

TİCARİ İŞLETME KİSTASLARI KARŞISINDA GENELEVLERİN DURUMU

Y.Doç.Dr.Ahmet BATTAL(*)

GİRİŞ

Ahlâk kavramı, insanlık tarihinin başından bu yana cinsel ihtiyaçların ve zevklerin tatmini konusunda da önemli bir ölçü unsuru olagelmıştır. Bazı ilişkiler ahlâki, bazıları da ahlâka aykırı sayılmış, ahlâka aykırı olan ilişkiler, fuhuş; bunu yapanlar fahişe olarak isimlendirilmiş, bunun bir geçim vasıtası olarak kullanılması sonucunda dünyanın en eski mesleklerinden olduğu ileri sürülen fahişelik mesleği doğmuştur.

Hukuk düzenlerinin fahişelik karşısında takındığı tavır, etkilendiği kaynağa ve zamana göre, değişik şekillerde kendini göstermiştir. Fahişelik mesleğinin icra edildiği en önemli merkezlerden olan genelevlerin, medeni hukuk karşısındaki durumu tartışılmış, ancak Ticaret Hukukunun temel mefhumları yönünden özel olarak incelenmemiştir.

Borçlar Hukuku sahasında ahlâkilik sonucunu elde edemeyeceklerini bildikleri için, açıkça böyle bir talepte bulunmayan fahişeler ve onların destekçileri, son yıllarda hürriyet düşüncesinin her konuda, her alanda alabildiğine yaygınlaşması ve baskı gruplarının bu yöndeki fikir akımlarının tesiri nedeniyle bu mesleğin yan sonuçları olarak kabul edilebilecek olan ticari işletme sayılmak, dernek kurmak, bu yolla seslerini duyurabilmek, haklarını alabilmek imkanı gibi teleplerde bulunmaya başlamışlardır.

Medeni hukukçuların genelevin ahlâkilik niteliğine ilişkin tartışmaları, hukuk düzeni açısından merkezi hedefi korumaya yönelik kabul edilirse; ticaret hukukçusunun genelevin ticari mefhumlara ait yönünü değerlendirmesi, vergi hukukçusunun genelevin kendisini ilgilendiren boyutuna bakması ve hatta tabiilerin genelevlerdeki

(*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

sağlık konusunda vâpâcıkları araştırmalar hep hukuk düzenini (kamu düzenini) ve bu düzendeki merkezi hedefi (meşruiyet=ahlâka ve hukuka uygunluk) korumaya yönelik çalışmalar olarak görülmelidir.

İşte bu çalışmanın amacı, hukuk düzeninin korunmasına ve geliştirilmesine yardımcı olacak sonuçlar ortaya koyabilmektir. Başarabilmek en büyük mutluluk, eksiklerimizin daha geliştirilmiş araştırmalarla ortaya konulması en büyük dileğimizdir.

I. GENELEVIN HUKUK DÜZENİ İÇİNDEKİ YERİ

1- İsimlendirme ve Tarihi Seyri

a) İsimlendirme(kapsam)

Makalemizin başlığı **genelev** kelimesini içermekle birlikte bu fuhuş yuvası ile aynı mahiyette çirkin faaliyetlerin icra edildiği diğer yerler de bu genel isim altına alınmalı ve genelev için varılan sonuçlar diğerlerine de şamil kılınmalıdır. Bu nedenle gazeteci dilinde veya toplumun çeşitli kesimlerinde, çeşitli dönemlerde kullanılan adlarıyla umumhane, işrethane, randevuevi(1), serbest birleşme evi, erotik masaj evi, erotik sauna, genelev faaliyetinin diğer şekilleridir.

İsme ilişkin bu nitelendirmeden sonra genelevin ayırıcı kıstaslarını şu şekilde sayabiliriz;

- Müşterilerin cinsel tatmin amacıyla hareket etmesi. Tatmin faaliyetinin şekli, derecesi, süresi önemli değildir.

- Cinselliğin temel sermaye olması. İnsanın cinsiyeti, cinsiyetinin belirsizliği ve hatta cinsiyet değiştirmiş olması önemli değildir. Önemli olan; insanın, müşterinin cinsi duygularına hitap eden yönünün pazarlanmasıdır.

- İlişkinin para vesair menfaat karşılığı kurulması. Menfaat kavramının olabildiğince geniş tutmak gerektiği kanaatindeyiz.

- Bu faaliyetin bir merkezden ve birden çok kişiye aracılık edecek şekilde organize edilmiş olması.

Bu unsurların birarada bulunmasıyla ahlâka aykırı bir müessese oluşmuş olur.

İnsanın ve insan cinselliğinin yanında, modern teknolojik vasıtaların da kullanılması ve hatta müşteri cezbetme yönünden bu sonuçlarının daha etkili olması önemli değildir.

Devletin izin vermiş olması veya devlet memurlarının fiilen göz yummaları yada farketmemiş olmaları bir unsur olarak kabul edilemez.

Aşağıda, ahlâka aykırılık kavramını incelerken bu konuya yeniden döneceğiz.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, aynı amaca yönelmiş olmak şartıyla bütün faaliyet merkezleri tek grupta değerlendirilmeli, aynı sonuca bağlanmalıdır.

b) Tarihi Seyri

Fahişeliğin en eski mesleklerden biri olduğu iddiası doğru olabilir. Ancak, kurumlaşmış fuhuş yuvalarının, iktisattaki arz/talep dengesine benzer doğrultuda ve ahlâki çöküşle doğru orantılı olarak yaygınlaştığı da bir gerçektir. Tarih boyunca genellikle yer altında faaliyet icra etmiş olan bu günah çukurları, özellikle son asırda ters dönüp, yüksek ve gösterişli binalar haline gelmişlerdir. Toplumda ahlâki çöküşün başladığı günden buyana yeraltında veya üstünde, kirli veya gösterişli merkezlerde faaliyet göstermişlerdir. Ama toplumun geneli ve hatta müşterilerinin çoğunluğu tarafından hep gayr-i ahlâki görülmüştür(2).

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde, Tanzimatla birlikte sosyal hayatta kendini gösteren devlet destekli batılılaşma eğilimleri sonucunda İstanbul'da, bazı liman şehirlerinde ve özellikle Avrupa kıtasında olup müslüman ve gayr-i müslim unsurların birlikte yaşadıkları bazı şehirlerde, devlet idarecilerinin de zaaflarını istismar eden kişilerce genelev, işrethane v.b yerler açılmışlardır.

Cumhuriyet dönemi ile birlikte yeni Türk devletinin idarecileri batılılaşma akımına aynen tabi olmuşlar, devletin her sahada etkili olamamasının da tesiriyle çoğalan fuhuş merkezleri, 1930 yılında yürürlüğe giren Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na kadar, idarenin resmen kabul etmemekle birlikte, fiilen göz yumması sonucu, faaliyetlerini arttırarak devam etmişlerdir.

Bu tarihten sonrasını aşağıda ayrıntılandı ile inceleyeceğiz. Ancak bu bölümde belirtmeden geçemeyeceğiz ki; doktrinde uzun tahlillere ve tenkitlere konu olan ve makalemizin de temel kaynaklarından birini teşkil eden, 14.1.1948 tarihli ve E/30, K/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında(3) genelevlerin, halkın **beşeri ihtiyacını tatmin maksadıyla** kurulduğu belirtilmiştir. Biz bu cümleyi, büyük bir hukuk ayıbı olarak görüyoruz. Bu nasıl bir beşerdir? Ne tür hayvanî bir ihtiyaçtır ki, tatmin için pislik yuvası tasvip edilsin, ya da en azından mazur görülsün. Bu fikirde olanlar, erkeklerin sermaye, kadınların müşteri olduğu bir geneleve acaba aynı nazarla bakabilirler mi?

2- Genelev Faaliyetinin Ahlâka Aykırılığı

a) Ahlâka (adaba) Aykırılık Kıstasları, Sonucu

Makalemizin konusu itibariyle; salt hukuki tesbitler yapmanın yanında, sosyolojik gerçeklerin ve ahlâk anlayışlarının hukuk üzerindeki tesirlerini de incelemek gerektiği kanaatindeyiz. Bir sosyal ilimcinin olabileceği kadar objektif olacağız. Ancak elbette, bizim de bir ahlâk anlayışımız var ve bu anlayıştan soyutlanarak tarafsız kalmak değil, bilakis anlayışımızı destekleyecek deliller bularak, fikrimizi savunmak ve taraf olmak durumundayız. Hukukun en önemli kaynaklarından biri olan ahlâk kavramını ve böylece hukuk düzenini savunmak anlamına gelecek bu yöndeki çalışmanın ilim adamına yakıştırılmayacak bir taraftarlık olarak anlaşılmasını dileriz. Ayrıca bu durum, karşı olduğumuz fikirlerin gayr-i ahlâki olduğu gibi istemediğimiz bir manada da yorumlanmamalıdır.

BK. m.19 "Bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

"Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlâka(adaba) veya umumi intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir." demek suretiyle birinci fıkrada, akit serbestisi kuralını koymuş, 2. fıkrada bu serbestinin sınırlarını göstermiştir.

BK. 20. maddesinin 1. fıkrası da "Bir akdin mevzuu gayrimümkün veya gayrimuhik yahut ahlâka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır." demek suretiyle 19. maddedeki sınırları ihlalin genel sonucunun butlan olduğunu belirtmiş yani ahlâk ve adaba aykırı iradeye hukuki kıymet tanımamıştır(4).

Ahlâk ve adap nedir? Muayyen bir zamanda ve aynı cemiyet içinde yaşayan insanların kabul ettikleri düsturlardır ki, bunların ihlâli toplumun devamı, ilerlemesi ve yükselmesine engel olur(5).

Ahlâka aykırılığın kıstası nedir? Doktrinindeki çeşitli fikirleri şöyle özetleyebiliriz. Sözleşmenin muhtevasının ahlâka aykırı olup olmadığının tesbitinde, sözleşmenin taraflarının subjektif yorumları ve şahsî kanaatleri nazara alınamaz. Hakim, kendi şahsî kanaatiyle de hareket edemez. Önemli olan, muayyen bir zamanda ve aynı cemiyet

içinde, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre ahlâka aykırı kabul edilmektedir(6). Ahlâk ve adap tayin edilirken yalnız mekana değil, aynı zamanda sözleşmenin yapıldığı zamana da kıymet verilmesi gerekir(7). Ahlâka aykırılık, herhahgibir dinî tarikatın veya felsefi sitemin değil, bizzat hukuk düzeninin ahlâki seviyesine göre değerlendirilmelidir(8). Bu nedenle ahlâk, dinî akideler kullanılarak değerlendirilemez(9). Son olarak akdin, konusunu ahlâka aykırılığı nedeniyle batıl olması için, tarafların ahlâka aykırılığı bilmesi ve mutabık kalmış olması gerekir(10)

Bu kıstasları konumuz olan genelev yönünden değerlendirelim.

Genelev patronlarının, sermayelerinin ve müşterilerinin orada veya oraya ilişkin yaptıkları akitlerin, ahlâka aykırılığı değerlendirilirken, taraf olmaları nedeniyle kendi kanaatleri nazara alınamaz. Beklenmemek ve arzu edilmemekle birlikte, hakim, bu tür yerleri tasvip etmesi veya müşteri olması halinde kendi subjektif telakkisini hükme esas tutması da mümkün değildir.

Doğru ve makul kimseler kimlerdir? Bu kişilerin ahlâk telakkilerini nasıl belirleyebiliriz? Doğru kişiden kasıt, hiç yalan söylemeyen, hiç yanlış iş yapmayan kişi midir? Eğer öyleyse, ister ahlâk kuralları, ister felsefe, ister din doğruluk kıstası olarak kullanılsın, mükemmel doğru insanı bulmak mümkün değildir. Ortalama ölçülere göre doğru ve makul kimselerin telakkilerini yeterli kabul edersek, şu soru ile karşılaşırız. Bu kimseler de genellikle, kendi yanlışlarını düzeltmeye çalışır ve vasatın üzerine çıkmayı hedef olarak kabul ederler. Kendilerinin dahi istemediği ve uygun bulmadığı, bu nedenle daha iyisine ulaşmaya çalıştığı ahlâki telakkileri, nasıl olacak ta hukuk düzeni açısından kıstas olarak kabul edeceğiz? O halde denilebilir ki, ortalama olarak doğru ve makul insanların hedef **tuttuğu** ahlâk telakkileri kullanılmalıdır. Yoksa, **halen hayatlarına yansıttıkları** ahlâk anlayışı değil.

Zamanın değişmesiyle, ahlâk telakkilerinin değiştiği doğrudur. Bir zamanlar Türk toplumunda ahlâka aykırı kabul edilen avrupai plajların ahlâka aykırılığı bu gün artık toplumun çoğunluğunca kabul edilmemektedir(11). Fahişeleri kullanan menfaat çevrelerinin, genelevlerin ahlâka aykırı sayılmaması gerektiği şeklinde zaman zaman ileri sürdükleri fikirler, zamana göre yeni olabilir. Ancak, fahişelik dünyanın en eski mesleklerinden sayıldığına ve genelevler zamanın değişmesi sonucu ortaya çıkmadıklarına göre, "zaman değişti, eski zaman değil" düşüncesiyle ahlâka aykırı olmaktan çıktıkları düşünülemez. Zira gerçekte zaman değişmiş olmakla birlikte

genelevlerin ahlâkiliği, zamana göre değil, şahısların fikirlerine göre değişmiştir(12).

Ahlâka aykırılığın değerlendirilmesinde, herhangi bir dinin, tarikatın veya felsefi akımın kullanılmaması gerektiği, laik hukuk düzeni açısından doğru bir düşüncedir. Ancak hangi hukuk düzeninde olursa olsun, hem hukuk, hem onun ilham kaynaklarından biri olan ahlâk, onu kuranların ve uygulayanların dinî veya felsefi düşüncelerinden soyutlanamaz. Ayrıca, laiklik kavramı insan için değildir. Zira insan, ya herhangi bir dine mensup olur ya da dinsiz olur. Ancak devlet, hukuk düzeni, eğitim sistemi laik olabilir. İşte bu kurumlar dinden ne kadar uzak kalırlarsa kalsınlar, dinin etkisi altında oluşup gelişen ahlak kavramına yer vermek zorundadırlar. Türk hukuk sisteminde buna örnek olarak, genelevin ahlâka aykırı olduğunu açıkça ifade eden ve Kat Mülkiyeti Kanununun 25/3-c maddesinde yer alan "kendi bağımsız bölümünü randevuevi veya kumarhane veya benzeri yer olarak kullanmak suretiyle ahlak ve adaba aykırı harekette bulunması" cümlesini gösterebiliriz. Kumar ve fuhşun toplum nazarında ahlâka aykırı sayılmasının ve kanun koyucunun da açıkça bu sonuca ulaşmasının en önemli nedeni, dinen de yasak olmasıdır.

Buraya kadar sayıp değerlendirdiğimiz kıstasların hiçbiri, devletin açık veya gizli izni veya müdahale etmemesinin, ahlâka aykırılığı ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanmaya müsait değildir(13).

Yukarıdaki kıstaslar ışığında, genelevlerin ahlâka aykırı olduğu doktrinde büyük çoğunluk tarafından(14) kabul edilmektedir. Ayrıntılarına inmek gerekirse, fuhuş ücreti, fuhuş için kira, gayr-ı ahlaki bir işletmenin satışı ve kiraya verilmesi sözleşmeleri, randevuevindeki uşağın hizmet sözleşmesi (bu şahıs ücreti için dava açamaz), randevuevine yiyecek içecek temini hakkındaki sözleşmeler, konumuzla ilgili ahlâka aykırı sözleşmelere örnektir(15).

Öte yandan BK.65. maddenin "Haksız veya ahlâka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahâl yoktur" şeklinde ifade edilmiş olan ve ahlâka aykırılığın hukuk düzeni içinde basamak olarak dahi kullanılmayacağını öngören hükmü doktrinde katı yorumlanmakta ve tediye hataen vuku bulması halinde dahi istirdadının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Türk toplumuna göre daha geniş ahlâk telakkilerinin sözkonusu olduğu Fransız hukukunda hata halinde istirdat caiz görülmektedir(16). Son olarak sağlığa ve beden tamlığı üzerindeki haklara aykırı faaliyetlerin, başka kıstaslar bulunmasa dahi sadece bu sebeple ahlâka aykırı sayılması gerektiği, halk sağlığı uzmanlarının genellikle savunageldikleri bir fikirdir.

Genelevlerin sağlık Őartlarına uygunluğu ne kadar denetlenirse denetlensin, yine de, vücut sağlığı ve özellikle ruh sağlığı yönünden bulaşıcı hastalıkları ve telafi edilemez tehlikeleri taşıdığı bilinmektedir.

b) Hukuka Aykırılık

ba) Hukuka Aykırılık Ahlâka Aykırılığın Sonucudur

Genelev faaliyetinin ahlâka aykırılığı açığa kavuşturulduktan sonra, bu sonucun, hukuk düzeninde kendini nasıl hissettireceğinin önemli bir yönünü yukarıda incelemiştik. Buna göre, genelev faaliyeti içinde yer alan sözleşmeler batıl kabul edilmektedir. Kanun koyucu böylece, hukuktaki meşru şekillerin ahlâken reddedilen gayeler için kötüye kullanılmasını önlemek istemektedir(17).

Modern hukuk düzenleri, özgürlükleri, toplum düzeni üzerindeki etkilerine göre değerlendirdiklerinden, insanın kendi kendine zarar vermesine müdahale etmemektedirler. Sigara ve içkiye bakış açıları, buna en güzel örnektir. Uyuşturucuyu yasaklamaları ise bağışıklık ve başkalarına sirayet edebileceği ihtimalinin daha fazla olmasının sonucudur.

Bu mantığa göre hukukun gayesi, toplumda adaleti temin etmektir. Toplumsal adaletle ilgisi olmayan ahlâka aykırılıklar için yasaklayıcı düzenlemeler yapmak özgürlük anlayışına sığmaz. Bu fikrin eksikliği ortadadır. Zira adalet ahlâk anlayışlarının şekillendirdiği bir fikirdir(18). Ahlâk kaideleri, adalet ve özgürlük fikirlerine yardımcı olmalıdır. Ahlâk telakkilerine göre, özgürlük odur ki; insanın hürriyetinin ne başkalarına ve ne de kendine zararı dokunsun. İşte böyle bir ahlaki yapıya sahip olan hukuk düzeni, özgürlüklere ahlak noktasından da müdahale etmeli ve ahlaka aykırı bulduğu bütün eylem ve işlemleri yasaklamalı, hukuki tedbirler ve müeyyidelerle yetinmeyerek, aynı zamanda, uygun cezai müeyyideler de getirmelidir.

Olması gerekeni bu şekilde belirttikten sonra, BK. 19 ve 20. maddeler açısından ahlâka aykırılığın, butlan sonucu bağlanmak suretiyle hukuka da aykırılık şeklinde değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Dikkat edilirse, Medeni Hukuka aykırılık, Borçlar Kanununa aykırılık gibi, dar kapsamlı ve yanlış ifadeler kullanılmamakta, doğrudan doğruya hukuk düzenine aykırılık olarak ifade edilmektedir. Ahlâka aykırılığın kaynağını oluşturan Borçlar Kanunu, 544. maddesinde de belirtildiği üzere, Medeni kanunun tamamlayıcısı durumundadır. Makalemizin konusunu oluşturan genelevin

ticari yönüne uygulanacak olan Türk Ticaret Kanunu ise, 1/c. 1. maddede belirtildiği üzere, Medeni Kanunun ayrılmaz bir parçasıdır. Yine , TTK. m. 1/f.2 ye göre hakkında ticari hüküm bulunmaya ticari işlerde, Borçlar Kanununun da aralarında bulunduğu umumi hükümlere başvurulacaktır.

Sonuç olarak, genelevin ticari işletme kıstasları karşısındaki durumu incelenirken, Borçlar Kanununun ahlaka aykırılığı düzenleyen hükümlerine başvurmak ve bunu, hukuka aykırılık olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz.

bb) İdare Hukuku Yönünden Genelev

Tarihçesini incelerken de belirttiğimiz üzere genelevler, 1930 yılına kadar , hukuk düzeninde hiç yer almamışlardır.

6.5.1930 tarihli ve 1489 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, 24 Nisan 1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, devletin genel görevlerinden olan, " Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar vesair bütün amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek"(m.1) amacı ile kamu hukuku alanında ve özellikle idare hukukunu ilgilendirecek düzenlemeler öngörmüştür. Bu kanunun üçüncü babında yer alan 128,129,130,131,132. maddeleri ile konulmuş bulunan umumi kadınlar hakkındaki hükümler, hukuk düzeninin tasvip ettiği bir olguyu tanzim etmemiş, belki kanun koyucu, Osmanlı Devletinin son devrinden, kanunun kabul tarihi olan 1930 yılına kadar geçen ara devrede fiilen müsaade edilmekle kurumlaşmış olan genelevleri, bir emrivaki, çözümsüz bir problem olarak karşısında bulmuş, yayılmasını ve daha fazla zarar vermesini önlemek amacıyla hükümler sevketmiştir.

Bu kanunun 128. maddesi, şimdiki adıyla Sağlık ve İşçileri Bakanlıklarına, müşterek nizamname çıkarmayı emrederken, " umumi kadınlarla, umumi evler ve bunlara benzer mahallerbu nizamnamede tarif ve tahdit olunacaktır." demek suretiyle bu umumi afetin daha da büyümesini önlemeyi emretmektedir. Zira "tahdit" kelimesi, sayıca sınırlamayı da ihtiva eder ve bundan sonra açılmayacağı emrini zımnen ifade eder.

12 Kasım 1933 tarih ve 15264 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki olarak 23.11.1933 tarih ve 2560 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış olan, Fuhuşla Veya Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Nizamnamesinin, ismi fuhuşla mücadele olmasına rağmen, 1.

maddesinde, "fuhuş sebebiyle amme intizamının bozulmamasını temin ve fuhşu murakebe eylemek üzere" iki komisyon öngörölmüş, izin müessesesi yaygınlaştırılmak suretiyle, kanun koyucunun "tahdit" şeklindeki iradesi hükümetçe aşılmış ve genelev olmayan yerleşim birimlerinde de açılması sağlanmıştır. Oysa genelev sermayelerinin bu bataklıktan kurtarılması için sadece üç madde (110,111 ve 122. maddeler) öngörölmüştür. Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 129. maddesinde, kanun koyucunun tahdit kelimesini kullanmasına rağmen, bu nizamnameyi ilga eden, Bakanlar Kurulunun 30.3.1960 tarih ve 5/984 sayılı Kararnamesinin eki "Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tâbi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü"nde, bu evlerin, nerelerde ve ne gibi şartlar altında açılabilceği gösterilmek suretiyle, "tahdit" kelimesi, lügâtlerdeki ve kanun koyucunun iradesindeki anlamından farklı yorumlanmaya devam edilmiş ve kanun koyucunun iradesi bir kere daha çiğnenmiştir. Bu konu, 14.1.1948 tarihli İBK.nda da ele alınmış, İçişleri Bakanlığının 12.4.1930 tarihli tamiminde yer alan, bundan böyle Türkiyenin hiçbir yerinde genelev açılmasına izin verilmeyeceği ve müsamaha edilmeyeceği hükmünün , Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve ilgili mevzuatın yürürlüğe girmesi ile, bu tamimin yürürlükten kalktığı nazara alındığında, artık uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır. Kanaatimizce bu yorum da amacını aşar niteliktedir.

Öte yandan, 128. madde, genel kadınların, gerek ahlâk ve gerek kamu düzeni açısından yapılacak takibatı ve küçüklerin fuhşa teşvikten korunması hakkında , ilgili kamu kurumlarının özel kanunlardan doğan yetkisinin devam ettiğini belirtmekle, fuhşun ahlâka aykırılığını açıkça kabul etmiştir. O halde, bu kanun ve buna dayanılarak çıkarılmış bulunan idari mevzuat, devletin denetiminden geçen fuhşu meşru hale getirmiş değildir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere, hükümetin geneleve izin vermiş olması, İdare Hukuku sahasından, Borçlar Hukuku sahasına da sirayet ettirilmiş, kanun koyucunun iradesinin hükümetçe farklı yorumlanmasının da yardımıyla , doktrin ve mahkeme kararlarında; hükümetçe verilen izin, ahlâka aykırılığı ortadan kaldırmasa dahi, aykırılığın sonuçlarını ortadan kaldıracığı ve böylece hukuka uygunluğun gerçekleşeceği gibi, tutarsız sonuçlara ulaşılmıştır. Bu konudaki ilk örnek, hükümetin izni ile genelev açanlara kiralanen gayrimenkule ilişkin kira sözleşmesinin geçerli olduğu sonucuna varan 14.1.1948 tarihli İBK.dır.

Bu konuda fikir beyan eden Acemoğlu, devletin veya kanunun, kumarhane veya genelevin açılmasına izin vermiş olmasının, işlemin ahlâka aykırılığını ortadan kaldırmayacağını, ancak, ticari muhasebe ve diğer şartların varlığı halinde ticari işletme sayılabilecek genelevin

devrinin, Medeni Hukuk bakımından muteberiyetinin de artık tartışılmaz hale geldiğini belirtmekte, Postacıoğlu ile birlikte yabancı doktrin ve içtihatların da böyle bir işlemin batıl olduğunu savunduklarını açıklamaktadır. Azınlıkta kalan kendi fikrine delil olarak, BK. 506. maddede yer alan "Hükümet tarafından müsaade edilmiş olmadıkça piyango hiçbir alacak hakkı tevhit etmez." hükmünü göstermektedir(19). Bu kıyastaki yanlışlık ve açık fark şudur. BK. m. 504, kumar ve bahsin alacak hakkı doğurmadığı kuralını koymakta, aynı kanunun ikinci babında yer alan, 506. madde ise hükümetin iznini bir istisna olarak öngörmektedir. Bu konuda hükümet izni, Medeni Kanun sistematüğinde yer almaktadır ve özel hukuk kuralı niteliğindedir. Oysa genelevin ahlâka ve hukuka aykırılığı kuralının, Medeni Hukuk normları arasında yer almasına ve bu düzende bu konuya hiçbir istisna getirilmemesine karşılık, izin ve denetime ilişkin kuralların kamu hukuku sisteminde yer aldığı doktrinde ve içtihatlarda genellikle kabul edilmektedir.

Girişte belirttiğimiz gibi, ahlâka aykırılık sonucu, hukuk düzenini koruyan bir set gibidir. BK. m. 506 da olduğu gibi bir yerinden delindiğinde, bu zaaf, hemen başka noktalara da sirayet etmektedir. Acemoğlu'nun kıyas yoluyla BK.m. 506 ya dayanmak istemesi, bu sirayetinin en güzel örneğidir.

Hükümetin verdiği idari iznin, genelevin ahlâka aykırılığını ortadan kaldırdığını iddia etmek, izin verilmeyenlerin ahlâka aykırılığı sonucunu doğururu ki, bu sonucun hukuk önünde eşitlik ilkesi ile de bağdaşmadığı açıktır.

Bu konuda son olarak şunu ifade etmek gerekir. Genelevlerin kapatılması ve açılmalarına izin verilmemesi halinde, fuhşun sokak aralarına yayılacağı ve kamu düzenini daha fazla ihlal edeceği doğrudur. Ancak genelevlerin her tarafta faaliyet göstermelerine rağmen, fuhşun yaygınlaşmasının engellenemediği ve en küçük ve mazbut yerleşim birimlerine dahi sirayet ettiği de en az o kadar doğrudur. O halde denebilir ki, idari izin çözüm olmamıştır. Zira arz/talep, artarak devam etmektedir. Kanun koyucuya ve idareye düşen, insanların ve toplumun ahlâkî yapısını sağlamlaştırarak, vicdanlara yasak duygusu yerleştirerek, fuhşa yönelik arz ve talebi azaltmak ve nihayet tamamen ortadan kaldırmaktır. Fuhşun başka bir çözümü yoktur.

bc) Vergi Hukuku Yönünden Genelev

Kamu Maliyesi ve İşletme Bilim dalı içinde yer alan vergi olgusunun, hukuki yönü ile ilgilenen Vergi Hukuku. Kamu Hukukunun bir

anadali olan Kamu Maliyesi Hukukunun bir alt dalıdır. Aynı zamanda, geniş anlamda, İdare Hukukunun da bir parçasını oluşturur. Öte yandan Özel Hukukun, Vergi Hukuku üzerinde bir önceliği yoktur. Anayasa karşısında her ikisi aynı düzeydedirler. Vergi Hukukunun kendine özgü değerlendirme ölçüleri bulunduğundan, Özel Hukuktan bağımsız bir nitelik taşır. Vergi Hukuku bir işlemin hukukî şeklinden çok, iktisadi yapısı ile ilgilenir. Bu nedenle Medeni hukukun katı şekil şartları ile bağlanmaz(20).

Ekonomik yaklaşım ilkesinin sonucu olarak, Vergi Usul Kanunu m. 9/2 uyarınca, "vergiyi doğuran olayın, kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz." Kanunlarla yasaklanmış olmaktan maksat, vergiyi doğuran olayın, genelev işletmek gibi hukuka ya da genel ahlâka aykırı olmasıdır(21).

Genelevlerle ilgili olarak idare hukuku sahasında yapılan düzenlemeler hakkında yukarıda açıkladığımız görüşler, Vergi Hukuku sahasında da geçerlidir. Vergi Hukuku, işlemin hukukiliği veya ahlâkiliği ile ilgilenmediğine göre, vergi vermeleri, genelevlerin hukuk düzenince ahlâka uygun kabul edilmeleri sonucunu doğurmaz. Vergi veren genelevin ahlâka uygun kabul edilmesi halinde, vergi vermeyenlerin, hukuk önünde eşitlik ilkesinden kaynaklanan hakları da ihlal edilmiş olur. (Şüphesiz ki, hukukçuya düşen fahişeliğe hak tanımak değildir.)

Burada kısır döngü karşımıza çıkmaktadır. Amme hizmetlerinin görülmesini sağlamak ve bu arada adliyelerin çalışmasını temin etmek amacı ile vergi toplayan devlet, vergisini aldığı faaliyeti hukuk düzeni içinde batıl addetmekte, vergi dairesine aldığı genelev patronunu ve sermayesini adliyeye almamaktadır. Öte yandan, buradan aldığı vergiyi, bu vergi kaynağını kurutmak amacıyla ıslah çalışması yapmak üzere kullanması beklenmekte ve istenmektedir. Şüphesiz ki devletin hizmeti sadece adliyeden ibaret değildir. Verdiği verginin karşılığını diğer hizmetlerle almaktadır denilebilir. Bu durumda da şu sorunun cevabı verilmelidir. Devlet, ahlâka aykırı, topluma zararlı kabul ettiği bir müesseseye neden hizmet götürmek zorunda olsun? Genelev patronunun bir temizlik şirketiyle yapacağı özel hukuk sözleşmesine hayat hakkı tanımaya devlet, PTT idaresi aracılığı ile yaptığı, haberleşmeye yönelik sözleşmelerin icra ve infazını, "aldığımız verginin karşılığıdır" mazeretine sığınarak kabul edebilir mi?

II - TİCARİ İŞLETME KISTASLARI KARŞISINDA GENELEV

1 - Ticaret Hukuku ve Genelev

Ticaret Kanunumuzun öngördüğü hukuk düzeni içinde genelevin yeri olup olmadığı, 14.1.1948 tarihli İBK.na kadar içtihatlarla konu olmuş ve farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bu İBK.nın birinci sonucu; yukarıda tenkid ve tahlil ettiğimiz, hükümetin izni ile genelev açanlara kiralanan gayrimenkule müteallik akdin sahih ve muteber olduğu, ikinci sonucu; bu sözleşmenin, takip olunan maksada göre, Eski TK.nun 20. maddesinde belirtilen umumi mahallerden birinin kiralanması hükmünde sayılmayacağı, bu nedenle de ticari iş vasfını taşımadığıdır.

Bu İBK.nın da yardımı ile çözümlenecek problem şudur. Genelevler, yürürlükteki Ticaret Kanununa göre ticari işletme sayılabilir mi?

a) Ticari İşletme Kistasları

TTK. m.11 e göre, ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme sayılacağına göre, genelevlerin, 12. maddede sayılan ticarethane türlerinden birine girip girmediği tartışılmalıdır. Mimaroglu, bu maddenin 12. fıkrasında ifade edilen tavassut (aracılık) işlerinin kapsamına "son yıllarda kurulmasına müsaade edilen serbest buluşma evlerinin" girdiğinin düşünülebileceğini belirtmektedir(22). Yazarın "müsaade edilen" kelimeleriyle neyi kasdettiği açık değildir. Dar bir yorumla, devlet tarafından müsaade edilmişse ticari işletmedir, müsaade edilmeyenler ticari işletme vasfını kazanamazlar, şeklinde anlaşılabilir gibi, ikinci olarak; son yıllarda, kurulmasına devletçe müsaade edildiğine göre, izin almış olsun veya olmasın tamamı, Ticaret Hukuku açısından ticari işletme kapsamına girer, anlamına da gelebilir. Her neyse, her iki anlamda da yazar, genelevin ticari işletme sayılabileceğini belirtmektedir.

Acemoğlu ise, ticari muhasebe ve diğer unsurların varlığı halinde genelevin ticari işletme sayılabileceğini belirtmektedir(23). Yazarın bu ifadesinden, genelevi ticarethane grubuna dahil etmek suretiyle değil ama, TTK. 13. madde anlamında işyerinin hacim ve ehemmiyeti

ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari bir müessesese Şekil ve mahiyeti verdiği için ticari Şekilde işletilen diğer müesseseler grubuna sokmak suretiyle ticari işletme saydığı sonucu çıkmaktadır. Acemoğlu hükümetin iznine hiç değinmemekte ve bsu yönden de Muimarolu'ndan ayrılmaktadır. Zira Acemoğlu'na göre yasak bir işi icra eden kimse, Şartları varsa ticari işletme sahibi sayılabilir(24).

Acemoğlu'nun tek tereddüdü, ticari işletmenin aleniyet unsurunun genelevde gerçekleŐip gerçekleŐmediđi hususudur. Yazara göre aleniyet, faaliyetin herkesin gözü önünde yapılması demek değildir. Bu nedenle bu unsur da var sayılmalıdır(25).

b) Sermayenin Niteliği

TTK. m.2/f.2, bir müessesenin iŐletilmesi için daimi bir tarzda tahsis edilen unsurların ticari iŐletmeye dahil sayılacağını belirtmektedir. Bu unsurların baŐında Şahıs unsuru gelmektedir. Bu Şahıs veya Őahıslar kaideten, iŐletmedeki mal ve haklara maliktir(26). Mal ve haklara malik olmayan işletme ile ilgili Şahısların, işletmenin unsuru olup olamayacağı ve ticari işletmenin devri sırasında devre konu olup olmadığı, genelevin ticari işletme sayılması halinde önem kazanmaktadır. Genelev patronunun her ticari işletme maliki gibi,devir sırasında devre konu olup olmayacağı tartıŐmadan uzaktır. Herhangibir ticari iŐletmede çalıŐan tezgahtar vesair hizmetlilerin işletmenin devrinde devre konu olup olamayacağı meselesi, Őahsiyet haklarını ilgilendiren, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku yönünden tartıŐılan bir konu olababilir. Bu tartışma tamamen hukuk tekniğini ilgilendirir. Ancak genelevin, mameleki yönünü oluşturan maddi unsurlardan biri ve belki o olmazsa olmaz nitelikteki en baŐta geleni olan sermayelerinin, genel kadınların devri, herhangibir ticari iŐletmede çalıŐanların devrinden apayrı bir konudur. Zira genelevin herŐeyi ahlaka uygundur denilse, genel kadının vücudunu ve cinsiyetini para karşılığı satması yine de ahlaka aykırı olarak kalacaktır. Öyleyse genel kadının bir unsur olarak devrini müzakere etmek, köleliği yeniden hukuk düzeni içinde kabul edip tartıŐmak demektir. Zira esirden, köleden farksız bir surette devir sözkonusu olmaktadır.

Öte yandan Acemoğlu, ticari işletmenin devri sözleşmesinin özellikleri nedeniyle, BK. m. 20/2 nin bu sözleŐmeye uygulanamayacağını, bunun sonucunda, ticari işletmenin veya malvarlığına ait unsurların sadece birinin devri bu maddeye aykırı olsa dahi, bütün devir sözleşmesinin batıl olacağını belirtmektedir(27). Genelev sermayesi olan kadının işletmenin bir unsuru olarak devrini mümkün görüp görmediği tam anlaŐılamayan

yazarın, bu konuda bizim gibi düşünmediği kanaatindeyiz. Bu faraziyenin kabulü ve genelev kadınının devre konu unsurlara dahil edilmesi halinde devir sözleşmesinin bu kısmının ahlaka aykırılığı nedeniyle, BK.m.20/2 de öngörülen kısmi butlan hükümleri uygulanamayacağına, bu nedenle devir sözleşmesi tamamen batıl sayılacağına göre, devre konu olamayacak bir genelevin ticari işletme olarak kabul edilmesinin pratikte ne faydası olduğu tartışma götürür.

Son olarak belirtmek gerekirse, Yargıtay Ticaret Dairesinin 5.2.1960 tarih ve E/331, K/374 sayılı kararı, "bir şahsın başkasına icar niyetiyle, ecir isticar ederek bunların amellerini bir başkasına isticar etmesi hali"ni, TTK.m.12/12 anlamında tavassut işleri kapsamına almamış ve bu işi ticari işlerden saymamıştır. Bu karar da genel kadınların, işletmenin sermaye unsurunu oluşturamayacağı ve genelevin ticari işletme sayılamayacağı yolundaki fikrimizi destekler mahiyettedir.

Yargıtay, 14.1.1948 tarihli İBK.nda, geneleve kiralanan gayrimenkule ilişkin sözleşmenin ahlaka aykırılığı nedeniyle değil, ancak, mahiyeti nedeniyle ticari iş vasfını taşımadığı sonucuna varmıştır. Bu demektir ki, eğer tartışılmış olsaydı, Yargıtay, aynı gerekçeyle genelevin ticari işletme vasfını taşımadığı yolunda fikir beyan edecekti. Bu yorumun mefhum-u muhalifinden anlaşılan odur ki; hacim ve ehemmiyeti itibariyle ticari muhasebe ve diğer unsurları bünyesinde barındıran bir genelev Yargıtay'a göre ticari işletme sayılabilir.

S O N U Ç

1- Genelev faaliyeti, Borçlar Hukukunu da ilgilendiren yönüyle, ahlâka ve dolayısıyla kanuna aykırıdır. Bunun sonucu olarak bu sahada yapılan özel hukuk sözleşmeleri batıldır.

2- Kanun koyucu, bu kanuna aykırı faaliyeti cezalandırmamış, kamu hukuku alanında koyduğu kurallar ve idari tedbirlerle sona erdirmeye, önlemeye ve sınırlandırmaya gayret etmiştir.

3-Genelevlerle ilgili kamu hukuku düzenlemeleri, bu yerlerin ahlâka aykırılık vasfını ortadan kaldırmaya yönelik değildir. Yargıtay İBK. bu yönü nedeniyle tartışılmakta ve tenkid edilmektedir.

4- Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun ve onun mütemmimi olan Borçlar kanununun ayrılmaz bir cüzü olduğuna göre, tamamı özel hukuk sahasında sonuç icra eden bu kanunlardan MK. ve BK. açısından değerlendirilen her yönü, ahlâka aykırı olduğu için batıl sayılan genelevlerin, bu sistemin bir parçası olan Ticaret Hukuku yönünden de ahlaka aykırı sayılması ve Ticaret Kanununun, ticari işletme, tacir, ticari iş, ticari hüküm, ticari dava gibi, sahiplerine özel nitelikler ve imkanlar bahşeden, farklı mükellefiyetler yükleyen temel sıfatlarından ve mefhumlarından uzak kalmaları gerekir. Zira genelevlere Kamu Hukuku sahasından tanınmış olan hayat hakkı, Hicret Hukukunda da tanınırsa, bunun arkasından hiç şüphesiz ki, asıl hedef olan Medeni Hukuk/Borçlar Hukuku alanında meşruiyet talepleri gündeme gelecek, ondan sonra rahatlıkla Anayasal haklarından bahsetmeye başlayacaklardır.

5- Hukukçuya düşen, bu bataklıkları kurutmak için ilaç ve çare bulmaktır. Yoksa insanların hayat tarzını bataklıkta yaşayacak şekilde değiştirmek değildir.

6- Acemoğlu'nun kendince malum gerekçelerle, mesela genelevi devredenin de devralanın da aynı alemin parçaları olduğunu düşünerek, ticari işletmenin devri hükümlerine göre genelevin devrinin meşruiyetini ileri sürmüş olması da göstermektedir ki, Borçlar Kanununda düzenlenen bu devir keyfiyetine, Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan ticari işletme kavramı kullanılmak suretiyle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu da göstermektedir ki, ahlâka aykırı faaliyetlerin yolu Ticaret Kanununun kapısında kapanmazsa, o kapıdan Özel Hukukun tamamına sirayetleri mümkün olacaktır.

DİPNOTLAR :

- (1) Hüseyin HATEMİ, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, 1976, s. 261.
- (2) HATEMİ, s. 261.
- (3) 30 Temmuz 1948 Tarihli ve 6974 Sayılı Resmi Gazete ve 3. Tertip Düsturun c. 29/1314 sayısında yayınlanmıştır.
- (4) Selahattin Sulhi TEKİNAY, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s. 534, Kemalettin BİRSEN, **Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Kitap, Borçların Umumi Hükümleri**, İstanbul, 1954, s. 47/53.
- (5) BİRSEN, s. 126.
- (6) TEKİNAY, s. 536, Von TUHR, **Borçlar Hukuku, C, 1-2, Çev. Av. Cevat EDEGE**, Ankara, 1983, s. 248.
- (7) BİRSEN, s. 127.
- (8) İlhan E. POSTACIOĞLU, "Kronik", İHFM, C. 15, s. 1299, H. BECKER, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu, 1. Kısım, Genel Hükümler**, Ankara, 1967, s. 98,.
- (9) Esat ARSEBÜK, "Medeni Hukukta Ahlâk Kaidesinin Rolü", **Adliye Ceridesi**, 1937/924, s. 93.
- (10) Ali Naim İNAN, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ders Kitabı**, s. 124.
- (11) BİRSEN, s. 127.
- (12) HATEMİ, s. 162'deki dipnot 8. Fahişeliğin eski bir problem olduğu iddia edilerek de meşrulaştığı savunulamaz. Öyle olsaydı, köleliği ve ırk ayrımını kaldırmak için de çalışmaya gerek olmazdı.
- (13) HATEMİ, s. 261.
- (14) İNAN, s. 146, Von TUHR, s. 248, **Türk İçtihadları Külliyyatı, 1970-C, 1, s. 127**, Kevork ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin ve Mal Varlığının Devri, (Doçentlik Tezi)**, İstanbul, 1971, s. 63, Aksi görüşte olan, POSTACIOĞLU, s. 1290.

- (15) BECKER, s. 100.
- (16) BİRSEN, s. 350. Ayrıca bu maddenin tenkidi için bakınız: HATEMİ, a.g.e. ve TEKİNAY, s. 982.
- (17) BECKER, s. 98.
- (18) ARSEBÜK, s. 929.
- (19) Kanaatimizi destekleyen görüşler ve yabancı mahkeme kararları için bakınız: HATEMİ, s. 263.
- (20) ACEMOĞLU, s. 63. Bu görüşte olan aynı yazarlar için bakınız: SAYMEN-ELBİR-OĞUZMAN, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, 1. Borçlar Hukuku, İstanbul, 1953. SAYMEN-ELBİR, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul, 1966, s. 128.
- (21) Selim KANETİ, Vergi Hukuku, İstanbul, 1987, s. 9/10/11.
- (22) KANETİ, s. 48/49.
- (23) Sait Kemal MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1970, s. 148.
- (24) ACEMOĞLU, s. 63.
- (25) ACEMOĞLU, s. 19. Buradaki 21 nolu dipnota da bakınız.
- (26) ACEMOĞLU, s. 62.
- (27) Hayri DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, s. 96.
- (28) ACEMOĞLU, s. 63.