

Roma Usul Hukukunda *Condemnatio In Id Quod Facere Potest* İlkesi

The Principle of *Condemnatio In Id Quod Facere Potest* In Roman Procedural Law

Sevgi KAYAK*

Öz

Condemnatio in id quod facere potest, Roma Hukukunda borçlular yararına usul hukuku aracıdır. Kural olarak, borçlu borcun tamamı için sorumludur. Borçlunun malları borcu ödemeye yetmediği zaman borçlu acz içinde demektir. Bu borçlunun malvarlığı *bonorum venditio* yoluyla satışa çıkarılır. Bu ise, borçlunun *infamis* (şerefsizlik) olmasıyla sonuçlanır. *In id quod facere potest* mahkûmiyeti sayesinde borçlular borç miktarının tamamı yerine, mahkûmiyet anında sadece malvarlıklarında fiilen bulunan değerlerin toplam tutarı ile sorumlu tutulmuşlardır. *In id quod facere potest* mahkûmiyeti ile ilgili olarak hemen belirtelim ki, kavramı ifade etmek üzere bu tabir yerine “*beneficiae competentiae*” tabiri de kullanılmıştır. Aslında “*beneficium competentiae*” tabiri Roma hukuku kökenli değildir. *In id quod facere potest* Roma hukuku kaynaklarında bir defa olarak nitelendirilir. *In id quod facere potest*, borçlunun kişiliğine bağlıdır, başkasına devredilemez.

Anahtar Kelimeler: Borçlu, Ödeme Güçlüğü, Defi, *In id quod facere potest*, *Beneficium competentiae*.

Abstract

Condemna in id quod facere potest is an instrument of procedural law for the benefit of debtors in Roman Law. In principle, the debtor is responsible for the entire debt. When the debtor's goods are not sufficient to pay the debt, the debtor is in difficulty in payment. The goods of this debtor are put on sale through the *bonorum venditio*. For this reason, the debtor would be *infamis*. With the possibility of *condemnatio in id quod facere potest*, debtors are responsible for values of assets during conviction. *Condemnatio in id quod facere potest* is used instead of *beneficium competentiae* in sources of Roman Law. Words of “*beneficium competentiae*” are not of Roman Law origin. *In id quod facere potest* described as a *exceptio* in sources of Roman Law. *In id quod facere potest* depends on the debtor's personality, it's not transferable to others.

Keywords: Debtor, Difficulty of payment, *Exceptio*, *In id quod facere potest*, *Beneficium competentiae*.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, sevgikayak@istanbul.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-6147-6147).

I.Kavram

Dilimize, “yapabildiği kadarına mahkûmiyet” olarak çevirebileceğimiz *condemnatio in id quod facere potest*, Roma Usul Hukukunda borçlular yararına kabul edilmiş usul hukuku anlamında bir olanaktır. Buna göre bazı borç ilişkilerinde borçlunun, hakkında mahkûmiyet kararı verildiği anda malvarlığında bulunan değerler ile borçtan sorumlu tutulmasını sağlayan ve böylece borçlunun şahsı üzerinde icraya geçilmesini yahut da borçlunun acz içine düşmesini önleyen bir usul hukuku vasıtası olarak kabul edilmiştir¹.

Prencip olarak Roma Usul Hukukunda, borçlunun kendisine karşı açılmış bir ifa davasında ödemeye mahkûm edileceği miktar, sahip olduğu malvarlığı değerlerinin toplam tutarı ile değil, ifa etmek zorunda olduğu borcun toplam tutarı ile ölçülür. Borçlunun ödemede acz içine düşmüş olması onu borcundan kurtarmaya yetmez, başka deyişle, borçlu acz içinde de olsa borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder. Sahip olduğu malvarlığı değerleri borcunu karşılamaya yetmeyen borçlu, yine de tüm borç miktarından sorumlu olmaya devam edecektir². Malvarlığının aktif pasifinin altında kalan bir borçlu ise, acz halinde demektir ve böyle bir borçlunun malvarlığının *bonorum venditio* yoluyla satışa çıkarılması esastır. Bu ise, borçlunun *infamis* (şerefsizlik)³ statüsü içine dâhil olmasına neden olur. Bilindiği üzere şahıs üzerinde icranın geçerli olduğu Klasik Dönem boyunca⁴, borçlunun tüm malvarlığı satılmaktan başka, borçlunun şahsı üzerinde icraya da geçilebilirdi. Borçlunun malvarlığı değerleri borç miktarını karşılamaya yetmediği zaman borçlunun bu olumsuz sonuçlara maruz kalmaması adına öngörülen *in id quod facere potest* mahkûmiyeti, borçlunun mahkûm edildiği anda sadece malvarlığında bulunan

1 **Cuq E.**, Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928, s. 859; **Raymond, M.** Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948, s. 174; **Accarias, C.**, Précis, De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien, Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891, s. 1124; **Tahiroğlu B. / Erdoğmuş B.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 273; **Karadeniz Çelebican Ö.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 364.

2 **Accarias C.**, s. 1124.

3 *Infamia* (şerefsizlik); Roma Hukukunda güvene dayalı hukuki ilişkiler sebebiyle mahkûm olmuş kişiler hakkında önemli bir yaptırımdır. *Infamia*'yı gerektiren bir davada, genellikle güvene ihanet suçlarında mahkûmiyet almış olan kişi, kamu hizmetlerinden yasaklanır, tanıklık yapamaz, *magistra* seçme ve seçilme haklarından yoksun kalır, (*Infamia* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkoğlu Özdemir G.**, Roma Hukukunda *Infamia* (Şerefsizlik), Ankara 2008, s. 43 vd.

4 Bilindiği üzere Roma'nın Eski Hukuk Devrinde; borçluyu zincire vurmak, satmak ya da öldürmek şeklinde uygulanan şahıs üzerinde icra, MÖ 313 veya 326 tarihinde çıkarılan *Lex Poetelia* isimli bir kanunla sona erdirilmiştir. Bununla beraber kabul etmek gerekir ki bu kanun, şahıs üzerinde icra usulünü kökten kaldıramamıştır; bu tarihten sonra da şahıs üzerinde icra, borçluyu öldürmek ya da satmak şeklinde olmasa bile, alacaklının yanında birtakım işlerde çalıştırılmış olmak suretiyle uygulanmış olacaktır (**Schwarz, A. B.**, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, çeviren: Türkan Rado, İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965, s. 67-68.

değerler ile sorumlu tutulmasını sağlamıştır⁵. Böylece borçlunun şahsı üzerinde uygulanabilecek bir cebri icraya engel olunmuştur⁶.

In id quod facere potest mahkûmiyetine Digesta'nın muhtelif yerlerinde ve Iustinianus'un Institutiones'inde, 4. 6. 38-40 arasında rastlıyoruz. Bunlar arasında I., 4. 6. 38'deki metin, söz konusu mahkûmiyetin anlamını açıklaması bakımından oldukça önemlidir⁷:

Sed si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur

Keza ana babasına veya patronus'una karşı dava ikame eden ve yine, şirket davası ile diğer şerik aleyhine davada bulunan kimse de, davalının yapabildiğinden fazlasını elde edemez.

Metinde *in id quod facere potest* olanağından yararlanabilecek bazı kimseler sayılırken bu olanağın ne anlama geldiği de açıklanmıştır. "...*quam adversarius eius facere potest...*" cümlesiyle *in id quod facere potest*, davalının yapabildiğinden ya da ödeyebildiğinden fazlasının davacı tarafından elde edilemeyeceği, davalı lehine usul hukuku olanağı olarak tespit edilmektedir. Buradan yola çıkarak, *in id quod facere potest*'in, borçlunun ifa edebileceği miktardan daha fazlasına mahkûm edilemeyeceğine yönelik bir usul hukuku ilkesi olduğu sonucuna ulaşıyoruz⁸. Bununla birlikte *in id quod facere potest*'in, sadece borçlunun mahkûmiyet anındaki malvarlığı değerleriyle sınırlı bir sorumluluk sağlamadığı, bundan daha öteye giderek borçlunun geçinmesi için gerekli olan mallarının ayrılıp geri kalanı ile sorumlu tutulması imkânını sağladığı fikri de doktrinde ileri sürülmüştür⁹. Ancak fikrimize göre, metnin sözüne göre yorum yapıldığında bu anlamı çıkarmak zordur. Borçlunun, ifanın yapabildiği kadarına mahkûm edilmesi, *in id quod facere potest*'in, borçlunun mahkûmiyet anındaki tüm malvarlığı ile sorumlu tutulduğu usuli bir olanak olduğu fikrini daha fazla destekler. Bu sebeple bize göre *in id quod facere potest*, borçluya geçinebileceği kadar bir malını ayırarak geri kalan kısmı ile borçtan sorumlu olma imkanını sağlamamıştır; en fazla borçlunun şahsı üzerinde icraya geçilmesini engellemiştir.

In id quod facere potest mahkûmiyeti ile ilgili olarak hemen belirtelim ki, kavramı ifade etmek üzere bu tabir yerine "*beneficiae competentiae*" tabiri de kullanılmıştır ve Roma Hukuku ile ilgili eserlerin birçoğunda bu usul hukuku vasıtası, "*beneficiae competentiae*" adıyla bilinmektedir¹⁰. Bununla birlikte "*beneficium competentiae*" tabiri Roma Hukuku kökenli değildir, konu ile doğrudan ilgili metinlerde "*beneficium competentiae*" diye bir tabire yer verilmemiştir¹¹. Yine,

5 Levet A., Le Bénéfice De Compétence, Paris, Recueil Sirey, 1927, s. xv.

6 Cuq E., s. 859.

7 Çalışmamızda kullandığımız Iustinianus'un Institutiones'indeki metinlerinin çevirisi için Iustinianus Institutiones, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968 adlı eserden yararlanılmıştır.

8 Levet A., s. 145-146.

9 Hâkim görüş hakkında Wünsch O., Zur Lehre vom Beneficium Competentiae, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1897, s. 13; Türk hukukunda bu görüşte Karadeniz Çelebican Ö., s. 364.

10 Örneğin bkz. Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 632; Karadeniz Çelebican Ö., 364; Tahiroğlu B./Erdoğan B., s. 273.

11 Wünsch O., s. 11.

Digesta metinlerinin ilk şerhlerinde de “*beneficium competentiae*” yerine “*in id quod facere potere/possunt*” ifadeleri kullanılmıştır¹². Mesela 16 ıncı yüzyıl Fransa’sında Roma Hukuku kaynaklarını tetkik eden çalışmalarda “*beneficium competentiae*” tabiri bilinmemektedir. 18 inci yüzyıla gelindiğinde ise “*condemnatio in id quod debitor facere potest*” kalıbı yerine “*privilegium* veya *exceptio competentiae*” sözcüklerinin yerleştirildiğine tanık olunur. Bu isimlendirmeler, muhtemelen kaynakların şerhi ile ilgilenen hukukçuların, Roma Hukukunda birkaç sözcükle dolaylı yoldan anlatılan bir kuruma özel bir isim verme çabalarından ileri gelmektedir. 19 uncu yüzyıla gelinceye dek bu olanak, borçlunun yaşamak için ihtiyaç duyduğu mallarının bir kenara ayrılarak geri kalan değerlerin sorumluluk konusu olmaya devam etmesi olarak anlaşılmıştır ve nitekim *in id quod facere potest* kalıbı da buna uygun olarak kullanılmış olacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki kalıpta geçen “*competentiae*” sözcüğü oldukça özensiz kullanılmıştır zira bu sözcük, kurumu ifade etmeye yetecek elverişlilikte değildir. Aslında “*competentiae*” yerine kullanılması gereken sözcük “*compotentiae*”dır, zira bu sözcüğün bileşenleri olan ve “muktedir” anlamına gelen “*potens-entis*” sözcükleri, kurumu ifade etmekte daha elverişlidir. Bu bakımdan aslında bu usul hukuku olanağıyla kastedilen, “*eius quod debitor facere potest* (borçlunun muktedir olduğu kadarına) mahkûm edilmesidir¹³.

Gerçekten de Iustinianus’un Institutiones’inde, konu ile metinlerde (I., Inst., 4. 6. 36-40) “*In id quod facere potest*” tabirine yer verilmiş olduğunu görüyoruz. Borçlunun bazı davalarda borcun tamamına değil, daha azını ödemeye mahkûm edileceği belirtilerek, bu davaların hangileri olduğu sayılırken “*beneficium competentiae*” yerine “*in id quod facere potest*” tabiri kullanılmıştır¹⁴. Bu da *in id quod facere potest* tabirinin Roma hukukundan sonraki kaynaklara ait olduğu fikrini güçlendirmektedir. Bu bakımdan Levet’in tespitlerine biz de katılıyor ve çalışmamızda “*beneficium competentiae*” tabiri yerine Roma Hukuku kaynaklarında bizzat geçen, “*condemnatio in id quod facere potest*” tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

Borçlu yararına olmakla birlikte her borç ilişkisi bakımından *condemnatio in id quod facere potest* kabul edilmediği için tüm borçlular bu olanaktan yararlanamazlar. *Condemnatio in id quod facere potest* olanağının kendisine tanındığı borçlular; kadın eş karşısında erkek eş, aile üyeleri karşısında aile reisi, azatlısı karşısında *patronus*, birbirleri karşısında şirket ortakları, bağışlanan karşısında bağışlayan, tereke alacaklıları karşısında hakimiyetten ya da mirasçılıktan çıkarılan aile evladı, cihaz alacalıkları karşısında cihaz borçluları, âciz halde olduğu için tüm malvarlığı bir tür açık arttırma (*bonorum venditio*) ile satılmış borçlular ve askerler olarak sayılmıştır. Sayım tahdidi olup, sayılanların dışında kalan hukuki ilişkilerde bu usul ilkesinden yararlanmak olanak dâhilinde değildir¹⁵. Diğer taraftan Iustinianus’un, bu usul hukuku ilkesini tüm borçlular yararına

12 Levet A., s. xv.

13 Levet A., xv-xvii.

14 Örneğin I., 4. 6. 37: “...*quatenus facere potest...*”; I., 4. 6. 38: “*eius facere potest...*”; I., 4. 6. 40: “...*in id quod facere potest...*” gibi.

15 Levet A., s. xvii.

genişletmiş olduğunu da ilave etmemiz gerekir¹⁶. Nitekim bunu D. 50. 17. 173'teki metinden anlıyoruz:

In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt, damnantur: non totum quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

Kişisel mahkûmiyette (sorumlulukta), borçlu yapabileceği kadarına mahkûm edilir: borçlu olduğunun tamamını değil, acz içine düşmemesi için istisna edilmiştir (ayrıcılık kılınmıştır).

Condemnatio in id quod facere potest'in hukuki niteliği tartışmalıdır; bazı metinlerde¹⁷ bir imtiyaz gibi dikkate alınırken, bazı metinlerde¹⁸ bir defi gibi dikkate alınmıştır. Hukuki nitelendirmenin pratik önemi, bu olanağın kullanılma şartları noktasında ortaya çıkar. Zira defi olarak kabul edildiği zaman, bu olanaktan yararlanabilmek için borçlu tarafından bizzat ileri sürülmüş olması şartı aranacaktır. Accarias'a göre, metinler arasında bir çelişki olduğu inkâr edilemez ise de, bu olanaktan yararlanabilmek için harekete geçmesi ve çaba göstermesi gereken kişinin bizzat borçlu taraf olduğu tüm metinlerden anlaşılan ortak bir sonuçtur. Bu durumda *in id quod facere potest*'in bir defi olma olasılığı daha kuvvetlidir¹⁹. Aksi kanaatte olan Cuq'e göre ise, bu olanak bir defi olarak nitelendirilemez. Zira borçlu tarafından hiçbir talepte bulunulmasa dahi hâkimin borçluyu yalnızca borcun ödeyebileceği kadarına mahkûm etmek zorunda bulunması, söz konusu olanağın bir defi değil, bir usul hukuku ayrıcalığı olduğu düşüncesini haklılaştırır²⁰. Bu ayrıcalık, sıkı surette borçlunun kişiliğine tanınmış olup, başkalarına devri ya da miras yolu ile intikali kabul edilmemiştir²¹. *Condemnatio in id quod facere potest*'in klasik kaynağının praetor beyannameleri olduğu, sonrasında ise bu olanağın, imparator emirnameleri ve mahkeme kararları çerçevesinde geliştiği tahmin edilmektedir²².

II. Hukuki İşlevi

In id quod facere potest mahkûmiyeti, borçlunun alacaklıya karşı sadece malvarlığındaki değerler ile sorumlu tutulmasını sağlayarak, temelde iki işleve sahip olmuştur: Borçlunun şahsı üzerinde uygulanacak bir icrayı engellemek ve borçlunun şerefsizlik yaptırımına uğramasına mani olmak²³. Bilindiği üzere Roma Hukukunda uzunca bir dönem şahıs üzerinde icra usulü geçerli olmuştur. *Legis actio* usulünün²⁴ uygulandığı dönemde mahkûmiyet kararını yerine getirmeyen borçluya

16 Cuq E., s. 859.

17 D. 24. 3. 18.

18 D. 44. 1. 7 pr.; D. 17. 2. 63. 1; D. 42. 1. 41 pr.; D. 44. 2. 33.

19 Accarias C., s. 1124; Defi tabirinin metinlerde daha çok geçtiği yolunda bkz. Wunsch O., s. 12.

20 Cuq, s. 859 dn. 5.

21 Cuq, s. 859; Levet, s. 19.

22 Cuq, s. 859. Girard, P. F., Manuel Élémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929, s. 1002 dn. 1.

23 Cuq E., s. 859; Levet A., s. 145 vd.; Umur Z., Roma Hukuku, s. 632; Tahiroğlu B./Erdoğan B., s. 273; Karadeniz Çelebician Ö., s. 364.

24 *Legis actio* usulü, Roma'nın Cumhuriyet döneminden başlayarak Principatus devrinin ilk zamanlarını da kapsayacak

karşı takip, *legis actio per manus iniunctionem* ile yapılırdı. Bunu On İki Levha Kanunlarının²⁵ icra hukukuna ayrılmış olan üçüncü levhasından anlıyoruz²⁶. Borçlu, mahkûm edilmiş ya da borcunu ikrar etmişse, borcunu ödemesi için kendisine otuz günlük bir süre verilir, eğer bu süre içinde ödemeyi yapmazsa, şahsı üzerinde icraya geçilirdi. Bunun üzerine alacaklı, borçlusuna el koyarak onu *magistra* önüne götürür ve burada da borçlu borcunu ödemez ya da bir teminat göstermezse, alacaklı onu zincirleyerek evine götürebilirdi. Alacaklının evinde hapsedilen borçluya bir altmış günlük süre daha verilir ve bu süre içinde de ödeme yapılmayacak olursa alacaklı, borçlusunu Tiber nehrinin öte yakasına götürüp köle olarak satabilirdi. Eğer alacaklı borçluyu satamaz ise, borçlunun şahsı üzerinde mutlak bir hak kazanmış olarak kabul edilir ve alacaklı bu hakka dayanarak isterse borçluyu öldürebilir ya da borç ödeninceye kadar onun işgücünden yararlanmak suretiyle borçluyu kullanabilirdi²⁷. Borçlunun kişilik değerleri üzerinde olumsuz sonuçları olan böyle bir uygulamanın önüne, ancak *in id quod facere potest* sayesinde geçilebilirdi. Malvarlığı, borç miktarını karşılamaya yetmediği için tam bir ifa yapamayacak durumda olan borçlunun, *in id quod facere potest*'e başvurmak yoluyla sadece malvarlığında bulunan değerler ile sorumlu tutulması sağlanır ve böylece borçlu, şahsı üzerinde bir icraya uğramaktan kurtarılmış olurdu²⁸.

şekilde yargılama sistemine hâkim olan özel mahkemeler düzeninin (*ordo iudiciorum privatorum*) ilk usulüdür. *Legis actio*, sözlük anlamıyla “kanuni dava” demektir. Bundan kasıt, davaların kanun tarafından ihdas edilmesi, belirli şekil ve kalıplarda olması ve günlük hayatta konusu ne olursa olsun tüm uyumsuzlukların ancak kanun tarafından ihdas edilmiş bu dava kalıplarından birine uyuyorsa dava konusu yapılarak çözüme bağlanabilmesidir. Bu dava kalıpları *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis per postulationem*, *legis actio per conductionem*, *legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem* olmak üzere beş adetti. Bunlardan ilk üçü, kimin haklı kimin haksız olduğunu tespit ve haksız olanın mahkûm edilmesine yönelik usul hukukuna, diğer ikisi ise hakkın elde edilmesine yönelik icra hukukuna ilişkindir. **Umur Z.**, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983, s. 112. *Legis actio*'ların en önemli özelliği sıkı şekilcilikleridir zira kanunun koyduğu bu dava şekillerinden başka bir dava hakkı verilmezdi. Taraflar arasındaki uyumsuzluk, konusu ne olursa olsun bu dava kalıplarından birine uydurulmalıydı aksi takdirde dava hakkı tanınması ve hakkın takibinin yapılması olanaksızlaşır. **Tahiroğlu B./ Erdoğmuş B.**, s. 220.

- 25 Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında, (M.Ö. 451-449) yapıldığı tahmin edilen ve toplam on iki levhadan oluştuğu için Roma hukukçuları tarafından bu isimle anılan XII Levha Kanunlarının, Romalıların bilinen en eski Roma kanunlaştırması olduğu tahmin edilmektedir. Kanunlar, hukukun çeşitli alanlarında kısa ve özlü cümlelerle kaleme alınan bir takım kurallardan ibarettir. *Particium* ve *pleb* sınıfları arasındaki çatışmalara son vermek siyasi kaygısıyla düzenlenen bu kanunların en önemli özelliği, o zamana kadar yazılı olmayan hukuk kurallarını yazılı hale getirmiş olmasıdır. Böylece *pleb* sınıfı da dâhil , herkesin hukuk kurallarına ulaşması sağlanmış; *patricium* ve bu sınıfa mensup rahip hukukçuların hukuk kurallarını kendi gizli tekellerinde tutmaları ve bu yolla da, daima kendi lehlerine yorumlamaları önlenmek istenmiştir. Nesilden nesile aktarılarak günümüze kadar ulaşmış metinlerin orijinal olup olmadığı konusunda kesinlik yoktur. Söz konusu kanunların, başta usûl ve icra hukuku olmak üzere aile, miras, mülkiyet, *in ius re aliena* (başkalarının malları üzerindeki haklar/sınırlı aynı haklar), borç ilişkileri ve ceza hukuku alanında *ius civile*'nin ana prensiplerini özetlediği söylenebilir. **İpek N.**, “XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34, s. 609 vd.
- 26 Metinlerin çeviri için bkz. **Sandalcı S.**, “On İki levha Yasaları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, İstanbul, 1993, s. 46 vd.
- 27 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schwarz A. B.**, s. 65 vd; **Rado T.**, “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı”, Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı bası, İstanbul, 1944, s. 235 vd.; **Somer P.**, “Roma Hukukunda Mahkûmiyet Kararına Rağmen Borcun İfa Edilmemesinin Borçlu Bakımından Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-3, 1994, s. 225 vd.
- 28 **Levet A.**, s. 145-146.

Formula usulüne²⁹ geçildikten sonraki dönemde mahkûmiyet bir miktar paraya ilişkin olmuştur. Dolayısıyla davacı tarafından davalıya yöneltilen talep ne olursa olsun, hâkim borçluyu ancak bir miktar paraya mahkûm etmek konusunda yetkilidir³⁰. Nitekim *formula* usulünde, ödeme kabiliyeti bulunmayan borçluların durumuna ilişkin özel düzenlemeler de yapılmıştı. Buna göre ödeme gücü bulunmayan bir borçlu, eğer isterse mallarının tamamını alacaklılarından birine devrederek (*bonorum cessio*), elde ettiği para ile diğer borçlarını ödeyebilirdi. Ayrıca bu yolla borçlu, tüm malvarlığının *bonorum venditio* yoluyla satılmasını engellediği için şerefsiz duruma düşmekten de kurtulurdu³¹. Bununla birlikte, salt *bonorum cessio*'ya başvuran bir borçlu, şerefsizlik yaptırımından kurtulsa da, elde edeceği yeni iktisapları alacaklıların takibinden bu yolla kurtaramazdı; ona bu olanağı sağlayan, yalnızca *in id quod facere potest* olmuştur. Bu sebeple *bonorum cessio* ve *in id quod facere potest* kurumları, şahıs üzerine icrayı engellemekle aynı hukuki fonksiyona sahip olsalar da, borçluyu elde edeceği yeni değerlerle sorumlu tutma konusunda birbirlerinden ayrılırlar. *In id quod facere potest*, borçluyu elde edeceği yeni malvarlığı değerleriyle sorumlu tutmaktan kurtardığı için *bonorum cessio*'dan daha avantajlı bir olanaktır³².

Bonorum cessio yolunu tercih etmeyen borçlular hakkında ise, ödemedikleri borçlar için malvarlıklarının bir tür açık arttırma yoluyla satılması usulü olan *bonorum venditio* geçerli olmuştur. *Bonorum venditio*'nun en olumsuz tarafı, borçlunun tüm malvarlığını kaybetmesinden başka, onun aynı zamanda şerefsizlik (*infamia*) statüsü içine düşürülmesidir. Ayrıca *bonorum venditio*'da tüm malvarlığı satılmasına rağmen borçlunun yine de borçlu kalmaya devam etme tehlikesi vardır. Malvarlığını devralan *bonorum emptor*, devraldığı malvarlığına ait borçların tamamını ödemek zorunda olmadığı için, ödeme yapmaktan kaçınabilir ve bu durumda bu borçları ödeme yükümlülüğü devreden borçlu üzerinde kalmaya devam ederdi³³.

Formula usulünde mahkûmiyetin bir miktar paraya ilişkin olması nedeniyle *in id quod facere potest* mahkûmiyetinin *formula* usulünde *legis actio* usulündeki kadar önemli olmadığı düşünülebilir. Zira icra borçlunun şahsı üzerinde değil, malvarlığı üzerinde söz konusu olduğu için *in id quod facere potest*, ilk etapta *formula* usulünde herhangi bir fayda sağlamıyor izlenimi

29 Roma'nın özel mahkemeler düzeninde *legis actio*'lardan sonra uygulanan usul *formula* usulüdür. *Formula*, dava formülü anlamında kullanılır, davanın izleyeceği program hakkında hâkime talimat veren belli sözcüklerin yazılı bulunduğu bir belgedir. Uyuşmazlık taraflarını dinleyen *magistra* bu uyuşmazlığın takibini haklı görürse buna uygun bir dava tanır ve bunun için bir *formula* hazırlardı. *Formula*'da tarafların seçtikleri hâkim ya da hâkimlerin isimleri yazılır, arkasından davacının iddiası belirtilir ve iddianın ispatı halinde hâkime davalıyı mahkûm ettirmesi aksi takdirde beraat ettirmesi emredilirdi. **Umur Z.**, Lügat, s. 75; **Öztek S.**, "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törelerden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine", İÜHFİM 1985, Cilt: 51, S. 1-4, s. 346 vd).

30 **Somer P.**, s. 228; **Umur Z.**, Roma Hukuku, s. 599.

31 **Di Marzo S.**, Roma Hukuku, çeviren Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 133; **Somer P.**, s. 230.

32 I., 4. 6. 40.

33 **Somer P.**, s. 231; **Monier R.**, s. 174. Devraldığı malvarlığı borçların tamamını karşılamaya yetmemesine rağmen *bonorum emptor*, borçların tamamını ödeme yolunu tercih ederse, bu borçlardan bu defa kendi malvarlığı ile sorumlu olurdu. Eğer kendi malvarlığı da borçları ödemeye yetmiyorsa, bu defa kendisi hakkında bir *bonorum venditio* uygulanması söz konusu olurdu (**Monier R.**, s. 174).

uyandırmaktadır. Zira *in id quod facere potest* ileri sürülmüş olsa da olmasa da, mahkûmiyet malvarlığı üzerinde olacak ve icap ediyorsa malvarlığının tamamının satışa çıkarılması şeklinde gerçekleşecektir. Bu bakımdan âciz halde olan bir borçlu *in id quod facere potest*'i ileri sürmüş olsa bile malvarlığının tamamının kaybına engel olamayacaktır. Fakat *in id quod facere potest*'e başvurmanın borçlu için faydası, tüm malvarlığının satılacak olması nedeniyle içine düşeceği *infamia* statüsünden kurtulabilmesidir. Daha doğrusu, *in id quod facere potest* olanağından yararlanacak olan bir borçlu, malvarlığının tümü satılsa bile, bu satış *bonorum venditio* yoluyla olmayacağı için şerefsiz duruma düşmeyecektir³⁴. Ayrıca *formula* usulünde *in id quod facere potest*'in bir başka faydası da, borçluyu, hayatın olağan akışı içinde elde edeceği yeni değerlerle sorumlu olmaktan kurtarmasıdır. Zira *bonorum venditio* yoluyla malvarlığı satılan borçlunun, tüm malvarlığını yitirmesine rağmen alacaklılar karşısındaki sorumluluğu, *bonorum emptor*'un borçların tamamını ödemek istememesi ya da ödemekte acze düşmesi nedeniyle devam edecektir. Borçlunun, malvarlığının satışından sonra edindiği yeni bir değer varsa, bunu alacaklıların takibinden kurtarabilmesi ancak *in id quod facere potest* ileri sürmek sayesinde mümkün olabilecektir³⁵.

III. *In Id Quod Facere Potest* Mahkûmiyetinin Uygulama Alanı

A. Bağışlama Sözleşmesi

In id quod facere potest mahkûmiyetinin söz konusu olduğu hallerin başında bağışlama sözleşmesi gelir. Bağışlayan taraf, bağışlamanın gereğini yerine getirmediği zaman kendisine karşı bağışlanan tarafından açılacak olan davada *in id quod facere potest* olanağından yararlanabilir³⁶. Bilindiği üzere bağışlama sözleşmesi ivazsız bir kazandırmadır ve bağışlama sözleşmesinde *in id quod facere potest* kuralının geçerli olması da onun bu ivazsızlık niteliğinden ileri gelir. Bağışlama sözleşmesinden doğan mahkûmiyetler bakımından *in id quod facere potest* ilkesinin geçerli olduğu özellikle D. 42. 1. 19. 1'de ifade edilmiştir:

D. 42. 1. 19. 1 Paulus libro 6 ad Platinum

Is quoque qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, ...

D. 42. 1. 19. 1 Paulus Platinus hakkındaki 6. kitabından

Bağışlama sözleşmesi nedeniyle dava edilen bağışlayan, sadece yapabileceği kadarına mahkûm edilir³⁷,...

34 Cuq E., s. 859; Levet A., s. 146.

35 I. Inst., 4. 6. 40; ayrıca bkz. Accarias C., s. 1130.

36 Girard P. F., s. 1002 dn. 1.

37 Aynı yönde I. Inst. 4. 6. 38.

B.Şirket Sözleşmesi

In id quod facere potest mahkûmiyetinin söz konusu olduğu bir başka ilişki, şirket ilişkisidir. Şirket sözleşmesinde şirket ortaklarına karşı açılacak olan davalarda *in id quod facere potest*'in ileri sürülmesi kabul edilmiştir. Diğer taraftan, bu olanağın şirket sözleşmesinde üçüncü kişilerle sözleşme akdeden borçlu ortağa mı yoksa tüm ortaklara mı tanındığı belli değildir. Ancak çoğunlukla kabul edilen, ortaklar arasında mevcut olan *ius fraternitatis* gereği, tüm ortakların *in id quod facere potest* olanağından yararlanmalarına bir engel bulunmadığı yolundadır³⁸. Şirket ilişkisi bakımından *in id quod facere potest* olanağını D. 17. 1. 63 pr'daki metinde görüyoruz:

D. 17. 1. 63 pr. Ulpianus libro 31 ad Edictum

Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

D. 17. 1. 63 pr. Ulpianus Edictum hakkında 31. kitabından

Sabinus'un söylediği doğru görünür, sadece *universorum bonorum* (tüm mallar ortaklığı) değil fakat *unius rei* (tek bir mal ortaklığı) olsa da, ortaklar yapabildikleri (ödeyebildikleri) veya hileli olarak ödemekten kaçındığı miktar kadarına mahkûm edilir. Bu tamamen makuldür, zira şirket bir nevi kardeşlik hukuku vasfındadır³⁹.

C. Dos Tesisi

Roma Hukukuna özgü özel bir kurum olan *dos* ilişkisi, *in id quod facere potest*'in uygulama alanı bulduğu bir başka ilişkidir. Evlilik ilişkisi dolayısıyla kendisine *dos* tesis edilmiş erkek eş, evlilik ilişkisinin sona ermesinden sonra, *dos* konusu malları geri almak için kendisine kadın eş tarafından açılacak bir davada, *in id quod facere potest* ileri sürerek *dos*'u iade borcundan sadece malvarlığında bulunan değerler ile sorumlu tutulmayı sağlayabilir. *Dos*, evlenecek olan kadın ya da onun hesabına bir başkası tarafından evlilik birliğinin giderlerini karşılamak amacıyla erkek eşe verilen (*datio dotis*) ya da verilmesi taahhüt edilen (*dictio dotis*) malların ortak ismidir⁴⁰. *Dos*'un varlığından bahsedebilmek için, bu malların evlilik sebebiyle ve evlilik birliğinin giderlerinin karşılanması amacıyla verilmesi şarttır⁴¹. Ailenin geçimini sağlama yükümlülüğünün sadece erkek eşe yüklenmesinin hakkaniyetli olmayacağı, kadın eşin de belli bir ölçüde evlilik birliği giderlerine katılmasının gerekli olduğu anlayışı, Roma'da *dos* uygulamasını başlatmıştır⁴².

38 Accarias C., s. 1124; Di Marzo S., s. 447.

39 Metnin çevirisi için bkz. Gönenç F. İ., Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 121.

40 Ayiter K., Klasik Roma Hukukunda *Dos*'un Tesisi, Ankara, 1958, s. 32.

Ayiter K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara, 1960, s. 16-18.

41 D. 23. 3. 56. 1: "*Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (Evlilik birliği giderlerinin bulunduğu yerde *dos* da bulunmak zorundadır)".

42 Ayiter K., s. 16-18.

Sui iuris kadın, *dos* mallarının verilmesine ilişkin anlaşmayı, evleneceği erkek ya da onun tabi olduğu aile reisi ile hukuki işlem ehliyeti şartlarına uygun olarak bizzat akdedebilir. *Alieni iuris* kadın için *dos* anlaşmasını ise, kadını hakimiyeti altında bulunduran aile reisi yapacaktır. *Datio dotis*'in hukuki sebebi *causa dotis*'tir, bu nedenle, evlilik gerçekleşmediğinde ya da sona erdiğinde erkeğin malvarlığında bulunan *dos* malları sebepsiz bir zenginleşmeye dönüşür ve artık bu malların kadına iadesi gerekir⁴³.

Dos mallarının mülkiyetinin evlilik boyunca erkek eşe geçip geçmediği meselesi Roma Hukukunda uzunca bir dönem tartışılmıştır; baskın görüş geçtiği yolundadır⁴⁴. Evlilik birliği sona erdiğinde ise, *dos* mallarının kadına aynen veya nakden iadesi öngörülmüştür ve bu iade için kadına, erkeğe karşı ikame edebileceği *actio uxoriae* adı verilen bir dava hakkı tanınmıştır⁴⁵. *Actio rei uxoriae*, borçlusuna *in id quod facere potest* olanağını tanıyan davalardan biridir. Böylece iade yükümü altında olan erkek eş, *dos* mallarını sadece elinde kalan kadarıyla iadeye mahkûm edilerek, iade borcunun tamamını ifa etmekten kurtarılmıştır. *Dos* mallarının iadesi bakımından erkek eşe tanınan *in id quod facere potest* olanağı, evliliğin doğası icabı eşler arasında bulunması gerekli karşılıklı saygı yükümlülüğünün⁴⁶ bir uzantısıdır. Evlilik süresince eşler arasında var olması gereken karşılıklı saygı yükümlülüğü, evlilik birliği sona erdikten sonra da devam etmelidir. Evlilik birliği sona erdikten sonra erkek eşe karşı açılacak bir davada, erkeğin tüm malvarlığını *venditio bonorum* nedeniyle kaybetmesi ve bu yolla *infamis* (şerefsiz) duruma düşmesi, evlilik onurunun korunması ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, bir zamanlar evli olan eşler tarafından da arzu edilecek bir durum değildir. Bu nedenle evlilik birliği sona erdikten sonra *dos* mallarının iadesi için açılacak davalarda erkek eşe bir *in id quod facere potest* tanınması uygun görülmüştür⁴⁷. Bununla birlikte bu yetkinin sadece erkek eşe tanınmış olması da dikkat çekicidir⁴⁸.

43 *Dos* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter K., *Dos*'un Tesisi, s. 32 vd.

44 Ayiter K., *Dos*'un Tesisi, s. 120 vd., özellikle s. 123; Di Marzo S., s. 206-208; Ayiter K., Roma Hukukunda Aile s. 35-42.

45 Bu davanın *actio dotis* olarak da adlandırıldığı hakkında bkz. Di Marzo S., s. 211.

46 Di Marzo S., s. 192.

47 Di Marzo S., s. 208 vd. ve s. 192.

48 Kadına *dos* verilmesi gibi bir uygulama bulunmadığından, *dos*'un iadesi bakımından *in id quod facere potest*, ister istemez sadece erkek eşe tanınan bir yetki olarak karşımıza çıkacaktır. *Dos* mallarını alan ve evlilik sona erdiğinde de iade edecek olan erkek eştir, dolayısıyla *dos* mallarından elinde kalan kadarını iade etme ayrıcalığına ihtiyaç duyacak olan da odur. Bununla birlikte Justinianus döneminde, evlilik nedeniyle kadına verilen ve genellikle *dos*'a benzetilen bir uygulamaya, *donatio propter nuptias* (evlilik sebebiyle bağışlama) uygulamasına rastlıyoruz. Eşler arasındaki bağışlama yasağına dâhil olmaması için, evlilik öncesi yapılan bu bağışlama, zamanla evlilik sonrasında da yapılmaya başlanmış ve Justinianus, bunu erkek eşin kadına eşe verdiği *dos* gibi kabul ederek yasak kapsamından çıkarmıştır. Bu tarihten sonra kadının evlilik nedeniyle erkeğe verdiği mallar *dos* adı altında, erkeğin kadına verdiği mallar ise *donatio propter nuptias* adı altında ifade edilir olmuştur. *Dos*'un iadesi konusunda erkeğe getirilen yükümlülüğe paralel olarak kadına da *donatio propter nuptias*'i iade yükümlülüğü (*collatio*) getirilmiştir. Evlilik sona erdiğinde her iki eş de, birbirlerinden aldıkları malları birbirlerine iade edeceklerdir (Kochaker P. / Ayiter K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993, s. 323). Buradan anlıyoruz ki iade yükümlülüğü her iki eş için de geçerlidir. Fakat erkek eşin iade yükümlülüğü bakımından tanınan bir *in id quod facere potest*'in, kadına eşin iade yükümlülüğü bakımından ona da tanındığına dair bir bilgi yoktur. Mesela I., Inst., 4. 6. 37'de, *dos* mallarının iadesinde, erkek eşin elinde kalan kadarıyla sorumlu olduğuna açıkça vurgu yapılmakta, ancak kadının böyle bir hakkı olup olmadığından bahsedilmemektedir. Daha doğrusu metinde, *donatio propter nuptias* meselesine hiç değinilmemiştir. Bu sebeple bize göre *dos* mallarının iadesi bakımından eşler arasında bir eşitlik ilkesi gözetilmiş değildir. Diğer taraftan Di Marzo, aynı olanağın hakkaniyet

Condemnatio in id quod facere potest olanağının *actio rei uxoriae* dışındaki davalar bakımından gündeme gelip gelmeyeceği ise tartışılmalı durumdadır. *In id quod facere potest* tanınması, evlilik birliği boyunca eşler arasında bulunması gerekli karşılıklı saygı yükümlülüğünün evlilik bitiminden sonra da devam ettiği düşüncesinin bir neticesi olduğuna göre, *actio furti* yerine ikame edilecek bir *actio rerum amotarum*⁴⁹ davasında da bu olanak gündeme gelmiş olsa gerektir⁵⁰. Buna karşılık, evlilik öncesi ve sonrası kurulan borç ilişkileri bakımından *in id quod facere potest*'in gündeme gelmeyeceğinde bir tereddüt yoktur, zira bu dönemlerde kurulan hukuki ilişkilerin, taraflar arasında eşlilik sıfatı henüz bulunmadığı için, birbirine yabancı alelade kişiler arasında kurulan ilişkilerden bir farkı yoktur. Aralarında evlilik birliği mevcut değil iken tarafların üstlendikleri borçların takibi bakımından, bu borçlar evlilik birliğinin özel doğasından etkilenmiş olmayacağı için, *in id quod facere potest*'e başvurmaya da lüzum olmayacaktır⁵¹. Evlilik öncesinde doğan bir borcun henüz evlilik sona ermeden takip edilmeye başlandığı durumlarda *in id quod facere potest*'in ileri sürülüp sürülemeyeceği de tartışılmıştır. Levete göre konuyla ilgili kaynaklarda buna net cevap veren bir metin mevcut değildir. Ancak, eşler arasında şerefsizlik sonucunu doğuran davaların açılması yasak olduğuna göre, takip sonrası erkek eşin tüm malvarlığını sattırarak ve onu *infamis* duruma düşürecek bir davaya da izin verilmemiş olsa gerektir. Evlilik devam ederken böyle bir davanın açılmasına ise, zaten mevcut evlilik ilişkisi sebebiyle izin verilmeyeceği için *in id quod facere potest* ileri sürülmesine de gerek kalmayacaktır. *In id quod facere potest* olanağını tanıyan davaların dışında kalan davalarda ise, erkeğin mahkûmiyetinin sınırını, muhtemelen *honor matrimonii*⁵² ilkesi oluşturacaktır⁵³. Diğer taraftan, eşlerin birbirlerine karşı haksız fiil sebebiyle açacakları davalarda da *in id quod facere potest* olanağına yer verilmemiş olduğunun da altını çizerek belirtelim⁵⁴.

gerekçesiyle Justinianus tarafından kadına da tanınmış olabileceği fikrindedir. **Di Marzo S.**, s. 192.

49 Roma Hukukunda evlilik birliğinde eşler arasındaki söz konusu olan hak ve yükümlülüklerden biri, eşlerin evlilik süresince birbirlerine karşı dava ikame etmeleri yasağıdır. Eşler, evlilik birliği devam ettiği müddetçe birbirlerini hasım gösterip dava açamayacakları gibi; evlilik bittikten sonra da hırsızlık gibi şerefsizlik mahkûmiyetini gerektiren bazı suçlar için de, bu suçlar için öngörülen davaları değil sadece *actio rerum amotarum* adı verilen özel bir davayı ikame edebilirlerdi. Eşler arasında hırsızlık suçunun davası olan *actio furti* ve buna benzer şerefsizlik sonucunu doğuran cezai karakterdeki başka davaların açılmasının evlilik birliğinin onurunun korunması ilkesi ile bağdaşmayacağı düşünülmüştür. Evlilik onuru (*honor matrimonii*) ilkesinin bir sonucu olarak eşler arasında karşılıklı saygı (*reverentia*) yükümlülüğü vardır ve eşlerin birbirlerini hırsızlık veya benzeri bir suçla suçlamaları bu yükümlülüğe aykırıdır. Bu nedenle eşlere, evlilik esnasında birbirlerinden gizlice aldıkları mallarının iadesi için birbirlerine karşı ceza davası olan *actio furti*'yi değil, sadece *condictio* türünden bir dava olan *actio rerum amotarum* açma hakkı tanınmış ve hakkın kullanımının ancak evlilik birliği sona erdikten sonra mümkün olabileceği kararlaştırılmıştır (**İpek N.**, "Actio Rerum Amotarum", MÜHF-HAD, Cilt 16 Sayı 3-4, s. 197 vd.).

50 Bu konuda ayrıca bkz. **Levet A.**, s. 28.

51 **Levet A.**, s. 26.

52 *Honor matrimonii* (evlilik birliğinin onuru); eşler arasında karşılıklı hak ve yükümlülüklerden biridir, hatta en önemlisidir. Eşler, kendi aralarında ve özellikle de toplum içinde eş olmanın gerektirdiği itibar ve onur içinde hareket etmek, birbirlerine saygı göstermek ve nezaket kurallarına uygun davranmak zorundadırlar (ayrıntılı bilgi için bkz. **Güneş Ceylan Z. S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 99). *Honor matrimonii*, aynı zamanda kadın ile erkek arasında evlilik bağının bulunduğu dair bir karine de teşkil eder (**Di Marzo S.**, s. 176; **Koschaker P./Ayiter K.**, s. 304-305; **Ayiter K.**, Roma Aile Hukuku, s. 11.

53 **Levet A.**, s. 26

54 **Levet A.**, s. 23-25.

In id quod facere potest, Antonius Pius tarafından, erkek eşin *dos* dışındaki borçlarını da kapsar şekilde genişletilmek suretiyle tamamen erkek eş yararına kullanılan bir araç haline getirilmiştir. *In id quod facere potest* yetkisini *ex omni contractu* hale getirirken Antonius Pius, aynı yetkiyi kadına tanımamıştır. Bunun neticesi olarak, evlilik birliğinin bitiminde erkek eş tarafından kadına karşı açılması olası tüm borca aykırılık davalarında kadın, *in id quod facere potest* olanağından yararlanamayacaktır. Buna göre kadın, erkeğe olan borçlarından dolayı sadece malvarlığında bulunan değerlerin toplam miktarı ile değil, tüm borç miktarı ile sorumlu tutulacaktır. Başka deyişle kadın, borcun tamamı ödeninceye kadar sorumlu olmaya devam ettiğinden, eline geçen yeni malvarlığına ait değerler de borcun ifası için sorumluluk kapsamında hacze konulabilecektir⁵⁵.

D.Alt Soy Tarafından Üst Soya Yönelilecek Talepler

Alt soy tarafından üst soya karşı açılabilir olan davalarda *in id quod facere potest* mahkûmiyetinin tanınması, aile fertleri arasında bulunması gereken karşılıklı saygı gösterme (*reverentia*) yükümlülüğünün bir sonucu olarak kabul edilmiştir⁵⁶. Azatlılar tarafından takip edilen *patronus* bakımından da *in id quod facere potest* ilkesi geçerlidir ve bu, azatlı ile *patronus* arasındaki karşılıklı saygı (*reverentia*) yükümlülüğünün bir neticesidir⁵⁷.

E. Miras İlişkisinde

Aile reisinin hakimiyetinden ya da mirasçılıktan çıkarılmış olduğu için yahut da babanın terekesine karşı bir *ius abstinendi*'ye⁵⁸ başvurmuş olması nedeniyle, mirasçı olamayan ve dolayısıyla terekeden pay alamayan *sui iuris* aile evladının, babanın talimatıyla akdettiği borçlardan dolayı sorumluluğunun *in id quod facere potest* ile sınırlı olması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁹. Aile babasına mirasçı olmayı kabul etmiş olmakla birlikte kendisine yüklenmiş bir *fideicommissum*⁶⁰ yükümlülüğünün gereği olarak, kazandıkları terekeyi üçüncü kişiye devretmek zorunda kalan aile evlatları da, mirasçılık sıfatları devam ettiği ve bu sebeple terekeye dâhil borçlardan dolayı sorumlulukları gündeme geldiği sürece, kendilerine karşı tereke alacaklıları tarafından yapılacak takiplerde *in id quod facere potest* olanağından yararlanabileceklerdir. Bu durum şüphesiz,

55 Antonius Pius'un emirnamesini aktaran Modestinus, *in id quod facere potest* kullanılması bakımından kadın ile erkek arasında bir fark gözetilmemesinin hakkaniyete daha uygun olacağını eklemektedir (D. 42. 1. 20). Ancak metnin bu kısmının interpolatio'lu olduğu da ileri sürülmektedir (Levet A., s. 38). Yazara göre, *materfamilias* (aile anası) sıfatına sahip olan kadınlara karşı zaten şahıs üzerinde icraya geçilemeyeceği için, kadına bir *in id quod facere potest* tanınması da elzem ve ivedi görülmemiş olabilir (Levet A., s. 42-43).

56 Accarias C., s. 1124.

57 Accarias C., s. 1124.

58 *Ius abstinendi*; Roma Hukukunda zorunlu mirasçıların tereke borçlarından kurtulmak için, *praetor edictum*'unda kendisine tanınan, tereke mallarına müdahale etmeyerek mirası reddetmesi hakkıdır (Umur Z., Lügat, s. 99).

59 Accarias C., s. 1124.

60 *Fideicommissum*; mirasbırakanın atadığı mirasçıdan ya da tayin ettiği vasiyet alacaklısından, kazandırma konusunu devraldıktan sonra üçüncü kişiye devretmesi hususunda vasiyetnamesinde kaleme aldığı bir ricadır (Umur Z., s. 72).

terekeden bir şey elde etmediği halde tereke borçlarından sorumlu olmanın getirdiği ağır yükümlülüğün hakkaniyete aykırı görülerek yumuşatılması düşüncesinden doğmuştur⁶¹.

F. Cessio Bonorum İlişkisinde

Daha evvel de temas ettiğimiz üzere, âciz haldeki borçlunun kendi şahsı üzerinde icraya geçilmesini engellemek için mallarının tamamını alacaklılarına devretmesi ve elde ettiği para ile borçlarını mümkün olduğu nispette ödemesi usulü, *cessio bonorum* olarak kabul edilmiştir⁶². *Cessio bonorum*'da tanınan *in id quod facere potest*'in, yeni kazanımlar elde etmediği sürece borçluyu alacaklının her türlü takibinden koruyacağı açıktır⁶³. *Cessio bonorum*'da tanınan *in id quod facere potest* olanağını I., 4. 6. 40'daki metinde tespit ediyoruz:

Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

Mallarını alacaklılarına devretmiş (*cessio bonorum*) olan kimse, sonradan, bir mamelek sahibi olacak şekilde iktisaplarda bulunursa, mütebaki borcu için alacaklıları, sadece yapabildiği kadarı üzerinde talepte bulunabilirler; hakikaten, bütün malvarlığını elinden çıkarmış olan bir kimseyi tamamına mahkûm etmek gayri insani olurdu.

G. Askerlere Yöneltilen Talepler

Askerlik hizmetinde bulunanlara karşı açılacak davalarda da bir *in id quod facere potest* mahkûmiyeti öngörülerek askerlerin, kişisel borçlarından dolayı şahısları üzerinde icraya geçilmesi engellenmiştir. Askerlere tanınan *in id quod facere potest*, hiç şüphesiz kamu yararı gerekçesiyle tanınmıştır, askerin hizmeti dolayısıyla topluma sağlayacağı menfaat özel kişilerin menfaatlerinden üstün tutulmuştur⁶⁴.

IV. In Id Quod Facere Potest Mahkûmiyetinin Hükümleri

Bu mahkûmiyetin en önemli hukuki sonucu, hiç şüphesiz, cebri icranın borçlunun şahsı üzerinde uygulanmasının ya da yeni elde edeceği malvarlıksal değerler sebebiyle alacaklıların tekrar takibine maruz kalmasının önüne geçilmiş olmasıdır⁶⁵. Bu olanak sayesinde, malvarlığında mevcut değerlerle sorumlu tutulan borçlu ifayı tamamlamamış sayılacağı için, kendisine karşı sonradan yeni bir dava ikamesi kabul edilmemiştir. Böylece borçlu, borcun tamamını değil,

61 Accarias C., s. 1124.

62 Somer P., s. 230; Umur Z., Lügat, s. 36.

63 Accarias C., s. 1128.

64 Accarias C., s. 1128; Levet A., s. 131 vd.

65 Levet A., s. 145-146.

yalnızca malvarlığındaki değerlerin toplamına tekabül eden sınırlı bir miktarını ödeyerek borcundan kurtulmuş olacaktır⁶⁶.

Borçlunun *in id quod facere potest* mahkûmiyetinde sorumlu olduğu miktarın hesaplanması konusunda, *peculium*'a⁶⁷ ilişkin kurallara benzeyen kurallarla karşılaşılmaktadır⁶⁸. Buna göre önce borçlunun malvarlığının aktifi toplanır. Bu toplama yapılırken aktifte bulunan tüm mallar, haklar ve alacaklar dikkate alınır. Bununla birlikte şarta bağlı borçlar, akıbetleri henüz belli olmadığı için dışarıda bırakılır. Söz konusu aktif unsurlar *litis contestatio* günündeki değerleri üzerinden değil, mahkûmiyet anında sahip oldukları değerleri üzerinden takdir edilir ve bu değer takdiri hâkim tarafından resen yapılır⁶⁹. Borçlunun *in id quod facere potest* mahkûmiyeti hesaplanırken, malvarlığının pasif toplamı aktif toplamdan kural olarak indirilmez, zira borçların indirilmesi bu borçlara bağlı teminatların mesela rehinlerin de son bulması anlamına geleceği için buna izin verilmemiştir. Zira kişiye bağlılık niteliği icabı, *in id quod facere potest* olanağından yararlanması istenen kişi sadece bu olanağın kendisine tanındığı asıl borçludur, ferî borçluların bu olanaktan yararlandırılması istenmemiştir⁷⁰. Diğer taraftan bu kurala getirilen bazı istisnalar da vardır. Borçlunun, hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunan borçları ile bağışlanan tarafından takip edilen bağışlayanın borçları aktif toplamdan indirilecek unsurlardır⁷¹ ve hesaplama sonucu elde edilen nihai rakam borçlunun sorumluluğunun sınırını teşkil etmektedir.

Sonuç

Dilimize “yapabildiği kadarına mahkûmiyet” olarak çevirebileceğimiz *condemna in id quod facere potest*, borçluyu, hakkında mahkûmiyet kararı verildiği anda malvarlığında mevcut bulunan değerlerle sorumlu tutan ve böylece borçlunun, borcun tamamından değil, ancak ödeyebildiği kadarından sorumluluğunu öngören bir usul hukuku olanağıdır. Olağan olan, borcun tamamının ödenmesi, yani ifanın tam olarak gerçekleştirilmesidir. Ancak borçlunun sahip olduğu malvarlığı değerlerinin toplamı borcun tamamını karşılamaya yetmeyebilir. Bu durumda Roma usul hukuku kuralları uyarınca borçlunun şahsı üzerinde icraya geçilmesi söz konusu olur. Şahıs üzerinde icra ise, genellikle borçlunun alacaklının ev ya da iş hizmetlerinde çalıştırılması suretiyle uygulanmıştır ve borç, çoğu zaman bu yolla borçluya ödetilmiştir. *In id quod facere potest* mahkûmiyetinin önemi ve faydası da bu noktadadır. Zira bu sayede borçlunun,

66 Levet A., s. 145-146.

67 *Peculium*; aile reisi tarafından köle ve aile evlatlarına tahsis edilen ve bunların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir tür sermayedir. *Peculium*, kelime anlamıyla “küçük malvarlığı” demektir. Para, ticari işletme, bina, arazi, köle, hayvan ve benzeri ekonomik değer taşıyan her türlü malvarlıksal unsur *peculium*Un konusu olabilirdi. Bu sayede köle ve aile evlatları küçük miktarda da olsa kendilerine ait bir malvarlığına kavuşmuşlar ve bununla sınırlı bir hak ehliyetine sahip olmuşlardır (Karadeniz Ö., Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, AÜHF, Cilt: 25, Sayı: 3-4, 1968, s. 179 vd.

68 Accarias C., s. 1128

69 Levet A., s. 147; Accarias C., s. 1129.

70 Accarias C., s. 1128

71 Accarias C., s. 1129; Levet A., s. 160 vd.

mahkûmiyet anında yalnızca malvarlığındaki değerler ile sorumlu tutulması sağlanarak cebri icranın onun şahsı üzerinde uygulanması engellenmiştir.

Condemnatio in id quod facere potest, tüm borç ilişkileri bakımından geçerli kabul edilmemiştir. Başka deyişle *in id quod facere potest* olanağından tüm borçlular değil, sınırlı sayıda bir grup borçlu yararlanabilir. *Condemnatio in id quod facere potest* olanağının kendisine tanındığı borçlular; kadın eş karşısında erkek eş, aile üyeleri karşısında aile reisi, azatlısı karşısında patronus, birbirleri karşısında şirket ortakları, bağışlanan karşısında bağışlayan, tereke alacaklıları karşısında hakimiyetten ya da mirasçılıktan çıkarılan aile evladı, cihaz alacaklıları karşısında cihaz borçluları, acz halinde olduğu için tüm malvarlığı *bonorum venditio* satılmış borçlular ve askerler olarak sayılmıştır. Diğer taraftan Iustinianus, bu olanağı, sayılanların dışında kalan borç ilişkileri bakımından da kabul ederek, tüm borçlular yararına genişletmiştir. Bu usuli ayrıcalık, borçlunun kişiliğine tanınmış olup başkalarına devredilmesi ya da miras yolu ile intikali kabul edilmemiştir.

Condemnatio in id quod facere potest'in hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı metinlerde bir imtiyaz gibi dikkate alınan olanaktan, bazı metinlerde defi gibi söz edilmektedir. Hukuki nitelendirmenin pratik önemi ise elbette borçlu tarafından ileri sürülebilirlik noktasındadır. Çoğu metinde defi olarak geçmesi bu olanaktan yararlanabilmek için harekete geçmesi ve çaba göstermesi gereken kişinin bizzat borçlu taraf olması nedeniyle, defi fikri ağırlık kazanmıştır. Ancak bizim de katıldığımız fikre göre, her ne kadar söze göre yorum bunun bir defi olduğu sonucuna ulaşırsa da, borçlu tarafından hiçbir talepte bulunulmasa dahi hâkimin borçluyu yalnızca borcun ödeyebileceği kadarına mahkûm etmek mecburiyetinde bulunması, söz konusu olanağın bir defi değil, bir usul hukuku ayrıcalık olarak nitelendirilmesini haklı kılmaktadır. *Condemnatio in id quod facere potest*'in klasik kaynağının *praetor* beyannameleri olduğu, sonrasında ise bu olanağın imparator emirnameleri ve mahkeme kararları çerçevesinde gelişme gösterdiği tahmin edilmektedir.

Borçlunun ödeyeceği miktar hesaplanırken; aktif malvarlığı, pasif toplam indirilmeksizin dikkate alınır, başka deyişle, kural olarak, borçlunun aktifindeki değerlerin tamamı alacaklılardan birinin talebi ile satışa çıkarılacaktır.

Açıklamalarımıza son vermeden önce *in id quod facere potest* mahkûmiyetinin modern hukukumuz karşısındaki yerini de belirlemek gerektiğini düşünüyoruz. *In id quod facere potest* kuralının günümüz usul hukukunda tam karşılığını bulmak olanaksızdır. İcra ve İflas Kanunu m. 85/1'te borçlunun taşınır ve taşınmaz mallarının haczi alacak miktarı ile sınırlandırılmış olup, alacak ödeninceye kadar borçlunun tüm malvarlığı değerlerinin kural olarak hacze konu oluşturabileceği kabul edilmiştir⁷². Buna göre borçlunun sorumluluğu alacak miktarı ile sınırlıdır, bunun üzerinde ya da altında bir sorumluluk söz konusu olamaz⁷³. Bununla birlikte bazı malların

72 İcra ve İflas Kanunu madde 85 hükmü şöyledir: “Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur”.

73 **Muşul T.**, İcra Ve İflas Hukuku, Cilt I, 6103, 6217 ve 6352 sayılı kanunlar işlenmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş

haczedilemeyeceği belirtilerek borçlu yararına hükümler de sevk edilmiştir. Haczi kabil olmayan mallar düzenlemesi altında bazı malların haczedilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu mallar esas olarak İİK m. 82'de sayılmıştır. Buna göre borçlunun ekonomik faaliyetini, geçimini, barınma ihtiyacını ve günlük olağan aktiviteleri devam ettirmesi için gerekli olan malların, mesela mesleki eşyalarının, kitaplarının, haline münasip evinin haczi kabil değildir⁷⁴. Bu hüküm bize büyük ölçüde *in id quod facere potest* mahkumiyetini anımsatsa da, *in id quod facere potest*'in bu hükümle tam olarak örtüştüğü söylenemez. *In id quod facere potest* sayesinde tüm borç miktarından sorumlu tutulmayan borçlu, tüm malvarlığının haczedilmesi işleminden de kurtulur, böylelikle bazı mallarını ancak dolaylı yoldan hacizden kurtarmış olur. Ayrıca, *in id quod facere potest*'den yararlanan borçlu, alacak miktarının tamamından sorumlu olmaktan kurtulduğu için borçlunun sonradan elde edeceği yeni değerler üzerinde alacaklıların takibi kabul edilmez. Oysaki günümüz hukukunda borçlu, haczi kabil olmayan malları hacizden kurtarmış olsa bile, alacak miktarının tamamından sorumlu devam edeceği için, elde edeceği yeni değerler üzerinde alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecektir. Diğer taraftan, borçlunun bazı mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin günümüz usul yargılamasındaki hüküm ile Roma Hukukunun *in id quod facere potest* olanağının, yaratılma saiki birbirinden farklı olsa da, borçlunun malvarlığını tamamı üzerinde bir hacze izin vermediği için, bu yönden aralarında bir benzerlik olduğu da kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Accarias, C.**, Précis, De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien, Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891,
- Ayiter K.**, Klasik Roma Hukukunda *Dos*'un Tesisi, Ankara, 1958.
- Ayiter K.**, Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara, 1960.
- Cuq E.**, Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.
- Girard, P. F.**, Manuel Elémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929.
- Gönenç F. İ.**, Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), İstanbul, Der Yayınları, 2004.
- Güneş Ceylan Z. S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Iustinianus Institutiones**, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yayınları, 1968.
- İpek N.**, "Actio Rerum Amotarum", MÜHF-HAD, Cilt 16 Sayı 3-4,
- İpek N.**, "XII Levha Kanunu", **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34.
- Karadeniz Çelebican Ö.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Karadeniz Ö.**, "Roma Hukukunda Peculium Müessesesi", AÜHF, Cilt: 25, Sayı: 3-4, 1968.

5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 581; **Kuru B./ Arslan R./Yılmaz E.**, İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla getirilen yenilikler ve yapılan değişiklikler işlenip değerlendirilmiş 27. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 231.

74 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Muşul T.**, s. 585 vd.

- Kochaker P. / Ayiter K.**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- Kuru B./ Arslan R./Yılmaz E.**, İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla getirilen yenilikler ve yapılan değişiklikler işlenip değerlendirilmiş 27. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 231.
- Levet A.**, Le Bénéfice De Compétence, Paris, Recueil Sirey, 1927.
- Muşul T.**, İcra Ve İflas Hukuku, Cilt I, 6103, 6217 ve 6352 sayılı kanunlar işlenmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 581;
- Öztek S.**, “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törelerden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine”, İÜHFİM 1985, Cilt: 51, S. 1-4.
- Rado T.**, “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı”, Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı bası, İstanbul, 1944.
- Raymond, M.** Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948.
- Sandalcı S.**, “On İki levha Yasaları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi edebiyat Fakültesi, İstanbul, 1993.
- Schwarz, A. B.**, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, çeviren: Türkan Rado, İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965.
- Somer P.**, “Roma Hukukunda Mahkûmiyet Kararına Rağmen Borcun İfa Edilmemesinin Borçlu Bakımından Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-3, 1994.
- Tahiroğlu B. / Erdoğmuş B.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Türkoğlu Özdemir G.**, Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008.
- Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1983.
- Umur Z.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- Wünsch O.**, Zur Lehre vom *Beneficium competentiae*, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1897.