

ÖZEL HÜKÜM GENEL HÜKMÜ DAİMA BERTARAF EDER Mİ?

Prof. Dr. Tahir ÇAĞA (*)

Hukuk nizamımız çeşitli yaşam vakıalarına hukukî neticeler tertip eden çok sayıda mücerret (soyut) kurallardan oluşmaktadır. Hukuk kurallarımızın böyle soyut nitelikte olması keyfiliğe karşı duyduğumuz antipatinin, bir birinin aynı olan olaylarda aynı hukukun cari olmasını arzulayan adalet hissimizin gereğidir.

Hukuk kuralları, bazı nadir istisnalar dışında, iki unsurdan terekküp eder :

1 — **Maddî unsur** : Bu, hukuk nizamının kendisine hukukî netice tertip ettiği şartların bütünüdür.

2) **Hukukî netice** : Bu, maddî unsurun gerçekleşmesi halinde hukuk âleminde vukubulan değişikliktir.

Maddî unsur (Tatbestand) normal olarak **vakıalar** (1) kompleksinden (2) oluşur.

Maddî unsurla hukukî netice bir birine hukuk normu ile bağlanır. Maddî unsur gerçekleşince, hukuk normu icabı, hukukî netice de **zorunlu olarak** meydana gelir. Ezcümle bir otomobil bir şahsa çarpar ve yaralarsa (maddî unsur), işleten zararı tazmin mükellesiyeti altına girer (hukukî netice).

Görülüyor ki maddî unsur ile hukukî netice arasında bir **tebaiyet** (bir birine tâbi olma) münasebeti mevcuttur. Fakat bu, doğada sebep ile netice arasında olduğu gibi **illi** (causal) bir tebaiyet münasebeti değildir. İlli bağlantı bidayetten beri mevcut olup

(*) İstanbul Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Bazen **haklar** da hukukî neticenin şartları arasında yer almaktadır: meselâ mülkiyeti başkasına devir edenin **mülkiyet hakkı**, mülkiyetin intikali neticesinin şartlarından biridir.

(2) İstisnaen tek bir vakıadan oluşur: Ezcümle bir şey üzerindeki mülkiyet hakkı, o şeyin telef olmasıyla son bulur; rüşt onsekiz yaşın ikmalî ile başlar

daima aynı kalır, insan bunu etkileyemez. Halbuki hukuk âlemindeki bağlantı (maddi unsur - hukuki netice bağlantısı) bir hukuk kuralı bunu öngördüğü için mevcuttur. Doğa kanunu açıklayıcı bir niteliğe, hukuk kuralı ise kurucu bir güce sahiptir.

Maddi unsur ile hukuki netice arasındaki bağlantı, **zorunlu mantıkî** bir bağlantı da değildir. Burada belirli bir vakıa veya vakıalar kompleksi, sırf kanun koyucu öyle istediği için belirli bir hukuki netice tevhit eder, yoksa mantıkî bir zaruret icabı olarak değil.

Bu açıklamalardan anlaşılıyor ki maddi unsur ile hukuki netice arasındaki bağlantı ne illî (causal) ne de mantıkî bir tebaiyet olmayıp, insan (kanun koyucu) tarafından arzu edilmiş olan, **iradi** (keyfi) bir bağlantıdır. Bu sebeble kanun koyucu buna istediği şekli verebileceği gibi onu tadil veya belirli haller için refi de edebilir. Hukuki tebaiyet münasebetleri kanun koyucu tarafından belirli amaçlar uğruna kurulur: (3) maddi unsur ve hukuki netice arasındaki ilişki araç - amaç ilişkisidir.

İllî (ve mantıkî) bağlantı ile hukuki bağlantı arasındaki bu mahiyet farkına rağmen doğada ve hukuk alanındaki oluşumlar arasında tam bir ayniyet mevcuttur. Zira bir hukuk düzeni bir vakıayı maddi unsur olarak bir hukuki netice ile bir kere bağladı mı bu bağlılık doğada olduğu gibi, zorunlu ve ihlâlî imkânsızdır (4). Kanun tarafından bir hukuki neticenin maddi unsuru olarak kabul edilmiş olan vakıa bir olayda gerçekleşdi mi öngörülen hukuki netice de, doğada sebebin gerçekleşmesi halinde neticenin meydana gelmesi nasıl zaruri ise, değiştirilmesi mümkün olmayan bir zaruret olarak kendiliğinden hasıl olur (5). Diğer cihetten hukuki netice ancak maddi unsuru teşkil eden vakıaların **tümü**, yani son vakıa gerçekleştiği takdirde meydana gelir.

Doğa ve hukuk alanlarındaki oluşumlar arasında mevcut bu ayniyet dolayısıyla doğada sebep-netice ilişkisi için kullanılan il-

(3) Bak. **Stamm**ler, Theorie der Rechtswissenschaft 1911, s. 69: «Bir hukuk kuralı koyan kimse tecrübe âleminde bir vakıa iddia etmez, belirli amaçlar güder.»

(4) **Kelsen**, Reine Rechtslehre 1934, s. 23.

(5) Öteden beri hep sözünü ettiğimiz hukuki netice, tıpkı hukuk normu gibi, manevî (fikrî) âleme mensuptur. Dış (maddi) âlemde hukuki neticeye tekabül eden durumun gerçekleşmesi başka bir mesele olup yerine göre bazı zorluk ve gecikmelere maruz kalabilir, bak. v. **Tuhr**, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts 1910/18 cd II kısım I s. 6 N 11.

liyet sözünden esenleşerek ve fakat aynı zamanda mahiyet farkını da belirtmek üzere hukuk alanındaki maddi unsur-hukuki netice bağlantısına «**hukuki illiyet**» (juristische Kausalität) denmektedir (6). Hukuki illiyet hukuk nizamının temel kanunudur ve bir hukuk normunda ifade edilmesine de ihtiyaç yoktur.

Yukarıda da işaret olunduğu veçhile maddi unsur ile hukuki netice arasındaki bağlantı kanun koyucunun iradesiyle kurulmuş olduğundan kanun koyucu belirli haller için bu bağlantıyı kesebilir ve gerçekten de bunu bazen yapmaktadır:

Kanun koyucu bunu bazen :

«Şu ve şu hükümler uygulanmaz (7) (bak. TK mad. 329) veya

«Şu ve şu hükümler saklıdır» (bak. BK 172, 231 fk 3)

«aksine hüküm bulunmadıkça...»

demek suretiyle veya istisna öngörerek (bak. BK 123, TK. 329) bunu açıkça ifade etmektedir.

Kanun koyucunun, bir hukuk normunda maddi unsur ile hukuki netice arasında tesis edilmiş olan bağlantının belirli hallerde kesilmesi yolundaki iradesinin kanunda daima açık olarak ifade edilmiş olması gerekmez, böyle bir sonuç söz konusu hükümlerin amaçlarından da **çıkabilir**. Gerçekten kanun koyucu bazen mevcut (genel) bir normun kapsamına giren olaylardan (meselelerden) belirli bir kısmını özelliklerinden ötürü ayrıca düzenlemektedir (özel norm). Böyle bir halde kanun koyucu söz konusu olaylara genel normun değil de **münhasıran** özel normun uygulanmasını irade etmiş **olabilir** (8). Bu takdirde kanun koyucunun **amacına** uygun olarak özel norm genel normu bertaraf eder (lex specialis derogat legi generali). Böyle bir durumun ne zaman mevcut olacağının tesbiti için her şeyden önce **özel hüküm - genel hü-**

(6) Bu tabiri ilk kullanan **Zitelmann**'dır (Irrtum und Rechtsgeschäft 1879 s. 202 ve dv.. Hukuki illiyet adı verilen bu prensip, genel illiyet kavramının» uygun illiyet teorisi = adäquate Verursachungstheorie» anlamında sınırlanmış şeklini ifade için kullanılan «hukuki illiyet» ile karıştırmamalıdır.

(7) Yani maddi unsurunun gerçekleşmiş olmasına rağmen; zira maddi unsur gerçekleşmeyince hükmün uygulanmayacağı kendiliğinden anlaşılan bir keyfiyettir.

(8) Fakat mutlaka böyle olması zorunlu değildir. Zira kanun koyucu özel hüküm sevk etmekle hak sahibinin durumunu daha da iyileştirmek, onu özel ve genel normdan dilediğine dayanmakta serbest bırakmak suretiyle yeni imkânlar tanımak istemiş de olabilir.

küm kavramlarının aydınlığa kavuşturulması ve özel hükmün hangi şartlar altında genel hükmü bertaraf edeceğinin araştırılması gerekmektedir.

II — Özel hüküm - Genel hüküm kavramları :

Özel - genel hüküm ilişkisi, iki hukuk normunun **maddi unsurları** arasındaki belirli bir **nisbetten** ibarettir. İki normun maddi unsurları arasındaki **nisbet** açısından şu imkânlar vardır :

1) Birinci imkân, her iki normun maddi unsurlarının bir birinden **tamamen ayrı** olmaları, müşterek hiç bir noktalarının bulunmaması halidir. Meselâ Medenî Kanunun 30. maddesi ile Borçlar Kanununun 41. maddesi gibi.

2) İkinci ihtimal, birincisinin tam aksi, yani her iki normun maddi unsurlarının **tamamen aynı** olmalarıdır (9). Bu takdirde normlardan birinin maddi unsuru gerçekleşince diğerininki de gerçekleşmiş olur. Bu durumda her iki normun öngördüğü hukuki neticeler zorunlu olarak bir birinden farklı olmak lâzımdır; zira aksi halde normlardan biri diğerinin tekrarından ibaret, haşiv bir norm olur.

3) Üçüncü ihtimal her iki normun maddi unsurlarının ne tamamen farklı ne de tamamen aynı olmayıp **müşterek bazı noktaları** bulunmasıdır. Bunda da iki talî ihtimal vardır:

A — Her iki normun maddi unsurlarının bir veya müteaddit müşterek noktalarının bulunması, bunun dışında farklı olmalarıdır: (a) normunun maddi unsuru $x+y$, (b) normunun maddi unsuru ise $x+z$ vakıalarından oluşmaktadır. Her iki maddi unsurun müşterek noktası x (ki bir veya birden çok vakıa olabilir), ayrıldıkları husus ise birinde bu müşterek x vakıasına y , diğerinde ise z vakıa veya vakıalarının inzıمامıdır (10). Müşahhas (somut) bir olayda her iki normun maddi unsuru aynı zamanda gerçekleşebilir (fakat bu zorunlu değildir), bunun için müşahhas olayda x , y ve z vakıalarının birlikte gerçekleşmeleri lâzımdır.

(9) Bak. v. Tuhr, Allg. Teil cd II kısım I s. 14; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Bechts, 1930/32 cd I § 127, I. Bu ihtimale misal: Borçlar Kanunu mad. 106, fk. 2 veya 202 fk. 1.

(10) En çok rastlanan hal budur: meselâ sözleşmeye ilişkin bütün hükümlerde akit unsuru müşterek olup bunun dışında kalan hususlarda maddi unsurlar farklıdır; akde aykırılığı ve haksız fiilleri düzenleyen hükümlerin maddi unsurlarında fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı müşterektir v.s.

B — Üçüncü ihtimalin ikinci şekli, (a) normunun maddi unsurunun x, (b) normunun maddi unsurunun ise x+y olması halidir. Bu durumda (b) normu **daima** aynı zamanda (a) normunun maddi unsurunu (x) ihtiva edip buna y vakıalarını eklemektedir. Böylece (b) normu (a) normunun uygulanma alanından **özel** bir hali düzenlemektedir. (b) normunun maddi unsuru gerçekleşince **mutlaka** (a) normunun maddi unsuru da gerçekleşmiş olur. İşte maddi unsurları arasında böyle bir münasebet bulunan iki normdan (b) normuna (a) normuna nisbetle **özel hüküm**, (a) normuna da (b) normuna nisbetle **genel hüküm** niteliğini haiz olur. (b) normunun maddi unsurunda yer alan (y) vakıasına veya vakıalarına «**özellik unsuru**» (spezialisierindes Moment) denmektedir. Şu halde özel-genel hüküm kavramlarını şöyle tarif edebiliriz: «Bir hükmün maddi unsurunda **daima** diğer bir hükmün maddi unsuru ve buna ilâveten diğer bazı vakıa veya vakıalar yer alıyorsa bu takdirde birinci hüküm ikincisine nisbetle **özel**, ikincisi de birincisine nisbetle **genel hüküm** niteliğindedir.». Özel hükmün kapsamına giren **bütün haller** gene hükmün de kapsamına girer.

Özel ve genel hüküm kavramları **nisbî** birer kavramdır. Bir hüküm kendi başına değil, ancak belli başka bir hükme nisbetle özel hüküm olabilir. Aynı şey genel hüküm için de geçerlidir. Bir hükmün özel hüküm niteliğinde olduğundan söz eden kimse onun hangi hükme nisbetle bu nitelikte olduğunu açıklamalı, ona nisbetle genel hüküm niteliğinde olan hükmü göstermelidir. Bir hüküm aynı zamanda bir hükme nisbetle özel, diğer bir hükme nisbetle de genel hüküm niteliğinde olabilir. Ezcümle Borçlar Kanununun 103. maddesi 96. maddesine nisbetle özel hüküm, 106. maddeye nisbetle de genel hüküm niteliğindedir.

Özel-genel hüküm ilişkilerine ait misaller :

1) Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde temerrüde dair olan hükümler (mad. 106 ve dev.) genel olarak temerrüdü düzenleyen hükümlere (mad. 101 ve dev.) nisbetle özel hükümdürler.

2) Borçlar Hukukunun belirli akit nevilerinde sözleşmeyi ihlâlin sonuçlarını düzenliyen hükümler (meselâ mad. 187/88 gibi) mad. 96/98 e nisbetle özel hükümdürler. Kira, alım-satım ve sair akitlerin her ihlâli bir sözleşme ihlâlidir ve Borçlar Kanununun umumi kısmında akdin ihlâline mütedair hükümlerin kapsamına girer. Hususi kısımdaki hükümlerin özellik unsuru belirli bir akit tipinin söz konusu olmasıdır.

3) Borçlar Kanununun 102 ve 119 uncu maddeleri 96. ve devamı maddelerine nisbetle özel hüküm niteliğindedirler (11).

III — Özel hükmün genel hükmü bertaraf etmesinin şartları:

Acaba özel hüküm kapsamına giren **bütün** hallerde genel hüküm bertaraf eder, onun uygulanmasına engel olur mu?

Bu soruya müsbet cevap verilmesi hukuk âleminde oldukça yaygındır (12). Hele memleketimizde bunun aksinin telâffuz edildiğine hemen hemen rastlanmamaktadır. Üstelik te bunun bağlayıcı nitelikte bir müsbet hukuk kuralı olduğu sanılmaktadır :

Bak. **Ahmet İyimaya**, Tazminatın çokluğu sorunu yahut normatif tazminattan keyfî tazminata doğru, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990, sayı 2, s. 183 : «Bu çözüm, 'özel hüküm dururken genel hüküm uygulanamaz' yollu temel hukuk kuralının doğal sonucudur.» (13).

Yargıtay da 4.6.1958 tarih ve 15/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında aynen :

«Umumi hükümle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye **ancak** hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi kaidelerindendir.» demektedir.

Bu görüş, biraz sonra görüleceği veçhile, sadece bir alışkanlığın eseri olup (14) tamamen isabetsiz ve müsbet hukuk ile çelişki halindedir. Şöyle ki :

Bir kere bazen bizzat kanun özel hükmün yanında genel hükmün de uygulanmasını öngörmektedir (15). Misal: Borçlar Kanunumuz 202 ve 203. maddelerinde, alım-satım sözleşmesinde alıcıya teslim edilen malın satıcının tekeffülü altındaki bir ayıpla malûl olması halinde alıcının ne gibi hakları haiz olacağı meselesini

(11) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Çağa**, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschen und schweizerischen Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Aarzuua 1939, s. 141/42.

(12) Alman ve İsviçre Hukuku için bak. **Çağa**, age., s. 145/46 da zikredilen yazarlar ve mahkeme kararları.

(13) Yazar aynı görüşte olan yazarları orada dipnotu 11 de birer birer saymaktadır. Başka görüşte olan da pek yok ki.

(14) Bu alışkanlığın «lex specialis derogat legi generali» (özel hüküm genel hükmü bertaraf eder) sözlerinin bağlayıcı nitelikte bir müsbet hukuk kuralı olduğu zannedilmesinden kaynaklanmaktadır.

(15) Bu gibi hükümler kurucu değil, açıklayıcı niteliktedirler.

düzenlemekte ve genel hüküm niteliğinde olan 202. maddeye nisbetle özel hüküm olan 203. maddesinde aynen şöyle demektedir:

«Mebi, mikdarı muayyen misli şeylerden ise müşteri dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip mebiin ayıptan âri misliyle değiştirilmesini dava edebilir.»

Görülüyor ki alıcı 203. maddenin özel hükmüne istinatla ayıpsız mal teslimini talep veya 202. maddedeki genel hüküm gereğince sözleşmeyi fesih yahut semenin tenzilini talep edebilir. Madde 203 teki hükmün özellik unsuru, mebiin misliye muayyen mal olmasıdır.

Başka bir misal : İsviçre Borçlar Kanununun 88. maddesi aynen şöyledir : (16)

«Borcu ödeyen borçlu bir makbuz ve borcun tamamı te-diye edilmişse senedin de geri verilmesini veya iptalini istemek hakkını haizdir.»

Madde biri genel ve diğeri özel olmak üzere iki hükmü ihtiva etmektedir. Genel hüküm, borcu ödeyen borçlunun alacaklıdan bir makbuz verilmesini istemek hakkını öngören hüküm, özel hüküm ise ödenen borcun senetli bir borç olması (özellik unsuru) halinde ayrıca yani makbuzdan başka senedin de kendisine verilmesini veya iptalini istemek hakkını öngören hükümdür. Görüldüğü veçhile kanun her iki hükmün birden (cumulatif olarak) uygulanmasını istemektedir.

Kanunun bu şekilde tasrih etmemesine rağmen kanun koyucunun arzu ve iradesi icabı özel hüküm kapsamına giren olaylarda seçimlik (alternatif) olarak genel hükmün uygulandığı haller de mevcuttur :

1) Bir sözleşme ihlâlinde alacaklı prensip olarak borçlar hukukunun gerek hususi kısmında yer alan özel hükümlerine gerekse umumi kısmındaki genel hükümlere istinaden hak ileri sürebilir. Misal: alım-satım akdinde kusurlu olarak ayıplı mal teslimi

(16) Borçlar Kanunumuzun bunun bir tercümesi olan 87. maddesinde tercüme hatası olarak (ve) sözü (veya) şeklinde çevrilmiş (de) sözcüğü de düşmüştür. Kanun Koyucumuz tarafından iktibas sırasında bu tarzda bir değişiklik yapılmasının arzu edildiğini gösteren hiç bir delil ve emare bulunmadığından madde İsviçre Borçlar Kanunundaki aslı gibi anlaşılacak lâzımdır.

sözleşmenin kusurlu bir şekilde ihlâlidir. Burada alıcı ayıba ilişkin hükümlerden (BK. 194 ve dev.) mütevellit haklarının yanında genel hükümlere (BK. 96 ve dev.) müsteniden satıcıdan tazminat talep edebilir (17).

2) BK. 96-100 de borcun ifa edilmemesi halini düzenleyen genel hükümler temerrüt, yani BK. 101 ve devamında özel hükümlerin konusu olan hallerde de caridirler (18).

3) Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde temerrüdü düzenleyen BK. 106 ve dev. aynı konuyu bütün borç münasebetleri için tanzim eden BK. 101 ve devamına nisbetle özel hüküm niteliğindedirler. Genel hüküm mahiyetinde olan BK. 101 ve devamı karşılıklı taahhütleri havi akitlerde de caridirler (19).

Görülüyor ki yukarıdan beri zikrolunan hallerde -ki bunların sayısını artırmak mümkündür- özel hükmün kapsamına giren olaylarda genel hüküm onun yanında alternatif (seçimlik) olarak veya onu tamamlamak üzere uygulanmaktadır. Bu sebeble özel hükmün **daima**, her hâlükârda genel hükmü bertaraf edeceğini söylemek asla doğru ve isabetli değildir (20). Başka bir deyişle, iki hükmün bir birine nisbetle özel ve genel hüküm teşkil etmeleri genel hükmün bertaraf edilmesi için yeterli değildir. Kanun koyucunun bir özel hüküm sevkederken bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün uygulanmayıp münhasıran özel hükmün uygulanmasını, özel hükmün «exclusif» (genel hükmü bertaraf edici) nitelikte olmasını arzu ve irade etmiş olması da lâzımdır. Diğer bir deyişle «lex specialis derogat legi generali» (özel hüküm genel hükmü bertaraf eder) esası da tıpkı «lex posterior derogat legi priori» (Sonraki kanun kendisine aykırı olan önceki kanunu yürürlükten kaldırır) esası gibi bağlayıcı nitelikte bir müsbet hukuk normu olmayıp (21) ancak kanun koyucunun bunu

(17) Gerek Alman gerekse İsviçre Hukukunda baskın görüş böyledir, bak. **Staudinger** (9. baskı) 6 vor §§ 459 ff.; RGRKomm. § 459, 7B, bilhassa g; **Enneccerus II** § 112 I. 3 ve orada zikredilen yazarlar; RG 66, 291. **Oser**, Art. 197 N 6 ve 192 N 1; **Becker** 6 vor Art. 97/109 ve 3 vor Art. 197/210; Guhl, Obligationenrecht 1933 S. 164 ve 158; BGE 41 II 736; 46 II 497 ff.

(18) **Oser** N 8 vor Art. 97/109.

(19) **Oser** Art. 107 N 19; RG 68, 192 ff.

(20) **Enneccerus-Nipperdey I** § 54a N 4: «Özel hükmün genel hükmü daima bertaraf edeceğini söylemek doğru değildir.»

(21) Lex posterior legi priori'nin bu niteliği hakkında bak. **W. Burckhardt**, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, s. 89 **Z. Giacometti**,

arzu ve trade etmiş olması halinde geçerlidir. Kanun koyucunun kasdının bu yönde olduğu nereden anlaşılacaktır? Kanun bazen bunu direkt veya dolaylı olarak bizzat açıkça ifade eder. Ezcümle İsviçre Federal Ceza Kanunu 120. maddesinde (4. bentte) kendisine nisbetle genel hüküm niteliğinde olan 32. maddenin uygulanmayacağını tasrih etmektedir. Kanun bazı maddelerinde «aksine hüküm yoksa...» demek suretiyle aksine hüküm ihtiva eden özel normların «exclusif = genel hükmü bertaraf edici» nitelikte olduklarını dolaylı olarak ifade etmektedir. Ezcümle Alman Medeni Kanunu (BGB) § 276 da «Borçlu, aksine hüküm bulunmadıkça, kasıt ve ihmalden mesuldür. Muamelât hayatında beklenen dikkat ve ihtimamı göstermeyen kimse ihmalkâr davranmış olur.» Âriyet sözleşmesine, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufa ve (âdi) şirkete ait sırasıyla 599, 690 ve 708 inci paragraflarda aksine hüküm bulunduğundan özel hüküm niteliğindeki bu paragraflar genel hüküm olan § 276 yı bertaraf edici (exclusif) mahiyettedirler. 22.5.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 1. maddesinin 1. fıkrasında «Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi surette cari olan esas bu kanunda hilâfı yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur» demek suretiyle Askeri Ceza Kanununda cürüm ve cezalar hakkında sevk edilmiş özel hükümlerin Türk Ceza Kanununda aynı konuya ilişkin genel nitelikteki hükümlerini bertaraf edici (exclusif) mahiyette olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu sebeple meselâ Askeri Ceza Kanununun askeri eşyanın sirkatine ait 131. maddesindeki hüküm Türk Ceza Kanununun sirkat hakkındaki 491. maddesinin genel hükmünü bertaraf etmektedir. Kanun koyucu maksadını bu suretle (direkt veya dolaylı olarak) açıklamamışsa ve maddenin yazılış tarzından da bu konuda bir sonuca varılamıyorsa (22) bu takdirde kanunun özel hükümle güttüğü amaca

Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts Bd I Zürich 1960 s. 183/84; H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 s. 308; aynı yazar, Das Problem der Souverenität und die Theorie des Völkerrechts, 1920 s. 115 aynı yazar, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979 s. 102/103; Çağa, Ticaret Kanununun 822. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendi mülga mıdır? VI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 15.4.1989, s. 301/302.

- (22) Bak. BGB § 971: «Lukatayı bulan kimse malsahibinden ücret talep edebilir. Bu ücret lukatanın üçyüz Marka kadar olan kısmı için yüzde beş, fazlası için yüzde bir, hayvanlarda yüzde birdir.» Burada hayvanlar için sevk edilen özel hükmün «exclusif» olduğu, yani hayvanın değeri üçyüz Marktan fazla dahi olsa yine yüzde bir ücret istenebileceği maddenin yazılış tarzından çıkmaktadır.

bakılmak lazımdır. Genel hükmün alternatif (seçimlik) olarak uygulanması özel hükümle güdülen amacı akım bırakacaksa özel hükmün (exclusif = genel hükmü bertaraf edici) olduğu kabul edilmelidir. Genel hükmün her bakımdan hak sahibi için avantajlı olması halinde durum böyledir. Zira hak sahibi bu takdirde daim kendisi için avantajlı olan genel hükme istinat edecek, binnetice özel hüküm hiç uygulanamayacak ve kanunun özel hükümle varmak istediği amaç ve sonuç akamete uğrayacaktır (23).

(23) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Çağa, age., sh. 150'vd.