

KİTAP TAHLİL VE TENKİDİ

Prof. Dr. Öztekin TOSUN

**Eralp Özgen: Ceza muhakemesinin yenilenmesi. Ankara
1968 (XII + 184 sahife)**

Eser bir giriş, dört bölüm ve bir netice kısmından meydana gelmiştir. Giriş bölümünde yazar esas itibarile incelemesinin plânını vermiştir. Netice kısmında, yapılmış olan incelemelerin ışığı altında kanunumuzdan çıkarılması ve kanunumuza eklenmesi gerekli hükümler özetlenmiştir.

Eserin birinci bölümü muhakemenin yenilenmesi müessesesinin esası, ikinci bölümü muhakemenin yenilenmesinin şümûlü ve konusu, üçüncü bölümü muhakemenin yenilenmesi sebepleri, dördüncü bölümü muhakemenin yenilenmesinde usûl hükümleri başlığını taşımaktadır. Biz, bu kısımlarda yer alan açıklamaların özetini yapacak değiliz; çünkü, böyle bir özet eksik kalmaya mahkûmdur; üzerinde uzun emek verilmiş bir incelemenin aslını okumak ile özetini okumak muhakkak ki aynı değildir. Bu bakımdan, biz incelemenin tümü hakkında görüşlerimizi yansıtmaya çalışmakla yetineceğiz. Bunu da şekil ve muhteva bakımından sunacağız.

I — Şekil bakımından :

Şekil bakımından görüşlerimiz kullanılan dil ve sistematik yönünden olabilecektir.

Eserin dili akıcıdır; kullanılan kelimeler eski ve ağır değildir.

Bu bakımdan, durum memnunluk vericidir. Kitabın 154. sahifesinde «davayı üstlenen kimse», «talebi üstlenmişlerse» gibi bir terimle karşılaşmaktayız. Böyle bir terim bize biraz yabancı gelmiş bulunmaktadır. Talebi üstlenmek, talepte bulunmak, istemek, dava açmak gibi terimlerle ifade edilebilmek gerekirdi; zaten evvelce dava açılmış olması halinde, şahsî davada savcının yaptığını ifadede kullanıldığı gibi, davayı üzerine almak denebilirdi.

Gerek dil gerekse sistematik bakımından ortak bir tenkidimiz de kitabın adıdır. Kitabın adı hakkında dil bakımından söyleyeceklerimiz bu adda kullanılan muhakeme kelimesini ilgilendirecektir. Kanunumuz bu kuruma «Muhakemenin iadesi» adını vermiştir. Yazar, kanundaki terimi ne için muhakemenin yenilenmesi olarak değiştirdiğini söylememiştir; bu hususta Kunter'in ve Erem'in kullandığı terimi almış olduğu anlaşılmaktadır. Kanımızca, bu nokta üzerinde biraz durularak daha uygun bir terim yaratılabilir. Muhakemenin yenilenmesi terimi çok geniş görünmekte ve gerek ön, gerekse son soruşturmanın yenilenmesini içine almaktadır. Burada kullanıldığı anlamda muhakemenin yenilenmesi teriminin ön soruşturmanın yenilenmesi (riapertura dell'istruzione) anlamında olmadığı açıktır. Bu durumda, muhakeme teriminin son soruşturma anlamında kullanıldığı sonucuna varılmalıdır. Muhakeme teriminin son soruşturma anlamında kullanılması gelişme prensibine göre açıklanabilir. Kunter'in çok güzel ortaya koyduğu gibi, muhakemenin hukukça düzenlenmesi tarih içinde son soruşturmadan ön soruşturmaya doğru bir akış göstermiştir. Demek ki, başlangıçta muhakeme deyince bundan ancak son soruşturma anlaşılmıştır. Zamanladır ki, muhakemenin son soruşturmadan ibaret olmadığı, fakat bir ön soruşturma da bulunduğu kabul edilmiştir. Böyle olunca, kanunumuzun kullanmış olduğu «muhakemenin iadesi» terimindeki «muhakeme» kelimesinin «son soruşturma» şeklinde değiştirilmesi uygun olur zannındayız. Bu suretle bir de «önsoruşturmanın yenilenmesi»'nden söz edilmesi de mümkün olacaktır ki, Kunter bunu muhakemenin dirilmesi adı ile anlatmaktadır. Sistematik bakımdan kitabın adı üzerinde durduğumuzda ise onun kitabın muhtevasına uymadığı, daha geniş olduğu zannındayız. Kitapta mukayeseli hukuka ve tarihçe bahsine ayrıca bir yer verilmiş değildir. Alman hukukuna yapılan atıflar bizim kanunumuzu açıklamak, boşluklarını doldurmak bakımından olmuştur. Bu yüzden kitabın sadece çağdaş Türk hukukunda sonsoruşturmanın yenilenmesi üzerinde durduğu

sonucuna varılmaktadır. Bunu böyle bir kere tespit ettikten sonra, biraz daha yakından bakıldığında, kitapta bu kurumun Türk hukukunda geçirdiği bütün gelişmeler üzerinde durulmadığı, yani bir tarihçe kısmının yer almadığı da görülmektedir. Bu durumda, kitabın sadece Ceza Muhakemeleri Usûlü kanunumuzdaki hükümleri konu aldığı meselâ, Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve yargılama Usûlü Kanunu hükümlerine bakılmadığı gözönüne alınarak kitabın adının Ceza Muhakemesi Kanunumuzda Muhakemenin Yenilenmesi» şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Sistematik bakımından üzerinde durulabilecek bir başka nokta, bazı önemli hususların kitabın metninde yer alması gerekirken dip notlarına bırakılması ve konu ile ilgili olmayan bazı açıklamaların dip notta değil metinde yer almasıdır. 14. sahifede not 46'da verilmiş soruşturmanın yenilenmesi hakkındaki tarihî bilgilerin, 102. sahifede not 148'deki aksi yöndeki fikirlerin, 106. sahifede not 170'de verilmiş misalin, 107. sahifede not 176'deki son karar kesinleşmeden yapılmış itirafın soruşturmanın yenilenmesine sebep olabileceği hakkındaki açıklamanın, 128. sahifedeki not 75'de yetkili mahkemenin neresi olabileceği hakkındaki münakaşanın, 130. sahifede not 79'da soruşturmanın yenilenmesi isteğinin tetkikinin evrak üzerinde yapılması usûlünün tenkidi hakkındaki satırların yeri dip notu olmamak gerekmektedir; çünkü bunlar kitabın tam konusunu teşkil eden açıklamalar olup, metinde yer alacak önemdedir. Dip notlarında ancak konunun kendisini teşkil etmemekle beraber, konu ile yakından uzaktan ilgili hususlara yer verilmesi uygun olur. Bunun tam tersi olan bir duruma. 100. sahifede rastlamaktayız. Burada Yeni delil veya vakıanın ne olduğu ve ne olmadığı üzerinde durulurken, değişen içtihatlarla dayanarak eski hükümlerin değişmemesi konusu ele alınmakta ve bunun doğru olmadığı sonucuna varılmaktadır. İçtihatların değişmesinin yeni delil sayılıp sayılmıyacağı konunun tam kendisidir; bunun yeni delil olmadığı sonucuna varılmakla mesele bitmiştir. Ayrıca, içtihat değişikliğinin, yeni delil olmasa da, hükümlere tesir etmesi gerekip gerekmediği meselesi bir yan mesele olmaktadır. Bunun yeri olsa olsa bir dip notu olabilirdi, fikrindeyiz; ;halbuki konu metin içinde incelenmiştir.

Nihayet sistematik bakımından üzerinde son durduğumuz bir husus da kısa muhakeme adı verilen konudur. Kısa muhakeme başlığı altında mahkûm öldüğü veya hatta hayatta olduğu takdirde

mahkemenin duruşma yapmaksızın beraat kararı vermesi hakkındaki hükümler incelenmiştir. Bu konu, son soruşturma konusudur; bu bakımdan son soruşturmadan söz eden kısmın içinde yani 157. sayfeden başlayan kısım içinde yer almak gerekirdi, fikrindeyiz.

II) Muhteva bakımından :

Bu bakımdan incelememizi üç kısımda yapabiliriz: Daha fazla açıklanması gereken noktalar, katılmadığımız noktalar ve özellikle beğendiğimiz noktalar.

1) Daha fazla açıklanması gereken noktalar :

a) Ferdileştirme konusu ile soruşturmanın yenilenmesi arasındaki ilişkiye 18. sayfede 62 sayılı notta değinilmekle yetinilmiştir. Konu, üzerinde ayrıca durulacak kadar önemli görünmektedir. Bu bakımdan gerekli yer verilmelidir.

b) Karar tashihi kurumu ile soruşturmanın yenilenmesi kurumu arasında karşılaştırmaya 21. sayfede değinilmiştir. Bu konu üzerinde ayrıca bir kısımda durulması uygun olurdu. (Meselâ, Birinci Bölüm, III'de), diye düşünmekteyiz.

c) Kitabın 3. sahifesinde bütün hukuk sistemlerinde sanığın suçsuz sayılacağı esasının kabul edildiği belirtilmektedir. Bu ifade daha açıklığa kavuşturulmalıdır. Kunter'in iyi bir şekilde açıkladığı gibi, bugün bu safha da aşılmaktadır. Muhakemenin gayesi sanığın korunmasından ibaret olduğu zamanlardadır ki, sanığın masumluluğu kabul edilmektedir; bugün sanığın ne suçluluğu ne masumluluğu söz konusudur; sanık sanıktır, yani suçlu veya masum olduğu anlaşılacak olan kimsedir.

Ayrıca, sanığın masumluluğu hakkında sadece Code of Criminal Procedure of the State of Newyork kanununun 389. maddesindeki hükme atıf yapıldığı görülmektedir. Buna gelinceye kadar 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, Birleşmiş Milletlerin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi üzerinde durulması gerekirdi. (Bu hususta, Kunter; Ceza Muhakemesi Hukuku. İst. 1967, sh. 17/18).

ç) Sahte vesika üzerinde dururken (özellikle, sh. 68). bu hu-

susta Erman'ın evrakta sahtekârlık kitabına da bakılması gerektiği görüşündeyiz.

d) Bilirkişiden söz edilirken (sh 71) doktrinde (meselâ, Kunter: a.g.e., sh. 386) teknik müşavir denen taraf bilirkişisinin duruma da değinmek mümkündür.

e) Kitabın bir çok kısımlarında yazar şahsî kanaatlerini belirtmeği ihmal etmemekle beraber bazan bunu yapmamıştır. 65, 73, 127 ve 155. sahifelerdeki durum böyledir. Yazar, bir kısım yazarların vesikanın duruşmada kullanılması hakkındaki 327 ve 328. maddelerin ilk bendindeki ifadenin kanunda yer almasının lüzumsuz olduğunu söylemelerine karşılık, bir kısım yazarların hükme tesir etme ile yetindiklerine değinmekte, bu konuda kendi fikrini açıklamamaktadır. (sh. 65). Bunun gibi, bilirkişinin taksirli olarak gerçeğe aykırı rapor vermesi halinde yenileme yönüne gidilebileceğini ileri sürenler olduğu gibi, gidilemeyeceğini ileri sürenlerin de varlığına değinilmiş, bu konuda şahsî fikir beyan edilmemiştir (sh. 73). Sorsuşturmanın yenilenmesinde yetkili mahkemenin eski hükmü veren mi, yoksa başka bir mahkeme mi olması gerektiği hususunda Alman yazarlarının gerekçeleri yansıtılmakla beraber hangi fikirle taraflı olduğu açık bir şekilde anlaşılamamaktadır (sh. 125 - 129). Daha fazla başka mahkeme soruşturma yapmalıdır fikrine yatkınlık varsada, bu fikirler devamlı olarak başka yazarlardan alınmış görüldüğü için, bu hususta açık bir tutum takınılması uygun olurdu diye düşünmekteyiz. Nihayet duruşma yapılmadan beraat ile sonuçlanan muhakeme şeklinin tenkit edildiğine değinilmiş (sh. 155), fakat bu tenkide katılıp katılmadığı hususu açıklanmamıştır.

Birbirini reddeden görüşler ortaya konduğu zaman yazarların bunlardan hangisine katıldıklarını ve gerekçelerini belirtmeleri veya niçin hiç birine katılmadıklarını açıklamaları ve bunu bir tabiat haline getirmeleri taraflısıyız.

2) Katılmadığımız noktalar :

a) Yazar kitabının bir kaç yerinde, mevzuatımızda hukukî bir hatanın sebep olduğu haksızlıkların düzeltilmesi yolunun bulunmadığından (meselâ, sh. 19 ve 172) şikâyet etmekte, hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkabilecek hukukî hataları tamir için yegâne yolun af olduğunu düşünmektedir (meselâ, sh. 27). Alman yazar

ları bakımından durum böyle olabilir; fakat bizde hukukî hataların yargı halini alan kararlar bakımından da düzeltilmesini mümkün kılan Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (olağanüstü acele itiraz), karar düzeltilmesi, Yargıtayın incelemesinden geçmemiş kararlar için de yazılı emirle bozma (olağanüstü temyiz) yolları bulunduğu unutulmamalıdır. Bu konuda bunların ihtiyaçları ne derecede karşıladığı üzerinde durulabilirdi, kanısındayız.

b) Yazar, yalan tanıklıktan söz ederken, tanık bir olay hakkında bilgisi olmasına rağmen bilgisi olmadığını söylerse burada tanıklık bulunmadığından yalan tanıklıktan söz edilemeyeceği sonucuna varmakta, fakat bu fikir kabul edilemeyip böyle bir inkârın da yalan tanıklık sayılabileceğini, fakat bu son halde böyle bir inkârın hükme tesir etmesine imkân bulunmadığı için yenileme sebebi olmayacağını beyan etmektedir (sh. 71/72). Bu sonuç çok kategorik görünmektedir. Bir an için, bir kimsenin başkasını öldürdüğünü, fakat meşrû müdafaa durumunda olduğunu farzedelim. Olayın yegâne tanığı meşrû müdafaayı kabûle götürecektir nokta üzerinde beyanda bulunmadığı takdirde, mahkûmiyet hükmünde bu tanığın inkârının tesiri olmadığı nasıl söylenebilir?

c) Kitabın 107. sahifesinde yazar beraat etmenin ancak kesin hükümle olacağını kabul etmektedir. Bu beyanı biz doğru bulmaktayız. Beraat kararı verilmekle, sanık beraat etmiş olmaktadır; ayrıca kanun yoluna başvurmak da bu kararın gereklerini yerine getirmeyi sanık aleyhine olarak durdurmak sonucunu da doğuramaktadır. Yazar, bizce kabûlü yerinde olmayan bir sonucu benimzedikten sonra, daha ileri gitmekte ve beraat kararı kesinleşmeden sanığın suçu işlediği hakkında yapacağı ikrarın yenileme sebebi olmayacağını belirtmekte, bunun ise mantıksız olacağından şikâyet etmektedir. Dip notunda gösterdiği üç yazardan ikisi ayrı kanaatte iken, mantıksız olduğu belirtilen bir sonuca varmak için beraat kararının ancak kesinleştiği takdirde beraat sayılıp aksi halde sayılmayacağı şeklinde bir yorum yapmağa ne lüzum olduğu anlaşılamamaktadır. Bunun sebebi, olsa olsa, kanunun 330'uncu maddesinin ilk fıkrasında, son soruşturmanın yenilenmesinin kesinleşen bir hükümden sonra yapılabileceği hususundaki hüküm olsa gerektir. Bizce bu hüküm, beraat kararının iki şekilde anlaşılmasını gerektirmemelidir. İkrar beraatten sonra yapıldığı, fakat hüküm kesinleştiği takdirde sonsoruşturma yenilenebilmelidir. Bu suretle kanunkoyucu

kesinleşmeden karar aleyhine gidilebilecek kanunyollarının kullanılmasını istemiş görünmekte, olağan kanunyolları ile muhtemel imkânlara başvurulmadan bu olağanüstü yolun denenmesine set çekmek istemektedir, kanaatindeyiz.

ç) Kitabın 108. sahifesinde beraat ettikten sonraki ikrarın yeri üzerinde durulmakta ve Alman kanunundaki «mahkeme huzurunda veya dışında» ibaresinin kanunumuza alınmamasından şikâyet edilmekte, kanunumuzun gerekçesinde ise ikrarın mahkeme huzurunda olmasının şart olmadığı belirtildiği söylenmektedir. Alman kanunundaki ibarenin alınmamasının sebebi, bu ibare olmadığı takdirde de aynı sonuca varılacağı fikridir (bk. sh. 63 not 17). Nitekim bu ibare hazırlık çalışmaları sırasında tasarıdan çıkarılırken, Alman kanunu tasarısının da böyle olduğu, ikrarı hâkim huzurunda olan ikrar şeklinde anlamadığı hatırlatılmıştır (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hazırlık çalışmaları. İst. 1953, sh. 203). Demek ki, kanunumuzun bu hükmü ile Alman kanunu hükmü arasında bir fark yaratmak için bu şekilde bir kısaltma yapılmadığı sonucuna varılmalıdır; bu bakımdan şikâyete yer olmadığı düşüncesindeyiz. Böylece kanunumuzun gerekçesinin metnine ve hazırlık çalışmalarına uygun olduğu da kabul edilmelidir.

d) Kitabın 146. sahifesinde son soruşturmanın yenilenmesi muhakemesi sırasında eski hükmün ortadan kalkmış olup olmadığı konusu üzerinde yapılan tartışmalar yansıtılmakta ve bir fikre göre eski hükmün kalkmadığı, bir fikre göre ise kalkmış sayılması gerektiği, gerekçelerle anlatılmaktadır. Yazar, kanunumuzda bu hususta açık bir hüküm bulunmamasını büyük bir hata olarak nitelendirmekte, bu durumda son görüşe katıldığını belirtmektedir (sh. 148, ayrıca sh. 158). Bu seçimi yaptıktan sonra, yazar, böyle bir kabûlün sebep olduğu sakıncalardan yakınmakta, 341. maddeyi izah edemez duruma girmekte, onun karışıklığa sebebiyet verdiğini ileri sürmekte, bunun olmaması için mahkemenin yeni bir karar verdiğinin kabûl edilmesi gerekirdi, demektedir (sh. 160/161). Ayrıca, yazar, mahkemenin «evvelki hüküm idame edilir» şeklindeki Alman Kanunu hükmüne göre, eski hükmün hukukî varlığını idame ettireceğinden söz ettiğine göre, eski hükmün ortadan kalkmadığı açık olmak gerekir.

Burada belirtmek istediğimiz husus şudur: hukukta metinler yorumlanırken, ihtiyaçlardan tamamen ayrı bir şekilde değil, ihti-

yaçları giderecek şekilde, metinler arasında zıtlık doğurmayacak şekilde yorumlanmalıdır. Yukarıda yapılan yorum bunun karşısını teşkil etmektedir. Metine şu anlam verilsin diye çarpınılmakta, sonra öteki anlam verildiğinde mesele çıkmıyacak hallerde karşılaşıp şikâyet etmeğe kalkılmaktadır. Kanımızca, böyle durumlarda hukukçunun yapacağı ilk yorumunu değiştirmek olmalıdır. Bu şekilde davranmamak için çok büyük engeller bulunması gerekir ki, inceleme konusu durumda böyle olduğunu gösteren hiç bir şey bulunmadığını zannetmekteyiz.

e) Sorsoruşturmanın yenilenmesinde yetkili mahkemenin hangisi olduğu konusu üzerinde dururken, yazar yetkili mahkemenin eski kararı veren mahkeme olması gerektiği tezi lehinde ileri sürülen düşünceler arasında bir tanesinin de «davaların doğrudan doğruya olması» olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre, bundan maksat, «yargıcın ancak duruşmadan elde edeceği bilgilerle hükmetmesi»'dir. Son soruşturma'nın önemli prensiplerinden biri olan «vasıtasızlık», «doğrudan doğruyalık» yani hâkimin delillerle bizzat temasa gelmesi şeklindeki bu prensibin bir kaç satır ilerde yargıcın üst mahkemede bu hükme dair verilecek karara iştirak edememesini açıklamakta kullanılmasını biz yadırgamaktayız. Yargıcın evvelce baktığı bir işin muhakemesinde bulunamamasının sebebi bu prensip değil de, yargıcın tarafsızlığı prensibi olsa gerektir, düşüncesindeyiz. Doğrudan doğruyalık prensibi, eski kararı vermiş hâkim bakımından da gerçekleştirilebilir, gerçekleştirilemeyen eski kararı vermekle bir kimsenin kanaatini belli etmiş olması ve artık bunu korumaya kalkarak objektiflikten, tarafsızlıktan ayrılmış bulunmasıdır. Çünkü, bu halde muhakeme olunan biraz da eski karar ve eski kararı veren hâkimlerdir denilebilir. Daha açık bir ifade ile, sanık bunlardır; bir kimsenin hem sanık yani taraf, hem de hâkim yani tarafsız makam olmasındaki zorluktur ki, yeni muhakemede eski hâkimin bulunmamasını gerektirmelidir.

3) Özellikle beğendiğimiz noktalar :

a) Kanunumuz tanık veya bilirkişi beyanına dayanarak verilmiş hükümlerde bu beyanların hakikate aykırı olması halinde sorsoruşturmanın yenilenmesini kabul etmekte, fakat bunu adigeçen beyanların yeminli olması haline hasretmektedir. Yazar, muhakeme kanunumuzun yeminsiz beyanları da kabul ettiğini göstere-

rek, bu gibi hallerde de aynı hükmün kabûlünün doğru olduğunu, nitekim mehzaz Alman kanunundaki bu hükmün bugün aynı yönde genişletildiğini belirtmektedir. Kaldı ki, demektedir, yazar, yemin-siz beyanı ceza kanunumuz da suç saymaktadır (sh. 75).

b) Son soruşturmanın yenilenmesi için aranan delillerin veya olayların yeniliği konusunda yazar güzel ayırımlar yapmıştır. Delilin yeni sayılması için bunların mahkûm tarafından bilinip bilinmemelerinin önemi olmadığını belirtirken yazar yeniliğin taraf bakımından değil, mahkeme bakımından olduğunu söylemek suretile yenilikten ne anlaşılmasını gerektiğini çok güzel ifade etmiş olmaktadır (sh. 94/95).

c) Kitabın 100/101'inci sahifesinde içtihat değişmelerinin verilmiş hükümlere tesir etmemesinden şikâyet edilmektedir. Konu, yukarda değindiğimiz gibi, yenileme ile ve incelendiği yer olan deliller ile ilgili değildir. Fakat üzerinde durulduğu için kanunumuzun bir haksızlığa sebebiyet verip vermediği hususunda acele hükme varılması da doğru olmasa gerektir. Gerçekten, yazar, içtihat değişmesinin verilmiş hükümlere tesir etmemesini kanunumuzun meydan verdiği bir haksızlık olarak kabul etmektedir. Kanunumuz, bir çok başka kanunda görülmeyen bir şekilde kanun değişikliklerinde leh-te hükümlerin geçmişe uygulanmasını kabul etmiştir. Ama yabancı kanunların kabul etmekten çekindiği bu durumun içtihat değişikliklerinde de tanınması acaba işleri çok karışıklığa sokmaz mı? Bu içtihat daire içtihadı mı olacaktır, Genel Kurul içtihadı mı olacaktır, yoksa Tevhidi içtihat mı olacaktır? Meseleyi ele alınca herhalde bunların üzerinde durarak bir sonuca varmaya çalışmak uygun olurdu, diye düşünmekteyiz. Tevhidi içtihat kararları kanun hükmünde sayıldığına göre, bu sonuncular için yazarın teklifini pek aykırı bulmadığımızı söylemeliyiz.

ç) Şahsî davacının son soruşturmanın yenilenmesi isteğinde bulunabileceği belirtilirken, şahsî davacının bu davasının suç ortaklarına sirayet edebilip edemeyeceği konusu üzerinde durulmuş ve etmesi gerektiği görüşüne varılmıştır (sh. 114). Kanunumuzda, şahsî davacıların çok olması hali hakkında açık hüküm varken (m. 345), şahsî davalıların çok olması halinde ne yapılacağı hususunda bir kaide yer almış değildir. Bu durumda Kunter, şahsî davayı gerektiren suçlarda dava açmanın mecburî olmadığından hareketle, davacının istedikleri aleyhine dava açmıyabileceği sonucuna varmış, fa-

kat bunu tatminkâr olmadığını, çünkü ferde suçluyu cezalandırmak ve bu arada hatta bazılarını ayırıp cezalandırmamak yetkisini verdiğiinden şikâyet etmiştir (Bk. Kunter, a.g.e. sh. 133). Kanaatimizce bu görüş tenkide müsaittir. Şikâyetin sirayetinin kamu davasının açılmasında mecburilik yahut takdirilik sisteminin hâkim olması ile bir ilgisi bulunmamak gerekmektedir, kanaatindeyiz. Kamu davasının açılmasında mecburilik esasının uygulandığı hallerde sirayet kabul edildiği gibi, takdirilik esası uygulandığı hallerde de sirayet kabul edilmelidir. Şahsî davada da takdirilik esası uygulandığından, burada sirayet kabul edilmemesi için sebep olmamak lâzımdır. Sirayeti göze almayan şahsî davacının davayı açmaması veya açtıktan sonra son vermesi yolu bulunduğuna göre, hiç bir kimseyi dava açmaya zorladığımız da söylenememelidir. Nihayet, hem sirayeti kabul etmeyecek bir yorumu seçmek hem de sonra bundan şikâyet etmek için de bir sebep olmadığını düşünmekteyiz. İstenmeyen bir sonuca götürecektir bir yorumu tercih etmek mecburiyeti olmasa gerektir. Bu bakımdan, Özgen'in fikrine katılmaktayız.

d) Müdahilin sorsoruşturmanın yenilenmesi davasını açabilip açamayacağı konusuna eğilen yazarın bu hususta iki ayrı görüş bulunduğunu ortaya koyduğunu, bunlardan birine göre müdahilin böyle bir yetkisi bulunduğu, ötekine göre ise bulunmadığı yönündeki gerekçeleri açıkladığı, kendisinin ikinci görüş taraftarı olduğu görülmektedir. Kanunun metnine bağlı kalındığında, müdahilin böyle bir davayı açabileceği sonucuna kolayca varılabilmektedir. Nitekim, doktrinimizde Erem'in, Kantar'ın bunu açıkça kabullendikleri görülmektedir; Kunter kitabının ikinci basısına kadar kanunyolu davasını açabilenler açar demek suretile (sh. 766) bunu dolaylı olarak kabul etmiş görünmektedir (Onursal, Sami: Kamu davasına müdahale. İst. 1968, sh. 82/not 162). Taner ise daha ihtiyatlı olmuş, dava açabilecekleri bir bir sayarken müdahili katmamıştır (Taner, Tahir: Ceza Muhakemesi Usûlü. İst. 1955, sh. 400). Bu konuda ilk aleyhte sesin, birbirinin kitaplarını görmeden, ortak olarak, Onursal ve Özgen'e ait olduğunu söylememiz gerekmektedir. Onursal'ın bunu açıklarken, müdahilin ilk defa dava açmak durumunda olamayacağı fikrine dayandığı görülmektedir; Özgen de muhakemenin yenilenmesinde yeni bir dava açılması gerektiğini, müdahilin ise açıcı değil, ancak iştirakçi olabileceğine parmak basmaktadır (sh. 116). Biz de bu fikre katılmaktayız.