

İSLÂM HUKUKUNDA HÜNSÂ (ÇİFT CİNSİYETLİLER)

Hilâi DUMAN*

Anahtar Kelimeler: Hünsâ, hansa-i müşkil, eşcinsel.

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak

İnsanları kadın ve erkek şeklinde farklı cinsiyetlerde yaratan Allah Teâla, onlara bir takım mükellefiyetler yüklemiştir. İnsanlar bu mükellefiyetlerden bir kısmını yaratıcılarına, diğer bir kısmını da birbirlerine karşı ifa etmekle yükümlüdürler. Bu çerçevede cinsiyet faktörünün öne çıkarıldığı da görülmektedir. Yani cinsiyet temel alınarak kadın ve erkeğin farklı hak ve vazifelere muhatap olmaları da söz konusudur. Şahsın erkek veya kadın şeklinde dünyaya gelmesi halinde ilgili cins için tertip edilen hak ve görevlerin tasarrufu konusunda bir problem oluşması söz konusu değilken, cinsiyeti belirsiz olarak dünyaya gelen ve hayatını bu şekilde sürdüren şahıs için bir takım hukuki problemler oluşabilmektedir. Bu nitelikteki kişilere İslâm hukuk literatüründe "hünsâ" denmektedir. Hukuki durumları ile ilgili hükümlerin belirlenmesi konusunda İslâm hukukçularının itina gösterdikleri bu kişilerden özellikle "hünsâ-i müşkil" kapsamına girenler, araştırmamızın omurgasını oluşturacaktır. Çünkü cinsiyetlerindeki belirsizlik nedeniyle "hünsâ-i müşkil" türündeki şahısların, erkek veya kadın sınıfından herhangi birisine dahil edilmeleri mümkün değildir. Bu belirsizlik, hünsâ-i müşkil hakkında kadınlarla mı yoksa erkeklerle mi ilgili hükümlerin geçerli olacağı noktasında fakihlerin ihtilafa düşmelerine neden olmuştur. Fukaha bu kişileri bazı hallerde erkek, bazı hallerde de kadın gibi telakkî ederek, bu doğrultuda hükümler koymuştur.

Görebildiğimiz kadarıyla hünsâ konusunda ne klasik dönem, ne de günümüz fukahası tarafından müstakil bir çalışma yapılmıştır. Eski dönemlerde müstakil olmasa bile mevcut problemleri çözmeye yetecek hükümler verilmeye çalışılmıştır. Bugün Tıp ilminde görülen gelişmeler, pek çok konuda olduğu gibi hünsâlarla ilgili önceden belirlenen birçok hükmün yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla bu konuda yeni çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Tıp ilminin sürekli ilerleme göstermesine rağmen, toplumda hâlâ hünsâ kişilerin mevcudiyetinin bir vakıa olduğunu belirtmeliyiz. Bu kişilerin bir kısmı ameliyat veya ilaç tedavisi ile kadın veya erkek kimliğini elde edip, böylece erkek ve kadınla ilgili hükümlerin muhatabı olmaktadır. Ancak diğer bir kısmının tıbbi müdahale yaptırabilecek kadar ekonomik bir imkana sahip olamaması, bir kısmı için de ameliyatın hayati tehlike arz etmesi ve bir kısmının ise durumunu gizlemek istemesi gibi nedenlerle cinsiyet kimliklerini kazanamadıkları da bir realitedir. İşte bu ve benzeri sebeplerden dolayı toplumda bu

* Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

şekilde yaşamak zorunda kalan bir çok insanımız bulunmaktadır. Tabii bunların insan olarak bir takım hakları ve sorumlulukları vardır. Bunlar, hak ve sorumluluklarını hangi cinsle göre ifa edeceklerini bilememektedirler. Bütün bunları dikkate alarak, klasik dönem İslâm hukukçularının görüşlerinden de büyük ölçüde yararlanarak konuyu incelemeye gayret edeceğiz. Konuyu ele alırken dört mezhebin görüşünü mukayeseli olarak vermeye çalışacağız. Zaman zaman diğer hukukçuların görüşlerine de yer vereceğiz.

B. Farklı Cins Olgusu

Kur'an'da çeşitli vesilerle insanlar ve diğer canlılardaki cinsiyet farklılıklarına vurguda bulunmakta ve bütün canlıların çift yaratıldığı haber verilmektedir. Konu ile ilgili ayetlerden bazılarının mealleri şöyledir:

“Ey insanlar, sizi bir tek nefisten yaratan ve ondan eşini yaratıp ikisinden birçok erkekler ve kadınlar üreten Rabbinizden korkun...”¹

“Allah önce sizi topraktan, sonra nutfe(sperm)den yarattı, sonra sizi çift çift yaptı.”²

“Her şeyden iki çift yarattık ki düşünüp öğüt alasınız.”³

“Ne yücedir O ki toprağın bitirdiklerinden, kendilerinden ve daha bilmedikleri nice şeylerden olan bütün çiftleri yaratmıştır.”⁴

“Gökleri ve yeri yoktan var edendir. Size kendinizden çiftler, hayvanlardan da çiftler yaratmıştır. Bu (düzen içi)nde sizi üretiyor.”⁵

Kur'an ayetlerinde farklı cinsten yaratılışa ve bunun hikmetlerine vurgu yapılırken, sorumluluk, ceza ehliyeti ve irade hürriyeti konusunda bütün insanlar eşit kabul edilerek, cinsler arası bir ayırım yapılmamıştır.

“Rableri onlara karşılık verdi: Ben, sizden kadın erkek, hiçbir çalışanın işini zayi etmeyeceğim. Hep birbirinizdensiniz...”⁶ şeklindeki ayet meali bu gerçeği dile getirmektedir.

İslâm'da kadın veya erkek olarak yaratılan her cinsin, kendilerine has özelliklerini korumaları önemle istenmiş, ayrıca her cinsin kendi fitrî yapısını sürdürmesi, kadının erkekleşmemesi veya erkeğin kadınlaşmaması şeklinde doğuştan getirdiği fitrî özelliğini devam ettirmesi için gerekli ahlakî ve hukukî düzenlemeler yapılmıştır. Bu cümleden olarak Hz. Peygamber (s.a.v.), **kadına benzemeye çalışan erkekleri ve erkeğe benzemeye çalışan kadınları lânetle anmış⁷, bir defasında huzuruna getirilen ve kendini kadınlara benzeten (muhanne) bir şahsı Nâkinâm mevkinde sürgüne göndermiştir⁸.**

Yine livata olarak tabir edilen homoseksüellik (eşcinsellik) hem Kur'an-ı Kerim'de hem de hadislerde çirkin bir fiil olarak nitelendirilerek şiddetle yasaklanmıştır. Ayrıca Lût kavminin akibeti, ibret alınması için örnek gösterilmiştir. **“Alemlerin içinde erkeklere mi gidiyorsunuz? Ve Rabbinizin, sizin için yarattığı eşlerinizi bırakıyorsunuz? Siz sınırı aşan kavimsiniz”⁹** ayetinde bu husus anlatılmaktadır. Livata konusunda Hz. Peygamber de **“Her kimi Lut kavminin amelini işler bulursanız, hem faili, hem mefûlü öldürün”¹⁰** buyurarak bu fiilin ne denli çirkin bir suç olduğunu ifade etmiştir.

¹ 4 Nisâ, 1.

² 35 Fâtır, 11.

³ 51 Zâriyât, 49.

⁴ 36 Yâsîn, 36.

⁵ 42 Şûra, 11.

⁶ 3 Âlu imrân, 195.

⁷ Buhârî, Muhammed b. İsmail b. İbrahim, *Sahihu'l- Buhârî*, b.y., 1991, Libas 61-62, VII, 71; Ebu Davud, Süleyman b. El-Eş'as b. İshak el-Ezdi es-Sicistâni, *Sünenü Ebu Davud*, Beyrut, 1988, Libas 28, II, 458, Edeb 61, II, 700; Tirmizi, Muhammed b. İsbâ b. Sevre, *Sünenü't-Tirmizi*, İstanbul, 1992, Edeb 34, V, 105.

⁸ Ebu Davud , Edeb 61, II, 700.

⁹ 26 Şuâra 165,166.

¹⁰ Tirmizi, Hudûd 24, IV, 57; İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, *Sünenü İbn Mâce*, Tunus, 1994, Hudud 12, II, 856; Ebu Davud, Hudud 28, II, 564.

Yukarıdaki ayet ve hadislerde de görüldüğü üzere gerek livata suçunu işleyen, gerekse kendisini karşı cinse benzetmeye çalışan kimselerde fizyolojik ve biyolojik bir kusur bulunmamaktadır. Bu itibarla bu kimselerin kendi cinsleri için tertip edilen hükümlerden başka hükümlere tabi olmaları düşünülemez. Şu kadar var ki bu kimseler bir takım nedenlerle ahlakî ve psikolojik sapkınlık içerisine bilinçli olarak girmişler, dolayısıyla kendi fitrî ve aslî hüviyetlerini inkar anlamı taşıyan fiiller sergilemişlerdir. Hal böyle olunca bu kişiler için bazı caydırıcı önlemler alınması doğal ve kaçınılmazdır. Bu itibarla İslam hukukçuları, homoseksüellik (livâta) fiilini büyük günahlar arasında saymışlar ve şu cezaları öngörmüşlerdir:

Ebu Hanife'ye göre; homoseksüellik (livâta) fiilini işleyenlere, hadd cezası verilmez. Ancak bu kimselere ta'zir cezası uygulanır. Ölünceye veya tevbe edinceye kadar da hapsedilir.¹¹

Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve Şafîî homoseksüelliği (livâtayı) zinadan ayrı görmeyerek zina için öngörülen cezaların lûtîye de aynen tatbik edilmesini gerekli görmüşlerdir. Buna göre muhsan olan homoseksüel kişi recmedilir, muhsan olmayana yüz sopa vurulur. Hanbeli mezhebinde de hakim olan görüş böyledir.¹²

Maliki mezhebine göre; homoseksüellik (livâta) fiilini işleyenlere (mefule buluğa erme şartıyla), ister muhsan olsun ister olmasın, recm cezası verilir.¹³ Ahmet b. Hanbel'in bir görüşü de fail veya mefûl durumundaki bütün lûtîlerin muhsan olup olmamalarına bakılmaksızın recmedileceği şeklindedir.¹⁴

Fitrat kanunlarına uygun olarak her cinste olduğu gibi, insan cinsinin de erkekli ve dişili olmak üzere farklı cinsiyet kimliğine haiz bir şekilde dünyaya gelmesi esastır. Ancak insanların kadın ve erkek olarak çiftler halinde yaratılmasının istisnaları da vardır. Her türlü yaratmayı bilen Allah Teala insanların bir kısmının cinsiyetlerini, anlayabileceğimiz veya anlayamayacağımız hikmetler sebebiyle müşkil olarak yaratmıştır. Bu tür yapısal bozukluklar İslâm geleneğinde tabii karşılanmış ve durumlarına göre bir takım dini ve hukuki hükümler düzenlenmiştir. Çalışmamızın akışı içerisinde bu husus detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

297

II- HÜSNÂNIN TIBBÎ YÖNÜ

A-Genital (Cinsel) Sistemin Embriyolojisi

Cinsiyetin farklılaşması birçok geni içine alan kompleks bir süreçtir. Cinsiyetin ikiye ayrılmasındaki anahtar, testis (sperm ve cinsiyet hormonunun üretildiği organ) belirleyici faktör genini taşıyan Y kromozomudur. Bu faktörün varlığı veya yokluğu, gonadal farklılaşma üzerinde doğrudan etkilidir ve aynı zamanda bir şelale gibi Y kromozomlarından aşağıya doğru, birçok başka genin de cinsiyet organlarının kaderini tayin etmek için harekete geçmesini sağlayacak olan düğmeyi çevirir.

Embriyonun cinsiyeti, genetik açıdan daha fertilizasyon (dölllenme) sırasında belirlenmiş olmasına rağmen, gelişimin yedinci haftasına kadar gonadlar [over (yumurta ve cinsiyet hormonlarının üretildiği organ) ve testis] erkek veya dişi morfolojik özelliklerine sahip değildirler.¹⁵

Genital sistem;

a- Gonadlar ve primitif cinsiyet bezleri

b- Genital kanallar

¹¹ Mevsili Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyar li Talil Muhtar*, Beyrut, t.y., II, 339; Merğînâni, Ebu Hasan Ali b. Ebu Bekr, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi*, b.y., 1970, V, 262; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmi ve Edilletuhu*, Dimaşk, 1996, VI, 66; Çalışkan, İbrahim, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, "İslam Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası", Ankara 1992, XXXIII, 85, 86.

¹² Merğînâni, V, 262; Mevsili, II, 339; İbn Kudâme, Muvaffaküddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni ve Ş-Şerhu'l-Kebir ala Metni'l-Mukni*, Beyrut, 1412; Zuhaylî, VI, 66; Çalışkan, 85, 86.

¹³ Derdir, Ebu'l Berakât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu's-Sağir ala Akrabi'l-Mesalik*, Kahire, t.y. IV, 456; Zuhaylî, VI, 66; Çalışkan, 85, 86.

¹⁴ İbn Kudâme, X, 155; Zuhaylî, VI, 66; Çalışkan, 85, 86.

¹⁵ Sadler, T. W., *Medikal Embriyoloji* (Çeviri Editörü: A. Can Başaklar), Ankara 1995, 272-273.

c- Dış genital organlardan oluşur.

Her üç komponentde, farklılaşmamış bir evreden geçerek erkek ve dişi yönüne doğru gelişirler. Y kromozomu testis belirleyicidir ve,

- 1- Testis kordonlarının gelişmesini,
- 2- Turnika albuginea (testis kordonlarını saran yapı) nın oluşmasını
- 3- Overian kordonların gelişiminin durmasını sağlar.

Y kromozomunun olmaması ise overin oluşmasını uyararak;

- 1- Tipik overian kordonların oluşmasını
- 2- Testis kordonlarının kaybolmasını
- 3- Tunika albugineanın gelişiminin durmasını sağlar.

Perimordial germ hücreleri (öncül hücreler) farklılaşmamış gonada ulaşılmadığı takdirde, gonad farklılaşamaz veya yok olur.

Farklılaşmamış kanal sistemi ve dış genital organlar hormonların etkisiyle gelişir. Testis tarafından salgılanan testesteron (erkeklik hormonu) mezonefrik kanalların (erkek kanal sistemi) gelişmesini uyarırken, mullerian inhibe edici madde, paramezonefrik kanallarını (dişi kanal sistemi) baskılar. Dihidrotestesteron dış genital organları, penisi, skrotumu ve prostatın gelişimini uyarır. Östrojenler (dişilik hormonu) ise, dışide paramezonefrik sistemi stimüle ederek (uyararak) uterus (rahim) tüplerinin, uterusun, vagenin üst kısmının oluşumunu etkiler. Aynı zamanda, klitoris, labra ve vagen alt kısmını da içine alan dış genital organların gelişimini de uyarırlar. Testis hormonlarının yapımındaki veya hedef organ duyarlılığındaki bozukluklar, maternal (anne) ve plasental östrojenlerin hakimiyetine neden olarak, dişi karakterlerin daha öne çıkmasına yol açar.¹⁶

Karşılıklı olarak pek çok etkenin etkileşime girmesiyle kişinin cinsiyeti belirlenmektedir. Çok etkenli bir nitelik olan cinsiyet dokuz tipe ayrılır.

- 1- Kromozomlara göre cinsiyet
- 2- X kromatinine göre cinsiyet
- 3- Dış genital organlara göre cinsiyet
- 4- Kanal sisteminin gelişmesine göre cinsiyet
- 5- Gonadal cinsiyet
- 6- Hormonal cinsiyet
- 7- Psikolojik cinsiyet
- 8- Sosyal cinsiyet
- 9- Genetik cinsiyet

Bu dokuz cinsiyetin de aynı yönde, yani dişi yada erkek yönünde gelişmesi ile kişi cinsiyetini tam olarak bulabilmektedir. Herhangi birinde bozukluk, değişik türdeki sapmalara neden olmaktadır.¹⁷

B- Anormal Seksüel Gelişim

Dışide iki tane X kromozomu vardır (46, XX)

Erkekte bir X, bir Y kromozomu vardır (46, XY)

1- Normal kromozom yapısı ile birlikte olanlar:

a- Dişi psödohermafroditizmi:¹⁸ Psösohermafroditizm dendiği zaman gonadların kromazal sekse uygun yönde gelişme göstermesine karşın, dış genitalerin değişik derecelerde olmak üzere karşı cinsiyettekine benzemesi durumu akla gelir.¹⁹ Hastaların kromozom yapısı 46, XX. Kromatinleri pozitif ve overleri olmasına rağmen böbrek üstü bezinden aşırı miktarda salgılanan androjenlerin

¹⁶ Sadler, 294, 296.

¹⁷ Başaran, Nurettin, *Tıbbi Genetik*, Eskişehir 1996, 261.

¹⁸ Robby, Stanley j. ve Diğerleri, "Pathology of Abnormal Sexual Development" (Edisyon: H. Fox, M. Wels), *Hanes & Taylor Obstetrical and Gynaecological Pathology*, Newyork 1995, II, 1279-1298.

¹⁹ Başaran, 259.

(erkeklik karakteri sağlayan hormon) etkisiyle dış genital organlar erkek yönünde gelişmiştir.²⁰

Üç durumda oluşur.

1- Adrenogenital sendrom (Böbreküstü bezinin yetmezliğine bağlı testesteronun aşırı üretimi), dişi psödohermafroditlerin çoğu bu nedene bağlı olarak oluşur.

Tedavi steroid verilmesidir.

2- Progesteron ve androjen içeren ilaçların anne tarafından alınması. Bu çocuklarda ilerde normal dişi gelişimi meydana gelir.

3- Annedeki erkeklik hormonu salgılayan tümörler.²¹

Dişi psödohermafroditler diğer hermafroditlerin çoğuna benzemezler ve erken dönemde tedavi altına alındıkları zaman, normal cinsel gelişim ve üretkenlik gösterirler.²²

b- Erkek Psödohermafroditizmi: Kromozom yapısı 46, XY dir ve kromatinleri de genellikle negatiftir. Anomalinin ortaya çıkışından, androjenik hormonların, dişi kanal sistemini baskılayan müllerian inhibe edici maddenin yeterli miktarda üretilmemesi sorumludur.²³ Bireyin dış genital organları ve ikincil seks karakterleri (koltuk altı kıllanması, pubik kıllanma, memelerin gelişimi) dişi gibi gelişir.

Başlıca iki sebebi ve bunun da alt grupları vardır.

1- Gonadal defektler

a- Testiküler regresyon (gerileme) sendromu

Testis gelişim aşamasında bir evrede geriler. Testisler hiç olmayabilir. Dış genitaler dişi gibi olabilir veya garip, tuhaf olabilir. Dış genitaler erkek gibi de olabilir.

Tedavi, hastanın dış genital görünümüne ve çocuğun hangi cins olarak yetiştirilmesine göre belirlenir.

b-Leyding hücre agenezisi (olmayışı) (leyding hücreleri testesteron salgılayan hücrelerdir)

Dış görünüşleri genellikle dişi görünümünde yada garip, tuhaftır. Testis atrofik (gelişmemiştir). Ancak erkeklerdeki kanal sistemi vardır.

c-Testesteron sentezinde bozukluklar

İç genital organlar erkek; dış genital organları kadın gibi veya garip, tuhaf görünümlüdür.

Tedavi, bozukluğun derecesi, dış görünüş ve çocuğun hangi cins olarak yetiştirildiğine göre değişir.

d-Müllerian gelişimi (dişi yönünde gelişimi) engelleyen sistemde bozukluk;

İnmemiş testisler, normal erkek dış genital organları vardır.

İnfantil uterus (gelişimin erken döneminde olan rahim) ve tuba uterinaller (tüpler) vardır.

Tedavi, erkek yönünde desteklenir. Uterus ve tubalar cerrahi ile çıkarılır.

2- Hedef organ bozuklukları (hormonların etkilediği hedef organlardaki hormonların bağlanma yerindeki bozukluk)

a- Androjen reseptör hastalıkları:

1) Tam testiküler feminizasyon: Erkek psödohermafroditizminin en sık nedenidir. Genetik yapı (XY) erkektir. Ancak dış genitaler tamamen dişi yapısındadır ve pubertede ilk adet olmaması ile belirir.²⁴ Dış genital organlar, testis tarafından salgılanan androjene karşı duyarsızdırlar ve östrojenlerin altındaki normal dişilerde olduğu gibi dişi yönünde farklılaşmıştır. Ancak bu hastalarda testis ve müllerian inhibe edici madde mevcut olduğundan parametonefrik sistem baskılanmakta bunun

²⁰ Sadler, 290.

²¹ Robby ve Diğerleri, II, 1279-1298.

²² Başaran, 260.

²³ Sadler, 290.

²⁴ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

sonucu uterus ve tüpler oluşmamaktadır. Vagen kısadır ve kör olarak sonlanır. Testisler, sıklıkla ingiunal (kasık) ve labial (Vagina ağzındaki dudağa benzer oluşumlar) bölgelerde yer alırsa da, spermatogenezis (sperm üretimi) yoktur.²⁵ Testis kanalları ve prostat yoktur. Bu kişilerde androjen seviyeleri yüksektir.

2) Tam olmayan testiküler feminizasyon: Dış görünüş dişi veya erkek olabilir. Eğer erkek ise bunlar infertildir (kısırdır).

b-Bozuk testesteron metabolizması ;

“5 alfa redüktaz” denen enzim eksikliği vardır.²⁶ (5 alfa redüktaz enzimi testesteronu dihidro testesterona çevirir. Dihidrotesteron dış genital organları, penisi, skrotumu ve prostatın gelişimini uyarır.²⁷ Ve vücudun yüz, beden, kol ve bacaklar gibi bölgelerinde kıllanmayı artırmakta ve yağ bezlerinin aktivitesini uyarmaktadır.²⁸)

Dış genitaler dişidir. Dişi iç genital organları yoktur. Erkek testis kanalları var, prostat yoktur.

Testis var ancak bireyler infertildir.

Tedavi, östrojen dişi özelliklerini artırmak için kullanılır.

2- Anormal seks kromozom yapısı ile birlikte olanlar:²⁹

a- Turner Sendromu

Hastalığın oluşmasına neden olan temel kusur, kadındaki cinsiyet kromozomu olan X kromozomlarından birindeki anomalidir. (45, X)³⁰

Dış görünüşleri dişidir. İlk adetlerinin olmaması ile belirlir. İç genital organları dişi, ancak normalden küçüktür.³¹

Kanda östrojen düzeyleri çok düşüktür. Bu çocuklarda böbreküstü bezi androjenlerin etkisi ile pubis kıllanması oluşur. Ancak meme gelişmesi olmaz. Hormon tedavisi ile meme gelişmesi sağlanır ve adet başlatılabilir.³²

Sendromun sık görülen diğer elemanları kısa ve yeleli boyun, ayak ve bacaklarda lenfödem, iskelet anomalileri, enli bir göğüs ve geniş meme uçlarıdır.³³. Zekâları genelde normaldir.³⁴

b- Klinefelter Sendromu

Bir X kromozomu fazladır. (47, XXY)

Yeni doğan her 1000 erkekte birinde meydana gelir.³⁵ Bu kişiler dış görünüş olarak erkektir. Ergenlikten sonraki yaşlarda ince, uzun bacaklı yapıdadır. Testis küçüklüğü de puberteden sonra farkedilir. Penis de normalden biraz küçüktür.

Ergenlik genelde gecikir. Erişkin yaşlarda tipik olarak dişi tipi yağlanma, ince ses, vücut kılların da seyreklik saptanır. Özellikle sakal çok azdır. Vakaların yaklaşık yarısında jinekoma (meme büyümesi) görülür. Azospermi (spermeda canlı spermatozoidlerin bulunmaması) infertilite sıklığıdır. Sperm üretimi yoktur. Leydig hücreleri iyi gelişmemiş olduğundan kan testesteron düzeyi düşüktür ve sekonder seks karakterlerinde gerilik vardır.

Uzun süreli testesteron tedavisi ile virilizasyon (erkeklik karakterinin sağlanması) sağlanırsa da hastalar genelde infertil kalırlar.³⁶

²⁵ Sadler, 291.

²⁶ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

²⁷ Sadler, 296.

²⁸ Onat, Taner ve Diğerleri (Editör: Taner Onat, Kaya Emerk), *Temel Biyokimya*, İzmir 1996, II, 753.

²⁹ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

³⁰ Başaran, 250.

³¹ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

³² Okumuş, Nurullah ve Diğerleri (Editörler: Nurullah Okumuş, Sami Selçukbiricik), *Pediyatri, İstanbul 2000*, 197.

³³ Sadler, 133.

³⁴ Okumuş ve Diğerleri, 197.

³⁵ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

³⁶ Okumuş ve Diğerleri, 198, 199.

c- Triple- X Sendromu

İki yerine üç X kromozomu vardır.(47, XXX)

Bu kişiler dış görünüşü olarak dişidir. Az gelişmiş meme, erkek tipi kıllanma, amenore (cinsel yaşama girmiş kadının adet görmemesi) erken menapoz (adetin bitmesi) ve sterilit (kısırlık), zekâ gelişimi ile ilgili problemler ve çoğunlukla şizofreni bildirilmiştir.³⁷ Bununla birlikte vakaların çoğunda cinsel yaşam normaldir ve normal çocukları vardır.³⁸

d- Tetra- X Sendromu

İki yerine dört X kromozomu vardır. Oval yüz, zekâ geriliği, gelişmemiş cinsel organlar vardır.

e- Penta- X Sendromu

İki yerine 5 X kromozomu vardır. Karakteristik yüz görünümü, iki göz arası mesafe artmış, gelişmemiş cinsel organlar, zekâ ve fiziki gerilik vardır.³⁹

f- 46, XX Sendromu

Genetiği 46,XX. Ancak dış görünümü erkektir. Testisler ve penis küçüktür. İnfertildir. Psikoseksüel oryantasyon erkektir.⁴⁰

g- 47, XYY Sendromu

Dış görünüşü erkektir. Çoğunda testis büyüklüğü normaldir. Hormonal bir bozukluk saptanamamıştır.⁴¹ Uzun boy, dış genital organların anormal gelişimi, antisosyal kriminal yönde kendini gösteren davranış bozuklukları vardır.

h- 48, XYYY Sendromu

Değişik derecede cinsel anomali, davranış ve kişilik kusurları yanında orta derecede zekâ geriliği vardır.⁴²

ı - Pür (saf) Gonadal Disgenezis

Dış görünüş dişidir. İç genital organlar uterus ve tüpleri içerir. Streak (iz, kalıntı şeklinde olan) gonadlar (yani over ve/ veya testis) vardır.⁴³ Amenore vardır. Sekonder seks karakterleri gelişmemiştir. Östrojen düşük veya normaldir.

Hastaların hepsi psikolojik olarak dişidirler ve zekaları normaldir. Tanı genelde ergenlik çağında konur. Hormon tedavi ile adet görmesi ve dış görünüm sağlanır.⁴⁴

i- Karma Gonadal Disgenezis

Genetik 45, X / 46, XY

Dış genitaler normal erkekten normal kadına kadar pek çok dış görünüş gösterirler. Bu olgularda hem testis, hem de fallop tüpleri(yumurtalık kanalı) uterus ve vagen üst kısmı birlikte bulunur.⁴⁵

Müllarian sistem (dişi kanalı) baskılanması tam değildir. Wolf kanalı (erkek kanalı) farklılaşması tam değildir. Dış genital organları tam olmayan erkek gelişimi vardır. 2/3 dişidir, 1/3 erkek yönünde gelişir. Hem iç, hem dış genital organlarda gelişim karışıktır.

j- Geçek Hermafroditizm

Bir kişide hem testis, hem de overın birlikte bulunmasıdır. Hastanın dış görünümü erkek veya kadın olabilir.⁴⁶ Olguların çoğu (3/4 kadarı) erkek olarak yetiştirilir. Over ve testisler ayrı ayrı yerlerde bulunabileceği gibi, ovo-testis olarak birlikte bulunabilir. Olguların hemen tümünde uterus vardır.⁴⁷

³⁷ Başaran, 252.

³⁸ Okumuş ve Diğerleri, 199.

³⁹ Başaran, 253, 254.

⁴⁰ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

⁴¹ Okumuş ve Diğerleri, 199.

⁴² Başaran, 257.

⁴³ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

⁴⁴ Okumuş ve Diğerleri, 198.

⁴⁵ Başaran, 258.

⁴⁶ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

⁴⁷ Başaran, 257, 258.

% 60' ı 46, XX
% 12' si 46, XY
% 28' i mozaik → 46, XX / 46, XY
46, XY / 47, XXY
45, X / 46, XY (daha az)⁴⁸

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; cinsel gelişme düzensizlikleri tıbbın sadece bir alanıyla ilgili olmayıp birçok branşını (Biyokimya, Patoloji, Genetik, Endokrin, Üroloji, Kadın Doğum, Pediatri, Çocuk Cerrahisi, Psikiyatri, Plastik Cerrahi) ilgilendiren bir konudur. Bu tür şikayeti olan bir bireyin durumu ile ilgili bütün bu branşlar tarafından kişinin psikoseksüel oryantasyonu da göz önüne alınarak ortak bir değerlendirme yapılır ve tedavisi planlanır.

III- İSLÂM HUKUKUNDA HÜNSÂ

Hem ilgili fert, hem de toplum açısından bir ihtiyaç olmasına rağmen eski dönemlerde de günümüzde de hünsânın hukukî-fikhî durumunu konu alan müstakil bir çalışma yapılmadığını daha önce ifade etmiştik. Bununla birlikte klasik fıkıh eserlerinde, özellikle de Hanefî kaynaklarında bu problem “*Kitabu'l-Hünsâ*” başlığı altında müstakil bölümlerde ele alınmıştır. Bu eserler arasında Serahsî'nin *Mebusu'unu*, Kâsânî'nin *Bedâiu's-Sanâi'sini*, Merğînânî'nin *Hidaye'si* ve şerhlerini, Mevsilî'nin *İhtiyar'ını*, İbn Abidin'in *Reddu'l-Muhtar'ını*, Halebî'nin *Mülteka'sını* ayrıca *el-Fetâva'l Hindiyye* adlı Hanefî kaynaklarını sayabiliriz. Fakat belirtmeliyiz ki, bu kaynaklarda hünsâ ile ilgili bütün hükümlere yeteri kadar değinilmemiştir.

Diğer mezheplerle ilgili kaynaklara gelince, ulaşabildiğimiz kaynakların bir kısmında hünsâ konusunun hiç ele alınmadığı görülmektedir. Konuyu ele alan kitaplarda ise, mesele müstakil bir başlık altında değil de, yeri geldiğinde hünsâ ile bağlantılı konu içerisinde ve öz bir şekilde işlenmiştir. Özellikle de Maliki mezhebi konuya daha az değinmiştir. Bu cümleden olarak Şafîî kaynakları arasında Nevevî'nin *Ravdatü't-Talibin'i*, Remî'nin *Nihayetü'l-Muhtaâc'ı*, Hanbelî kaynakları arasında İbn Kudame'nin *Muğnî'si*, Behûtî'nin *Keşşâfu'l-Kinâ'sı*, Maliki kaynakları arasında Derdir'in *eş-Şerhu's-Sağîr'i* gibi eserler sayılabilir. Ayrıca dört mezhebin görüşlerinin verildiği kaynaklardan, *el-Mevsuatu'l-Fikhiyye*, Zuhaylî'nin *el-Fikhu'l-İslamî* ve *Edilletuhû* adlı eseriyle, Cezerî'nin *el-Mezahibu'l-Erbaa* adlı eseri de hünsâ konusunun işlendiği kaynaklardan bazılarıdır.

Günümüz kaynaklarında bu konunun bir ansiklopedi maddesi olarak ele alındığı görülmektedir. Mesela *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, *Şamil İslâm Ansiklopedisi*, ve *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedilerinde* “hünsâ” başlığı altında bu konu işlenmiştir. Bunların dışında; Ömer Nasuhi Bilmen'in *İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*'nda, Celal Yıldırım'ın *Kaynaklarıyla İslâm Fikhi*'nda, Vecdi Akyüz'ün *Mukayeseli İbadetler İlimihali*'nde hünsâ konusuna özlü olarak değinilmiştir.

A- Hünsânın Tanımı

Hünsâ kelimesi “fu'la” vezninde olup, “hanese” filinden türemiştir.⁴⁹ Yumuşak olma, kırılma⁵⁰, kadınsı hareketlerde bulunma⁵¹ ve er-dişi⁵² gibi anlamlar taşımaktadır. Hünsâ hakkında hukukî anlamda yapılan tanımlar da şöyledir:

a- Hünsâ, cinsiyet durumu karışık olan, kadın mı, erkek mi olduğu tam olarak belli olmayan kişidir.⁵³

⁴⁸ Robby ve Diğerleri, II, 1279 – 1298.

⁴⁹ Kâsânî, Alaüddin Ebu Bekr b. Mes'udi'l-Hanefî, *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi*, Beyrut, 1997, X, 461; Mevsilî, II, 53; Tehânevi, Muhammed b. Ali, *Keşşâfu Istilahâtü'l-Fünûn*, Beyrut, t.y., I, 406.

⁵⁰ Kâsânî, X, 461; Mevsilî, II, 53; Tehânevi, I, 406; İbn Abidin, Muhammed b. Ömeri'l-Hanefî, *Reddi'l-Muhtar ale'd-Düruri'l-Muhtar*, İstanbul, 1984, VI, 727; İbn Manzur, Ebu'l-Fadl Cemaluddin Muhammed, *Lisanü'l-Arab*, Beyrut, 1990, II, 145; Yavuz, Yunus Vehbi, “Hünsâ” maddesi, *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İstanbul, 1997, II, 301.

⁵¹ Çeker, Orhan, “Hünsâ” maddesi, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, XVIII, 491.

⁵² *Türkçe Sözlük*, Komisyon, Ankara 1988, I, 659; Mutçalı, Serdar, *Arapça-Türkçe Sözlük*, İstanbul, 1995, 250.

b- Hünsâ, hem kadın hem de erkek cinsel organına sahip olan kişidir.⁵⁴
 c- Hünsâ, her iki cinsel organa sahip olan veya hiçbirisine sahip olmayan kişidir.⁵⁵

d- Hünsâ, kendisinde hem erkeklik hem kadınlık organı bulunan veya bunlardan hiçbirisi bulunmayıp göbeğinden idrar ve gaita çıkaran kişidir.⁵⁶

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a, göre; hiçbir cinsel organı bulunmayıp göbeğinden idrar ve gaita çıkaran hünsâ değildir. Onlar: "Biz ona ne denileceğini bilmiyoruz" demişlerdir.

İmam Muhammed ise; "Böyle bir durumda olana hünsâ hükmü verilir" demiştir.⁵⁷

e- Hünsâ, erkeklik kadınlık alametlerini birlikte taşıyan kişidir.⁵⁸

Bu tanımlardan da yararlanarak bir tanım yapmak gerekirse şöyle denilebilir: Hünsâ, cinsiyet kimliği (anatomik fizyolojik ve psikolojik yönden) doğuştan problemlili olan, bu nedenle erkek veya dişi olduğu konusunda kesin bir hüküm verilemeyecek durumda olan şahıstır. Veya hünsâ, ya her iki cinsin cinsiyet özelliklerini birlikte taşıyan, ya kendi cinsiyetini belirleyen nitelikleri tam olarak bulunduramayan ya da hiçbir cinsiyet emaresi kendisinde bulunmayan şahıstır.

B- Hünsânın Kısımları

İslam hukukçuları hünsâyı müşkil ve gayr-i müşkil şeklinde iki kısma ayırırlar ve bu iki kısımdan her birini farklı hükümlere tabi tutarlar.

1- Gayr-i Müşkil Hünsâ: Her iki cinse ait cinsiyet alametlerini taşımakla birlikte erkek veya kadınlık alametleri açık olup, kolayca erkek veya kadın olduğuna hükmedilebilen kişidir.⁵⁹ Durumun müşkil olmamasından dolayı bunlara gayr-i müşkil hünsâ denilmektedir. Hünsâ ya kadındır, diğer cinse ait özellikler zaid olarak yaratılmıştır veya erkektir diğer cinsin özellikleri zaid olarak yaratılmıştır.⁶⁰ Bu şahıslara, baskın olan cinsiyet özellikleri dikkate alınarak o cinse ait hükümler uygulanır. Yani kadın olduğuna karar verilirse bu şahıs hakkında kadınlarla ilgili hükümler, erkek olduğuna karar verilirse erkeklerle ilgili hükümler geçerli olur.

2- Müşkil Hünsâ: Her iki cinsiyet organına birlikte sahip olan⁶¹ fakat organların birinin diğerine baskınlık arz etmemesi nedeniyle kadın veya erkek olduğuna kolayca hükmedilemeyen⁶², veya hiçbir cinsel organa sahip olmayıp⁶³ sadece idrar yapabileceği bir deliği olan⁶⁴ kişidir.

Fikhî anlamda hünsâ denilince, daha çok ikinci kategoriye giren şahıslar yani hünsâ-i müşkil kastedilir. Bunlara müşkil denmesinin sebebi, cinsiyetlerinin tespitindeki zorluk veya imkansızlık nedeniyle kendilerine uygulanacak hükümleri belirlemenin de zor olmasından dolayıdır.

⁵³ Sabık, Seyyid, *Fikhu's-Sünne*, Beyrut 1992, III, 454; Yaşar, Ahmet, "Hünsâ" maddesi, *Şamil İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 2000, III, 329; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 491.

⁵⁴ Kadızâde, Ahmed Şemsettin Edirnevi Rumi, *Netâicu'l-Efkâr fi Keşfî'r-Rumuz ve'l- Esrar (Tekmiletü Şerhi Fethu'l-Kadir)*, b.y., 1970, X, 516; Halebi, İbrahim b. Muhammed, *Mültekâ'l-Ebhur*, Beyrut, 1989, II, 334; Tehânevi, I, 406; Mevsili, II, 53; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1988, 163; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 491.

⁵⁵ İbn Abidin, VI, 727; Sabık, III, 454; Yavuz, "a.g.m.", II, 301.

⁵⁶ Kâsâni, X, 461; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul, 1985, V, 367; Yıldırım, Celal, *Kaynaklarıyla İslam Fikhi*, Konya, t.y., III, 306; Yazır, Elmalılı Hamdi, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahatları Kamusu*, İstanbul, 1996, II, 380.

⁵⁷ Tehânevi, I, 406.

⁵⁸ Yazır, II, 380.

⁵⁹ *Mevsuatu'l-Fikhiyye*, "Hünsâ" maddesi, Kuveyt 1990, XX, 22; Yazır, II, 380; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 491; Yavuz, "a.g.m.", II, 301.

⁶⁰ *Mevsua*, XX, 22.

⁶¹ *Mevsua*, XX, 22; Sabık, III, 454; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 491.

⁶² Yazır, II, 380; Yıldırım, II, 407; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 491; Yavuz, "a.g.m.", II, 301.

⁶³ *Mevsua*, XX, 22; Sabık, III, 454; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 491; Yavuz, "a.g.m.", II, 301.

⁶⁴ *Mevsua*, XX, 22; Yavuz, "a.g.m.", II, 301.

C- Hünsânın Cinsiyetini Belirlemede Baş Vurulacak Kriterler

1- Tıp

Günümüzde hünsâ birisi hakkında kadın ve erkekte hangi cinse ait hükümlerin uygulanabileceğini tespit etmek için, bu konu ile alakalı (Biyokimya, Patoloji, Genetik, Endokrin, Üroloji, Kadın Doğum, Pediatri, Çocuk Cerrahisi, Psikiyatri, Plastik Cerrahi) branşlardaki doktorların hünsâyı incelemeleri neticesinde bir araya gelerek aldıkları karara ve o ana kadar yetiştirilme şekline göre bir değerlendirme yapılarak, en azından hangi cinse daha yakın olduğu tespit edilmeye çalışılır. Yukarıda hünsâ hakkında verdiğimiz tıbbi bilgilerden de anlaşılacağı üzere, hünsâların gerçek hermofraditizm ve karma gonadal disgenezis sendromları hariç diğer sendromlarında her ne kadar tamamen kadın veya erkek olduğu söylenemiyorsa da kadın veya erkekte herhangi birisi yönünde cinsiyetinin baskın olduğu görülebilmektedir. Ancak bu durum yani hastalık ve boyutu şahsa göre değişebilmektedir. Zira tıpta da "Hastalık yoktur, hasta vardır." prensibi bulunmaktadır.

Bunlar arasından ameliyat veya tedavi ile herhangi bir cinse dönüştürülmesi mümkün olanlar varsa kadın veya erkeğe dönüştürülür. Bu kişiler hakkında normal insanlar için geçerli olan hükümler verilir. Eğer herhangi bir cinse dönüştürülmesi mümkün değilse durumu kendisine anlatılır ve bu şekilde yaşamayı kabullenmesi sağlanır. Bunlar için durumlarına özel hükümler verilir. Ancak ameliyat ve tedavi olmak istemeyenler, veya buna fırsat olmadan ölenler, veya doktora gitme imkânı olmayanlar yahut da durumunu gizleyerek yaşamak isteyenler olabilir. Bu durumda bu tür insanların İslâm hukukundaki yeri, diğer kriterlerle tespit edilmeye çalışılır ve durumlarına göre bir takım dini ve hukuki hükümler verilir.

2- Karine

Tecrübe ile ulaşılan bu belirleme usulü, daha çok hünsânın hangi kategoriye dahil edileceği hususu, tıbbî yöntemlerle tespit imkanının bulunmadığı veya ilgili dönem tıp biliminin bu vak'ayı tespitinde yetersiz kaldığı durumlarda söz konusu olabilir. Bu durumda olan yani hünsâ-i müşkil kapsamına girenlerin miras taksiminin hangi cinsiyet esas alınarak yapılacağı hususu Hz. Peygamber'e soru olarak yöneltilmiş, Hz. Peygamber de "**bu kişinin mirasının idrarını yaptığı organ dikkate alınarak verileceğini**" ifade etmişlerdir.⁶⁵

Peygamber'in bu hadisine göre; hünsâ-i müşkil hakkında şayet o, kadınlık uzvuyla idrar yapıyorsa kadın, erkeklik uzvuyla idrar yapıyorsa erkek olduğuna hükmedilir, diğer uzuv zaid olarak yaratılmış kabul edilir. İdrarın her iki uzuvdan da çıkması durumunda, idrarın ilk çıktığı uzva itibar olunur, diğerine itibar olunmaz. Eşitlik (musavât) veya aykırılık (muâraza) durumunda önce olanı tercih etmek İslâm hukukunda esastır. İdrarın her iki uzuvdan da aynı anda çıkması halinde Ebu Yusuf, İmam Muhammed ile Malikî ve Hanbelî hukukçular diğer organa oranla idrarın kendisinden daha fazla çıktığı organın esas alınacağı görüşündedirler. Çünkü muâraza (çelişki, anlaşmazlık, zıtlık) halinde tercih daha güçlü olana dikkat edilerek yapılır. Yani her iki uzuvdan da idrar çıkmakla birlikte, birinden daha fazla idrarın çıkması, o organının diğerine tercih edilme nedenidir. Bu şekilde önceliğe göre tercih yapıldığı gibi çokluğa göre de tercih yapılabilir.⁶⁶

Ebu Hanife'ye göre ise idrarın çokluğu dikkate alınarak hünsânın cinsiyeti belirlenemez. Ona göre idrarın çok olması tercih nedeni değildir. Çünkü bu çokluk veya azlık idrar mahallinin genişliği veya darlığı gibi faktörlerden de kaynaklanabilir.

⁶⁵ Beyhaki, Ahmed b. Hüseyin, *Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrut, 1994, Ferâiz 52, VI, 427; Dârimi, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdurrahman et-Temimî es-Semarkandi, *Sünenü'd-Dârimi*, Beyrut, 1991, Ferâiz 25, II, 82.

⁶⁶ Serahsi, Şemsü'l-Eimme Ebu Bekr Muhammedü'l-Hanefî, *el-Mebsut*, Beyrut, 1409, XXX, 104; Kâsânî, X, 461; Kadızade, X, 516-517; İbn Kudâme, IV, 558, 559; Nevevi, İmam Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref, *Ravdatu't-Talibin*, Beyrut, t.y., I, 188, 189; Derdir, IV, 725, 726; Mevsili, II, 53, 54, 55; Halebi, II, 335; İbn Abidin, VI, 727; Sabik, III, 454; Bilmen, V, 367; *Mevsua*, XX, 22-23; Yıldırım, III, 306; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

Bunun yerine sakalın çıkması, göğüslerin belirmesi gibi diğer emarelerin meydana gelmesine dikkat edilir.⁶⁷

İdrarını her iki uzuvdan da eşit miktarda yapan hüsnânın müşkil kapsamına girdiği hususunda fakihler görüş birliği içerisinde. Bu nedenle bu kabil kimselerin hukukî statülerinin belirlenebilmesi için yukarıda zikredilen diğer belirtilerin izlemeye alınması söz konusu olacaktır. Hüsnâ-i müşkilin kadınlık veya erkeklik uzvuna sahip olmaması durumunda da yine diğer belirtilerin ortaya çıkması beklenir. Buna göre ergenlik çağında sakalı çıkan veya erkekler gibi ihtilam olan veyahut da erkekler gibi cinsel ilişkide bulunan hüsnâların erkek olduğuna hükmedilir. Çünkü bütün bu sayılanlar erkeklik alâmetleridir. Göğüsleri normal olarak gelişen veya kadınlar gibi hayız gören yahut kadınlar gibi cinsel ilişkide bulunabilen veyahut da hamile kalabilen hüsnâların da kadın olduklarına hükmedilir. Çünkü bu sayılan hususlar da kadınlık alâmetleridir.

Kendisinde bu sayılan alametlerden hiçbirisi belirmeyen veya her iki cinsin alâmetleri birlikte bulunan kişiler ittifakla hüsnâ-i müşkildir.⁶⁸

3- İkrar

Bir hüsnânın, müşkil olduğu sabit olduktan sonra "ben erkeğim" veya "ben kadını" gibi sözleri dikkate alınmaz. Çünkü belirtilerin, dolayısıyla hakikatin aksine iddiada bulunmuş olur. Bununla birlikte müşkil olduğu tespit edilmeden önce erkeklere veya kadınlara meyletme, ihtilam olma veya hayız görme gibi, başkalarının vâkıf olamayacağı konularda kendi beyanına itibar edilir. Çünkü o, kendi durumunu başkasından daha iyi bilir. Daha sonra bu sözünden dönse bile kabul edilmez.⁶⁹

Hüsnânın durumu bilinmiyorsa, babasının veya vasisinin "o erkektir" veya "o kadındır" şeklindeki sözleri esas alınır.⁷⁰

Cumhura göre; hüsnânın mirası ve diyetinin az olması konusundaki ikrarı kabul edilirken, bunların arttırılması konusundaki ikrarı, başkasının zararına bir söz olması hasebiyle kabul edilmez. İbadet ve başka konularda sözü kabul edilir. Çünkü ibadet, kişinin kendisi ile Allah arasındaki bir iletişimdir. Yine mehrin kendisinden düşürülmesi konusundaki ikrarına da itibar edilmez.⁷¹

Hüsnâ birisinin kadın, erkek veya hüsnâ-i müşkil olduğununun sağlıklı bir şekilde tespit edilebilmesi için mümkünse her üç kriterin de kullanılarak bir karara varılmasının uygun olacağı kanaatini taşımaktayız. Ayrıca şahsın o ana kadar hangi cinsle göre yetiştirildiği de önemlidir. Çünkü yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hüsnâ hakkında sadece bir kriterden elde edilen bilgi yeterli olmayabilir veya yanıltıcı olabilir.

IV- İSLAM HUKUKUNUN FARKLI BRANŞLARI AÇISINDAN HÜSNÂ

İslâm hukukunda hüsnâ-i müşkil ile ilgili hükümler belirlenirken temel hareket noktası ihtiyat prensibi olmuştur. Sübûtu şüpheli olan konularda hüküm sabit olmuş gibi bir yaklaşımda bulunulamayacağından, daha çok haramlık ciheti mübahlık cihetine tercih edilir.

Buna göre ihtiyat⁷² prensibi esas alınarak hüsnâ bazen kadın, bazen erkek statüsünün kapsamına alınarak onlarla ilgili hükümlere, bazen de bu iki cins için belirlenen hükümlerden farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Şimdi de İslâm hukukunun farklı branşları açısından hüsnânın hukuki durumunu görelim.

⁶⁷ Serahsi, 1409, XXX, 104; Kâsâni, X, 461; Kadızade, X, 516-517; Mevsili, II, 53, 54, 55; İbn Abidin, VI, 727; Bilmen, V, 367; Mevsua, XX, 22-23; Yıldırım, III, 306; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

⁶⁸ Serahsi, , XXX, 104; Kâsâni, X, 461; Kadızade, X, 516-517; İbn Kudâme, IV, 558, 559; Nevevi, I, 188, 189; Derdir, IV, 725, 726; Mevsili, II, 53, 54, 55; Halebi, II, 335; İbn Abidin, VI, 727; Sabık, III, 454; Bilmen, V, 367; Mevsua, XX, 22-23; Yıldırım, III, 306; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

⁶⁹ Serahsi, XXX, 110; Kadızade, X, 521, 522; Halebi, II, 336; Yazır, II, 380; Bilmen, V, 368; Yıldırım, III, 306. *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Alemgiriyye, Bulak, 1310, VI, 442 .

⁷⁰ İbn Kudâme, VII, 620, VI, 158; Mevsua, XX, 28.

⁷² İhtiyat: Şüpheli konularda hata ve günaha düşmemek için en güvenli usulü ve çözümü benimsemektir. Daha geniş bilgi için bakınız: Apaydın Yunus, "İhtiyat" maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2000, XXI, 577-579.

A- Şahıs Hukuku Açısından

Hüsnâ birisi, ehliyet⁷³ veya ehliyetini daraltan ve ortadan kaldıran sebepler konusunda diğer insanlardan yani cinsiyet yönünden normal yaratılıştaki bir kadın veya erkekten farklı değildir. Ancak cinsiyetle alakalı olması hasebiyle, buluşa erme konusunda ve hayatının buluşdan sonraki dönemlerinde, haklarına sahip olurken ve yükümlülüklerini yerine getirirken uygulama hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Normalde, ergenliğin hangi yaşta vuku bulacağı kesin değildir. Kişiden kişiye değişmektedir. Asgari sınırı; kızlarda 9, erkeklerde 12 yaştır. Azami sınırı; Ebu Hanife' ye göre; erkeklerde 18, kızlarda 17 yaştır. Diğer müçtehidlere göre; her iki cins için de 15 yaştır. Buluşun asgari ve azami sınırları arasındaki kişiye mürâhık denir. Buluş; kızın hayız olması, erkeğin ihtilam görmesiyle fiilen sabit olur. Kendisinde bu belirtilerin görülmediği şahıslar, 15 yaşını bitirmesiyle bâliğ kabul edilir.⁷⁴

Hüsnâya gelince o, buluşun belirtileri olan hayız veya ihtilamdan hangisini görürse ona göre buluşa erer. Eğer her ikisini de görürse, önceliğe itibar edilir. Eğer her ikisini aynı anda görürse veya her ikisini de görmezse durumu hiçbir şey görmeyen erkek ve kızlar gibi kabul edilip on beş yaşını bitirmesiyle bâliğ sayılır.

B- İdare Hukuku Açısından

1- Halifelîği

Cumhur, hilâfet için Hz Peygamber (s.a.v.)'in: "**Bir kadını devlet başkanı yapan millet iflah olmaz.**"⁷⁵ hadisine dayanarak, erkek olma şartı getirmiştir.⁷⁶ Bu şart esas alındığında, kadın olma ihtimali nedeniyle hüsnâ-i müşkilin halife olması söz konusu olamayacaktır. Ayrıca halifelikte erkek olma şartının aranma sebebi, halifelik makamının bulunduğu konum itibariyle her açıdan güçlü ve sağlıklı olmayı gerektiren bir kurum olmasından dolayıdır.

2- Hakimliği

Hanefî hukukçular malî konularda hüsnânın hakimliğine cevaz verirlerken, ceza davalarına bakmasına cevaz vermemişlerdir. Ceza davalarına bakma konusunda hüsnâlar da, kadın olabilecekleri ihtimali göz önünde bulundurularak kadın gibi kabul edilmişlerdir.⁷⁷

Hanbelî, Mâlikî ve Şafîî fukahası da erkek olma şartını öne sürerek ve hüsnânın cinsiyetindeki kapalılığı dikkate alarak hüsnânın hakimliğini uygun bulmamışlardır.⁷⁸

C- Ceza Hukuku Açısından

1- Kısastaki Durumu

Fakihler, hüsnânın kasten öldürmesi veya kasten öldürülmesi halinde kısas hükümlerinin geçerliliği konusunda görüş birliği içerisindeyler.⁷⁹ Zira öldürme karşılığı olan kısas cezalarının tatbiki konusunda cinsiyet farkı gözetilemeyeceği İslam hukukunda yerleşik bir kuraldır.

Öldürme dışındaki müessir fiillere kısas cezasının uygulanmasında ise fakihler farklı görüşlere sahiptir. Hanefilere göre; müessir fiillerde denklik açısından kadınlarla erkeklerin organları arasında fark vardır. Kaldı ki hüsnânın durumu daha

⁷³ Ehliyet konusunda bk.: Zeydan Abdülkerim, Medhal li'd-Diraseti's-Şeriatî'l-İslamiyye, Bağdat, 1969, 261-264; Bilmen Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul, 1985, I, 226-242; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1996, I, 240-252.

⁷⁴ Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1996, I, 244.

⁷⁵ Buhârî, Megâzi 82, V, 158.

⁷⁶ Senhürî, Abdu'r-Rezzâk Ahmet, *Fikhu'l-Hilâfeti ve Tatavvuriha*, Mısır, 1993, 97; Zuhayli, VI, 693; Akyüz, Vecdi, *Hilafetin Saltanata Dönüşmesi*, İstanbul, 1991, 119.

⁷⁷ İbn Abidin, V, 441; *Mevsua*, XX, 28; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

⁷⁸ Derdîr, IV, 87; Nevevî, VIII, 83; Remlî, Şemsettin Muhammed b. Ahmet b. Hamza, *Nihaytü'l-Muhtac ilâ Şerhi'l-Minhac*, Beyrut, 1404, VIII, 238; *Mevsua*, XX, 28; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

⁷⁹ Serahsî, XXX, 108; Kâsânî, X, 466, 467; Mevsilî, II, 55; İbn Kudâme, IX, 379; İbn Nüceym, Zeynel Abidin b. İbrahim, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, 1993, 322; *Mevsua*, XX, 28; *Hindiyye*, VI, 440, 441; Yıldırım, IV, 410.

da şüphelidir. Şüphe ise hadd ve kısas cezalarının düşürülmesinin önemli gerekçeleri arasındadır. Bu prensip gereği bir hüsnâ-i müşkilin elini kasten kesen faile dahi kısas uygulanamaz. Failin kadın olması bile sonucu değiştirmez. Zira kısasın infaz edilebilmesi için fiil ve faillerde infaza engel en zayıf bir şüphenin bulunmaması zorunludur. Hüsnâ-i müşkilin cinsiyet durumu ise bütünüyle şüphelidir. Dolayısıyla şüphenin bulunması kısasa engeldir. Hal böyle olunca fail bülûğa ermiş ise kendi malından suçun diyetini tazmin eder. Aksi halde âkilesine tazmin ettirilir.⁸⁰

Hanbelî, Mâlikî ve Şafîî hukukçular ise bir kısas suçunda organlar arasında kadın ve erkek ayırımı kabul etmediklerinden hüsnâ-i müşkilin elini ister kadın ister erkek kessin ya da hüsnâ-i müşkil erkek veya kadının elini kessin her iki durumda faillere cezanın infazını gerekli görürler.⁸¹

Organlardaki kısas konusunda Hanefiler, mali zararı göz önünde bulundurarak kadın ve erkek olma farkı gözetmişlerdir. Ancak olaya insan olma ve acı çekme açısından bakıldığında cumhurun görüşü daha isabetli görünmektedir.

2- Diyetteki Durumu

Bu konuda da çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Eğer hüsnâ-i müşkil maktûl(öldürülen kişi) ise; Hanefî, Maliki ve Hanbelîlere göre; onun diyeti, erkek ve kadının diyetlerinin yarısı hesap edilip bunların ortalaması alınarak belirlenir. Çünkü onun hem kadın hem erkek olma ihtimali vardır. Şafilere göre; kadın için gereken diyet ödenir. Çünkü hüsnâ-i müşkil kadına daha yakındır.⁸² Hüsnânın kâtîl(öldüren kişi) olması durumunda ise diyeti ödemedi erkek ve kadından farklı değildir.

Hüsnâ-i müşkilin yaralanması halindeki diyeti, Hanefî ve Şafilere göre; erkeğin diyetinin yarısıdır. Maliki, Hanbelî ve Şafilere göre; hüsnânın diyeti tam diyetin üçte birine ulaşmaya kadar erkeklerin diyetiyle eşittir. Eğer üçte birine ulaşır veya fazla olursa Şafî ve Malikiilere göre; diyeti yarı yarıya düşer. Yani erkeklerin diyetinin yarısıdır. Hanbelîlere göre; erkeklerin diyetinin dörtte üçüne tekabül eder.⁸³

Mağdur olan hüsnâ-i müşkilin hem erkek hem de kadın olabileceği ihtimali bulunduğundan, öldürme ve müessir fiillerin diyeti konusunda "erkeğin diyetinin yarısı ve kadının diyetinin yarısı olarak ikisinin diyetinin ortalaması ödenir" görüşünün daha adaletli olacağı kanaatindeyiz.

3- Kasâmeye Katılması

Kasâme, kâtîli bilinmeyen ve üzerinde katledildiğine dair emareler bulunan bir maktûlün bulunduğu mahaldeki elli kişinin, onu öldürmediklerine, öldüreni bilmediklerine dair yemin etmeleridir.⁸⁴ Hüsnâ-i müşkilin kasâmeye katılması konusunda fakihler ihtilaf etmiştir. Bu ihtilafa göre, Hanefî ve Hanbelî hukukçular, hüsnâ-i müşkilin kasâmeye katılmayacağı görüşündedirler. Çünkü hüsnâ, âkileye dahil değildir. Ayrıca öldürme vak'aları kadınlara benzeyenlerin şehadetiyle sabit olmaz.⁸⁵

Malikiilere göre; hüsnâ-i müşkil kasâmeye katılabilir. Çünkü kasâme için gerekli olan sebep kendisinde mevcuttur. Hüsnânın da kanı dava etme hakkı vardır. Bu nedenle onun yemin etmesine de hukukî bir engel yoktur.

Şafilere göre; şüpheden dolayı, hüsnâ-i müşkile kasâmede normal sayıdan daha çok sayıda(elliden fazla) yemin ettirilir sonra bu yemin normal sayıdan daha az kabul edilir. Kalanı sulh veya beyana kadar davalıya bırakılır.⁸⁶

⁸⁰ Serahsi, XXX, 108; Kâsâni, X, 466, 467, Mevsûi, II, 55; İbn Kudâme, IX, 379; İbn Nüceym, 322; *Mevsua*, XX, 28; *Hindiyye*, VI, 440, 441; Yıldırım, IV, 410.

⁸¹ Nevevî, VII, 36, *Mevsua*, XX, 28.

⁸² İbn Kudâme, IX, 670; Nevevî, VII, 121; *Mevsua*, XX, 29; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

⁸³ İbn Kudâme, IX, 670; Nevevî, VII, 209; *Mevsua*, XX, 29.

⁸⁴ Bilmen, III, 156; Erdoğan, 232.

⁸⁵ Serahsi, XXX, 109; Kâsâni, X, 467; İbn Kudâme, IX, 25, 26; Mevsûi II, 55; *Mevsua*, XX, 29.

⁸⁶ *Mevsua*, XX, 29.

Kanaatimize göre hünsâ-i müşkil, yemin ehliyetinin ve ithamdan kurtulma hakkının bulunduğu düşünülerek kasâmeye dahil edilebilir.

4- Âkileye Dahil Edilmesi

Âkile, kasıtsız olarak işlenen cinayet diyetini veya “gurre” denilen malî tazminatı yüklenip ödeyen asabe, aşiret, divan üyeleri, meslek kuruluşları vb. dir.⁸⁷ Hünsâ-i müşkilin âkileye girmesi konusunda fakihlerin görüşleri şöyledir:

Hanefî, Şafî, Maliki ve Hanbelilere göre; hünsâ-i müşkil kadın olma ihtimalinden dolayı âkileye dahil edilmez.⁸⁸ Çünkü âkilenin diyet vermesi yardımlaşma ve dayanışma esasına dayanır. Kadınlar ise böyle bir konuda dayanışmaya ehil değildir. Hünsânın kadın olmadığı belirlenirse âkileye girebilir. Eğer belirlenemezse kadın olma ihtimalinden dolayı âkileye dahil edilmez.

5- Haddlerdeki Durumu

a- İffet Üzerine İftira(kazf): Eğer birisi, bülüğdan önce bir hünsâ-i müşkile “zina yaptı” diye iftira ederse veya hünsâ-i müşkil, bir adama bu şekilde iftira ederse her iki durumda da hadd gerekmez. Çünkü kazftan dolayı hadd uygulanabilmesi için bülüğ şarttır.⁸⁹

Şayet hünsâ-i müşkil, bülüğ erdikten sonra fakat henüz durumu ortaya çıkmadan önce birisi ona iftira ederse yine bu durumda iftira edene hadd gerekmez. Çünkü kazf haddi, erkeğe “zina yaptı”, kadına “mübaşerete imkan verdi”, anlamına gelen ifadelerle olur. Bu durumda ise kâzifin (iftira atanın) hangi fiile nispet ederek iftira ettiği bilinmez. Çünkü hünsâ-i müşkil, mecbub(tenasül uzvu kesik olan erkek) veya retka (tenasül uzvu bir et parçası ile kapalı olan kadın) hükmündedir. Bu durumdaki kişilere zina isnadında bulunulması halinde nasıl hadd gerekmezse, hünsâ-i müşkile de iftira edilmesi halinde hadd gerekmez. Ama kendisi birisine iftira ederse hadd uygulanır. Çünkü o, bâliğ olmakla, mükellef olmuştur. Durumunun karışık olması kendisine hadd uygulanmasına engel teşkil etmez.⁹⁰

b- Dinden Dönme(irtidat): Müslüman olan bir hünsâ-i müşkilin, gerek bülüğ öncesi, gerekse bülüğ sonrası İslâm’dan irtidat etmesi onun idamını gerektirmez. Bu konuda, Hanefî fukahası ittifak içerisindedir Çünkü öldürme şüphe kabul etmeyen bir cezadır.⁹¹ Hünsâ-i müşkilin ise kadın olma ihtimali vardır. Bu konuda, ulaşılabildiğimiz kaynaklarda Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerin görüşlerine rastlayamadık

D- İbadetler Açısından

Namaz, hac gibi bir kısım ibadetlerin edası cinsiyete göre farklılık arz etmektedir. Bu ibadetleri eda esnasında kadın ve erkekler için farklı hükümler düzenlenmiştir. Hünsâ-i müşkilin hem kadın hem de erkek olma ihtimali dikkate alınarak ihtiyatla hareket edilmelidir. Böyle durumlarda, yani ibadetlerde yapılması gerekenleri fazla yapmak eksik yapmaktan daha evlâdır. Çünkü ibadetlerde ihtiyatı almak esastır. İhtiyat ise şüpheden korunmayı gerektirir.

1- Guslû

Hanefilere göre; bâliğ bir erkeğin erkeklik organının sünnet kısmı girecek şekilde hünsâyıla ilişki kurması halinde, iki tarafın da gusletmesi gerekmez. Hünsânın başkasıyla ilişki kurması halinde yine hünsânın da gusletmesi gerekmez. Ancak bâliğ bir erkeğin hünsâ-i müşkil ile arka tarafından ilişki kurması halinde gusletmesi gerekir.

Şafilere göre; hünsâ-i müşkil ile arkadan ilişki kurulması halinde gusül gerekir. Hünsânın önünden ilişki kurulması veya hünsânın başkasıyla ilişki kurması halinde gusletmesi gerekmez.

⁸⁷ Bilmen, III,7; Erdoğan, 10.

⁸⁸ Serahsi, XXX, 109; Mevsili, II, 55; İbn Kudâme, IX, 26; Nevevi, VII, 205; *Mevsua*, XX, 29.

⁸⁹ Serahsi, XXX, 107, 108; Kâsâni, X, 466, 467; Mevsili, II, 55; Derdir, IV, 463; İbn Nüceym, 322; *Hindiyye*, VI, 440; Yıldırım, IV, 410.

⁹⁰ Serahsi, XXX, 107, 108; Kâsâni, X, 466, 467; Mevsili, II, 55; Derdir, IV, 463; İbn Nüceym, 322; *Hindiyye*, VI, 440; Yıldırım, IV, 410.

⁹¹ Serahsi, XXX, 109; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym, 322; *Hindiyye*, VI, 441; Yıldırım, IV, 410.

Malikiler, hüsnâ ile ön veya arkadan ilişki kurulması halinde guslû farz görürlerken, Hanbeliler, hüsnânın sünnet yerinin başkasının ön veya arkasına girmesi veya başka birinin hüsnâ ile ilişki kurması halinde, her iki tarafın da gusletmesinin gerekmeyeceğini kabul ederler. Ancak başka birisinin, hüsnânın arka tarafından ilişki kurulması halinde gusûl gerekir.⁹²

Hüsnâ-i müşkil ile ön veya arka taraftan ilişki kurulması durumunda ihtiyaten her iki tarafın da gusletmesi iyi olur.

2- Ezan Okuması

Fakihler, hüsnânın erkek olduğu kesin olarak bilinmediği için ezan okumasının sahih olmadığı konusunda ittifak etmişlerdir.⁹³ Fakat hüsnânın sesi fitne(erkekleri etkileme) korkusu oluşturmayacak gibiyse yani erkek sesine benziyorsa hüsnânın ezan okuması caiz olabilir.

3- Namazı

a- Örtünmesi

Hüsnâ namaz konusunda kadınlar için geçerli hükümlere tabidir.⁹⁴ Bu çerçevede bûluğa ermeden önce murâhaka(çocuğun büyüüp ergenlik çağına yaklaşması, ergenlik öncesi dönem⁹⁵) dönemindeki bir hüsnânın kadın olma ihtimalinden dolayı namaz kılarken başını örtmesi gerekir. Bununla birlikte namazını daha önce başörtüsüz kılan bir hüsnâyâ namazını iade etmesi emredilmez. Fakat örtmesinin müstehab olduğu söylenir. Bûluğa ermiş fakat cinsiyet yönü açığa kavuşmamış bir hüsnânın başını örtmesi gerektiği gibi, önceden başörtüsüz kıldığı namazları da iade etmesi gerekir.⁹⁶

Bu konuda yine ihtiyat prensibini esas almak gerekir. Çünkü hüsnâ-i müşkilin kadın da erkek de olma ihtimali vardır. Eğer kadın ise namazda başını örtmemekle farzı terk etmiş olur. Fakat erkekse başını örtmesinde bir beis yoktur.

b- Oturması

Kadın olma ihtimalini dikkate alarak hüsnânın namazda kadınların oturması gibi oturması gerekir.Şayet cinsiyet itibariyle kadınsa terk etmekle mekruh işlemiş olur.⁹⁷

c- Cemaatle Namaz Kılması

Hüsnâ cemaatle namaz kıldığı zaman; erkeklerin arkasında, kadınların önünde saf tutarak kılması gerekir. Cemaatin erkek, kadın, çocuk ve hüsnâlardan oluşması durumunda, en önde erkekler, onların arkasında erkek çocuklar, çocukların arkasında hüsnâlar, hüsnâların arkasında da kadınlar saf tutarak cemaati oluştururlar. Hüsnâ, erkeklerin safında namaz kılarca; Hanefilere göre, kendi namazı tam olur fakat kadın olma ihtimalinden dolayı sağında, solunda ve arkasında namaz kılan erkeklerin namazı fasid olabileceğinde namazlarını iade ederler. Hüsnâ kadınların safında namaz kılarca, erkek olma ihtimalinden dolayı kendi namazı fasid olabileceğinden namazını iade eder. Ancak her iki durumda da namazlarını kesinlikle iade etmeleri gerekir denmez. Çünkü bu onlar için müstehaptır⁹⁸ ve bu düzenleme ihtiyata binaen yapılmıştır.

d- İmamlığı

Hüsnânın, erkeklere ve kendi durumunda olanlara imamlık yapması sahih değildir. Çünkü hem kadın, hem de erkek olma ihtimali vardır. Ancak Şafii, Hanefi ve Hanbelilere göre; kerahetle birlikte veya kerahetsiz hüsnâ kadınlara imamlık

⁹² Akyüz, Vecdi, *Mukayeseli İbadetler İlmihali*, İstanbul 1995, I, 270.

⁹³ Cezeri, I, 315; Nevevi, I, 312; Buhutî, Mansur b. Yunus b. İdris, *Keşşafu'l-Kına ala Metni'l-İkna*, Beyrut 1982, I, 232; *Mevsua*, XX, 24; Zuhayli, I, 541.

⁹⁴ Kâsâni, X, 466.

⁹⁵ Erdoğan, 335.

⁹⁶ Serahsi, XXX, 108; Kadızâde, X, 518; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym 322; Halebi, II, 335; Yıldırım, IV, 408.

⁹⁷ Serahsi, XXX, 108; Kadızâde, X, 518; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym 322; Yıldırım, IV, 408.

⁹⁸ Serahsi, XXX, 107; Kâsâni, X, 463; Kadızâde X, 517; Mevsili, II, 54; İbn Nüceym, 322; İbn Abidin, VI, 730; Halebi, II, 335; *Hindiyye*, VI, 437; *Mevsua*, XX, 25; Zuhayli, II, 246; Yıldırım, IV, 408.

yapabilir. Malikilere göre, imâmetin sıhhatinde erkek olma şartı olduğu için hüsnâların imam olmaları caiz değildir.⁹⁹

4- Haccı

Cumhura göre; hüsnâ haccın vücut şartlarında kadın gibidir. Ancak mahremi olan birisiyle hacc yapabilir.¹⁰⁰

Hanefilere göre; hüsnâ hacca giderken yanında erkeklerden bir mahremi bulunmalıdır.¹⁰¹ Şafî ve Malikilere göre; yanında güvenilir erkek ve kadınların bulunması yeterlidir.¹⁰²

Fakihlerin çoğuna göre; hüsnâ hacda ihrama girme konusunda kadın gibi dikişli elbise giyer. Çünkü bu örtüye daha elverişlidir.¹⁰³

5- Vefatı Sonrası İşlemleri

a- Yıkanması

Bu konuda fakihler farklı görüşler öne sürmüşlerdir:

Hanefilere göre; eğer hüsnâ durumu belli olmadan önce, murâhık olduğu halde ölürse erkek olma ihtimalinden dolayı onu kadın, kadın olma ihtimalinden dolayı da erkek yıkayamaz. Bu durumdaki bir ölü sadece toprakla teyemmüm ettirilir. Çünkü avrete bakmak haramdır ve ölümlü bu haramlık ortadan kalkmaz. Murâhık, setri avretin vücutu konusunda bâliğ gibidir. Onu teyemmüm edecek mahrem olan bir akrabası ise, bir bez parçası olmadan teyemmüm edebilir. Eğer yabancı birisi ise, bir bez parçasıyla teyemmüm eder. Kadın olma ihtimalinden dolayı teyemmüm eden yüzünü çevirir. Hüsnâ, küçükse normal çocukların hükmündedir. Yani onu kadın da erkek de yıkayabilir.¹⁰⁴

Şafilere göre; hüsnâ küçükse diğer çocuklar gibi, erkek de kadın da yıkayabilir. Eğer büyükse iki görüş vardır. Bu görüşlerden birisi, teyemmüm ettirilip, defnedilebileceği yönündedir. Diğer görüşe göre hüsnâ-i müşkili yıkayan mahremi olmayan bir erkekse, gözlerini yumarak ve ellerini dokundurmadan, kadın olursa gözlerini yumarak bir kez yıkar.¹⁰⁵

Malikilere göre; hüsnâya parası varsa kendi parasından, parası yoksa beytül-malden para alınarak bir cariye satın alınır ve bu cariye hüsnâyı yıkar. Cariyeden başkası onu yıkayamaz.¹⁰⁶

Hanbelilere göre; hüsnâ yedi yaşında veya daha büyük olarak ölürse bir bez parçasıyla teyemmüm ettirilir. Erkeğin teyemmüm yaptırması daha uygundur.¹⁰⁷

Kanaatimizce, vefat eden bir hüsnâ-i gayri müşkilin cenazesini cinsiyetinin ağırlıklı yönüne uygun cinsteki bir şahıs yıkar. Hüsnâ-i müşkili veya cinsiyeti anlaşılamadan vefat eden bir hüsnâyı ise mahremi olan(yakınlıktan dolayı nikâhı haram olan¹⁰⁸) biri, bir bez parçasıyla örtü altından ve mümkün olduğu kadar bakmadan yıkar. Mahremi olan birisi bulunmazsa bir bez parçasıyla teyemmüm ettirilebilir. Bununla birlikte günümüzdeki cenaze yıkama işlemlerindeki imkânlar düşünüldüğünde hüsnâ birisinin cenazesinin yıkanması konusunda başka yollarda bulunabilir.

⁹⁹ Kâsâni, X, 463; Derdir, IV, 433; *Mevsua*, XX, 25; Zuhayli, II, 174; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹⁰⁰ *Mevsua*, XX, 26.

¹⁰¹ Serahsi, XXX, 108; Kadızâde, X, 520; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym 322; İbn Abidin, VI, 728; *Hindiyeye*, VI, 438.

¹⁰² Yıldırım, IV, 409.

¹⁰³ Serahsi, XXX, 106; Merğînâni, X, 520; İbn Nüceym, 322; Halebi, II, 335; *Mevsua*, XX, 26; Yıldırım, IV, 409; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹⁰⁴ Serahsi, XXX, 105; Kâsâni, X, 462, 463; Baberti, X, 520; Mevsili, II, 55; Cezîrî, Abdurrahman b. Muhammed b İlyaz, *el-Fikh ale'l-Mezahibi'l Erbâ*, Kahire, t.y., I, 506; İbn Abidin, VI, 728; Halebi, II, 336; *Mevsua*, XX, 31; *Hindiyeye*, VI, 339; Yıldırım, IV, 409; Akyüz, II, 270; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹⁰⁵ Nevevi, I, 619; Cezerî, I, 506; *Mevsua*, XX, 31; Akyüz, II, 270.

¹⁰⁶ İbn Kudâme, II, 396; Cezîrî, I, 505; Akyüz, II, 270.

¹⁰⁷ Buhuti, I, 91; Cezîrî I, 506; *Mevsua*, XX, 31; Akyüz, II, 270.

¹⁰⁸ Erdoğan, 268.

b- Kefenlenmesi

Hüsnâ, gayri müşkil ise; hangi cinsiyete yakınsa ona göre kefenlenir. Eğer hüsnâ-i müşkil olarak veya durumu belli olmadan vefat etmişse; hem kadın hem de erkek olma ihtimali düşünülerek ihtiyatla hareket edilir ve kadınlar gibi kefenlenir.

Hüsnâ-i müşkil beş kat beyaz elbiseyle kefenlenir. Çünkü kadınlar için sünnet kefen, beş kat beyaz elbisedir. Eğer o, kadınsa sünnete uyulmuş olur. Erkekse üç üzerine ziyade yapılmış olur ki bunda bir sakınca yoktur.¹⁰⁹

Cenaze tertibinde, hüsnânın namazdaki durumuna binaen, cenazesi kadın cenazenin önüne, erkek cenazenin arkasına konulur.¹¹⁰

c- Defnedilmesi

Hüsnânın, kabri defin sırasında kadınlar gibi örtülür ve öyle defnedilir, çünkü kadın olma ihtimali vardır.¹¹¹

Bir zorunluluk nedeniyle kadın, erkek ve hüsnâların bir kabre defnedilmesi caizdir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.), Uhud günü şehitlerin hepsinin bir kabre defnedilmesini ve iki meyte arasına, topraktan bir set çekilmesini emretmiştir. Hüsnâ kabre konulurken, kadınlar ve erkekler arasına konulur. Aralarına topraktan set çekilir.¹¹²

E- Aile Hukuku Açısından**1- Nikahı**

Fakihlerin bu konudaki görüşleri şöyledir:

Hanefilere göre; bir hüsnâ, buluğa ermeden önce babası tarafından bir erkekle veya bir kadınla evlendirilirse, nikahları mevkuftur. Buluğa erene kadar beklenir. Böyle bir evlilik durumunda birisi ölürse diğeri ona vâris olamaz.¹¹³

Hüsnâ buluğa erince kadın veya erkek olduğu ortaya çıkarsa, ona göre nikah geçerli olur. Şöyle ki hüsnâ, kız kabul edilip erkekle evlendirilmişse, bâliğ olunca kız olduğu açığa çıkarsa yapılan nikah geçerli olur. Erkek olduğu ortaya çıkarsa nikah geçersiz sayılır.

Eğer iki hüsnâ-i müşkil biri erkek, biri kız diye evlendirilirse, ikisinin de durumu belli oluncaya kadar beklenir. Durumları belli olur da ikisi de kadın veya ikisi de erkek olursa nikâhları bâtil olur. Biri erkek, biri kadın olursa nikâhları geçerli olur.¹¹⁴ Durumları belli olmazsa yani müşkil olarak kalırlarsa yine nikâhları bâtil olur.

Hüsnâ şahıslar birbirilerini tanımazlar ve ikisini de babaları evlendirirse nikâhları geçerlidir. Onlardan birisinin babası, onun erkek olduğunu, diğerrinin babası da kız olduğunu söylemiştir. Aksi bilinmedikçe bunların sözleri şer'an makbuldür.¹¹⁵

Maliki ve Şafililerin bir görüşüne göre; hüsnâ hakkında iki yönden de nikâh yasaktır. Yani hüsnâ, bir kadın gibi bir erkekle nikâhlanamayacağı gibi, bir erkek gibi bir kadını da nikâhlayamaz.¹¹⁶

Hanbeliler, nikâh konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hirâki'ye göre; hüsnânın kendi sözüne başvurulur. Eğer o, erkek olduğunu ve kadınlara meylettigini söylerse, kadınlarla evlenebilir. Kadının olduğunu ve erkeklere meylettigini söylerse, erkeklerle evlenebilir. Ebu Bekir'e göre; hüsnânın durumu ortaya çıkıncaya kadar evlenmesi caiz değildir.¹¹⁷

Günümüzde hüsnâ birisi evlenmek istediğinde, evlenmeden önce mümkünse tıp, karine ve ikrar kriterlerine ve o ana kadar yetiştirildiği cinsiyete göre

¹⁰⁹ Baberti, X, 520; Mevsili, II, 55; Nevevi, I, 626; İbn Nuceym, 322; *Mevsua*, XX, 31.

¹¹⁰ Kâsâni, X, 462; Baberti, X, 520; Mevsili, II, 55; İbn Nuceym, 322; *Mevsua*, XX, 31.

¹¹¹ İbn Abidin, VI, 728; İbn Nuceym, 322; Halebi, II, 335.

¹¹² Serahsi, XXX, 107; Baberti, X, 520; İbn Nuceym, 322; Halebi, II, 335; *Mevsua*, XX, 31.

¹¹³ Serahsi, XXX, 106; Kâsâni, X, 466; Mevsili, II, 54; *Hindiyye*, VI, 439, 440; Yıldırım, IV, 409.

¹¹⁴ Serahsi, XXX, 106; Kâsâni, X, 466; Mevsili, II, 54; *Hindiyye*, VI, 439, 440; Yıldırım, IV, 409.

¹¹⁵ *Hindiyye*, VI, 440.

¹¹⁶ Derdir, II, 373.

¹¹⁷ İbn Kudâme, VII, 620, 621, 158; *Mevsua*, XX, 27.

durumu tespit edildikten sonra evlenebileceğine kanaat getirildikten sonra evlenebilmelidir.

2- Emzirmesi (Radâ)

Hanefi ve Hanbelilerin çoğuna göre; hünsâda süt bulunsa dahi bununla haramlık sabit olmaz. Çünkü onun kadın olduğu kesin değildir. Şek ile haramlık sabit olmaz.¹¹⁸

Malikilere göre; hünsânın sütü hakkında nass vârid olmamıştır. Fakat abdestli iken şüphe anında abdestli olmaya karar verilmesine kıyasen, hünsa birisinin sütünü emme ile haramlığın oluşacağına karar verilir.¹¹⁹

Şafilere göre; hünsânın durumu belli olana kadar beklenir. Eğer kadın olduğu anlaşılırsa haramlık gerçekleşir, anlaşılmazsa haramlık olmaz. Fakat her halükârda onun, sütünü emen kimse ile nikâhlanması haram olur.¹²⁰

Fakihlere göre, emzirmede haramlık oluşması için emziren kişinin kadın olması gerekir. Hünsâ-i müşkilin ise kadın veya erkek olduğu belli değildir. Her iki cinsten de olma ihtimali vardır. Ancak şüpheli durumlardan kaçınmak esastır. Bu yüzden hünsâ-i müşkil birisinin, başkasını emzirmesiyle haramlık gerçekleşebilir.

F- Miras Hukuku Açısından

İbn Abbas' tan rivayet edilen hadise göre Hz. Peygamber (s.a.v.)' e hünsâ-i müşkil hakkında: **"Nasıl miras verilecek" diye sorulmuş. Hz. Peygamber (s.a.v.): "Bevl etmesine göre miras verilir"**¹²¹ buyurmuştur.

1- Hünsâ-i Gayri Müşkil: Yakın olduğu cins esas alınarak mirası belirlenir. Yani erkek olduğu ortaya çıkarsa erkek mirasçı gibi; kadın olduğu ortaya çıkarsa, kadın mirasçı gibi mirasını alır.¹²²

2- Hünsâ-i Müşkil: Varislerden altı kişinin hünsâ olma ihtimali vardır.¹²³

- a-Erkek evlat
- b-Kız evlat
- c-Oğlun erkek ve kız çocukları
- d-Erkek kardeş
- e-Amca
- f-Amca çocukları

Anne ve babanın bir de karı kocanın hünsâ-i müşkil olduğu düşünülemez.

Hünsâ-i müşkile miras bırakıldığında, kendisinden başka mirasçı bulunmazsa tek başına bütün mala varis olur.¹²⁴ Fakat kendisinden başka mirasçı bulunursa Ebu Hanîfe' ye göre; iki hisseden az olanı verilir. Böylece bir taraftan hünsâ-i müşkile yakinen bilinen hakkı verilirken, diğer taraftan öteki mirasçıların hakları da ihlâl edilmemiş olur. Yani hünsâ-i müşkil, bir defa erkek bir defa da kadın farz edilerek mirası hesaplanır. Şayet hünsâ-i müşkilin kadın veya erkek olmakla hissesi değişmiyorsa, problem çıkmadan miras dağıtılır. Eğer birinde mirasçı oluyor, diğerinde olmuyorsa, Maliki ve Hanbeli mezhepleri hariç diğer mezheblere göre; hiçbir şey verilmez. Mesela; bir ölünün kocası, ana-baba bir kız kardeşi ve baba bir hünsâ-i müşkil kardeşi varis olarak kalsa; kocaya yarım, kıza yarım verilir, hünsâ-i müşkile hiçbir hisse düşmez. Hünsâ-i müşkil burada erkek kabul edilmiştir. Eğer o, kız kabul edilseydi; ona mirasın altıda biri kalırdı.¹²⁵

¹¹⁸ İbn Abidin, III, 219; İbn Kudâme, IX, 206; Cezîrî, IV, 253, 261; *Mevsua*, XX, 27.

¹¹⁹ Cezerî, IV, 255; *Mevsua*, XX, 27.

¹²⁰ Nevevî, VI, 419; *Mevsua*, XX, 27.

¹²¹ Beyhâki, Ferâiz 52, VI, 427; Dârimî, Ferâiz 25, II, 822.

¹²² Kâsânî, X, 463; Sabık, III, 454; Zuhaylî, VIII, 426.

¹²³ Yıldırım, III, 307.

¹²⁴ Bilmen, V, 368; Yazır, II, 380; Yıldırım, III, 307; Yaşar, "a.g.m.", III, 330.

¹²⁵ Serahsî, XXX, 109; Kâsânî, X, 463, 464; Babertî, Ebu Abdullah Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud, *e-İnâye (Fethu'l-Kadirle birlikte)*, b.y., 1970, X, 521, 522; Halebi, II, 336, 337; İbn Abidin, VI, 730, 731; Sabık, III, 454; Bilmen, V, 368; Yazır, II, 380, 381; Zuhaylî, VIII, 427, 428; Yıldırım, III, 307; Yaşar, "a.g.m.", III, 330; Aktan, Hamza, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, İstanbul, 1991, 216,217.

Hüsnâ-i müşkilin payı bu iki duruma göre yani bir kız bir de erkek kabul edilmesine göre değişiyorsa; ona ne kadar verileceği konusunda ihtilaf edilmiştir.

Ebu Hanife'ye göre; iki hisseden az olanı verilir. Mesela; varisler hanım, baba, anne ve hüsnâ bir çocuktan oluşsa; miras 24' e bölünür. Hüsnâ-i müşkil, önce erkek kabul edilerek taksim yapılır. Şöyle ki, hanım: 1/8=3, baba: 1/6=4, anne:1/6=4, hüsnâ-i müşkil oğul: 13 hisse alır.

Sonra hüsnâ-i müşkil, kadın kabul edilerek tekrar taksim yapılır. Buna göre; hanım: 1/8=3, baba: 1/6=4 + kalan=5, anne: 1/6=4, hüsnâ kız da: 1/2=12 hisse alır. Sonuçta hüsnâ 12 hisse alır, çünkü bu iki hisseden az olanıdır.

Eğer hüsnâ-i müşkil küçük ise yine kendisine iki hisseden az olanı verilir. Mirasın kalan kısmı diğer varislere dağıtılır. Ancak bu varislerden kefil alınır. Çünkü hüsnâ-i müşkilin bölüğe erince durumu tespit edilirse, aldığı hisse tespit edilen cinse verilmesi gereken hisse ile aynı ise, o hisse kendisinin olur. Eğer eksik olursa varislerden veya kefillerden alınır. Diğer bir görüşe göre; hüsnâ-i müşkile küçük iken miras kalırsa iki hisseden az olanı verilir. Kalanı hiç kimseye verilmez, daha sonra hüsnâ-i müşkilin durumu ortaya çıkınca, o zaman duruma göre tekrar taksim yapılır veya önceki taksim geçerli olur.¹²⁶

İmam Malik, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed' e göre; hüsnâ-i müşkile, kadın olarak alacağı hissennin yarısı ile erkek olarak alacağı hissennin yarısı verilir. İki durumdan birisine göre vâris oluyor, diğerine göre olmuyorsa, varis olarak alacağı hissennin yarısını alır.

Şafilere göre; hem hüsnâ-i müşkil, hem de diğer varislere iki halde alacakları hissennin az olanı verilir ve kalanı, müşkilin durumu açıklığa kavuşuncaya kadar bekletilir. Mesela yukarıdaki örnekte hüsnâ-i müşkile 12, babaya da sadece 4 hisse verilir. Kalan 1 hisse, hüsnânın durumu anlaşılıncaya veya baba ile sulh yapıncaya kadar bekletilir.

Hanbeliler bu konuda diğer mezhep hukukçularına göre daha ihtiyatlı bir taksim yapmıştır. Çünkü hüsnâ ne erkek ne de kadındır. Bu şekilde dünyaya gelmiştir ve bu yüzden bir zarara uğramaması gerekir. Hanbelilere göre :

1- Eğer ileride hüsnânın durumunun anlaşılma ihtimali varsa, taksim; Şafilere görüşü gibi olur.

2- Durumun anlaşılma ihtimali yoksa, taksim; Maliki'lerin görüşü gibi olur.¹²⁷

G- Hüsnâ İle İlgili Diğer Hükümler

1- Tesettür Konusu

Tesettür konusunda fakihlerin görüşü şöyledir:

Hanefi ve Şafilere göre; hüsnânın da kadınlar gibi örtünmesi gerekir. Hüsnânın erkeklere de kadınlara da açılması mekruhtur. Çünkü hem kadın hem de erkek olma ihtimali vardır.¹²⁸

Malikilere göre; hüsnâ ihtiyaten namazda ve hacda kadın gibi örtünür ve kadınların giydiğini giyer.¹²⁹

Hanbelilere göre; hüsnâ örtünme ve giyinme konusunda erkek gibidir. Çünkü hüsnânın fazladan örtünmesi ihtimalden dolayıdır. İhtimalli ve şüpheli durumlarda örtü onun için gerekmez.¹³⁰

Kanaatimizce, hüsnâ-i müşkilin hem kadın hem de erkek olma ihtimali göz önünde bulundurularak ihtiyaten kadınlar gibi tesettüre riayet etmesi uygun olur. Hüsnâ-i müşkil kadınlar gibi başını örter ve giyinirse bu konudaki emri yerine getirmiş olur. Tesettürü terketmesi günaha girmesine neden olur. Eğer hüsnâ-i müşkil

¹²⁶ Bilmen, V, 371

¹²⁷ Serahsi, XXX, 92-103; Kâsâni, X, 463, 464; İbn Kudâme, VII, 114, 120, VI, 220, 223; Derdir, IV, 719, 720; Sabık, III, 454; Mevsua, XX, 32; Bilmen, V, 371; Zuhayli, VIII, 427, 428; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492;

¹²⁸ Serahsi, XXX, 108; Kadizâde, X, 519, 520; Mevsua, XX, 24; Zuhayli, I, 584, 590; Yıldırım, IV, 409; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹²⁹ Mevsua, XX, 24.

¹³⁰ Mevsua, XX, 24.

erkekse, kadınlar gibi başını örtmesi ve giyinmesi onun günaha girmesine neden olmaz. En fazla kadınlara benzemiş olur ki bunu kasten ve isteyerek yapmamıştır.

2- Giyim ve Takı

Fakihlerin çoğuna göre, hünsâ-i müşkilin erkek olma ihtimalinden dolayı ipek elbise giymesi ve takı takması haramdır. Hanefilere göre, hünsâ-i müşkilin erkek olmadığı kesin olarak bilinemediği için ipek giyinmesi ve takı takınması ihtiyaten mekruhtur.¹³¹ Çünkü Hz. Peygamber'in altını sağ eline , ipeği sol eline alıp **"bu ikisi ümmetinden erkek olanlara haramdır, kadınları için helal kılınmıştır"**¹³² dediği rivayet edilmiştir. Hünsâ-i müşkilin durumu kapalı olduğundan ihtiyaten bu yasakları dikkate alarak altın ve takı kullanımından kaçınmalıdır. Yine bir hadislerinde Hz. Peygamber (s.a.v.) **"Haramlar apaçık bellidir, helaller apaçık bellidir. Bu ikisi arasında şüpheli olanlar vardır. Sana şüpheli olanı, şüpheli olmayan karşılığında bırak"**¹³³ buyurmuştur. Bu hadisten hareketle cinsiyet durumu kapalılık arz eden hünsâ-i müşkilin şüpheli durumlardan kaçınması günaha girmemesi açısından yerinde bir yaklaşım olacaktır.

3- Halveti

Fakihlerin çoğuna göre; hünsânın mahremi olmayan kadınla veya mahremi olmayan erkekle yalnız kalması caiz değildir. Eğer hünsâ, bir erkekle yalnız kalırsa, kadın olma ihtimalinden dolayı yabancı bir kadınla erkeğin halveti gerçekleşir. Eğer bir kadınla yalnız kalırsa, bu kez de erkek olma ihtimalinden dolayı yine yabancı bir kadınla bir erkeğin halveti gerçekleşmiş olur.¹³⁴

Bunun gibi hünsânın, kadın olma ihtimalinden dolayı erkeklerden mahremi olan birisi beraberinde olmadan yolculuk yapması ihtiyaten caiz değildir.¹³⁵

4- Şehâdeti

Fakihlerin akıl ve bülüğün şahitliğinin eda edilebilmesinin ön şartı olduğu üzerindeki ittifakları, bülüğe ermeyen bir hünsânın şehadetini de geçersiz kılmaktadır. Dolayısıyla o, erkek çocuk veya kız çocuk hükmündedir. Bülüğe eren hünsânın şehadeti ise cumhura göre; kadının şehadeti gibidir. Yani hadd ve kısas dışındaki konularda şehadeti kabul edilir.¹³⁶ Cinsiyet kimliğinin şüpheli olması, hünsânın şahitliğini şüphe ile sübut bulmayan kısas ve hadd cezalarında geçersiz kılmaktadır.

Bir şahıs, bir kadının karnındaki çocuğun erkek olması halinde ona bin dirhem, kız olması halinde ise beş yüz dirhem vereceği vaadinde bulursa da çocuk dünyaya hünsâ-i müşkil olarak gözlerini açsa, ona beş yüz dirhem verilir, kalan beş yüz dirhem de hünsânın durumu belli olana kadar bekletilir. Eğer durumu belli olur, erkek olursa o beş yüz dirhem ona verilir, kız olursa veya durumu belli olmazsa, beş yüz dirhem vasinin vârislerine verilir.¹³⁷

5- Hünsâ ile İlgili Yeminlerin Durumu

Bir adam karısına: "Eğer önce oğlan doğurursan sen benden boşsun" veya câriyesine: "Eğer önce oğlan doğurursan sen hürsün" dese, o da hünsâ-i müşkil doğurursa, hünsâ-i müşkilin durumu belli olana kadar karısı boş olmaz ve cariyesi de hür olmaz. Sonraki bir dönemde hünsânın erkek olduğu açığa çıkarsa karısı boş ve de cariyesi hür olur. Şayet kadın olduğu belli olursa karısı boş olmayacağı gibi,

¹³¹ Serahsi, XXX, 109; Kâsâni, X, 466; Baberti, X, 519; Mevsili, II, 54; İbn Nüceym, 322; İbn Abidin, VI, 728; Hindiyeye, VI, 438; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹³² Ebu Davud, Libas 14, II, 458; Nesâi, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr, *Sünenü Nesâi*, İstanbul, 1992, Zinet 40, VIII, 160.

¹³³ Buhâri, İman 40, I, 25, Buyû 2, III, 5; Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. Haccâc el-Kuşeyri, *Sahih-i Müslim*, İstanbul, 1992, Müsakât 107, II, 1219; Ebu Davud, Buyû 3, II, 263; Tirmizi, Buyû 1, III, 511; Nesâi, Buyû 2, VII, 242.

¹³⁴ Serahsi, XXX, 108; Kadızâde, X, 520; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym 322; İbn Abidin, VI, 728; Halebi, II, 335; Yıldırım, IV, 409; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹³⁵ Serahsi, XXX, 108; Kadızâde, X, 520; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym 322; İbn Abidin, VI, 728; Hindiyeye, VI, 438.

¹³⁶ Serahsi, XXX, 109; *Mevsua*, XX, 28; Hindiyeye, VI, 442; Çeker, "a.g.m.", XVIII, 492.

¹³⁷ Serahsi, XXX, 109; Kâsâni, X, 467; Mevsili, II, 55; Nevevi, VIII, 228; İbn Nüceym 322; Hindiyeye, VI, 442.

cariyesi de hür olmaz.¹³⁸ Bu durumda yemin edilirken her hangi bir süre tayin edilmediğinden doğan çocuğun durumunun belli olması beklenir.

Günümüzde geçerliliği olmamakla birlikte bu konuda klasik kaynaklarda yer alan bir diğer örnek de şöyle: Bir şahıs “bütün erkek kölelerim hür olsun” veya “bütün cariyelerim hür olsun” şeklinde bir ifadede bulunsa, hüsnâlar hür olmazlar. Her ikisini birden telaffuz etse yani “erkek kölelerim ve cariyelerim hür olsun” dese, hüsnâlar da hür olurlar. Yine “erkek köleye sahip olursam, karım boş olsun” diyen bir şahıs, hüsnâ köle satın alsa, karısı boş olmaz. Fakat “erkek köleye ve cariyeye sahip olursam karım boş olsun” deyip sonra da hüsnâ bir köle satın alsa, karısı boş olur.¹³⁹

6- İsim Koyma

Hüsnâ olarak doğan bir çocuğun da diğer çocuklar gibi güzel bir isme sahip olma hakkı vardır. Çünkü kişi hem dünyada hem de ahirette konulan isimle çağırılacaktır. Bu konuda Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: **“Kıyamet günü şüphesiz isimlerinizle ve babalarınızın isimleriyle çağırılacaksınız, öyleyse isimlerinizi güzel koyunuz.”**¹⁴⁰

Hüsnâ birisine isim konulması hususu fıkıh eserlerinde yer almamıştır. Oysa hüsnânın özel durumu göz önüne alınarak diğer insanların yani kadın veya erkeklerin isimlerinden farklı bir isim konulabilir. Hüsnâ olarak doğan bir çocuğun ileride hem erkek olma hem de kadın olma ihtimali bulunduğundan dolayı, ona yaşadığı toplumda hem kadın için hem de erkek için ortak kullanılan “Yaşar, Uğur, İsmet, Fikret, Hikmet, Ayhan, Deniz, İlke, Yüksel, Özden,...” gibi adlardan biri verilebilir. Böylece erkek ismi koyulup kız olduğu ortaya çıktığında veya erkek olduğu ortaya çıktığında toplum içerisinde rencide edilmekten kurtulmuş olur.

7- Sünneti

Fakihler hüsnânın nasıl sünnet edileceği konusunda ihtilaf etmiştir ve kendi dönemleri itibari ile aşağıdaki çözümleri önermiştir:

Hanefilere göre; eğer hüsnâ bülüğa ermemişse, onu kadın veya erkek birisinin sünnet etmesinde bir sakınca yoktur. Çünkü hüsnâ çocuktur. Ferce bakmanın haramlığı, şehevî arzuları uyandırmanın söz konusu olduğu zamandır.¹⁴¹

Eğer hüsnâ bülüğa ermiş ve cinsiyet durumu da açıklığa kavuşmamışsa; hüsnânın hem kadın hem de erkek olma ihtimali olduğundan kadının da erkeğin de sünnet etmesi caiz değildir. Çünkü her iki cinsin de hüsnânın avret mahalline bakması haramdır. Bu durumda, hüsnânın parası varsa, velisi ona bu konuda bilgili bir câriye satın alır ve o câriye onu sünnet eder. Daha sonra câriyeyi satar. Hüsnânın kendi parası yoksa babası ona bir câriye alır. Eğer babasının da parası yoksa devlet başkanı beytül-malden ona bir câriye satın alıp onu sünnet ettirir. Sonra da câriyeyi tekrar satarak parasını beytül-male verir. Onu ancak bir câriye sünnet edebilir. Çünkü câriyenin kadın olsun, erkek olsun sahibinin fercine bakması mübahtır.¹⁴²

Diğer bir yol da, hüsnâ, kendisini sünnet edebilecek bir kadınla evlendirilir. Eğer hüsnânın kadın olduğu ortaya çıkarsa, nikâh bâtil olur. Fakat zaruret durumunda, bir kadının diğer bir kadının fercine bakması mübah olduğundan onu sünnet edebilir. Eğer hüsnânın erkek olduğu ortaya çıkarsa, bu defa nikah sahih olur ve kocasının zevcine bakışı olur ve kocasını sünnet eder.¹⁴³

Malikilere göre; bu konuda nass vârid olmamıştır. “Yasak, ibahadan daha öncedir” kaidesinden dolayı sünnet edilmez.¹⁴⁴

¹³⁸ Serahsi, XXX, 109; Mevsili, II, 55; İbn Nüceym, 322; Halebi, II, 336; *Hindiyye*, VI, 441.

¹³⁹ İbn Nüceym, 322; *Hindiyye*, VI, 441; Halebi, II, 336.

¹⁴⁰ Dârimi, İsti'zan 59, II, 748.

¹⁴¹ Mevsili, II, 55; *Hindiyye*, VI, 339; Yıldırım, IV, 409.

¹⁴² Serahsi, XXX, 110; Kâsâni, X, 462; Kadızâde, X, 518, 519; Mevsili, II, 54; İbn Abidin, VI, 728; Halebi, II, 335; *Hindiyye*, VI, 435.

¹⁴³ Serahsi, XXX, 110; Kâsâni, X, 462; Mevsili, II, 54.

¹⁴⁴ *Mevsua*, XX, 30.

Hanbelilere göre; bülüğa erme sırasında fercinden sünnet edilir.¹⁴⁵
Şafilere göre; hünsâ küçükken sünnet edilmez, bülüğa erince iki görüş vardır.¹⁴⁶

Birincisi; fercinden sünnet edilir.

İkincisi, hünsânın durumu ortaya çıkıncaya kadar beklenir.

Hünsâ, sünnet olabilecek durumda olduğu zaman, henüz bülüğa ermemiş ise; onu kadın da erkek de sünnet edebilir. Çünkü hünsâ çocuk olduğundan dolayı haramlık söz konusu olmaz. Şayet hünsâ bülüğa ermiş ise; fakihler kendi dönemlerinin şart ve anlayışına uygun olarak hünsânın sünnet olması konusunda bir takım fikirler beyan etmiş ise de günümüzde bu bir nevi tıbbi müdahale sayılması ve zaruret nedeniyle bir erkek onu sünnet edebilir.

8- Ganimeti

Fakihler savaşa katılan hünsâ-i müşkilin ganimetlerden pay alamayacağı yönünde görüş ortaya koymuşlardır. Bunun yerine ona uygun görülen bir hediye verilir. Çünkü şüphe ile hisse sabit olmaz.¹⁴⁷ Fakat kanaatimizce hünsâ-i müşkil birisi, bizzat savaşa katılıp bir erkek gibi savaşırsa erkek olması ihtimali de düşünülerek hisse verilebilir.

9- Esirlikteki durumu

Gerek bülüğdan önce, gerekse sonra olsun savaşa esir düşen bir hünsâ-i müşkilin, kadın olabileceği ihtimali dikkate alınarak öldürülmesi caiz değildir.¹⁴⁸ Ancak hünsâ-i müşkil olan birisi erkeklerle birlikte fiilen ya da görüş belirterek savaşa katılacak olursa öldürülebilir.

10- Cizyesi

Hünsâ-i müşkil zimmî olursa cizye ödeme yükümlülüğü yoktur.¹⁴⁹ Çünkü kadın olma ihtimali vardır ve kadınlar savaş ehli olmadıklarından cizye ödemek zorunda değildirlere.

SONUÇ

Hünsâ konusunda yaptığımız araştırmadan ulaştığımız sonuçlar şöyledir: Hünsânın İslâm hukukundaki yeri diğer insanlardan yani kadın ve erkeklerden çok farklı değildir. Çünkü İslâm'da önemli olan insan olmaktır. Hak ve sorumluluklara ehil olabilmek için insan olmak yeterlidir. Ancak bu hak ve sorumlulukların keyfiyetinde cinsiyet faktörü önem kazanır. Cinsiyete göre bunları yerine getirme şekilleri değişir. Yapılan bu değişiklikler de ihtiyaten yapılmıştır. Hünsâ ihtiyaten bazen kadın gibi, bazen erkek gibi kabul edilmiştir. Bazen de onun hakkında iki cinsten de farklı yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte genel olarak hünsâ, miras, diyet, kazf, irtidat, nikâh, gusül, namaz, cenaze, isim koyma, sünnet konularında kadın ve erkekten farklı; emzirme konusunda erkek gibi; âkile, kasâme, ganimet, savaş, cizye, hakim olma, hilâfet, ezan, imamlık, hac, tesettür, halvet, şehâdet konusunda kadın gibi; ehliyet ve kısas konusunda kadın ve erkekle aynı hüküm verilmiştir. Böylece varolan bir problem, getirilen çözümlerle mümkün olduğu kadar bertaraf edilmeye ve bu problemin çıkmazları aşılmaya çalışılmıştır.

Bu araştırmamız neticesinde hünsâ birisine veya hünsâ olarak doğan birisinin anne ve babasına önerimiz; öncelikle hünsâ olarak yaratılmanın, normalde insanların iki el, iki ayak, on parmak, iki kulak, bir burun, bir ağız ile yaratılırken çeşitli sebeplerden dolayı bu yaratmanın istisnası olarak bu organlardan birisinin eksik veya fazla veya sakat olarak yaratıldığı gibi, bir yaratılma olduğunun kabullenilmesidir. Daha sonra, mümkünse bu konuyu ilgilendiren çeşitli branşlardaki doktorlara gidip

¹⁴⁵ *Mevsua*, XX, 30; Yaşar, "a.g.m.", III, 330.

¹⁴⁶ *Mevsua*, XX, 30; Yaşar, "a.g.m.", III, 330.

¹⁴⁷ *Serahsi*, XXX, 109; *Kâsâni*, X, 463; *Mevsili*, II, 55; *Nevevi*, V, 329; *İbn Nüceym*, 322.

¹⁴⁸ *Serahsi*, XXX, 109; *Kâsâni*, X, 466, 467; *Mevsili*, II, 55; *İbn Nüceym*, 322.

¹⁴⁹ *Serahsi*, XXX, 109; *Mevsili*, II, 55; *İbn Nüceym*, 322; *Hindiyye*, VI, 441.

durumunu tespit ettirmeleridir. Eğer bu mümkün değilse, diğer kriterlerle, yani idrarını yaptığı organa göre veya kadınlık-erkeklik alâmetlerine göre durumunu belirlemelidirler. Sonra tıp, karineler, hüsnânın ikrarı ve yetiştirilme şekli göz önüne alınarak ameliyat ve tedavi ile herhangi bir cinsiyete kavuşturulması mümkünse mutlaka bu yönde çaba gösterilmelidir. Eğer herhangi bir tarafa geçmesi mümkün değilse o vakit durumunu kabullenip hayatını buna göre düzenlemeli ki bu durumdaki insanlar düşünülerek özel fikhî hükümler belirlenmiştir. Tabii bu konuda tıbbın ilerlemesi veya değişen durumlara göre yapılacak ve söylenecek daha başka şeyler de ortaya çıkacak ve yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- AKTAN, Hamza, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, İstanbul 1991.
 AKYÜZ, Vecdi, *Mukayeseli İbadetler İlimihali*, İstanbul 1995.
 -----*Hilafetin Saltanata Dönüşmesi*, İstanbul 1991.
 APAYDIN, Yunus, "İhtiyat" maddesi, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2000.
 ATEŞ, Süleyman, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul t.y.
 BABERTİ, Ebu Abdullah Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud, *el-İnâye (Fethu'l-Kadirle birlikte)*, b.y. 1970.
 BAŞARAN, Nurettin, *Tıbbi Genetik*, Eskişehir 1996.
 BEYHÂKİ, Ahmed b.el-Hüseyn , *Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrut 1994.
 BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985.
 BUHARİ, Muhammed b. İsmail b. İbrahim, *Sahihu'l-Buhârî*, b.y. 1991.
 BUHUTİ, Mansur b. Yunus b. İdris, *Keşşafu'l-Kına ala Metni'l-İkna*, Beyrut 1982.
 CEZERİ, Muhammed b. İyaz, *el-Fikh ale'l-Mezahibu'l Erbâ*, Kahire t.y.
 ÇALIŞKAN, İbrahim, "İslam Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası" *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Ankara 1992.
 ÇEKER, Orhan, "Hüsnâ" maddesi, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997.
 DÂRİMİ, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdurrahman et-Temîmî es-Semarkandi, *es-Sünenü'd-Dârimi*, Beyrut 1991.
 DERRİR, Ebu'l Berakât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu's-Sağir ala Akrabî'l-Mesalik*, Kahire t.y.
 EBU DAVUD, Süleyman b. El-Eş'as b. İshak el-Ezdî es-Sicistânî, *Sünenü Ebî Davud*, Beyrut 1988.
 ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1998.
el-Fetâva'l-Hindiyye, Alemgiriyye, Bulak 1310.
 HALEBİ, İbrahim b. Muhammed, *Mültekâ'l-Ebhur*, Beyrut 1989.
 İBN ABİDİN, Muhammed b. Ömeri'l-Hanefî, *Reddü'l - Muhtar ale'd - Dürri'l-Muhtar*, İstanbul 1984.
 İBN NÜCEYM, Zeynel Abidin b. İbrahim, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut 1993.
 İBN MANZÛR, Ebu'l-Fadl Cemaluddin Muhammed, *Lisanü'l-Arab*, Beyrut 1990.
 İBN KUDÂME, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni ve's-Şerhu'l-Kebir ala Metni'l-Mukni*, Beyrut 1412.
 İBN MÂCE, Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, *Sünenü İbn Mâce*, Tunus 1994.
 KADIZÂDE, Ahmed Şemsettin Edirnevi Rumi, *Netaciu'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumuz ve'l- Esrâr (Tekmiletü Şerhi Fethu'l-Kadir)*, b.y. 1970.
 KARAMAN, Hayrettin , *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1996.
 KÂSÂNİ, Alaüddin Ebu Bekr b. Mes'udi'l-Hanefî, *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi*, Beyrut 1997.
 KOMİSYON, *Türkçe Sözlük*, Ankara 1988.
 MERĞİNÂNİ, Ali b. Ebu Bekr, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi*, b.y. 1970.
 MEVSİLİ, Ebu'l-Fazl-Mecduddin Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyar li Talil Muhtar*, Beyrut t.y.
el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye, "Hüsnâ" maddesi, Kuveyt 1990.
 MUTÇALI, Serdar, *Arapça-Türkçe Sözlük*, İstanbul 1995.
 MÜSLİM, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. Haccâc el-Kuşeyri, *Sahih-i Müslim*, İstanbul 1992.
 NESÂİ, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b.Dinâr, *Sünenü Nesâi*, İstanbul 1992.
 NEVEVİ, İmam Ebu Zekerriyya Yahya b. Şeref, *Ravdatu't-Talibîn*, Beyrut t.y.

hilal duman

- OKUMUŞ, Nurullah ve Diğerleri (Editör: Nurullah Okumuş, Sami Selçukbiricik), **Pediyatri**, İstanbul 2000.
- ONAT, Taner ve Diğerleri (Editör: Taner Onat, Kaya Emerk), **Temel Biyokimya**, İzmir 1996.
- REMLİ, Şemsettin Muhammed b. Ahmet b. Hamza, **Nihaytü'l-Muhtac ilâ Şerhi'l-Minhac**, Beyrut 1404.
- ROBBY, Stanley j. ve Diğerleri, "**Pathology of Abnormal Sexual Development**" (Edisyon: H. Fox, M. Wels), *Hanes & Taylor Obstetrical and Gynaecological Pathology*, Newyork 1995.
- SABIK, Seyyid, **Fıkhu's-Sünne**, Beyrut 1992.
- SADLER, T. W, (Çeviri Editörü: A.Can Başaklar), **Medikal Embriyoloji**, Ankara 1995.
- SERAHSİ, Şemsü'l-Eimme Ebu Bekr Muhammedi'l-Hanefi, **el-Mebcut**, Beyrut 1409.
- SENHURİ, Abdu'r-Rezzâk Ahmet, **Fıkhu'l-Hilâfeti ve Tatavvuriha**, Mısır 1993.
- TAHÂNEVİ, Muhammed b. Ali, **Keşşafu Istilahâtü'l-Fünûn**, Beyrut t.y.
- TİRMİZİ, Muhammed b. İsâ b. Sevre, **Sünenü't-Tirmizi**, İstanbul 1992.
- YAŞAR, Ahmet, "Hünsâ" maddesi, **Şamil İslam Ansiklopedisi**, İstanbul 2000.
- YAVUZ, Yunus Vehbi, "Hünsâ" maddesi , **İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi** , İstanbul 1997.
- YAZIR, Elmalılı Hamdi, **Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahatları Kâmusu**, İstanbul 1996.
- YILDIRIM, Celal, **Kaynaklarıyla İslam Fıkhi**, Konya t.y.
- ZUHAYLİ, Vehbe, **el-Fıkhu'l-İslâmi ve Edilletuhu**, Dimaşk 1996.