

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

ESCROW SÖZLEŞMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Sinan USTA

Ankara,2018

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

ESCROW SÖZLEŞMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Sinan USTA

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara,2018

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI**

Sinan USTA

ESCROW SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

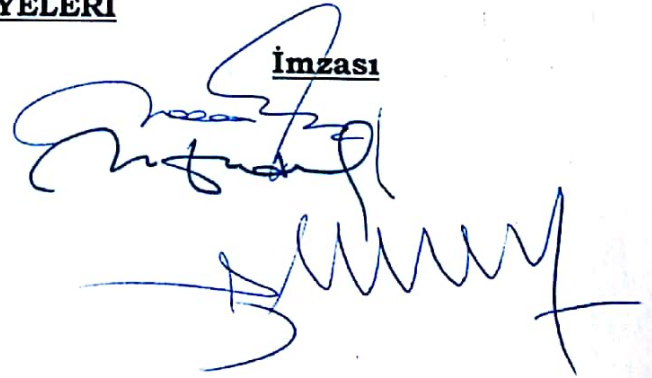
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Prof. Dr. Hasan AYRANCI (Danışman)
- 2- Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
- 3- Doç. Dr. Süleyman YILMAZ
- 4-
- 5-

İmzası



Tez Savunması Tarihi

19.09.2018

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Hasan AYRANCI danışmanlığında hazırladığım “Escrow Sözleşmesi (Ankara.2018)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 20.09.2018
Adı-Soyadı ve İmza

Sinan USTA



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	ix

BİRİNCİ BÖLÜM

ESCROW KAVRAMI, ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. TERMİNOLOJİ ve TANIM.....	1
A. TERMİNOLOJİ.....	1
B. TANIM.....	3
II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	7
A. İSİMSİZ SÖZLEŞMELER VE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN İSİMSİZ SÖZLEŞMELER İÇİNDEKİ YERİ.....	7
1. Genel Olarak İsimsiz Sözleşmeler.....	7
2. Karma Sözleşmeler ve Uygulanacak Hükümler.....	11
a. Karma Sözleşmeler.....	11
b. Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler.....	14
3. Kendisine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşmeler ve Uygulanacak Hükümler.....	15
a. Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler.....	15
b. Kendisine Özgü Sözleşmelere Uygulanacak hükümler.....	16
4. Bileşik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hükümler.....	17

a.	Bileşik Sözleşmeler	17
b.	Bileşik Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler	18
5.	Escrow Sözleşmesinin İsimli Sözleşmeler İçindeki Yeri.....	18
B.	SÖZLEŞMELERİN ASLİ EDİM YÜKÜMÜNÜN İÇERİĞİNE GÖRE SINIFLANDIRILMASI VE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BU SINIFLANDIRMA İÇİNDEKİ YERİ.....	22
1.	Asli Edim Yükümünün İçeriğine ve Amaçlarına Göre Sözleşmelerin Sınıflandırılması	22
2.	Escrow Sözleşmesinin Bu Sınıflandırma İçindeki Yeri	25
a.	Genel Olarak Teminat Amacını Güden Sözleşmeler	25
b.	Escrow Sözleşmesinin Teminat Sağlama Amacını Güden Sözleşmelerden Olması Özelliği.....	28
III.	ESCROW SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	30
A.	RIZAÎ SÖZLEŞME OLMA ÖZELLİĞİ.....	30
B.	SÜREKLİ EDİMLİ SÖZLEŞME OLMA ÖZELLİĞİ.....	31
C.	ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME OLARAK KURULABİLME ÖZELLİĞİ	33
1.	Üç Tarafın Katıldığı Escrow Sözleşmeleri.....	33
2.	Üçüncü Kişi Yararına Escrow Sözleşmeleri	34
a.	Genel olarak Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeler	34
b.	Üçüncü Kişi Yararına Kurulan Escrow Sözleşmesi	37
IV.	ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	41

A. ESCROW SÖZLEŞMESİ VE SAKLAMA SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	42
1. Genel Saklama (Vedia) Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması	42
2. Güvenilir Kişiye Bırakma (Yedimeine Tevdi) Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması.....	46
B. ESCROW SÖZLEŞMESİ VE İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	49
1. Vekâlet Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması	49
2. Genel Hizmet Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması	53
3. Simsarlık Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması	55
C. ESCROW SÖZLEŞMESİ İLE TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	57
1. Kefalet Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması	57
2. Teminat İçin Tevdi Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması.....	61
3. Akreditif ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması.....	63

İKİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, ŞEKLİ VE TURLERİ

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	66
A. TEMEL SÖZLEŞME	66
B. ESCROW KONUSUNUN ESCROW ARACISINA DEVRİ.....	71

C. TEMİNAT AMACI.....	75
D. KOŞULLAR.....	75
E. ÜCRET	77
F. ANLAŞMA	79
II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	80
A. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ.....	80
B. UYGULAMADAKİ ESCROW SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ	81
C. GENEL İŞLEM KOŞULLARINI İÇEREN (STANDART) SÖZLEŞME ŞEKLİNDE KURULABİLMESİ	84
III. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ	86
A. TEKNOLOJİ ALANINDAKİ ESCROW SÖZLEŞMELERİ.....	86
1. Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi.....	86
2. Online (İnternet) Escrow Sözleşmesi	96
3. Bitcoin Escrow Sözleşmesi	101
B. DİĞER ESCROW SÖZLEŞMELERİ.....	103
1. Satış Sözleşmesi Hususunda Düzenlenen Escrow Sözleşmesi.....	103
2. Escrow Hesabı (Escrow Account) ve Konut sektöründeki Uygulamaları	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ BORÇLARI	109
A. TEMEL SÖZLEŞMENİN TARAFLARININ BORÇLARI	109

1. Sözleşme Konusunu Escrow Aracısına Teslim Borcu	109
2. Ücretin Ödenmesi Borcu	112
3. Giderleri Ödeme Borcu	114
4. Zararlardan Sorumluluk.....	115
B. ESCROW ARACISININ BORÇLARI	117
1. Escrow Konusunu Teslim Alma Borcu	118
2. İnceleme Borcu.....	120
3. Muhafaza Borcu	123
4. Açıklama (Bilgi Verme) Borcu	127
5. Sadakat Borcu.....	129
6. Özen Borcu	130
7. Geri Verme (İade) Borcu	131
a. Bekleme Süresi Olan ve İtiraz İmkânı Bulunan Yöntem	133
b. Talep Halinde Geri Verme Yöntemi	134
8. Hapis Hakkı	135
II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	136
A. ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİ İLE SONA ERME.....	137
B. TEMEL SÖZLEŞMENİN TARAFLARININ ORTAK TALİMATI İLE SONA ERME	137
C. İFA SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİYLE SONA ERME	138
D. FESİH SEBEBİYLE SONA ERME.....	140
E. TARAFLARIN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ KONUSUNDA ANLAŞMASI (İKALE SÖZLEŞMESİ) İLE SONA ERME	142

F. ESCROW KONUSUNUN KAYBOLMASI VEYA YOK OLMASI SEBEBİYLE SONA ERME.....	143
SONUÇ	145
KAYNAKÇA.....	152
ÖZET	169
ABSTRACT.....	170



KISALTMALAR

A.Ş	: Anonim Şirket
ATM	: Automatic Teller Machine
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
GesKR	: Gesellschafts und Kapitalmarkrecht
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSBC	: The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
Ltd.	: Limited Şirket
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
s.e.t.	: Son Erişim Tarihi
SAES	: South African Escrow Services
SEI	: Software Escrow International
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
USA	: United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
UYSM	: Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda¹ diğer birçok ülkede de olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü prensibi benimsenmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre; taraflar sözleşmenin konusunu, şeklini, içeriğini ve diğer tarafını kendi iradelerine uygun olarak, kanunda yer alan sınırlandırmalara da uyarak diledikleri gibi düzenleyebilecektir. Bir hukuki ilişki oluşturulmak istendiğinde; bu ilke sayesinde, sadece kanunda düzenlenen sözleşmelerin yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraflar kanun ile belirlenen hukuka, ahlâka aykırı olmamama vb. sınırlandırmalara uyarak; kanunda yer almayan bir sözleşme tipi oluşturabileceklerdir. Bahsedilen şekilde oluşturulup; kanunda hüküm ve sonuçları düzenlenmeyen sözleşmelere “isimsiz sözleşme” adı verilmektedir.

İsimsiz sözleşmelerden bazıları sadece taraflar arasında yapılmakla kalmayıp; geniş bir uygulama alanına erişmektedir. Böylelikle kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme de uygulamada tercih edilmekte ve kendisine özgü kuralları oluşturulmaktadır. Örneğin; ülkemizde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geniş bir uygulama alanına erişmiştir. Çalışmamızın konusu olan ve isimsiz sözleşmeler arasında yer alan escrow sözleşmesi de dünya çapında birçok hukuki ilişkinin yapılması sırasında tercih edilmiştir. Geniş bir uygulama alanı olan escrow sözleşmesi, ülkemizde yeterince bilinmemekte; uygulama alanı oldukça kısıtlı kalmaktadır. Akademik çalışmalarda da escrow sözleşmesi yeterince incelemeye konu olmamıştır. Bu konuda yapılan çalışmalar da az sayıdadır ve yeterince ayrıntı içermemektedir. Belirtilen nedenlerle, escrow sözleşmesinin ülkemizde de bilinirliğinin ve pratikte kalmayıp uygulanabilirliğinin de arttırılması amacıyla böyle bir çalışma yapılması ihtiyacı doğmuştur.

¹ 04/02/2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

Escrow sözleşmesi; taraflar arasında bulunan bir sözleşmedeki tarafların edimlerinin, yerine getirilmesinin teminat altına alınması amacıyla yapılmaktadır. Bu teminat amacını yerine getirirken de taraflar arasındaki hukuki ilişkinin dışında üçüncü bir kişi de sözleşmede taraf olarak yer almaktadır. Taraflar, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan edimlerinin teminat altına alınması için sözleşme ile kararlaştırılan edimlerini escrow aracısına tevdi etmektedirler. Escrow aracısı da sözleşme ile belirlenen koşullar yerine getirilinceye kadar kendisine teslim edilen şeyi muhafaza edecek; sözleşmede kararlaştırılan tarafa iade edecektir. Kısaca bu şekilde ifade edilebilecek olan escrow sözleşmesi; özellikle uluslararası bir sözleşme ilişkisi olduğunda, tarafların teminat ihtiyacını gidermek için kullanılmaktadır. Escrow sözleşmesinin özellikleri ve uygulamadaki görünüm biçimleri, çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Escrow sözleşmesi incelenirken: Öncelikle, “escrow” kavramının kökeni ve kelime anlamından bahsedilecek olup; doktrinde yer alan tanımlardan yola çıkılarak sözleşmenin tanımlanması sağlanmaya çalışılacaktır. Escrow sözleşmesinin hukuki niteliği başlığında; ilk olarak isimsiz sözleşmelerden genel olarak bahsedilip; doktrinde kabul edilen sınıflandırmaya değinilecektir. İsimli sözleşmeler içerisinde yer aldığını belirttiğimiz escrow sözleşmesinin bu sınıflandırma içerisindeki yeri ve uyumsuzluk halinde uygulanacak hükümler değerlendirilecektir. Ayrıca bu başlıkta, sözleşmelerin asli edim yükümüne göre sınıflandırılması konusu incelenecek olup; escrow sözleşmesinin bu sınıflandırmalardan teminat sözleşmesi olması özelliği belirlenecektir. Escrow sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşme dolayısıyla ortaya çıkabilecek olan uyumsuzlukların çözümlenmesi konusunda hangi hükümlerin uygulanacağı ve diğer konularda, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır. Daha sonra, uygulamadaki escrow sözleşmelerinin özellikleri de dikkate alınarak; escrow sözleşmesinin özellikleri anlatılacaktır. İlk bölümün sonunda; isimli sözleşmelerden olan escrow sözleşmesindeki tarafların, yerine

getirmekle yükümlü olduğu edimlerin benzerlik oluşturması sebebiyle kanunda düzenlenen bazı sözleşme tipleri ile karşılaştırılarak; bu sözleşmelerle arasındaki benzer ve farklı yönlerinin belirlenmesi sağlanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, uygulamada kendisine bir yer edindiğini söylediğimiz escrow sözleşmesinin unsurları belirlenecektir. Bu unsurlar belirlenirken özellikle uygulamada yapılan escrow sözleşmeleri de göz önünde bulundurularak, değerlendirme yapılacaktır. Sözleşmenin zorunlu olan ve zorunlu olmayan unsullarından da bahsedilecektir. Escrow sözleşmesinin unsullarının belirlenmesiyle; sözleşme yapmak isteyen kişilerin hak kaybına uğraması engellenebilecektir. Escrow sözleşmesinin unsullarından bahsedildikten sonra, sözleşmenin şekline ilişkin bilgi verilecektir. Sözleşmenin ne şekilde yapılması gerektiği ve uygulamadaki escrow sözleşmelerinin şekli inceleme konusu yapılacaktır. İkinci bölümde son olarak; escrow sözleşmesinin uygulama alanına göre, teknoloji alanındaki escrow sözleşmeleri ve diğer escrow sözleşmeleri şeklinde ikili bir ayrıma gidilerek, sözleşme türlerinden söz edilecektir. Teknoloji alanındaki escrow sözleşmeleri, özellikle bilgisayar programlarının hayatımızda oldukça büyük bir yer kapladığı günümüzde; tarafların büyük yatırımlar yaptığı alanlarda, teminat ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanılmaktadır. Ancak escrow sözleşmeleri sadece teknoloji alanındaki yapılan sözleşmelerden ibaret olmayıp; teminat altına alınmak istenen sözleşme türlerine göre çeşitli görünüm biçimleri ortaya çıkabilecektir. Bu sözleşme türleri anlatılırken; şüphesiz ki uygulamada sıkça görülen ve günlük hayatta karşılaşılabilecek olan escrow sözleşmesi türlerinin, ayrıntılı olarak anlatılması sağlanacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde; ilk olarak, escrow aracısının teminat sağlamayı üstlendiği hukuki ilişkinin taraflarının, escrow sözleşmesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu borçlarından ve bu borçlarını yerine getirmemesi halindeki sorumluluktan bahsedilecektir. Ardından escrow sözleşmesindeki escrow aracısının

yükümlölükleri anlatılacaktır. Escrow aracısının yükümlölüklerinin; escrow sözleşmesinin teminat amacının sağlanması için eksiksiz yerine getirilmesi gereklidir. Bu nedenle escrow aracısının yükümlölükleri konusu oldukça önemlidir. Çalışmamızın son başlığı olan escrow sözleşmesinin sona ermesinde; adından da anlaşılacağı üzere sözleşmenin sona erme sebepleri ve belirtilen sebeplerin meydana gelmesi durumunda oluşabilecek sonuçlar inceleme konusu yapılmıştır. Son bölümde sözleşmenin sona ermesi incelenirken hem escrow sözleşmesine özgü sona erme nedenleri incelenecek hem de benzer sözleşmelere ilişkin sona erme sebepleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde escrow sözleşmesine de uygulanabilecektir. Bu sona erme sebeplerine ayrı ayrı başlıklar halinde yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESCROW KAVRAMI, ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. TERMİNOLOJİ ve TANIM

A. TERMİNOLOJİ

Escrow kelimesinin kökeni, yazı-doküman veya parşömenin ya da kâğıdın küçük bir parçası anlamına gelen, 16. yüzyılda Fransa'nın Normandiya lehçesindeki "escrowe" ve Anglo-Fransızca "escroe" kelimelerine dayanmaktadır².

Escrow sözleşmesinin nitelikleri ve özellikleri, İngiliz Anglo Sakson (Common Law) Hukuk Sisteminde oluşup, günümüze kadar gelişme göstermiştir³. Eski İngilizcede, "escrowl" kelimesinden türetilmiş olan "escrow", yazı veya döküman anlamına gelen, "scroll" veya "scrawl" kelimesinden gelmektedir⁴. "Scroll" kelimesi ise Latince yazı

² **BOWMAN**, Arthur/**WILLIGAN**, Denny, Real Estate Law in California, USA 1958, s. 368; **WEBSTER**, Meriam, Webster's Third New International Dictionary, Springfield 1986, s. 775; **BLACK**, Henry Campbell, Black's Law Dictionary (Editör: Bryan A. Garner), USA 2014, s. 662; <https://www.etymonline.com/word/escrow> (s.e.t. 27.10.2017).

³ **WILLIAM**, Andrew Ingraham, "Escrow Agreements Elements of an Escrow", University of Miami Law Review, C. 8, S.1, 1953, s. 75, <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol8/iss1/9/> (s.e.t. 19.07.2018).

⁴ **JOWITT**, Earl/**WALSH**, Clifford, The Dictionary Of English, Cilt-I, Londra 1959, s. 732; <https://en.oxforddictionaries.com/definition/escrow> (s.e.t. 27.10.2017);

veya belge anlamına gelen “scriptum” ve tomar anlamına gelen “roll” kelimelerinin birleştirilmesinden oluşmuştur⁵.

Escrow kelimesinin Türkçe kelime anlamlarına bakıldığında ise; alıkoyma⁶, malın emaneten üçüncü şahsa verilmesi⁷ veya yedieminlik sözleşmesi⁸ ifadeleriyle karşılaşılmaktadır. Ancak çalışmamızın bir sonraki kısmı olan “tanım” başlığından da anlaşılacağı üzere, belirtilen ifadeler “escrow” kavramının anlamını tam olarak karşılamamakta ve bu ifadelerin kullanılması, kavram karışıklığına yol açabilmektedir. Bu nedenle tez adında ve çalışmamızda, “escrow” kelimesi yazıldığı şekliyle kullanılacaktır. Almanya ve İsviçre’deki kaynaklarda da “escrow” sözcüğüne karşılık başka ifadeler kullanmak yerine kelimenin aynen kullanımı benimsenmiştir⁹.

PARTRIDGE, Eric, *Origins A Short Ethymological Dictionary Of Modern English*, London and New York 2006, s. 3025.

⁵ **BLACK**, s. 662; **TİFFANY**, Herbert, “*Delivery Of Deeds in Escrow*”, *The Lawyer & Banker & And Southern Bench and Bar Review*, C. 20, 1914, s. 207.

⁶ <https://translate.google.com/#en/tr/escrow> (s.e.t. 27.10.2017);
<https://www.sozluk.net/ingilizce-turkce-ceviri> (s.e.t. 30.10.2017).

⁷ <https://translate.google.com/#de/tr/escrow> (s.e.t. 27.10.2017);
<http://www.wordreference.com/entr/escrow> (s.e.t. 31.10.2017);
<https://ceviri.yandex.com.tr/?lang=en-tr&text=escrow> (s.e.t. 31.10.2017);
<https://www.seslisozluk.net/escrow-nedir-ne-demek/> (s.e.t. 31.10.2017).

⁸ **YILMAZ**, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2005 (Sözlük), s. 342;
<http://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/escrow%20agreement> (s.e.t. 31.10.2017).

⁹ **KIRCA**, İsmail, “*Escrow Sözleşmesi*”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19 S. 1, 1997-1998, s. 45.

B. TANIM

Escrow sözleşmesinin tanımına, gerek 818 Sayılı Borçlar Kanunu gerekse de 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Hukukumuzda herhangi bir özel kanun veya mevzuatta da bu kavramın tanımı bulunmamaktadır. Ülkemizdeki durumun aksine bazı ülke mevzuatlarında escrow sözleşmesinin tanımının ve özelliklerinin düzenlendiği görülmektedir¹⁰.

Escrow sözleşmesi ilk olarak, bir belgenin üçüncü bir kişiye teslim edilmesi ve üçüncü kişi tarafından özel şartların gerçekleşmesine kadar muhafaza edilmesi şeklinde tanımlanmıştır¹¹. Bu tanımda dikkati çeken husus escrow sözleşmelerinin yalnızca belgeler için düzenlenebilmesidir. Günümüzdeki escrow sözleşmeleri ise sıklıkla paranın üçüncü kişi tarafından saklanması şeklinde yapılmaktadır. Bu işlem ayrıca diğer taşınır eşyaların muhafaza edilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda da uygulama alanı bulmaktadır¹². Bununla birlikte belirtilen tanımdaki belgenin üçüncü kişiye teslimindeki

¹⁰ Bkz. California Financial Code Section 17003,

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=17003.&lawCode=FIN (s.e.t. 30.10.2017).

¹¹ **BLACKSTONE**, William, Blackstone's Commentaries on the Law, Washington 1941, s. 307; **TUĞLACI**, Pars, (İngilizce-Türkçe) İktisadi Ticari Hukuki Terimler Sözlüğü, İstanbul 1988, s. 188; **OVACIK**, Mustafa, (İngilizce-Türkçe) Hukuk Sözlüğü, Ankara 1964, s. 134; **YEOMANS**, Richard, "Escrow Agent Liability: A Trial Lawyer's Perspective", State Bar of Texas 32nd Annual Advanced Real Estate Law Course, San Antonio 2010, s. 1, https://gdhm-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2016/08/rdy-chpt_38_escrow_agent_liability.pdf (s.e.t. 17.05.2018).

¹² **BYRNE**, Thomas M., "Escrow and Bankruptcy", The Bussiness Lawyer, C. 48, 1993, s. 762; **BELL**, Wayne/**SUMMER**, Bakotich, "Surviving the Real Estate "Escrow"

amaç, belgenin saklanmasıdır. Bu saklama amacı, zamanla bir teminat işlemi olma konusunda gelişme göstermiş olup; artık günümüzdeki escrow sözleşmeleri, saklamayı da içermekle birlikte teminat amaçlı yapılmaktadır¹³.

Gerster'e göre¹⁴; escrow sözleşmesi, bir temel işlemin taraflarınca bir eşyanın teminat ve/veya tasfiye amacıyla, üçüncü bir kişi tarafından saklanmasıyla ilgili olarak kararlaştırıldığı hukuki işlemlere ilişkin anlaşma; olarak tanımlanabilir.

Kuster¹⁵ ise escrow sözleşmesini; temel ilişkinin taraflarının, aralarında yaptıkları sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifası konusunda teminat sağlamak için, sözleşme konusu taşınır mallarını saklamak üzere güvenilir bir aracıya teslim etmesi; biçiminde tanımlamıştır.

Process in California: Important Things and Tips You Should Know, and Mistakes to Avoid", s. 5, http://www.dre.ca.gov/files/pdf/Escrow_Info_Consumers.pdf (s.e.t. 30.10.2017).

¹³ **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s. 51; **GERSTER**, Stefan, Das Escrow Agreement als Obligationenrechtlicher Vertrag, Zürich 1991, s. 5.; **KESKİN**, Ayşe Dilşad, "Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.3, S.10, 2012, s. 96; **FREEMAN**, Edward H., "Source Code Escrow", Information Systems Security, C. 13, S.1, 2004, s. 9; **KIRCA**, s. 45.

¹⁴ **GERSTER**, s. 4.

¹⁵ **KUSTER**, Matthias, "Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien", SZW, 1996, s. 68.

Blickenstorfer'a göre¹⁶, iki veya daha fazla tarafın sözleşmeyle belirlenen şartların gerçekleşmesine kadar sözleşme konusu taşınır eşyayı bir aracıya verip saklanması sağlandığı ve şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre, aracının kendisine teslim edilen şeyi taraflardan birine vermeyi üstlendiği sözleşme; olarak tanımlanma yoluna gitmiştir. Ayrıca yazara göre bu sözleşme, tarafların temel sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amaçlı yapılmaktadır¹⁷.

Eisenhut'a göre¹⁸; escrow sözleşmesi; sözleşmenin bir tarafında temel (ana) işlemin borçlusu ile (çoğu işlemde alacaklı da taraf olur), sözleşmenin diğer tarafında tarafsız ve temel işleme göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı arasında kurulan, ana sözleşmede belirlenen amaçların bertaraf edilmesini engellemek amacıyla, taşınır bir şeyin escrow aracısına devredildiği hukuki ilişkidir.

Escrow sözleşmesi, doktrin ve uygulamadaki tanımlardan yola çıkarak; taraflar arasında daha önceden yapılmış olan bir temel sözleşmedeki¹⁹ borçların ifa edilmesini teminat altına almak amacıyla, ifaya konu olan eşya veya malvarlığı değerlerinin (belge, para, taşınır eşya vs.), sözleşmeye taraf olmayan, yansız ve güvenilir üçüncü bir kişiye²⁰

¹⁶ **BLICKENSTROFER**, Kurt, “*Der Sourcecode-Escrow*”, THOMANN/Felix H./RAUBER, Georg, Softwareschutz, Bern 1998, s. 217.

¹⁷ **BLICKENSTROFER**, s. 217.

¹⁸ **EISENHUNT**, Stefan, Escrow-Verhältnisse, Basel 2009, s. 13.

¹⁹ Escrow ile ilgili yazılan Türkçe makalelerde “temel sözleşme” ifadesi kullanıldığı için, çalışmamızda da bu ifadeye yer verilmiştir. Bkz. **DEMİRÇARK**, Sezi, “*Escrow Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ile Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Uygulaması*”, Hukuk Postası 2016, İstanbul 2017, s. 9; **KIRCA**, s. 50; **KESKİN**, s. 96.

²⁰ Üçüncü kişi için escrow ajansı, escrow aracısı, escrow müdürü vb. ifadeler kullanılmaktadır. Bkz. **JACOBSEN**, Karen Lee, “*California Escrow Agents: A Duty to*

devredilip; üçüncü kişinin de sözleşmede belirlenen şartın veya belli durumun gerçekleşmesine kadar ifa konusu şeyi muhafaza edip, tarafların bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarını engelleyerek, ifaya güvence sağlamayı taahhüt ettiği sözleşme, olarak tanımlanabilir²¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere escrow sözleşmesi, teminat amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Söz konusu işlem ile bu teminat amacı yerine getirilirken, diğer teminat sözleşmelerinden farklı olarak; escrow aracısına teslim edilen escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi, sözleşmede tarafların ortak iradesiyle belirledikleri bir durum veya şart gerçekleşinceye kadar sözleşmeye taraf olmayan, güvenilir ve yansız (tarafsız) üçüncü bir kişiye bırakılmaktadır²². Belirtilen özellik, escrow sözleşmesini karakterize eden ve diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayan en önemli unsurdur²³. Üçüncü kişi belirlenen şartın veya durumun gerçekleşip

Disclose Known Fraud?”, Pasific Law Journal, S. 17, 1985-1986, s. 312; **BLACK**, s. 662; **WILLIAM**, s. 78.

²¹ **OKUTAN NİLSSON**, Gül, Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, İstanbul 2016, s.84; **SANDLER**, Corey/**KEEFE**, Janice, Legal Words You Should Know, USA 2009, s. 94; **KUSCHKE**, Prozesky, “*Depositum and Escrow: Their Current Application in Computer Source Code in South African Law*”, De Jure, C. 36 S.1, 2003, s.281-282; **THOMSON**, William, Thomsons’s Dictionary of Banking, Londra 1951, s. 263; **ADAL**, Erhan, Fundamentals of Turkish Private Law (A Comparative Research), İstanbul 2012, s.851; **KIRCA**, s. 45; **KESKİN**, s. 96; **GERSTER**, s. 6; **JOWITT/WALSH**, s. 732 ; **EISENHUT**, s. 13; **YILMAZ**, Ejder, Sözlük, s. 342; **BLACK**, s. 662; **KUSTER**, s. 68.

²² **KIRCA**, s. 50; **KESKİN**, s. 96.

²³ **BLAN**, Ollie Jr., “*A Survey of Escrow-A Legal Adolescent*”, Arkansas Law Review, C. 64, 1954, s. 164; **KIRCA**, s. 50.

gerçekleşmemesine göre escrow konusu olan şeyi, taraflardan birine teslim etmeyi üstlenmektedir²⁴.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Escrow sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken; öncelikle isimsiz sözleşme kavramından genel olarak bahsedilecek olup, ardından escrow sözleşmesinin isimsiz sözleşmeler içindeki yeri belirlenerek bu belirlemeye ilişkin sonuçlardan söz edilecektir. Ayrıca asli edim yükümüne göre sözleşmelerin sınıflandırılması konusuna değinildikten sonra, escrow sözleşmesinin bu sınıflandırma içindeki yeri belirlenecektir.

Escrow sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşme dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözülmesi konusunda hangi hükümlerin uygulanacağı ve diğer konularda sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır.

A. İSİMSİZ SÖZLEŞMELER VE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN İSİMSİZ SÖZLEŞMELER İÇİNDEKİ YERİ

1. Genel Olarak İsimsiz Sözleşmeler

TBK m.1/I'e göre; iki tarafın, hukuki bir sonucun oluşması için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla oluşan hukuki işleme; sözleşme denir²⁵.

²⁴ **LAW**, Jonathan/**SMULLEN**, John, (OXFORD) A Dictionary of Finance and Banking, USA 2008, s. 142; **JONES**, Asterley/**FISCHER**, J.C., Mozeley and Whiteley's Law Dictionary, İngiltere 1950, s. 125.

²⁵ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017 (Borçlar Genel), s. 203; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt-I, İstanbul 2010 (Borçlar Genel), s.95;

Sözleşmelerin kurulması için; iki taraf bulunmalı ve hukuki sonuç doğurmak için bir tarafın yaptığı icabın diğer tarafça kabul edilmesiyle, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunulması gereklidir²⁶. Sözleşmede birden fazla kişinin alacaklı ve/veya borçlu olabilmesi mümkün olsa da sözleşme yine iki taraf arasında kurulmuş olur²⁷.

Satış, kira, vekâlet, kefalet vb. sözleşmeler TBK’da düzenlenmiş olup, bu sözleşmelerin şartları, hükümleri, hatta isimleri kanun koyucu tarafından belirlenmiştir²⁸. Taşıma ve sigorta sözleşmesi TTK’da, iş sözleşmesi İş Kanununda düzenlenmiş olup, bunun gibi çeşitli sözleşme tipleri de TBK dışındaki başka kanunlarda düzenlenmiştir²⁹. Bu şekilde tipleri, esaslı unsurları ve asli edimleri, kanunda belirtilen sözleşmelere; isimli sözleşmeler denilmektedir. Bir sözleşmenin sadece adının kanunda geçmesi, o sözleşmenin isimli sözleşme olmasını sağlamaz³⁰. Önsözleşme³¹ (TBK m.29), şerh

RUHİ, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku Cilt-I, Ankara 2013 (Cilt-I), s.15; **AKİPEK**, Şebnem/**KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları), Ankara 2002, s.18.

²⁶ **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2013, s. 66.

²⁷ **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 19.

²⁸ **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Akdin Muhtelif Nevileri-Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1978, s. 19.

²⁹ **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 21.

³⁰ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I, İstanbul 2013 (Cilt-I), s. 4; **ARAL/AYRANCI**, s.53.

³¹ Önsözleşme bağımsız bir sözleşme türüdür. Bkz. **AYRANCI**, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara 2006, s.53, 87vd.

sözleşmesi (TMK m.1009) vb., belirtilen duruma örnek olup; bu sözleşmelerin adları kanunda geçse de isimli sözleşme niteliğinde değildirler³².

Bütün sözleşmelerin isimlerinin ve özelliklerinin kanunda sayılması şüphesiz ki olanaksızdır³³. Garanti sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, barter sözleşmesi³⁴, escrow sözleşmesi vb. sözleşmeler TBK'nın özel hükümler kısmında veya başka herhangi bir mevzuatta düzenlenmemiştir. Sözleşme özgürlüğünün sağladığı imkânlar sayesinde, kanunda düzenlenmiş olan farklı sözleşme tiplerine ait unsurların bir araya getirilmesiyle oluşan veya kanunda düzenlenen sözleşmelere tamamen yabancı kendisine özgü unsurlar içeren sözleşmelere; isimsiz sözleşmeler denir³⁵. Bazı sözleşmelerin kanunda düzenlenmemesinin sebebi olarak; düzenleme ihtiyacı duyulmaması veya hiç tanınmamış, varlığından kanun koyucunun haberdar olmaması gösterilebilir³⁶.

³² **EREN**, Fikret, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Ankara 2008 (İsimsiz Sözleşme), s. 86; **OKTAY**, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHF, C.55 S.1-2, 1995-1996, s. 264.

³³ **FEYZİOĞLU**, s.19.

³⁴ **BELEN**, Herdem, Barter Sistemi Hukukî Yapısı ve İşleyişi, İstanbul 2007, s. 52-77.

³⁵ **BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 12; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II, İstanbul 1974, s.5; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2017, s. 25; **RUHİ**, Cilt-I, s. 88; **ARAL/AYRANCI**, s.53.

³⁶ **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt-I/1, İstanbul 1985 (I/1-1985), s. 8; **KUNTALP**, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 9; **ARAL/AYRANCI**, s. 55.

Sözleşme özgürlüğü, TBK m. 26’da, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, taraflar sözleşmenin konusunu, şeklini, içeriğini ve diğer tarafını kendi iradelerine göre kanunların sınırları içerisinde istedikleri gibi düzenleyebilir³⁷. Ayrıca taraflar; sözleşme yapıp-yapmama, sözleşmenin içeriğini düzenleme veya değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahiptirler³⁸. Sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeninin sınırları içerisinde, taraflara, kanunda düzenlenmiş olsun veya olmasın istedikleri tipte sözleşme yapabilme imkânı vermektedir³⁹. İsimli sözleşmeler, bu ilke sayesinde ortaya çıkmış ve uygulama alanı bulmuştur.

İsimli sözleşmeler, kabul edilen ayrıma göre kendi içerisinde; karma sözleşmeler, kendisine özgü sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler şeklinde sınıflandırılmaktadır⁴⁰.

³⁷ **CANSEL**, Erol/**ÖZEL**, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, Ankara 2017, s. 64; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 16-17.

³⁸ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017 (Borçlar Özel), s.18-20; **ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s.8-10; **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 31-34.

³⁹ **AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 56; **EREN**, Borçlar Genel, s.207; **ARAL/AYRANCI**, s. 55.

⁴⁰ **ARAL/AYRANCI**, s. 56-57.

2. Karma Sözleşmeler ve Uygulanacak Hükümler

a. Karma Sözleşmeler

Karma sözleşme kavramının anlamı doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, tarafların amaç ve isteklerine göre kanunda düzenlenen isimli sözleşmelere ait unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde, özgün bir sözleşme ilişkisi içerisinde bir araya gelmesidir⁴¹. (Dar anlamda karma sözleşme) Diğer bir görüşe göre ise sadece isimli sözleşmelere ait unsurların değil isimsiz sözleşmelere ait unsurların da karma sözleşmeyi oluşturabileceği belirtilmektedir⁴². (Geniş anlamda karma sözleşme) Ancak geniş anlamda karma sözleşme görüşünün kabulü durumunda; karma sözleşmeler ile kendisine özgü sözleşmeler arasında karışıklık ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle karma sözleşme denilince, sadece dar anlamda karma sözleşmeler anlaşılmalı ve tanımı verilen geniş anlamda karma sözleşmeler, kendisine özgü sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Karma sözleşme içinde yer alan isimli sözleşmelere ait unsurlar, bağımsızlıklarını kaybederek ve yeni bir sözleşme ilişkisi içinde birbirleriyle tamamen bütünleşip, kaynaşarak; bu sözleşmenin edimlerini oluştururlar⁴³.

⁴¹ **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-I/1, İstanbul 2008 (I/1-2008), s. 12; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2016, s. 14; **BİLGE**, s. 16; **FEYZİOĞLU**, s. 52; **EREN**, İsimsiz Sözleşme, s. 91-92; **RUHİ**, Cilt-I, s. 90; **KUNTALP**, s. 12-13; **ARAL/AYRANCI**, s. 57; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 40-41; **AKINCI**, s.64; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 18; s. 21; **TUNÇOMAĞ**, s. 11.

⁴² **SCHLUEP**, Walter, Innominatvertraege, Separatdruck aus “Schweizerisches Privatrecht”, Basel/Stuttgart 1979, s.771; **GÜMÜŞ**, Cilt-I, s. 7; **ARAL/AYRANCI**, s. 57.

⁴³ **EREN**, Borçlar Genel, s. 208.

Karma sözleşmeler doktrinde çeşitli şekillerde ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrıma göre dört farklı karma sözleşme çeşidinden bahsedebiliriz. Bunlar:

-Kombine Sözleşmeler: Bu sözleşme tipinde taraflardan biri çeşitli sözleşme tiplerine ait birden fazla edimde bulunmayı, diğer taraf ise tek bir edimde bulunmayı, çoğunlukla tek bir sözleşme tipine ait olmayan para ödemeyi, taahhüt etmektedir⁴⁴. Bu sözleşme tipine; pansiyon sözleşmesi, hastaneye kabul sözleşmesi, yatılı okul sözleşmesi, seyahat(paket-tur) sözleşmesi⁴⁵ ve mobil telefon abonelik sözleşmesi⁴⁶ örnek olarak gösterilebilir⁴⁷.

-Çifte Tipli Sözleşmeler: Bu sözleşme tipinde taraflar, farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri kanunda öngörülmeleyen bir şekilde karşılıklı olarak üstlenmektedirler⁴⁸. Bu sözleşme tipine; kapıcılık sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi⁴⁹ ve kira

⁴⁴ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 14; **BİLGE**, s.13; **ARAL/AYRANCI**, s. 58;

FEYZİOĞLU, s. 56; **GÜMÜŞ**, Cilt-I, s. 8.

⁴⁵ **SAYIN**, Feyza Eren, Paket Tur Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 72-78; **DEMİR**, Bahadır, Paket Tur Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında), Ankara 2015, s.69-88.

⁴⁶ **ÖKTEM ÇEVİK**, Seda, Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 23.

⁴⁷ **TANDOĞAN**, 1/I-2008, s. 70-71; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, 19; **ARAL/AYRANCI**, s. 58; **RUHİ**, Cilt-I, s. 90; **AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 26; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s.41-42.

⁴⁸ **TUNÇOMAĞ**, s. 12; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 14; **EREN**, İsimsiz Sözleşme, s. 92; **RUHİ**, Cilt-I, s.90; **BİLGE**, s. 16.

⁴⁹ **KARTAL**, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 22-28. **ERMAN**, Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 4-7; **SÜTÇÜ**, Nezih, Kat

karşılığı ders verme sözleşmesi örnek olarak verilebilir⁵⁰.

-Çeşitli Tiplere Ait Unsurların Birbirine Karıştığı Sözleşmeler: Bu sözleşme tipinde, sözleşmeye katılan taraflardan biri veya her ikisi, işlev bakımından farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri uygun bir yapı içinde taahhüt etmektedir⁵¹. Çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmelerin en çok bilinen örneği, karma bağışlamadır⁵². Doktrinde bu sözleşme için “*eklemli karma sözleşme*”⁵³ veya “*kaynaşık sözleşme*”⁵⁴ gibi ifadeler kullanılmıştır. Karma bağışlamayı, karma sözleşme olarak nitelendirmeyen yazarlar da bulunmaktadır⁵⁵.

-Kendisine Yabancı Yan Edimleri İçeren Sözleşmeler: Bu sözleşme tipinde taraflar, kanunda düzenlenen bir sözleşme yapmakta; fakat bu isimli sözleşmeye ait asli edimler yanında başka bir sözleşmeye ait unsurlar da yan edim olarak üstlenilmektedir⁵⁶. Bu sözleşme tipine; montaj kaydıyla satış sözleşmesi ve bakım kaydıyla kira sözleşmesi

Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi (Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle) Cilt-1, Ankara 2016, s. 34-40.

⁵⁰ ARAL/AYRANCI, s. 58; TANDOĞAN, 1/I-2008, s. 69-71;

AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 41; GÜMÜŞ, Cilt-I, s. 8; OKTAY, s. 274;

ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 19; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 26.

⁵¹ ARAL/AYRANCI, s. 59; RUHİ, Cilt-I, s. 90; OKTAY, s. 274.

⁵² TANDOĞAN, 1/I-2008, s. 72; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 14.

⁵³ EREN, İsimli Sözleşme, s. 95.

⁵⁴ GÜMÜŞ, Cilt-I, s. 8.

⁵⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 14; KUNTALP, s. 119.

⁵⁶ TANDOĞAN, 1/I-2008, s. 73; RUHİ, Cilt-I, s. 90; AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 27; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 21; ARAL/AYRANCI, s. 59.

örnek olarak verilebilir⁵⁷. Doktrinde, söz konusu sözleşme tipini karma sözleşmeler içinde kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır⁵⁸.

b. Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda doktrin ve uygulamada çeşitli görüşler ortaya atılmıştır:

-Soğurma Teorisi: Bu görüşe göre hangi sözleşme tipine ait unsurlar daha önemli ise (hâkim sözleşme tipi), o tipe ait hükümler bütün sözleşmeye uygulanmalıdır⁵⁹. Hâkim sözleşme tipi; diğer sözleşme tipine ait unsurlar için öngörülen hukuki sonuçları kendi bünyesinde eritip, karma sözleşmeyi baskın sözleşme tipine ait kurallara tabi kılar⁶⁰.

-Çeşitli Tiplerin Birbirini Götürmesi (Dışlama Görüşü): Bu görüşe göre karma sözleşmelere, edimlerin ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler uygulanmamalı; sadece TBK'nın genel hükümleri uygulanmalıdır⁶¹.

-Terkip (Birleştirme) Teorisi: karma sözleşmedeki her edime, ait olduğu sözleşme tipine dair hükümler uygulanır ve her bir sözleşme için doğacak sonuçlar birbirine bağlanır⁶².

⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 14-15; RUHİ, Cilt-I, s.90; AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 27.

⁵⁸ EREN, İsimli Sözleşme, s. 92- 95; TUNÇOMAĞ, s. 16; KUNTALP, s. 100 vd.

⁵⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 15; EREN, İsimli Sözleşme, s. 97.

⁶⁰ ARAL/AYRANCI, s. 62; GÜMÜŞ, Cilt-I, s. 12; OKTAY, s. 276.

⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 15; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 42;

ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 21.

⁶² BİLGE, s. 17; FEYZİOĞLU, s.60; ARAL/AYRANCI, s. 63; EREN, İsimli Sözleşme, s. 96; OKTAY, s. 276.

-Kıyas ve Yaratma Teorisi: Kanunda düzenlenen sözleşmelere ilişkin kurallar, karma sözleşmeye doğrudan doğruya değil, somut olaya göre, tarafların amaç ve çıkarlarına uygun olarak kıyas yoluyla uygulanmalıdır⁶³. Eğer kıyas yoluyla dahi uygulanabilecek bir hüküm bulunmuyorsa, TMK m.1/II'ye göre örf-âdet hukukunda uygulanabilecek bir kural bulunup bulunmadığına bakılır. Örf-âdet hukukunda da uygulanabilecek bir hüküm bulunmuyorsa; hakim, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl karar verecekse ona göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır⁶⁴.

3. Kendisine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşmeler ve Uygulanacak Hükümler

a. Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunda düzenlenen sözleşmelerde mevcut değildir⁶⁵. Bu sözleşmeler, gerçek manada yeni oluşumlar gösteren sözleşmelerdir⁶⁶. Bu sözleşme tipinde tarafların öngördükleri unsurlar ve edimler özel bir bütünlük oluşturacak şekilde birleşirler⁶⁷. Sulh

⁶³ **EREN**, İsimli Sözleşmeler, s. 97; **OKTAY**, s. 277; **ARAL/AYRANCI**, s.64; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 15.

⁶⁴ **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 28; **KUNTALP**, s.126; **GÜMÜŞ**, Cilt-I, s. 13; **TANDOĞAN**, 1/I-2008, s. 75; **FEYZİOĞLU**, s. 61.

⁶⁵ **ARAT**, Ayşe, “İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, 2006, s. 243; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 25; **GÜMÜŞ**, Cilt-I, s. 8-9; **RUHİ**, Cilt-I, s. 89; **OKTAY**, s. 275.

⁶⁶ **ARAL/AYRANCI**, s. 56-57; **RUHİ**, Cilt-I, s. 89; **KUNTALP**, s. 10.

⁶⁷ **EREN**, İsimli Sözleşme, s. 99.

sözleşmesi⁶⁸, satış için bırakma sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi⁶⁹, garanti sözleşmesi, teminat için tevdi sözleşmesi vb. sözleşmeler kendisine özgü yapısı olan sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir⁷⁰.

b. Kendisine Özgü Sözleşmelere Uygulanacak hükümler

Yavuz'a göre⁷¹ kendisine özgü sözleşmelere uygulanacak hükümler şu şekilde belirlenir:

- Bu sözleşmeler, dürüstlük kuralına ve uygulanan teamüllere göre; yorumlanır ve tamamlanır.

- Nitelikleri uygun düştüğü takdirde, benzer sözleşme tiplerine ait kanunî düzenlemeler uygulanır. Gerek duyulursa TBK genel hükümleri uygulanır.

- Kendisine özgü sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözümünde, özellikle mahkeme içtihatlarından oluşan âdet hukukundan yararlanılır.

- Hâkim, bazı hallerde TMK m.1/II'ye göre hukuk yaratmak suretiyle uyuşmazlıkları çözebilir.

Doktrindeki yazarların ileri sürdüğü çözümler de benzer şekildedir⁷².

⁶⁸ KARAÜZ, Agah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 51-55.

⁶⁹ İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 32 vd.

⁷⁰ CANSEL/ÖZEL, s. 65.

⁷¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 16.

⁷² Bkz. RUHİ, Cilt-I, s. 89; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 25; TANDOĞAN, 1/I-2008, s. 13; OKTAY, s. 292-293; ARAL/AYRANCI, s. 64-65.

4. Bileşik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hükümler

a. Bileşik Sözleşmeler

Bileşik sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş farklı ve bağımsız sözleşmelerin niteliklerini kaybetmeden; tüm unsurlarını bir araya getirerek, tarafların iradesiyle birbirine bağlanması ile oluşur⁷³. Bu tip sözleşmelerde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bulunan, edim ile karşı edimin bağlantılı olması gibi bir ilişki mevcuttur. Sözleşmelerden birinin geçerliliği veya edimlerin ifası, diğerininkine bağlıdır⁷⁴. Bu nedenle bağlı sözleşmelerden biri geçersizse ya da sonradan fesih, iptal gibi nedenlerle ortadan kalkıyorsa; diğer sözleşmenin de geçersiz olacağı veya ortadan kalkacağı kabul edilmelidir⁷⁵. Süthanenin satışı karşılığında süthaneyi satın alan kişinin, satan kişiye süresiz olarak süt vermeyi taahhüt etmesi⁷⁶, cep telefonu ile birlikte sim kart verilmesinde telefon satışı ile birlikte abonelik işlemi yapılması⁷⁷, bileşik sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

⁷³ **TANDOĞAN**, 1/I-2008, s. 76; **OKTAY**, s. 275; **KUNTALP**, s. 103; **FEYZİOĞLU**, s. 62.

⁷⁴ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 14; **RUHİ**, Cilt-I s. 91; **AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 29; **TUNÇOMAĞ**, s. 10.

⁷⁵ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 42-43; **ARAL/AYRANCI**, s. 60; **BİLGE**, s. 14; **EREN**, İsimsiz Sözleşme, s. 101.

⁷⁶ **TANDOĞAN**, 1/I-2008, s. 77.

⁷⁷ **NOMER**, Haluk Nami/**ENGİN**, İlkey, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Birinci Fasikül, Giriş, M. 207-214,245, Ankara 2015 (Şerh), s.23; **ARAL/AYRANCI**, s. 61.

b. Bileşik Sözleşmelere Uygulanacak Hükümler

Bileşik sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda kabul edilen görüşe göre; bileşik sözleşmeyi oluşturan sözleşmeler kendi bağımsızlıklarını muhafaza ettikleri için, birleştirilen her bir sözleşmeye ait kanunda düzenlenen hükümler, diğer sözleşme türünü etkilemeksizin, uyuşmazlık çıkan sözleşmeye göre uygulanacaktır⁷⁸.

5. Escrow Sözleşmesinin İsimli Sözleşmeler İçindeki Yeri

Escrow sözleşmesi, TBK’da veya herhangi bir özel mevzuatta düzenlenmediği için isimli sözleşmeler sınıflandırması içerisinde yer alır⁷⁹. Şüphesiz ki escrow sözleşmesi; diğer isimli sözleşmelerde olduğu gibi, kanundaki sınırlara uygun olarak ve sözleşme özgürlüğü prensibine dayanarak oluşturulmuştur⁸⁰.

Escrow sözleşmesinin, yukarıda anlatılan isimli sözleşme çeşitlerinden hangisine uygun olduğu konusunda, görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde farklı görüşler bulunmasının nedeni isimli sözleşmeler arasındaki ayrımın kesin çizgilerle belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Escrow sözleşmesinin, kanunda düzenlenen iki sözleşmenin bağımsızlıklarını kaybetmeden bir araya gelmesiyle oluşan, bileşik sözleşmeler sınıflandırılmasına girmediği açıktır. Çünkü escrow sözleşmesi hem kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurların hem de kanunda yer almayan bir sözleşmenin unsurunun birleşmesiyle

⁷⁸ ARAL/AYRANCI, s. 64; RUHİ, Cilt-I, s. 91; KUNTALP, s. 105; EREN, İsimli Sözleşme, s. 103; GÜMÜŞ, Cilt-I, s. 6; AYDOĞDU, s. 43; BİLGE, s. 15.

⁷⁹ GRUNDER, Silvio, “Genügt der Escrow doch?”, GesKR, C. 4, 2016, s. 450; EISENHUT, s. 93; GERSTER, s. 92; KESKİN, s. 118; KIRCA, s. 59; KUSTER, s. 68; OKUTAN NILSSON, s. 85.

⁸⁰ GERSTER, s. 95.

oluşmuş bir sözleşmedir⁸¹. Belirtilen unsurlar, isimli sözleşmeler bakımından; genel saklama (vedia) sözleşmesine ait olan saklama unsuru ve vekâlet sözleşmesine ait olan iş görme unsuru ile isimsiz sözleşmeler bakımından; teminat için tevdi sözleşmesine ait olan teminat unsurudur⁸².

Sözleşmede isimli sözleşmelere ait unsurlar ile isimsiz sözleşmelere ait unsurların birleşmesi durumunda, hangi sözleşme tipinin oluştuğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda karma sözleşmeler konusunda yaptığımız açıklamalara göre sözleşmenin tipi belirlenecektir. Söz konusu durumda, yukarıda karma sözleşme bölümünde ifade ettiğimiz gibi, isimli-isimsiz sözleşme ayrımı yapmadan; karma sözleşme oluşacağını (geniş anlamda karma sözleşme), belirten yazarlar bulunmaktadır⁸³. Bu görüş esas alındığında karma sözleşme tiplerinden hangisinin oluşacağı ise somut olaya göre belirlenmelidir:

Escrow aracı, taraflardan birinin veya her ikisinin vereceği ücret karşılığında, saklama sözleşmesinin unsuru olan saklama edimini, vekâlet sözleşmesinin unsuru olan iş görme edimlerini ve yine sözleşmede kararlaştırılan farklı sözleşmelere ait diğer edimleri üstleniyorsa oluşacak sözleşme; karma sözleşmelerin türlerinden biri olan kombine sözleşme olacaktır.

Uygulamada çok az görülmekle birlikte, sözleşmede herhangi bir ücret kararlaştırılmazsa; artık ortada bir karma sözleşme oluşmayacağı kabul edilip, sözleşme tipi olarak kendisine özgü sözleşmenin meydana geldiği kabul edilmelidir.

Karma sözleşmeler bölümünde ifade ettiğimiz üzere; isimli sözleşmelere ait unsurlar ile isimsiz sözleşmelere ait unsurların birleşmesi durumunda, bizim de

⁸¹ EİSENHUT, s.92; KIRCA, s. 59; KESKİN, s. 119.

⁸² KIRCA, s. 59.

⁸³ Bkz. s.11.

katıldığımız görüşe göre, kendisine özgü sözleşme yapısının olduğu kabul edilmelidir. Karma sözleşmelerin, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelere ait unsurların birleşmesiyle olduğu kabul edilmelidir. Açıklanan sebeplerle, escrow sözleşmesi; isimsiz sözleşmeler sınıflandırılması içerisinde, kendisine özgü sözleşme olarak kabul edilmelidir⁸⁴.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız escrow sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususunu doktrindeki yazarlar, bu tartışmanın uygulama açısından herhangi bir fark yaratmayacağı gerekçesiyle inceleme konusu yapmamışlardır. Söz konusu yazarlara göre⁸⁵; terminolojide tutarsız ve tartışmalı olan isimli ve isimsiz sözleşmelere ait unsurların birleşerek bir sözleşme oluşturması durumunda; kıyasen uygulama ve yaratma görüşü, sözleşmenin türü ister karma sözleşme isterse de kendisine özgü sözleşme olsun, arasında herhangi bir fark bulunmaksızın uygulanacak teori olarak kabul edildiği için, sözleşmenin isimsiz sözleşmeler içerisindeki sınıflandırılması bu açıdan herhangi bir önem arz etmemektedir.

Aksine görüşlere rastlansa da Türk hukukunda kabul edilen görüşe göre, hem kendisine özgü sözleşmeler hem de karma sözleşmeler için kıyasen uygulama ve yaratma görüşünün uygulanması gerektiği, belirtilmektedir⁸⁶. Yargıtay uygulamasında, “... davacı ile diğer davalı aracılık şirketi arasında akdedilen sözleşmenin ise doktrinde ve Dairemiz uygulamalarında (05.11.2009 tarih 2009/7920 E. 2009/11418 K. sayılı ilam ve

⁸⁴ **BLAN**, s. 171.

⁸⁵ **GERSTER**, s. 94-95; **EİSENHUT**, s. 93-94; **DEMİRÇARK**, s. 13; **KIRCA**, s. 59-60; **KESKİN**, s. 118-119.

⁸⁶ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 41-42; **FEYZİOĞLU**, s. 61; **EREN**, İsimli Sözleşme, s. 98; **KUNTALP**, s. 142-143; **AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 28-29; **RUHİ**, Cilt-I, s. 89.

22.11.2010 tarih 2009/8161E. 2010/11870 K. sayılı ilam) menkul kıymet alım satım (portföy yönetim) sözleşmelerinin; vekalet, komisyon ve vedia sözleşmelerine dair unsurların kimi zaman tamamının, kimi zaman bir kısmının yansıtıldığı **karma nitelikli sözleşmeler olduğu** kabul edilerek, ortaya konulan karma niteliğinin bir sonucu olarak da taraflar arasında bir uyuşmazlık doğması halinde bu karma sözleşmeyi oluşturan unsurların ait olduğu sözleşme tiplerine dair hükümlerin **kıyasen uygulanacak olmasına...**⁸⁷, belirtilen karardan anlaşılabileceği üzere doktrindeki görüşlere uygun olarak; kıyasen uygulama ve yaratma görüşü benimsenmiştir. Bu görüş benimsendiğinde; escrow sözleşmesine, kanunda düzenlenmiş olan isimli sözleşmelerden benzer niteliklere sahip olanların bazı hükümlerinin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, uygulanabileceği kabul edilmelidir. Escrow sözleşmesi ile alakalı olarak, özellikle vekâlet ve genel saklama sözleşmesine ilişkin hükümler⁸⁸ olmak üzere; hangi hükümlerin kıyasen uygulanabileceği hususuna çalışmamızda yeri geldikçe değinilecektir.

⁸⁷ Yarg. 11. HD., 12.07.2017, E. 2016/5065 K. 2017/4098; Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 21.10.2009, E. 2009/13-393 K. 2009/452 “*Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir (Er, Ünal: Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 70-71)*”; Yarg. HGK., 6.10.1982, E. 1982/15-356 K.1982/817; Yarg. 4.HD., 10.05.2016, E. 2015/15817 K. 2016/6449 (www.kazanci.com.tr) (s.e.t. 29.01.2018).

⁸⁸ KIRCA, s. 80.

B. SÖZLEŞMELERİN ASLİ EDİM YÜKÜMÜNÜN İÇERİĞİNE GÖRE SINIFLANDIRILMASI VE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BU SINIFLANDIRMA İÇİNDEKİ YERİ

1. Asli Edim Yükümünün İçeriğine ve Amaçlarına Göre Sözleşmelerin Sınıflandırılması

Türk Borçlar Kanununun özel hükümler kısmındaki sözleşmeler, asli edim yükümünün içeriği ve amaçları (yani ortaya çıkardıkları hukuki sonuçlar) açısından sınıflara ayrılmıştır. Sadece TBK'daki sözleşmelerin değil; diğer isimli sözleşmelerin de bu sınıflar içerisinde incelenebileceği belirtilmelidir⁸⁹. Sözleşmelerin ayrımında, doktrinde en çok tercih edilen sınıflandırma, asli edim yükümünün içeriği ve amaçlarına göre yapılandır⁹⁰. Bu açıdan sözleşmeler, aşağıdaki sınıflara ayrılarak incelenebilir⁹¹:

-Temlik (Devir ve Ferağ) Amacını Güden Sözleşmeler: Satış, bağışlama ve mal değişim (trampa) sözleşmelerinde olduğu gibi taraflardan birinin sahip olduğu bir hakkı

⁸⁹ **TANDOĞAN**, I/1-2008, s. 2.

⁹⁰ **FEYZİOĞLU**, s. 26.

⁹¹ **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012 Cilt-I (C-I), s. 42; **İNAN**, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 159-160; **YILDIRIM**, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016 (Borçlar Genel), s. 56-57; **AYBAY**, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2000, s.22-23; **BİLGE**, s. 18 vd.; **EREN**, Borçlar Özel, s. 21 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 9 vd.; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 45-47; **ARAL/AYRANCI**, s. 51 vd.; **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 21 vd.; **RUHİ**, Cilt-I, s. 18-19; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 57vd.

(genelde mülkiyeti) kesin olarak diğer tarafa devretme borcu doğuran ve hakkın devri için ayrı bir tasarruf işlemi gerektiren sözleşmelere denir. Bu sözleşmelerin temel amacı mülkiyeti karşı tarafa geçirmektir. TBK’da düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelerden olan sulh sözleşmesinde, bir hakkın kesin olarak devri borçlanılmışsa, temlik borcu doğuran sözleşmeler sınıflandırmasında incelenebilecektir⁹².

-Kullandırma ve Yararlandırma Amacını Güden Sözleşmeler: Bir şeyin veya hakkın kullanılmasının ve/veya o şey ya da haktan yararlanılmasının geçici olarak devrinin amaçlandığı sözleşmelerdir. Kira sözleşmesi, kullanım ödöncü ve tüketim ödöncü sözleşmesi bu sözleşme sınıflandırmasında değerlendirilebilir. Leasing sözleşmesi ve lisans sözleşmesi de bu nitelikteki sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

-İş görme Amacını Güden Sözleşmeleri: Bu sözleşmelerde taraflardan birine, bir hizmet veya iş görme (insan faaliyeti) borcunu yüklenerek, belli bir işin gördürülmesi amaçlanır. Hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi bu sınıflandırmada yer alabilir. İsimsiz sözleşmelerden satış için bırakma sözleşmesi, iş görme amacı güden sözleşmelerden kabul edilse de genelde satış için bırakılan şeyin mülkiyetinin devri sonucu doğurduğu için temlik amacı doğuran sözleşmeler arasında değerlendirilebilir⁹³.

-Saklama (Muhafaza) Amacını Güden Sözleşmeler⁹⁴: Bu tür sözleşmelerde temel amaç, alacaklıya ait belli bir eşyanın, borçlu tarafından belli bir süre saklanarak, süre

⁹² **TANDOĞAN**, 1/I-2008, s. 4; **EREN**, Borçlar Özel, s. 21.

⁹³ **TANDOĞAN**, 1/I-2008, s. 5.

⁹⁴ Feyzioğlu’na göre; belirtilen sözleşmeler, “emanet sözleşmeleri” olarak isimlendirilmelidir. Bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 31.

bitince alacaklıya geri verilmesidir. Doktrinde, muhafaza borcunu yerine getirirken bazı olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğü (insan faaliyeti) de içerdiği için, saklama sözleşmelerini iş görme amacını güden sözleşmelerin bir türü olarak kabul eden yazarlar bulunmaktadır⁹⁵. Saklama borcunun ifası ve muhafaza işlemi için, bir emek ve hizmet gereklidir, fakat bu sözleşmedeki amaç belirtilen hizmet veya emek olmayıp, bunların sonucu olarak saklamanın (muhafazanın) sağlanmasıdır. Bu sözleşmelerde asıl borç muhafazanın sağlanması olup, iş görme faaliyeti bu amacın sağlanması için yapılmaktadır⁹⁶. Belirtilen nedenlerle, saklama borcu doğuran sözleşmelerin ayrı bir sınıflandırma içerisinde incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Genel saklama(vedia) sözleşmesi, ardiyeciyi bırakma sözleşmesi vb. sözleşmeler bu sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

-Teminat (Güvence) Sağlama Amacını Güden Sözleşmeler: Bir borcun ifasını teminat altına almak veya bir kişinin uğradığı ya da uğrayabileceği bir tehlikeyi üzerine alarak borca katılmak, amacını güden sözleşmelerdir⁹⁷. İsimli sözleşmelerden kefalet sözleşmesi ve isimsiz sözleşmelerden ise garanti sözleşmesi bu sınıflandırmaya giren sözleşmelerdendir. Teminat sözleşmelerine ilişkin aşağıda daha detaylı bilgi verilecektir.

-Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler: Bu tür sözleşmelerde, borcun konusu olan edimin yerine getirilmesinin gerekli olup olmayacağı önceden belli olmayıp, talih ve tesadüfe bağlıdır. Kumar ve bahisten doğan borç, ölünceye kadar bakma

⁹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 10; TANDOĞAN, 1/I-2008 s. 5; TUNÇOMAĞ, s. 20.

⁹⁶ RUHİ, Cilt-I, s. 88; AKİPEK/ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 22; FEYZİOĞLU, s. 32; İNAN/YÜCEL, s. 159.

⁹⁷ BİLGE, s. 19; İNAN/YÜCEL, s. 159-160; RUHİ, Cilt-I, s. 88.

sözleşmeleri⁹⁸ ve TTK'da düzenlenen sigorta sözleşmeleri, belirtilen sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşme tiplerini, bir tehlike yüklenme borcu doğuran (muhataralı-rizikolu) sözleşme olarak nitelendiren yazarlara göre; kefalet sözleşmesi de bu sınıflandırma içerisinde yer almaktadır⁹⁹.

-Ortaklık Sözleşmeleri: Bu sözleşmelerde iki veya daha fazla kişi ortak bir amaca ulaşmak için emek ve sermaye biçiminde belirlenen edimlerini birleştirmeyi taahhüt ederler. TBK'da düzenlenen adi ortaklık sözleşmesi ve TTK'da düzenlenen ticaret ortaklıkları bu sözleşme türüne örnek olarak gösterilebilir.

2. Escrow Sözleşmesinin Bu Sınıflandırma İçindeki Yeri

a. Genel Olarak Teminat Amacını Güden Sözleşmeler

YİBGK'ya göre teminat; *“Teminat; bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden muamelelerdir.”*, şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁰. Teminat sözleşmesi deyiminden; bir kimsenin, başkasının karşı karşıya bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine aldığı sözleşme, anlaşılmaktadır¹⁰¹. Burada belirtilen tehlike ise, bir kimsenin malvarlığı bakımından;

⁹⁸ AKARTEPE, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2010, s. 31.

⁹⁹ TUNÇOMAĞ, s.20; FEYZİOĞLU, s. 35; OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s. 43.

¹⁰⁰ YİBK 05.11.1969, E. 1969/6 K. 1969/7 (www.kazanci.com).

¹⁰¹ TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II, İstanbul 2010 (II), s. 684; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992 (Borçlar Özel), s. 519; ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 1; ARAL/AYRANCI, s. 51; RUHİ, Cilt-I, s. 88;

zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya yararlı bir olayın gerçekleşmemesi ihtimalidir¹⁰². Bu sözleşmeler ile asıl borcun borçlusu borcunu ödemezse, borcun ödenmesi üstlenilmektedir¹⁰³. Teminat sözleşmesi, kısaca bir borcun gereği gibi ifasının garanti edilmesidir¹⁰⁴. Doktrinde; teminat borcu doğuran sözleşme adında bir sınıf oluşturmada, bu sözleşmeleri, tehlike yüklenme borcu doğuran (muhataralı-rizikolu) sözleşmeler sınıfında kabul eden yazarlar da bulunmaktadır¹⁰⁵.

Teminat sözleşmeleri, doktrinde genel olarak kabul gördüğü üzere; teminat olarak gösterilen değere ve belirlenen değer üzerinde alacaklıya tanınan hakkın niteliğine göre, kişisel ve aynı teminat sözleşmeleri biçiminde ikiye ayrılarak incelenir¹⁰⁶:

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 58; **OĞUZMAN/ÖZ**, C-I, s. 43; **İNAN/YÜCEL**, s. 159-160; **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 23; **YILDIRIM**, Borçlar Genel, s. 56.

¹⁰² **BARLAS**, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986 (Teminat Mektupları), s. 26; **TANDOĞAN**, II, s. 684; **ÖZEN**, s. 1; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 775.

¹⁰³ **EREN**, Borçlar Özel, s.22; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 26; **BİLGE**, s. 19; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 47.

¹⁰⁴ **DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 12.

¹⁰⁵ **TUNÇOMAĞ**, s. 20; **FEYZİOĞLU**, s. 34 vd.

¹⁰⁶ **YENİCE**, Arife Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009, s.6; **ÖZEN**, s.2; **BARLAS**, Nami, “Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt-2, İstanbul 2003 (Aynı Teminat), s. 569.

Ayni (nesnel) teminat sözleşmeleri adından da anlaşılacağı gibi, alacaklıya ayni bir teminat sağlamaya yönelik olarak yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler ile alacaklı; borçluya veya sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği (ayni) bir hak sahibi olmayı amaçlamaktadır¹⁰⁷. Bu sözleşmelere; taşınır, taşınmaz, alacak veya işletme rehni, örnek olarak verilebilir. Taşınır rehninde olduğu gibi alacaklı, kendisine ayni teminat olarak verilen malı veya alacağı paraya çevirerek alacağını elde etmeye çalışırken; borçlunun diğer alacaklarına göre öncelikli olarak alacağını elde etmek imkânını elde edecektir¹⁰⁸.

Şahsi teminat sözleşmelerinde ise alacaklıya ayni bir teminat sağlanmayıp, yalnızca bir alacak hakkı yani kişisel bir hak sağlamaya yönelik olarak yapılmaktadır. Bu tür sözleşmelerde alacaklı, alacağını borçlunun haczedilebilir tüm malvarlığından karşılayabilecektir¹⁰⁹. Şahsi teminat sözleşmelerinde, bir veya daha çok kişi, borçlunun yükümlülüklerine ilaveten yükümlülük altına girer; yani burada teminat veren kişinin borçlu dışında başka birisi (üçüncü kişi) olması gerekmektedir¹¹⁰. Ayrıca bu tip sözleşmelerde, alacaklı, şahsi teminattan doğan hakkını, yalnızca teminatı verenden talep edebilecek olup; ayni teminata olduğu gibi teminat verenin mülkiyetindeki eşyanın paraya çevrilmesini isteme hakkına sahip değildir¹¹¹. Kefalet sözleşmesi, garanti

¹⁰⁷ **ÖZEN**, s. 2; **BARLAS**, Ayni Teminat, s. 570.

¹⁰⁸ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 520; **BARLAS**, Ayni Teminat, s. 26.

¹⁰⁹ **TANDOĞAN**, II, s. 689; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 520; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 775; **YENİCE**, s. 6.

¹¹⁰ **ÖZEN**, s. 5; **TANDOĞAN**, II, s. 689;

¹¹¹ **DEVELİOĞLU**, s. 13; **BARLAS**, Ayni Teminat, s. 571.

sözleşmesi, sigorta sözleşmesi ve itibar emri; şahsi teminat sözleşmelerine örnek olarak gösterilebilir¹¹².

b. Escrow Sözleşmesinin Teminat Sağlama Amacını Güden Sözleşmelerden Olması Özelliği

Escrow sözleşmesinin esas amacı, temel sözleşmenin taraflarının aralarındaki bu sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçlarının ifasını teminat altına almaktır¹¹³. Belirtilen teminat amacı, temel sözleşmenin taraflarının sözleşme konusu eşya üzerinde tasarruf işleminde bulunmaları engellenerek, sağlanmaya çalışılmaktadır¹¹⁴. Escrow sözleşmesine konu eşya, sözleşme süresince escrow aracısınca muhafaza edilmekte, tarafların bu eşyaya herhangi bir müdahalede bulunması engellenmektedir. Temel sözleşmenin taraflarının, escrow aracısında bulunduğu sürece şart gerçekleşene kadar, escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta hatta çoğu durumda kaldırılmaktadır. Escrow sözleşmesinin yapılması ile şüphesiz ki temel sözleşmedeki edimlerin ifa edilerek sözleşmenin tasfiye edilmesi de amaçlanır¹¹⁵. Ancak yukarıda belirtildiği üzere; sözleşmenin esas amacı, temel sözleşmenin taraflarının sözleşmedeki yükümlülüklerine uygun hareket etmesinin teminat altına alınmasıdır.

Konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse: A ismindeki bir öğrenci sınıf arkadaşı B'ye bir cep telefonu satmak istemektedir. A ve B bu cep telefonunun satışı konusunda sözlü olarak anlaşırlar. Sözleşmeye göre; satış bedelinin bir kısmının hemen kalan kısmının ise 3 ay içinde ödenmesini ve satış bedeli ödenince telefonun teslimini kararlaştırmışlardır. B'nin bu cep telefonuna ihtiyacı vardır ancak yeterince parası yoktur.

¹¹² **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 520; **TANDOĞAN**, II, s. 689.

¹¹³ **EİSENHUT**, s. 24; **KESKİN**, s. 96.

¹¹⁴ **KIRCA**, s. 45; **DEMİRÇARK**, s. 13.

¹¹⁵ **GERSTER**, s. 6, 18; **EİSENHUT**, s. 53; **KESKİN**, s. 102.

B telefonun fiyatının artabileceğini düşünmekte ve ayrıca telefonun ücretini toparlayıncaya kadar kullanılarak eskimesini istememektedir. Bunun üzerine A ve B aralarında anlaşır C isimindeki arkadaşlarına cep telefonunu kullanmadan saklamasını ve eğer 3 ay içerisinde B belirlenen ücreti getirirse cep telefonunu B'ye aksi takdirde, A'ya teslim etmesi gerektiğini söylemişlerdir. Söz konusu olayda escrow sözleşmesi kurulmuş olup, C bu olayda escrow aracısı durumundadır. A ile B arasındaki satış sözleşmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulmuştur. Sözleşmede kararlaştırılan, B'nin belirlenen ücreti getirmesi durumunda malın teslim edileceği, satış ücretinin sabit kalması ve telefonun kullanılmaması teminat altına alınmış olmaktadır¹¹⁶. Yani tarafların sözleşmede belirlenen ifa ile yükümlü oldukları edimler, escrow sözleşmesi ile teminat altına alınmıştır. Escrow sözleşmesinin çeşitli görünümüne ilişkin daha fazla örnek, aşağıda “*Escrow Sözleşmesinin Türleri*”¹¹⁷ başlığı altında incelenecektir.

Escrow sözleşmesinin teminat sözleşmelerinin sınıflandırılmasında hangi türden olduğu hususunda ise konuya ilişkin kaynaklarda bir değerlendirme yapılmamıştır. Aynı teminat sözleşmelerinde doktrinde kabul edilen görüşe göre *numerus clausus* (sınırlı sayı) ilkesi geçerlidir yani kanun koyucunun belirlediği teminatlar dışında başka teminat sözleşmesi oluşturulabilmesi mümkün değildir¹¹⁸. Bu nedenle, kanun koyucunun düzenlemediği bir isimli sözleşme olan escrow sözleşmesinin aynı teminat sözleşmeleri sınıfına girmesi mümkün değildir. Bilindiği üzere; alacaklı, escrow sözleşmesine konu eşya üzerinde rehinde olduğu gibi herhangi bir aynı hakka sahip değildir. Alacaklının, sadece borçlar hukukuna ilişkin bir talep hakkı mevcuttur¹¹⁹. Bu nedenle escrow

¹¹⁶ Benzer örnekler için Bkz. **GERSTER**, s. 18 vd.

¹¹⁷ Bkz. s. 87 vd.

¹¹⁸ **DEVELİOĞLU**, s. 13.

¹¹⁹ **KIRCA**, s. 58-59, dipnot.48.

sözleşmesinin; teminat sözleşmeleri sınıflandırmasında, şahsi teminat sözleşmeleri sınıfına gireceği görüşünü savunmaktayız.

III. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A. RIZAÎ SÖZLEŞME OLMA ÖZELLİĞİ

Sözleşmenin kurulması ve hukuki sonuçlarını doğurması için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olmayıp ek olarak tamamlayıcı, maddi bir fiilin de (şeyin karşı tarafa teslimi) gerekli olduğu sözleşmeler, reel sözleşmelerdir¹²⁰. Daha çok Roma Hukukunda görülen bu tip sözleşmelerle, günümüzde artık karşılaşılmamaktadır¹²¹.

Rızaî sözleşmelerde ise karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Rızaî sözleşmelerin oluşması için tarafların anlaşmasından başka bir şeye gerek yoktur¹²². TBK m.1'e göre, "*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*", hükmüyle borçlar hukuku alanındaki tüm sözleşmelerin rızaî olarak kurulabileceği kabul edilmiştir¹²³.

Borçlar hukukundaki diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi, escrow sözleşmesi de rızaî bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Diğer bir deyişle, escrow sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla oluşmaktadır. Sözleşme, escrow konusu şeyin tesliminden önce kurulmuş olur ve bu teslim, sözleşmenin unsuru değildir. Escrow

¹²⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Genel, s. 96-97; İNAN/YÜCEL, s. 158; EREN, Borçlar Genel, s. 238.

¹²¹ SÜTÇÜ, s. 38; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 59.

¹²² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 27; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 36.

¹²³ İNAN/YÜCEL, s. 158.

sözleşmesine konu şeyin teslimi, escrow sözleşmesinin tarafının ediminin ifası aşamasını oluşturmaktayken; sözleşmenin kurulmuş olması için teslim şart değildir. Diğer yandan, sözleşmenin ücret karşılığında yapılacağı kabul edildiyse; ücretin ödenmesi de escrow sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması için gerekli değildir.

B. SÜREKLİ EDİMLİ SÖZLEŞME OLMA ÖZELLİĞİ

Anî edimli sözleşmelerde, borçlunun aslî edim yükümlülüğü zaman içerisinde bir defada yerine getirilirken¹²⁴; sürekli edimli sözleşmelerde aslî edim yükümünün ifası ile zaman arasında sürekli bir ilişki bulunmaktadır¹²⁵. Bir borç ilişkisine sürekli borç ilişkisi denilebilmesi için, edim sonucunun yani alacaklının menfaatinin, edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, zaman içerisinde bir süre kapsamı gereklidir¹²⁶. İfa hazırlıkları ve ifa fiilleri borçlu açısından uzun bir süre olsa bile, ifa alacaklı yönünden bir anda veya tek bir defada gerçekleşiyorsa, anî edimli sözleşme söz konusu olacaktır¹²⁷. Sürekli edimli sözleşmelerde, edimlerden en az biri sürekli ve bu edimler belirli veya belirsiz bir zamana yayılmıştır¹²⁸.

Escrow sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerine baktığımızda taraflardan birisi ücret ödeme ve escrow sözleşmesine konu olan şeyin teslimi borcu altına girerken; diğer taraf olan escrow aracısı, teslim edilen şeyi sözleşmeyle belirlenen durumların

¹²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s. 44; EREN, Borçlar Özel, s. 16.

¹²⁵ EREN, Borçlar Genel, s. 213.

¹²⁶ SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 7; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Özel, s. 12; FEYZİOĞLU, s. 18.

¹²⁷ SELİÇİ, s. 7.

¹²⁸ EREN, Borçlar Genel, s. 213.

gerçekleşmesine kadar muhafaza borcunu üstlenmektedir. Muhafaza borcu ve muhafaza ederken de ek olarak çeşitli yükümlülükleri bulunan escrow aracısının bu yükümlülükleri yukarıda belirtildiği gibi vekâlet ve genel saklama sözleşmelerine benzer özellikler göstermektedir. Bu nedenle genel saklama sözleşmesi ve vekâlet sözleşmelerinin sürekli edimli olup olmadığı hususundan yola çıkılarak escrow sözleşmesinin sürekli edimli olup olmadığı belirlenebilecektir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin borcu bir hizmet veya iş görme edimi olarak belirlenmişse; sürekli bir borç ilişkisinin bulunduğu söylenebilecektir¹²⁹. Genel saklama sözleşmesinde saklayanın borcu, emanet olarak bırakılan şeyi uygun bir yerde ve şekilde muhafaza etmektir. Belirtilen muhafaza ise koruyucu bir davranışı gerektirir. Bu nedenle genel saklama sözleşmesi sürekli edimli sözleşmelerdendir¹³⁰. Escrow sözleşmelerinde de benzer şekilde escrow aracısının muhafaza yükümlülüğü bulunduğu ve bu muhafaza faaliyeti sürdüğü “süre içinde” edim sonucu gerçekleştiği için escrow sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğu söylenebilecektir¹³¹.

Escrow sözleşmesinin sürekli edimli sözleşme olma özelliği, sözleşmenin sona ermesi açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle “Escrow Sözleşmesinin Sona Ermesi” başlığında, escrow sözleşmesinin sürekli sözleşme niteliğinde olmasından dolayı oluşabilecek sona erme sebepleri incelenecektir¹³².

¹²⁹ **SELİÇİ**, s. 27.

¹³⁰ **YENER**, Mehmet Deniz, Vedia Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 11; **TİFTİK**, Mustafa, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007, s.25; **SELİÇİ**, s. 28; **EREN**, Borçlar Özel, s. 747; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 760.

¹³¹ **GERSTER**, s. 125; **EİSENHUT**, s. 125; **KIRCA**, s. 111; **SELİÇİ**, s. 29.

¹³² Bkz s. 137 vd.

C. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME OLARAK KURULABİLME ÖZELLİĞİ

1. Üç Tarafın Katıldığı Escrow Sözleşmeleri

Uygulamadaki escrow sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğunda, sözleşmenin bir tarafında escrow aracısı bulunurken; diğer tarafında temel ilişkinin tarafları yer almaktadır¹³³. Sözleşmenin alacaklı kısmında, temel ilişkinin tarafı olan, birden fazla kişi taraf sıfatıyla bulunmaktayken; borçlu kısmında ise escrow aracısı taraf olarak yer almaktadır. Bu şekilde yapılan escrow sözleşmeleri, üç taraflı sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmektedir¹³⁴. Bilindiği üzere sözleşmelerde alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Sözleşmenin bir tarafında birden fazla kişinin bulunması durumunda da yine iki taraf arasında kurulmuş olması özelliği etkilenmeyecektir¹³⁵.

Temel sözleşmenin her iki tarafının da escrow sözleşmesinin bir tarafını oluşturması; tarafların haklarını ileri sürebilmesi ve sözleşmeden doğan haklarını sözleşmenin başından itibaren bilmelerini sağladığı için tercih edilmelidir¹³⁶.

¹³³ ANDRESEN, Kathryn/ SALYERS, Jen, “*Source Code Escrow*”, s. 2,

http://www.bssdlaw.com/files/lbcs_source_code_escrow.pdf (s.e.t 24.03.2018);

GERSTER, s. 6; KIRCA, s. 51.

¹³⁴ KUSCHKE, s. 284; EISENHUT, s. 21; GERSTER, s. 53;

<https://nationalsoftwareescrow.com/single-beneficiary/> (s.e.t. 11.06.2018).

¹³⁵ AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 21.

¹³⁶ GERSTER, s. 52.

Uygulamada, escrow aracısı ile temel sözleşmenin alacaklısı ve borçlusu arasında iki ayrı sözleşme yapılarak da escrow sözleşmesi ilişkisinin kurulabileceği kabul edilmelidir¹³⁷.

2. Üçüncü Kişi Yararına Escrow Sözleşmeleri

a. Genel olarak Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeler

Üçüncü kişi yararına sözleşme; satış, kira, vekâlet vb. sözleşmeler gibi bağımsız bir sözleşme özelliği göstermeyip, asıl sözleşmenin tarafları haricinde bir kişiye, sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği durumların tamamını kapsayan genel bir kavramdır¹³⁸. Kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşmenin veya isimsiz bir sözleşmenin üçüncü kişi yararına kurulması mümkündür¹³⁹. Bu hukuki kavram, nispiyet ilkesinin bir istisnası olarak¹⁴⁰; TBK Genel Hükümler bölümünde 129. maddesinde düzenlenmiştir.

¹³⁷ **KESKİN**, s. 109; **GERSTER**, s. 6; **EDWARDS**, Martin, “*Software Supply Contracts*”, Business Law Review, C.8, S.3, 1987, s. 60, <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=BULA1987022> (s.e.t. 24.03.2018).

¹³⁸ Üçüncü Kişi yararına sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **AKYOL**, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012 Cilt-II (C-II), s. 423 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 218vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1165 vd.

¹³⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 424.

¹⁴⁰ **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, İstanbul 2015 (Borçlar Genel), s.23.

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde; sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafı kendi iradeleriyle alacaklı yararına değil de, sözleşmeye taraf olmayan bir kişinin yararına bir edim kararlaştırmaktadır¹⁴¹. Bu durumda borcun ifası, sözleşmede kararlaştırılan üçüncü kişiye yapılacaktır. Adından da anlaşıldığı üzere; üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi taraf olmadığı bir sözleşme nedeniyle borç altına sokulamaz¹⁴². Buna “*üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı*” denir¹⁴³.

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi lehine hüküm koyduran “vaat ettiren”, üçüncü kişiye edimin ifasını taahhüt eden “vaat eden” ve kendisine edimin ifa edileceği “üçüncü kişi” yani “lehdar” olmak üzere; üç kişi yer almaktadır¹⁴⁴. Üçüncü kişi yararına sözleşme, bağışlama, ifa, alacak veya escrow sözleşmesinde olduğu gibi teminat sebebiyle yapılabilir¹⁴⁵.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler; üçüncü kişinin borçludan sözleşmenin ifasını bizzat talep yetkisine sahip olup olmaması yönünden iki şekilde yapılabilir. Üçüncü kişi

¹⁴¹ **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 608; **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012 (Borçlar Genel), s. 398; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1165; **AKINCI**, s. 260; **YILDIRIM**, Borçlar Genel, s. 360.

¹⁴² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 218; **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 425.

¹⁴³ **KILIÇOĞLU YILMAZ**, Kumru, “*Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt: II, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), C.22, S.3, 2016, s. 1762.

¹⁴⁴ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1165; **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 416; **AKYOL**, s. 10.

¹⁴⁵ **AKINCI**, s. 261; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 218;

YILDIRIM, Borçlar Genel, s. 360.

(lehtar), borçludan (vaat edenden) ifayı bizzat isteyemeyeceği, ifa talebini sadece vaat ettiren tarafından (ifanın kendisine değil üçüncü şahsa yapılmasını) istenebileceği hallerde, “*eksik üçüncü kişi yararına sözleşme*” oluşacaktır¹⁴⁶. Bu tür sözleşmelerde üçüncü kişi alacak hakkı kazanamayacak; yalnızca ifayı kabul yetkisine sahip olacaktır¹⁴⁷. Lehtar, alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunamayacak aynı zamanda borcun ifa edilmemesi sebebine dayanarak tazminat isteyemeyecektir. Kural olarak üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişi, edimin ifasını talep edemeyecektir; diğer bir deyişle bu sözleşmelerin “*eksik üçüncü kişi yararına sözleşme*” niteliğinde olduğu karine olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸. TBK m.129’da da bu kural benimsenmiş; üçüncü kişinin borcun kendisine ifa edilmesini isteyebilmesinin, istisnai olarak belirli durumlarda söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Üçüncü kişinin edimi talep etme yetkisinin bulunduğu durumlarda “*tam üçüncü kişi yararına sözleşme*” meydana gelecektir¹⁴⁹. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde hem vaat ettiren hem de lehtar ifayı talep etme hakkına sahipken; her ikisi de bu ifanın

¹⁴⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 220; **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 418; **KILIÇOĞLU YILMAZ**, s. 1764.

¹⁴⁷ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1168; **İNAN/YÜCEL**, s. 517; **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 419.

¹⁴⁸ **NOMER**, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012 (Borçlar Genel), s. 327; **KILIÇOĞLU**, s. 610; **AKINCI**, s. 261; **AKYOL**, s. 23; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 220; **REİSOĞLU**, Safa, Borçlar Genel, s. 399.

¹⁴⁹ **AKYOL**, s. 11; **KILIÇOĞLU**, s. 610; **REİSOĞLU**, Safa, Borçlar Genel, s. 399; **KILIÇOĞLU YILMAZ**, s. 1765-1766.

lehtara yani üçüncü kişiye yapılmasını isteyebilir¹⁵⁰. Belirtilen durumda, üçüncü kişi alacak hakkını bağımsız bir hak olarak aslen kazanır¹⁵¹. Bu tür sözleşmelerde, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi, sözleşme gereği gibi ifa edilmediği zaman, edimin ifasını dava veya cebri icra yoluyla talep edebilecektir¹⁵². TBK m. 129/II'ye göre; sözleşme ile taraflar üçüncü kişiye ifayı talep etme yetkisi verdiği hallerde ve yetki verilmemişse; tarafların amacına, örf ve âdete göre veya kanun hükmünde belirtilmişse “*tam üçüncü kişi yararına sözleşme*” söz konusu olacaktır.

b. Üçüncü Kişi Yararına Kurulan Escrow Sözleşmesi

Escrow sözleşmesi, temel sözleşmenin taraflarının ikisinin birden sözleşmenin kurulmasına katılmayıp; escrow aracısı ile temel sözleşmenin taraflarından¹⁵³ sadece birisi (örneğin; borçlusu) arasında kurulan hukuki ilişki ile de kurulabilecektir¹⁵⁴. Bu şekilde kurulan escrow sözleşmesi; üçüncü kişi yararına sözleşme yapısında meydana gelmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde kurulan escrow sözleşmesinin taraflarından birisini, “*vaat eden*” olarak escrow aracısı oluşturmaktadır. Sözleşmenin

¹⁵⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 220; **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 430

¹⁵¹ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1170.

¹⁵² **AKINCI**, s. 262; **İNAN/YÜCEL**, s. 518; **EREN**, Borçlar Genel, 1170.

¹⁵³ Taraflar, temel sözleşmedeki konumlarına göre isimlendirilir. Örneğin; alıcı-satıcı (satış sözleşmesi), bilgisayar kullanıcısı-yazılım sahibi (kaynak kod sözleşmesinde) vb. Bkz. **GERSTER**, s. 7.

¹⁵⁴ **WILLEY**, John, Software Escrow For Dummies (Iron Mountain Edition), USA 2012, s. 10; **GERSTER**, s. 7; **EISENHUT**, s. 21.

diğer tarafında temel sözleşmedeki alacaklı veya borçludan sadece birisi “*vaat ettiren*” olarak, yer almaktadır. İki taraftan biri sözleşmeye taraf olmayıp; escrow sözleşmesine göre “*üçüncü kişi*” yani “*lehtar*” konumundadır. Üçüncü kişi yararına escrow sözleşmesi “*escrow aracısı*” ile “*vaat eden*” arasındaki sözleşmede kararlaştırılarak; vaat edenin isteğine göre daha sonradan eklenecek birden fazla kullanıcının da sözleşmeden faydalanması mümkün olabilecektir¹⁵⁵.

“*Vaat eden*” olan escrow aracısı, escrow sözleşmesine konu şeyi “*vaat ettirenden*” teslim almayı taahhüt etmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan belirli şartların gerçekleşmesi halinde; sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan temel ilişkinin tarafı, escrow sözleşmesine konu şeyin kendisine teslim edilmesini isteyebilecektir. Bu nedenle taraflar sözleşmede açıkça kararlaştırmamış olsa da sözleşmenin niteliği ve teminat amacının yerine getirilmesi için mutlaka üçüncü kişinin de teslimi isteyebilmesinin gerektiği düşünüldüğünde; bu şekilde kurulan escrow sözleşmelerinin yukarıda belirtilen karinenin aksine¹⁵⁶, üçüncü kişi yararına yapılan escrow sözleşmelerinin tamamının, “*tam üçüncü kişi yararına sözleşme*” biçiminde kurulduğu kabul edilmelidir¹⁵⁷.

Tam üçüncü kişi yararına kurulan escrow sözleşmelerinde, üçüncü kişi konumunda olan temel ilişkinin tarafı olup escrow sözleşmesine taraf olmayan kişi, sözleşmeyle belirtilen durumların gerçekleşmesi durumunda escrow konusunun

¹⁵⁵ <http://www.escrowtech.in/mb.htm> (s.e.t. 11.06.2018)

¹⁵⁶ Bkz. s. 36.

¹⁵⁷ AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s. 23; KUSCHKE, s. 284; OĞUZMAN/ÖZ, C-II, s. 419; İNAN/YÜCEL, s. 518; AKINCI, s. 262; EREN, Borçlar Genel, s. 1171; Ayrıca bkz. TBK m.129/II.

kendisine teslimini isteyebilecektir¹⁵⁸. Buna rağmen, eğer escrow konusu kendisine teslim edilmezse; bu hususta dava ve cebri icra yoluna başvurarak, borcun ifa edilmesini sağlayabilecektir. TBK m. 129/II'ye göre; üçüncü kişi alacak hakkını kullanmak istediğini escrow aracısına bildirdikten sonra, artık “*vaat ettiren*” yani temel ilişkinin diğer tarafı escrow aracısını ibra edemeyeceği gibi, sözleşme konusu üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

Escrow sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kurulması durumunda bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi edimin kendisine ifasını isteyebilecektir. Ancak, sözleşmedeki alacaklı sıfatının üçüncü kişiye ait olmamasından dolayı; üçüncü kişinin, alacaklının sahip olduğu diğer olanaklardan faydalanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, borç ilişkisinden doğan fesih, dönme gibi haklar üçüncü kişiye değil “*vaat ettirene*” ait olacaktır¹⁵⁹.

Üçüncü kişi yararına kurulan escrow sözleşmelerinde de sözleşme ilişkisi escrow aracısı ve temel sözleşmenin bir tarafı arasında doğmaktadır. Üçüncü kişi, “*vaat eden*” (borçlu) karşısında haklarını kullanmak istediğini bildirinceye kadar, “*vaat ettiren*” (alacaklı) sözleşmeden doğan alacak hakları üzerinde tasarruf etme yetkisine sahiptir¹⁶⁰. Yani “*vaat ettiren*” (alacaklı), “*lehtar*” (üçüncü kişi) hakkını isteyinceye kadar yararlandırmayı geri alabilme ve ifanın üçüncü kişi yerine kendisine yapılmasını isteme

¹⁵⁸ **KOCABAŞ**, Gediz, “*Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt: II, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), C.22, S.3, 2016, s. 1799.

¹⁵⁹ **NOMER**, Borçlar Genel, s. 328.

¹⁶⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 225-226; **KILIÇOĞLU YILMAZ**, s. 1766.

hakkına sahiptir¹⁶¹. Kural olarak, “*vaat ettirenin*” edimin yerine getirileceği konusunda ayrı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye karşı taahhütte bulunması durumunda da tasarruf yetkisi devam etmektedir¹⁶².

Escrow sözleşmesinde de “*vaat ettiren*” olan temel sözleşmenin bir tarafı, üçüncü kişi konumundaki temel sözleşmenin diğer tarafının haklarını kullanmak istediğini bildirdiği ana kadar sözleşme ile bağlı olmadığını belirterek; üçüncü kişinin kazanmış olduğu hakkını tek taraflı olarak geri alabilme ve bu hakları ortadan kaldırma imkânına sahip olabileceği düşünülebilir¹⁶³. Böyle bir tasarruf imkânının olması escrow sözleşmesinin teminat amacına uygun düşmemektedir. Bu nedenle “*vaat ettirenin*” escrow konusu üzerindeki tasarruf hakkı kısıtlanmalıdır. Tasarruf hakkının sınırlandırılması için de vaat ettiren olan temel sözleşmenin tarafı ile escrow aracısı arasında kurulacak olan escrow sözleşmesine, “*yararlanma hakkından feragat kaydı*” adı verilen ve “*vaat ettireninin*” tasarruf hakkından feragat ettiğini gösteren kaydın, üçüncü kişi yararına yapılan bütün escrow sözleşmelerinde yer alması gerekmektedir¹⁶⁴. Böylece escrow sözleşmesinin “*vaat ettiren*” tarafının, tasarruf etme yetkisi engellenerek teminat fonksiyonunun yerine getirilmesi sağlanabilecektir.

Sonuç olarak; yukarıda belirtilen üç tarafın katıldığı ve üçüncü kişi yararına escrow sözleşmelerinde, diğer sözleşmelerde olduğu gibi iki taraf bulunmaktadır. Ancak üçüncü kişi yararına escrow sözleşmesinde, temel ilişkinin taraflarından birisi escrow sözleşmesine göre üçüncü kişi konumunda yer almaktadır. Doktrinde; yukarıda belirttiğimiz gibi hak kaybı oluşmaması ve sözleşmenin teminat amacı niteliğine daha

¹⁶¹ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1773,1175.

¹⁶² **OĞUZMAN/ÖZ**, C-II, s. 431; **AKYOL**, s. 148.

¹⁶³ **GERSTER**, s. 51; **EİSENHUT**, s. 22.

¹⁶⁴ **EREN**, Borçlar Genel, s. 1173; **KESKİN**, s. 118; **EİSENHUT**, s. 22.

uygun olduğu için escrow sözleşmesinin, üç tarafın da katılımıyla yapılması gerektiği kabul görmektedir¹⁶⁵.

Yukarıda belirtilenler dışında temel sözleşmenin bir tarafında birden çok kişinin bulunduğu durumlar da ortaya çıkabilecektir. Örneğin; A şirketi Escrow aracısı E ile yaptığı escrow sözleşmesine konulacak bir hüküm ile, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren işlem yapacağı tüm müşterilerinin yararlanmasını sağlayabilecektir¹⁶⁶

IV. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

İsimsiz sözleşmelerden olan escrow sözleşmesi; hukuki niteliği ve özelliklerinden dolayı bazı sözleşmelerle benzerlik göstermektedir. İsimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde, “kıyasen uygulama ve yaratma” görüşü benimsendiğinden¹⁶⁷; escrow sözleşmesine ilişkin hukuki uyumsuzlıklarda, benzer sözleşmelere ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Belirtilen nedenle, escrow sözleşmesine benzerlik gösteren sözleşmeler ve bu sözleşmelere ilişkin kanunda yer alan düzenlemeler oldukça önemlidir. Bu başlıkta, escrow sözleşmesi ile benzer özelliklere sahip sözleşmelerin ortak özellikleri ve farklı yönleri incelenecek olup; yeri geldikçe escrow sözleşmesinin niteliğine uygun olan bu sözleşme ile alakalı çekişmeli durumlarda uygulanabilecek hükümlerden bahsedilecektir. Ayrıca benzer sözleşmelere ait olan fakat escrow sözleşmesinin hukuki niteliğine uygun düşmeyen; bu nedenle escrow sözleşmelerine uygulanmayacak olan hükümlere de değinilecektir.

¹⁶⁵ EİSENHUT, s. 23.

¹⁶⁶ WILLEY, s.10.

¹⁶⁷ Bkz. s. 20-21.

A. ESCROW SÖZLEŞMESİ VE SAKLAMA SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Genel Saklama (Vedia) Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması¹⁶⁸

Genel saklama sözleşmesi; TBK 561. maddesinde, “*Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde, bu tanım saklama sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermediği için eleştirilmektedir. Bu tanımın yerine bir tanım yapmak gerekirse: Saklama sözleşmesi, saklatan tarafından verilen bir taşınırın, saklayan tarafından güvenli bir yerde saklanması ve saklatanın talep etmesi halinde, bu taşınırın her zaman saklatana geri verilmesi yükümlülüğünü yükleyen bir sözleşmedir¹⁶⁹.

Escrow sözleşmesi ile genel saklama sözleşmesinin benzer yönleri olmakla birlikte; bu iki sözleşme birbirinden farklı özelliklere sahiptir. Genel saklama sözleşmesi ve escrow sözleşmesinin her ikisinde de taşınır güvenli bir yerde muhafaza edilmektedir. Ancak bu muhafaza yükümlülüğü farklı amaçlar ve hedefler için yapılmaktadır¹⁷⁰. Genel saklama sözleşmesinde borcun sebebi, şeyin muhafazasını üstlenme olup; eğer borcun

¹⁶⁸ Saklama sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **YENER**, Mehmet Deniz, Vedia Sözleşmesi, Ankara 2008; **TİFTİK**, Mustafa, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007; **KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2002; **ERDEM**, Nursel, Roma ve Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008.

¹⁶⁹ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II (Cilt-II), İstanbul 2013, s. 272; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 760; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 691; **TİFTİK**, s. 25; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 809; **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 609.

¹⁷⁰ **GERSTER**, s. 80; **EISENHUT**, s. 24.

sebebi (aslı edim) olarak farklı bir yükümlülük belirlenmişse veya muhafaza borcu tali edim niteliğindeyse, bu durumda bir genel saklama sözleşmesi meydana gelmeyecektir¹⁷¹. Escrow sözleşmesinde hiçbir zaman saklama amacı ön planda olmayıp¹⁷²; aslolan temel sözleşmenin tarafları açısından, teminat amacının sağlanmasıdır¹⁷³. Bu amaç yerine getirilirken saklama (muhafaza) faaliyeti bir araç niteliğindedir¹⁷⁴. Eisenhut'a göre¹⁷⁵ de belirtilen iki sözleşme arasında ayırım yapabilmek için temel kriter olarak, sözleşmenin teminat amaçlı mı yoksa saklama amaçlı mı yapıldığına bakılmalıdır. Eğer taraflar arasındaki sözleşme teminat amaçlı yapılıyorsa, escrow sözleşmesi; sözleşmenin yapılmasındaki asıl amacın saklama olması halinde ise genel saklama sözleşmesi söz konusu olacaktır¹⁷⁶.

Escrow sözleşmesinde, temel sözleşmenin taraflarının edimlerini teminat altına alarak, her iki tarafın ya da temel sözleşmenin bir tarafının çıkarları korunmakta iken¹⁷⁷;

¹⁷¹ **UYGUR**, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt-II, Ankara 2012, s. 2463; **TİFTİK**, s. 27; **ERDEM**, s. 144-145; **OKUTAN NİLSSON**, s.85.

¹⁷² **GERSTER**, s. 80, s. 114; **KIRCA**, s. 54.

¹⁷³ **ARAL/AYRANCI**, s. 51; **EISENHUT**, s. 141.

¹⁷⁴ **GELLIS**, Josef, Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers be Veräusserung des Schutzrechts durch den Lizengeber oder bei dessen Konkurs, Zürich 2005, s. 448; **GERSTER**, s. 80; **KESKİN**, s. 113.

¹⁷⁵ **EISENHUT**, s. 26.

¹⁷⁶ Benzer bir durum saklama sözleşmesi ile rehin arasındaki ayırmada da söz konusudur. Rehinde, saklama tali bir niteliktedir ve bir alacağın teminat altına alınması amaçlanmaktadır. Saklama sözleşmesinde ise bir alacağın teminatı amacı yoktur ve sözleşmenin esas amacı eşyanın saklanmasıdır. Bkz. **BİLGE**, s. 346; **TİFTİK**, s. 26.

¹⁷⁷ **EISENHUT**, s. 24.

genel saklama sözleşmesinde münhasıran veya aslî olarak saklatanın menfaati korunmaktadır¹⁷⁸. Genel saklama sözleşmesinde saklayan, saklatanın isteğine uygun olarak muhafaza edimi ile yükümlü kılınmaktadır.

Escrow sözleşmesinin yapılabilmesi ve teminat borcu doğurabilmesi için, mutlaka temel sözleşme olarak adlandırılacak hukuki bir ilişkinin bulunması gerekmektedir. Genel saklama sözleşmesinde ise önceden kurulmuş herhangi bir sözleşme ilişkisinin varlığı aranmamaktadır¹⁷⁹.

Escrow sözleşmesinde, temel sözleşme ilişkisine göre üçüncü kişi konumunda olan bir escrow aracısının bulunması zorunludur. Escrow sözleşmesi ya üç tarafın katılımıyla ya da üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılacaktır. Escrow sözleşmesinde, sözleşmeye katılıp katılmaması önemli olmaksızın mutlaka en az üç kişi sözleşme ilişkisi içerisinde yer alır. Genel saklama sözleşmesinin ise aksi mümkün olmakla birlikte; iki taraf arasında kurulması esastır. Sözleşmenin iki tarafında da birden fazla kişinin yer almasına, herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Escrow sözleşmesi ile genel saklama sözleşmesi arasındaki temel farklardan birisi de TBK m.564'de düzenlenen geri verme yükümlülüğüne ilişkin hüküm yönünden ortaya çıkmaktadır. Bu maddeye göre, genel saklama sözleşmelerinde; belirli bir süre için yapılmış olsa bile, saklatan her zaman saklanan şeyi geri isteyebilecek olup; saklayan, saklanana geri verme yükümlülüğü altında olacaktır¹⁸⁰. Genel saklama sözleşmesinin

¹⁷⁸ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 497; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 273; **BİLGE**, s. 345; **YENER**, s. 10;

¹⁷⁹ **GERSTER**, s. 79.

¹⁸⁰ **BERKİ**, Şakir, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 204; **YAVUZ**, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt-II, Ankara 2013, s. 2928-2930; **GÜNAY**, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1603;

münhasıran saklatanın menfaatine yapıldığı için saklayan tarafın, saklananın geri istenmesi halinde bu isteği reddetmesi veya karşı koyması mümkün değildir. Genel saklama sözleşmesine ilişkin bu hüküm, escrow sözleşmesinin teminat amacı niteliğine uygun değildir ve bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırmada bir kriter olarak kullanılabilir. Escrow sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarından birisi talepte bulunsa da escrow aracısının sözleşmeye konu olan şeyi (escrow konusu), sözleşme ile kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi veya sürenin bitiminden önce, geri verme yükümlülüğü altında değildir¹⁸¹. Escrow aracısı ancak sözleşme ile kararlaştırılan durumların gerçekleşmesi halinde, escrow konusunu geri verme yükümlülüğü altına girecektir. Aksi durum söz konusu olduğunda, bu durum escrow sözleşmesinin teminat amacı niteliği ile bağdaşmayacak olup; tarafların edimlerinin yerine getirilmesi konusunda, escrow sözleşmesinin hiçbir fonksiyonunun gereken şekilde sağlanması mümkün olmayacaktır.

Genel saklama sözleşmesinin sona ermesi veya geri verilmenin istenmesi gibi durumlarda saklanan şey, saklatana geri verilecektir¹⁸². Oysa escrow sözleşmesinde belirlenen şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine göre; escrow konusu şey temel sözleşmenin taraflarından birine verilecektir. Saklama sözleşmesinde olduğu gibi mutlaka söz konusu eşyanın tevdi eden kişiye verilmesi durumu, escrow sözleşmesinde uygulanmayacaktır.

Escrow sözleşmelerinde, escrow aracısı muhafaza yükümlülüğü dışında başka yükümlülükler (Örneğin; doğrulama yükümlülüğü, bakım yükümlülüğü vb.) de üstlenebilecektir. Escrow aracısının bu yükümlülükleri yerine getirmemekten sorumlu

ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 696; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 764; **TİFTİK**, s. 46-47; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, S. 282-284.

¹⁸¹ **KESKİN**, s. 113; **EİSENHUT**, s. 25; **DEMİRÇARK**, s. 14.

¹⁸² **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 278; **BİLGE**, s. 349;

olması için, escrow sözleşmesinde bu yönde düzenlemelerin mevcut olması gereklidir. Oysa genel saklama sözleşmesi söz konusu olduğunda; kanunda belirtilen yükümlülüklerin yanında ek yükümlülükler kararlaştırılması durumunda, ortaya genel saklama sözleşmesi niteliğinde olmayan karma bir sözleşme çıkacağı doktrinde kabul görmektedir¹⁸³.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı, escrow sözleşmesi ile saklama sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmeler olmakla birlikte; bu iki sözleşmenin birbirine benzer yönleri de oldukça fazladır. Benzerliklere, bir taşınırın güvenli bir yerde muhafaza edilmesi¹⁸⁴ ve saklanan şeyin kural olarak kullanılmasının yasak olması¹⁸⁵, örnek olarak gösterilebilecektir¹⁸⁶. Aralarında bulunan bu benzerliklerden dolayı; TBK’da bulunan saklama sözleşmesine ilişkin hükümler niteliğine aykırı düşmedikçe, escrow sözleşmesi için de uygulanabilecektir¹⁸⁷. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yeri geldikçe her iki sözleşme için ortak olarak uygulanabilecek olan hükümlerden bahsedilecektir.

2. Güvenilir Kişiye Bırakma (Yedimeine Tevdi) Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması

Hukukumuzda güvenilir kişiye bırakma (yedimeine tevdi) sözleşmesi, TBK m. 569’da “Birden çok kişi, haklarını korumak üzere, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz

¹⁸³ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 500; **YENER**, s. 18.

¹⁸⁴ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 500-501; **EREN**, Borçlar Özel, s.750; **YENER**, s. 49-57.

¹⁸⁵ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 813; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 695; **BİLGE**, s. 348; **EREN**, Borçlar Özel, s. 751; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 276; **YENER**, s. 59-62.

¹⁸⁶ **KIRCA**, s. 54; **KESKİN**, s.113.

¹⁸⁷ **GERSTER**, s.80; **KIRCA**, 54; **KESKİN**, s. 114.

olan şeyi, bir güvenilir kişiye bırakırlarsa, bu kişi, saklatanların tamamının rızası veya hâkimin kararı olmadıkça, onu hiçbirine geri veremez.” şeklinde genel saklama sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiştir. Bu sözleşme güvenilir kişi ile saklatanlar arasında yapılıp; saklama konusu olan şey üzerinde tasarruf edilmesini engelleme amaç edinilmektedir¹⁸⁸. Güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi yapılabilmesi için, bir hukuki ilişkinin tarafları arasında, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan bir şey bulunmalıdır¹⁸⁹. Burada şeyin, iki veya daha fazla kişi tarafından birlikte bırakılması şarttır¹⁹⁰. Güvenilir kişi (yedi emin) kendisine bırakılan şeyi, genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi muhafaza yükümlülüğü altındadır; ancak saklanan şeyi saklatanların rızası veya hâkimin kararı olmadıkça geri veremeyecektir¹⁹¹. Genel saklama sözleşmesi hakkında düzenlenen hükümler, amacına aykırı olmadığı sürece; güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi hakkında da uygulanacaktır¹⁹².

Escrow sözleşmesi ile güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi birçok yönden benzerlik göstermektedir. Her iki sözleşmede de bir taşınır, güvenilir bir kişiye bırakılarak; bu taşınır üzerindeki tasarruf yetkisinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Fakat güvenilir kişiye bırakma sözleşmesinde hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz bir şey, üçüncü kişiye (güvenilir kişiye) bırakılmaktayken; escrow sözleşmesinde bir şeyin sözleşmeye konu (escrow konusu) olması için böyle bir husus gerekli değildir¹⁹³. Yani

¹⁸⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 765; ERDEM, s. 141; GÜNAY, s. 1607.

¹⁸⁹ BİLGE, s. 352; GÜMÜŞ, Cilt-II, s. 285.

¹⁹⁰ UYGUR, s. 2479.

¹⁹¹ BERKİ, s. 205; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Özel, s. 504.

¹⁹² GÜMÜŞ, Cilt-II, s. 285; BİLGE, s. 353; YENER, s. 21.

¹⁹³ GERSTER, s. 81; KIRCA, s. 54; KESKİN, s. 114; DEMİRÇARK, s. 13; GRUNDER, s. 451.

escrow sözleşmesindeki temel sözleşme ilişkisine konu taşınırın, escrow aracısı tarafından muhafaza edilebilmesi için; hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olmasına gerek yoktur. İki sözleşme arasındaki en önemli fark olarak belirtilen özellik sayılabilir. Bir diğer fark ise; escrow sözleşmesinde, escrow konusunu muhafaza etmek dışında sözleşme ile belirlenen özel yükümlülükler kararlaştırılabilmektedir. Escrow sözleşmesinin aksine güvenilir kişiye bırakma sözleşmesinde yedieminin yükümlülüğü şeyi muhafaza etmek olup; bunun dışındaki özel yükümlülükler sözleşme ile kararlaştırılamamaktadır¹⁹⁴. Özel yükümlülükler kararlaştırılması durumunda sözleşmenin hukuki niteliği değişebilecektir. Bahsi geçen özelliklerden de anlaşılaçağı üzere; escrow sözleşmesi ile güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir.

Güvenilir kişiye bırakma sözleşmesine TBK’da yalnızca bir maddede değinilmiş; sözleşmeye ilişkin hususların ayrıntılı olarak düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir. Genel saklama sözleşmesine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde güvenilir kişiye bırakma sözleşmesine de uygulanacaktır. Bu nedenle güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi ile alakalı, escrow sözleşmesine kıyasen uygulanabilecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

¹⁹⁴ WILLIAM, s. 78.

B. ESCROW SÖZLEŞMESİ VE İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Vekâlet Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması¹⁹⁵

Vekâlet sözleşmesi; TBK m. 502/I hükmünde, “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*”, şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde, bu tanımın vekâlet sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermediğinden dolayı, farklı şekillerde tanımlamalar yapılmıştır. Doktrindeki tanımlardan yola çıkarak, vekâlet sözleşmesi; vekilin, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı olarak sözleşmede belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve ifa edeceği edimin kanunda düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin konusuna girmediği¹⁹⁶; ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa vekilin ücrete hak kazandığı sözleşme, olarak tanımlanabilir¹⁹⁷. Escrow sözleşmesi ile

¹⁹⁵ Vekâlet sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZKAYA**, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2016 (Vekâlet), s. 2639-2752; **UYGUR**, s. 2285 -2348; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 121-205; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 387-452; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 632-674; **EREN**, Borçlar Özel, s. 705-746; **ARAL/AYRANCI**, s. 434-463; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 790-804.

¹⁹⁶ Bu konudaki ve iş görme sözleşmelerinde isimsiz sözleşmelerin kurulup kurulamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. **SARI**, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 36vd.; **ARAL/AYRANCI**, s. 434, 439-441; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 410-418; **EREN**, Borçlar Özel, s. 714-715; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 131-133; **GERSTER**, s. 89-92.

¹⁹⁷ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 628; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 122; **BİLGE**, s. 286; **EREN**, Borçlar Özel, s. 705; **FEYZİOĞLU**, s. 27; **GÜNAY**, s. 1489; **BERKİ**, s. 156.

vekâlet sözleşmesi arasında benzerlikler olduğu gibi iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmeye yarayan farklı yönleri de bulunmaktadır.

Hem escrow sözleşmesindeki escrow aracısı hem de vekâlet sözleşmesindeki vekil, bağımsız hareket etmektedir¹⁹⁸. İş görülürken vekâlet veren veya escrow sözleşmesinin diğer tarafı iş organizasyonuna dahil bir kişi olarak hareket etmemektedir¹⁹⁹. Escrow sözleşmesinden farklı olarak vekâlet sözleşmesinde, vekâlet verenin talimat vermesi suretiyle bu bağımsızlık sınırlandırılabilir²⁰⁰. TBK m. 505/I'de "*Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.*" şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre vekâlet verenin açık talimatı olması durumunda vekil buna uymakla yükümlüdür. Escrow sözleşmesinde, temel sözleşmenin taraflarının talimat verme hakkına sahip olup olmadıkları; sözleşmede kararlaştırılan hükümlere göre belirlenecektir. Uygulamadaki escrow sözleşmelerinde çoğunlukla escrow aracısının, escrow konusunu nasıl saklayacağı ve hangi şartlara bağlı olarak iade edeceği yani işin yürütülmesinin yöntemi ayrıntılı olarak kararlaştırıldığından dolayı, escrow aracısı herhangi bir talimat olmadan yükümlülüklerini ifa edebilmektedir²⁰¹. Escrow

¹⁹⁸ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 796; **EREN**, Borçlar Özel, s. 718; **UYGUR**, s. 2294; **GERSTER**, s. 85; **KIRCA**, s. 55.

¹⁹⁹ **ARAL/AYRANCI**, s. 438; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 125.

²⁰⁰ Vekilin iş görmeyi vekâlet verenin iradesine ve özellikle talimatlarına uygun yapma borcu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s.656-660; **ÖZKAYA**, Vekâlet, s. 438-464; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 654-656; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 154-160; **EREN**, Borçlar Özel, s. 728-731; **ARAL/AYRANCI**, s. 453-455.

²⁰¹ **KIRCA**, s. 55; **KESKİN**, s. 115.

sözleşmesinin taraflarından birinin aracıya tevdi edilen şeyin kendisine verilmesini istediği talimatını verdiği varsayılırsa, aracının şeyi devretmesi şüphesiz ki sözleşmenin teminat amacı niteliğine aykırı olacaktır. Bunun gibi teminat amacına zarar verebilecek nitelikte olan, talimat verme yetkisine ilişkin örnekler çoğaltılabilecektir. Bu nedenle escrow sözleşmesinde, sözleşme ile belirlenen hükümlere uyulmalı; taraflara talimat verme yetkisi ya hiç verilmemeli ya da sınırlı olarak verilmelidir.

Vekâlet sözleşmesinde vekil müvekkilinin; escrow sözleşmesinde ise escrow aracısı temel sözleşmenin taraflarının menfaatine uygun olarak, sadakat ve özenle hareket ederek, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerini ifa etmelidirler²⁰². Ancak escrow sözleşmesindeki yükümlülükler, vekâlet sözleşmesindeki yükümlülüklerle göre daha sınırlı kapsamdadır²⁰³. Vekil, yalnızca müvekkilinin menfaatini gözetmekle yükümlü iken; escrow aracısı temel sözleşmenin tarafları arasında herhangi bir ayrım veya ayrıcalık bulunmaksızın her ikisinin menfaatini tarafsız ve eşit bir şekilde korumalıdır.

Escrow aracısının kendisine tevdi edilen şeyi muhafaza etmek için bir yer tahsis etmek borcunu da yüklenmesi yönünden vekâlet sözleşmesinden ayrılmaktadır²⁰⁴. Vekâlet sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılmış olmadıkça; böyle bir yükümlülüğün varlığından söz edilemeyecektir.

²⁰² **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2012, s. 175-178; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 660; **ÖZKAYA**, Vekâlet, s. 478-486; **KESKİN**, s. 115; **EİSENHUT**, s. 35; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 650-652; **GÜNAY**, s. 1503-1508; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 159-166; **EREN**, Borçlar Özel, s. 730-735; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 798-801; **ARAL/AYRANCI**, s. 447-450.

²⁰³ **KIRCA**, s. 55.

²⁰⁴ **KIRCA**, s. 55; **KESKİN**, s. 115.

TBK m. 502/II hükmünün karşıt kavramından, vekâlet sözleşmesinde vekil iş görme borcunu yerine getirirken herhangi bir süre kısıtlamasına tabi olmayacağı, anlaşılabilecektir²⁰⁵. Bu özellik vekâlet ilişkisinin niteliğinden kaynaklanmaktadır²⁰⁶. Buna karşın, escrow sözleşmesinin ise belirli bir süreye bağlanması mümkündür. Vekâlet sözleşmesi ile süreye bağlı olunmaksızın bir sonuca ulaşmak için bir işin özenle görülmesi veya işlemin yapılması amaçlanmaktadır²⁰⁷. Ancak escrow sözleşmesinin amacı, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu gibi²⁰⁸, temel sözleşmenin taraflarının yükümlülüklerini yerine getirmesinin teminat altına alınmasıdır. İki sözleşme arasındaki en önemli farklardan birisi de belirtilen şekilde amaçlarının farklı olmasıdır.

Vekâlet sözleşmelerinde, TBK m. 512’de düzenlenen, tarafların tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi imkânı bulunmaktadır. Söz konusu maddede, *“Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.”*, şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu maddeden açıkça anlaşılabileceği gibi vekil istifa, müvekkil azil yoluyla; herhangi bir sebep göstermeksizin, her zaman tek taraflı olarak vekâlet sözleşme sona erdirebilecektir²⁰⁹. Bu hükmün, aksi yönde görüşler bulunsun da²¹⁰; emredici nitelikte olduğu doktrinde kabul görmekte ve bu hükmün uygulanmasını

²⁰⁵ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 632; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 796; **EREN**, Borçlar Özel, s. 719.

²⁰⁶ **ÖZKAYA**, Vekâlet, s. 48.

²⁰⁷ **ERZURUMLUOĞLU**, s. 173; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 639.

²⁰⁸ Bkz. s. 25 vd.

²⁰⁹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 671; **BERKİ**, s. 167; **BİLGE**, s. 301; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 178.

²¹⁰ Aksi yönde görüşler için bkz. **EREN**, Borçlar Özel, s. 716; **ARAL/AYRANCI**, s. 462.

engelleyici anlaşmalar geçersiz sayılmaktadır²¹¹. Escrow sözleşmesinde ise escrow aracısı, sözleşmede belirlenen şartların gerçekleşmesine kadar, şeyi temel sözleşmenin taraflarına geri veremeyecektir. Bu hükmün escrow sözleşmesine uygulanması ve tarafların sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme imkânının bulunması durumlarında, sözleşmenin teminat amacının sağlanmasının imkânsız olduğu açıktır²¹². TBK m. 512 ile düzenlenen bu özellik de iki sözleşme arasındaki temel farklardan birini oluşturur.

İki sözleşme arasında yukarıda belirtildiği gibi benzer ve farklı özellikler bulunmaktadır. Vekâlet sözleşmesine ilişkin kanunda düzenlenen hükümler, niteliğine uygun düştüğü sürece escrow sözleşmesi ilişkilerine de uygulanabilecektir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin olarak kanunda düzenlenen ve escrow sözleşmesine de uygulanabilecek olan hükümlere yeri geldikçe çalışmamızda değinilecektir.

2. Genel Hizmet Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması

TBK m. 393/I'de hizmet sözleşmesi, *“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”*, şeklinde tanımlanmıştır. Bu sözleşmenin konusu herhangi bir işin görülmesidir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi hizmet sözleşmesinde işçinin işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmeyi taahhüt

²¹¹ **KARATEKE**, Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006, s. 37; **YALÇINDURAN**, Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004, s. 44; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 436; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 803; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 128-129; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 669-670. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 671.

²¹² **KIRCA**, s. 55,60; **EİSENHUT**, s. 166; **KESKİN**, s. 115; **DEMİRÇARK**, s. 13.

etmesi karşılığında, işveren de işçiye ücret ödeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır²¹³. Hizmet sözleşmesinin ayırıcı özelliği: İşçi işverene bağımlı olarak, onun yönetimi ve denetimi altında, çoğunlukla işverenin iş yerinde ve işveren tarafından sağlanan araçlarla çalışıp; sözleşmede kararlaştırılan yükümlüklerini yerine getirmektedir²¹⁴.

Escrow sözleşmesinde temel ilişkinin tarafları ve escrow aracısının katılımıyla sözleşme ilişkisi kurulurken; hizmet sözleşmesinde sözleşme ilişkisi işçi ve iş veren arasında yapılır. Hizmet sözleşmesi ikili bir ilişki oluştururken; escrow sözleşmesinde en az üç kişinin bulunması zorunludur.

Hizmet sözleşmesinden farklı olarak escrow sözleşmesinde; temel ilişkiye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı, temel ilişkinin taraflarına bağımlı değildir. Başka bir deyişle; escrow aracısı temel ilişkinin taraflarının “hizmetinde” değildir²¹⁵. Temel ilişkinin taraflarına bağımlı olan bir escrow aracısı kararlaştırıldığı düşünüldüğünde; böyle bir ilişki escrow sözleşmesinin anlamı ve amacına aykırı olacaktır. Teminat amacının gerçekleşmesi ve sözleşmede belirlenen şartlara göre sözleşme konusunun doğru şekilde tevdi edilmesi için; escrow aracısının, tarafsız ve bağımsız olarak faaliyetlerini yürütmesi gerekmektedir.

²¹³ **YAVUZ**, Nihat, Yeni ve Eski Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara 2011, s. 1239.

²¹⁴ **YÜREKLİ**, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016, s. 42-48; **ANTALYA**, Gökhan, “*Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği*”, Yargıtay Dergisi, C.13 S.4, 1987 (Hizmet Akdi), s. 456 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1994, s. 141; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 473.

²¹⁵ **GERSTER**, s. 83.

TBK m. 399’da düzenlenen talimatlara uyma borcu da escrow sözleşmesinin niteliğine uygun değildir²¹⁶. Bu hüküm niteliğine uygun olmadığı için escrow sözleşmeleri için göz önünde bulundurulmayacaktır.

Hizmet sözleşmesinde ücret zorunlu unsurken; escrow sözleşmesinin ücretsiz olarak kararlaştırılması da mümkündür. Ancak uygulamadaki escrow sözleşmelerinin ivazlı olarak yapıldığı belirtilmelidir.

Bunun dışında vekâlet sözleşmesi ile escrow sözleşmesinin karşılaştırılması başlığında bahsedilen ve hizmet sözleşmesinde de ortak olarak bulunan özelliklere bu başlıkta ayrıca değinilmeyecektir. Sonuç olarak, escrow sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olmadığı ve farklı özelliklere sahip olduğu söylenebilecektir.

3. Simsarlık Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması²¹⁷

Simsarlık sözleşmesini tanımı TBK m. 520/I’de, “*Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.*”, şeklinde yapılmıştır. Tanımdan da anlaşılabileceği gibi simsarlık sözleşmesinin konusunu, bir sözleşmenin kurulması için imkân hazırlanması veya

²¹⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 489.

²¹⁷ Simsarlık sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZKURT**, Tamer, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık, Ankara 2007; **ARIKAN**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 191-200; **BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 95-98; **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 722-740.

sözleşme görüşmesi için aracılıkta bulunulması oluşturabilecektir²¹⁸. Simsar, taraflar arasında kurulmak istenen sözleşmenin yapılması için gerekli hazırlıkları yaparak sözleşmenin kurulmasını sağladığında ücrete hak kazanacaktır²¹⁹. Sözleşme kurulmazsa ücret talebinde bulunamayacaktır.

Simsarlık sözleşmesi, sözleşme kurulmasına imkân hazırlama veya kurulmasına aracılık etme gibi sözleşme kurulmasına yönelik faaliyetler içermesine rağmen, escrow sözleşmesinde ortada daha önceden kurulmuş bir temel sözleşme bulunmaktadır. Bu temel sözleşmedeki tarafların edimlerinin teminat altına alınması amaçlanır. Oysa ki simsarlık sözleşmesinde önceden kurulmuş bir sözleşme mevcut değildir. Simsar, tarafların sözleşme yapması için zemin hazırlamaya çalışır. Tarafların sözleşme yapmaları durumunda ücrete hak kazanacaktır.

Escrow sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu yukarıda escrow sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı olarak ele almıştık²²⁰. Simsarlık sözleşmesinde ise iş sahibi ile simsar arasında devamlı bir hukuki bağlantı yoktur. Genellikle tek bir işlem yapmakla görevlendirilen simsarin edimi bu nedenle ani edimli bir sözleşme ilişkisi oluşturacaktır²²¹. Simsarlık sözleşmesinde ücret zorunlu unsur olarak belirlenmişken; escrow sözleşmesinde, uygulamada çoğunlukla ücret kararlaştırılmasına

²¹⁸ **DOĞANCI**, Doğa Ekrem, “*Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması*”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1, 2014, s. 120; **BERKİ**, s. 175.

²¹⁹ **ERZURUMLUOĞLU**, s. 185-186; **FEYZİOĞLU**, s. 28; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 206; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 453; **GÜNAY**, s. 1531.

²²⁰ Bkz. s. 31-33.

²²¹ **ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 729; **ÖZKAYA**, Vekâlet, s. 1003.

rağmen, ücretin zorunlu unsur olmadığı belirtilebilir²²². İki sözleşme arasındaki farklardan birisi de budur.

TBK m. 520/II hükmü, “*Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır.*”, şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle doktrinde kabul edilen görüşe göre simsarlığın, vekâlet sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmektedir²²³. Vekâlet sözleşmesine ilişkin yaptığımız açıklamalar, simsarlık sözleşmesi için de geçerli olacaktır.

C. ESCROW SÖZLEŞMESİ İLE TEMİNAT SÖZLEŞMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Kefalet Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması²²⁴

Kefalet sözleşmesinin tanımı TBK m. 581’de, “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak*

²²² **POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 302; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 215-220; **ÖZKAYA**, Vekâlet, s. 1006-1010; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 185; **DOĞANCI**, s. 120.

²²³ **ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 72

²²⁴ Kefalet sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEN**, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014; **DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009; **REİSOĞLU**, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013(Kefalet); **ARAL/AYRANCI**, s. 465 vd.; **TANDOĞAN**, II, 693 vd.; **AYRANCI**, Hasan, “*Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesi*”, AÜHFD, C. 53 S.2, 2004 (Kefalet-Şekil), s. 95-121; **AYAN**, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2003.

sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”, şeklinde yapılmıştır. Kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunun garantisini verir²²⁵. Her ikisinin de teminat sözleşmesi olması nedeniyle birbirine benzer gibi görünse de escrow sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi özellikleri itibariyle tamamen farklı sözleşmelerdir.

Kefalet sözleşmesi, sözleşmeden doğsun veya doğmasın (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vb.) herhangi bir borç için yapılabilecektir²²⁶. Yani kefalet sözleşmesi yapılabilmesi için asıl borcun hukuki sebebi önemli değildir²²⁷. Oysa ki escrow sözleşmesi sadece bir temel sözleşme için yapılabilecek olup farklı bir hukuki sebep için yapılamayacaktır.

Kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ve asıl borcun alacaklısıdır. Borçlunun rızası aranmaksızın veya onun rızası hilafına kefalet sözleşmesi yapılabilmesi mümkündür²²⁸. Sözleşmeye katılmasa da üç taraf bulunmasından dolayı kefalet sözleşmesinin escrow sözleşmesine benzediği düşünülebilir. Escrow sözleşmesi ise üç tarafın da katılımıyla kurulabileceği gibi yukarıda açıklandığı üzere üçüncü kişi yararına sözleşme olarak da kurulabilecektir. Üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde yapıldığında da temel sözleşmedeki borçlu konumunda olan taraf ile tarafsız konumda olan escrow aracısı arasında yapılacaktır. Yani kefalet sözleşmesinde olduğu gibi escrow sözleşmesi, escrow

²²⁵ **DEVELİOĞLU**, s. 33.

²²⁶ **TANDOĞAN**, II, s. 694; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 776-777; **ÖZEN**, s.57; **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 514; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 820; **REİSOĞLU**, Seza, Kefalet, s. 47; **AYRANCI**, Kefalet-Şekil, s.96; **DEVELİOĞLU**, s. 90.

²²⁷ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 521;

²²⁸ **YENİCE**, s. 9; **ARAL/AYRANCI**, s. 465; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 691; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 777; **REİSOĞLU**, Seza, Kefalet, s. 20; **AYRANCI**, Kefalet-Şekil, s. 95; **AYAN**, s. 13; **TANDOĞAN**, II, s.693-694; **ÖZEN**, s. 212 vd.

aracısı ile alacaklı arasında değil temel sözleşmede borçlu konumundaki kişi arasında yapılacaktır.

Kefalet sözleşmesi için TBK m. 583/I ile, “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı **azamî miktar ile kefalet tarihi** belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu **azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde **kendi el yazısıyla** belirtmesi şarttır.***”, kanunda sıkı şekil şartları öngörülmüştür. Belirtilen şekil kuralları ispat şartı değil; geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir²²⁹. Escrow sözleşmesi için ise uygulamada yazılı olarak yapılmakta ise de herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir²³⁰.

Escrow sözleşmesinde escrow aracısı, kendisine teslim edilen escrow konusu şeyi muhafaza edip; sözleşme ile belirlenen şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine göre taraflardan birine vermeyi ve sözleşme ile kararlaştırılan diğer yükümlülükleri üstlenmektedir. Kefalet sözleşmesinde ise kefil, borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan şahsî olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Yani kefalet sözleşmesindeki kefilin borcu, asıl borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğranılacak olan müspet zararı karşılamak olacaktır²³¹. Escrow sözleşmesinde, escrow aracısının temel sözleşmeye ilişkin olarak oluşabilecek zararları karşılama gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

²²⁹ AYRANCI, Kefalet-Şekil, s. 98; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 825; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 790-794; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Özel, s. 524; AYAN, s. 151 vd.

²³⁰ Escrow sözleşmesinin şekline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. s. 81 vd.

²³¹ TANDOĞAN, II, s. 697-698.

Asıl borcun yapma, verme veya yapmamaya ilişkin olması önemli olmaksızın kefilin borcu her zaman para borcudur²³². Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekli olarak azami bir miktar belirlenmesi de bu özelliğin açık bir göstergesidir. Oysa ki escrow sözleşmesinde escrow aracısının, ancak escrow konusu para olarak kararlaştırıldıysa ve kendisine teslim edildiyse; ancak o zaman bu parayı iade etme yükümlülüğü bulunabilecektir. Yukarıda belirtildiği gibi escrow konusu olarak herhangi bir taşınırın kararlaştırılması mümkündür. İki sözleşme arasındaki temel farklardan birisi olarak belirtilen özellik sayılabilecektir.

Kefalet sözleşmesinde, kefil borcu ifa ettiği takdirde borçlu borcundan kurtulamayacak; TBK m. 596'ya göre, kefil alacaklıya halef olacak ve borçluya rücu hakkına sahip olacaktır²³³. Fakat escrow sözleşmesinde escrow aracısı, şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre escrow konusu şeyi taraflardan birine vererek borcundan kurtulacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi escrow sözleşmesinin, üç tarafın katılımıyla veya asıl sözleşmenin borçlusu ile üçüncü kişi arasında yapıldığından dolayı rücu ve halefiyet kurumlardan bahsedilemeyecektir.

Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birisi de kefilin borcunun fer'i olması niteliğidir²³⁴. Fer'ilik özelliğine göre kefilin borcu, asıl borca bağımlı olmaktadır. Kefilin borcu; meydana gelmesi, hukuki sonuçlarını doğurması ve sona ermesi açısından

²³² **ÖZEN**, s.66; **REİSOĞLU**, Seza, Kefalet, s. 27-29; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 778.

²³³ Rücu ve Halefiyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Borçlar Özel, s. 788-790; **AYDOĞDU**, s. 850-853; **ARAL/AYRANCI**, s. 500-503.

²³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, Halûk, “*Kefaletin Geçerlilik Şartları*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.9, S.1, 1977, s. 19-25; **AKKANAT**, Halil, “*Kefaletin Fer'iliği ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 275-290; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 322-324.

asıl borcun varlığına bağlıdır²³⁵. Escrow sözleşmesinin temel sözleşmeye bağımlı olup olmadığı konusu aşağıda incelenecek olmakla birlikte²³⁶; mutlaka fer'i sözleşme özelliği göstermesi gerektiği söylenemeyecektir. İki sözleşmeyi ayırmaya yarayabilecek özelliklerden birisi olarak bu özellik sayılabilecektir.

2. Teminat İçin Tevdi Sözleşmesi ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması

Teminat için tevdi sözleşmesi, sözleşmeden doğan alacağın teminatı amacıyla taşınırıların üçüncü kişiye tevdi edilmesi ve üçüncü kişinin de bu taşınırıları muhafaza ederek alacağın muacceliyeti durumunda, başka şekilde hakkını elde edemeyen alacaklıya vermesi veya başka bir şekilde değerlendirmesi için alacaklı emrine hazır tutması ile oluşur²³⁷.

Bu sözleşme de escrow sözleşmesi gibi teminat amacıyla yapılmakta olup; “*tevdi edilen*” konumundaki taşınırın teslim edildiği taraf, escrow aracısı gibi temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumundadır. Her iki sözleşmede de birincil amaç depolama değildir²³⁸. Escrow aracısının ve tevdi edilen tarafın yükümlülükleri; kendilerine tevdi edilen taşınırıları teslim alıp, muhafaza etmek ve sözleşme ile belirlenen durumlarda taraflara iade etmektir²³⁹.

İki sözleşme birbirine oldukça fazla yönden benzemektedir. Ancak iki sözleşmenin birbirinden farklı oldukları belirtilmelidir. Teminat için tevdi sözleşmesinde, teminat altına alınmak istenen alacağa tamamen yabancı bir taşınır tevdi edilirken; escrow

²³⁵ **AYRANCI**, Kefalet-Şekil, s. 96; **TANDOĞAN**, II, s. 695-697; **BİLGE**, s. 369-371.

²³⁶ Bkz. s. 67 vd.

²³⁷ **KIRCA**, s. 56; **KESKİN**, s. 115; **GERSTER**, s. 101.

²³⁸ **GERSTER**, s. 102-103.

²³⁹ **GERSTER**, s. 103.

sözleşmesinde sözleşmeden doğan borçların teminat altına alınması için tarafların yerine getirecekleri edimler tevdi edilmektedir²⁴⁰. Alacaklı, escrow sözleşmesine konu eşya üzerinde rehinde olduğu gibi herhangi bir ayni hakka sahip değildir. Yani escrow sözleşmesindeki taşınıra, rehine ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Oysa ki teminat için tevdi sözleşmesinde alacaklı lehine bir rehin hakkı kurulmak istenmektedir²⁴¹.

Escrow sözleşmesi yapılırken şeyin geri verilmesi hususu ayrıntılı olarak belirlenmeli; yani hangi şartlar gerçekleşince, hangi tarihe kadar saklamanın gerçekleşeceği veya tarafların ortak talebi ile geri verme gibi hususlar sözleşmede kararlaştırılmalıdır. Oysa ki teminat için tevdi sözleşmesinde rehine ilişkin kurallar uygulanacağından, bu hususların ayrıntılı olarak belirlenmesine gerek görülmecektir. Bu sözleşmede şeyin geri verilmesinde, kanunda belirlenen kurallara uyulacaktır. Ayrıca teminat için tevdi sözleşmesi fer'i bir sözleşme niteliğindeyken²⁴²; escrow sözleşmesinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Yukarıda, “Escrow Sözleşmesinin Teminat Sağlama Amacını Güden Sözleşmelerden Olması Özelliği”²⁴³ başlığında bahsedildiği üzere; hukukumuzda ayni teminatlar için “*numerus clausus (sınırlı sayı)*” ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Yani yasada düzenlenmeyen bir şekilde ayni teminat sözleşmesi kararlaştırılması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, kanaatimizce Türk Hukukunda teminat için tevdi sözleşmesi yapılamayacaktır.

²⁴⁰ KIRCA, s. 58; GERSTER, s. 104.

²⁴¹ KESKİN, s. 116; KIRCA, s. 58; GERSTER, s. 105.

²⁴² GERSTER, s. 106.

²⁴³ Bkz. s. 28 vd.

3. Akreditif ile Escrow Sözleşmesinin Karşılaştırılması²⁴⁴

Akreditif, genellikle uluslararası ticarete kullanılan bir ödeme yöntemidir. Bu yöntemde birbirlerinden kilometrelerce uzakta olan tarafların, aralarındaki ilişkiden doğan ücret ödeme borcunun ödenmesi sağlanmaktadır. Akreditif, TBK’da düzenlenen havale ilişkisinin bir görünümüdür. Akreditifin birçok özel türü bulunmaktadır²⁴⁵.

Genellikle bir ülke içindeki alıcının, yurt dışındaki bir satıcıya satım sözleşmesinden doğan ücret ödeme borcunun ifa edilmesi amacıyla akreditif ilişkisi oluşturulur. Alıcı, ödemekle yükümlü olduğu bedeli yabancı ülkedeki satıcıya ödemek üzere ülke içindeki bankasını (amir banka) yabancı ülkedeki satıcı adına bir akreditif açması konusunda vekil tayin eder. Amir banka da satıcının bulunduğu ülkedeki yabancı bankaya (muhabir banka) başvurarak, satıcıya, kendisi adına bir akreditif açıldığını bildirmeye ve bu durumu onaylamaya ve TBK m. 557’ye göre kabul etme durumunda bulunduğu vekâlet nedeniyle bunu kendisine ödemeye hazır olduğunu bildirme konusunda vekil tayin eder. Muhatap banka kendisine verilen talimatları yerine getirmek zorundadır. Muhatap bankaya, satıcı tarafından teslimi gereken malın gönderildiğine ve alıcının eline ulaştığına dair belgeler verilmedikçe; muhatap banka ödeme yapmak zorunda değildir. Belirtilen belgelerin tesliminden sonra, muhatap banka satış bedelini ödeme yükümlülüğü altına girecektir²⁴⁶. Akreditif ilişkisinde oluşabilecek uyuşmazlıkların çözümü için Uluslararası Ticaret Odası tarafından “*Onaylı Belgeli Akreditife İlişkin Ortak Teamül ve Esaslar*” adlı metin oluşturulmuştur ve buna 600 sayılı

²⁴⁴ Akreditif ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **SOMUNCUOĞLU**, Ünal, Türk Borçlar Kanunu Işığında Akreditif Hukuku, Ankara 2017; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 736-746.

²⁴⁵ **SOMUNCUOĞLU**, s. 28-30.

²⁴⁶ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku Cilt-II, Ankara 2013 (Cilt-II), s.261; **SOMUNCUOĞLU**, s. 15-16; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 687.

broşür adı verilmektedir²⁴⁷. Bu broşür hükümlerinin TBK'nın emredici hükümlerine aykırı olmayan kuralları taraflar arasında uygulanacaktır.

Escrow sözleşmesi ile akreditif arasında benzerlikler bulunmakla birlikte; iki hukuki ilişkinin birbirinden farklı olduğu noktalar mevcuttur. Öncelikle hem akreditifte hem de escrow sözleşmesinde bir temel ilişki bulunmaktadır ve bu hukuki ilişkiler temel ilişkiden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla oluşturulur²⁴⁸. Her iki hukuki ilişkinin de teminat fonksiyonu bulunmakta olup; genelde uluslararası olarak yapılan işlemlerde tercih edilmektedir²⁴⁹.

Akreditif ilişkisinde, alıcıya ürünün istediği kalitede ve biçimde kendisine ulaşacağı konusunda güvence sağlanırken; satıcıya satış bedelinin belirtilen zamanda ödeneceği konusunda teminat verilmiş olacaktır²⁵⁰. Teminat fonksiyonu yerine getirilirken; escrow sözleşmesinde, escrow aracısı; akreditif ilişkisinde, bankalar devreye girmektedir. Akreditif ilişkisinde ödeme yapılmadan önce, biri vekâlet veren (satıcı) ile banka arasında; diğeri vekil bankayla yabancı banka arasında olmak üzere iki ayrı vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır²⁵¹. Akreditifte, üçlü bir sözleşme ilişkisi oluşmaktadır. Ancak bir de alıcı konumundaki lehtar bulunmaktadır ve toplam dört taraf, bu hukuki ilişki içerisinde yer almaktadır²⁵². Escrow sözleşmesinde ise; biri temel sözleşme diğeri escrow sözleşmesi olmak üzere iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Escrow sözleşmesi, temel sözleşmenin tarafları ve escrow aracısı olmak üzere üçlü bir ilişki meydana getirmektedir.

²⁴⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 689; SOMUNCUOĞLU, s. 55.

²⁴⁸ GERSTER, s. 66; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 742.

²⁴⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 740.

²⁵⁰ RUHİ, Cilt-II, s. 261.

²⁵¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 688; RUHİ, s. 262; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 738.

²⁵² RUHİ, Cilt-II, s. 262.

Escrow sözleşmesinde escrow aracısı olarak belirlenebilecekler konusunda, istisnai haller dışında bir sınırlama olmamasına rağmen, akreditif ilişkisinde teminat fonksiyonunun yerine getirilmesinde bankaların yer aldığı görülmektedir.

Escrow sözleşmesi söz konusu olduğunda, sözleşme ile alakalı birçok yükümlülük güvence altına alınabilmekteyken; yukarıda belirtildiği gibi akreditif ilişkisi mevcut ise, tarafların sözleşme ile belirlenen bedeli ödemeleri sağlanmaktadır²⁵³. Buradan anlaşılaçağı üzere; akreditif ilişkisi ile öncelikli olarak ücretin ödenmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Escrow sözleşmesinde ise farklı yükümlülüklerin teminat altına alınması mümkündür.

Akreditif ile alakalı yukarıda belirtildiği gibi çeşitli uluslararası düzenlemeler ve kurallar mevcuttur. Bu nedenle tarafların belirtilen düzenlemelerdeki sınırlamalara uyması gerekmektedir. Escrow sözleşmesinde ise taraflar daha özgürdür ve diledikleri şekilde iradelerine uygun sözleşmeler meydana getirebileceklerdir²⁵⁴.

Akreditif, hukuki bir kurum olarak escrow sözleşmesine göre daha yaygın bir şekilde kullanılan bir mekanizmaya sahiptir ve zamanla uygulamada kendisine özgü kurallar gelişmiştir. Bundan dolayı escrow sözleşmeleri hazırlanırken; akreditif ilişkisi oluşturulurken kullanılan ve uygulanan hükümler, yol gösterici olarak kullanılabilir²⁵⁵.

²⁵³ GERSTER, s. 66.

²⁵⁴ GERSTER, s. 66.

²⁵⁵ GERSTER, s. 67.

İKİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, ŞEKLİ VE TÜRLERİ

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Escrow sözleşmesi yukarıda, “Escrow sözleşmesinin hukuki niteliği”²⁵⁶ bölümünde ifade edildiği üzere isimsiz bir sözleşmedir. İsimsiz sözleşmelerin unsurları doktrindeki hâkim görüşe göre; tipik sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması için gereken ve sözleşmeye tipini veren unsurlardır²⁵⁷. Tarafların uygulamada yaptıkları sözleşmelerdeki unsurlar, süreç içerisinde yerleşik bir uygulamaya dönüşürler. Belirtilen uygulamalara göre, sözleşmelerin unsurları belirlenmektedir.

Escrow sözleşmesinde; bir temel sözleşmenin taraflarının, bu sözleşme ile kararlaştırılan edimlerinin ifa edilmesinin teminat altına alınması için, sözleşme konusu şeylerin tarafsız ve sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı tarafından muhafaza edilmesi öngörülmektedir. Buna göre aşağıda sözleşmenin zorunlu ve zorunlu olmayan unsurları ayrı başlıklar altında incelenecektir:

A. TEMEL SÖZLEŞME

Escrow sözleşmesi yapılabilmesi için öncelikle ortada “temel sözleşme” adı verilen bir hukuki ilişki bulunmalıdır. Temel sözleşme, teminat altına alınmak istenen yükümlülüğün kaynaklandığı sözleşmedir²⁵⁸. Bu durumda tarafları farklı, iki çeşit sözleşme bulunacaktır. Belirtilen iki sözleşmeden ayrı ayrı haklar ve borçlar

²⁵⁶ Bkz s. 7 vd.

²⁵⁷ SCHLEUP, s. 799.

²⁵⁸ KESKİN, s. 100; KIRCA, s. 51.

doğacaktır²⁵⁹. Taraflar, temel sözleşmede belirli haklar ve yükümlölükler kararlaştıracaklarken; escrow sözleşmesinde, sözleşmenin bir tarafında escrow aracısı diğerk tarafında temel sözleşmenin tarafları veya taraflarından biri yer alacaktır. Escrow sözleşmesinde ise escrow aracısı, sözleşme konusu şeyi muhafaza edip, tarafların tasarrufta bulunmasını engelleyerek; temel sözleşmede kararlaştırılan yükümlölüklerin ifa edilmesi konusunda teminat sağlamaktadır.

Temel sözleşmeye bir şart (kloz) eklenerek, bu sözleşmenin taraflarına escrow sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilebilir. Buna “escrow şartı (klozu)” adı verilmektedir. Belirtilen escrow şartının mutlaka temel sözleşmede yer alması gerekmesi de uygulamada çoğunlukla temel sözleşmenin hükümleri arasında yer alır²⁶⁰. Escrow şartı ile taraflara sonradan bir escrow sözleşmesi yapma yükümlölüğu getirebilecek veya escrow sözleşmesinin temel noktaları bu şartta belirlenebilecektir. Ayrıca escrow sözleşmesinin tamamının temel sözleşmenin maddeleri arasında yer alması da mümkündür²⁶¹. Ancak uyuşmazlık ve anlaşmazlıkları önlemek için temel sözleşmede sadece ana noktaların bulunmasıyla yetinilmelidir.

Escrow şartına; “Ek olarak, her iki tarafın da onayladığı, bu sözleşmeye göre bağımsız ve tarafsız konumda olan üçüncü bir kişi ile, bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlölüklerin teminat altına alınması için bir escrow sözleşmesi yapılacaktır. Escrow sözleşmesinin detayları ayrı bir sözleşme ile düzenlenecektir.”, şeklinde bir ifade örnek olarak gösterilebilir²⁶².

²⁵⁹ GERSTER, s. 32; EİSENHUT, s. 159.

²⁶⁰ GERSTER, s.32; KESKİN, s. 108.

²⁶¹ KIRCA, s. 51.

²⁶² GERSTER, s. 33.

Escrow şartı dışında; sözleşme hükümlerinde açıkça kararlaştırılmamış olduğu durumlarda, escrow sözleşmesinin yapılması gerektiği zımnen de olsa anlaşılabilecektir. Bu durumda da escrow sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Sözleşmede, escrow sözleşmesinin yapılması yükümlülüğü; açıkça kararlaştırılmamışsa veya zımnen anlaşılamıyorsa da temel sözleşmenin yapılmasından önce veya sonra, escrow sözleşmesi yapılabilir²⁶³.

Escrow sözleşmesi ile sadece bir sözleşmeden doğan borçlar teminat altına alınacaktır. Haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların, bu sözleşmenin konusunu oluşturması mümkün değildir. Temel sözleşmenin, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş herhangi bir sözleşme olması mümkün görünmekle birlikte; escrow sözleşmelerinin çoğunda edimlerin karşılıklı olarak değiştirilmesini öngören, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, temel sözleşme olarak yer almaktadır²⁶⁴.

Escrow sözleşmesi ile temel sözleşme arasındaki ilişkinin birbirine bağımlı (fer'i) mı yoksa bağımsız mı olduğu konusu oldukça önemlidir. Escrow sözleşmesinin fer'i bir sözleşme olduğu kabul edilirse; temel sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması ve varlığını devam ettirmesi escrow sözleşmesinin de kaderini belirleyecektir. Yani escrow aracısının borcunun varlığı, temel sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup sürdürülmesine bağlı olacaktır. Temel sözleşme herhangi bir sebeple sona ererse, escrow sözleşmesi de sona erecektir. Bu durumda escrow konusunu teslim etmekle yükümlü olan tarafın, temel sözleşmeden doğan savunma ve def'ileri ileri sürerek şeyin tesliminden kaçınabilme imkânı söz konusu olabilecektir. Belirtilen haller, escrow sözleşmesinin teminat amacına

²⁶³ **EİSENHUT**, s. 159.

²⁶⁴ **KIRCA**, s. 51; **KESKİN**, s. 100; **EİSENHUT**, s. 53.

aykırıdır ve tarafların escrow sözleşmesinden doğan haklarını kullanmalarını engelleyebilecektir²⁶⁵.

Eğer escrow sözleşmesinin bağımsız nitelikte olduğu kabul edilirse; escrow sözleşmesi, temel sözleşmeden tamamen farklı kabul edilecektir. Temel sözleşmedeki yükümlülükler bakımaksızın; escrow aracısı, escrow sözleşmesi ile kendisine verilen yükümlülükleri yerine getirecektir. Escrow aracısı, escrow sözleşmesi ile kararlaştırılan hükümlerle bağlı olacak ve temel sözleşmenin geçerli olması veya dava edilebilir olması ile ilgilenmeyecektir²⁶⁶. Escrow sözleşmesinin tarafları, temel sözleşmedeki def'i ve savunmalarla bağlı olmayacaktır.

Escrow sözleşmesinin temel sözleşmeye göre bağımsız nitelikte mi fer'i nitelikte mi olduğu konusunda öncelikle tarafların, escrow sözleşmesinde veya temel sözleşmede bu hususu ayrıca ve açıkça kararlaştırılabilmesi mümkündür. Bu durumda sözleşmede açık bir hüküm bulunduğu için bir sorun oluşmayacaktır. Ancak uygulamadaki escrow sözleşmelerinde; temel sözleşme ile escrow sözleşmesi arasındaki ilişkinin, bu şekilde açık bir ifade ile belirlendiğine çok az rastlanmaktadır. Böyle bir durumda, sözleşmenin bağımsız veya fer'i olduğunu belirlemek için kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Escrow sözleşmesinin maddeleri ve sözleşmede kararlaştırılan şartlara göre yorumlanarak; sözleşmenin bağımsız veya fer'i nitelikte olduğu belirlenebilecektir.²⁶⁷

Temel sözleşmede escrow sözleşmesinin tam metni yer alıyorsa veya escrow aracısının yükümlülükleri konusunda temel sözleşmeye atıfta bulunuluyorsa; sözleşmenin fer'i nitelikte olduğu söylenebilecektir²⁶⁸.

²⁶⁵ **GERSTER**, s. 39; **KIRCA**, s. 53; **EİSENHUT**, s. 161.

²⁶⁶ **KIRCA**, s. 53.

²⁶⁷ **GERSTER**, s. 36; **KIRCA**, s. 51.

²⁶⁸ **GERSTER**, s. 39.

Escrow sözleşmesinin temel sözleşmeye göre bağımsız nitelikte olması hususu, sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir. Bu şekilde escrow sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda; Gerster'e göre²⁶⁹ özellikle aşağıdaki hususlar sözleşmede yer alıyorsa, bağımsız bir nitelik taşıdığı söylenebilir:

- Escrow aracısının, escrow konusunu iade etmesi için temel sözleşmenin taraflarının belirli bir tarihte, tek taraflı olarak irade beyanında bulunması yeterlidir.
- Temel sözleşmenin taraflarından birinin, escrow sözleşmesinde bahsedilen bir belgeyi ibraz etmesi durumunda; escrow aracısı şeyi ibraz eden kişiye vermekle yükümlüdür.
- İade, sadece temel sözleşmenin taraflarının ortak talimatıyla veya mahkeme kararının ibraz edilmesiyle yapılır.

Escrow konusu şeyin iadesine ilişkin yükümlülükler, temel sözleşmeye ilişkin herhangi bir ifade kullanmaksızın, kesin ifadelerle belirlenmişse; temel ilişkiye göre bağımsız bir sözleşme meydana geleceği söylenebilecektir. Bunun gibi örnekler çoğaltılabilecektir.

Sonuç olarak: Escrow sözleşmesinin temel sözleşmeye göre bağımlı veya bağımsız konumda olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunduğu durumlarda, bu hükümlere uygun hareket edilecek olup; böyle bir hüküm bulunmadığı veya sözleşmeden anlaşılamadığı takdirde, somut sözleşmenin hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır.

²⁶⁹ GERSTER, s. 37-38; KIRCA, s. 52.

B. ESCROW KONUSUNUN ESCROW ARACISINA DEVRİ

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısına devredilecek olan şey için “escrow konusu” ifadesini kullanmaktayız. Escrow konusu olan şey; temel sözleşmenin taraflarının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlerin ifasını teminat altına almak amacıyla, temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısına tevdi edilmektedir. Bir şeyin escrow konusu olabilmesi için temel sözleşmede kararlaştırılan tarafların edimlerinden her ikisinin veya taraflarca kararlaştırılan edimin, escrow aracısına tevdi edilmesinin kararlaştırılması gereklidir²⁷⁰.

Temel sözleşmeden doğan alacakların konusunu oluşturan eşyalar dışındaki sözleşmeye yabancı edimlerin, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir²⁷¹. Örneğin; A ve B kişileri arasında bir bilgisayar satım sözleşmesi kurulmuş ve bu sözleşme ile ilgili escrow sözleşmesi yapılmak istenmiş olsun. Bu durumda escrow sözleşmesinin konusunu, ya para ve bilgisayarın her ikisinin ya da bu edimlerden yalnızca birinin escrow aracısına teslim edilmesinin kararlaştırılması oluşturacaktır. Bunlar dışındaki şeyler örneğin; para borcunun teminat altına alınması için, başka bir şeyin teslim edilmesi escrow sözleşmesinin niteliğine uygun değildir. Böylece bu edimler üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılarak; edimlerin ifasına teminat sağlanacaktır.

Escrow sözleşmesine konu olabilecek; yani escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan şeyin (escrow konusu), mutlaka bir taşınır eşya (elektronik aletler, para, mobilya vb.) niteliğini taşıması gerektiği belirtilmektedir²⁷². Bu taşınırıların da şüphesiz ki hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir. Örneğin; sözleşme konusunu uyuşturucu satışı oluşturamayacaktır. Taşınmazların escrow sözleşmesine konu

²⁷⁰ KUSTER, s. 74-75; KIRCA, s. 45; KESKİN, s. 103.

²⁷¹ KIRCA, s. 58.

²⁷² KESKİN, s. 103; KIRCA, s. 45; EREN, Borçlar Özel, s. 747.

olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir²⁷³. Ancak mortgage sisteminde alınan gayrimenkullerin, emlak vergisi ve sigorta primlerinin ödenmesi için, escrow hesabı açılarak; escrow sözleşmesi yapıldığı görülmektedir²⁷⁴. Burada belirtilen hukuki ilişkide de escrow konusu para olarak belirlenmiş olup; escrow aracısına gayrimenkulün teslimi öngörülmemektedir.

Gelişen teknoloji ile birlikte; escrow sözleşmelerinin internet ortamında kullanımı, oldukça yaygın olarak görülmektedir. Uygulamada görülen internet alan adlarının (domain names) devredilmesi durumunda da escrow sözleşmesi yapılmaktadır²⁷⁵. Bu şekilde alınan internet alan adlarının herhangi bir cd veya usb flash bellek araçlarla fiziksel bir ortama aktarılması mümkün değildir. Bu nedenle alan adları için taşınır mal ifadesi kullanılamayacaktır. Alan adları fikrî, sınai ve ticari mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirilmelidir²⁷⁶. Bunun gibi taşınır niteliğinde olmasa da maddi değeri olan diğer hakların da escrow sözleşmesine konu olması mümkün olabilecektir.

²⁷³<https://www.escrow.com/support/faqs/what-can-i-buy-or-sell-using-the-online-escrow-service> (s.e.t 19.03.2018).

²⁷⁴<https://www.wellsfargo.com/mortgage/learning/what-is-an-escrow-account-video> (s.e.t 19.03.2018);

<http://www.westerntitle.com/what-title-and-escrow> (s.e.t 19.03.2018).

²⁷⁵<https://www.escrow.com/support/faqs/what-can-i-buy-or-sell-using-the-online-escrow-service> (s.e.t 19.03.2018);

ALLEMANN, Andrew, “Protect Domain With Escrow Services”, <https://www.namecheap.com/blog/escrow-protects-domain-transactions/> (s.e.t 19.03.2018).

²⁷⁶ İnternet Alan Adları ile İlgili Ayrıntılı bilgi için bkz. **NOMER ERTAN**, Füsün, “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve

Escrow konusunun aracıya teslim edilmesi durumu eşya hukuku açısından incelendiğinde; öncelikle escrow sözleşmesinde bu konu açıkça kararlaştırılmış olabilir. Açıkça kararlaştırılmamışsa; kural olarak temel sözleşmenin taraflarından birinin escrow konusunu, fiziksel olarak veya hakimiyet kurmaya yarayan araçları escrow aracısına teslim etmesi ile zilyetliğin devredildiği kabul edilir²⁷⁷. Malik sıfatı, şeyi devreden temel sözleşmenin tarafında kalmaya devam edecek; bu taraf dolaylı zilyet olmaya devam edecektir. Devredilen escrow aracısı ise, fer'i ve dolaysız zilyetlik olacaktır²⁷⁸. Bu durumda malik durumunda olması nedeniyle, temel sözleşmenin tarafının escrow konusu üzerinde tasarrufta bulunması (elden çıkarması dahi) mümkün gözükmemektedir. Belirtilen durumun aksi sözleşme ile belirlenen şartlarla kararlaştırılabilecektir.

Escrow konusu olarak para, kıymetli evrak veya herhangi bir misli eşyanın belirlenmesi durumunda; özellikle belirtilmediği sürece usulsüz tevdi sözleşmesinde olduğu gibi, sözleşmede kararlaştırılan edimle aynı tip ve kalitede şeyin escrow aracısı

İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar", Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt-I, İstanbul 2001, s. 395-418; **ŞARLAK**, Zeynep, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka Hakkı Üzerindeki Etkisi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006; **BAL**, Nurullah, "*İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*", GÜHFD, C.17 S.1-2, 2013, s. 315-351.

²⁷⁷ **OKUTAN NİLSSON**, s. 84-85; **GERSTER**, s. 72; **EISENHUT**, s. 31.

²⁷⁸ **AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 37-52; **ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2012, s. 34-43; **ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2015, s. 79-147; **SİRMEN**, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2016, s. 48-65; **OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 58-76.

tarafından geri verilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁷⁹. Bu durumda escrow konusu şeyin mülkiyetinin escrow aracısına geçtiği kabul edilecektir. Escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına geçtiği zaman; temel sözleşmenin tarafları sadece escrow sözleşmesi ile kararlaştırılan hükümler çerçevesinde haklarını talep edebilecektir. Ayrıca bu durumda mülkiyet hakkı escrow aracısında olduğu için sözleşme dışındaki üçüncü kişiler herhangi bir hak talep edemeyecektir.

Escrow konusunun misli eşya olmaması durumunda da şeyin mülkiyetinin escrow aracısına geçmesi taraflar arasında kararlaştırılabilecektir²⁸⁰. Escrow konusu, escrow aracısına teslim edildiğinde; escrow konusu olan bu taşınırın mülkiyeti escrow aracısına geçecektir. Bu durumda taraflar arasında bir inançlı işlem söz konusu olacaktır²⁸¹. Buradaki inançlı işlem ilişkisinde; escrow aracısı “*inanılan*” konumunda olup; “*inanan*” yani temel sözleşmenin taraflarının menfaatine uygun olarak hareket etmeyi ve escrow sözleşmesi ile belirlenen şartlar gerçekleştiğinde şeyin mülkiyetini tekrar “*inananlara*” (temel sözleşmenin taraflarına) devretmeyi üstlenmektedir²⁸². Uygulamada bu tür escrow sözleşmeleri tercih edilmemektedir.

²⁷⁹ **YENER**, s.22; **GERSTER**, s. 75; **TİFTİK**, s. 79-163.

²⁸⁰ **EİSENHUT**, s. 116; **KESKİN**, s. 104

²⁸¹ İnançlı İşlemler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZSUNAY**, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968; **ÖZKAYA**, Eraslan, Açıklamalı ve İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2017 (İnançlı İşlem); **PARLAK BÖRÜ**, Şafak, “*Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri*”, TBB Dergisi, S.128, 2017, s. 231-273.

²⁸² **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 312-318; **SİRMEN**, s. 322-324; **AYBAY/HATEMİ**, s. 179-180; **ERTAŞ**, s. 276-277; **EİSENHUT**, s. 35; **GERSTER**, s. 75.

Escrow aracısı olarak bankanın belirlenmesi ve bankada bir escrow hesabı açılması durumunda ise paranın zilyetlik veya mülkiyeti, escrow aracısına ait olmayacaktır²⁸³. Bu durumda banka, temel sözleşmenin taraflarının talimatıyla veya sözleşmedeki şartların gerçekleşmesiyle şeyi taraflara geri verecektir.

C. TEMİNAT AMACI

Escrow sözleşmesinin en önemli ve ayırıcı özelliğinin, teminat amacı olduğunu yukarıda sözleşmenin özellikleri incelenirken belirtilmişti²⁸⁴. Escrow sözleşmesinde, tarafların escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi; sözleşme ile belirlenen şartlar gerçekleşinceye kadar temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan, escrow aracısına geçmektedir. Böylece taraflar, escrow konusu üzerinde, tasarruf edemeyeceğinden dolayı temel sözleşmedeki edimlere teminat sağlanmış olmaktadır. Teminat amacı escrow sözleşmesini karakterize eden ve diğer sözleşmelerden ayrılmasını sağlayan²⁸⁵ özellik olarak görülebilir²⁸⁶.

D. KOŞULLAR

Escrow sözleşmesinde, sözleşme ile belirlenen koşullar gerçekleşene kadar, escrow konusunu muhafaza etmekle yükümlü olan escrow aracısı; koşulların gerçekleşmesi halinde escrow konusunu temel sözleşmenin taraflarından birisine iade etmekle yükümlü hale gelecektir. Escrow sözleşmesindeki koşullar, escrow konusu ile

²⁸³ **GERSTER**, s. 116.

²⁸⁴ Bkz. 28 vd.

²⁸⁵ Escrow sözleşmesinin diğer sözleşmelerle arasındaki benzerlikler ve farklar için bkz. s. 41 vd.

²⁸⁶ **KIRCA**, s. 50; **KESKİN**, s. 102; **EİSENHUT**, s. 79.

aynı derecede önemli olup; bu şartlar olmaksızın escrow aracısının teminat fonksiyonunu yerine getirmesi mümkün değildir²⁸⁷. Belirtilen nedenle bu unsurun, sözleşmenin objektif esaslı noktalarından olduğu belirtilmelidir.

Escrow sözleşmesindeki koşullar, taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenecektir. Bu koşullar belirlenirken genelde, temel sözleşmenin taraflarının bu sözleşme ile alakalı yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlar, şart olarak kararlaştırılmaktadır²⁸⁸. Koşulların öngörülebilir ve gerçekleşmesi mümkün olan durumlar arasından seçilmesi gereklidir. Uygulamada en çok karşılaşılan koşullar²⁸⁹:

- Temel sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi (örneğin; kaynak kod escrow sözleşmesinde programcının güncelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi vb.),
- Temel sözleşmenin tarafının iflas etmesi²⁹⁰ veya faaliyetine son verilmesi,

²⁸⁷ **AAREMÄE**, Helen/**KIVAR**, Alvo/ **PETTAI**, Sirli, Legal Status and Liability of The Software Escrow Agent (IT Lab Task: an innovative study), Tartu 2018, s. 19; **GERSTER**, s. 114.

²⁸⁸ **WILLIAM**, s. 76.

²⁸⁹ **NEUMANN**, Grid/**NEUMANN**, Jürgen, The Escrow E-Book (Security Advice from Experts for Decision Makers, s.39,

<http://software-escrow-international.de/files/77/the-escrow-e-book.pdf> (s.e.t. 20.07.2018); **AAREMÄE/KIVAR/PETTAI**, s. 19-20; **FREEMAN**, s. 9; **KESKİN**, s. 111; **KUSCHKE**, s. 283; **WILLEY**, s. 32-33.

²⁹⁰ **HERMAN**, Ira, “*Looking At Escrow Agreements Through The Bankruptcy Lens*”, <https://www.law360.com/articles/639992/looking-at-escrow-agreements-through-the-bankruptcy-lens> (s.e.t. 20.07.2018).

- Temel sözleşmenin tarafının yükümlüklerini ifa edemeyecek duruma gelmesi; müdür, programcı vb. gibi önemli konumdaki personelin veya işlerin yapılamayacağı oranda oldukça fazla sayılabilecek personelin işten ayrılması, telefon, e-mail gibi yollarla iletişim kurulamaması vb.,
- Mücbir sebepler,
- Ölüm,
- İşletmenin üçüncü bir kişiye devri: Örneğin: Kaynak kod escrow sözleşmesinde müşteri ile rekabet içinde olan birisine devredilmesi hali.

Yukarıda sayılan koşullarla, uygulamada sıklıkla karşılaşılmakla birlikte; bu koşullar dışında temel sözleşmenin türüne göre, taraflar arasında daha farklı ve kapsamlı koşulların belirlenmesi mümkündür.

Sözleşmenin teminat sağlaması için koşulların; ayrıntılı, anlaşılır ve açık bir biçimde kararlaştırılması gereklidir. Sözleşme ile belirlenen koşulların gerçekleşmesi halinde; escrow aracısının geri verme yükümlülüğü doğacaktır²⁹¹. Açıklanan nedenlerle koşullar; escrow sözleşmesi açısından olmazsa olmaz bir konuma sahiptir.

E. ÜCRET

Uygulamadaki escrow sözleşmelerinde, escrow aracısının faaliyetine karşılık bir ücret ödenmektedir. Bu ücret için herhangi bir kanuni düzenleme veya resmi bir makam tarafından belirlenmiş ücret sınırı bulunmamaktadır. Ücret, escrow aracısı ile temel sözleşmenin tarafları veya taraflardan biri arasında serbestçe kararlaştırılabilecektir²⁹².

²⁹¹ Geri verme yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. s. 132 vd.

²⁹² WARDEN, Ben/LANG, Karen, “Australia: Tips And Traps–Escrow Agreements”, <http://www.mondaq.com/australia/x/53270/IT+internet/Tips+And+Traps+Escrow+Agreements> (s.e.t. 22.03.2018), (WARDEN/LANG).

Escrow sözleşmelerinde genel olarak ücret; yapılacak işin büyüklüğü ve karmaşıklığı ile aracının yapacağı giderler düşünülerek belirlenir²⁹³. Bazı escrow sözleşmelerinde ise temel sözleşmede kararlaştırılan işin tutarına göre bir formül kullanılarak escrow ücreti hesaplanır. Özellikle online escrow sözleşmelerinde bu şekilde bir hesaplama yapılmaktadır. Konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse; elektronik eşya satışına ilişkin bir temel sözleşme söz konusu olduğunda, işlem ücreti (mal ve nakliye ücretleri toplamı) 0-5000 dolar arasındaysa escrow ücreti: İşlem ücretinin yüzde 3.25'i (minimum 10 dolar); 5,000.01-25,000 dolar arasındaysa escrow ücreti: 162.50 dolar ve 5000 doların üzerindeki tutar için bu tutarın yüzde 0.26'sının toplanmasıyla hesaplanır. 25.000 dolar ve üzeri işlemler için ise işlem ücretinin yüzde 0.89'u escrow ücreti olarak belirlenir²⁹⁴. Escrow aracısına saklama haricinde ek yükümlülükler yüklenmesi durumunda; ücrete ek olarak bu masrafların da kararlaştırılması gerekmektedir²⁹⁵.

Genel olarak, temel sözleşmenin her iki tarafının da katıldığı escrow sözleşmelerinde ücretin taraflar arasında eşit olarak paylaşıldığı görülmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan ücret; taraflardan birisine veya her ikisine birden farklı oranlarda yüklenebilecektir. Ücretin kim tarafından ödeneceği konusunda da sınırlayıcı bir hüküm veya durum söz konusu değildir. Üçüncü kişi yararına escrow sözleşmelerinde, escrow sözleşmesinin tarafı konumundaki kişi, escrow ücretinden sorumlu olacaktır. Yararına yapılan tarafın sorumlu olması, sözleşmenin nispiliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

²⁹³ **BELL/SUMMER**, s. 15.

²⁹⁴ Belirtilen örnek ve diğer hukuki ilişkilere ilişkin escrow ücreti hesaplama örnekleri için bkz. <https://www.escrow.com/fee-calculator> (s.e.t. 22.03.2018).

²⁹⁵ **FROST**, Stephen, “*Thailand Passes Escrow Act*”, s.2 www.bcethai.com/asp/view_doc.asp?DocCID=130 (s.e.t. 22.03.2018); **KESKİN**, s. 120.

Bundan dolayı escrow sözleşmesine göre üçüncü kişi konumunda olan temel sözleşmenin tarafı ücretten sorumlu tutulamayacaktır.

Ücretin işlem sırasında ödenmesi veya uzun süreli bir escrow sözleşmesi olması durumunda; taraflardan biri veya her ikisi tarafından sözleşme yapılırken, yapıldıktan sonra veya taksitler halinde ödenmesi kararlaştırılabilecektir²⁹⁶.

Escrow sözleşmesinin ücretsiz olarak yapılmasının kararlaştırılması da mümkündür. Ancak yukarıda belirtildiği gibi uygulamadaki escrow sözleşmelerinde, ücret kararlaştırılmakta olup; sözleşmenin ücretsiz olarak yapılması istisnai durumlarda söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle ücretin de sözleşmenin bir unsuru olduğu belirtilmelidir.

Escrow sözleşmesindeki escrow aracısının, yükümlülüklerini yerine getirmesi bir ücret karşılığında yapılıyorsa; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinin bulunduğu kabul edilmelidir. Buna karşın escrow aracısı, ücretsiz olarak faaliyet gösteriyorsa bu durumda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin mevcut olduğu söylenebilecektir.

F. ANLAŞMA

Escrow sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için; diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varılması gereklidir²⁹⁷. Escrow sözleşmesi; isimsiz sözleşmelerden olduğu için, sözleşmeye ilişkin

²⁹⁶ **HEMİNWAY**, Joan Macleod/**MCLEMORE**, Timothy, “*Acquisition Escrows In Tennessee: An Annotated Model Tennessee Acquisition Escrow Agreement*”, Transactions: The Tennessee Journal of Bussiness Law, C.7, S.2, 2006, s. 287, <http://trace.tennessee.edu/transactions/vol7/iss2/3/> (s.e.t 22.03.2018).

²⁹⁷ **GERSTER**, s. 112.

esaslı unsurlar, kanunda veya herhangi bir özel mevzuatta düzenlenmemiştir. Sözleşmenin esaslı unsurları; uygulamada yapılan escrow sözleşmeleri, göz önüne alınarak belirlenecektir. Yani geçerli bir escrow sözleşmesinin kurulması için; tarafların özel olarak belirlenen escrow konusunun teslimi, muhafaza edilmesi ve geri vermeye ilişkin koşullar konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması gerekli ve yeterlidir²⁹⁸.

TBK m. 2/I'e göre; sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşulması halinde, ikinci derece noktalar üzerinde durulmasa da sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Yukarıda belirtilen hususlar dışındaki noktalar, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Örneğin; aracının escrow konusunu nerede ve nasıl muhafaza edeceği konularının düzenlenmemesi halinde de sözleşme geçerli olarak kurulmuş sayılacaktır. Ayrıca escrow konusunun teslimi veya escrow ücretinin ödenmesi, sözleşmenin kurulması açısından önem arz etmemektedir. Bahsedilen kavramlar, sözleşmenin ifa aşamasına ilişkindir.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ

Borçlar hukukunda, TBK m.12/I'de de belirtildiği gibi “şekil serbestisi” ilkesi, kabul edilmiştir. Bu madde ile, “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*”, şeklinde ifade edilerek bu ilkenin varlığı kabul edilmiştir. Buradan anlaşılması gereken ise; kanunda bir şekil öngörülmediği durumlarda (örneğin, kira sözleşmesi, taşınır satışı vb.) tarafların irade açıklaması herhangi bir şekilde yapılabilecektir²⁹⁹. Yani tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında

²⁹⁸ GERSTER, s. 114.

²⁹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 99; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Genel, s. 81; OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s. 116; KILIÇOĞLU, s. 118.

bulunmaları ile, sözleşme geçerli olarak kurulmuş olacaktır. Tarafların bu iradelerini beyan etme şekilleri önemli olmayıp; taraf iradeleri, istenilirse sözlü olarak beyan edilebilecek veya bu iradeler, istenilirse işaretle ya da adî veya resmi yazılı bir şekilde açıklanabilecektir³⁰⁰.

Escrow sözleşmesi için de kanunda açıkça bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle escrow sözleşmelerinde taraflar sözleşmeye ilişkin iradelerini; yazılı, sözlü veya kimi maddeler yazılı kimi maddeler sözlü olmak üzere her iki şekilde de açıklayabilecektir³⁰¹.

TBK m. 19’da ifade edildiği gibi; bir sözleşmenin türü ve içeriğinin belirlenmesinde tarafların farklı ifadeler kullanmasının önemi olmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır³⁰². Bu nedenle sözleşmede “escrow” ifadesi yer almasa da; tarafların iradelerinin escrow sözleşmesi kurulmasına yönelik olduğu durumlarda, sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir³⁰³.

B. UYGULAMADAKİ ESCROW SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ

TBK’da düzenlenen şekil serbestisi kuralına rağmen; HMK m.200’e göre; “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri*

³⁰⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Genel, s. 24; **EREN**, Borçlar Genel, s.279.

³⁰¹ **WILLIAM**, s. 76; **KESKİN**, s. 109.

³⁰² **DALCI ÖZDOĞAN**, Nurcihan, “*Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2017, s. 33-53; **CANSEL/ÖZEL**, s. 188; **ÖZKAYA**, İnançlı İşlem, s. 172.

³⁰³ **KESKİN**, s. 109.

ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.”, şeklindeki düzenleme ile iki bin beş yüz Türk Lirasını³⁰⁴ geçen işlemlerde senetle ispat zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle hak kaybı oluşmaması için, sözleşmelerin yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir³⁰⁵.

Escrow sözleşmelerinin hepsinde olmasa da büyük bir çoğunluğunda özellikle ispat açısından yazılı şekil kullanıldığı görülmektedir³⁰⁶. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi escrow sözleşmesinde de taraflarca kararlaştırılan yazılı şeklin, aksi belirtilmedikçe, karine olarak, geçerlilik şekli olduğu kabul edilecektir³⁰⁷. Yani bu şekle uyulmadıkça escrow sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Bu durumun aksinin taraflarca kanıtlanması mümkündür.

Escrow sözleşmesinin çeşitlerine göre değişebilmekle birlikte aşağıdaki hususların mutlaka sözleşmede bulunması gereklidir³⁰⁸:

³⁰⁴ 2018 yılı itibarıyla; 2.960,00 TL ve üzeri işlemler için senetle ispat zorunluluğu bulunduğu kabul edilmiştir. Bkz. <https://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2018-yili/3009245/> (s.e.t. 19.07.2018).

³⁰⁵ AKINCI, s. 84; CANSEL/ÖZEL, s. 198, 202; EREN, Borçlar Genel, s. 286; İNAN/YÜCEL, s. 211; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Genel, s. 25; NOMER, Borçlar Genel, s.92;

³⁰⁶ <http://www.nylawfund.org/pubs/escrow.shtml> (s.e.t. 25.03.2018); KESKİN, s. 109.

³⁰⁷ YILDIRIM, Borçlar Genel, s. 82; CANSEL/ÖZEL, s. 201; EREN, Borçlar Genel, s.284-285; İNAN/YÜCEL, s. 212; KILIÇOĞLU, s. 120; OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s. 130-132.

³⁰⁸ <http://www.nylawfund.org/pubs/escrow.shtml> (s.e.t. 25.03.2018); PAUL, Malak, “Escrow Agreements in Bussiness Acquisitions (with Model Agreement)”, s. 3,

- İlk olarak sözleşmede escrow aracısının ve temel sözleşmenin taraflarının, adı ile adresi;
- Escrow konusunun miktarı, türü, değeri ve özellikleri;
- Escrow konusunun saklanacağı yerin adı ve adresi; eğer banka hesabında saklanacaksa, banka hesabının adı ve hesap numarası;
- Banka hesabında saklanması durumunda; faizli bir hesap mı faizsiz bir hesap mı kullanılacağı, faizli bir hesap kullanılacaksa; faizin escrow aracısı tarafından nasıl dağıtılacağı ile para dışında bir escrow konusu kararlaştırılması durumunda; saklama süresince tevdi edilen varlığa ilişkin hak ve borçların durumu;
- Escrow aracısının faaliyeti sonucu hak kazanacağı; escrow konusunun saklanması faaliyeti, geri verilmesi faaliyeti ve eğer kullanılacaksa avukatlık ücreti gibi masrafları da içeren escrow ücreti;
- Escrow aracısının, escrow konusunu geri vermesi için gerçekleşmesi gereken şart ve durumlar (örneğin, alıcı ve satıcının vereceği müşterek talimat vb.)
- Şartın meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için yapılan sınırlandırmalar;
- Escrow ücretini ödeyecek taraf veya taraflar ve eğer birlikte sorumluluk söz konusuysa, hangi oranda sorumlu oldukları;
- Escrow sözleşmesinde belirlenen şartların veya durumların meydana gelmemesi durumunda; escrow aracısının yükümlülükleri;
- Sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorunlara uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme.

<http://files.ali->

[cle.org/thumbs/datastorage/lacidoirep/forms/PL_Malak_TPL0006_thumb.pdf](http://files.ali-cle.org/thumbs/datastorage/lacidoirep/forms/PL_Malak_TPL0006_thumb.pdf)

(s.e.t. 25.03.2018); **GERSTER**, s. 10-30; **DEMİRÇARK**, s. 12; **KIRCA**, s. 46-50.

Yukarıda belirlenen maddelerdeki hususların, ayrıntılı olarak bütün escrow sözleşmelerinde ele alınması önerilmektedir. Bunlara ek olarak; sözleşmenin türüne göre farklı hükümlerin kararlaştırılması mümkündür. Örneğin; kaynak kod (source code) escrow sözleşmesinde, bu sözleşmenin özelliklerine uygun maddeler yer alacaktır.

C. GENEL İŞLEM KOŞULLARINI İÇEREN (STANDART) SÖZLEŞME ŞEKLİNDE KURULABİLMESİ

Günümüzde yapılan bazı sözleşmelerin, hükümlerinin ve koşullarının tamamı veya büyük bir çoğunluğu, sözleşmenin bir tarafınca sözleşme yapılmadan önce hazırlanıp; genelde taraflar arasında görüşülüp, tartışılmadan diğer tarafça kabul veya reddedilmektedir. Bu şekilde taraflardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşme yapımında kullanılmak üzere önceden tek başına hazırlayıp, sözleşmenin yapılması durumunda karşı tarafa sunduğu, sözleşme hükümlerine genel işlem koşulları denir³⁰⁹. Bu koşulları içeren sözleşmelere ise; “standart sözleşme”, “formüler sözleşme” veya “tip sözleşme” denilmektedir³¹⁰.

Uygulamada çok fazla görülen standart sözleşmelerin sıkça kullanılmasının nedenlerinden birisi; çok fazla sayıda kişi ile işlem yapan kurum ve kişilerin, her seferinde farklı sözleşme hazırlamalarının oldukça zor olmasıdır. Ayrıca bu sözleşmelerin hükümlerinin ayrı ayrı tartışılarak kabul edilmesi düşünüldüğünde; bu durum, büyük bir

³⁰⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 156 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 215; **AKINCI**, s. 111; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.I, s. 26.

³¹⁰ **YILMAZ**, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara 2015 (Genel İşlem Şartları), s. 45vd.; **AYDOĞDU**, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 19 vd.

zaman kaybına yol açabilecektir. Sözleşmede yer alması zorunlu olan hususların (objektif esaslı unsurlar vb.) unutulmaması sözleşmenin geçerlilik kazanmasının engellenmemesi için, günümüzde birçok ilişkide standart sözleşmelerin kullanılması mecburiyeti doğmaktadır³¹¹.

Escrow sözleşmeleri söz konusu olduğunda ise; özellikle birçok kişiye hitap eden online ve kaynak kod escrow sözleşmelerinin yapımı sırasında, genel işlem koşulları içeren sözleşmeler kullanılmaktadır. Bu sözleşmelerin internet üzerinden yapıldığı ve günde binlerce işlem yapabilme kapasitesine sahip olduğu için, standart sözleşmelerin kullanılması zorunludur. Aksi halde her işlem için ayrı ayrı sözleşme yapıldığı düşünüldüğünde; hem zaman kaybı oluşacaktır hem de sözleşmenin diğer tarafı hak kaybına uğrayabilecektir. Bahsedilen internet sitelerinde, temel sözleşmenin konusuna göre farklı farklı sözleşme metinleri düzenlendiği görülmektedir³¹².

Standart sözleşme şeklinde düzenlenen escrow sözleşmelerinde, temel sözleşmenin tarafları, TBK’da ve TKHK’da düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerden yararlanabilecektir.³¹³.

³¹¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Genel, s. 225 vd.; **İNAN/YÜCEL**, s. 301 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 215-216.

³¹² Bkz. <https://www.contractstandards.com/public/clauses/source-code-escrow> (s.e.t. 26.03.2018);

<https://www.escrow.com> (s.e.t. 26.03.2018);

<http://contactescrowinc.com> (s.e.t. 26.03.2018);

<https://www.escrowtech.com> (s.e.t. 26.03.2018).

³¹³ Genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKÇAAL**, Mehmet, “*Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*”, GÜHFD, C.18, S.1, 2014, s.49-69; **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa,

III. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Bu bölümde escrow sözleşmesinin uygulamada sıkça karşılaşılan türleri üzerinde durulacak olup; bu türlerin özelliklerinden bahsedilecektir. Escrow sözleşmesinin türleri, aşağıda sayılacak olanlarla sınırlı olmayıp; temel sözleşmenin türüne göre farklı biçimlerde escrow sözleşmeleri oluşturulabilmesi mümkündür. Aşağıda başlıklar halinde uygulamada daha çok karşılaşılabilecek olan escrow sözleşmesi çeşitleri incelenecektir.

A. TEKNOLOJİ ALANINDAKİ ESCROW SÖZLEŞMELERİ

1. Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi

Günümüzde bilgisayar programları, hayatımızın hemen hemen her alanında kullanılmaktadır. İlk defa gideceğimiz bir yer için yol tarifi almamız gerekiyorsa, navigasyon programları ile adresi eksiksiz olarak bulabilmekteyiz. Bankadan bir havale yapmamız gerekiyorsa, bankaya veya ATM'ye gitmemize gerek kalmaksızın bilgisayar programı üzerinden işlemimizi gerçekleştirebilmekteyiz. Bunlar gibi daha birçok örnek verilebilecektir. Bilgisayar programlarının hayatımızda geniş bir yer kapladığı ve artık günlük yaşantımızda vazgeçilmez bir konuma sahip olduğu açıktır. Özellikle yukarıdaki örnekte olduğu gibi bankacılık işlemlerinin birçoğu, bilgisayar programları üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bu programlardaki hatalar veya eksiklikler hem müşteri açısından hem de programı kullanıma sunan firma veya kişi açısından, telafisi imkânsız zararların

“Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/II”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt-II, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), C.22, S.3, 2016, s. 2349-2361; **YELMEN**, Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014; **TOPUZ**, Murat, *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1123-1138.

oluşmasına sebep olabilecektir. Özellikle bankacılık işlemlerinde, bir saniyelik gecikmeden dolayı bile milyonlarca dolar kayıp ortaya çıkabilecektir. Bu denli önemli olan bilgisayar programlarında hata veya eksikliğin bulunmaması için gereken önlemler alınmalıdır. Bu hata veya eksikliklerin giderilmesi, programın kaynak kodu (source code) olmadan mümkün değildir³¹⁴.

Bir bilgisayar programı, kaynak kod ve nesne kodu (object kod) olmak üzere iki çeşit kodu içermektedir. Kaynak kod; bir programlama dilinde (C++, Java, Pascal, Visual Basic vb.) bir derleme programı kullanılarak yazılan ve yazılımcılar veya eğitimli kişiler tarafından anlaşılabilen (ayrıca değiştirilebilen) kod olarak tanımlanabilecektir³¹⁵. Kaynak kod, yüzlerce hatta binlerce farklı koddan oluşur ancak belirtilen biçimde yazılan kod bilgisayar üzerinde herhangi bir etki göstermeyecektir. Nesne kodu ise; kaynak kodun derlenerek (compile); sadece bilgisayar tarafından anlaşılabilen bir dile dönüştürülmesiyle oluşturulan kodlardır³¹⁶. Kaynak kodun bu şekilde, bilgisayar

³¹⁴ **GERSTER**, s. 28; **KESKİN**, s. 97; **HELMS**, Shawn/**CHENG**, Alfred, “Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd?”,

http://www.cio.com/article/187450/Source_Code_Escrow_Are_You_Just_Following_the_Herd (s.e.t. 24.04.2018).

³¹⁵ **DENSON**, Walter, “The Source Code Escrow: A Worthwhile or Worthless Investment”, Rutger Bankruptcy Law Journal, C.1, 2002, s. 3; **ERALP**, Özgür, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara 2007, s. 126; **WILLEY**, s. 6; **KUSCHKE**, s. 279; **KESKİN**, s. 97; **KIRCA**, s. 48.

³¹⁶ **YILDIRIM**, Mustafa Fadıl, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999 (Bilgisayar Programı), s.31; **YAZICI**, Emre, Sıfırdan Başlayarak Algoritma ve Programlama Öğrenme, İstanbul 2008, s. 187; **KUSCHKE**, s. 279; **KESKİN**, s. 97; **ERALP**, s. 107-108; **GERSTER**, s. 25.

tarafından anlaşılabilir bir koda dönüştürülmesi ise derleyici (compiler) adı verilen bir program ile yapılmaktadır³¹⁷. Nesne kodu ise yalnızca “0” ve “1” rakamlarının bir araya gelmesiyle oluşmakta olup; bu kodların yazılımcılar tarafından anlaşılması oldukça zordur³¹⁸. Kısaca nesne kodu, kaynak kodun şifrelenmiş halidir denilebilir³¹⁹.

Teknik olarak “yazılım” terimi, sadece kaynak kod ve nesne kodunu ifade etmemektedir. Ayrıca komut dosyası, ayar dosyası, kullanım kılavuzu, teknik detaylar vb. de paket içeriğine dahil olup; bunlar da programı geliştiren yazılımcı tarafından müşteri ile paylaşılmalıdır³²⁰.

Bilgisayar programları, sürekli değişim ve güncelleme ihtiyacı içerisinde bulunmaktadır. Bir programın değiştirilmesi, onarılması veya güncellenmesi için, o programın kaynak koduna sahip olunması gereklidir. Kaynak kod olmaksızın programdaki eksiklik veya hataların düzeltilmesi, sürekliliğin sağlanması veya güncelleme yapılması mümkün değildir³²¹. Ancak normal bir bilgisayar programının devredildiği durumlarda, kaynak kodu müşteriye teslim edilmemektedir. Program yapımcısı; bilgisayar programının kopyalanıp, korsan program oluşturulmasını ve kendi yazdığı kodlar kullanılıp, benzer programlar oluşturularak; programının değerini

³¹⁷ **ŞEKER**, Şadi Evren, “*Derleyici (Compiler)*”,

(<http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2008/01/03/derleyici-compiler/>) (s.e.t.

26.04.2018); **WILLEY**, s. 6; **YAZICI**, s. 187.

³¹⁸ **NEUMANN**, Grid/**NEUMANN**, Jürgen, s.7; **SWANSON**, James, “*Source Code Escrow*”, Kanada 2001, s.2, <https://www.innovasafe.com/doc/swanson.doc> (s.e.t. 24.03.2018).

³¹⁹ **KUSCHKE**, s. 279.

³²⁰ **KUSCHKE**, s. 279.

³²¹ **GERSTER**, s. 28.

yitirmesini, engellemek istemesinden dolayı kaynak kodu teslim etmek istememektedir³²². Böylece program üzerindeki fikrî haklarını da koruma altına almış olacaktır. Buradaki durum taşınan yeni yapılmış bir ev örneğine benzetebilecektir. Evin her şeyi hazır olup; elektrik hattı, su hattı ve diğer altyapı malzemeleri duvarların arkasında kalacak şekilde yapılmıştır. Örneğin; elektrik hattında bir problem oluştuğunda, hatlara erişilemiyorsa evde oturan kişinin elinden gelen bir şey yoktur. Sorunu ancak işinde uzman bir elektrikçi gelip, çözebilecektir³²³. Bir bilgisayar programı alındığında ve programda bir sorun ortaya çıktığında da kaynak koda sahip olmadan uzman kişiler dahi, sorununun giderilmesi için bir çözüm yolu üretemeyeceklerdir.

Program yapımcısının kaynak kodu paylaşmak istememesine karşın; kullanıcı (müşteri), programın devamlılığını ve gelişen teknolojiye göre güncellenmesini teminat altına almak istemektedir. Bunun için de kaynak kodun kendisine teslim edilmesini istemektedir. Ancak kullanıcıya kaynak kodu teslim edilmemekte; yalnızca nesne kodu ve gerekli diğer araçlar teslim edilmektedir³²⁴.

³²² KIRCA, s. 49; GERSTER, s.26; KUSCHKE, s. 279; KESKİN, s. 99;

<https://www.rsm.global/newzealand/service/escrow> (s.e.t. 06.05.2018).

³²³ Günümüzde örnekleri görülen açık kaynak kodlu yazılım (Open Source Code); kaynak kodları herkese açık olan yazılımdır. Bunun anlamı, program üzerinde istenilen değişiklik yapılabileceği, hatta kendisine özgü sürümlerinin de meydana getirebileceğidir. Belirtilen örnek ve açık kaynak kodu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

https://www.chip.com.tr/haber/acik-kaynak-kod-nedir-size-de-gerekli-mi_38478.html

(s.e.t. 01.05.2018); NEUMANN, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 22-23.

³²⁴ NEUMANN, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 11; GERSTER, s. 26.

Kullanıcılar, programın tüm içeriğini almadıkları, yani sadece bilgisayarda çalışabilir kısmını aldıkları için güvende değildir³²⁵. Yukarıda belirtildiği gibi uzman kişiler dahi kaynak kod olmadan programa herhangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Bu nedenle programda oluşabilecek hataların çözülmesi ve yapımcının destek vermeyi durdurması durumunda oluşabilecek zararların önlenmesi için kaynak koda ihtiyaç duyulacaktır. Kullanıcının söz konusu durumlara müdahale etmek ve oluşan hataları çözüme kavuşturmak için, kaynak koda erişim isteği bulunsun da; programın korsanının oluşmasını istemeyen programcı, bu kodu paylaşmak istememektedir. Aradaki bu ikilemi çözmek için escrow sözleşmesi yapılabilecektir³²⁶.

Kaynak kod escrow sözleşmesi ile: Programcının temel sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmemesi, programa olan; onarım, güncelleme, geliştirme gibi desteğini sağlamaya devam etmemesi, mali güçlükler içerisinde bulunması gibi durumlarda müşterinin korunması amaçlanmaktadır³²⁷. Belirtilen durumlar, sözleşme ile çoğaltılabilecektir. Temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan bir escrow aracısına, kaynak kodun teslim edilmesi ile bu amaca erişilmeye çalışılmaktadır.

Kaynak kodun teslimi, temel sözleşme ile kararlaştırılan aslî edimler arasında yer almamaktadır. Ancak sözleşmenin devam edebilmesi için kaynak kod vazgeçilmez bir niteliktedir. Bu nedenle kaynak kod escrow sözleşmesinde, temel sözleşmede teslim edilmesi gerekli olmayan bir şey, escrow konusu olarak belirlenmektedir. Temel sözleşmedeki edimlerin değil de farklı bir edimin kararlaştırılması; kaynak kod escrow sözleşmesini diğer escrow sözleşmelerinden ayırmaktadır. Hatırlanacağı üzere; diğer

³²⁵ KUSCHKE, s. 280.

³²⁶ SWANSON, s.3; KESKİN, s. 98-99; NEUMANN, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 11; DENSON, s. 6.

³²⁷ WILLEY, s. 4; KUSCHKE, s. 280.

escrow sözleşmelerinde, tarafların temel sözleşmenin karşı tarafına tevdi etmeyi üstlendiği taşınır, escrow konusu olarak belirlenmektedir. Kaynak kod escrow sözleşmesi, bu yönüyle farklı bir özellik göstermektedir.

Kaynak kod escrow sözleşmesinde, temel sözleşme, taraflardan birine sözleşme ile kararlaştırılan programı kullanma konusunda alacak hakkını sağlamakla birlikte; diğer tarafa ise bu programa ilişkin bakım, onarım, güncelleme ve geliştirme gibi yükümlükler getirilmesinden oluşmaktadır³²⁸. Temel sözleşmede, programcının belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için, bir escrow aracı belirlenir ve kaynak kod bu aracıya teslim edilir. Temel sözleşmeden kaynaklanan bir bilginin muhafaza edilmesiyle oluştuğu için; kaynak kod escrow sözleşmesinin, know-how escrow sözleşmesinin türlerinden biri olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir³²⁹.

Kaynak kod escrow sözleşmesinde diğer escrow sözleşmelerinden farklı olarak, aracı olabilecekler konusunda sözleşme yapma ehliyetine sahip olabilecekleri, birçok ülke sınırlayıcı olarak belirlemişlerdir. Ülkemizde bu faaliyeti İstanbul Teknik Üniversitesi bünyesinde faaliyetlerini sürdüren; Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi (UYSM), kaynak kod escrow sözleşmelerinde escrow aracılığı işlemleri yapma konusunda yetkili kılınmıştır³³⁰. Amerika ve İngiltere’de, Ulusal Bilgi İşlem Merkezi Grubu (NCCgroup), escrow aracılığı faaliyetini yürütmekteyken; Güney Afrika’da, Güney Afrika Escrow Servisleri (SAES), yetkili aracı olarak belirlenmiştir³³¹.

³²⁸ KESKİN, s. 100; GERSTER, s. 26; SWANSON, s. 3; KIRCA, s. 49.

³²⁹ GERSTER, s. 25.

³³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uysm.org/anasayfa.aspx> (s.e.t 01.05.2018).

³³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.nccgroup.trust/uk/our-services/software-escrow-and-verification/> (s.e.t. 01.05.2018);

<http://www.saes.co.za/index.html> (s.e.t. 02.05.2018).

Almanya’da Software Escrow International (SEI), kaynak kod escrow sözleşmelerinde aracı olabilecektir³³². İsviçre’de ise aracı olabilecekler avukat ve yedieminlerle sınırlandırılmıştır³³³. Yukarıda belirtildiği gibi kaynak koda sahip olanlar program üzerinde çok büyük değişiklikler yapabilecek ve bu durumu kötüye kullanabilecektir. Bu nedenle temel sözleşmenin tarafları, aracı olarak yetkili olan ve güvenilir bir escrow aracısı belirlemelidir³³⁴. Escrow aracısı karşısında, yukarıda “Üçüncü Kişi Yararına Kurulabilmesi Özelliği”³³⁵ başlığında belirtildiği üzere, temel sözleşmenin her iki tarafı veya sadece programcı sözleşmede taraf olarak yer alabilecektir.

Escrow aracısına muhafaza etmesi için verilecek olan eşyalar, sadece kaynak koddan ibaret değildir. Depolanan şeyler; kullanım kılavuzu, programın fonksiyonları ile ilgili açıklamalar, kaynak kodun depolandığı araçlar (flaş bellek, cd, dvd vs.), kaynak koda erişim için gerekli olan parola ve şifreler, şemalar, kaynak kodun derlenmesi ile nesne kodu oluşumunu sağlayacak olan derleyici (compile) programları, derleyici programının nasıl kullanılacağını açıklayan belgeler vb. olmak üzere; programın desteklenmesi, değiştirilmesini ve sürdürülebilmesini sağlamak üzere sayılanlar çoğaltılabilecektir³³⁶. Bahsedilen araç ve belgeleri orijinal halinin programcı için gerekli

³³² Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://software-escrow-international.de/5/home> (s.e.t 02.05.2018).

³³³ **GERSTER**, s. 27; **FREEMAN**, s. 8.

³³⁴ **GERSTER**, s. 30.

³³⁵ Bkz. s. 37 vd.; **KUSCHKE**, s. 284.

³³⁶ **WILLEY**, s. 14-15; **GERSTER**, s. 25; **ANDRESEN/SALYERS**, s. 3; <https://www.escrowtech.com/article.php> (s.e.t. 11.06.2018);

NEUMANN, Grid/**NEUMANN**, Jürgen, s. 30-31.

olduğu düşünülündüğünde, kopyasının verilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir³³⁷. Bu durumda kaynak kodun bir kopyası programcıda bulunacak; programcı, istediği şekilde bu kaynak kod üzerinde tasarruf işlemleri yapabilecektir. Söz konusu özelliğin, kaynak kod escrow sözleşmesinin diğer escrow sözleşmelerinden farklarından birisi olduğu söylenebilecektir.

Kaynak kodun bir kopyasının muhafaza edilmek üzere escrow aracısına verilmesi nedeniyle, çeşitli sorunlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin; aracıya teslim edilen kaynak kod başka bir programa ait olabilecek veya derleme işlemi sonucu hatalar ortaya çıkabilecektir. Belirtilen örnekler gibi durumların oluşması durumunda, escrow sözleşmesi yapmanın herhangi bir anlamı bulunmayacaktır. Kaynak kodun yürütülebilir olup; müşteriye verilen programa ait olduğu konusunda escrow sözleşmelerinde doğrulama (verification) prosedürü kararlaştırılmaktadır³³⁸. Doğrulama faaliyetini, escrow aracısı yapabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırılması durumunda; bu konuda uzman kişiler de yerine getirebilecektir³³⁹.

Konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse: Büyük bir gıda şirketi olan A-A.Ş. (kullanıcı) online satış yapmak için bir bilgisayar programı yaptırmak istemektedir. Bunun için B-A.Ş. ile anlaşır. (Temel Sözleşme) Yapılan bu sözleşme; lisans sözleşmesi, program kullanım sözleşmesi ve program lisans sözleşmesi gibi çeşitli şekillerde

³³⁷ GERSTER, s. 25; KESKİN, s. 115.

³³⁸ Doğrulama faaliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://software-escrow-international.de/165/verification/software-code-audit> (s.e.t. 02.05.2018); <http://www.ironmountain.com/information-management/software-escrow/escrow-verification> (s.e.t. 10.05.2018); WILLEY, s. 19-28; NEUMANN, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 33; DENSON, s. 15-16.

³³⁹ ANDRESEN/SALYERS, s. 3; GERSTER, s. 28.

adlandırılabilir. Temel sözleşmede B'ye programın devamlılığını sağlama, güncelleme ve programın hata vermesi durumunda destek sağlama yükümlülükleri getirilmiştir. Ayrıca sözleşmede bir escrow şartı kararlaştırılmıştır. A'ya programın yüklenmesi ile nesne kodları ve gerekli olan kullanım talimatları verilmiştir. Sözleşme yapıldıktan sonra ülkemizde yetkili olan UYSM ile B arasında bir escrow sözleşmesi yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre: Kaynak kod ve gerekli diğer belge, araç vb. UYSM tarafından muhafaza edilecek olup; sözleşmede belirlenen şartların gerçekleşmesi durumunda, kaynak kod ve diğer araçların A'nın kullanımına sunulması sağlanacaktır. Ayrıca UYSM kaynak kodun yürütülebilir bir kod olup olmadığı ve A'nın satın aldığı programa ait bir kod olup olmadığı konularında "doğrulama" yükümlülüğünü üstlenmiştir. Örneğin: B temel sözleşmede kararlaştırılan güncelleme yükümlülüğünü yerine getirmezse; UYSM öncelikle B'den belirli bir süre içerisinde borcunu ifa etmesini isteyecektir. Yine de güncelleme yapılmaması durumunda; kaynak kod ve diğer araçlar A'nın kullanımına sunulacaktır. Böylece, A kaynak kod ile program üzerinde gerekli düzenlemeleri yapabilecek; ayrıca daha sonra ortaya çıkabilecek sorunları da düzeltebilecektir. Escrow sözleşmesinde belirlenen diğer şartların gerçekleşmesi durumunda da benzer prosedür işleyecektir³⁴⁰.

Kaynak kod escrow sözleşmesi yapılırken aşağıdaki hususların sözleşmede kararlaştırılmış olması önerilmektedir³⁴¹:

- Kaynak kodun ve bilgisayar programının net olarak belirlenmesi,
- Kaynak kodun depolanacağı medya (CD, DVD, flaş bellek vb.),
- Kaynak kodun kaç tane kopyasının verileceği,
- Muhafaza borcunun ne zaman ve ne kadar süre devam edeceği,

³⁴⁰ Benzer örnekler için bkz. **KIRCA**, s. 49-50; **GERSTER**, s. 26-27.

³⁴¹ **SWANSON**, s. 4-5; **WILLEY**, s. 29-30; **KIRCA**, s. 50.

- Kaynak kodun nerede ve hangi koşullarda saklanacağı,
- Program yapımcısı ve aracının yükümlülüklerinin açık olarak belirlenmesi,
- Birden fazla kullanıcı veya yararlanana varsa onların escrow sözleşmesine hangi durumlarda katılacağı veya ayrılacağı,
- Kaynak kodun güncel, doğru ve eksiksiz olduğu,
- Geri vermenin ne zaman başlayacağı ve geri verme için gereken şartların açık olarak belirlenmesi,
- Kaynak kodun program yapımcısına dönmesi için gerekenler,
- Escrow aracısının görevleri ve yükümlülükleri,
- Sözleşmenin diğer tarafının veya taraflarının yükümlülükleri,
- Aracılık ücreti, ücreti ödemekten kimin sorumlu olduğu ve ücretin ödenmemesinin sonuçları,
- Kaynak koda doğrulama (verification) işleminin yapılmasının kararlaştırılması,
- Diğer sözleşme şartları; yürürlüğe girmesi, yetkili mahkeme vb.

Yukarıda belirlenen şartlar, sözleşmenin taraflarınca serbestçe kararlaştırılabilecektir. Kaynak kod escrow sözleşmesi yapan kurumların ise, birden fazla kişiyle benzer birçok sözleşme yaptığı için yukarıda “Genel İşlem Koşullarını İçeren (Standart Sözleşme) Şeklinde Yapılabilmesi”³⁴² başlığında belirtildiği gibi; çoğunlukla genel işlem koşulları içeren sözleşmeler kullandıkları görülmektedir. Böylece hem zamandan tasarruf sağlanmakta hem de tarafların sözleşme yapılması sırasında unuttuğu veya gözünden kaçırdığı noktaların bulunması engellenmektedir.

Özellikle teknoloji çağı olarak adlandırılan bu dönemde, bilişim piyasasına her geçen gün, dünyanın her bir yerinden, yeni yazılımcılar katılmakta ve farklı ülkelerdeki

³⁴² Bkz. s. 85 vd.

kişiler için yeni programlar hazırlanmaktadır. Yazılım sektörüne yeni katılan programcılarla işlem yapmak ve onlara güvenmek hiç şüphesiz ki zordur. Yeni girişimcilerin büyük bir kısmı piyasada tutunamamakta; iflas etmektedir. Bundan dolayı farklı yöntemlerle korunmak mümkün olsa da escrow sözleşmesi ile hem yeni yazılımcılar için karşı tarafa güvence sağlanarak onunla işlem yapılması kolaylaşacak hem de müşteriler için borcun yerine getirileceği konusunda teminat sağlanmış olacaktır³⁴³. Yeni yazılımcılar böylelikle teknoloji piyasasında kendilerine yer edinebilecektir.

2. Online (İnternet) Escrow Sözleşmesi

Günümüzde alışveriş ve ticaret sadece yüz yüze iken yapılmamakta; bu ilişkiler yerini online (internet üzerinden) alışverişe bırakmaktadır. İnternet üzerinden alışverişin yaygınlaşmasıyla, dünyanın bir ucundan diğer ucundaki bir kişiden bir şey satın almak veya böyle bir kişi ile başka bir sözleşme ilişkisi içerisine girmek git gide kolaylaşmıştır. Ancak internet üzerinden yapılan alışverişlerde çeşitli sorunlar da ortaya çıkabilecektir. Örneğin; Ankara’da faaliyet gösteren A adlı avukat, kendi tanıtımını yapmak için bir internet sitesi yaptırmak istemektedir. Belirtilen internet sitesi yapımı için arkadaşının tavsiyesi ile İngiltere’de yaşayan ve işinde uzman olan B adlı şahıs ile telefonda görüşür. Taraflar 5.000 TL karşılığında internet sitesinin yapımı konusunda anlaşmıştır. Ancak A, arkadaşı tavsiye etmiş olsa da B ile daha önceden herhangi bir ilişkisi olmadığı ve yeterince bilgi sahibi olmadığı için işlem yapıp yapmama konusunda çekincelere sahiptir. Aynı şekilde internet sitesi yapacak olan B de işini gereği gibi yapması durumunda; A’nın ödeme gücüne sahip olup olmadığını ve ödeme gücüne sahip olsa bile ödeme yapıp yapmayacağını bilmemektedir. Sözleşmenin her iki tarafının çekincelerini gidermek için

³⁴³ **FREEMAN**, s. 8.

escrow sözleşmesi devreye girecektir³⁴⁴. Taraflardan birisinin Ankara’da, diğerinin İngiltere’de yaşamakta olduğu düşünüldüğünde; her iki tarafın ortak bir noktada bir araya gelip sözleşme yapmaları oldukça zor, hatta bazı durumlarda imkânsızdır³⁴⁵. Sözleşmeyi sözlü olarak yapabilecekleri düşünüldüğünde ise, ispat açısından çeşitli sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu duruma çözüm olarak escrow sözleşmesinin online olarak (çevrimiçi), belirli internet siteleri üzerinden yapılması yoluna gidilmektedir. Belirtilen şekilde tarafların içerisinde bulunduğu risk ve tehlikeleri ortadan kaldırmayı amaçlayan online escrow sözleşmelerinin yapılması için altı aşama öngörülmüştür³⁴⁶:

- 1- Sözleşmenin tarafları, sözleşme şartları konusunda anlaşmaya varırlar.
“Escrow Sözleşmesinin Unsurları”³⁴⁷ başlığında bahsettiğimiz üzere tarafların yaptığı bu sözleşmeye temel sözleşme adını vermekteyiz. Temel sözleşmenin türüne göre taraflar farklı isimler alacaktır.
- 2- Temel sözleşmenin tarafları aracı olarak bir internet sitesini belirleyecektir.
Her iki taraf da aracı olarak belirledikleri internet sitesine kayıt olacaktır.

³⁴⁴ **MILLER**, Roger Leroy, Fundamentals Of Bussiness Law Today: Summarized Cases, USA 2016, s. 362; **KESKİN**, s. 102.

³⁴⁵ **TA’EED**, Collis, “*Taking Payment with PayPal, Escrow and other Online Options*”, <https://business.tutsplus.com/articles/taking-payment-with-paypal-escrow-and-other-online-options--fsw-50> (s.e.t. 09.05.2018).

³⁴⁶ <https://www.escrow.com/what-is-escrow> (s.e.t 09.05.2018)

<https://www.e-escrow.com/#Howe> (s.e.t. 09.05.2018);

PRITCHARD, Justin, “*What is Escrow*”, <https://www.thebalance.com/what-is-escrow-315826> (s.e.t. 10.05.2018).

³⁴⁷ Bkz. s. 67-71.

Yukarıdaki örnekte, hem A hem de B aynı internet sitesine ayrı ayrı kaydolup; kullanıcı hesabı oluşturacaklardır.

- 3- Sözleşmede ücret ödeyeceği kararlaştırılan taraf, bu ücreti ve belirlenen aracılık ücretini internet sitesine öder. Escrow aracısına ödenecek ücret genellikle, temel sözleşmede kararlaştırılan ücretin büyüklüğüne, sözleşmenin türüne ve şartlarına göre artış göstermektedir³⁴⁸. Bu ödeme; havale, çek, kredi kartı ve PayPal³⁴⁹ gibi çeşitli ödeme yöntemleri ile yapılabilecektir³⁵⁰. Belirlenen miktardaki ücretin kendisine ulaştığını doğrulayan internet sitesi (escrow aracısı), ücretin kendisine ödendiği ve güvende olduğu bilgisini sözleşmenin diğer tarafı ile paylaşır.
- 4- Ödeme yapıldığı bilgisinin doğrulanmasından sonra satıcı, temel sözleşmede kararlaştırılan borcunu ifa edecektir. Genelde, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin satış sözleşmesi olmasından dolayı, satıcı taraf alıcı tarafa sözleşme konusu şeyi gönderecektir. Satıcı gönderim yaptığı zaman, bu gönderi ile ilgili kargo takip bilgisini alıcıya ve escrow aracısı olan internet sitesine

³⁴⁸ <http://www.crowncityescrow.com/#> (s.e.t. 10.05.2018);

<https://www.prestigeescrow.com/what-is> (s.e.t. 10.05.2018);

<http://escrowmyether.com/> (s.e.t. 10.05.2018);

<https://www.escrow.com/fee-calculator> (s.e.t. 10.05.2018).

³⁴⁹ 6 Haziran 2016 tarihinden itibaren PayPal ülkemizdeki faaliyetlerini durdurmuştur.

Bkz. https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2016/05/160531_paypal_turkiye;

<https://www.paypal.com/tr/home> (s.e.t. 09.05.2018).

³⁵⁰ <https://support.flippa.com/hc/en-us/articles/204006050-Flippa-Escrow-FAQ> (s.e.t. 10.05.2018).

bildirecektir. Alıcı sözleşme konusu şeyi teslim aldığını aracıya bildirir ve aracı da teslim edildiği bilgisini satıcı ile paylaşır.

- 5- Alıcıya, malı teslim aldıktan sonra, belirli bir süre verilir. Alıcının bu süre içerisinde malı kabul veya reddetme hakkı vardır.
- 6- Eğer alıcı malı kabul ettiğini bildirirse, aracı olan internet sitesi, sözleşme ile belirlenen bedeli satıcının hesabına gönderecektir. Alıcı malı kabul etmedikçe; satıcıya ödeme yapılmayacaktır.

Online escrow sözleşmesi yapıldığında; ödemeler internet üzerinden gerçekleştirildiği için hızlı bir yöntemdir. Bu yöntemde, erteleme ve gecikmeler oldukça az görülmektedir. Süreç devam ederken hangi aşamada olduğu, internet sitesi üzerinden takip edilebilecektir.

Online escrow sözleşmesinde, temel sözleşmenin konusu olarak dijital eşyalar, antikalar, mücevherler-takılar, sanat eserleri, internet alan adları (domain names)³⁵¹, internet siteleri vb. şeyler kararlaştırılmaktadır³⁵². Bu sözleşme yapılarak; belli bir değer üzerinde olan bu eşyaların satışı konusunda, tarafların şüpheleri ve endişeleri giderilmiş olacaktır³⁵³. Online escrow sözleşmesi hem sürecin hızlı işlemesi hem de maliyetinin düşük olması gibi özelliklerinden dolayı, oldukça avantajlı bir güvence sağlama yöntemi olarak görülmektedir.

Temel sözleşmenin karşı tarafını seçerken ortaya çıkabilecek çekinceler, escrow aracısı seçiminde de ortaya çıkabilecektir. Özellikle internet gibi çok çeşitli sitelerin

³⁵¹ İnternet alan adları ile ilgili escrow sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.

<https://aplegal.com/domain-name-escrow/> (s.e.t. 10.05.2018).

³⁵² <https://paysafeescrow.com/documentation/> (s.e.t. 09.05.2018);

<https://www.escrowindia.com> (s.e.t. 09.05.2018).

³⁵³ <https://www.e-escrow.com/#Whowe> (s.e.t. 09.05.2018).

olduğu bir ortamda escrow konusunda insanları yanıltarak, güvenlerini kazanıp paralarını elde etmek amacıyla kurulan sahte internet siteleri de bulunmaktadır. Temel sözleşmenin her iki tarafı dürüst ve güvenilir olsa da escrow aracısı kötü niyetli ise; sözleşme konusu yukarıda belirttiğimiz gibi oldukça değerli eşyalardan oluştuğu için, sözleşmenin taraflarının büyük miktarda zarara uğramasına sebep olabilecektir³⁵⁴.

Sahte escrow sitelerinde genellikle, denetim dışında kalan ve ödenen paranın geri dönüşünün sağlanmasının zor, hatta imkânsız olduğu denizaşırı ülkelerde bulunan banka hesapları kullanılmaktadır³⁵⁵. Bu nedenle escrow aracısı seçiminde dikkatli davranılmalı; güvenilir bir site aracı olarak belirlenmelidir. Escrow aracısı seçilirken, ülkeler tarafından lisans verilmiş olan internet siteleri tercih edilmelidir. Ancak bu konuda herhangi bir internet sitesine lisans verilmesi söz konusu olmayan ülkeler de vardır. Bu ülkelerde ise escrow işlemlerinde; aracı olarak belirlenecek internet sitesinin yapımcısına, yapılan işlem hacmine, sponsorlarına (e-Bay ve PayPal vb.), gönderilen mail adresine ve ödeme yapma yöntemleri gibi kriterlere göre güvenilir bir aracı belirlenmeye çalışılacaktır³⁵⁶. Genelde, lisanslı escrow araçlarının alan adına ve internet sitesine çok fazla benzerlik oluşturularak hatta orijinal internet sitesinin birebir kopyası oluşturularak, müşteriler

³⁵⁴ **WRIXEN**, Ismael, “*What is Escrow? Stay Safe Buying and Selling Online*”, <https://feinternational.com/blog/what-is-escrow/> (s.e.t. 09.05.2018).

³⁵⁵ **CONWAY**, Charles, *Scammers Spammers&Social Engineers*, USA 2011, s. 53; **SULLIVAN**, Bob, “*Fake Escrow Site Widens*”, http://www.nbcnews.com/id/3078510/ns/technology_and_science-tech_and_gadgets/t/fake-escrow-site-scam-widens/#.WvLD0S_BLOQ (s.e.t. 10.05.2018).

³⁵⁶ <https://www.ag.state.mn.us/consumer/Publications/EscrowScams.asp> (s.e.t. 09.05.2018).

yanıtılmaya çalışıldığı için; aracı seçiminde çok dikkatli davranılmalıdır. Bazı durumlarda; satıcı da escrow aracısının sahte olduğunu bilmekte ve kendi istediği aracının seçilmesini sağlayıp, müşterinin zararına olarak kazanç elde etmektedir. Böyle durumların oluşması istenmiyorsa; escrow aracısı olarak dünya genelinde kabul gören bilindik internet siteleri belirlenmeli ve ayrıca bu belirleme temel sözleşmenin taraflarının yalnızca birinin değil her iki tarafın da katılımıyla yapılmalıdır³⁵⁷.

3. Bitcoin Escrow Sözleşmesi

Online escrow sözleşmesinin yeni bir türü olarak bitcoin escrow sözleşmesine uygulamada sıkça rastlanılmaktadır. Bitcoin; herhangi bir merkez bankası, resmi kurum vb. ile bağlantısı bulunmayan açık kaynaklı bir kod olarak yayınlanmış dijital(elektronik) bir para birimi olarak tanımlanabilecektir³⁵⁸. Günümüzde, bitcoin gibi dijital (sanal) para birimlerinin kullanımı, küresel bir etki göstermiş; belirtilen para birimleri, sıradan alışverişlerde dahi ödeme aracı olarak tercih edilmeye başlanmıştır.

Bitcoin gibi para birimlerinin birçok ülkede yasal dayanağa kavuşturulmamış olmasından dolayı insanların bitcoin ile ticaret yapmakta ve bitcoin almakta, çeşitli çekinceleri oluşmaktadır. Bitcoin ile ilgili işlemler anonim olarak yapıldığı için, sahtecilik

³⁵⁷ Sahte escrow sitelerinden korunmak için dikkat edilmesi gereken hususlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.

http://www.dbo.ca.gov/Consumers/finance/OnlineEscrow_FAQs.asp (s.e.t. 10.05.2018);
<https://www.ag.state.mn.us/consumer/Publications/EscrowScams.asp> (s.e.t. 10.05.2018);
<https://sedo.com/us/about-us/policies/domain-escrow-service-agreement/> (s.e.t. 10.05.2018); <https://www.escrow.com/support/faqs/how-does-a-fraudulent-escrow-site-defraud-sellers> (s.e.t. 10.05.2018).

³⁵⁸ <https://www.btcturk.com/yaritim/bitcoin-nedir> (s.e.t. 12.05.2018).

yapılması ve zarara uğranılması durumunda; zarara kimin sebep olduğunu bulmak çok zordur³⁵⁹. Ayrıca kredi kartı ile işlem yapılması durumunda bazı durumlarda bankaya bildirimde bulunularak işlemin geri alınması sağlanmaktadır. Bitcoin işlemlerinde ise işlem yapıldıktan sonra geri dönüşü mümkün değildir³⁶⁰. Bitcoin bir kişinin cüzdanından çıkıp başkasının cüzdanına girdiği zaman bu işlemin geri alınması mümkün değildir³⁶¹. Uygulamada bu çekinceleri gidermek için escrow sözleşmesi yapılması gündeme gelmektedir.

Bitcoin escrow sözleşmesi yapılmak istendiğinde olması gereken aşamalar, aşağıdaki şekilde gerçekleştirecektir³⁶²:

1. Alıcı ve satıcı temel sözleşme konusunda anlaşır. Temel sözleşme, herhangi bir sözleşme olabileceği gibi üretilen veya sahip olunan bitcoinin ücret karşılığı devredilmesi de olabilir.
2. Bitcoin satışında satıcı, bir mal veya hizmet karşılığı bitcoin devri söz konusu olduğunda alıcı; temel sözleşmede kararlaştırılan bitcoini escrow aracısının cüzdanına gönderir. Uygulamadaki escrow araçları, online

³⁵⁹ **HARTMANN**, Torsten, “*Best Bitcoin Escrow Services Currently Available*”, <https://captainaltcoin.com/best-bitcoin-escrow-services/> (s.e.t. 12.05.2018).

³⁶⁰ <http://btcwonder.com/bitcoin-escrow-service-multisignature/> (s.e.t. 12.05.2018).

³⁶¹ <https://bitspend.net/escrow/> (s.e.t. 12.05.2018).

³⁶² <https://cryptoexchangescript.com/blog/posts/bitcoin-escrow-system-makes-hope-for-newbies> (s.e.t. 12.05.2108);
<https://sellbitbuy.net/blog/posts/How-to-establish-highly-recommended-escrow-application-for-bitcoin-trading-business-?-> (s.e.t. 12.05.2018).

escrow sözleşmesinde olduğu gibi internet sitesi olmaktadır. Ayrıca escrow aracısına ödenmesi kararlaştırılan ücret de ödenmelidir.

3. Escrow aracısı, bitcoin miktarını kontrol eder ve onaylar.
4. Alıcı, temel sözleşme ile kararlaştırılan ücreti, escrow aracısına gönderir. Aracı, bu parayı da kontrol edip onaylar. Temel sözleşmede, bir mal veya hizmet karşılığı bitcoin devredildiği durumlarda ise bu malın alıcıya gönderilmesi ve alıcının da bunu kabul etmesi gereklidir.
5. Escrow aracısı, satıcıya veya alıcıya, ödeme yapıldığı konusunda bilgi verir.
6. Temel sözleşme bitcoin satışına ilişkin ise; escrow aracısı bitcoin'i alıcının cüzdanına gönderir. Ayrıca alıcının gönderdiği ücreti de satıcıya gönderir. Eğer temel sözleşmede bir mal veya hizmet karşılığı bitcoin devri öngörülmüşse; kararlaştırılan bitcoin miktarı satıcının cüzdanına gönderilir.

Ayrıca bitcoin konusundaki escrow sözleşmelerinde teknolojinin imkânlarından faydalanılarak daha güçlü bir koruma sağlanmaktadır³⁶³.

B. DİĞER ESCROW SÖZLEŞMELERİ

1. Satış Sözleşmesi Hakkında Düzenlenen Escrow Sözleşmesi

Satış sözleşmesinde, tarafların edimlerinin teminat altına alınması amacıyla, escrow sözleşmesi yapılabilecektir. Örneğin: A ve B arasındaki satış sözleşmesinin

³⁶³ NAGAEV, Boris, “Bitcoin Deposits for Deals (Howto)”,

https://github.com/starius/bitcoin-escrow-article/blob/master/article_en.md

(s.e.t. 12.05.2018); TAR, Andrew, “Escrow, Explained”,

<https://cointelegraph.com/explained/escrow-explained> (s.e.t. 12.05.2018).

konusu olarak; ünlü ressam Osman Hamdi Bey'in yaptığı ve değeri oldukça yüksek olan bir yağlı boya tablosu kararlaştırılmıştır. B ise tabloya karşılık yüz bin lira ödemeyi taahhüt etmiştir. Taraflar tablonun orijinal olduğunun bir uzman tarafından tespit edilmesinden sonra alıcı A'ya teslim edileceği ve B'nin de sözleşmede kararlaştırılan ücretin de uzmanın olumlu raporundan sonra ödeyeceği konusunda anlaşmıştır. Sözleşmeye escrow şartı koyulmuştur. Taraflar arasındaki escrow sözleşmesine göre; tablo ve sözleşmede kararlaştırılan ücret, escrow aracısına teslim edilecek olup; tablonun orijinal olduğunun belirlenmesinden sonra, ücret satıcıya gönderilecektir. Böylelikle, tarafların sözleşmede ifa etmekle yükümlü oldukları edimlerini yerine getirmesi, teminat altına alınmış olacaktır³⁶⁴.

Escrow sözleşmesinde, escrow arasına teslim edilecek olan şeyin rengi, türü vb. özellikleri ayrıntılı olarak belirlenmelidir. Escrow aracısına teslim edilen şeyin muhafaza edilmesi durumunda aracıya düşen yükümlülükler ayrıntılı olarak belirlenmelidir. Sözleşme konusunun kime verileceği konusundaki koşullar, kapsamlı olarak kararlaştırılmalıdır.

Escrow sözleşmesi yapılabilmesi için, satış sözleşmesine konu şeyin taşınır olması gereklidir. Taşınmazlar konusunda ise konut finansmanı ile konut edinilmesi durumunda escrow sözleşmesi yapılabilecektir. Ancak escrow aracısının muhafaza etmesinin kararlaştırıldığı şey taşınmaz eşya olmayıp; para veya başka bir taşınırdır.

2. Escrow Hesabı (Escrow Account) ve Konut sektöründeki Uygulamaları

Escrow hesabının işleyişi, yukarıda escrow sözleşmesine ilişkin anlatılan süreç ile aynı yöndedir. Escrow hesabında, genellikle escrow aracısı olarak, bankalar belirlenmektedir. Bir banka hesabı açılarak; temel sözleşme ile belirlenen koşulların

³⁶⁴ Benzer örnekler için bkz. **GERSTER**, s.12; **KIRCA**, s. 47.

gerçekleşip gerçekleşmemesine göre; sözleşmenin taraflarından birine ödemenin yapılmasını ifade etmektedir³⁶⁵. Belirtilen durumun aksine, bankalar dışında bir escrow aracısı belirlendiğinde; aracının da escrow hesabı açarak, temel sözleşme konusu olan miktardaki parayı bu hesapta muhafaza etmesi de mümkündür. Escrow aracısının, escrow hesabı açmasının nedeni olarak, daha etkili bir koruma sağlanmak istenmesi gösterilebilir.

Escrow hesabının, konut finansmanı (mortgage) ile konut edinilmesi söz konusu olduğunda, konuta ilişkin fatura ve sigorta gibi giderlerin ödenmesinin teminat altına alınması amacıyla sıkça uygulama alanı bulduğu görülmektedir³⁶⁶. Ayrıca ülkemizde isimsiz sözleşme olduğunu belirttiğimiz escrow sözleşmesinin bir türü olan konut satışına ilişkin escrow hesabı konusunda; bazı ülkelerde ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır³⁶⁷.

Adından da anlaşılacağı üzere; escrow hesabında saklanması kararlaştırılan şey, belli bir miktar para olabilecektir. Buradan hareketle diğer escrow sözleşmelerinden farklı

³⁶⁵ **BLACK**, s. 22; **SEKAR**, Anisha, “*What is Escrow Account?*”, <https://www.nerdwallet.com/blog/mortgages/escrow-account/> (s.e.t. 15.05.2018); **MILLS**, Edwin, “*The Functioning and Regulation of Escrow Accounts*”, Housing Policy Debate, C. 5, S.2, 1994, s. 204.

³⁶⁶ <https://www.ameriabank.am/Content.aspx?id=Escrow&page=98&lang=28> (s.e.t. 14.05.2018); <https://www.illinoisnationalbank.com/How-Escrow-Accounts-Work> (s.e.t. 14.05.2018); **LADIKA**, Susan, “*The Pros and Cons of Saving in Escrow Account*”, <https://www.bankrate.com/finance/real-estate/pros-cons-saving-escrow-account-1.aspx> (s.e.t. 14.05.2018); **PRENDERGAST**, James, “*Where’s My Money In The Escrow Account?*”, The Practical Real Estate Lawyer, Yıl: 2013, s. 25-27.

³⁶⁷ Bkz. Code Of Federal Regulations, Title (Başlık):12 Part (Parça): 1024- Real Estate Settlement Procedures Act, Subpart (Altbölüm): B-Mortgage Settlement and Escrow Accounts, <https://ecfr.io/Title-12/pt12.8.1024#sp12.8.1024.b> (s.e.t. 15.05.2018).

olarak taraflar arasındaki temel sözleşmenin edim karşılığında para verilmesi şeklinde kararlaştırılan sözleşmeler olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Altın, döviz vb. banka hesapları da mevcut olduğu için edim karşılığı olarak bunların da kararlaştırılması mümkündür.

Escrow hesabı, teminat bloke hesabı ile aynı işlevi yerine getirmektedir³⁶⁸. Teminat bloke hesabı ise; bir borcun ifasının teminat altına alınması için açılan banka hesabıdır. Borcun ifa edilmesi durumunda; hesapta bulunan para hak sahibine, ifa edilmemesi durumunda ise bu para lehine teminat verilen kişiye ödenecektir.³⁶⁹ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, escrow hesabı ile teminat bloke hesabı özdeş kavramlardır. Barclays, HSBC, Deutsche Bank gibi dünyaca ünlü birçok bankada escrow hesabı açma olanağı mevcuttur³⁷⁰.

Escrow hesabı, genelde teminat borçlusunu ve escrow aracısı adına açılır. Teminat borçlusunun, escrow hesabı üzerinde yalnız başına tasarrufta bulunması mümkün değildir. Hesap üzerinde sadece escrow aracısı tasarrufta bulunabileceği gibi; escrow aracısı ile teminat borçlusunu birlikte başvurarak da tasarruf edebileceklerdir. Böylelikle, teminat borçlusunun tasarruf yetkisi kısıtlanarak; temel sözleşmede belirlenen borç, teminat altına alınmış olacaktır³⁷¹. Ayrıca bankanın escrow aracısı olduğu durumlarda,

³⁶⁸ OKUTAN NİLSSON, s. 85; KIRCA, s. 46; GERSTER, s. 4.

³⁶⁹ KAPLAN, İbrahim, “Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayinininden Uygulanacak Kurallar”, AÜSBFD, C.49 S.1, 1994, s. 283.

³⁷⁰ <https://www.illinoisnationalbank.com/How-Escrow-Accounts-Work>

(s.e.t. 15.05.2018);

<https://www.escrow.com/escrow-account> (s.e.t. 15.05.2018);

<http://www.expobank.eu/eng/left/private-persons/escrow-account> (s.e.t. 15.05.2018).

³⁷¹ GERSTER, s. 75.

temel sözleşmedeki alıcı veya satıcı adına ya da her ikisi adına da escrow hesabı açılabilecektir³⁷². Bu durumda da escrow aracısı konumundaki banka ile birlikte veya yalnızca banka tarafından tasarruf işleminde bulunulabilecektir³⁷³.

Escrow hesabında paranın muhafaza edilmesi kararlaştırıldığında; paranın faiz getirisi olan bir hesapta saklanması veya faizsiz olarak saklanması kararlaştırılabilecektir. Faiz getirisi olan bir hesap belirlenmesi durumunda; faiz gelirin, escrow ücretinin bir kısmını karşılamak için kullanılabileceği gibi; bu gelirin temel sözleşmenin taraflarına verilmesi konusunda anlaşmaya varıldığı uygulamada görülmektedir. Faizsiz bir hesabın, escrow hesabı olarak kullanılması konusunda taraflar mutabakata varırsa; bu durumda, diğer escrow sözleşmelerinde olduğu gibi escrow ücreti olarak belli bir miktarın ödenmesi konusunda sözleşmede hüküm bulunmalıdır.

Konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse: Bir evin satışı konusunda alıcı ile satıcı arasında bir sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre evin satışı belli bir şarta bağlanmıştır. Taraflar sözleşmede escrow sözleşmesi yapılmasını öngören escrow şartı da kararlaştırmışlardır. Escrow sözleşmesi ile alıcı evi almak için ödemesi gereken tutarı escrow hesabına gönderecek; belirlenen şart gerçekleşene kadar para hesapta muhafaza edilecektir. Böylece alıcının yeterli ödeme gücüne sahip olduğu ve şartın gerçekleşmesi halinde paranın satıcıya verileceği teminat altına alınmış olacaktır. Escrow hesabındaki para, şartın gerçekleşmesi durumunda temel sözleşmedeki (satış sözleşmesi) satıcı konumunda olan tarafın hesabına; aksi halde alıcı durumunda olan diğer tarafın hesabına geri gönderilecektir.

³⁷² <https://seb.lt/eng/business/daily-banking/bank-account-and-transfers/escrow-account>

(s.e.t. 15.05.2018).

³⁷³ DEMİRÇARK, s. 10.

Belirtilen örnekte olduğu gibi, escrow sözleşmesi yapıldığında daha etkin bir teminat sağlamak için, bankalarda escrow hesabı açılmaktadır. Böylece hesaptaki para üzerinde temel sözleşmenin tek bir tarafının tasarrufla bulunması engellenmektedir. Escrow hesabı; daha çok konut satışı, kiralanması gibi taşınmazlara ilişkin işlemlerde kullanılmaktadır³⁷⁴.

Escrow hesabının gemi satışında da kullanıldığı görülmektedir. Gemi satışında önce depozit (kaparo) ödenir. Bu kaparo, alıcı ve satıcı adına açılan escrow hesabına yatırılır. Kaparo yatırıldıktan sonra kalan bedel, geminin teslimi tarihinde ödenmektedir. Buradaki escrow sözleşmesinde şart olarak; geminin, temel sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi, belirlenmektedir³⁷⁵. Gemi, sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği takdirde; escrow hesabındaki para satıcının hesabına gönderilecektir. Aksi halde bu para alıcının hesabına geri gönderilecektir. Ayrıca şirketlerin bölünmesi ve devredilmesi söz konusu olduğunda da escrow hesabının kullanıldığı durumlar ile uygulamada karşılaşılmaktadır³⁷⁶.

³⁷⁴ Mortgage ve konut satışına ilişkin escrow sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.

JOHNSON, Alex, *Understanding Modern Real Estate Transactions*, USA 2012, s. 87-92; **MURRAY**, John, *“Mortgage Workouts: Deeds in Escrow”*, *Real Property, Probate and Trust Journal*, S. 41/2, 2006, s. 185-226; **YEOMANS**, s.1-10; **MILLS**, s. 205-208; **BELL/SUMMER**, s. 9 vd.

³⁷⁵ **SEVİNÇ KUYUCU**, Aslıhan, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri*, İstanbul 2016, s.71.

³⁷⁶ **ESKİ**, Mehmet, *Şirket Satın Almaları*, Ankara 2018, s. 205-206; **DEMİRÇARK**, s. 9-14.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ BORÇLARI

“*Escrow Sözleşmesinin İsimsiz Sözleşmeler İçindeki Yeri*”³⁷⁷ başlığında da belirtildiği üzere; escrow sözleşmesi isimsiz sözleşmelerden olup; kanunda düzenlenen benzer sözleşmelere ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde escrow sözleşmesi ile alakalı uyuşmazlıklarda kıyasen uygulanabilecektir. Bundan dolayı tarafların borçları ve sözleşmenin sona ermesi hususlarında, kanunda düzenlenen isimli sözleşmelere (özellikle genel saklama sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi) ilişkin hükümler de göz önüne alınarak gerekli açıklamalar yapılacaktır.

A. TEMEL SÖZLEŞMENİN TARAFLARININ BORÇLARI

1. Sözleşme Konusunu Escrow Aracısına Teslim Borcu

Escrow sözleşmesi, yukarıda “*Escrow Sözleşmesinin Özellikleri*”³⁷⁸ başlığında belirtildiği üzere, rızâî bir sözleşme olup; sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için escrow konusu şeyin, escrow aracısına teslimi gerekli değildir. Ancak, escrow aracısının yükümlülüklerinin doğması ve bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için; escrow konusunun, escrow aracısına teslim edilmesi gereklidir³⁷⁹.

Escrow konusunun teslimi ile, sözleşmenin türüne göre değişebilmekle birlikte; tarafların, şey üzerinde tasarrufta bulunmaları engellenmek istenmektedir. Teslim

³⁷⁷ Bkz. s. 18 vd.

³⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 30 vd.

³⁷⁹ WILLIAM, s. 81.

edilmesi gereken, çoğu zaman sözleşme ile kararlaştırılan ve temel sözleşmenin diğer tarafına devredilmesi gereken şeydir. Örneğin; bir satış sözleşmesinde, para veya satış sözleşmesine konu şey aracıya teslim edilerek, tarafların tasarruf yetkileri kısıtlanmakta ve teslim borcu yerine getirilmektedir. Ancak temel sözleşmenin diğer tarafına teslim edilmesi gerekmesi de bazı şeylerin escrow konusu olarak aracıya teslim edildiği durumlar da mevcuttur. Örneğin; bir kaynak kod escrow sözleşmesi söz konusu olduğunda, programcı, kaynak kodun sadece bir kopyasını bir veri taşıyıcısı (flaş bellek, cd, dvd vs.) ile teslim ederek, teslim borcunu yerine getirmiş olacaktır³⁸⁰. Bu durumda, temel sözleşmede bir bilgisayar programının diğer tarafa teslim edilmesi öngörülmekte; kaynak kodun sözleşmenin diğer tarafına teslim edilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer escrow sözleşmesi türlerinin aksine, kaynak kod escrow sözleşmesi yapıldığında; escrow aracısına kaynak kodun orijinali değil, bu orijinalden elde edilen bir kopyası teslim edilmektedir³⁸¹.

Escrow konusunun teslim edilmesi gereken escrow aracısı; tarafların ortak iradesiyle veya taraflardan yalnızca biri tarafından belirlenebilecektir. Bu konuda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Uygulamada, temel sözleşmenin her iki tarafının ortak iradesiyle, escrow aracısını belirledikleri görülmektedir.

Genel saklama sözleşmesinde de saklananın saklayana teslim edilmesi borcu bulunmaktadır. Ancak genel saklama sözleşmesinde; saklatanın belirtilen teslim borcunun yerine getirilmemesi durumunda, saklayan herhangi bir talep hakkına sahip olmayacaktır³⁸². Bunun nedeni olarak; genel saklama sözleşmesinin münhasıran

³⁸⁰ **KESKİN**, s. 119.

³⁸¹ Kaynak kod escrow sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için s. 87 vd.

³⁸² **TİFTİK**, s. 65; **YENER**, s. 100; **BİLGE**, s. 350; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 280; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 811.

saklatanın menfaatlerini korumaya yönelik bir sözleşme olması gösterilebilecektir. Yani saklatan, saklanan şeyi teslim etmek zorunda değildir. Saklayanın, saklanan şeyin teslimi konusunda yapabileceği herhangi bir şey söz konusu değildir³⁸³. Escrow sözleşmesinde, escrow konusunun teslim edilmemesi durumunda, escrow aracısının talep hakkı olup olmadığı konusuna; aşağıda, “*Escrow Aracısının Borçları*”³⁸⁴, başlığında değinilecektir.



³⁸³ İvazlı bir genel saklama sözleşmesi yapılmışsa saklayan, teslim konusunda herhangi bir talep hakkı olmamakla birlikte, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğini düşünerek yaptığı masrafları TBK m. 562’ye göre isteyebilecektir. Bu masraflardan şeyin saklanmasından kurtulmuş olması nedeniyle tasarruf edilen miktar düşülecektir. Bkz. **BİLGE**, s. 350; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 762-763.

³⁸⁴ Bkz 118 vd.

2. Ücretin Ödenmesi Borcu³⁸⁵

Escrow sözleşmesinde ücret, genel saklama sözleşmesi³⁸⁶ ve vekâlet sözleşmesine³⁸⁷ ilişkin hükümlerle benzerlik göstermektedir³⁸⁸. Genel saklama sözleşmesine ilişkin TBK m. 562/II'ye göre; *“Açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir.”* ve vekâlet sözleşmesinde ücreti düzenleyen TBK m. 502/III'e göre; *“Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.”* hükümleri belirtilen sözleşmelerde ücret konusunu düzenlemektedir.

Escrow sözleşmesine de söz konusu maddelerde belirtildiği gibi sözleşmenin açıkça ücretli olacağı belirtildiyse³⁸⁹, durum veya koşullar gerektiriyorsa ya da ücret ödenmesine ilişkin teamül varsa; ücret ödenmesi, temel sözleşmenin tarafları için bir yükümlülük olarak belirlenecektir. Durum veya koşulların gerektirmesi ifadesi, örf ve âdeti de içine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Escrow aracısı, escrow konusunu

³⁸⁵ Escrow sözleşmesinde ücretin belirlenmesi ve ücretin miktarı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. 78 vd.

³⁸⁶ Genel saklama sözleşmesine ilişkin ücret ödeme borcu ile ilgili bilgi için Bkz. **EREN**, Borçlar Özel, s.753; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 763; **TİFTİK**, s. 66; **YENER**, s. 89; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 500; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 697.

³⁸⁷ Vekâlet sözleşmesine ilişkin ücret ödeme borcu ile ilgili bilgi için Bkz. **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 422-428; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 634; **ÖZKAYA**, s. 50-53; **AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR**, s. 956-957; **ARAL/AYRANCI**, s.466-, 468; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 793-794; **BİLGE**, s. 297-298; **EREN**, Borçlar Özel, s. 717-718; **TANDOĞAN**, II, s. 364-368.

³⁸⁸ **GERSTER**, s. 124.

³⁸⁹ **NEUMANN**, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 43.

iyilik yapmak için veya şahsî bir ilişki nedeniyle, herhangi bir karşılık beklemezsizin muhafaza ediyorsa; ücret ödeme borcu meydana gelmeyecektir³⁹⁰. Mesleki bir faaliyet olarak, escrow konusu muhafaza ediliyorsa veya escrow aracısı, ticari faaliyet olarak muhafaza faaliyetini yerine getiriyorsa; bu faaliyete karşılık ücret verilmesi gereklidir³⁹¹.

Escrow sözleşmesinde ücret alacağının ne zaman muaccel olacağı konusunda da genel saklama sözleşmesindeki duruma bakılmalıdır. Kabul edilen görüşe göre; genel saklama sözleşmesinde, saklatan için ücret ödeme borcunun, saklananın teslim edilmesinden sonra doğduğu ve saklayanın saklama edimini yerine getirdikten sonra saklatana iadesi anında, ücret alacağının muaccel olacağı kabul edilmektedir³⁹². Bu durumun sebebi olarak ücretin, iade borcunun değil de muhafaza borcunun karşılığını oluşturduğu hususu gösterilmektedir³⁹³. Escrow sözleşmesinde ücret yalnızca muhafaza için değil aynı zamanda geri verme için de kararlaştırılmaktadır. Bundan dolayı belirtilen görüşün, escrow sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediği kanaatindeyiz. Bir diğer görüşe göre; sözleşme kurulduğu anda ücret ödeme borcunun doğacağı, buna karşın teslim anında bu alacağın muaccel hale geleceği belirtilmektedir³⁹⁴. Doktrindeki diğer bir

³⁹⁰ **BİLGE**, s. 350; **TİFTİK**, s. 66; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 811.

³⁹¹ **YENER**, s. 98; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 281; **UYGUR**, s. 2462-2463.

³⁹² “Sözleşme ile vedia alan için -bağlılık- ve borç doğurduğunu, vedia alanın ücret alacağının ise, aksine sözleşme kuralı yoksa, iş görme türünden sözleşmelerde genel olarak görüldüğü gibi, kendi edimini yerine getirdikten sonra doğduğunu (muacceliyet anında alacak ve talebin doğduğunu kabul ediyoruz, sözleşmenin hiç değilse bir ölçüde bağlayıcılığının sözleşme yapıldığı sırada doğması gerektiğini) kabul ediyoruz.”

HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Özel, s. 500.

³⁹³ **TİFTİK**, s. 66.

³⁹⁴ **YENER**, s. 90-91.

görüŖe göre ise saklayanın ücret alacağı, genel saklama sözleşmesinin kurulmasıyla doğacak ve aynı anda muaccel hale gelecektir³⁹⁵. Bu görüşün escrow sözleşmesinin niteliğine daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Yani escrow sözleşmesinin kurulmasıyla hem temel sözleşmenin taraflarının ücret ödeme borcu doğacak; hem de escrow aracısı, bu ücreti talep edebilecektir.

Uygulamadaki escrow sözleşmelerinde (özellikle internet üzerinden gerçekleştirilenlerde); sözleşme yapıldığı sırada escrow aracısı, escrow ücretini de temin etmektedir³⁹⁶. Bu nedenle uygulamadaki escrow sözleşmelerinde de ücret alacağının sözleşme kurulduğu sırada hem doğduğu hem de muaccel hale geldiği söylenebilecektir. Sözleşme ile farklı bir muacceliyet tarihi belirlenmesi de mümkündür.

3. Giderleri Ödeme Borcu

İş görme edimini içeren diğer sözleşmelerde³⁹⁷ olduğu gibi escrow sözleşmesinde de escrow aracısının sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirirken yaptığı masrafların, temel ilişkinin taraflarınca karşılanması gereklidir. Bu durumun aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür. İstenilebilecek olan

³⁹⁵ GÜMÜŞ, Cilt-II, s. 282.

³⁹⁶ Bkz. <https://www.escrow.com> (s.e.t 07.07.2018); EİSENHUT, s. 125.

³⁹⁷ TBK m. 510/I: “*Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.*”, hükmü iş görme sözleşmelerinde giderlerin ödenmesi gerektiğine ilişkin bir örnek olarak gösterilebilecek ve bu hüküm kıyasen escrow sözleşmelerine de uygulanabilecektir. Aynı şekilde TBK m. 414 ile hizmet sözleşmesi ve TBK m. 562 ise genel saklama sözleşmesi ile ilgili olarak giderleri karşılama borcu düzenlenmiştir.

giderlerin, kanun metnine göre zorunlu giderler olduğu kabul edilmektedir³⁹⁸. Bu kapsamda yapılan tamir masrafları, telefon, posta vb. giderler ile muhafaza için yapılan ve escrow konusu şeyi korumak için gerekli olan giderler (örneğin; bir kasa kiralanması vb.) istenebilecektir³⁹⁹.

Sözleşmede ücret kararlaştırılmışsa; bu ücretin bütün giderler göz önüne alarak belirlendiği ve bu giderleri de kapsayacağı, böylece oluşan giderlerden ayrıca sorumluluk doğmayacağı kabul edilebilecektir⁴⁰⁰. Yine sözleşmede aksi durumun kararlaştırılması mümkündür.

4. Zararlardan Sorumluluk

İş görme edimini içeren karakterde olan diğer sözleşmelerde⁴⁰¹ olduğu gibi escrow sözleşmesinde de escrow aracısının, yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine

³⁹⁸ Aksi yönde görüşleri olan yazarlara göre yararlı masrafların da istenebilmesi mümkündür. *“TBK m. 562/I’e dayalı yasal masraf giderimi talebi, zorunlu masrafları kapsar; yararlı masraflar ise ancak şartları varsa sebepsiz zenginleşme veya gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilir.”* (GÜMÜŞ, Cilt-II, s. 280) Aynı yönde görüşler için Bkz. TİFTİK, s. 68-69; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Özel, s. 500-501; BERKİ, s. 202; YENER, s. 92.

³⁹⁹ GERSTER, s. 124.

⁴⁰⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 763; TİFTİK, s. 69; BİLGE, s. 350; YENER, s. 92.

⁴⁰¹ TBK m. 562/II’ye göre; *“Saklatan, kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmedikçe, saklayanın saklamadan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür.”*, hükmü ile genel saklama sözleşmesinde zarardan sorumluluk borcu düzenlenmiştir. Bu hükümle benzer düzenlemelere sahip olan TBK m. 510/II hükmünde; vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğunda, vekilin uğrayabileceği zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir.

getirmesinden dolayı meydana gelen ve escrow aracısının aleyhine oluşan zararlardan; üç tarafın da katıldığı escrow sözleşmelerinde temel sözleşmenin her iki tarafı, üçüncü kişi yararına escrow sözleşmelerinde ise sözleşmenin yapıldığı temel sözleşmenin tarafı sorumlu olacaktır⁴⁰². Temel sözleşmenin taraflarının, escrow aracısının zararını tazmin etmekle yükümlü olması için aşağıdaki şartların bulunması gerekir⁴⁰³:

- Bir zarar bulunmalıdır. Escrow aracısının malvarlığında onun iradesine rağmen bir azalma oluşmalıdır⁴⁰⁴.
- Escrow aracısının uğradığı zararlar, escrow sözleşmesinin ifası arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir.
- Escrow sözleşmesinde, temel sözleşmenin taraflarının zararın doğmasında kusurlarının bulunmadığını ispat edememeleri gerekir⁴⁰⁵. Burada kusur bakımından ispat yükü temel sözleşmenin taraflarına yüklenmiş olup; sorumluluktan kurtulmak isteyen temel sözleşmenin taraflarının, zararın

⁴⁰² **GERSTER**, s. 124.

⁴⁰³ Vekâlet sözleşmesinde vekilin zararının tazmini ile ilgili benzer şartlar için Bkz. **ARAL/AYRANCI**, s. 460; **EREN**, Borçlar Özel, s. 742-743; **TANDOĞAN**, II, s. 596-604.

⁴⁰⁴ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 669.

⁴⁰⁵ Doktrindeki bir görüşe göre sözleşmenin ivazsız olması halinde; temel sözleşmenin tarafları hiç kusurları bulunmasa dahi escrow aracısının uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. Bkz. **ARAL/AYRANCI**, s. 460; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 186, 281; **BİLGE**, s. 299; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 666-667; **TANDOĞAN**, II, s. 600-602. Diğer görüşe göre ise sözleşmenin ivazlı veya ivazsız olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bkz. **TİFTİK**, s. 70.

meydana gelmesinde kendi kusurlarının bulunmadığını ispat etmeleri gereklidir⁴⁰⁶.

Yukarıda bahsedilen şartların dikkate alınması için; sözleşmede, zararın karşılanması konusunda aksi yönde bir düzenleme bulunmaması gereklidir⁴⁰⁷. Bu yönde farklı bir düzenleme mevcut olması durumunda, sözleşmede düzenlenen şekilde zararın kim tarafından karşılanacağı belirlenecektir.

Temel sözleşmenin taraflarının borçları konusunda yer alan, başlıklarda anlatılan temel sözleşmenin taraflarının birlikte sorumlu olduğu borçlardan dolayı, taraflar arasında müteselsil sorumluluk mevcut değildir. Temel sözleşmenin tarafları, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça; toplam borç tutarının temel sözleşmede yer alıp, escrow sözleşmesine de taraf olanlara eşit olarak paylaştırılmasıyla bulunan miktar oranında sorumlu olacaklardır⁴⁰⁸.

B. ESCROW ARACISININ BORÇLARI

Escrow aracısının ilk ortaya çıkışından itibaren, birinci ve en önemli borcu; temel sözleşmenin tarafları ile yapılan escrow sözleşmesi ile sınırlı olarak belirlenen

⁴⁰⁶ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 763.

⁴⁰⁷ Diğer iş görme sözleşmelerinde de emredici nitelikte olmadığı ve aksinin sözleşme ile kararlaştırılabileceği konusunda bilgi için bkz. **UYGUR**, s. 2465; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 814; **YENER**, s. 95; **BİLGE**, s. 351.

⁴⁰⁸ **GERSTER**, s. 124.

yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmektir⁴⁰⁹. Buradan anlaşılması gereken; escrow aracısına, escrow sözleşmesi ile kararlaştırılanlardan başka yükümlülük yüklenemeyeceğidir. Ancak, escrow sözleşmesi konusundaki günümüze kadar gerek uygulamadaki sözleşmeler gerekse mahkeme kararları göz önüne alınarak, escrow aracısının çeşitli yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olduğu kabul görmektedir. Belirtilen yükümlülükler aşağıda sırasıyla incelenecektir.

1. Escrow Konusunu Teslim Alma Borcu

Escrow sözleşmesinde escrow aracısı, kendisine teslim edilen escrow konusunu kabul etmek ve teslim almakla yükümlüdür. Kendisine teslim edilmek istenen escrow konusunu, haklı bir sebep olmaksızın kabul etmeyen escrow aracısı, sözleşmenin ivazlı veya ivazsız olması fark etmeksizin borçlu temerrüdüne düşmüş sayılacaktır⁴¹⁰.

Escrow konusunun teslim edilmesi, yukarıda bahsedildiği üzere; temel sözleşmenin taraflarının borcu olarak belirlenmiştir⁴¹¹. Genel saklama sözleşmesindekinin aksine escrow sözleşmesinde, escrow aracısının, escrow konusunun kendisine teslim edilmemesi durumunda talep hakkına sahip olabileceği belirtilmelidir. Uygulamadaki escrow sözleşmeleri incelendiğinde; escrow konusunun teslim edilmemesi durumunda üç ihtimal karşımıza çıkabilecektir⁴¹²:

⁴⁰⁹ **THOMASON**, Timothy/**DUBNOW**, Linda, “*The Expanding Nature of the Escrow Agent's Duties; The Judicial Pendulum Has Swung Too Far*”, Arizona State Law Journal, Cilt: 25, Sayı: 3 Yıl: 1993, s. 644-645.

⁴¹⁰ **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 274-275.

⁴¹¹ Bkz. s. 110 vd.

⁴¹² **GERSTER**, s. 117.

- Escrow aracısına, escrow konusunun teslimi için tüm yolları denemesi (gerekli olması durumunda mahkeme yoluna başvurusu) ve aynı zamanda, teslimle yükümlü olmayan temel sözleşmenin diğer tarafına bildirimde bulunması yükümlülüğü getirilebilir.
- Escrow aracısına, teslimle yükümlü olan tarafa bildirimde bulunmak suretiyle; escrow konusunun kendisine teslim edilmesini talep etme yükümlülüğü kararlaştırılabilir. Yine teslimle yükümlü olmayan tarafa bildirimde bulunulmalıdır.
- Escrow aracısına teslim edilmeme durumunda hiçbir yükümlülüğün yüklenmediği durum söz konusu olabilir.

Son ihtimal, escrow aracısının sadakat yükümü olduğu düşünüldüğünde; sözleşmenin niteliğine uygun görünmemektedir. Sözleşmede escrow konusunun teslim edilmemesi hususunda hiçbir düzenleme bulunmasa dahi escrow aracısı, sözleşmedeki tarafların borçlarını yerine getirebilmesi ve sözleşmenin uygulanabilmesi için, teslimin yapılmasını sağlamaya çalışmalıdır. Tam üçüncü kişi yararına yapılan escrow sözleşmelerinde escrow konusunun teslimini, temel sözleşmenin teslimle yükümlü olmayan tarafının da talep edebileceği kabul edilmesine rağmen; eksik üçüncü kişi yararına escrow sözleşmelerinde, belirtilen taraf teslim konusunda herhangi bir talep hakkına sahip olmayacaktır.

Escrow sözleşmesinde escrow konusunun teslimi hususunda, yukarıda belirtildiği gibi sorunlar oluşmaması için uygulamada yapılan sözleşmelerde, bazı çözümler geliştirilmiştir⁴¹³:

İlk olarak escrow sözleşmesi yapılır yapılmaz, escrow konusu da escrow aracısına teslim edilmektedir. (Sözleşme yapıldıktan hemen sonra teslim gerçekleşir. Sözleşme

⁴¹³ GERSTER, s. 118.

yapılması ve teslim birbirini takip eden aşamalardır.) Belirtilen yöntem ile sözleşme yapmak isteyen taraflar teslimi de gerçekleştirmiş olur. Uygulamada online (internet) escrow sözleşmelerinde, genellikle bu yöntem tercih edilmektedir. İkinci çözüm yöntemi ise sözleşmeye bir hüküm konularak escrow konusunun teslim edilmemesi halinde; escrow sözleşmesinin hiçbir ek işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği düzenlenebilir. Böylece escrow konusunun teslim edilmemesi halinde taraflar için herhangi bir yükümlülük doğmayacak ve sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

2. İnceleme Borcu

Escrow sözleşmesinde escrow aracısı, kendisine teslim edilen escrow konusunu inceleme yükümlülüğü altındadır. Ancak bu inceleme, escrow aracısının sözleşmedeki konumundan kaynaklanmakta olup; inceleme yetkisinin oldukça sınırlı bir kapsamda olduğu belirtilmelidir⁴¹⁴. Örneğin; escrow aracısı kendisine teslim edilen parayı sayıp gerçekten sözleşmede kararlaştırılan miktarda olup olmadığını belirleyebilecektir. Escrow aracısı bunun gibi escrow konusunu sayı, miktar vb. yönlerden sınırlı bir şekilde inceleyebilecektir.

Escrow sözleşmesinin üçüncü kişi konumunda olan tarafı veya escrow sözleşmesinde imzası bulunan temel sözleşmenin tarafı (müşteri, kullanıcı vb.); escrow aracısına teslim edilen şeyin, temel sözleşmeye uygun olup olmadığı veya escrow sözleşmesi için gerekli olup olmadığı konusunda bilgi sahibi değildir. Ayrıca tarafların, escrow sözleşmesi ile belirlenen şartın gerçekleşmesi durumunda, escrow konusunun gerçekten kullanılıp kullanılamayacağı konusunda da bilgisi yoktur. Escrow aracısı da çoğu durumda, escrow konusunun, alıcının(müşterinin) beklentilerini karşılayıp karşılamadığı konusunda bilgi sahibi olmayıp; bunu inceleyebilecek yetkinlikte de

⁴¹⁴ GERSTER, s. 118.

değildir. Yukarıda belirtildiği gibi aracının inceleme yükümlülüğü de sınırlıdır. Belirtilen sakıncaları engellemek için escrow sözleşmesi ile escrow aracısının inceleme yükümlülüğü sözleşme ile genişletilmekte ve aracıya “doğrulama” yükümlülüğü getirilmektedir⁴¹⁵. Doğrulama süreci olmadan, muhafaza edilen escrow konusunun temel sözleşmenin ifasının teminat altına alınması konusunda gerçekten gerekli olup olmadığı anlaşılamayacaktır.

Escrow konusunun güvenli bir şekilde muhafaza edilmesinin yanında, escrow aracısına profesyonel bir şekilde doğrulama yükümlülüğünün yüklendiği escrow sözleşmelerine, “*aktif escrow sözleşmesi*” adı verilmektedir. Aktif escrow sözleşmelerinde, muhafaza edilen şeyin temel sözleşmeye ilişkin olduğu ve işlevini eksiksiz yerine getirdiği konusunda güvence verilmektedir⁴¹⁶. Özellikle kaynak kod escrow sözleşmesinde çeşitli doğrulama yöntemleri geliştirilmiş ve müşteriye gerçekten programa ait olan aynı zamanda yürütülebilir bir kaynak kodun muhafaza edildiği konusunda güvence sağlanmıştır⁴¹⁷. Escrow aracısı doğrulama faaliyetini, kendisi

⁴¹⁵ NEUMANN, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 33.

⁴¹⁶ Aktif escrow sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. STEKHOVEN, Andrew, “*Active Software Escrow’s Usefulness for Companies Embracing*”, Cobit Focus, C.3, 2012, s. 1-5.

⁴¹⁷ Doğrulama yöntemleri için Bkz. WEİGL, Elisabeth/BİNDER, Johannes/STROLDL, Stephan/ KOLANY, Barbara/ DRAWS, Daniel/ RAUBEL, Andreas, “*A Framework for Automated Verification in Software Escrow*”, iPRES 2013 -10th International Conference on Preservation of Digital Objects, Biblioteca Nacional de Portugal, C. 1, 2013, S. 95-103.

<https://www.escrowlondon.co.uk/verification/> (s.e.t. 09.07.2018);

<https://www.escrowtech.com/article.php> (s.e.t. 09.07.2018);

yapabileceği gibi; bu konuda uzmanlaşmış kişilere de yapmakla yükümlü olduğu doğrulama işlemini yaptırması mümkündür⁴¹⁸.

Escrow aracısının, kendisine muhafaza edilmek üzere teslim edilen escrow konusunun, temel sözleşmenin tarafının vermeyi üstlendiği şey olup olmadığı konusunda bir doğrulama faaliyeti yapma konusunda yetkisinin olmadığı escrow sözleşmelerine “*pasif escrow sözleşmesi*” denilmektedir. Uygulamada daha çok aktif escrow sözleşmesi tercih edilmektedir. Çünkü pasif escrow sözleşmesi yapıldığında; aracı yalnızca sınırlı bir inceleme yapabilecek ve temel sözleşmesi ile alakası olmayan bir şey escrow aracısına teslim edilebilecektir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, escrow konusunun doğruluğu, eksiksizliği ve temel sözleşme için gerekli olup olmadığı konusunda escrow aracısının bir sorumluluğu bulunmayacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, escrow aracısının inceleme yükümlülüğünün kapsamı sözleşmeye göre belirlenecektir. Sözleşmenin teminat fonksiyonunu yerine getirebilmesi için inceleme yükümlülüğü konusundaki hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmelidir⁴¹⁹.

<https://www.escrow4all.com/wp-content/uploads/2016/05/White-Paper-Escrow-Verification.pdf> (s.e.t. 09.07.2018);

<http://www.escrow-global.com/About-Verification.html> (s.e.t. 09.07.2018);

<https://www.nccgroup.trust/uk/our-services/software-escrow-and-verification/software-verification/> (s.e.t. 09.07.2018);

<http://www.ironmountain.com/information-management/software-escrow/escrow-verification> (s.e.t. 09.07.2018).

⁴¹⁸ ANDRESEN/SALYERS, s. 3.

⁴¹⁹ KESKİN, s. 120-121; EISENHUT, s. 174; bkz. WARDEN/LANG (dn. 269).

3. Muhafaza Borcu

Escrow aracısının en önemli yükümlülüklerinden birisi de genel saklama sözleşmesinde saklayan konumundaki tarafın yaptığı gibi, kendisine teslim edilen escrow konusunu güvenli bir yerde muhafaza etmektir⁴²⁰. Escrow konusunun escrow aracısı tarafından güvenli bir yerde muhafaza edilmesindeki amaç, tarafların escrow konusuna erişimini engelleyerek temel sözleşmedeki borçlarını yerine getirmeleri konusunda teminat sağlanmasıdır. Escrow aracısı; escrow konusunun, taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılan koşul veya koşulların gerçekleşmesine kadar; güvenli bir yerde muhafaza edileceği ve bu ana kadar taraflara iade edilmeyeceği konularında borç altına girmiş olmaktadır.

Escrow aracısının muhafaza yükümlülüğünün içeriği belirlenirken; genel saklama sözleşmesindeki saklayan konumundaki tarafın, muhafaza yükümlülüğünü nasıl yerine getirdiğine bakılır ve saklayanın bu yükümlülüğüne ilişkin hükümler, escrow sözleşmesindeki escrow aracısının muhafaza yükümlülüğü konusunda, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁴²¹.

Escrow konusunun nasıl muhafaza edilmesi gerektiği konusu, genellikle sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Temel sözleşmenin tarafının kendisi veya şirketi için belki de hayati öneme sahip olabilen escrow konusu materyallerin (ticaret sırları, kaynak kod vb.) saklanması hususunda, dikkatli davranılmalı ve mümkün olabilecek tüm ihtimaller göz önünde bulundurulmalıdır.

Escrow konusunun muhafaza edildiği yerler konusunda; uygulamada yirmi dört saat güvenli ve gözetim altında tutulan, doğal afetlere karşı ve yangına karşı korumalı

⁴²⁰ KUSCHKE, s. 285.

⁴²¹ GERSTER, s. 115.

olan yerler tercih edilmektedir⁴²². Kaynak kod escrow sözleşmelerinde, kaynak kod yer altında ve şehir merkezine uzak bir konumda bulunan ve gelişen teknolojinin imkânları kullanarak oluşturulmuş yerlerde muhafaza edilmektedir⁴²³. Ayrıca online veya kaynak kod escrow sözleşmelerinde, çoğunlukla gelişen teknoloji ve şifreleme yöntemleri de kullanılarak; escrow konusunun, bulut (cloud) teknolojisi kullanılarak muhafaza edildiği görülmektedir⁴²⁴.

Escrow aracısının, sözleşmede belirlenen muhafaza yükümlülüğüne uymaması durumunda karşılaşılabileceği yaptırımlar da sözleşmede ayrıca belirlenmelidir. Sözleşmeye konulacak hükümlerle escrow aracısını, kazadan, her çeşit tehlikeden ve mücbir sebepten dahi sorumlu tutmak mümkündür⁴²⁵. Aynı şekilde sorumluluğun daha hafif bir şekilde belirlenmesi de mümkündür. Kaynak kod escrow sözleşmesi özelinde; kaynak kodun bir kopyasının teslim edildiği için, kaynak kodun bir zarara uğraması veya yok olması gibi durumlarda, başka bir kopyasının temel sözleşmenin tarafınca temin edilip teslim edilmesi yükümlülüğünün sözleşme ile kararlaştırıldığına rastlanmaktadır.

Yukarıda “*Genel İşlem Koşullarını İçeren (Standart Sözleşme) Şeklinde Yapılabilmesi*”⁴²⁶, başlığında anlatıldığı üzere online ve kaynak kod escrow sözleşmelerinde, standart sözleşmeler kullanılmakta ve bu sözleşmeyi yapan taraf sözleşmeyi ya kabul etmekte ya da reddetmektedir. Bu sözleşmeler incelendiğinde

⁴²² <https://www.escrowtech.com/software-escrow.php#storedSoftwareEscrowDetails> (s.e.t. 10.07.2018).

⁴²³ **KESKİN**, s. 121.

⁴²⁴ <http://www.ironmountain.com/resources/whitepapers/c/cloud-computing-protection-strategies> (s.e.t. 10.07.2018); **WILLEY**, s. 39.

⁴²⁵ **TİFTİK**, s. 43; **YENER**, s. 50.

⁴²⁶ Bkz. s. 85 vd.

muhafaza yükümlülüğüne ilişkin konuların oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği görülecektir. Belirtilen sözleşmelerde, muhafaza yükümlülüğü konusunda hiçbir düzenleme olmaması veya eksik ya da müşterinin aleyhine hükümler bulunması durumunda; genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere dayanarak hak iddia edilmesi de mümkün olabilecektir. Sonuç olarak escrow sözleşmesinde muhafazaya ilişkin yükümlülükler konusunda düzenleme bulunması durumunda, escrow aracısı bu hükümlere göre muhafaza borcunu ifa etmelidir.

Escrow konusunun muhafazasına ilişkin sözleşmede herhangi bir hükmün bulunmadığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Böyle durumlara ilişkin genel bir ölçü belirlemek mümkün değildir. Escrow konusunun nasıl, ne şekilde, nerede ve hangi koşullarda saklanacağı; escrow konusunun niteliği ile durum ve şartlar dikkate alınarak somut olaya göre belirlenecektir⁴²⁷. Escrow aracısı; escrow sözleşmesinde öngörülme de sözleşme ile belirlenen şart gerçekleşinceye kadar, escrow konusunun zarar görmemesi, kaybolmaması ve temel sözleşmenin taraflarının erişim sağlayamaması için gereken tüm önlemleri almalıdır⁴²⁸.

Escrow sözleşmesi, bankalarda olduğu gibi güvene dayalı bir ilişki oluşturduğundan dolayı, muhafaza yükümlülüğünün şahsen escrow aracısı tarafından yerine getirilmesi gereklidir⁴²⁹. Ancak sözleşme ile aksinin kararlaştırılarak muhafaza yükümünün üçüncü kişilere de yaptırılması mümkündür. Ayrıca vekâlet sözleşmesine

⁴²⁷ **GERSTER**, s. 115; **TİFTİK**, s. 40-41; **EREN**, Borçlar Özel, s. 750; **UYGUR**, s. 2462; **BİLGE**, s. 252.

⁴²⁸ **ZEVLİLER**, s. 694.

⁴²⁹ **AAREMÄE/KIVAR/PETTAI**, s. 14; **YENER**, s. 52; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 276; **ARAL/AYRANCI**, s.450-451; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 654-655; **ÖZKAYA**, s. 478-484; **BERKİ**, s. 163-164; **EREN**, Borçlar Özel, s. 723-728.

ilişkin TBK m. 506/I hükmü escrow sözleşmesi için kıyasen uygulanabilecektir. Bu hüküm, “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*”, şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre yalnızca sözleşme ile kararlaştırılması halinde değil durumun zorunlu veya teamülün mümkün kıldığı hallerde de escrow aracısı, muhafaza yükümlülüğünü başkasına yaptırabilecektir. TBK m.507/I’de vekilin yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürmesi durumunda, işi yapan kişinin fiillerinden kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Belirtilen hüküm escrow sözleşmesine kıyasen uygulandığında; escrow aracısının yetkisi olmamasına rağmen yükümlülüklerini başkasına gördürmesi durumunda, escrow aracısının yerine geçen kişinin fiillerinden kendi fiiliymiş gibi sorumlu olacağı, sonucuna varılabilecektir.

Escrow aracısı, aksi kararlaştırılmadığı sürece, escrow konusunun mülkiyeti kendisine devredilmiş olsa dahi; kendisine teslim edilen escrow konusunu kullanmamakla yükümlüdür⁴³⁰. Ancak escrow konusu üzerinde mülkiyet hakkı bulunduğundan dolayı escrow aracısının, kullanma ve yararlanma hakkına sahip olmadığı hususunun escrow sözleşmesinde açıkça kararlaştırılması önerilmektedir⁴³¹.

Escrow konusu üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan durumlarda da escrow aracısının kullanma hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir. Genel saklama sözleşmesine ilişkin TBK m. 563’teki, “*Saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklanana kullanamaz. Bu yasağa aykırı davranırsa, saklatana uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik hâlden doğacak zararlardan da sorumlu olur.*”, şeklindeki düzenlemenin kıyasen escrow sözleşmesine uygulanması niteliğine uygun düştüğü ölçüde mümkün

⁴³⁰ EİSENHUT, s. 179.

⁴³¹ KESKİN, s. 111.

gözükmeğdir⁴³². Escrow sözleşmesinde de sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıçça; escrow konusu escrow aracısı tarafından kullanılamayacaktır⁴³³. Ancak escrow aracısı, genel saklama sözleşmesinden farklı olarak, sadece escrow konusunu kendisine teslim eden tarafın izniyle kullanamayacaktır. Escrow aracısının escrow konusunu kullanabilmesi için, escrow sözleşmesine taraf olsun veya olmasın temel sözleşmenin her iki tarafının da izin vermesi gereklidir. Aksi durum, escrow sözleşmesinin teminat sözleşmesi olma niteliğı ile bağdaşmayacaktır. Örneğın; bir kaynak kod escrow sözleşmesinde, şirketi için hayati önemi olan kaynak kodu escrow aracısına teslim eden programcı, şüphesiz kaynak kodun temel sözleşmenin diğeri tarafı dahil hiç kimse tarafından kullanılmasını istememektedir. Bunun aksine davranış sergileyip kaynak kodu kullanan veya bir başkasının kullanmasını sağlayan escrow aracısı, oluşan veya oluşabilecek olan zararlardan sorumlu olmalıdır. Escrow sözleşmesi ile bu durumun aksinin kararlaştırılması ve belli şartların gerçekleşmesi durumunda kullanımının mümkün olması sağlanabilecektir.

4. Açıklama (Bilgi Verme) Borcu

Escrow aracısının bilgi verme yükümlülüğü; Amerika Birleşik Devletleri mahkeme uygulamasından gelmekte ve sözleşmede kararlaştırılmasa da bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekmektedir⁴³⁴. Escrow sözleşmesine taraf olsa da

⁴³² Genel saklama sözleşmesine ilişkin kullanmama yükümlülüğü için Bkz. **TİFTİK**, s. 45-47; **YENER**, s. 59-61; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 812-813; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 276-277; **ERDEM**, s. 66-70.

⁴³³ **KESKİN**, s. 113.

⁴³⁴ **AAREMÄE/KİVAR/PETTAİ**, s. 7; **GERSTER**, s. 118; **YEOMANS**, s. 3; **KESKİN**, s. 122.

olmasa da temel sözleşmenin her iki tarafının, bilgi edinme hakkı vardır. Escrow aracısı bilgi verme yükümünü yerine getirirken hangi bilginin hangi tarafı ilgilendirdiği konusunda karar verme yetkisine sahip değildir. Escrow aracısı bir konuda bilgi verecekse; bu bilgiyi, taraflar arasında ayırım yapmaksızın her iki tarafla da paylaşmalıdır⁴³⁵.

Escrow aracısı, escrow konusunun zarara uğrama ihtimali olduğunda; şeyin zarara uğramaması için gerekli önlemlerin alınması imkânını verebilmek için taraflara bu konuda bilgi vermelidir. Bunun gibi escrow konusunun muhafazası ile ilgili sözleşmede kararlaştırılanların dışında ek harcamalar söz konusu olduğunda, yine temel sözleşmenin taraflarına bildirimde bulunulmalıdır⁴³⁶. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, escrow aracısı gereken önlemleri almalıdır⁴³⁷.

Bildirimde bulunma yükümlülüğü genel saklama sözleşmesi için düzenlenmemiş olup; TBK m. 572/I hükmü ardiyeciye bırakma sözleşmesinde bu yükümlülüğü düzenlemektedir. TBK 572/I’de bu yükümlülük, “*Ardiyeci, kendisine bırakılan malları bir komisyoncu gibi özenle saklamak ve mallarda ayrıca önlem alınmasını gerektiren bir değişiklik olursa, durumu imkân ölçüsünde saklatana bildirmekle yükümlüdür.*”, şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün genel saklama sözleşmesi için de kıyasen uygulanacağı doktrinde kabul görmektedir⁴³⁸. Kanaatimizce belirtilen hüküm escrow sözleşmesine de kıyasen uygulanabilecektir.

⁴³⁵ **GERSTER**, s. 118.

⁴³⁶ **GERTSER**, s. 118-119.

⁴³⁷ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 501; **YENER**, s. 55-56; **ERDEM**, s. 61; **TİFTİK**, s. 43.

⁴³⁸ **YENER**, s. 56; **ERDEM**, s. 62.

5. Sadakat Borcu

Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi escrow sözleşmesinde de güvene dayalı bir ilişki olduğundan dolayı; escrow aracısı, temel sözleşmenin tarafları arasında kişisel veya başka bir nedenle ayırım yapmaksızın, onların yararına (menfaatine uygun) olan davranışlarda bulunmayı, dürüstlük kuralına uygun hareket etmeyi ve zararına olan davranışlardan kaçınmayı üstlenmektedir⁴³⁹. Escrow aracısı, vekâlet sözleşmesindeki vekil ile benzer şekilde; iş kendisine ait olsaydı, nasıl, ne şekilde davranır ve hangi tedbirleri alır ise ona göre edimlerini yerine getirmelidir⁴⁴⁰. Sadakat borcu ile alakalı sözleşmede herhangi bir düzenleme olmasa da, escrow sözleşmesinin güven ilişkisine dayanan bir sözleşme olmasından dolayı, bu yükümlülük her zaman mevcuttur⁴⁴¹. Temel sözleşmenin taraflarının menfaatine aykırı bir eylem veya işlemde bulunan escrow aracısı; sözleşmede bu konuda bir düzenleme olmasa da bu nedenle doğan zararlardan sorumlu olacaktır.

Sadakat yükümü sadece sözleşme ilişkisi devam ederken değil; sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eder. Escrow aracısı, edimlerini ifa ettiği sırada öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür⁴⁴². Escrow konusunun genellikle taraflar için ticarî sır niteliğinde olan ve pahalı materyallerden oluştuğu düşünüldüğünde; escrow aracısının sır

⁴³⁹ **AAREMÄE/KIVAR/PETTAI**, s. 7; **EREN**, Borçlar Özel, s. 733; **TANDOĞAN**, II, s. 407; **ARAL/AYRANCI**, s. 447; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 660; **KESKİN**, s. 122; **GÜMÜŞ**, Cilt-II, s. 154; **ÖZKAYA**, s. 484; **BELL/SUMMER**, s. 13.

⁴⁴⁰ **BERKİ**, s. 163; Aksi yönde görüşte olan Bilge'ye göre: Bir insanın kendi işleri için göstereceği önemin derecesi, vekil sıfatıyla yapacağı işler bakımında her zaman yeterli olmayabilecektir. Bkz. **BİLGE**, s. 293.

⁴⁴¹ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 829.

⁴⁴² **BİLGE**, s. 293; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 654.

saklama yükümlülüğünün bulunması oldukça önemlidir. Escrow aracısının bu yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı oluşan zararlardan sorumlu olması gerekmektedir.

6. Özen Borcu

Özen yükümü; bir borç ifa edilirken hayatın olağan (normal) akışına göre gerekli davranışlarda bulunmayı ve ifayı engelleyici şeylerden kaçınmayı, basiretli bir şekilde hareket etmeyi ifade etmektedir⁴⁴³. Hem genel saklama sözleşmesinde saklayan⁴⁴⁴ hem de vekâlet sözleşmesinde vekil⁴⁴⁵ yükümlülüklerini yerine getirirken özen yükümüne uygun hareket etmelidir.

Vekâlet sözleşmesinde özen yükümünden doğan sorumluluk, TBK m. 506'da, *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”*, şeklinde düzenlenmişken; genel saklama sözleşmesinde özen yükümü konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Belirtilen iki sözleşmede olduğu gibi escrow sözleşmesinde de escrow aracısının yükümlülüklerini yerine getirirken, özenli bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Escrow aracısının sorumluluğu belirlenirken; benzer alanda iş ve hizmetleri yürüten, basiretli bir escrow aracısının göstermesi gereken özen dikkate alınmalıdır.

⁴⁴³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 650-652; ARAL/AYRANCI, s. 448; TANDOĞAN, II, s. 410; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 798.

⁴⁴⁴ TİFTİK, s. 40; YENER, s. 53-55.

⁴⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 448; GÜMÜŞ, Cilt-II, s. 159-174;

Vekâlet ve genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi; escrow sözleşmesinde, sözleşmenin ivazlı veya ivazsız olması, özenin derecesini belirlemede etki etmezken; tazminatın belirlenmesinde etkili olacaktır⁴⁴⁶.

7. Geri Verme (İade) Borcu

Escrow sözleşmesi ile belirlenen koşulların gerçekleşmesi durumunda; escrow aracısı, kendisine teslim edilen escrow konusunu geri vermekle yükümlü hale gelir⁴⁴⁷. Escrow aracısının muhafaza yükümlülüğü, şartın gerçekleşmesiyle sona erecek olup; bu yükümlülük yerini, geri verme yükümlülüğüne bırakacaktır. Şartın gerçekleşmesi durumunda; sözleşme ile belirlenen temel sözleşmenin tarafı, escrow konusunun kendisine teslim edilmesini isteme hakkına sahip olacaktır⁴⁴⁸. Bazı sözleşmelerde, escrow konusunun teslim edilmesi hususunda, tarafların talepte bulunması aranmamakta; şartın gerçekleştiğini gören escrow aracısı, escrow konusunu taraflardan birine teslim etmektedir. Kaynak kod escrow sözleşmesinde, escrow aracısı geri verme yükümlülüğünü, mutlaka teslim ile yerine getirmek zorunda olmayıp; escrow aracısı bu borcunu, kullanıcının kaynak koda herhangi bir şekilde erişimini sağlamak suretiyle de yerine getirebilecektir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ **ARAL/AYRANCI**, s. 449-450; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 799; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Özel, s. 418; Aksi yönde görüşler için Bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 651; **BİLGE**, s. 293.

⁴⁴⁷ **GERSTER**, s. 61.

⁴⁴⁸ **CHRISTIANSEN**, Jon, “*Doing Software Escrows Right Licensing*”, The computer and Internet Lawyer, C. 21, S. 6, 2004, s. 18.

⁴⁴⁹ **KESKİN**, s. 110; **WILLEY**, s. 35; **EISENHUT**, s. 175.

Escrow aracısının, şartın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁴⁵⁰. Escrow aracısı, taraflar arasında bir “hakem” konumunda değildir ve escrow sözleşmesi ile kendisine verilen yükümlülükleri yerine getirmelidir⁴⁵¹. Escrow aracısının belirtilen şekilde yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için; escrow sözleşmesindeki şartlar, temel sözleşme ile bağlantı kurulmaksızın, kapsamlı, değiştirilemez ve kesin olarak hazırlanmalıdır. Şartın gerçekleştiğini temel sözleşmenin tarafı ispat etmelidir. Escrow aracısı, kendisine şartın gerçekleştiği konusunda bildirimde bulunulması halinde; objektif bir biçimde hareket edip, escrow konusunun teslim edilip edilmeyeceğine karar vermelidir⁴⁵². Escrow aracısı, şartın gerçekleştiği durumlarda, escrow konusunu iade etmeden önce temel sözleşmenin diğer tarafına bildirimde bulunmalıdır.

Taraflar, şartın belli bir tarihe kadar gerçekleşmesi durumunda escrow konusunun geri verilmesi hususunu escrow sözleşmesinde kararlaştırmışlarsa; escrow aracısı, escrow konusunu bu tarihe kadar muhafaza edecektir⁴⁵³. Bu tarihte; escrow aracısı, şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre escrow konusunu taraflardan birine teslim edecektir.

Temel sözleşmenin tarafları, her zaman birlikte başvurarak escrow konusunun taraflardan birisine geri verilmesini isteyebilecektir. Bu durumda escrow aracısı, tarafların isteğine uygun olarak escrow konusunu taraflardan birine iade etmek zorundadır.

Escrow aracısı şartın gerçekleştiğinin kendisine bildirilmesine ve gerçekten de şartın gerçekleştiğinin bilinmesine rağmen; escrow konusunu geri verme yükümlülüğünü

⁴⁵⁰ **KESKİN**, s. 123.

⁴⁵¹ **WILLIAM**, s. 79; **GERSTER**, s. 115; **EISENHUT**, s. 122.

⁴⁵² **GERTSER**, s. 122.

⁴⁵³ **GERSTER**, s. 120.

yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesi halinde oluşabilecek zararlardan sorumlu olacaktır. Escrow sözleşmesi hükümleriyle, escrow aracısının sorumluluklarının sınırlandırılması mümkündür⁴⁵⁴.

Geri verme yükümlülüğü, escrow aracısının en önemli borçları arasında yer almaktadır. Uygulamadaki escrow sözleşmelerinde, koşulların gerçekleşmesi durumunda geri vermenin nasıl yapılacağı konusu ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Escrow konusunun geri verilmesi konusunda, temel sözleşmede farklı şekilde düzenlemeler kararlaştırılabilmesi imkânı mevcut olmasına rağmen, uygulamada temelde iki yöntemle karşılaşılmaktadır⁴⁵⁵:

a. Bekleme Süresi Olan ve İtiraz İmkânı Bulunan Yöntem

Bu yöntemde göre escrow sözleşmesi ile belirlenen şartın gerçekleştiğini düşünen temel sözleşmenin tarafı, aracıya yazılı bir bildirimde bulunarak muhafaza edilen escrow konusunun kendisine teslim edilmesini isteyecektir. Böyle bir bildirimi alan escrow aracısı ise escrow konusunu derhal teslim etmeyecek olup; temel sözleşmenin diğer tarafına bildirimde bulunacaktır. Temel sözleşmenin diğer tarafı da şartın gerçekleşmediğini düşünüyorsa; escrow konusunun teslim edilmemesi gerektiği konusunda aracıya itirazını bildirecektir. Genelde escrow sözleşmesinde bu itirazın yapılması belli bir süre ile sınırlı tutulmaktadır⁴⁵⁶. (1 hafta, 1 ay vb.) Escrow aracısı, sözleşme ile belirlenen sürede itirazın yapıldığını tespit ederse; ihtilaf çözüm yoluna başvuracaktır.

⁴⁵⁴ AAREMÄE/KİVAR/PETTAİ, s. 22; GERSTER, s. 123.

⁴⁵⁵ GERSTER, s. 120; KIRCA, s. 122-123; AAREMÄE/KİVAR/PETTAİ, s. 20-21.

⁴⁵⁶ KESKİN, s. 123.

İhtilaf çözüm yolu olarak mahkeme kararı veya sözleşmede kararlaştırılması halinde tahkim yöntemi kullanılmaktadır. Şüphesiz ki escrow konusunun kendisine teslim edilmesini isteyen taraf, ihtilaf bulunması nedeniyle oluşan gecikmeden dolayı zarara uğrayabilecektir. Örneğin: Kaynak kod escrow sözleşmesinde, programın güncel kalması kaynak kod olmadan sağlanamayacaktır. Bu nedenle kullanıcı zarara uğrayabilecektir⁴⁵⁷.

Açıklanan yöntem kullanışlı gibi görünse de bazı durumlarda temel sözleşmenin tarafının diğer tarafa teslimi geciktirmek için itirazda bulunduğu durumlar ortaya çıkabilecektir. Şartın gerçekleşmiş olduğu bilindiği halde kötü niyetli olarak itirazda bulunulup; sürecin uzamasına sebep olunabilecek ve karşı tarafın zarara uğramasına neden olunabilecektir.

b. Talep Halinde Geri Verme Yöntemi

Bu yöntemde herhangi bir itiraz veya bekleme süreci söz konusu olmayıp; şartın gerçekleşmesi ve temel sözleşmenin tarafının talepte bulunması halinde escrow konusu kendisine teslim edilecektir. Ancak temel sözleşmenin tarafının escrow aracısına, şartın gerçekleştiğini ispat etmesi gereklidir. Çekişmeli bir durum olması halinde, buna ilişkin iddialar escrow konusunun teslim edilmesinden sonra ileri sürülebilecektir.

Konuya ilişkin uygulamadan bir örnek vermek gerekirse⁴⁵⁸: Bir bilgisayar programı yapımı konusunda “Vemics Ltd.”(V) ile “Radvision A.Ş.”(R) sözleşme yapmışlardır. Temel sözleşmede lisans veren R iken; V lisans alan (kullanıcı)

⁴⁵⁷ Tarafların uğrayabileceği zararlar konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. **HELMS/CHENG**, s. 88, Dipnot 314.

⁴⁵⁸ Bahsedilen karar için Bkz. Vemics, Inc. v. Radvision, Ltd. Tarih: 16.05.2007 http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20070516_0000362.SNY.htm/qx (s.e.t. 13.07.2018).

konumdadır. Temel sözleşmenin tarafları V ve R temel sözleşmedeki yükümlülüklerini teminat altına almak için Iron Mountain (I) şirketini escrow aracısı olarak belirlemişler ve aralarında escrow sözleşmesi yapmışlardır. Escrow sözleşmesindeki şartlardan birisi de R'nin iflas etmesi durumu olarak belirlenmiştir. Bir süre sonra R iflas etmiş ve bunun üzerine V, I'dan escrow konusu olan kaynak kodun kendisine teslim edilmesini istemiştir. Ancak R geri vermeye engel olmak için itirazda bulunmuştur. Şartın gerçekleştiği (R'nin iflas ettiği) resmi kayıtlarda bellidir fakat sürecin uzaması için R itirazda bulunmuştur. Bu olay gösteriyor ki; şartın gerçekleştiği açıkça belli de olsa geri vermenin gerçekleşmemesi için, itiraz edildiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Sözleşmede herhangi bir itiraz prosedürü düzenlenmediği için escrow aracısı konumundaki I sözleşmedeki adımları takip ederek V'nin kaynak koda erişimini sağlamıştır. Escrow sözleşmesinde itiraz düzenlenmediği için escrow aracısı I talep halinde geri verme sürecini uygulamıştır ve bundan dolayı herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

Bu yöntemin sakıncalarını önlemek için; escrow aracısına şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleme ve gerçekleşmemiş olması halinde iade talebini reddetme yükümlülüğü getirilebilecektir.

8. Hapis Hakkı

Escrow sözleşmesinde, eğer ücret ödeme borcu varsa ve bu borç, şartın gerçekleşmesiyle kendisine escrow konusu teslim edilecek olan tarafa aitse; bu taraf ücret ödeme borcunu yerine getirmediği sürece escrow aracısı muhafaza faaliyetini sürdürebilecek, escrow konusunun iadesini reddedebilecektir⁴⁵⁹. Bunun aksi durumda yani escrow konusunun teslim edileceği tarafın ücret ödeme borcu yoksa bu durumda teslimin reddedilebilmesi mümkün olmamalıdır.

⁴⁵⁹ GERSTER, s. 123.

Genel saklama sözleşmesinde, masraflar veya tevdi edilen şey yüzünden uğranılan zararların ödenmemesi durumunda da TMK 950'nin kıyasen uygulanarak hapis hakkının kullanılabileceği belirtilmiştir⁴⁶⁰. Kanaatimizce escrow konusu, giderleri ve zararları ödeme borcu olan tarafa geri verilecekse; bu masrafların ödenmemesi halinde de escrow aracısının hapis hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Escrow sözleşmesinin sona ermesi hususunda, sürekli sözleşme özelliği de dikkate alınarak çeşitli sona erme sebepleri belirlenebilecektir. Bu sona erme sebepleri: Şartın gerçekleşmesi, temel sözleşmenin taraflarının ortak talimatı, ifa süresinin dolması, fesih, escrow sözleşmesinin taraflarının sözleşmenin sona ermesi konusunda anlaşması ve escrow konusunun kaybolması veya yok olmasıdır.

Escrow sözleşmesinin sona ermesi durumunda; taraflar arasındaki temel ilişki veya escrow konusuyla ilgili diğer hukuki ilişkiler, sözleşmenin hangi sebeple sona erdiği önemli olmaksızın, bu sona ermeden etkilenmeyecek ve bu hukuki ilişkiler varlığını devam ettirecektir. Örneğin; escrow konusu üzerinde üçüncü kişinin rehin hakkı olduğu durumda; escrow sözleşmesinin sona ermesi halinde, escrow sözleşmesi ile rehin arasında doğrudan bir bağlantı olmadığından dolayı, rehinin sona ermesi sonucunu doğurmayacak olup; escrow sözleşmesinin sona ermesinin bu rehine herhangi bir etkisi bulunmayacaktır⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ **TİFTİK**, s. 72-73; **YENER**, s. 95-98.

⁴⁶¹ **EİSENHUT**, s. 121; **KESKİN**, s. 125.

A. ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİ İLE SONA ERME

Yukarıda escrow aracısının borçlarından olan, “Geri Verme”⁴⁶² başlığında anlatıldığı üzere; sözleşme ile belirlenen koşulların gerçekleşmesi durumunda, escrow aracısı için geri verme prosedürü uygulanacaktır. Geri verme prosedürü sonucunda, escrow konusunun taraflardan birine teslimi ile sözleşme sona erecektir. Bu sona erme sebebinin, sözleşmenin olağan sona erme hali olduğu belirtilmektedir⁴⁶³.

Sözleşmenin sona erme anı şartın gerçekleşmesi anı olmayıp; şartın gerçekleşmesi ile escrow aracısının ya tarafların talep etmesi halinde ya da kendiliğinden geri verme yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmelidir. Escrow sözleşmesi, escrow aracısının geri verme borcunu yerine getirip; escrow konusunun, taraflardan birine teslim edilmesi ile sona erecektir⁴⁶⁴. Kaynak kod escrow sözleşmesi özelinde; kaynak koda erişimin sağlanması ile escrow sözleşmesi sona erecektir.

B. TEMEL SÖZLEŞMENİN TARAFLARININ ORTAK TALİMATI İLE SONA ERME

Escrow sözleşmesi devam ettiği sürece, her zaman temel sözleşmenin her iki tarafının ortak talimatıyla sözleşmenin sona erdirilebilmesi mümkündür⁴⁶⁵. Sözleşmenin belirtilen şekilde, temel sözleşmenin taraflarının ortak talimatı ile sona ermesi halinde; escrow aracısı, escrow konusunu tarafların ortak iradesine uygun olarak belirleyecekleri tarafa iade etmelidir.

⁴⁶² Bkz. s. 132 vd.

⁴⁶³ GERSTER, s. 125.

⁴⁶⁴ KESKİN, s. 124; EİSENHUT, s. 122.

⁴⁶⁵ GERSTER, s. 126; EİSENHUT, s. 133.

Escrow sözleşmesinin teminat sağlama amacı düşünüldüğünde; escrow aracısının menfaatinin, sözleşme ile ifa etmekle yükümlü olduğu edimler karşılığında verilen ücret konusunda olduğu söylenebilecektir. Bundan dolayı temel sözleşmenin taraflarının sözleşmenin sona ermesi konusunda aynı yönde görüşlere sahip olmalarına rağmen; escrow aracısının onların bu görüşlerinin aksine sözleşmenin devam etmesini talep etmesi ve muhafaza borcunu devam ettirip, escrow konusunu geri vermemesi mümkün değildir⁴⁶⁶. Ancak yukarıda hapis hakkı başlığında anlatıldığı gibi⁴⁶⁷; escrow aracısı belirlenen ücret ödenmedikçe escrow konusunu muhafaza faaliyetine devam edebilecektir.

Kanaatimizce, üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılan escrow sözleşmelerinde; escrow sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişinin de sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda rızasının alınması gereklidir. Aksi takdirde, escrow sözleşmesine taraf olmayan temel sözleşmenin tarafı için yeterli güvence sağlanmamış olacak olup; sözleşmenin teminat sağlama amacının yerine getirilmesi imkânsız hale gelecektir.

C. İFA SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİYLE SONA ERME

Escrow sözleşmesi ile şartın gerçekleşmesi konusunda belli bir süre kararlaştırılmışsa; diğer sürekli sözleşmelerde olduğu gibi⁴⁶⁸ sürenin sonunda şart gerçekleşmemiş olsa da sözleşmenin devam etmesi mümkün değildir⁴⁶⁹. Belirlenen sürenin sonunda, escrow konusu, şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine, göre taraflardan

⁴⁶⁶ EISENHUT, s. 133, KESKİN, s. 124.

⁴⁶⁷ Bkz. s. 136-137.

⁴⁶⁸ Sürekli sözleşmelerde, ifa süresinin sona ermesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak Bkz. SELİÇİ, s. 65-81.

⁴⁶⁹ Bkz. WARDEN/LANG (dn. 269).

birine iade edilecektir. Böylece aracının muhafaza borcu ve sözleşme sona ermiş olacaktır. Burada sözleşmenin sona erme anı; escrow konusunun taraflara teslim edildiği zaman olmalıdır⁴⁷⁰.

Sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasına ve belirlenen şartın gerçekleşmemiş olmasına rağmen escrow konusunun geri alınması konusunda teslim almak zorunda olan temel sözleşmenin tarafının, temerrüde düşmesi halinde; TBK m. 107'nin uygulanmasıyla escrow aracısı, hasar ve giderler temel sözleşmenin teslim alma ile yükümlü olan tarafına ait olmak üzere; escrow konusunu tevdi ederek borcundan kurtulabilecektir.

Genel saklama sözleşmesine ilişkin özel sona erme sebepleri olan, belirli süreli sözleşmede saklatanın erken iade talebi (TBK m. 564) ve belirsiz süreli sözleşmede saklayanın erken iade talebi (TBK m. 565/II) konusundaki düzenlemeler escrow sözleşmesinin niteliğine uygun olmadığı için; escrow sözleşmesinin sona ermesi hususunda dikkate alınmayacaktır⁴⁷¹. TBK m. 564'e göre, genel saklama sözleşmelerinin belirli süreli yapılması halinde saklatan her zaman, saklananı isteyebilecek; saklayan da şeyi geri vermek zorunda kalacaktır. Bu hükümle saklatana herhangi bir koşula veya süreye tabi olmaksızın bir fesih hakkı tanınmıştır. TBK m. 565/II'de ise süre belirlenmemişse; saklayanın her zaman saklananı vererek, sözleşmeyi sona erdirebileceğinden bahsedilmiştir. Bu durumda da saklayana gerekçesiz ve süreye bağlı olmayan bir fesih hakkı tanınmıştır. Escrow sözleşmesinde, belirtilen şekillerde tarafların

⁴⁷⁰ **GERSTER**, s. 126; **EİSENHUT**, s. 137; **KESKİN**, s. 124; **NEUMANN**, Grid/**NEUMANN**, Jürgen, s. 41.

⁴⁷¹ Genel saklama sözleşmesine ilişkin özel sona erme sebepleri için Bkz. **YENER**, s. 116-117; **TİFTİK**, s. 76-77; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 815.

fesih haklarının bulunması durumunda sözleşmenin teminat fonksiyonunu yerine getiremeyeceği açıktır.

Escrow sözleşmesinde süre belirlenmediğinde ise dürüstlük kuralına göre şartın gerçekleşmesinin beklenebileceği ana kadar, sözleşmenin devam edeceği kabul edilmelidir.

D. FESİH SEBEBİYLE SONA ERME

Fesih, sözleşmenin taraflarından birinin, tek taraflı olarak ve yöneltilmesi gerekli olan bir irade beyanı ile sürekli bir borç ilişkisini geleceğe yönelik sona erdirmesidir⁴⁷². Fesih durumunda, karşı tarafın kabulüne veya katılmasına gerek olmaksızın, borç ilişkisi ileriye yönelik olarak sona erecektir. Fesih, varması gerekli ve tek taraflı bir irade beyanıdır. Fesih, geri verme borcunun muaccel olmasını sağlayacak ve muacceliyet ihbarı niteliği taşıyacaktır⁴⁷³.

Fesih hakkı, kanundan doğabileceği gibi sözleşmeden de doğabilir⁴⁷⁴. Örneğin; kira sözleşmesi için fesih hükümleri, kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle escrow sözleşmesine, hangi durumlarda ve koşullarda sözleşmenin feshedilebileceği konusunda taraflarca özel hükümler konulabilecektir. Belirtilen şekilde özel hükümlerin bulunması durumunda; bu hükümler uygulanarak, tarafların fesih hakkına sahip olup olmadığı hususuna, sözleşmenin ilgili maddelerine göre karar verilecektir. Escrow sözleşmesinde taraflara fesih hakkı verilirken, teminat amacını zedeleyebilecek hükümler yer almamalıdır⁴⁷⁵.

⁴⁷² **EREN**, Borçlar Genel, s. 1285; **SELİÇİ**, s. 115; **İNAN/YÜCEL**, s. 655.

⁴⁷³ **SELİÇİ**, s. 122; **FEYZİOĞLU**, s. 92;

⁴⁷⁴ **AKINCI**, s. 292; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1285.

⁴⁷⁵ **NEUMANN**, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 17.

Fesih, olağan ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan fesihte; taraflardan birisi herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshedebilecektir. Olağanüstü fesihte ise sözleşmenin feshedilebilmesi için kanunî veya sözleşme ile kararlaştırılan önemli bir sebebe dayanılmak zorundadır⁴⁷⁶.

Escrow sözleşmesinde olağan fesih hakkının, sözleşme ile kararlaştırılmasının mümkün olduğu söylenebilecek olmakla birlikte; belirtilen durumun sözleşmenin teminat amacı ile bağdaşmayacağı açıktır⁴⁷⁷. Bundan dolayı, aksi kararlaştırılmadığı sürece; escrow sözleşmesinin yalnızca haklı sebebe dayanılarak, olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebileceği belirtilmelidir⁴⁷⁸. Fakat olağanüstü fesih yolunun da escrow sözleşmesinin teminat amacıyla tam olarak bağdaşmadığı belirtilmektedir. Belirtilen sebeplerle, escrow sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir. Escrow sözleşmesi, yalnızca kişilik haklarının aşırı bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğuran ve sözleşmenin devamının kendisi açısından dürüstlük kuralı gereği beklenemeyecek olan tarafça, fesih yoluyla sona erdirilebilecektir⁴⁷⁹. Doktrinde; kanunda düzenlenen isimli diğer benzer sözleşmelere ilişkin sona erme sebeplerinin de dikkate alınarak, sözleşmenin fesih yoluyla sona erdirilmesinde kıyasen uygulanacağı görüşü bulunsa da bu görüş kabul görmemiştir⁴⁸⁰.

Sonuç olarak; escrow sözleşmesinde, sözleşmenin feshi ile ilgili hükümler bulunduğu takdirde, sözleşmeye uygun olarak fesih hakkı kullanılabilecektir. Aksi halde;

⁴⁷⁶ Olağan ve olağanüstü fesih konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. **SELİÇİ**, s. 131 vd.

⁴⁷⁷ **FROST**, s.3; **EİSENHUT**, s. 138.

⁴⁷⁸ **KESKİN**, s. 124; **EİSENHUT**, s. 151; **GERSTER**, s. 127; **NEUMANN**, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 42.

⁴⁷⁹ **EİSENHUT**, s. 152, 154; **KESKİN**, s. 124

⁴⁸⁰ **EİSENHUT**, s. 154.

tarafların sadece haklı sebeple fesih hakkına sahip olduğu ve haklı sebebin de yalnızca kişilik haklarının aşırı bir biçimde sınırlanması sonucunu doğuran durumlar için söz konusu olduğu söylenebilecektir.

E. TARAFLARIN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ KONUSUNDA ANLAŞMASI (İKALE SÖZLEŞMESİ) İLE SONA ERME

Geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir borç ilişkisinin tarafları, aralarında yeni bir sözleşme yaparak, bu borç ilişkisini sona erdirebileceklerdir. Bu anlaşmaya “ikale sözleşmesi” (*Contractus Actus*) adı verilmektedir⁴⁸¹. Taraflar, aralarında yaptıkları bu sözleşme ile yerine getirmeleri gereken alacak ve borçlardan karşılıklı olarak vazgeçerek; alacaklı ve borçlu sıfatlarına son verilmesini kararlaştırır⁴⁸². Taraflar aralarındaki sözleşmeyi, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sona erdirmektedir. Bu sözleşme bir tasarruf işlemi niteliğinde olup; borçlandırıcı bir işlem değildir⁴⁸³.

Escrow sözleşmesinde de escrow aracı ve temel sözleşmenin tarafları her zaman karşılıklı olarak anlaşarak escrow sözleşmesini sona erdirebileceklerdir⁴⁸⁴. Escrow sözleşmesi üçüncü kişi yararına olarak düzenlenmişse üçüncü kişinin de bu sözleşmeye onay vermesi gereklidir. Yapılacak olan ikale sözleşmesi, yazılı veya sözlü yapılabilecek olup; şekle bağlı değildir⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ AKINCI, s. 292; YILDIRIM, Borçlar Genel, s. 324; İNAN/YÜCEL, s. 654; SELİÇİ, s. 104-111.

⁴⁸² EREN, Borçlar Genel, s. 1284.

⁴⁸³ EREN, Borçlar Genel, s. 1284.

⁴⁸⁴ HEMINWAY/MCLEMORE, s. 289.

⁴⁸⁵ İNAN/YÜCEL, s. 654; EREN, Borçlar Genel, s. 1284; YILDIRIM, Borçlar Genel, s. 324.

Escrow sözleşmesinin tarafların ortak iradesi ile sona erdirilmesi durumunda; escrow aracısı, escrow konusunu aralarındaki anlaşmaya göre teslim etmesi gereken tarafa geri verecektir.

F. ESCROW KONUSUNUN KAYBOLMASI VEYA YOK OLMASI SEBEBİYLE SONA ERME

Escrow konusunun, escrow aracısının kusuru olmaksızın kaybolması veya yok olması halinde; escrow aracısının muhafaza ve geri verme yükümlülüğünü yerine getirme imkânı ortadan kalkacaktır⁴⁸⁶. Bu durumda escrow aracısı borcundan kurtulacak olup; temel sözleşmenin taraflarına tazminat ödemeyecektir. Eğer yok olma veya kaybolma escrow aracısının kusuruyla meydana geldiyse; escrow aracısı temel sözleşmenin taraflarının uğramış oldukları zararları karşılamak zorundadır⁴⁸⁷.

TBK m. 136/II hükmü; *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder...”* şeklinde düzenlenmiştir. Belirtilen hükme göre escrow aracısının kusuru bulunmadan escrow konusu kaybolmuş veya yok olmuşsa; escrow aracısı escrow ücretini daha önceden elde etmişse, bu ücreti sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmekle yükümlü olacaktır. Eğer ücret kendisine henüz ödenmemişse de ücret isteme hakkını kaybedecektir.

Escrow konusu olarak cins borcu olan şeylerin kararlaştırılması durumunda; bunların yerine yenilerinin getirilebilmesi mümkün olduğu ve cinsin tükenmemesi kuralı

⁴⁸⁶ GERSTER, s. 127; EISENHUT, s. 156.

⁴⁸⁷ KUSCHKE, s. 285-286.

bulunduğu için borcun devam etmesi gerektiği kabul edilmelidir⁴⁸⁸. Benzer bir durumla kaynak kod escrow sözleşmesi gibi escrow aracısına escrow konusunun yalnızca bir kopyasının verilip; orijinalinin temel sözleşmenin taraflarından birinde bulunması durumunda da karşılaşılabılır. Belirtilen durumda escrow konusunun kaybolması veya yok olması halinde; yerine aynı özelliklere sahip bir başka escrow konusu temin edilerek sözleşmenin devam etmesi sağlanacaktır⁴⁸⁹.

Uygulamadaki escrow sözleşmelerinde, kaybolma veya yok olma durumunda sorumluluk hususunun ayrıntılı hükümlerle düzenlendiği görölmektedir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ **KILIÇOĞLU**, s. 877; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1327-1328; **YILDIRIM**, Borçlar Genel, s. 332.

⁴⁸⁹ Bkz. **WARDEN/LANG** (dn. 269); **EISENHUT**, s. 157.

⁴⁹⁰ **PAUL**, s. 4; **NEUMANN**, Grid/NEUMANN, Jürgen, s. 38.

SONUÇ

Escrow sözleşmesi ilk olarak, bir belgenin üçüncü bir kişiye teslim edilmesi ile üçüncü kişinin de belirlenen şartların gerçekleşmesine kadar, elindeki belgeyi muhafaza etmesi şeklinde karşımıza çıkmıştır. Ancak zamanla belirtilen hususlar değişime uğramış ve genişleyerek günümüze kadar gelişim göstermiştir. Escrow sözleşmesinin ilk görünüm biçiminde, saklama amacı ön plana çıkmaktayken; sözleşmenin zamanla farklılaşarak, bir teminat sözleşmesi şeklini aldığı görülmektedir. Günümüzde ise escrow sözleşmesi; daha önceden yapılmış olan bir temel sözleşmedeki borçların ifa edilmesini teminat altına almak amacıyla, ifaya konu olan eşya veya malvarlığı değerlerinin, sözleşmeye taraf olmayan, yansız ve güvenilir üçüncü bir kişiye devredilip; üçüncü kişinin de sözleşmede belirlenen şartın veya belli durumun gerçekleşmesine kadar ifa konusu şeyi muhafaza edip, tarafların bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarını engelleyerek, ifaya güvence sağlamayı taahhüt ettiği sözleşme, şeklinde tanımlanabilecektir.

Escrow sözleşmesinin unsurları ve özellikleri, TBK'da veya başka herhangi bir mevzuatta düzenlenmediği için; bu sözleşme, isimsiz sözleşmeler sınıflandırması içerisinde yer almaktadır. Ancak escrow sözleşmesinin isimsiz sözleşmeler içerisindeki yeri konusunda, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, escrow sözleşmesinin; genel saklama sözleşmesine ait olan saklama unsuru ve vekâlet sözleşmesindeki iş görme unsuru ile bir isimsiz sözleşme olan teminat için tevdi sözleşmesine ilişkin olan teminat unsurunun birleştirilmesiyle oluştuğundan dolayı, kendisine özgü sözleşmeler içerisinde yer almalıdır. Doktrinde; karma sözleşme-kendisine özgü sözleşme ayrımı önemli olmaksızın, kıyasen uygulama ve yaratma görüşünün uygulanacağının kabul edilmesi sebebiyle, sözleşmenin isimsiz sözleşmeler içerisindeki yerinin bir öneminin bulunmadığı belirtilmektedir. Escrow sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, özellikle genel saklama ve vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulandığı görülmektedir.

Escrow sözleşmesinin asıl amacı, temel sözleşmenin taraflarının aralarında bulunan sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçlarının ifasını, teminat altına almaktır. Escrow sözleşmesini karakterize eden ve diğer sözleşmelerden ayrılmasını sağlayan en önemli kriterin, teminat amacı olduğu söylenebilecektir. Bu teminat amacı yerine getirilirken; temel sözleşmenin taraflarının, temel sözleşmeye konu olan taşınır (escrow konusu) üzerindeki tasarruf yetkileri sınırlandırılır veya kaldırılır. Escrow sözleşmesinde temel sözleşmenin tarafları, escrow konusunu sözleşmeye göre üçüncü kişi konumundaki escrow aracısı adı verilen tarafa teslim ederler. Escrow aracısı ise sözleşme ile belirlenen şart gerçekleşinceye kadar, kendisine teslim edilen şeyi muhafaza eder. Belirtilen şart ise genellikle; temel sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ilişkindir. Böylece, temel sözleşmenin taraflarının borçlarını ifa edeceği konusunda teminat sağlanmış olacaktır. Escrow sözleşmesinde alacaklı konumunda olan temel sözleşmenin tarafının, escrow konusu üzerinde aynı bir hakkı bulunmadığı ve aynı teminat sözleşmelerinde *numerus clausus* ilkesinin geçerli olduğu kabul edildiğinden; escrow sözleşmesinin şahsi teminat sözleşmeleri sınıflandırılması içerisinde bulunduğunun değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Escrow sözleşmelerinde; escrow aracısının muhafaza yükümlülüğü bulunduğundan ve bu muhafaza faaliyeti sürdüğü “süre içinde” edim sonucu gerçekleştiği için escrow sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğu söylenebilecektir.

Escrow sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğunda, sözleşmenin bir tarafında escrow aracısı bulunmaktayken; diğer tarafında temel sözleşmenin tarafları yer almaktadır. Temel sözleşmenin tarafları ile ayrı ayrı iki sözleşme yapıldığı durumlar da mevcuttur. Ayrıca, temel sözleşmenin taraflarından yalnızca birinin, escrow aracısı ile sözleşme yapıp; üçüncü kişi yararına escrow sözleşmeleri yapıldığı da görülmektedir. Üçüncü kişi yararına yapılan escrow sözleşmelerinin “tam üçüncü kişi yararına” sözleşme şeklinde yapılmış olduğu kabul ediliyor olsa da; temel sözleşmenin bir tarafının escrow

sözleşmesine taraf olmamasından dolayı, hak kayıpları yaşanılabilecektir. Bu sebeple escrow sözleşmeleri düzenlenirken, hak kaybı oluşması ihtimalinin düşürülmesi ve teminat amacının sağlanması için; temel sözleşmenin her iki tarafının da sözleşmede taraf sıfatıyla yer alması sağlanarak, sözleşmenin oluşturulması gerekmektedir.

Escrow sözleşmesinin, benzer özelliklere sahip olduğu çeşitli sözleşmeler bulunmaktadır. Bu sözleşmelerden muhafaza edimini de içeren genel saklama sözleşmesi ile escrow sözleşmesinin, birçok ortak yönü bulunmaktadır. Escrow sözleşmesi ile genel saklama sözleşmesi arasındaki temel farklılık, sözleşmenin yapılma amacı ile ortaya çıkmaktadır. Sözleşme teminat amaçlı yapılyorsa escrow sözleşmesi; saklama amacı asıl amaç olarak belirlenmişse genel saklama sözleşmesi meydana gelmektedir. Genel saklama sözleşmesi dışındaki çalışmamızda yer alan diğer sözleşmelerle escrow sözleşmesi arasında da ortak ve farklı yönler bulunmaktadır. Belirtilen şekilde, ortak ve farklı özelliklerin belirlenmesi ile isimsiz sözleşmelerden olan escrow sözleşmesine kıyasen uygulanabilecek veya sözleşmenin niteliğine uygun düşmediği için uygulanamayacak olan hükümlerin belirlenmesinde faydalanılmıştır.

Escrow sözleşmesinin söz konusu olması için, öncelikle taraflar arasında bir temel ilişki adı verilen bir hukuki ilişki bulunmalıdır. Temel ilişki olarak yalnızca sözleşmeler kararlaştırılabilecek olup; sözleşmeler dışındaki borç kaynakları olan sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan borçlar ile alakalı escrow sözleşmesi yapılamayacaktır.

Escrow sözleşmesinin temel sözleşmeye bağımlı (fer'i) veya bağımsız olması hususunda, kesin bir şey söylemek mümkün değildir. Escrow sözleşmesinde bu konuda açık bir hüküm bulunması halinde, belirtilen hükme göre hareket edilecektir. Bağımsızlık veya fer'ilik konularında herhangi bir hüküm bulunmadığı veya sözleşmeden anlaşılamadığı takdirde, somut sözleşmenin hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır.

Escrow sözleşmesinde escrow konusu olarak belirlenip; escrow aracısına teslim edilmesi gerekenler, yalnızca taşınır ve maddi değeri olan (fıkrî, sınai haklar vb.) haklar olarak belirlenebilecektir. Escrow konusunun, escrow aracısına teslim edildiği durumda; misli eşya söz konusu ise bu taşınırın mülkiyeti escrow aracısına geçecektir. Misli olmayan bir eşya escrow konusu olarak belirlendiyse; escrow konusunun zilyetliği devredilmiş olmaktadır. Escrow konusu olarak misli olmayan eşyanın kararlaştırılması halinde de inancılı işlem ile mülkiyetin escrow aracısına geçmesi sağlanabilecektir. Belirtilen durumlar, sözleşme ile bu konuda herhangi bir düzenleme olmaması halinde gündeme gelecektir. Uygulamada genellikle zilyetliğin devredilmesinin kararlaştırıldığı sözleşmeler tercih edilmektedir.

Escrow sözleşmelerinin ücretsiz yapılması mümkün olsa da; bu sözleşmelerin genellikle ücret karşılığında yapıldığı görülmektedir. Ücretin belirlenmesi ve tarafların bu ücretten, hangi oranda sorumlu olduklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar, belirtilen konulara ilişkin olarak, sözleşmede serbestçe düzenlemeler yapma olanağına sahiptir.

Escrow sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusu olmakla birlikte; uygulamadaki escrow sözleşmelerinin, ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir. Escrow sözleşmelerinde; özellikle birçok kişiye hitap eden ve aynı anda binlerce işlemin yapılabileceği online ve kaynak kod escrow sözleşmelerinin oluşturulması sırasında; genel işlem koşulları içeren sözleşme metinleri, tercih edilmektedir. Böylece sözleşmenin geçerli olarak kurulması için gereken unsurların unutulması engellenmektedir ve genel işlem koşullarına ilişkin kanunda yer alan düzenlemelerden yararlanılmasına olanak sağlanmaktadır.

Escrow sözleşmeleri, tarafların arasındaki temel ilişkinin türüne göre çeşitlere ayrılmaktadır. Teknolojideki gelişmelerle birlikte, escrow sözleşmelerinin uygulama alanı da genişlemiş; özellikle online yapılan işlemlerde escrow sözleşmeleri tercih

edilmeye başlanmıştır. Bilgisayar programı satışında, kaynak kod escrow sözleşmesinin kullanıldığı görülmektedir. Kaynak kod escrow sözleşmesi, programcı ile müşteri arasında bir bilgisayar programı devredilirken, programın devamlılığının ve güncelliğinin sağlanmasının teminat altına alınması amacıyla yapılmaktadır. Programın güncellenmesi, onarılması ve değiştirilmesi gibi işlemlerde, kaynak kod olmazsa olmazdır. Bu kaynak kod ve programda değişiklik yapılması için gerekli olan diğer şeyler, şart gerçekleşene kadar escrow aracısı nezdinde muhafaza edilmektedir. Kaynak kod escrow sözleşmesinde, temel sözleşmede teslim edilmesi gerekli olmayan bir şey, escrow konusu olarak belirlenmektedir ve ayrıca teslim edilen şey, kaynak kodun yalnızca bir kopyasıdır. Belirtilen özellikler, kaynak kod escrow sözleşmesinin diğer escrow sözleşmelerinden farklı olan yönlerini oluşturmaktadır. Ayrıca diğer escrow sözleşmelerinden farklı olarak kaynak kod escrow sözleşmesinde; birçok ülkede, escrow aracısı olabilecekler konusunda, sınırlamalar getirilmiştir. Online escrow sözleşmesi ve son zamanlarda dünya genelinde geniş bir kullanıma kavuşan bitcoin ile yapılan işlemlerde kullanılan escrow sözleşmesi, teknoloji alanındaki diğer escrow sözleşmeleri olarak belirtilebilecektir. Özellikle mortgage ile konut edinilmesi işlemlerinde; fatura ve giderlerin ödenmesinin teminatının sağlanması için, bankada escrow hesabı açıldığı görülmektedir. Belirtilenler dışında temel sözleşmenin türüne göre çeşitli escrow sözleşmelerinin oluşturulabilmesi mümkündür.

Escrow sözleşmesinde temel sözleşmenin tarafları; escrow konusunu escrow aracısına teslim etme, kararlaştırılmışsa ücret ödeme, escrow aracısının sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirirken yaptığı masrafların karşılanması (giderleri ödeme) ve escrow aracısının, yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesinden dolayı meydana gelen ve escrow aracısının aleyhine oluşan zararları ödeme (zararlardan sorumluluk) ile yükümlüdür. Temel sözleşmenin taraflarının sözleşme ile farklı yükümlülükler üstlenmeleri de

mümkündür. Aksi sözleşme ile belirlenmediği sürece; temel sözleşmenin taraflarının birlikte sorumlu oldukları durumlarda, tarafların müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı, kabul edilmektedir.

Escrow aracısının yükümlülükleri belirlenirken, escrow sözleşmesindeki hükümler dikkate alınmalıdır. Escrow aracı, escrow sözleşmesi ile sınırlı olarak belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Escrow aracısının ilk yükümlülüğü, escrow konusunu teslim almaktır. Genel saklama sözleşmesindeki özelliğin aksine; escrow sözleşmesinde escrow aracısının, escrow konusunun kendisine teslim edilmesini isteme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Teslim edilmeme durumuna ilişkin uygulamada çeşitli çözüm yöntemleri benimsenmiştir. Escrow aracısının ikinci yükümlülüğü ise sınırlı bir inceleme yükümlülüğüdür. Sözleşme ile muhafaza edilen şeyin temel sözleşmeye ilişkin olduğu ve işlevini eksiksiz yerine getirdiği (doğrulama faaliyeti) konusunda güvence verilmektedir. Belirtilen şekilde yapılan sözleşmelere, “aktif escrow sözleşmeleri” adı verilir ve sözleşmenin teminat fonksiyonunu yerine getirebilmesi için bu sözleşmeler tercih edilmelidir. Genelde escrow konusu olarak pahalı ve önemli şeylerin kararlaştırılması nedeniyle kayba uğramak istemeyen tarafların korunması için, gelişen teknoloji ve şifreleme yolları ile birlikte çeşitli doğrulama yöntemleri geliştirilmiştir. Özellikle teknoloji alanındaki escrow sözleşmelerinde, doğrulama yöntemleri tercih edilmektedir. Escrow aracısının üçüncü yükümlülüğü olan muhafaza yükümlülüğü konusunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde, genel saklama sözleşmesinde saklayanın muhafaza borcu dikkate alınmaktadır. Ayrıca escrow aracısının açıklama, sadakat ve özen yükümlülükleri de bulunmaktadır. Escrow aracısının son yükümlülüğü ise şartın gerçekleşmesi durumunda, escrow konusunu geri verme yükümlülüğüdür. Escrow aracı, taraflar arasında bir “hakem” konumunda değildir ve şartın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Geri verme yükümlülüğü, escrow sözleşmesinin en önemli aşamalarından birini

oluşturmaktadır. Bu nedenle geri vermenin nasıl gerçekleştirileceği konusu, escrow sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

Escrow sözleşmesinin sona ermesi hususu, sürekli sözleşme özelliği de dikkate alınarak incelenmelidir. Sözleşme ile belirlenen koşullar gerçekleştikten sonra, escrow konusunun taraflardan birisine teslim edilmesiyle escrow sözleşmesi sona erecektir. Ayrıca temel sözleşmenin taraflarının ortak talimatıyla da sona erebilecektir. Ancak üçüncü kişi yararına escrow sözleşmelerinde teminat amacının yerine getirilebilmesi için, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin de sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda rızasının bulunması gereklidir. Belirli süreli escrow sözleşmelerinde, sürenin dolup escrow konusunun taraflardan birisine teslim edilmesiyle sözleşme sona erecektir. Süre belirlenmediğinde ise dürüstlük kuralına göre şartın gerçekleşmesinin beklenebileceği ana kadar, sözleşmenin devam edeceği kabul edilmelidir. Escrow sözleşmeleri, aksi kararlaştırılmadığı sürece; yalnızca haklı sebebe dayanılarak olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilecektir. Belirtilen haklı sebepler ise sadece kişilik haklarının aşırı bir biçimde sınırlanması sonucunu doğuran durumlar için söz konusu olabilecektir. Sözleşme ile fesih konusunda farklı düzenlemelerin kararlaştırılması mümkündür. Escrow sözleşmesinin, ikale sözleşmesi yapılarak sona erdirilmesi de mümkündür. Escrow konusunun, escrow aracısının kusuru olmaksızın kaybolması veya yok olması halinde; escrow aracısı yükümlülüklerinden kurtulacak olup, temel sözleşmenin taraflarına tazminat ödemeyecektir. Ancak escrow konusu olarak cins borcu olan şeyler kararlaştırıldıysa veya kaynak kod escrow sözleşmesinde, kaynak kodun bir kopyası verildiyse; sözleşmenin sona ermeyeceği ve escrow aracısının yükümlülüklerinin devam edeceği kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA*

- AAREMÄE**, Helen/**KIVAR**, Alvo/ **PETTAİ**, Sirli, Legal Status and Liability of The Software Escrow Agent (IT Lab Task: an innovative study), Tartu 2018.
- ADAL**, Erhan, Fundamentals of Turkish Private Law (A Comparative Research), İstanbul 2012.
- AKARTEPE**, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2010.
- AKÇAAL**, Mehmet, “*Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*”, GÜHFD, C.18, S.1, 2014, s.49-69.
- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2013.
- AKİPEK**, Şebnem/**KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Sözleşmeler Rehberi (Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları), Ankara 2002.
- AKKANAT**, Halil, “*Kefaletin Fer’iliği ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 275-289.
- AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- AKYOL**, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.
- ALLEMANN**, Andrew, “*Protect Domain With Escrow Services*”, <https://www.namecheap.com/blog/escrow-protects-domain-transactions/> (s.e.t 19.03.2018).
- ANDRESEN**, Katheryn/ **SALYERS**, Jen, “*Source Code Escrow*”, s. 1-25, http://www.bssdlaw.com/files/lbcs_source_code_escrow.pdf (s.e.t 24.03.2018).

* Aynı yazarın birden fazla kaynağına çalışmamızda yer verildiği durumlarda; eserlerin karıştırılmamasını sağlamak için, dipnotlarda kısaltmalar kullanılmıştır. Bu kısaltmalar eserlerin sonunda parantez içerisinde belirtilmiştir.

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, İstanbul 2015 (Borçlar Genel).

ANTALYA, Gökhan, “*Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği*”, Yargıtay Dergisi, C.13 S.4, 1987, (Hizmet Akdi), s. 456-479.

ARIKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.

ARAL, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.

ARAT, Ayşe, İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, 2006, s. 239-250.

AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.

AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2000.

AYBAY, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.

AYDOĞDU, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2017.

AYRANCI, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara 2006 (Önsözleşme).

AYRANCI, Hasan, “*Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesi*”, AÜHFD, Cilt: 53 Sayı:2, Ankara 2004 (Kefalet-Şekil), s. 95-121.

BAL, Nurullah, “*İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi*”, GÜHFD, C.17 S.1-2, 2013, s. 315-351.

BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986 (Teminat Mektupları).

BARLAS, Nami, “*Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri*”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt-2, İstanbul 2003 (Ayni Teminat), s.569-591.

BELEN, Herdem, Barter Sistemi Hukukî Yapısı ve İşleyişi, İstanbul 2007.

BELL, Wayne/ **SUMMER**, Bakotich, “*Surviving the Real Estate "Escrow" Process in California: Important Things and Tips You Should Know, and Mistakes to Avoid*”, s. 1-40, http://www.dre.ca.gov/files/pdf/Escrow_Info_Consumers.pdf (s.e.t. 30.10.17).

BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973.

BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

BLACK, Henry Campbell, Black’s Law Dictionary (Editör: Bryan A. Garner), 10th. Edition, USA 2014.

BLAN, Ollie Jr., “*A Survey of Escrow-A Legal Adolescent*”, Arkansas Law Review, C. 64, 1954, s. 164-171.

BLACKSTONE, William, Blackstone’s Commentaries on the Law, Washington 1941.

BLICKENSTROFER, Kurt, “*Der Sourcecode-Escrow*”, THOMANN/Felix H./ RAUBER, Georg, Softwareschutz, Bern 1998, s. 211-249.

BOWMAN, Arthur/**WILLIGAN**, Denny, Real Estate Law in California, USA 1958.

BOZER, Ali/**GÖLE**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.

BOZKURT, Tamer, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık, Ankara 2007.

BYRNE, Thomas M., “*Escrow and Bankruptcy*”, The Bussiness Lawyer, C. 48, 1993, s.761-778.

CANSEL, Erol/**ÖZEL**, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, Ankara 2017.

CHRISTIANSEN, Jon, “*Doing Software Escrows Right Licensing*”, The computer and Internet Lawyer, C. 21, S. 6, 2004, s. 17-25.

CONWAY, Charles, Scammers Spammers&Social Engineers, USA 2011.

DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, “*Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2017, s. 33-53.

DEMİR, Bahadır, Paket Tur Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında), Ankara 2015.

- DEMİRÇARK**, Sezi, “*Escrow Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ile Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Uygulaması*”, Hukuk Postası 2016, İstanbul 2017, s.9-14.
- DENSON**, Walter, “*The Source Code Escrow: A Worthwhile or Worthless Investment*”, Rutger Bankruptcy Law Journal, C.1, 2002, s. 1-16.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- DOĞANCI**, Doğa Ekrem, “*Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması*”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, 2014, s. 95-131.
- EDWARDS**, Martin, “*Software Supply Contracts*”, Business Law Review, C.8, S.3, 1987, s. 59-60,
<http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=BULA1987022>
(s.e.t. 24.03.2018).
- EİSENHUNT**, Stefan, Escrow-Verhältnisse, Basel 2009.
- ERALP**, Özgür, Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü, Ankara 2007.
- ERDEM**, Nursel, Roma ve Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008).
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017 (Borçlar Genel).
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017 (Borçlar Özel).
- EREN**, Fikret, “*İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Ankara 2008 (İsimsiz Sözleşme), s. 85-111.
- ERMAN**, Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2007.
- ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2012.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2012.
- ESKİ**, Mehmet, Şirket Satın Almaları, Ankara 2018.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Akdin Muhtelif Nevileri-Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1978.

FREEMAN, Edward H., “*Source Code Escrow*”, Information Systems Security, C. 13, S.1, 2004, s. 8-12.

FROST, Stephen, “*Thailand Passes Escrow Act*”, s. 1-4,
www.bccthai.com/asp/view_doc.asp?DocCID=130 (s.e.t. 22.03.2018).

GELLIS, Josef, Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs, Zürich 2005.

GERSTER, Stefan, Das Escrow Agreement als Obligationenrechtlicher Vertrag, Zürich 1991.

GRUNDER, Silvio, “*Genügt der Escrow doch?*”, GesKR, C. 4, 2016, s. 449-457.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I, İstanbul 2013 (Cilt-I).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, İstanbul 2013 (Cilt-II).

GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

HARTMANN, Torsten, “*Best Bitcoin Escrow Services Currently Available*”,
<https://captainaltcoin.com/best-bitcoin-escrow-services/> (s.e.t. 12.05.2018).

HATEMİ, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992 (Borçlar Özel).

HELMS, Shawn/**CHENG**, Alfred, “*Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd?*”,

http://www.cio.com/article/187450/Source_Code_Escrow_Are_You_Just_Following_the_Herd_ (s.e.t. 24.04.2018).

HEMINWAY, Joan Macleod/**MCLEMORE**, Timothy, “*Acquisition Escrows In Tennessee: An Annotated Model Tennessee Acquisition Escrow Agreement*”, Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, C.7, S.2, 2006, s. 273-293,
<http://trace.tennessee.edu/transactions/vol7/iss2/3/> (s.e.t. 22.03.2018).

- HERMAN**, Ira, “*Looking At Escrow Agreements Through TheBankruptcy Lens*”, <https://www.law360.com/articles/639992/looking-at-escrow-agreements-through-the-bankruptcy-lens> (s.e.t. 20.07.2018).
- İNAN**, Ali Naim/YÜCEL, Özge, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- İŞGÜZAR**, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- JACOBSEN**, Karen Lee, “*California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?*”, Pasific Law Journal, C. 17, 1985-1986, s. 309-326.
- JOHNSON**, Alex, Understanding Modern Real Estate Transactions, USA 2012.
- JONES**, Asterley/FISCHER, J.C., Mozeley and Whiteley’s Law Dictionary, İngiltere 1950.
- JOWITT**, Earl/WALSH, Clifford, The Dictionary Of English, Cilt-I, Londra 1959.
- KAPLAN**, İbrahim, “*Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayinininden Uygulanacak Kurallar*”, AÜSBFD, C.49 S.1, 1994, s. 273-289.
- KARATEKE**, Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006.
- KARAUZ**, Agah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014.
- KARTAL**, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- KESKİN**, Dilşad, “*Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.3, S.10, 2012, s. 95-128.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU YILMAZ**, Kumru, “*Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt: II, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Özel Sayı), C.22, S.3, 2016, s. 1759-1771.
- KIRCA**, İsmail, “*Escrow Sözleşmesi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19 S. 1, 1997-1998, s. 45-62.

KOCABAŞ, Gediz, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt: II, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), C.22 S.3, 2016, s. 1797-1822.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt-I, İstanbul 2010 (Borçlar Genel).

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

KUSCHKE, B. Prozesky, “*Depositum and Escrow: Their Current Application in Computer Source Code in South African Law*”, De Jure, C. 36 S.1,2003, s. 278-289.

KUSTER, Matthias, “*Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien*”, SZW, 1996, s. 68-75.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2002.

LADIKA, Susan, “*The Pros and Cons of Saving in Escrow Account*”, <https://www.bankrate.com/finance/real-estate/pros-cons-saving-escrow-account-1.aspx> (s.e.t. 14.05.2018).

LAW, Jonathan/**SMULLEN**, John, (OXFORD) A Dictionary of Finance and Banking, USA 2008.

MILLER, Roger Leroy, Fundamentals Of Bussiness Law Today: Summarized Cases, USA 2016.

MILLS, Edwin, “*The Functioning and Regulation of Escrow Accounts*”, Housing Policy Debate, C. 5, S.2, 1994, s. 203-218.

MURRAY, John, “*Mortgage Workouts: Deeds in Escrow*”, Real Property, Probate and Trust Journal, S. 41/2, 2006, s. 185-226.

NAGAEV, Boris, “*Bitcoin Deposits for Deals (Howto)*”, https://github.com/starius/bitcoin-escrow-article/blob/master/article_en.md (s.e.t. 12.05.2018).

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1994.

NEUMANN, Grid/NEUMANN, Jürgen, The Escrow E-Book (Security Advice from Experts for Decision Makers, <http://software-escrow-international.de/files/77/the-escrow-e-book.pdf> (s.e.t. 20.07.2018).

NOMER, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012 (Borçlar Genel).

NOMER, Haluk Nami/ENGİN, İlkay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Birinci Fasikül, Giriş, M. 207-214,245, Ankara 2015 (Şerh).

NOMER ERTAN, Füsün, “*İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt:I, İstanbul 2001, s. 395-418.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012 Cilt-I (C-I).

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012 Cilt-II (C-II).

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

OKTAY, Saibe, “*İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması*”, İÜHFİM, C.55, S. 1-2, 1995-1996, s. 263-296.

OKUTAN NİLSSON, Gül, Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, İstanbul 2016.

ÖKTEM ÇEVİK, Seda, Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, İstanbul 2008.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “*Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/II*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt: II, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), C.22, S.3, 2016, s. 2349-2361.

ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014.

ÖZKAYA, Eraslan, Açıklamalı ve İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2017 (İnançlı İşlem).

ÖZKAYA, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2016 (Vekâlet).

ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.

PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri”, TBB Dergisi, S.128, 2017, s. 231-273.

PARTRIDGE, Eric, Origins A Short Ethymological Dictionary Of Modern English, Londra ve New York 2006.

PAUL, Malak, “Escrow Agreements in Bussiness Acquisitions (with Model Agreement)”, s. 1-4,

http://files.ali-cle.org/thumbs/datastorage/lacidoirep/forms/PL_Malak_TPL0006_thumb.pdf (s.e.t. 25.03.2018).

POROY, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

PRENDERGAST, James, “Where’s My Money In The Escrow Account?”, The Practical Real Estate Lawyer, Yıl: 2013, s. 25-27.

PRITCHARD, Justin, “What is Escrow”, <https://www.thebalance.com/what-is-escrow-315826> (s.e.t. 10.05.2018). **İLİSEKAR**, Anisha, “What is Escrow Account?”,

<https://www.nerdwallet.com/blog/mortgages/escrow-account/> (s.e.t. 15.05.2018).

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012 (Borçlar Genel).

REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013(Kefalet).

RUHİ, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku Cilt-I, Ankara 2013 (Cilt-I).

RUHİ, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku Cilt-II, Ankara 2013 (Cilt-II).

- SAND SANDLER**, Corey/**KEEFE**, Janice, Legal Words You Should Know, USA 2009.
- SARI**, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.
- SAYIN**, Feyza Eren, Paket Tur Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- SCHLUEP**, Walter, Innominatvertraege, Separatdruck aus “Schweizerisches Privatrecht”, Basel/Stuttgart 1979.
- SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- SEVİNÇ KUYUCU**, Aslıhan, Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2016.
- SİRMEN**, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2016.
- SOMUNCUOĞLU**, Ünal, Türk Borçlar Kanunu Işığında Akreditif Hukuku, Ankara 2017.
- STEKHOVEN**, Andrew, “Active Software Escrow’s Usefulness for Companies Embracing”, Cobit Focus, C.3, 2012, s. 1-5.
- SULLIVAN**, Bob, “Fake Escrow Site Widens”,
http://www.nbcnews.com/id/3078510/ns/technology_and_science-tech_and_gadgets/t/fake-escrow-site-scam-widens/#.WvLD0S_BLOQ
(s.e.t. 10.05.2018).
- SÜTÇÜ**, Nezih, (Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle) Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt:1, Ankara 2016.
- SWANSON**, James, “Source Code Escrow”, Kanada 2001,
<https://www.innovasafe.com/doc/swanson.doc> (s.e.t. 24.03.2018).
- ŞAHİN**, Turan, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Ankara 2010.
- ŞARLAK**, Zeynep, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka Hakkı Üzerindeki Etkisi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006.
- ŞEKER**, Şadi Evren, “Derleyici (Compiler)”,

<http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2008/01/03/derleyici-compiler/> (s.e.t. 26.04.2018).

TA'EED, Collis, “*Taking Payment with PayPal, Escrow and other Online Options*”, <https://business.tutsplus.com/articles/taking-payment-with-paypal-escrow-and-other-online-options--fsw-50> (s.e.t. 09.05.2018).

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, İstanbul 2008 (I/1-2008).

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II, İstanbul 2010 (II).

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 1985 (I/1-1985).

TANDOĞAN, Halûk, “*Kefaletin Geçerlilik Şartları*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.9, S.1, 1977(Kefalet), s. 19-54.

TAR, Andrew, “*Escrow, Explained*”, <https://cointelegraph.com/explained/escrow-explained> (s.e.t. 12.05.2018).

THOMSON, William, Thomsons’s Dictionary of Banking, Londra 1951.

TİFFANY, Herbert, “*Delivery Of Deeds in Escrow*”, The Lawyer & Banker & And Southern Bench and Bar Review, C. 20, 1914, s. 207-212.

TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007.

TOPUZ, Murat, “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1123-1138.

TUĞLACI, Pars, (İngilizce-Türkçe) İktisadi Ticari Hukuki Terimler Sözlüğü, İstanbul 1988.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II, İstanbul 1974.

UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt-II, Ankara 2012.

ÜLGEN, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**,

- Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2015.
- WARDEN**, Ben/**LANG**, Karen, “*Australia: Tips And Traps–Escrow Agreements*”,
<http://www.mondaq.com/australia/x/53270/IT+internet/Tips+And+Traps+Escrow+Agreements> (s.e.t. 22.03.2018).
- WEBSTER**, Meriam, Webster's Third New International Dictionary, Springfield 1986.
- WEİGL**, Elisabeth/**BİNDER**, Johannes/**STROLDL**, Stephan/ **KOLANY**, Barbara/
DRAWS, Daniel/ **RAUBEL**, Andreas, “*A Framework for Automated Verification in Software Escrow*”, iPRES 2013 -10th International Conference on Preservation of Digital Objects, Biblioteca Nacional de Portugal, C. 1, 2013, S. 95-103.
- WILLIAM**, Andrew Ingraham, “*Escrow Agreements Elements of an Escrow*”,
University of Miami Law Review, C. 8, S.1, 1953, s.75-84,
<https://repository.law.miami.edu/umlr/vol8/iss1/9/> (s.e.t. 19.07.2018).
- WILLEY**, John, Software Escrow For Dummies (Iron Mountain Edition), USA 2012.
- WRIXEN**, Ismael, “*What is Escrow? Stay Safe Buying and Selling Online*”,
<https://feinternational.com/blog/what-is-escrow/> (s.e.t. 09.05.2018).
- YALÇINDURAN**, Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2016.
- YAVUZ**, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt-II, Ankara 2013.
- YAVUZ**, Nihat, Yeni ve Eski Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara 2011.
- YAZICI**, Emre, Sıfırdan Başlayarak Algoritma ve Programlama Öğrenme, İstanbul 2008.
- YELMEN**, Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.
- YENER**, Mehmet Deniz, Vedia Sözleşmesi, Ankara 2008.

YENİCE, Arife Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009.

YEOMANS, Richard, “*Escrow Agent Liability: A Trial Lawyer’s Perspective*”, State Bar of Texas 32nd Annual Advanced Real Estate Law Course, San Antonio 2010, s. 1-10, https://gdhm-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2016/08/rdy-chpt_38_escrow_agent_liability.pdf (s.e.t. 17.05.2018).

YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016 (Borçlar Genel).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999 (Bilgisayar Programı).

YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara 2015 (Genel İşlem Şartları).

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005 (Sözlük).

YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016.

E-KAYNAKLAR

<https://www.etymonline.com/word/escrow> (s.e.t. 27.10.2017).

<https://en.oxforddictionaries.com/definition/escrow> (s.e.t. 27.10.2017).

<https://translate.google.com/#en/tr/escrow> (s.e.t. 27.10.2017).

<https://www.sozluk.net/ingilizce-turkce-ceviri> (s.e.t. 30.10.2017).

<https://translate.google.com/#de/tr/escrow> (s.e.t. 27.10.2017).

<http://www.wordreference.com/entr/escrow> (s.e.t. 31.10.2017).

<https://ceviri.yandex.com.tr/?lang=en-tr&text=escrow> (s.e.t. 31.10.2017).

<https://www.seslisozluk.net/escrow-nedir-ne-demek/> (s.e.t. 31.10.2017).

<http://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/escrow%20agreement> (s.e.t. 31.10.2017).

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=17003.&lawCode=FIN (s.e.t. 30.10.2017).

www.kazanci.com.tr (26.07.2018).

<https://nationalsoftwareescrow.com/single-beneficiary/> (s.e.t. 11.06.2018).

<https://www.escrow.com/support/faqs/what-can-i-buy-or-sell-using-the-online-escrow-service> (s.e.t 19.03.2018).

<https://www.wellsfargo.com/mortgage/learning/what-is-an-escrow-account-video> (s.e.t 19.03.2018).

<http://www.westerntitle.com/what-title-and-escrow> (s.e.t 19.03.2018).

<https://www.escrow.com/support/faqs/what-can-i-buy-or-sell-using-the-online-escrow-service> (s.e.t 19.03.2018).

<https://www.escrow.com/fee-calculator> (s.e.t. 22.03.2018).

<http://www.nylawfund.org/pubs/escrow.shtml> (s.e.t. 25.03.2018).

<https://www.contractstandards.com/public/clauses/source-code-escrow> (s.e.t. 26.03.2018).

<https://www.escrow.com> (s.e.t. 26.03.2018).

<http://contactescrowinc.com> (s.e.t. 26.03.2018).

<https://www.escrowtech.com> (s.e.t. 26.03.2018).

<https://www.rsm.global/newzealand/service/escrow> (s.e.t. 06.05.2018).

https://www.chip.com.tr/haber/acik-kaynak-kod-nedir-size-de-gerekli-mi_38478.html
(s.e.t. 01.05.2018).

<http://www.uysm.org/anasayfa.aspx> (s.e.t 01.05.2018).

<https://www.nccgroup.trust/uk/our-services/software-escrow-and-verification/> (s.e.t. 01.05.2018).

<http://www.saes.co.za/index.html> (s.e.t. 02.05.2018).

<http://software-escrow-international.de/5/home> (s.e.t 02.05.2018).

<https://www.escrowtech.com/article.php> (s.e.t. 11.06.2018).

<http://software-escrow-international.de/165/verification/software-code-audit> (s.e.t. 02.05.2018).

<http://www.ironmountain.com/information-management/software-escrow/escrow-verification> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://www.escrow.com/what-is-escrow> (s.e.t 09.05.2018).

<https://www.e-escrow.com/#Howe> (s.e.t. 09.05.2018).

<http://www.crowncityescrow.com/#> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://www.prestigeescrow.com/what-is> (s.e.t. 10.05.2018).

<http://escrowmyether.com/> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://www.escrow.com/fee-calculator> (s.e.t. 10.05.2018).

https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2016/05/160531_paypal_turkiye (09.05.2018)

<https://www.paypal.com/tr/home> (s.e.t. 09.05.2018).

<https://support.flippa.com/hc/en-us/articles/204006050-Flippa-Escrow-FAQ> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://aplegal.com/domain-name-escrow/> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://paysafeescrow.com/documentation/> (s.e.t. 09.05.2018).

<https://www.escrowindia.com> (s.e.t. 09.05.2018).

<https://www.e-escrow.com/#Howe> (s.e.t. 09.05.2018).

<https://www.ag.state.mn.us/consumer/Publications/EscrowScams.asp> (s.e.t. 09.05.2018).

http://www.dbo.ca.gov/Consumers/finance/OnlineEscrow_FAQs.asp (s.e.t. 10.05.2018).

<https://www.ag.state.mn.us/consumer/Publications/EscrowScams.asp> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://sedo.com/us/about-us/policies/domain-escrow-service-agreement/>
(s.e.t. 10.05.2018).

<https://www.escrow.com/support/faqs/how-does-a-fraudulent-escrow-site-defraud-sellers> (s.e.t. 10.05.2018).

<https://www.btcturk.com/yardim/bitcoin-nedir> (s.e.t. 12.05.2018).

<http://btcwonder.com/bitcoin-escrow-service-multisignature/> (s.e.t. 12.05.2018).

<https://bitspend.net/escrow/> (s.e.t. 12.05.2018).

<https://cryptoexchangescript.com/blog/posts/bitcoin-escrow-system-makes-hope-for-newbies> (s.e.t. 12.05.2108).

<https://sellbitbuy.net/blog/posts/How-to-establish-highly-recommended-escrow-application-for-bitcoin-trading-business-?-> (s.e.t. 12.05.2018).

<https://www.ameriabank.am/Content.aspx?id=Escrow&page=98&lang=28>
(s.e.t. 14.05.2018).

<https://www.illinoisnationalbank.com/How-Escrow-Accounts-Work> (s.e.t. 14.05.2018).

<https://ecfr.io/Title-12/pt12.8.1024#sp12.8.1024.b> (s.e.t. 15.05.2018).

<https://www.illinoisnationalbank.com/How-Escrow-Accounts-Work> (s.e.t. 15.05.2018)

<https://www.escrow.com/escrow-account> (s.e.t.15.05.2018).

<http://www.expobank.eu/eng/left/private-persons/escrow-account> (s.e.t. 15.05.2018).

<https://seb.lt/eng/business/daily-banking/bank-account-and-transfers/escrow-account>
(s.e.t. 15.05.2018).

<https://www.escrowlondon.co.uk/verification/> (s.e.t. 09.07.2018).

<https://www.escrowtech.com/article.php> (s.e.t. 09.07.2018).

<https://www.escrow4all.com/wp-content/uploads/2016/05/White-Paper-Escrow-Verification.pdf> (s.e.t. 09.07.2018).

<http://www.escrow-global.com/About-Verification.html> (s.e.t. 09.07.2018).

<https://www.nccgroup.trust/uk/our-services/software-escrow-and-verification/software-verification/> (s.e.t. 09.07.2018).

<http://www.ironmountain.com/information-management/software-escrow/escrow-verification> (s.e.t. 09.07.2018).

<https://www.escrowtech.com/software-escrow.php#storedSoftwareEscrowDetails>

(s.e.t. 10.07.2018).

<http://www.ironmountain.com/resources/whitepapers/c/cloud-computing-protection-strategies> (s.e.t. 10.07.2018).

http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20070516_0000362.SNY.htm/qx (s.e.t. 13.07.2018).

<http://www.softwareescrowguide.com/EscrowReleaseConditions.html>

(s.e.t. 18.07.2018).



ÖZET

Escrow sözleşmesi, bir temel sözleşmeye ilişkin borçların teminat altına alınması amacıyla, bu sözleşme ile ilgili taşınırın veya maddi değeri olan diğer hakların, sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan tarafsız ve yansız bir escrow aracısı tarafından, sözleşmede belirlenen koşullar gerçekleşinceye kadar muhafaza edilmesi ile oluşur. Koşulların gerçekleşmesi ile escrow aracısı kendisine teslim edilen escrow konusunu sözleşmenin taraflarından birine geri vermeyi üstlenmektedir.

Escrow sözleşmesi, TBK’da veya herhangi bir özel mevzuatta düzenlenmediği için isimsiz sözleşmeler sınıflandırması içerisinde yer alır. Escrow sözleşmesi, ülkemizde yeterince incelenmemiş olduğundan dolayı; escrow sözleşmesinin ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmıştır.

Bu amacı gerçekleştirebilmek için, çalışmanın birinci bölümünde escrow sözleşmesinin tanımı yapılmış ve hukuki niteliği incelenmiştir. Çalışmamızın birinci bölümü, escrow sözleşmesinin benzer sözleşmelerle karşılaştırılması ile ilgili açıklamalarla sona erdirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, geçerli bir escrow sözleşmesinin kurulabilmesi için bulunması gereken unsurlara ve sözleşmenin şekline ilişkin incelemeler yer almaktadır. Escrow sözleşmeleri teknolojinin gelişmesi ile geniş bir kullanım alanına ulaşmıştır. Bu nedenle escrow sözleşmelerinin türleri; teknoloji alanındaki escrow sözleşmeleri ve diğer escrow sözleşmeleri olmak üzere ikili bir ayrım yapılarak incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde escrow sözleşmesinde yer alan tarafların borçları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Ayrıca bu bölümde escrow sözleşmesinin sözleşmenin sona ermesi de incelenmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmamızda ulaşılan sonuçlardan toplu bir şekilde bahsedilmiştir.

ABSTRACT

Escrow agreement is an agreement used as a form of security where one or more parties in a transaction place or deposit something, usually property or other assets, with a neutral, disinterested third party until some specific conditions occurrence. With the occurrence of the conditions, the escrow agent undertakes to return the property, which has been delivered to him, to one of the parties of the contract.

Escrow agreement is an unnamed contract due to the fact that it is not regulated by the Law of Obligations or in the form of a special Act. Escrow agreements has not been sufficiently examined in our country; therefore, the aim of this study is to analyse and make a comprehensive study on the escrow agreements.

In order to achieve our aim, in the first chapter we analyse the defition of escrow agreement and the legal status of the contract. The first chapter of our study concludes with explanations about the comprarision of escrow agreement with similar agreements.

The second chapter of our study includes the elements that must be present, in order to establish a valid escrow agreement and examinations of the form of the contract. Escrow agreements have reached a wide range of use with the development of technology. For this reason, the types of escrow agreements; escrow agreements in the field of technology and other escrow agreements have been examined by making a distinction between them.

Third chapter includes a detailed study of the obligations of the parties to the escrow agreements. Furthermore, the termination of the escrow agreements are examined in this chapter.

In the conclusion, we have mentioned collectively the results of our study.