kimliğinin bütün fiziksel ve mental yönleriyle değerlendirilmesi neticesine varmıştır. DSD vakaları söz konusu olduğunda geliştirilmiş standart bir uygulamanın işleyemeyeceğini ve tıbbi kurulun her bir vakaı bireysel temelde değerlendirmesi gerektiğini de vurgulamıştır.

DOĞUM BELGELERİNDE CİNSİYET HANESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), DSD çocuklara uygulanan görüntü "normalleştirici" ameliyatlara ilişkin henüz yerleşik bir içtihadının bulunduğu söylenemez. Bu nedenle cinsel kimliğin ve fiziksel görünümün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin mahremiyet hakkını güvence altına alan madde 8 kapsamında korunup korunmayacağı belirli değildir.¹⁸ Bununla birlikte gerek Avrupa gerek dünya genelinde bu müdahalelerin insan haklarına aykırı olduğunun kabulüne başlanmış olması, AİHM'ye yapılacak olası bir başvuruda, Mahkeme'nin kararının ne olabileceği konusunda bir öngörü sağlayabilmektedir.^{15,18}

2013 yılında Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, hiçbir çocuğun gereksiz, hayati olmaktan ziyade kozmetik tıbbi müdahaleye maruz kalmayacağını ga-

ranti altına almaları yönünde Avrupa Konseyi üyesi devletlere çağrıda bulunmuştur. Bu çağrının ardından Malta, 2015 yılında yapılan bir düzenleme ile DSD çocuklar üzerindeki ameliyatları ve rıza meselesini kanun düzeyinde ele alan ilk ülke olmuş ve DSD bireylerin maruz kaldığı tıbben gereksiz ameliyatlardan sınırlandırılmıştır.^{11,15} Dahası Malta Yasası, ebeveynlerin, çocuğun cinsiyeti belirlenene veya çocuk 18 yaşına gelene dek, doğum belgesindeki cinsiyet maddesini boş bırakmalarına izin vermektedir.¹¹ Bu vesile ile belirtelim ki DSD çocukları, bilgilendirilmiş ve bilinçli verilmiş bir rıza olmaksızın kozmetik nedenlerle geri döndürülemez cerrahi müdahalelere karşı korunmasız hâlde bırakan sebeplerden biri olarak da doğumdan sonra nüfus kayıtlarının cinsiyet hanesine kadın ya da erkek olarak kayıt yapılmasının hukuki bir gereklilik oluşu gösterilmektedir. Hukuk düzenlerindeki bu mecburiyet, aileleri doğan çocuğun cinsiyetini bir an önce belirginleştirmek üzere tavsiye edilen tıbbi bir müdahaleyi kabul etmek için baskı altına almaktadır. Bu durum, hem ebeveyn otonomisine ve hukuka uygun şartlarda onam vermesine hem de çocuğun zihinsel ve fiziksel bütünlük hakkına ciddi şekilde zarar vermektedir.¹⁹

Diğer bazı Avrupa ülkelerinde de doğum kayıtları konusundaki hukuki düzenlemeler, DSD bebeklere cinsiyet ataması yapılması konusunda bu gibi esnek düzenlemelere yer vermektedir. Örneğin Fransa'da maksimum 3 yıl, Belçika'da 3 ay süre ile doğum kaydının yapılmasının ötelenmesine izin verildiği gibi doğum belgelerinde cinsiyet nötr tanımlamaların yapılmasına hatta cinsiyetin yazılmamasına veya "cinsiyeti belirlenmemiştir" şeklinde beyanlara olanak tanıyan hukuki düzenler bulunmaktadır. Yine örneğin Almanya'da da doğum sertifikasının cinsiyet hanesinin istenildiği sürece boş bırakılmasını mümkün kılan düzenlemenin ardından 2019 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile doktor raporu sunmaları durumunda DSD'ler, "üçüncü cinsiyet seçeneği" olarak da adlandırılan "diğer (diversity)" seçeneğini tercih edebilmektedirler.¹⁹

Bu arada Almanya, -tıbbi zorunluluk hâli dışında- DSD doğumlu bebeklere genital düzeltme ameliyatı yapılmasına yasak getiren bir yasayı, 26.3.2021 tarihinde parlamentoda kabul etmiş bulunmaktadır. Yeni düzenlemeye göre bu tür bir cerrahi

müdahale artık sadece tıbbi açıdan ertelenemez olması ve aile mahkemesinden karar alınması hâlinde yapılabilecektir.²⁰

TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Karşılaştırmalı hukukun ardından konunun Türk hukuk düzeninde nasıl ele alındığına gelecek olursak; başta rıza, aydınlatma, genital organ düzeltme ameliyatlarında yaş sınırı, doğum sicillerinde cinsiyet hanesinin boş bırakılması ya da 3. bir seçenek gibi hususların, bizim hukuk düzeni ve uygulamasında karşılık bulduğunu söylemek güçtür. Dahası DSD'lerin cinsiyet değiştirmelerine izin verilip verilmediği, daha doğrusu DSD bireylerin cinsiyet düzeltme/atama ameliyatlarının cinsiyet değiştirmeyi düzenleyen Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 40 hükmündeki şartlara tabi olup olmadığı dahi tartışmalıdır. TMK madde 40 şu şekildedir:

“Türk Medeni Kanunu 40: Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu, bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemeye nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir”.

DSD bireyler ile ilgili açık bir hukuki düzenleme bulunmadığından, DSD'ler söz konusu olduğunda genital düzeltme ameliyatlarının da sonuçta biyolojik cinsiyet ve nüfus kayıtlarında bir değişikliğe yol açmakla, TMK madde 40 kapsamında ele alınması gerektiği öne sürülmektedir. Öğretide de 40. maddede bahsi geçen “transseksüel yapıda olma” koşulunu, transseksüel kişiler yanında DSD'lerin de karşıladığı görüşleri yer almaktadır.^{21,22} Ancak TMK madde 40'ta bahsi geçen “transseksüel yapıda olma” ifadesinin, DSD'leri de kapsadığı ve bu nedenle cinsiyet değiştirmenin koşullarının DSD'ler için de geçerli olacağı şeklindeki çözüm de tıpkı, bu maddenin kapsamına girmediği söylendiğinde ortaya çıkan “O

hâlde onların cinsiyet değişikliklerine izin verilemez” görüşü kadar sorunludur. Hem transseksüeller hem DSD'ler için bir cinsiyet ataması ve değişikliği söz konusu olabildiğinden söz konusu bu benzerlik yanında bundan 2'si arasında fark olmadığı çıkarılamaz. DSD kişiler, asıl cinsiyetlerinin ortaya çıkarılması için ameliyat geçirmekte, oysa transseksüellerin cinsiyet değişikliklerinde sorun hormonal ya da anatomik dış görünümünden çok psikolojik nitelik taşımaktadır. Üreme organlarında fiziksel bir sorun olması gerekmeyen transseksüeller, bu organlarının temsil ettiği cinsiyetten rahatsızlık duyarlar yani cinsiyet değiştirmekte fiziksel bir gereklilik yoktur. DSD'de ise kişiyi cinsiyet değişikliğine zorlayan baskın unsur, fiziki özellikler ve belirsizliklerdir. DSD'ler ve transseksüellere uygulanan cinsiyet ameliyatlarının türü ve kapsamının farklı olması da bir diğer ayırt edici özelliktir. Transseksüellerde ameliyat, kendisini ait hissettiği cinsiyete değiştirmek amaçlıdır. Buna karşın DSD ameliyatları cinsiyet değiştirme ameliyatlarından ziyade genital düzeltme ameliyatlarıdır ki burada her zaman bir cinsiyet değişikliği söz konusu da olmaz.²³

Ancak 40. maddenin koşulları kapsamına girmediği sonucuna varıldığında buradan hareketle doğrudan yasal bir dayanağının olmadığı, bu ameliyatlara hukuk düzenimizin izin vermediği sonucu da çıkarılmamalıdır. Kaldı ki henüz hiçbir yasal düzenlemenin olmadığı 1988 tarihinden önce dahi transseksüeller için cinsiyet değiştirmeye izin vermeyen Yargıtay, DSD -ya da eski dilde adlandırıldığı şekilde hünsaları- istisna tutarak, hukuken de yeni cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarında değişikliğe izin veriyordu.²⁴ Bu farklılıklar yanında konuya ilişkin olarak uygulama ve Yargıtay kararları da yargı organlarının maddeyi nasıl ele aldığı konusuna ışık tutabilmektedir. Bu kararlardan birinde Yargıtay, DSD olması sebebiyle düzeltici operasyon geçiren ve nüfus kayıtlarında erkek olarak gözüken ve bir erkek ismine sahip olan çocuğun isim ve cinsiyet kaydının düzeltilmesi taleplerini TMK madde 40 kapsamında değerlendirilerek reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Yargıtay bu kararının gerekçesinde: “Çocuğun geçirdiği operasyonun çift cinsiyetli olması sebebiyle gerçekleştiği ve bu durumda uygulanması gereken mevzuatın 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu olduğu,

dolayısıyla mahkemenin, uygulanacak yasadaki hataya düştüğünü” ifade etmiştir. Karardan anlaşılan odur ki Türk hukukunda trans bireylerin uymak durumunda oldukları koşullar, DSD’ler için geçerli değildir. DSD özellikler taşıması sebebiyle tıbbi operasyon geçiren bireye ilişkin yapılan isim ve nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin düzeltilmesi başvurusuna yönelik talepler, 5490 sayılı Kanun madde 35 uyarınca değerlendirilebilmektedir.²⁵ Bugünkü hukuki düzenlememiz uyarınca geçerli bir cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline yansıtılabilmesi için 2 ayrı aşamadan geçilmesi gerekmektedir. Cinsiyet değişikliği için ilk önce cinsiyet değişikliğine dair mahkemece izin kararı verilmeli ve bu izin kararına istinaden gerekli cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmalıdır. Daha sonra açılacak 2. aşamadaki davada ise cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde mahkeme tarafından nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir. Ancak bu yargı kararı göz önüne alındığında DSD’ler için 1. aşama izin atlanarak, sadece nüfus kayıtlarında cinsiyet düzeltilmesi yapılabilmesi için mahkeme izni yeterli olacaktır. Fakat yasanın mahkemelerce farklı yorumlanması olasılığı ortadadır.

Sonuç itibarıyla DSD’lerin fiziksel durumları sebebiyle yaşadıkları belirsizlik ya da Araf hâlinin, hukuk düzenimiz tarafından devam ettirildiği görülmektedir. Uluslararası hukuktaki gelişmeleri de göz önüne alarak DSD bireylerin TMK madde 40 kapsamına sokulması yerine farklı ele alınarak ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması uygun olacaktır.

SONUÇ

Ebeveynlerin, kararlara katılamayacak kadar küçük çocuklar adına karar verebileceği durumlarda, bu kararın bir etik komite veya mahkeme tarafından onaylanması zorunluluğunun getirilmesi gerekmektedir. Eğer bir komite oluşturulursa komitenin hekimler, psikologlar, DSD erişkinler ve DSD çocukları olan

ebeveynlerden meydana gelmesi; mahkeme kararının zorunlu hâle gelmesi durumunda ise kararın bağımsız bir mahkeme tarafından denetlenmesi önerilmektedir.⁷

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, DSD çocuklar hakkında verdiği kararlarda başka diğer önemli belirlemelerde de bulunmuştur. DSD bireyleri ayrımcılığa karşı koruma ve kendi cinsel kimliğini tanımlama hakkından faydalanması gereken bir azınlık grubu olarak tanımlayan Mahkeme’nin şu ifadelerini alıntılıyarak sözüme nokta koyalım:

“Kamu otoriteleri, tıbbi cemaat ve genel olarak tüm yurttaşlara düşen görev, şimdiye kadar sürdürülmuş bu insanlara bir alan açmaktır... Hepimizin onları dinlemesi gerekiyor ve yalnızca onlarla birlikte yaşamaması değil, aynı zamanda onlardan bir şeyler öğrenmesi gerekiyor.”¹⁴

Teşekkür

Makalenin yayımlanmasından önce vefat eden değerli hocamız Prof. Dr. Hakan Ertin’in anısına...

Finansal Kaynak

Bu çalışma sırasında, yapılan araştırma konusu ile ilgili doğrudan bağlantısı bulunan herhangi bir ilaç firmasından, tıbbi alet, gereç ve malzeme sağlayan ve/veya üreten bir firma veya herhangi bir ticari firmadan, çalışmanın değerlendirme sürecinde, çalışma ile ilgili verilecek kararı olumsuz etkileyebilecek maddi ve/veya manevi herhangi bir destek alınmamıştır.

Çıkar Çatışması

Bu çalışma ile ilgili olarak yazarların ve/veya aile bireylerinin çıkar çatışması potansiyeli olabilecek bilimsel ve tıbbi komite üyeliği veya üyeleri ile ilişkisi, danışmanlık, bilirkişilik, herhangi bir firmada çalışma durumu, hissedarlık ve benzer durumları yoktur.

Yazar Katkıları

Fikir/Kavram: Sevtap Metin, Hakan Ertin, Adem Az; **Tasarım:** Sevtap Metin, Hakan Ertin, Adem Az; **Denetleme/Danışmanlık:** Sevtap Metin, **Kaynak Taraması:** Sevtap Metin, Adem Az; **Makalenin Yazımı:** Sevtap Metin, Adem Az; **Eleştirel İnceleme:** Sevtap Metin, Adem Az.

KAYNAKLAR

1. Meyer KF, Freitas Filho LG, Silva KI, Trauzcinsky PA, Reuter C, Souza MBM. The XY female and SWYER syndrome. *Urol Case Rep.* 2019;26:100939. [Crossref] [PubMed] [PMC]
2. Bingöl Aydın D, Aydın E, Yıldız T, İşgüven ŞP. Konjenital adrenal hiperplazi [Congenital adrenal hyperplasia]. *Online Türk Sağlık Bilimleri Dergisi.* 2018;3(2):113-6. [Crossref]
3. García-Acero M, Moreno O, Suárez F, Rojas A. Disorders of sexual development: current status and progress in the diagnostic approach. *Current Urology.* 2019;13:169-78. [Crossref] [PubMed] [PMC]
4. Hughes IA. Disorders of sex development: a new definition and classification. *Best Pract Res Clin Endocrinol Metab.* 2008;22(1):119-34. [Crossref] [PubMed]
5. Lee PA, Houk CP, Ahmed SF, Hughes IA; International Consensus Conference on Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society for Paediatric Endocrinology. Consensus statement on management of intersex disorders. *International Consensus Conference on Intersex.* *Pediatrics.* 2006;118(2):e488-500. [Crossref] [PubMed]
6. Carpenter M. Intersex variations, human rights, and the international classification of diseases. *Health Hum Rights.* 2018;20(2):205-14. [PubMed] [PMC]
7. Greenberg J. Legal aspects of gender assignment. *The Endocrinologist.* 2003;13(3):277-86. [Crossref]
8. Ford KK. "First, do no harm"--the fiction of legal parental consent to genital-normalizing surgery on intersexed infants. *Yale Law Policy Rev.* 2001;19(2):469-88. [PubMed]
9. Deutscher Ethikrat. Medizinische diagnostik und therapie. In: *Intersexualität: Stellungnahme.* 1. Auflage. Berlin: Detuscher Ethikrat; 2012. p.48-51. [Link]
10. Deutscher Ethikrat. Diagnose und Behandlung von DSD: Ethische leitlinien und Prinzipien. In: *Intersexualität: Stellungnahme.* 1. Auflage. Berlin: Detuscher Ethikrat; 2012. p.106-15. Erişildi: 18.9.2021. [Link]
11. Ghattas DC, ed. Günay B, çeviri editörü. *İnterseks Bireylerin İnsan Haklarını Savunmak.* Ankara: Ayrıntı Basımevi; 2016. [Link]
12. International Commission of Jurists: Advocates for Justice and Human Rights [Internet]. © 2018 ICJ [Erişim tarihi: 26 Mart 2021]. Chapter six: Intersex. Erişim linki: [Link]
13. International Commission of Jurists: Advocates for Justice and Human Rights [Internet]. © 2018 ICJ [Erişim tarihi: 26 Mart 2021]. Sentencia SU 337/99, Constitutional Court of Colombia (12 May 1999). Erişim linki: [Link]
14. Türker H. *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden.* 1. Baskı. Ankara: KAOS GL; 2019. p.108-9. [Link]
15. Yalçın B. *İnterseks Bireylere Bedensel Müdahale ve İnsan Hakları.* SPoD Hukuk Yazıları. 2019. p.21-7. Erişildi: 18.9.2021. [Link]
16. Metin S. *Ötenazinin Hukuki Görünümü.* Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk. 2. Baskı. İstanbul: Betim Yayınları; 2019. p.385-92.
17. Avrupa Konseyi. Demirakin I, çeviri editörü. *İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler.* Ankara: Ayrıntı Basımevi; 2018. p.49-50. [Link]
18. Yılmaz M. *İnterseks Bireylere Yönelik Cinsiyet Atama Ameliyatları.* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında Dış Görünüş Tercihleri. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları; 2020. p.145-50.
19. Brandão A, Ferraz E, Santos P. "Fixing" the Body, Endangering the Soul? Challenges of Intersex Children Under the Fundamental Rights. *EJTN;* 2018. Erişim tarihi: 26 Mart 2021. Erişim linki: [Link]
20. Reuters [Internet]. © 2021 Reuters. germany bans surgeries on intersex babies, but loopholes feared. Erişim linki: [Link]
21. Dural M, Ögüz T. Cinsiyet Değişiklikleri. *Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku.* 20. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi; 2018. p.122-9.
22. Akipek J, Akıntürk T, Ateş D. *Kişiler Hukuku. Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri/ Kişiler Hukuku.* 15. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayın; 2019. p.496.
23. Güven K. Cinsel kimlik üzerinde hak kavramı ve korunması: transseksüellik ve interseksüellik [Concept and protection of rights on sexual identity: transsexuality and intersexuality]. *BÜHFD.* 2015;1(1):127-70. [Link]
24. Bafra J. Türkiye'de cinsiyet değişikliği ameliyatlarında tıbbi ve hukuki sorunlar [Medical and legal problems related to sex change operations in Turkey]. *Türkiye Klinikleri J Foren Med.* 2004;1(1):47-54. [Link]
25. Nilüfer A. İnsan hakları hukuku temelinde Türk hukukunda cinsiyet geçiş süreci [Yüksek Lisans Tezi]. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi; 2018. p.16. Erişim tarihi: 28 Mart 2020. Erişim adresi: [Link]