



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DOKTORA TEZİ

ESCROW SÖZLEŞMESİ

ŞERAFETTİN EKİCİ

ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

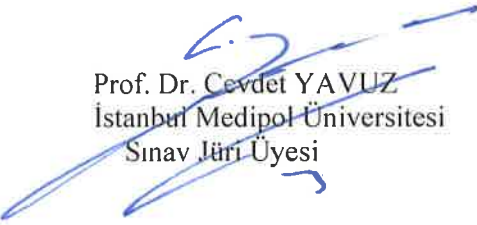
DANIŞMAN
Doç. Dr. Harun DEMİRBAŞ


İSTANBUL, 2018


KABUL ve ONAY SAYFASI

Şerafettin EKİCİ tarafından hazırlanan “*Escrow Sözleşmesi*” isimli Doktora Tez Savunma Sınavı 08 Ağustos 2018 tarihinde İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış olup aşağıda belirtilen jüri tarafından değerlendirilerek, OY BİRLİĞİ/ OY ÇOKLUĞU ile BAŞARILI/ BAŞARISIZ olarak kabul edilmiştir.


Doç. Dr. Harun DEMİRBAŞ
İstanbul Medipol Üniversitesi
Tez Danışmanı


Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
İstanbul Medipol Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi


Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER
İstanbul Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi


Doç. Dr. Ömer ÇINAR
İbn Haldun Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi


Dr. Öğr. Üyesi Emrah KULAKLI
İstanbul Medipol Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi

İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun **15.08.2018** tarih ve **2018/18-01** sayılı kararıyla onaylanmıştır.


Doç. Dr. Serdar KALE
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü V.



BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlamasından yazımına kadar bütün safhalarda etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışmasıyla elde edilemeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesine aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

ŞERAFETTİN EKİCİ



*Varlığıyla dünyayı aydınlatan, en büyük destekçim sevgili eşim
ve
gözümün nuru çocuklarım Kerem, Elif ve Esmâ'ya ...*

ÖZET

Bu tez çalışmasında; ABD’de bir mal varlığı değerinin devrini içeren her türlü sözleşmede, 1850’li yıllardan itibaren uygulanmakta olan escrow sözleşmesi Türk Hukuku ile karşılaştırılarak incelenmiştir.

Bu kapsamda, öncelikle escrow sözleşmesinin tarihi gelişimi, tanımı, kurucu unsurları, kurulması, hukukî nitelikleri ortaya konulmuş ve benzer hukukî ilişkiler ile bu açılardan karşılaştırması yapılmıştır.

Sonrasında escrow sözleşmesinden doğan borçlar ile bu borçlara aykırı davranılmasının sonuçları incelenmiş; escrow sözleşmesinin birlikte uygulanacağı bazı temel ilişkiler ve bu temel hukukî ilişkilerle escrow sözleşmesinin birlikte uygulanmasının göstereceği özellikler ele alınmış; son olarak ise escrow sözleşmesinin ve sözleşmeden doğan borçların sona ermesi incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELE

Escrow sözleşmesi, şartlı teslim, Kaliforniya Escrow Kanunu, yedieminlik sözleşmesi, saklama sözleşmesi

ABSTRACT

In this thesis, the escrow agreement, which has been applied since 1850, has been examined in all agreements that include the transfer of the value in United States of America, in comparison to Turkish Law.

To the scope of this, first of all escrow agreement's historical development, definition, constituent components, establishment and legal characteristics are revealed and comparison has been made between escrow agreement and similar legal relations in this respect.

Later, obligations emerged from the escrow agreements and consequences contravening these obligations is examined; the basic legal relations that are applied with escrow agreements and features of this application is addressed; finally, termination of the contract and obligations arise from the contract has been examined.

KEY WORDS

Escrow agreement, conditional delivery, California Escrow Code, trust deed, safekeeping contract

ÖNSÖZ

Escrow sözleşmesi, dünyanın en büyük ekonomilerinden biri olan ABD’de, mal varlığı devrini içeren sözleşmelerde 1850’li yıllardan itibaren çok yaygın olarak uygulanmakta ve uluslararası ticarete de yaygın olarak bilinip uygulanmakta olmasına rağmen, ülkemizde yeterli düzeyde uygulama alanı bulamamıştır. Oysa ki, ABD’de uygulamada escrow sözleşmesinin yerine getirdiği fonksiyonlar göz önüne alındığında, ülkemizde de escrow sözleşmesinin yeterince bilinip uygulamada kendisine yer edinmesi halinde, ticaret hayatında yaşanan birçok sorunu bertaraf edeceği açıktır.

Bu kapsamda Türk hukukuna faydalı olacağı ümidiyle hazırlamış olduğumuz tez çalışmamızın ilk gününden son anına kadar benden desteğini esirgemeyen tez danışmanı hocam Sayın Doç. Dr. Harun Demirbaş’a ve tezin hazırlanmasında her türlü yapıcı fikir ve desteğini benden esirgemeyen hocalarım Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a, Prof. Dr. Bilgehan Çetiner’e, Doç. Dr. Ömer Çınar’a ve Dr. Öğr. Üyesi Emrah Kulaklı’ya;

Gerek doktora ders döneminde gerekse yeterlilik sınavına hazırlandığım dönemde ve tez çalışması esnasında benden hiçbir desteğini esirgemeyen, tüm sıkıntı ve zorluklara benimle birlikte göğüs geren, vaz geçmek istediğimde elimden tutup beni yeniden ayağa kaldıran sevgili eşime ve benimle vakit geçirme haklarından fedakârlık yapmak zorunda kalan, gözümün nuru sevgili çocuklarım Kerem, Elif ve Esmaya;

Yine benden hiçbir desteğini esirgemeyen iş yerindeki sevgili çalışma arkadaşlarımla ayrı ayrı her birine;

Teşekkürlerimi sunuyorum.

Tez çalışmamızın Türk hukukuna hayırlı olması dileklerle...

Şerafettin EKİCİ

Bahçeşehir, 04.09.2018

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR	XVI
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI, AMACI, KURUCU UNSURLARI VE KURULMASI

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI, AMACI VE KONUSU.....	10
A. Escrow Sözleşmesinin Tarihi Gelişimi	10
B. Escrow Sözleşmesinin Tanımı	14
C. Escrow Sözleşmesinin Amaç ve Fonksiyonları	22
1. Yedieminlik	22
2. Devir Koşullarının Teminat Altına Alınması	23
3. İşlem Tarafının Korunması.....	24

4.	Uzmanlık.....	27
5.	Hesap Verilebilirlik	28
D.	Escrow Sözleşmesinin Konusu	29
II.	ESCROW SÖZLEŞMESİNİN KURUCU UNSURLARI.....	32
A.	Devreden, Devralan ve Escrow Tutan Olmak Üzere Birbirinden Bağımsız Borç Altına Giren Üç Taraf Olması	32
1.	Devreden Taraf	34
2.	Devralan Taraf	39
3.	Escrow Tutan	40
a.	Genel Olarak	40
b.	Escrow Tutanın Kendisine Teslim Edilen Edim Üzerindeki Zilyetlik Durumu	45
c.	Escrow Tutan Olarak Lisans Alma	47
d.	Birden Çok Kişinin Birlikte Escrow Tutan Olması	48
B.	Escrow İlişkisinin Dayanağı Olan Temel Hukukî İlişki	49
C.	Escrow Tutana Teslim Edilen Edim.....	50
1.	Genel Olarak.....	50
2.	Escrow Sözleşmesine Konu Olabilecek Edimler	52
3.	Edimin Mülkiyetinin, Yarar Ve Hasarının Geçmesi	53
a.	Edimin Mülkiyetinin Geçmesi	53

b.	Edimin Yarar ve Hasarının Geçmesi.....	55
c.	Escrow Sözleşmesine Konu Edim Üzerinde Üçüncü Kişilerin Haciz Talepleri	60
D.	Edimin Devrinin Bağlandığı Koşul.....	61
1.	Genel Olarak	61
2.	Escrow Sözleşmesinde Koşul Ve Koşulun Yerine Getirilmesi Gereken Süre	64
a.	Genel Olarak Escrow Sözleşmesinde Koşul	64
b.	Koşulun Yerine Getirilmesi Gereken Süre ve Bu Sürenin Hukukî Niteliği.....	67
III.	ESCROW SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	69
A.	Genel Olarak	69
B.	Escrow Sözleşmesinin Kurulması.....	71
1.	Escrow Sözleşmesinde Kurucu İrade Beyanları.....	71
2.	Escrow Sözleşmesinin Kurulma Ânı	73
IV.	ESCROW SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	75
A.	Genel Olarak	75
B.	Escrow Sözleşmesinde Şekil.....	77
1.	Kural: Şekil Serbestisi	77
2.	İspat İçin Yazılı Şekil Gerekliliği	79
V.	ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TEMSİL.....	81

A. Genel Olarak	81
B. Escrow Sözleşmesinde Temsil	84

İKİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	89
A. Kanunda Düzenlenmiş Olup Olmaması Bakımından	90
1. Genel Olarak	90
2. Escrow Sözleşmesin Türk Hukukunda İsimsiz Sözleşme Olması	92
B. Konusu Ve Amacı Bakımından	95
1. Genel Olarak	95
2. Escrow Sözleşmesinin Saklama Borcu Ve İş Görme Borcu Doğuran Bir Sözleşme Olması	96
C. Borç Altına Giren Sayısı Taraf Bakımından	97
1. Genel Olarak	97
a. Klasik Ayrım	97
b. Çok Taraflı Hukukî İlişkiler	98
2. Escrow Sözleşmesinin Çok Taraflı Bir Sözleşme Olması	105
D. Hukukî Sonuçları Bakımından	108

1.	Genel Olarak	108
2.	Escrow Sözleşmesinin Borçlandırıcı Sözleşme Olması	108
E.	Sözleşme İlişkisinin Süresi Bakımından	109
1.	Genel Olarak	109
2.	Escrow Sözleşmesinin Sürekli Edimli Sözleşme Olması	111
F.	Karşılıklı (İvazlı) Olup Olmaması Bakımından	113
1.	Genel Olarak	113
2.	Escrow Sözleşmesinin Kural Olarak İvazsız Sözleşme Olması ..	114
G.	Sözleşmenin Kurulması İçin Bir Şeyin Teslimi Gerekip Gerekmemesi Bakımından	117
1.	Genel Olarak	117
2.	Escrow Sözleşmesinin Rızaî Sözleşme Olması	119

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKÎ İLİŞKİLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI 120

A.	Genel Hizmet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	120
B.	Vekalet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	123
C.	Vekaletsiz İş Görme İle Karşılaştırılması	127
D.	Havale İle Karşılaştırılması	130
E.	Akreditif İle Karşılaştırılması	133
F.	Saklama Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması	137

1.	Genel Saklama Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	137
2.	Güvenilir Kişiye Bırakma İle Karşılaştırılması	140
3.	Mislî Şeyleri Saklama Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	141
G.	Kefalet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	142
H.	Satış İçin Bırakma Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	144
İ.	Acentelik ve Simsarlık Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması	147
J.	Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	150

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI VE BU BORÇLARA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

I.	TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI	153
A.	Devreden Tarafın Borçları	153
1.	Edimi Escrow Tutana Teslim Etme Borcu	153
2.	Koşulun Gerçekleşmesi Halinde Devire Razı Olma Borcu.....	155
3.	Escrow Tutanın Masraf, Zarar Ve Ücretini Ödeme Borcu.....	156
4.	Edimi İade Alma Borcu	159
B.	Devralan Tarafın Borçları	160
1.	Belirlenen Koşulu Yerine Getirme Borcu	160
2.	Edimi Teslim Alma Borcu.....	161

3.	Escrow Tutanın Masraf, Zarar Ve Ücretini Ödeme Borcu.....	162
C.	Escrow Tutanın Hak Ve Borçları.....	162
1.	Bağımsız Ve Tarafsız Olma Borcu.....	162
2.	Sözleşme Konusu Edimi Saklama Borcu.....	163
3.	Kendisine Teslim Edilen Edimi Kullanmama Borcu.....	165
4.	Özen Borcu.....	166
5.	Sır Saklama Borcu.....	169
6.	Sözleşme Konusu Saklanan Edimi İlgili Tarafa Teslim Borcu...	170
7.	Ücret Talep Hakkı.....	172
8.	Escrow Tutanın Hapis Hakkı.....	175
a.	Genel Olarak.....	175
b.	Escrow Tutanın Kendisine Teslim Edilen Edim Üzerindeki Hapis Hakkı.....	177
II.	ESCROW SÖZLEŞMESİNDE BORÇLARIN İFASI.....	179
A.	Genel Olarak.....	179
B.	Escrow Sözleşmesinde İfanın Tarafları.....	180
C.	Escrow Sözleşmesinde İfanın Konusu.....	183
D.	Escrow Sözleşmesinde İfa Yeri.....	184
E.	Escrow Sözleşmesinde İfa Zamanı.....	186

III. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI	190
A. İfa Davası ve Cebri İcra	191
B. Tazminat Davası.....	195
C. Sözleşmeden Dönme	200
D. Borçlunun Temerrüdü	201
E. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrehendo).....	204
IV. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TARAF ALACAKLARININ DEVRİ VE BORÇLARININ YÜKLENİLMESİ.....	207
A. Genel Olarak	207
B. Escrow Sözleşmesinde Tarafların Alacağıın Devri Ve Borcunun Üstlenilmesi.....	209
1. Escrow Sözleşmesinde Alacağın Devri	209
2. Escrow Sözleşmesinde Borcun Üstlenilmesi.....	212
3. Escrow Sözleşmesinde Borca Katılma Ve Sözleşmenin Devri ...	213

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BİRLİKTE UYGULANABİLECEĞİ BAZI TEMEL HUKUKİ İLİŞKİLER

I. SATIŞ SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI.....	216
--	------------

A.	Genel Olarak	216
B.	Taşınır Satışı Sözleşmesi İle Birlikte Escrow Sözleşmesinin Uygulanması.....	220
1.	Escrow Sözleşmesine Konu Olabilecek Taşınırlar	221
2.	Escrow Sözleşmesi İle Birlikte Uygulanan Taşınır Satışına Konu Olan Taşınırın Zilyetlik Durumu	222
3.	Escrow Sözleşmesi İle Birlikte Uygulanan Taşınır Satışı Sözleşmesinde Teslimsiz Devir (Hükmen Teslim) ve Zilyetliğin Havalesi	224
C.	Taşınmaz Satışı Sözleşmesi İle Birlikte Escrow Sözleşmesinin Uygulanması.....	225
II.	ESER SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI.....	227
A.	Genel Olarak	227
B.	Eser Sözleşmesinde Taraf Edimlerinin Escrow Tutana Teslimi	230
III.	HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI.....	231
IV.	VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI.....	232
V.	DİĞER SÖZLEŞMELER İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI.....	234
VI.	ESCROW HESABI	235

BEŞİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	239
A. İfa İle Sona Erme.....	239
B. Bozma Anlaşması (İkale) İle Sona Erme	240
C. Tek Taraflı Sona Erdirme.....	243
II. ESCROW SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN SONA ERMESİ	251
A. İbra	251
B. Yenileme	253
C. Alacaklı Ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi.....	255
D. Borçlunun Sorumlu Olmadığı İfa İmkânsızlığı.....	256
E. Takas	260
F. Escrow Tutanın Ölümü İle Sona Erme	262
G. Zamanaşımı	263
SONUÇ.....	267
KAYNAKLAR	277
EK. YAZILIM LİSANSI SATIŞI ESCROW SÖZLEŞMESİ	290
ÖZGEÇMİŞ.....	295

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
agm.	: Adı geçen makale
Art.	: Article (Madde)
Aşa.	: Aşağıda
BGK.	: Büyük Genel Kurul
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cal. Civ. C.	: California Civil Code (Kaliforniya Medenî Kanunu)
Cal. Fin. C.	: California Finance Code (Kaliforniya Finans Kanunu)
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CISG	: Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
E.T.	: Erişim tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar numarası
Kazancı MİP.	: www.kazanci.com.tr (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı)
m.	: Madde
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sinerji MİP.	: www.sinerji.com.tr (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)
T.	: Tarih

TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TIC.	: Texas Insurance Code (Teksas Sigorta Kanunu)
TMK.	: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu
TTK.	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
USA.	: United States Of America (Amerika Birleşik Devletleri)
v.	: Versus (-e karşı)
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
Yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmanın konusu, anglo-sakson hukuku kaynaklı olan ancak asıl gelişimini ABD’de tamamlamış ve ABD’de bugün bir malvarlığı unsurunun devrini içeren her türlü sözleşmede neredeyse zorunlu hale gelmiş olan escrow sözleşmesinin Türk hukuku açısından incelenmesidir.

Yapılan araştırmalara göre escrow sözleşmesinin karakteristik özelliği olan edimin şarta bağlı olarak, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişiye bırakılması sisteminin, çok eski zamanlardan beri kullanılmakta olduğu ortaya çıkmış olsa da; bu üçlü hukukî ilişkiye escrow isminin verilmesi daha ileri tarihlere aittir. Eski Fransızca kökenli ve parşömen, tomar gibi anlamlara gelen “Escrow” kelimesinin modern dünyada ilk ortaya çıkışı 1598 tarihli Oxford İngilizce Sözlüğü ile olmuştur¹.

ABD’de İngiliz hukuk sisteminin temel alınmasıyla birlikte İngiliz “Trust”² sistemi, “altına hücum” döneminin arazi mülkiyetinin ve devir bedellerinin güvenli şekilde el değiştirmesi gereksinimleri karşısında hızla evrilerek bugünkü escrow sistemini oluşturmuştur. Geçtiğimiz iki yüzyılda modern anlamda gelişimini tamamlayıp ve ABD hukuk sistemindeki yerini sağlamlaştıran escrow sözleşmesi, bugün arsa, ev, fikrî haklar, lisanslar, şirket hisseleri başta olmak üzere her türlü taşınır ve taşınmaz malın satımında, eser sözleşmelerinde, hizmet sözleşmelerinde, kira

¹ **Stanley S. Reburn**, Escrows Principles and Procedures, Third Edition, Published by Anthony Schools, California/USA 1998, s. 6.

² İngiliz hukukundaki Trust sistemi Türk hukukundaki kayımlığa benzemekte ise de, her iki kurumun kullanım alanları ve işleyişi arasında büyük farklar bulunmaktadır. Trust sisteminin ayrıntıları, kullanım alanı ve diğer özellikleri için Bkz. **Claudio Maimone**, Lextray (Suisse) SA, İngiliz Hukuku Kaynaklı Trust Hukukunun Temel İlkeleri Trust Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 31 – 93.

sözleşmelerinde, hatta aile hukuku temelli uyuşmazlık ve sözleşmelerde oldukça yaygın bir mekanizma olarak kullanılmaya devam etmektedir³.

İşlem güvenliğini ve tarafların menfaatlerini teminat altına almada ne derece pratik bir çözüm olduğu ve birçok sorunu daha en baştan engellediği görülen escrow sözleşmesi, sadece ABD iç hukukunda değil, uluslararası ticarete ve koşullu ambargolar ve silah satışları dahil devletlerarası birçok ilişkide de aktif olarak kullanılmaktadır. Escrow sözleşmesinin kullanıldığı bazı devletler arası ilişkileri örnek kabilinden şu şekilde sıralayabiliriz:

- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 3 Nisan 1991 tarihli kararı ile, Irak'ın körfez savaşının neden olduğu zararları ödeyebilmesi ve bir kısım sağlık ve zorunlu insanî ihtiyaçlarını giderebilmesi için, kısıtlı olarak petrol satışına izin vermiş, devamında 15 Ağustos 1991 tarihli karar ile 1.6 Milyar USD tutarında petrolün, Kerkük'ten Türkiye'ye boru hattı ile satılmasına ve bedelin escrow hesabında⁴ tutulmasına karar vermiştir⁵.
- Arjantin, geçirdiği ekonomik kriz sonrasında 1992 yılında kendisinden alacaklı olan kredi kuruluşları ve bankalara karşı hazırlayıp sunmuş olduğu ekonomik planda, bir kısım nakit para ve bononun escrow tutan⁶ olarak Citibank'ta tutulmasını öngörmüştür⁷.
- 1979 - 1981 yıllarında ABD ile İran arasında yaşanan ve İran'da bulunan 90 ABD elçilik çalışanının 4 Kasım 1979'da rehin alınması ile ortaya çıkan "İran rehine krizi", Cezayir hükümetinin arabuluculuğu ile 19 Ocak 1981'de çözüldüğünde, rehinelere karşılığında ABD'deki İran

³ **Rayburn**, s. 6.

⁴ Escrow hesabının tanımı ve özellikleri için Bkz. Aşa. "VI. Bölüm, VI"

⁵ **Mahir Jalili**, Claims Against Iraq: The Current Status, The Arab Law Quarterly, Vol. 7, No.1, s. 64 – 68.

⁶ Escrow sözleşmesinde escrow tutanın özellikleri için Bkz. Aşa. "I. Bölüm, II, 3"

⁷ **Jeanne C. Olivier**, Complexities Of Addressing Interest Arrears In A Brady Transaction: The Case Of The Republic Of Argentina 1992 Financing Plan, Law and Contemporary Problems, Vol. 73, No. 4, A Modern Legal History of Sovereign Debt (Fall 2010), s. 241 – 249.

malvarlıklarının escrow tutan olarak Cezayir Merkez Bankasına teslim edilmesi her iki tarafça kabul edilmiş ve escrow sistemi uygulanarak sorun çözülmüştür⁸.

- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Irak ile ilgili 15 Kasım 2011’de aldığı 1958 sayılı kararında (oil-for-food), Irak’ın 20 Milyon USD’lik gelirinin tutulacağı bir escrow hesabı açılması için Genel Sekreteri yetkilendirmiş ve açılan bu hesapta bloke edilen para 31 Aralık 2016 tarihine kadar tutularak Birleşmiş Milletlerin Irak’ta kalan faaliyetlerinin tasfiyesi için kullanılmıştır⁹.

ABD’de günlük ticari hayatın neredeyse vazgeçilmezi haline gelen ve uluslararası birçok ilişkide en güvenli yollardan biri olarak kabul edilen escrow sözleşmesi, kıta avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde hukuk alanına yeterince yerleşmediği görülmektedir.

Bu çalışmamızda, öncelikle escrow sözleşmesinin tanımı, hukukî niteliği, unsurları benzer hukukî işlemlerle ayrıştığı ve benzeştiği noktaların neler olduğunu ortaya koymaya çalışılacak, böylece kıta avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan Türk hukuku açısından escrow sözleşmesinin uygulanabilip uygulanamayacağı, eğer uygulanabilecekse mevcut hukukî düzenlemeler karşısında nasıl bir yer edineceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu kapsamda çalışmamız beş ana bölüme ayrılacak, öncelikle birinci ana bölümde escrow sözleşmesinin tarihsel gelişimi, tanımı, amacı ve konusunu inceleme konusunu inceleme konusu yapılacaktır. Böylece, escrow sözleşmesinin konusunun ne olduğu ve hangi amaçlarla kullanıldığı, hangi hukukî ihtiyaçları gidermeye hizmet ettiğini ortaya konulmaya çalışılacaktır.

⁸ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, The American Journal of International Law, Vol. 75, No. 2 (Apr; 1981), s. 418 – 422.

⁹ **Ronald J. Bettauer**, Introductory Note To United Nations Security Council Resolutions 1956-1958 on Iraq, International Legal Materials, Vol. 50, No. 2 (2011), s. 172 – 180.

Escrow sözleşmesinin konusunun, amacının ve giderdiği hukukî ihtiyaçların ne olduğunu ortaya koyarken, sözleşmenin kurucu unsurları olan birbirinden bağımsız olarak borç altına giren üç tarafa ait birbirinden bağımsız ve karşılıklı üç irade beyanı, escrow ilişkisinin dayanağı olan temel hukukî ilişki, escrow tutana teslim edilen edim ve edimin devrinin bağlandığı koşul, ABD’de verilmiş olan yargı kararları ve ABD hukuk öğretisinde ortaya koyulan görüşler ile Türk hukukundaki mevcut düzenlemelerle karşılaştırılarak incelenecektir.

İkinci ana bölümde, escrow sözleşmesinin hukukî niteliği kanunda düzenlenmiş olup olmaması; konusu ve amacı; borç altına giren taraf sayısı; hukukî sonuçları; sözleşme ilişkisinin süresi; karşılıklı (ivazlı) olup olmaması ve sözleşmenin kurulması için bir şeyin teslimi gerekip gerekmemesi bakımlarından incelenecek, böylece Türk hukuku açısından escrow sözleşmesinin hukukî niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Escrow sözleşmesinin hukukî niteliği ortaya konulduktan sonra, Türk hukukunda uygulama alanı bulan benzer edimler içeren hukukî ilişkiler olan hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, vekaletsiz iş görme, havale, akreditif, saklama sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, simsarlık ve acentelik sözleşmeleri ve alım satım komisyonculuğu ile karşılaştırılarak benzer ve farklı yönleri ortaya konulacaktır. Böylece escrow sözleşmesinin Türk hukuku açısından yeri netleştirilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü ana bölümde, escrow sözleşmesinin taraflarını oluşturan devreden taraf, devralan taraf ve escrow tutanın hak ve borçları incelenecek, borçların ifası ve ifa edilmemesinin sonuçları Türk hukuku açısından incelenecek; taraf alacak ve borçlarının devri ile sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devrinin escrow sözleşmesi açısından gösterdiği özellikler ele alınacaktır.

Dördüncü ana bölümde escrow sözleşmesinin sıkça birlikte uygulandığı bazı temel hukukî ilişkiler ve bu ilişkilerle birlikte escrow sözleşmesinin nasıl uygulandığı ve Türk hukuku açısından göstereceği özellikler incelenecektir.

Beşinci ve son bölümde ise geniş anlamda escrow sözleşmesinin sona ermesi ve dar anlamda escrow sözleşmesinden kaynaklanan borçların sona ermesi Türk hukukunda borcu sona erdiren sebepler kapsamında incelenecektir.

Bu incelemeler esnasında, özellikle escrow sözleşmesinin hukukî niteliği incelenirken, benzer hukukî ilişkiler ile karşılaştırılırken ve escrow sözleşmesinin birlikte uygulandığı bazı hukuki ilişkiler incelenirken, çalışmanın kapsamı da göz önüne alınarak, Türk hukukundaki mevcut durum gerekli tüm yönleri ile ele alınacak ancak asıl konudan uzaklaşılmasına neden olmayacak şekilde özlü tutulmaya çalışılacaktır. Böylece, hem konunun özünden uzaklaşmaksızın odakta kalınması sağlanacak, hem de Türk hukuku açısından gerekli incelemeler ortaya konulacaktır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Günlük hayatta araba alırken, ev alırken, şirket satın alırken, yükleniciye eser yaptırırken, avukata dava tevdi edildiğinde veya benzer şekilde bir ücret ya da bedel karşılığı herhangi bir faaliyete girişildiğinde ödenen ücret ya da bedel karşılığında beklenen faydayı elde edebilmek konusunda bir güven ihtiyacı ortaya çıkarır. Bu güven ihtiyacı hukukî ilişkinin sadece ücret ya da bedeli ödeyen tarafı açısından değil, sözleşmenin tüm tarafları açısından söz konusu olur.

Örneğin araç satışında, alıcı parasını ödediği arabayı devralmak isterken, satıcı devrettiği arabanın parasını güvenli şekilde almak isteyecektir¹⁰. Ancak karşılıklı

¹⁰ “Bilişim sistemlerinin aynı anda birçok kişiye ulaşmasındaki çabukluk ve sağladığı kolaylığa dayanarak adli internet sitesinde emsallerine göre fiyatını da ucuz göstererek araç satışı için ilan veren sanığın, bu ilanı görüp kendisini telefonla arayan şikayetçiden kapora adı altında 250 Lira alması şeklinde gerçekleşen olayda; sanığın bilişim sistemini araç olarak kullanmak suretiyle suçu işlediği anlaşılmakla, eylemin TCK'nun 158. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde düzenlenmiş olan nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” Yarg. CGK. E. 2013/ 15-239, K. 2013 / 289, T. 11.06.2013. (Kazancı MİP / 15.09.2017)

“Sanığın arabam.com adli internet sitesine araç ilanı verdiği müşterinin bu ilan sebebiyle sanığı telefonda arayıp araç satışı konusunda anlaştıkları, müşterinin sanığa 250 TL kapora gönderdiği, sanığın parayı alıp ortadan kaybolduğu iddia edildiği olayda; sanık savunması müşteki beyanları ve dosya kapsamından sanığın atılı suçu işlediğinin sabit olduğu gerekçesine

edim içeren eden bu tarz sözleşmelerde, edimlerin niteliği gereği çoğu zaman bir tanesi önce ifa edilecektir. Araç alım satımında ya satış bedeli önce ödenecek ve bedelin ödenmesinden sonra araç noterde devredilecek yahut önce araç noterde devredilecek ve sonrasında satış bedeli ödenecektir. İlk olarak devrin yapılması halinde satıcının bedelini alamama riski söz konusu olacak, satış bedelinin önce ödenmesi durumunda ise satıcının aracı devretmekten kaçınması riski söz konusu olacaktır.

Bir başka örneği avukatlık hizmetleri açısından verebilmek mümkündür. Bir dava için avukatla anlaşmak isteyen müvekkil, avukatlık ücretinin tamamını peşin ödemesi halinde davanın takipsiz bırakılacağı, daha sonra avukatı azlettiğinde parasını geri alamayacağı riskini taşıırken, avukat ise davayı takip edip sonlandırmasına rağmen, avukatlık ücretini alamama riskini taşıyacaktır¹¹.

Eser sözleşmesi açısından da benzer örnekleri vermek mümkündür. Yüklenici eseri tamamlayıp teslim ettiğinde ücretini alamama riski ile karşı karşıya iken, iş sahibi

dayanan mahkemenin mahkumiyet yönünde kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yarg. 15. CD. E. 2015/ 717, K. 2018 / 182, T. 10.01.2018. (Kazancı MİP / 15.09.2017)

¹¹ “Dava, avukat olan davalının kusuru nedeniyle uğranılan zararın tazmini davasıdır. Davalı, davacının vekili olarak başlattığı dava dosyasının takipsiz bırakılması sonucu uğradığı zararın tahsilini istemiş, davalı, davacı için üstlenilen hukuki yardımın İcra Takibi ve esas mahkemesinde görülen dava ile sınırlı olup, temyiz ve sonrası işlem ve hukuki yardımı kapsamadığını, davacının işverenden tüm alacaklarını tahsil ettiğinden, davanın konusunun kalmadığını savunarak davanın reddini savunmuştur. ... Davalı avukat, 11.04.2007 tarihli avukatlık sözleşmesi gereğince kendisinin temyiz aşamasından sonra davayı takip etme sorumluluğunun olmadığını savunmuş ise de; duruşma davetiyesi avukata tebliğ edilmiş olup, duruşma gününden davacıyı haber ettiğini ispat edememiştir. Bu durumda davalı avukatın vekalet görevini gereği gibi yerine getirmediğine ilişkin mahkemenin kabulü doğru ise de; davacının zararını açıkça ispat etmesi gerekir. Mahmemece İş Mahkemesinde görülen davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararından sonra davacı tarafından tekrar davanın açılıp açılmayacağı, bu davanın kazanılıp kazanılmayacağı bilirkişi marifetiyle belirlenip maddi zararın oluşup oluşmayacağı tespit edilerek sonucuna uygun karar verilmesi gerekir....” Yarg. 13. HD. E. 2015/ 13838, K. 2017 / 2108, T. 21.02.2017. (Kazancı MİP / 15.09.2017)

ücreti peşin ödemesi halinde eserin zamanında ve eksiksiz olarak teslim edilmemesi durumunda ödemiş olduğu ücreti geri alamama riski ile karşı karşıya kalacaktır¹².

Bir hukukî ilişkide, tarafların birbirinin ilişkiye aykırı hareket edeceğinden hiçbir şüphesi yoksa, taraflar herhangi bir teminat veya riskten korunma ihtiyacı hissetmeyecektir¹³. Ancak günlük hayatta kişiler sınırsız sayıda finansal boyutu olan ilişkilerin içerisinde olduğundan, karşılaşılabilecekleri finansal riskler de sınırsızdır.

Escrow sözleşmesinin en çok ve ortak kullanım alanının; alıcı ve satıcının asıl sözleşme konusunun devri yahut yerine getirilmesi konusunda herhangi bir risk altına sokulmaksızın satış sözleşmesinin tamamlanması olduğu görülmektedir. Çünkü escrow sözleşmesinde bütün sorumluluk ve devredilecek varlıklar, sözleşme ile kararlaştırılan koşulların yerine getirilmesi koşuluyla karşı tarafa devredilmek üzere escrow tutana tevdi edilmektedir¹⁴. Böylece devreden taraf, edim ifa edilmediğinde mülkiyet kaydından ve haklarından vazgeçmek ya da bu haklarını elde etmek için uzun hukukî prosedürlere ihtiyaç duymaksızın, karşı edimi teminat altına almış olmaktadır.

¹² “Dava, eser sözleşmesinin feshinden dolayı ödenen iş bedelinin iadesi davasıdır. Taraflar arasında düzenlendiği çekişme konusu olmayan bu sözleşme hükümlerine göre davalı yüklenicinin üstlendiği işi yapıp teslim borcu altında olduğu kuşkusuzdur. Sözleşmenin imzalanmasından yaklaşık 8 ay sonra davacı iş sahibi ... Noterliği'nin 21.03.2013 tarih ve... Yevmiye numaralı ihtarnamesi ile davacı iş sahibi sözleşmeden döndüğünü, davalı yükleniciye ihtar ettiği ve davalı yüklenicinin de karşı ihtarında yüklendiği eseri imal ettiğini ve teslim hazırladığını böylece ifayı tamamladığını savunmuş ise de sözleşmede öngörülen 90 günlük süre içerisinde edimlerini ifa edildiği hususu da davalı yüklenici tarafından usulünce kanıtlanmadığı gibi uzayan süre içerisinde de ifa edildiği kanıtlanmış değildir. Davacının fesih hakkını kullanabilmesi için yükleniciye yeniden süre vermesi gerekir ise de hal ve vaziyetinden bu tedbirin etkili olmayacağı anlaşıldığından davacı iş sahibi sözleşmeden dönmekte haklı olup, sözleşme gereği ödediği iş bedelini geri alabilir. Bu ilkelere göre davanın kabulü gerekirken kısmen red kararı verilmesi doğru olmamış, kararın davacı iş sahibi yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 15. HD. E.2015/6243, K. 2016 / 1504, T. 08.03.2016. (Kazancı MİP / 15.09.2017)

¹³ **Bilgehan Çetiner**, Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015. s. 13.

¹⁴ **Arthur G. Bowman / William D. Milligan**, Real Estate Law In California, Fifth Edition, Prentice-Hall Series In Real Estate, USA; s. 104.

Kısaca, bu risklerin bertaraf edilmesinde teminat mekanizması olarak escrow sözleşmesi kullanılmaktadır.

Escrow sözleşmesinin ortaya çıkış nedenini ortaya koyan tüm bu örneklerin hepsinin ortak noktasının “güvensizlik unsuru” olduğu görülmektedir¹⁵. Bu nedenle escrow sözleşmesinin ortaya çıkış nedeni tek kelimeyle güvensizlik unsuru olarak belirleyebilmek mümkündür¹⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Milattan önce 2000 yılından beri temel prensipleri uygulanan, dünyanın en büyük ekonomik gücü ve ticaret hayatının en yoğun olduğu ülkelerin başında gelen ABD’de son derece yoğun bir şekilde uygulama alanı bulmasına karşın, günlük ticarete yaşanan birçok soruna rağmen¹⁷ ülkemizde escrow sisteminin yaygınlaşmamış olduğu görülmektedir.

¹⁵ **Leonard Sloane**, Wathcing Your Finances, The American Journal of Nursing, Vol.76, No. 3 (March 1976), s. 458.

¹⁶ Teminatların alınmasında da güvensizlik unsurunun rol oynadığına dair Bkz. **Çetiner**, Taşınmaz Teminatı, s. 13 – 14.

¹⁷ Ülkemizde, gerek araç ve taşınmaz satışları başta olmak üzere birçok satış sözleşmesinde, satıcı malı devretmesine karşı alacağını alamamakta ve bazen yıllarca süren uzun yasal prosedürlerle uğraşıp alacağının varlığını ispat etse bile, o zamana kadar borçlu kasıtlı veya kasıtsız olarak borcu ifa edemeyecek duruma gelmiş olabilmektedir. Diğer taraftan, araç satışlarında noter, taşınmaz satışlarında ise tapu memuru satıcıya satış bedelini alıp almadığını sorduğunda satıcı bedeli aldığını söylemekte ve bu şekilde devir için gerekli imzalar atılmaktadır. Ancak gerçekte taraflar satış bedelinin imzaların atılmasından hemen sonra ödenmesi konusunda anlaşmaktadırlar. Bu durum nedeniyle, sık sık satış bedeli ödenmeden alıcının aracı kaçırarak, satıcıyı dolandırdığı görülmektedir. Yapılan yargılamalarda ise, satıcı noterde yapılan satış sözleşmesinde satış bedelini nakit olarak aldığını beyan ettiği için, alıcı ceza almaksızın olaydan kurtulabilmektedir. Ya da tam tersine, satıcı önce satış bedelini almakta, sonrasında ise tapuya ya da notere giderek gerekli imzayı atmaktan kaçınmaktadır. Bunun sonucunda parayı peşin ödeyen alıcı, ödediği bedeli geri alabilmek için yıllar süren yasal bir süreci yürütmek zorunda kalmaktadır. Bu süreç sonrasında alacağının varlığını ispat etse dahi, genellikle bu tarz dolandırıcılık vakıaları sonunda dolandıran taraf üzerinde herhangi bir mal varlığı bırakmadığı için, alacağını icra yoluyla elde edememe tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Sıkça yaşanan bu sorun nedeniyle, taşınmaz satışlarında önce bloke çek sistemi uygulamada sıkça kullanılmış, en son “Tapu Takas Sistemi” (Sistemin tanıtımı ve işleyişi için Bkz.

Tüm bu nedenlerle, ticaret hayatındaki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden kaynaklanan bu tarz risklerin bertaraf edilmesi için ABD’de sürekli ve yoğun bir uygulama alanı bulmuş olan escrow sisteminin ve escrow sözleşmesinin Türk hukuku açısından uygulanabilir olup olmadığının, bu sözleşmenin tanımının, unsurlarının, tarafların hak ve borçları ile bu borçlara aykırı davranmasının sonuçlarının, benzer hukukî ilişkilerle olan farklılıklarının ortaya konulması gerekmektedir.



www.taputakas.com.tr) getirilmiş ise de, gerekli yasal düzenlemeler olmadığı ve halk arasında bilinirliği sağlanmadığı için uygulamada bu sistemlerin kullanılması yaygınlaşmamıştır.

Taşınır satışlarında ise, benzer ve yaygın bir sistem uygulama alanı bulamamıştır. Ticaret hayatında halen, satıcının malı göndermesi ve bunun karşılığında alıcının vadeli çekini satıcıya göndermesi şeklinde bir sistem uygulanmaktadır. Ancak, ülkemizdeki çek mevzuatı nedeniyle bankanın sorumlu olduğu cüzi bir miktar dışında, çeklerin de ödeneceğinin bir garantisi yoktur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI, AMACI, KURUCU UNSURLARI VE KURULMASI

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, TANIMI, AMACI VE KONUSU

A. Escrow Sözleşmesinin Tarihi Gelişimi

Escrow kelimesinin kullanılmaya başlanması çok daha sonraki yıllara rastlansa da, arkeologlar tarafından Babil, Yunanistan, Mısır ve Roma'da yapılan antik kazılarda ortaya çıkarılan tabletler, escrow prensiplerinin ilk uygulamalarının milattan önce 2000'li yıllara kadar dayanmakta olduğunu ortaya koymuştur¹⁸.

Escrow kelimesinin kökeni hakkında görüş birliği olmamakla birlikte, eski Fransızca'da yazılar veya bono (tahvil) anlamlarına gelen "escroe" veya "escroue" kelimesinden türetilmiş olduğunu ifade edenler olduğu gibi¹⁹, Fransızca yuvarlanma anlamına gelen şekliyle kelimenin aynı yazılışından alındığını belirtenler²⁰ ve eski İngilizcedeki "escrowl" kelimesinden türetilmiş bir kavram olduğunu ileri sürenler de vardır²¹. Ayrıca, Escrowun sözlük anlamına göre imzasız ve mühürsüz bir belge olmasına rağmen, Anglo-Amerikan hukukunda tam zıt anlamda mühürlü-imzalı yazılar için escrow kelimesinin kullanıldığı belirtilmektedir²².

¹⁸ **Reyburn**, s. 6.

Kazılarda ortaya çıkarılan bu tabletlerden birinde, bir çiftçi ile banka arasında yapılmış olan tohum yetiştiriciliği karşılığında borç verme (kredi) ilişkisinde escrow prensiplerinin uygulandığı görülmektedir. Sözleşmede yer alan bir maddeye göre, kredinin serbest bırakılmasının koşulu tohumların yetiştirilip hasat edilmiş olmasıdır.

¹⁹ **Sloane**, agm.

²⁰ **Reyburn**, s. 6.

²¹ **İsmail Kırca**, Escrow Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 1997, C. 19, S. 1, s. 45.

²² **Arthur L. Corbin**, Conditional Delivery Of Written Contracts, Yale Law Journal, Vol. 36, No. 4, (Feb. 1927); s. 448.

CORBIN, escrow kelimesinin çok eski tarihli farklı sözlüklerdeki karşılıklarını şu şekilde aktarmaktadır²³;

Byrne's Law Dictionary (1923); "*Latince aslı "scriptum" olan ve Fransızcanın Norman lehçesindeki "escrit" kelimesinden gelen bir kelimedir*",

Kelham's Norman Dictionary (1779); "*Escrow, parşömen tomarı, tomarlar*",

Termes De La Ley (1812); "*Escrow gelecekteki bir koşul gerçekleşinceye kadar temliknamenin üçüncü bir kişiye teslim edilmesidir ve Latince "schedula" denir*",

Holthouse's Law Dictionary (1847); "*Fransızca "escrou" kelimesinden türemiştir, tomar*",

The Oxford Dictionary (1897); "*Eski Fransızcadaki "escroe, escroue" kelimelerinden gelir, hurda, paçavra, parşömen şeridi, tomar*".

Escrow kelimesinin kullanıldığı ilk kaynak olarak gösterilen 1598 Yılında yayınlanmış Oxford İngilizce Sözlüğü (Oxford English Dictionary), Lord'ların yerel anlaşmazlıklar nedeniyle yargılanmakta oldukları her altı ay ya da bir yılda açılan mahkemeler olan Leed Courts kararlarının özetinden; "*O (mal) bir Escrow olarak sözleşme hükümleri uyarınca teslim edilmiştir*"²⁴.

Escrow kelimesinin Türkçe karşılığının ise benzer hukukî ilişkiler ile iltibas oluşturmadan verilmesi oldukça zordur²⁵. Biz escrow kelimesinin Türkçe karşılığı ABD'de akademik araştırma ve yayınlarda sıkça kullanılan haliyle "*Conditional*

²³ **Corbin**, s. 448. Dn. 9.

²⁴ **Reyburn**, s. 6.

²⁵ **Kırca**, agm. s. 45.

Escrow sözleşmesi, benzer hukukî ilişkiler olan vekalet, hizmet, yedieminlik, havale, akreditif, saklama sözleşmeleri, satış için bırakma sözleşmesi, acentelik ve simsarlık gibi hukukî ilişkilere kısmen benzemekle birlikte, bu ilişkiler ile escrow sözleşmesi arasında azımsanmayacak derecede belirleyici farklar bulunmaktadır. Escrow sözleşmesi ile benzer hukukî ilişkilerin karşılaştırması için Bkz. Aşa. "II. Bölüm, II"

Delivery” sözcüğünün anlam karşılığı olarak “Şarta Bağlı Teslim Sözleşmesi” ifadesinin kullanılmasının mümkün olabileceği kanısındayız. Ancak, bu çalışmanın kapsamı, benzer hukukî ilişkiler ile ortaya çıkabilecek muhtemel karışıklıklar ve “escrow” kelimesinin uluslararası ticarete bir ortak terim olarak yerleşmiş olması nedeniyle çalışmamızda “Escrow Sözleşmesi” ismini kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

Modern anlamda escrow sözleşmesi esas itibariyle ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) Kaliforniya eyaletinde, taşınmaz malların başta satışı olmak üzere, kiralanması, işletilmesi ve benzeri işlemlerle ilgili olarak, kullanışlı ve yaygın bir sözleşme türü olarak ortaya çıktığı görülmektedir²⁶. Bunda 1850’li yıllarda ABD’de yaşanan “altına hücum dönemi”²⁷ nedeniyle, alıcı, satıcı ve kreditorlerin, arazi alım satım işlemlerinde kendilerini güvende hissetme ihtiyaçları etkili olduğu ve escrow sözleşmesinin, taşınmaz mal alım satım işlerinde tarafsız bir temsil ilişkisi şeklinde, taşınmaz sigortasına yardımcı bir prosedür olarak, 1890’ların başından itibaren resmî olarak uygulanmaya başlandığı anlaşılmaktadır²⁸.

Yasal metinlere girmeden önce de escrow sözleşmesinin ABD’de ticaret hayatında uygulanmakta olduğu, bu kapsamda mahkeme kararlarına da konu olduğu görülmektedir. Örneğin Wisconsin Yüksek Mahkemesi “*Campbell v. Thomas*” davasında 1877 yılında verdiği kararında escrow sözleşmesi kapsamında yargılama yaparak karar vermiştir²⁹. Bu karar bize escrow sözleşmesinin ABD’de yaklaşık yüzelli yıldır kullanılmakta olduğunu ortaya koymaktadır.

²⁶ **Bowman / Milligan**, s. 105.

²⁷ Altına Hücum dönemi 24 Ocak 1848’de James W. Marshall’ın Coloma, Kaliforniya’daki Sutter’s Mill’de altın bulması ile başlamıştır. Keşif haberi 300.000 insanı ABD’nin ve etrafının çeşitli yerlerinden Kaliforniya’ya getirmiş, “Altına Hücum Dönemi” diye adlandırılan bu dönem 1855 Yılına kadar devam etmiştir. Kaynak: https://tr.wikipedia.org/wiki/Kaliforniya_Altına_Hücum

²⁸ **Reyburn**, s. 4.

²⁹ Bu dava aynı zamanda escrow sözleşmesinde sözlü ispat kuralının temelini oluşturmakta olup, sonraki yıllarda birçok eyaletin yüksek mahkemesi bu kararda kabul edilen görüş ve esasları kabul ederek aynı yönde karar vermiştir. Bu kararı takip eden bazı yüksek mahkeme kararları ve tartışmalar için Bkz. **Ralph W. Aigler**, Is A Contract Necessary To Create An Effective Escrow,

ABD'nin en büyük eyaletlerinden biri olan Kaliforniya eyaletinin Finansal Kanunu'nun (Cal. Fin. C.) altıncı bölümünü oluşturan "Escrow Agents" (Escrow Acenteleri - aracıları) bölümü³⁰ 1947 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir³¹. Bugün Kaliforniya'da Escrow sözleşmesi, sadece taşınmaz mal alım satımı değil, aynı zamanda taşınır mal devirleri, taşınır ve taşınmaz rehni, hisse senedi³², bono, tahvil ve diğer varlıkların devri, fikrî mülkiyet³³ ve yazılım lisansı satışları³⁴, teknoloji transferleri ve diğer birçok işlemde neredeyse zorunlu bir mekanizma haline gelmiştir³⁵.

Michigan Law Review, No. 16, June 1918, s. 569 – 588.

³⁰ Cal. Fin. C.'nin Escrow Acentelerini (ve sözleşmelerini) düzenleyen altıncı kısmı madde 17000 – 17703 arası kısımdan oluşmakta olup, ayrıntılı şekilde escrow sözleşmesini düzenlemiştir.

³¹ Daha sonra 1951, 1961, 1978, 1981, 1985, 1994, 1999, 2000, 2013 ve 2015 yıllarında önemli değişiklikler bazı değişiklikler geçiren Kanun, bugün ABD'de ve tüm dünyada escrow konusundaki en önemli ve detaylı kanun durumundadır.

Kanunun tamamı için Bkz: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?TocCode=FIN&tocTitle=+Financial+Code++FIN>

³² Şirket hisse senetlerinin escrow sözleşmesine konu olabileceğine dair karar için Bkz. Third Party Irrevocable Commitment as Value for a Holder in Due Course, Columbia Law Review, Vol. 68, No.3 (Mar 1968), s. 588 – 595; Shareholder Liability for "Watered" Stock. A Windfall to Creditors. Stanford Law Review, Vol. 9, No.1 (Dec. 1956) s. 191 – 203; **Kırca**, agm. s. 47 – 48; Hisse senedinin escrow tutana bırakılmasının doğrudan hisse devri anlamına gelmediğine dair Delaware Supreme Court Abercrombie v. Davies kararı için Bkz. Voting Agreement or Voting Trust, Stanford Law Review, Vol. 10. No. 3, (May 1958), s. 565 – 568.

³³ *"Lisans satışlarında, lisans anahtarlarının banka kasasında tutulması lisansın yanlış şekilde depolanmasına yol açar. Bankalar ve depolama şirketleri fikrî mülkiyetlerin idaresinde uzmanlaşmamışlardır. Kendilerine teslim edilmiş olan materyallerin bütünlüğü test edemeyecekleri gibi, escrow sözleşmesinde belirtilen yazılım versiyonunun teslim edilenle aynı olduğunu da kontrol edemezler. Fikrî mülkiyet konusunda uzman bir escrow şirketi ise fikrî mülkiyetin düzgün bir şekilde yönetildiğini kontrol edebileceği gibi, elektronik iletişim araçlarını muhafaza etmek için özel olarak tasarlanmış depolama alanlarına da sahiptir."* **Jeremy Lewis and Andrew Moore**, Ensuring IP Protection Through Escrow, Entertainment and Sports Lawyer Vol. 21, No.1, Spring 2003, s. 8 – 10.

³⁴ **Harold R. Shupak**, Escrow Agreements in Technology Transactions, International Business Lawyer, April 2002, No. 30; s. 147.

³⁵ **Bowman / Milligan**, s. 104.

B. Escrow Sözleşmesinin Tanımı

Yasalarda, öğretilerde ve ABD'deki mahkeme kararlarında, escrow sözleşmesinin kapsamı ve birlikte uygulandığı temel hukukî ilişkiler açısından ele alınmış olmasından kaynaklanan farklılıklar barındıran birçok farklı tanımla yapılmıştır.

Yapılmış olan tanımlardan bazıları şunlardır;

BOWMAN / MILLIGAN'ın tanımına göre escrow; *“Temlikname, bono yahut diğer yazılı borç içeren bir belgenin, bazı koşulların yerine getirilmesi halinde devralana teslimi koşuluyla, devreden tarafından escrow tutana teslim edilmesidir”*³⁶.

Bu tanım sadece bono veya yazılı borç ikrar eden belgenin escrow konusu olarak escrow tutana teslim edilmesinden bahsetmiştir. Oysa ki sadece bono ya da yazılı borç ikrar eden belge değil, taşınır mallar ve günümüzde erişim şifreleri, fikri haklar, yazılımlar ve benzeri de escrow ilişkisinin konusu olarak escrow tutana verilebilir. Tanım bu açıdan eksik görünmektedir.

SLOANE'nin tanımına göre; *“Escrow, belirli bir koşulun veya koşulların yerine getirileceğinin garantisi olarak bir taraftan diğerine nakit veya diğer varlıkların tevdi edilmesidir”*³⁷.

Bu tanım “nakit veya diğer varlıkların” ifadesini kullanarak escrow ilişkisine konu olabilecek mallar açısından ilk tanıma göre daha geniş bir alan sağlamış ise de, escrow ilişkisinin amacı açısından çok uygun görünmemektedir. Zira escrow ilişkisinin en temel amacı, asıl sözleşmenin karşı tarafını belli bir davranışta bulunmaya zorlamak değil, karşı tarafın edimini yerine getirmemesi halinde kendini güvence altına almaktır.

³⁶ Bowman / Milligan, s. 105.

³⁷ Sloane, agm.

CORBİN'in tanımına göre; “Eğer mühürlenmiş belge koşul yerine getirildiği takdirde borçluya devredilmek üzere üçüncü kişiye teslim edilmişse, buna escrow denilmektedir”³⁸.

Bu tanımda da Bowman / Milligan'ın tanımında olduğu gibi sadece mühürlenmiş bir belgenin tesliminden bahsedilmiş, escrow sözleşmesine konu olabilecek diğer mal varlığı unsurlarından bahsedilmemiştir. Bu haliyle tanım eksik kalmaktadır.

KENTUCKY YÜKSEK MAHKEMESİ'nin “Voughan v. Voughan” davasında³⁹ 1914 yılında verdiği karar, aslen Common Law sisteminden evrilmiş olan ABD yargı sisteminde, mahkeme kararlarında escrow ile ilgili olarak yapılan ilk tanımlamadır. Bu kararda escrow;

“Bir olayın gerçekleşmesine kadar saklanması maksadıyla üçüncü bir kişiye teslim edilen ve diğer tarafça imzalanmadıkça, bedeli ödenmiş veya dava düşürülmüş, kararlaştırılmış olan olay yahut koşul gerçekleşmiş yahut ifa edilmiş olmadıkça devri hukuken sonuç doğurmayan yazılı belge” olarak tanımlanmıştır⁴⁰.

Bu tanımın yer aldığı karar, taşınmazın aynına yönelik dava sonucunda verilmiş olan bir karardır. Amerikan sisteminde taşınmaz mallar bir temlikname (deed)⁴¹ ile haricen devredilir. Bu devirden sonra yapılan tescil ise kurucu değil,

³⁸ **Corbin**, s. 443.

³⁹ Kentucky Supreme Court, 161 Ky. 401, 170 S. W. 891, (1914)

⁴⁰ **William Lewis Roberts**, Wrongful Delivery Of Deed In Escrow, Kentucky Law Journal, No. 17, 1928-1929, s. 31.

⁴¹ Taşınmaz üzerindeki hakların temlikinin (kurulması ve devralınması) bağlandığı yazılı belgeye “deed” denilmektedir. Deed devirle alakalı uygun ifadeleri yani hakların devredildiğine dair bir açıklamayı, tarafların isimlerini ve taşınmazı ayırt etmeye yarayacak bilgileri içermelidir. Ancak, “deed”in imzalanmış olması yanında tarafların devir iradesi de taşınması gerekmektedir. Bu nedenle şahsi bir mülkün sahibinin yanlışlıkla imzaladığı mülke ait deed ya da irade beyanı veya satış senedi sonuç doğurmayacaktır. Yani bu belgeye işlerlik kazandıran şey, devreden devir yönünde bir iradesinin olmasıdır. Devir iradesinin gerekliliği ve varlığının ispatı konusunda detaylı açıklamalar için Bkz. **Bernard C. Gavit**, The Conditional Delivery of Deeds, Columbia Law Review, Vol. 30, No.8, (Dec. 1930), s. 1145; **Henry W. Ballantine**, Delivery In Escrow And Parol

açıklayıcı bir tescildir. Gerek yukarıdaki kararda, gerekse ABD’de yayınlanan diğer kararlar ve makalelerde hep bu sistem üzerinden açıklama ve hukukî yorumlar yapılmıştır. Bu kararda da aslında “yazılı belge” ifadesiyle temliknameden bahsedilmektedir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, escrow ilişkisine sadece yazılı belgeler değil, taşınır mallar, fikri haklar, şifreler ve benzeri birçok şey konu olabilir. Bu nedenle bu tanım da yetersiz görünmektedir.

KALİFORNİYA FİNANSAL KANUNU⁴², halen yürürlükteki haliyle escrowu oldukça detaylı şekilde ele alarak şöyle tanımlamaktadır;

Evidence Rule, Yale Law Journal, Vol. 29, No.8, (June 1920), s. 827.

Devir iradesi olmaksızın fiziken teslim sonucunda ortaya çıkabilecek hukuka aykırı durumlar ve örnek olaylar için Bkz. **Corbin**, agm. s. 445 – 446.

⁴² Cal. Fin. C. § 17003.

Kaliforniya Finansal Kanunu, kendi içerisinde alt bölümlere ayrılmış olup, her bölümdeki madde numaraları bölüme tahsis edilmiş olan numara bloku içerisinde, blok numarasından sonra 1 numaradan başlamaktadır. Altıncı alt bölüm olan “Escrow Agents” için 17000’li numara bloku tahsis edilmiş olup, bu bölüm toplam 704 maddeden oluştuğundan, ilk madde numarası 17000, son madde numarası ise 17703’tür. Sonraki bölüm blokuna kadarki kalan numaralar ise boş bırakılmaktadır. Böylece “Escrow Agents” bölümünün hemen sonrasında başlayan “Industrial Loan Companies” bölümü ise 18000’den başlayıp, 18707 ile sona ermektedir.

Kaliforniya Finansal Kanunu’nun güncel alt bölümleri ve bu bölümlerdeki madde numaraları şu şekildedir:

Division 1. Financial Institutions [99 - 819]; Division 1.1. Banking [1000 - 1910]; Division 1.2. Money Transmission Act [2000 - 2176]; Division 1.3. The Setting Of Fees In Consumer Credit Agreements And Related Consumer Protections [4000 - 4002]; Division 1.4. California Financial Information Privacy Act [4050 - 4060]; Division 1.5. Financial Institutions [4100]; Division 1.6. Depository Corporations—Sale, Merger, And Conversion [4800 - 4966]; Division 1.7. Covered Loans [4970 - 4979.8]; Division 1.8. Securities Sales [4981 - 4983]; Division 1.9. Persons Connected With Financial Institutions [4990 - 4991]

Division 1.10. Higher-Priced Mortgage Loans [4995 - 4995.6]; Division 2. Savings Association Law [5000 - 10009]; Division 3. Check Sellers, Bill Payers, And Proraters [12000 - 12404]; Division 4. Automated Teller Machines: User Safety [13000 - 13070]; Division 4.5. Automated Teller Machine Surcharge Disclosure [13080 - 13083]; Division 5. Credit Unions [14000 - 16906]; Division 6. Escrow Agents [17000 - 17703]; Division 7. Industrial Loan Companies [18000 - 18707]; Division 8. Pawnbrokers [21000 - 21307]; Division 9. California Financing Law [22000

“Escrow, bir kişinin, taşınır veya taşınmaz mülkiyetini satış, (veya başka şekilde) devretme, ipotek etme veya kiralama amacıyla, başka bir kişiye yazılı herhangi bir araç, para ya da taşınır veya taşınmaz mülkiyetine delil teşkil edecek belgeyi veya diğer değerli eşyayı, belirli bir olayın gerçekleşmesine veya kararlaştırılmış bir koşulun yerine getirilmesine kadar tutması için verdiği; koşulun yerine getirilmesi halinde o aracın üçüncü kişi tarafından devralana/devredene/vaat edene/vaat edilene/borçluya/alacaklıya/ kefile/ kefil olunana veya bunların herhangi birinin herhangi bir temsilcisine veya çalışanına teslim edildiği hukuki işlemdir.

İnternet escrow şirketleri söz konusu ise, escrow” aynı zamanda bir kişinin taşınır bir malı satış veya nakil veya başka birine hizmet amacıyla parayı veya internetin denk gördüğü başka bir değeri üçüncü bir kişiye belirli bir olayın gerçekleşmesine veya kararlaştırılmış bir koşulun yerine getirilmesine kadar tutması için verdiği ve daha sonra üçüncü kişice devralana/devredene/vaat edene/vaat edilene/borçluya/alacaklıya/ kefile/ kefil olunana veya bunların herhangi birinin herhangi bir temsilcisine veya çalışanına teslim edildiği hukuki işlemleri de içerir”.

Kaliforniya Finansal Kanunu'nun bu tanıma oldukça geniş kapsamlı ve konuyu kapsayıcı olmakla birlikte, taşınmaz mülkiyetine delil teşkil eden şeylerin escrow konusu olacağını düzenlemesi nedeniyle, kurucu tescil sistemini kabul etmiş olan Türk hukuku açısından tam olarak kabul edilebilir değildir. Şöyle ki;

- 22780]; Division 10. California Deferred Deposit Transaction Law [23000 - 23106]; [Division 10. Consumer Finance Lenders]; Division 11.5. National Housing Act Loans [27000 - 27050]; Division 12. College Loans [28000 - 28001]; Division 12.5. Student Loan Servicing Act [28100 - 28182]; Division 13. Premium Financing [29000 - 29003]; Division 14. Securities Depositories [30000 - 30704]
Division 15. Business And Industrial Development Corporations [31000 - 31952]; Division 15.5. State Assistance Fund For Enterprise, Business And Industrial Development Corporation [32000 - 32823]; Division 19. Release Of Demand Deposit Funds [40500 - 40501]; Division 20. California Residential Mortgage Lending Act [50000 - 50706]; Division 20.5. Exchange Facilitators [51000 - 51013]; Division 22. California Financial Literacy Fund [70000 - 70004]; Division 23. Bank On California Program [80000 - 80002]

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 705. Maddesi uyarınca; “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur.*” Yani taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tescil şart kılınmıştır. Burada tescil, kazanmanın kurucu unsurudur⁴³. İstisnâ olarak tescilden önce kazanma halleri de söz konusu olmakla birlikte⁴⁴, bu haller sadece kanunlarda sayılan hallerde olur.

Kaliforniya Finansal Kanunu'nun tanımı ise, ABD'de yürürlükte olan açıklayıcı tescil sistemini kabul etmiştir. Fransız kayıt sistemine⁴⁵ benzeyen Amerikan sistemine göre; taraflar, şekline uygun olarak yaptıkları bir sözleşme ile taşınmazın mülkiyetini devretmektedirler. Bu sözleşme sadece borçlandırıcı değil, aynı zamanda taşınmazın mülkiyetini devir de dahil aynî hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır⁴⁶.

⁴³ **Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 358. Vd; **Şeref Ertaş**, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2016, s. 268; **A. Lale Sirmen**, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 195.

⁴⁴ Taşınmaz mülkiyetini tecilden önce kazanma halleri; Miras, kamulaştırma, mahkeme kararı, cebri icra, yeni arazi oluşumu, sit alanlarının takası, kişiliği sona eren tüzel kişinin mal varlığının kamu kurumlarına intikali, vakıfa tahsis edilen malvarlığının mülkiyetinin vakıfa intikali, birleşen şirketlerin malvarlığının yeni şirkete intikali vd. için Bkz. **Turhan Esener / Kudret Güven**, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015. s. 220; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 404 – 422; **Ertaş**, s. 292. Vd; **Sirmen**, s. 336 – 350.

⁴⁵ Tapu sicilinde açıklığı sağlayan başlıca üç sistem vardır:

Fransız kayıt sisteminde; şekline uygun olarak yapılan bir aynî sözleşme ile taşınmaz mülkiyeti devredilmektedir. Tescil sadece açıklayıcı nitelik taşımakta olup, hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi bu tescile bağlıdır.

Tasdik sisteminde; taraflar aynî sözleşmeyi resmî memur önünde yapar veya resmî memur sözleşmeyi onaylar. Sözleşme sonradan tescil ettirilebilir ancak bu tescil kurucu değil açıklayıcı tescildir.

Tapu tescil sistemi; Tescil aynî hakkın doğumu ve devri için kurucu etkiye sahiptir. **Esener / Güven**, s. 114.

Türk hukukunda tapu tescil sistemi kabul edilmiştir.

⁴⁶ ABD'de taşınmaz mülkiyetinin devri ile ilgili kanunlar, tapu üzerindeki anlaşmanın ve bu konuda atılan imzaların kesin karine olduğunu kabul etmemektedir. Bu nedenle taşınmaz üzerindeki hakkın devri için başka delile ihtiyaç duyulmakta olduğu, böylece yazılı belgenin ancak devredenin devir iradesini taşıması halinde hüküm ifade edeceği yönündeki kuralın desteklendiği, salt imzalanmış bir anlaşmanın ancak devredenin devirle ilgili prosedürleri yerine getirdiğinin bir

Sonradan yapılan tescil ise kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. ABD’de escrow sistemi kullanılarak yapılan taşınmaz satımlarında, taraflar arasında yapılan taşınmaz mülkiyetini devir sözleşmesi (Deed – Temlikname)⁴⁷ ile birlikte tapu tescil belgesi escrow tutana teslim edilmekte ve karşı taraf ödeme yükümlülüklerini yerine getirdiği takdirde bu sözleşme ve belgeler devralana teslim edilmektedir. Bu nedenle tanımda, taşınmaz mülkiyetini temsil eden belgelerden bahsedilmiştir.

KALİFORNİYA MEDENİ KANUNU, escrowu şöyle tanımlamaktadır;

*“Bir malvarlığı, belli koşulların yerine getirilmesi halinde devralacak olana teslim edilmesi koşuluyla devreden tarafından üçüncü bir kişiye teslim edilebilir. Üçüncü kişinin malı elinde bulundurmasına ve sözleşmenin konusu olan şeye escrow denir”*⁴⁸.

Bu tanım escrow ilişkisine konu olacak şeyler açısından “bir malvarlığı” tabirini kullanmış olmakla kapsamı geniş tutmuştur. “Taşınmaz malın mülkiyetine delil teşkil edecek belge” ifadesinin kullanılmaması da isabetli olmuştur. Ancak burada taşınmaz malların ayrılmamış olması Türk hukuku açısından eksik görünmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, taşınmaz malların mülkiyeti ancak tescille geçmektedir.

GÜNCEL MODERN OXFORD İNGİLİZCE SÖZLÜĞÜ ise escrowu şu şekilde tanımlamaktadır;

kanıtı olabileceği ancak bunun devir iradesinin bir kanıtı olamayacağı kabul edilmektedir. Zira, genellikle uygulamada tarafların temliknameyi imzalaması ve anlaşmaya varmasının taşınmazın devrinden önce gerçekleştiği görülmektedir. Bu konuda detaylı açıklamalar için Bkz. **Gavit**, agm. s. 1146.

Ancak bu tartışma devir iradesinin ispatı ile ilgilidir. Temliknamenin (deed) imzalanması esasında devreden tarafın devir iradesi söz konusu ise, temliknamenin imzalanması ile birlikte taşınmaz devredilmiş olacaktır.

⁴⁷ **Gavit**, s. 1145.

⁴⁸ Kaliforniya Medeni Kanunu (California Civil Code – Cal. Civ. C.) § 1057.

“Üçüncü kişinin gözetimine bırakılmış ve belli koşullar yerine getirilmeden yürürlük kazanmayacak olan bono, temlikname veya diğer yazılı belgedir”⁴⁹.

Yukarıda aktarılan Bowman / Milligan tarafından yapılmış olan tanıma benzeyen bu tanım güncelliğini kaybetmiş ve yetersiz kalmış bir tanımdır. Öncelikle escrow konusu olabilecek şeyleri sadece; *“bono, temlikname ya da diğer yazılı belge”* ile sınırlaması, tanımı yetersiz kılmaktadır. Zira bizzat nakit para escrow ilişkisinin konusu olabilir. Bunun yanında menkul mallar, şifreler, ticari sırlar vb. de escrow ilişkisinin konusu olabilir. Tanımda bunlardan bahsedilmemiş olması bir eksikliktir. Diğer taraftan tanımda üçüncü kişinin rolü yine sadece gözetim olarak belirlenmiştir. Oysa üçüncü kişinin rolü, malı gözetmenin yanında aynı zamanda koşulların yerine gelmesi halinde malı devralacak kişiye devretmek, koşulların yerine gelmemesi durumunda ise malı eski sahibine iade etmektir. Tanım bu açıdan da eksik görünmektedir.

ESCROW.COM internet sitesinde ise escrow şu şekilde tanımlanmaktadır;

“Escrow, iki tarafça düzenlenmiş ve kendisine verilmiş olan sözleşme uyarınca üçüncü kişinin para ve fonları elinde tuttuğu finansal düzenlemedir”⁵⁰.

Bu tanımda üçüncü kişinin rolü olarak sadece para ve fonların elinde tutulmasından bahsedilmiş olması şüphesiz bir eksikliktir. Escrow ilişkisinin konusu para ve fonlar olabileceği gibi, yukarıda da bahsedildiği üzere niteliği saklanmaya uygun olan çok farklı şeyler olabilir. Diğer taraftan escrow ilişkisinde üçüncü kişinin rolü sadece malı elinde tutmak değil, aynı zamanda koşulların yerine gelmesi halinde malı devralacak kişiye devretmek, koşulların yerine gelmemesi durumunda ise malı eski sahibine iade etmektir. Tanımda bu hususun vurgulanmamış olması da diğer bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

⁴⁹ <https://en.oxforddictionaries.com/definition/escrow> E.T. 05.01.2018

⁵⁰ <https://www.escrow.com/what-is-escrow> E.T. 05.01.2018

KANIMIZCA, escrow ilişkisinin özellikleri ve Türk hukukunun Amerikan hukukundan farklılıkları da göz önünde tutularak escrow sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür:

Escrow sözleşmesi; saklanması hukuken ve fizîken mümkün olan bir şeyin belirli koşulların yerine getirilmesi halinde devralacak kişiye devredilmesi, koşulların yerine getirilememesi halinde ise devredecek kişiye iade edilmesi kararlaştırılarak tarafsız bir üçüncü kişiye bırakıldığı; tarafsız üçüncü kişinin ise escrow sözleşmesi uyarınca kendisine teslim edilen şeyi saklamayı ve tarafların belirlediği koşullar uyarınca sakladığı şeyi ilgili kişiye teslim etmeyi borçlandığı, üç tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Escrow sözleşmesi ile, temel hukukî ilişkinin en az bir tarafı⁵¹, temel hukukî ilişki ile karşı tarafa mülkiyetini ya da kullanma hakkını devretmeyi yüklediği bir ya da birden çok şeyi⁵² escrow tutana⁵³ emanet olarak bırakmaktadır. Escrow tutan kendisine bırakılan şeyi güvenilir ve bağımsız üçüncü kişi olarak koruyacak ve escrow sözleşmesi uyarınca belirlenen koşulların⁵⁴ yerine getirilmesi durumunda kendisine bırakılan şeyi karşı tarafa (temel hukukî ilişkideki devralana) devredecek; koşullar yerine getirilmez yahut belirlenen olay gerçekleşmezse kendisine teslim edilmiş olan şeyi eski sahibine iade edecektir.

Escrow tutanın saklama borcu ve escrow sözleşmesine konu olan malvarlığını (devralan ya da devredene) devretme borcu ile bu borçları yerine getirirken bağımsız ve tarafsız olması escrow sözleşmesinin en tipik özellikleridir. Bu nedenle, escrow sözleşmesinin özellikleri ve ABD hukuk sistemi ile Türk hukuk sistemi arasındaki taşınmazlara ilişkin farklılıklar göz önüne alınarak yukarıda yer alan tanımın uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

⁵¹ Escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanan taşınır mal varlığı unsurunun devrini içeren satış, eser ve benzeri sözleşmelerde, sözleşmenin her iki tarafı da escrow sözleşmesinde hem devreden hem de devralan tarafta yer alabilmektedir. Bu konuda Bkz. Aşa. “II, A, 1

⁵² Bkz. Aşa. “II, C”

⁵³ Bkz. Aşa. “II, A, 3”

⁵⁴ Bkz. Aşa. “II, D”

C. Escrow Sözleşmesinin Amaç ve Fonksiyonları

Escrow sözleşmesinin amacı, temel hukukî ilişkiye göre ve temel hukukî ilişkideki tarafların rolüne göre değişmektedir. Örneğin; satış sözleşmesinde alıcı ücretini ödediği malı eksiksiz ve satış sözleşmesi ile belirlenen niteliklere sahip olarak⁵⁵ almak isterken, satıcı ise karşı tarafa mülkiyetini devrettiği malın ücretini eksiksiz şekilde ve zamanında almak ister. Buna karşılık hizmet sözleşmesinde iş sahibi işin sözleşme ile belirlenen şartlara uygun olarak görülmesini isterken, işçi ise ücretini zamanında ve eksiksiz olarak almak isteyecektir.

Bunun yanında, her escrow sözleşmesinin de bazı ortak amaçları vardır. Bu amaçlar şu şekilde sıralanmaktadır⁵⁶:

1. Yedimlilik

Escrow ilişkisinde, temel hukukî ilişkinin türü ve içeriğine göre, temel hukukî ilişki⁵⁷ taraflarından en az birinin koşula bağlı edimi escrow tutana teslim edilmektedir. Teslim edilmiş olan bu edim, koşulların yerine getirilmesinden sonra karşı tarafa teslim edilinceye kadar, escrow tutanın yedimliliğinde bulunacaktır.

Devir koşullarının yerine getirilmesi halinde karşı tarafa devredilmek zorunda olunan edim, devir koşullarının yerine getirilmemesi durumunda ise devreden tarafa iade edilecektir. Devir koşullarının yerine getirilmesi anından devir anına kadar geçen sürede, devralacak olan tarafa ait olan bir malın yedimini durumunda olan

⁵⁵ “... tüketicinin satın aldığı malın “...ambalajında, etiketinde, tanıtıma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarda yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydalanı azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler...” söz konusu olması hâlinde “ayıplı mal” olduğu kabul edilmiş olup, bu hâllerin de özü itibari ile sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği konusunda duraksama bulunmamaktadır.” Yarg. HGK. E. 2017/569, K. 2018/413, T. 28.02.2018. (Kazancı MİP / 09.10.2017)

⁵⁶ **Rayburn**, s. 5.

⁵⁷ Temel hukukî ilişkinin escrow sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri olduğuna dair bkz. Aşa. “II, B”

escrow tutan, koşulun yerine getirilmemesi ya da sürenin geçmesi gibi bir nedenle ilk devredene dönmesi halinde ise, arada geçen bu süre boyunca devredecek durumda olan tarafa ait olan bir malın yediemini durumundadır.

2. Devir Koşullarının Teminat Altına Alınması

Escrow sözleşmesinin en temel amaçlarından biri de temel hukukî ilişkinin tarafları arasında anlaşılması olan devir şartlarının sağlanmasının fiilî anlamda teminat altına alınmasıdır.

Escrow sözleşmesi ile, temel hukukî ilişkinin tarafları arasında varılmış olan anlaşma gereği, escrow konusu olan edim tevdi edilmektedir. Bu tevdi ile birlikte, escrow tutanın bu edimi karşı tarafa nasıl devredeceğine dair koşullar da belirlenmektedir. Devir konusu şey, escrow tutana teslim edildiği andan itibaren, teslim eden tarafın bu eşya üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalkmaktadır⁵⁸. Böylece karşı taraf, kendi borçlarını yerine getirirken elde etmeyi umduğu menfaati peşinen teminat altına almış olmaktadır⁵⁹.

Bu koşulların yerine getirilmesi durumunda, bağımsız ve tarafsız durumda olan escrow tutan edimi karşı tarafa devretmek zorundadır. Ancak koşulun yerine getirilmemesi halinde, edim ilk sahibine iade edilecektir. Escrow tutan, gerekli koşullar yerine getirilmeksizin edimi karşı tarafa devreder yahut koşul yerine getirilmesine rağmen haklı bir sebep olmaksızın edimi karşı tarafa devretmekten kaçınırsa, edimin yerine getirilmesinden şahsi olarak sorumlu olacaktır (TBK. m. 112). Escrow tutanın bu sorumluluğu temsil, vekalet, acentelik veya benzeri bir ilişkiden kaynaklanan bir ilişki olmayıp, bizzat escrow sözleşmesinden kaynaklanan bir sözleşmeye dayalı sorumluluktur. Escrow tutanın hukukî sorumluluğu yanında,

⁵⁸ **Kırca**, agm. s, 45.

⁵⁹ Escrow sözleşmesine konu olan şeyin escrow tutana devrinde, sözleşme konusu şeyin mülkiyeti değil, sadece ferî zilyetliğinin devredilmekte olduğuna dair Bkz. Aşa. "II, A, 3, b".
Oysa mülkiyetin teminat amacıyla inançlı işlemle devrinde, devredilen husus sadece zilyetlik değil aynı zamanda devir konusu şeyin mülkiyetidir. Mülkiyetin inançlı işlemle devri konusunda Bkz. **Şafak Parlak Börü**, Mülkiyetin İnançlı İşlemle Devri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, Ocak – Şubat 2017, s. 231 – 272.

“güveni kötüye kullanma suçu”⁶⁰ nedeniyle cezaî sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.

3. İşlem Tarafının Korunması

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edim ifa edilmeden kendi edimini ifa etmesi devreden tarafın haklarını korumasız bırakabilecek bir durumdur.

⁶⁰ “Güveni kötüye kullanma” suçu 5237 sayılı TCK’nun 155. maddesinde; “(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, ... cezalandırılır.

...” şeklinde düzenlemiştir,

Maddenin gerekçesinde de; “Bu suçla mülkiyetin korunması amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir. Bu mülahazalarla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar, cezai yaptırım altına alınmıştır... Suçun konusunu oluşturan mal üzerinde belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyetlik tesisi gerekir. Bu nedenle, güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukukten geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gereklidir” açıklaması yapılmıştır.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kanun koyucu tarafından mülkiyetin korunması amacıyla getirilen güveni kötüye kullanma suçu, failin muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan taşınır veya taşınmaz bir mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunması veya bu devir olgusunu inkâr etmesiyle oluşmaktadır.

...

Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, belirli biçimde kullanılmak için hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edilmektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı ve bu hukuki ilişkinin gereği olarak taraflar arasında oluşan güvenin korunması gerekmektedir. Bu amaçla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar ve devir olgusunu inkâr kanun koyucu tarafından cezai yaptırım altına alınmıştır. Eğer mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında hukukten geçerli bir sözleşme ilişkisi yoksa usulüne uygun bir teslim olmayacağı için güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır.” Yarg. CGK. E. 2014/447, K. 2017/65, T. 14.02.2017, (Kazancı MİP / 09.10.2017).

Temel hukukî ilişki ile karşı tarafa bir malvarlığı unsurunu devredecek olan taraf ya da taraflar, bu devir karşılığında sözleşmenin karşı tarafının yerine getirmesi gereken tüm koşulların devir öncesinde yerine getirildiği beklentisi içerisindedir. Eğer tüm koşullar yerine getirilmemişse, sözleşme konusu malvarlığı unsurunun kendisine döneceğinden de emin olmak isteyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 97. Maddesi; *“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir”* hükmü ile, *“aynı anda ifa karinesi”*ni koymuştur⁶¹.

Ancak uygulamada her zaman fiilen aynı anda ifa söz konusu olamamaktadır. Çoğu zaman önce taraflardan biri kendi edimini yerine getirmekte, daha sonra ise diğer taraf edimini yerine getirmektedir. Örneğin; taşınmaz satış sözleşmesinde ya alıcı önce parayı ödeyecek ve sonra resmî senet taraflarca imzalanacak yahut önce resmî senet imzalanacak ve sonra alıcı parayı ödeyecektir. Bazen dakikalarla ifade ediliyor olsa bile, bu iki edim (satış bedelini ödeme ve mülkiyeti devretme) arasında fiilen bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmak zorundadır. Aynı durum çoğu taşınır satışında da söz konudur.

Her ne kadar TBK m. 97; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarına bir ödemezlik defî imkânı tanımışsa da⁶²; fiilî durumlar karşısında ödemezlik definin sözleşme taraflarını tam olarak koruduğu söylenemez. Zira ödemezlik defî; karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin taraflarına sadece karşı taraf edimini ifa etmedikçe kendi edimini ifadan kaçınma yetkisi verir. Ancak, kendi edimini daha önce ifa eden tarafa, karşı tarafın edimini ifa edeceğini garanti etmez⁶³.

⁶¹ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara/2017, s. 1007; **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C. 1 - 2, (Çeviren Avukat Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No: 15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 521.

⁶² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1008.

⁶³ Ödemezlik definin niteliğinin gerçek anlamda bir defî mi olduğu yoksa dava temelinin yetersizliği savunması mı olduğu tartışmalı ise de, Türk hukukunda genel eğilim bunu gerçek anlamda bir defî olduğu yönündedir. Ödemezlik definin hukukî niteliğine dair Bkz. **M. Kemal Oğuzman / M.**

Escrow sözleşmesi ise, bütün bu devir prosedürü aşamasında tarafların korunmasını sağlar⁶⁴. Zira, escrow sözleşmesi uygulanan karşılıklı borç yükleyen temel hukukî ilişkilerde taraflardan en az birinin “verme” şeklindeki edimi escrow tutana bırakılmıştır. Örneğin; taşınmaz satış sözleşmesinde satış bedeli escrow tutana bırakılabilir. Bu durumda taraflar anlaşmalarına uygun olarak tapu sicil müdürlüğünde taşınmazın yeni malik adına tescilini ispat etmedikçe, satıcı satış bedelini escrow tutandan talep edemeyecektir. Tescil işlemi gerçekleştikten sonra ise escrow tutan satış bedelini satıcıya ödeyecektir.

Escrow sözleşmesinde duruma göre her iki tarafın da ediminin escrow tutana bırakılabilmesi mümkündür. Örneğin; lisans satış sözleşmelerinde hem satış bedeli hem de lisans anahtarı ve şifreler ayrı ayrı escrow tutana bırakılabilir⁶⁵. Bu durumda her iki taraf da escrow tutandan karşı edimin kendisine ifasını talep edebilecektir. Escrow tutan ise lisans satıcısına satış bedelini verecek, lisans alıcısına ise lisans anahtarını ve şifreleri verecektir⁶⁶.

Gerek tek tarafın ediminin escrow tutana bırakıldığı durumlarda gerekse her iki tarafın ediminin escrow tutana bırakıldığı durumlarda, karşı tarafın kendisine düşen edimi yerine getirmemesi halinde escrow tutan kendisine bırakılmış olan edimi sahibine (kendisine bırakmış olan tarafa) iade edecektir.

Görüldüğü üzere, temel hukukî ilişkideki her iki taraf edimlerini fiilen aynı zamanda ifa etmemiş olsa bile, en azından diğer tarafın edimini ifa etmemiş olması halinde, herhangi bir zarara uğramaksızın kendi ifa ettiği edimi iade alma şansına sahip

Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 338.

Ödemezlik definin teknik anlamda bir defî olduğuna dair Bkz. **Tuhr**, s. 523.

⁶⁴ **Reyburn**, s. 5.

⁶⁵ Bulut sözleşmeleri başta olmak üzere, bilgisayar teknolojilerinin konusunu oluşturan birçok şey ve bu arada yazılım, kullanım ve kaynak kodları da escrow sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. **David W. Tollen**, The Tech Contracts Handbook, Amerikan Bar Association 2015, s. 178.

⁶⁶ Teknoloji transferlerinde escrow sözleşmesinin kullanılması aşamaları ve özellikleri ile dikkat edilmesi gereken hususlar için Bkz. **Tollen**, s. 178 – 186.

olmaktadır. Böylece escrow sözleşmesi, temel hukukî ilişkinin taraflarını daha en başından koruma altına almaktadır.

4. Uzmanlık

Yukarıda açıklandığı üzere⁶⁷ escrow sözleşmesi ABD’de öncelikle taşınmaz malların satışı ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra diğer alanlarda da hızla yaygınlaşmıştır. Taşınmaz satışı alanında öncelikle “Land Commissioners” (taşınmaz satış komisyoncuları - emlakçılar) ve özellikle ABD’de çok yaygın olan “Title Insurance Companies”⁶⁸ (Taşınmaz Sigortası Şirketleri) escrow tutanlar (escrow acentaları) olarak ortaya çıkmış; escrow sözleşmesi 1890’lardan itibaren taşınmaz sigortası işlemlerinde yardımcı bir prosedür olarak uygulanmaya başlanmıştır.

Emlakçılar ve sigorta şirketlerinden sonra escrow sözleşmesinin ilk uygulandığı zamanlardan itibaren diğer bir escrow tutan ise avukatlar olmuştur. Avukatlar ABD’de sahip oldukları sosyal statü ve sahip oldukları hukuk bilgisi nedeniyle, halk arasında yapılan başta taşınmaz alım satımları olmak üzere, escrow sözleşmesi ile yapılan her temel hukukî ilişkide en çok başvuru alan escrow acenteleri olmuştur.

Bugün Kaliforniya’da bankalar, sigorta şirketleri, yediemin şirketleri, avukatlar gibi bazı istisnalar dışında⁶⁹, sürekli ve ticari şekilde escrow işlemleri yapmak için lisans almak şarttır. 1953 Yılından beri Kaliforniya’da escrow tutan olarak lisans almak için ise escrow işlemleri yapmak üzere kurulmuş olan bir tüzel kişi olmak şarttır⁷⁰. Bireyler escrow tutan olarak lisans alma hakkına sahip değildir⁷¹. Fakat bireyler de bir lisansa dayanmaksızın sürekli veya ticari olmayan işlemlerde escrow tutan olarak görev yapabilirler.

⁶⁷ Bkz. Yuk. “II. Bölüm, I, A.”

⁶⁸ Kaliforniya’da ilk “Title Insurance and Trust Company” 1886 yılında San Fransisco’da kurulmuştur. **Reyburn**, s.4.

⁶⁹ Cal. Fin. C. Art: 17006.

⁷⁰ **Bowman / Milligan**, s. 106.

⁷¹ Cal. Fin. C. Art: 17200.

Gerek emlakçılar ve sigorta şirketleri gerekse avukatlar özellikle satış sözleşmesi ve escrow sözleşmesi konusunda sürekli uygulama ile desteklenen bir hukukî bilgi ve tecrübe birikime sahiptirler. Bu nedenle, escrow sözleşmesinin ve bu sözleşmeye konu olan temel hukukî ilişkinin sorunsuz ve eksiksiz şekilde tamamlanması için gerekli sözleşmeleri ve formları hazırlayabilmekte, süreçlerin doğru şekilde yerine getirilmesini takip edebilmekte ve özellikle escrow konusu edimin ifa edilip edilmediğini doğru şekilde denetleyebilmektedirler. Ayrıca bu uzmanlık birikimi, işlemlerin doğru şekilde yürütmesini de sağlamaktadır.

5. Hesap Verilebilirlik

Escrow sözleşmesi, temel hukukî ilişki tarafları dışında üçüncü bir kişiyi de hukukî ilişki içerisine dahil etmekte ve bu üçüncü kişiyi escrow acentası sıfatıyla sorumluluk altına sokmaktadır.

Hukukî ilişkiye, temel hukukî ilişkide menfaati olmayan üçüncü bir kişinin dahil edilmesi, temel hukukî ilişkinin konusu ve sözleşmede yer alan edimle ilgili bedelde muvazaa yapılmasını büyük oranda engelleyecektir⁷². Tarafların, satışın gerçek bedelini daha düşük ya da daha yüksek göstermesi şeklinde yapılan ve kısmî muvazaa türlerinden olan “bedelde muvazaa”⁷³ durumu, escrow ile yapılan işlemlerde

⁷² Aydın Zevkliler / K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 62 – 64.

⁷³ “Gerek öğretide, gerek uygulamada muvazaa, mutlak ve nispi muvazaa şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. Tapu harcını az ödemek için gerçek bedelin görünüşteki(resmi) sözleşmede az gösterilmesi şeklinde gerçekleştirilen muvazaa ise nispi muvazaanın bir türü olan sözleşme koşullarında muvazaadır. Burada gerçek satış bedeli gizlenmekte görünüşteki sözleşmede bedel gerçek bedelden az gösterilmektedir. Yani görünüşteki sözleşmenin sadece bedeli değiştirilmektedir. Muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir bölümündedir. Bedelde muvazaa olarak gerçekleşen bu durumda sözleşme geçerli kabul edilmiştir.” Yarg. HGK, E. 2014/14-292, K. 2015/1544, T. 10.06.2015; (Kazancı MİP / 09.10.2017).

Zevkliler / Gökyayla, s. 63; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 234 – 238; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 338; Zevkliler / Gökyayla, s. 63; Eren, Borçlar Genel, s. 370; Antalya, C. 1, s. 283; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bazı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 91; Esener

daha kısıtlı düzeyde olacaktır. Zira taraflar satış konusu mal ve satış bedeli konularında anlaşacak, devir koşullarını belirleyecek ve taraflardan en az birinin edimini escrow tutana tevdi edecektir. Escrow tutan ise sadece bu koşulların tamamen yerine getirildiğini tespit ettikten sonra edimi karşı tarafa devredecektir.

Escrow tutanların escrow sözleşmesine konu olan işlemle ilgili yapmak zorunda oldukları kapanış işlemi, escrow ilişkisinin malî ve hukukî bir özetidir⁷⁴. Bu işlem ile birlikte, temel hukukî ilişki taraflarının edimleri, edimlerin mali değeri, devir koşullarının sağlandığı ve edimin karşı tarafa devredildiğine dair bilgiler yer alır. Özellikle mali ve hukukî denetim açısından, tarafsız üçüncü kişi durumundaki escrow tutanın düzenlediği bu kapanış özeti denetime elverişlilik sağlamaktadır.

Böylece hem temel hukukî ilişkinin tarafları işlemle ilgili bir muvazaa iddiasında bulunamayacak, hem de temel hukukî ilişkiden kaynaklanan malî, vergisel ve hukukî yükümlülükler tam olarak denetlenebilecektir. Herhangi bir muvazaa iddiası durumunda ise, hem escrow tutan hem de escrow tutanın belgeleri bu konudaki en önemli bağımsız ve tarafsız delil olacaktır.

D. Escrow Sözleşmesinin Konusu

Türk Borçlar Hukukunda geçerli olan ve hukuk düzeninin sınırları içerisinde tarafların diledikleri hukukî sonucu meydana getirebilme özgürlüğü olarak tanımlanan “Sözleşme özgürlüğü” ilkesi, escrow sözleşmesi için de geçerlidir. Buna göre taraflar, escrow sözleşmesinin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (TBK. m. 26)⁷⁵.

/ Gündoğdu, s. 95.

⁷⁴ Reyburn, s. 5.

⁷⁵ Sözleşme özgürlüğü prensibi için Bkz. Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014. s. 14; Zevkliler / Gökyayla, s. 7; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara/2015, s. 54; Eren, Borçlar Genel, s. 313; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 74; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016, s. 37; Mehmet Altunkaya, Edimin

Sözleşme serbestisi ilkesi hiç şüphesiz tarafların sözleşme yapıp yapmama⁷⁶ veya sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü⁷⁷ kapsadığı gibi, şeklini, içeriğini ve konusunu da serbestçe belirleyebilme özgürlüğünü içerir⁷⁸. Sözleşmenin içeriğini serbestçe düzenleyebilme özgürlüğüne “tip özgürlüğü” adı verildiği gibi⁷⁹,

Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 65 – 84.

“Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, B.K.nda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Anayasa (m.48) tarafından teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır (kendine özgü) sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlâk ve âdaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar. Bu genel açıklamalara göre Türk-İsviçre hukukunda kural, sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşmeyi kurma ve değiştirme özgürlüğü kadar sözleşme ile bağlı kalmama özgürlüğünü de içerir.” Yarg. HGK. E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.02.2012, (Sinerji MİP. / 31.03.2018)

⁷⁶ Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü mutlak değildir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı durumlarda sözleşme yapma özgürlüğünden bahsedilemeyeceği gibi elektrik ve doğalgaz dağıtım şirketlerinde olduğu gibi bazı durumlarda da sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 14; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 8.

Özel hukuk kökenli sözleşme yapma mecburiyeti, kamu hukuku kökenli sözleşme yapma mecburiyeti ve hukukî işlemde doğan sözleşme yapma mecburiyeti konularında Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 317 – 331.

⁷⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 15; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 8.

⁷⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 16; **Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 6; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 18; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 10; **Aral / Ayrancı**, s. 54; **Eren**, Borçlar Genel, s. 332; **Hatemi / Gökyayla**, s. 60 – 63.

⁷⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 17; **Eren**, Borçlar Özel, s. 19; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 10; **İpek Yücer Aktürk**, İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 30.

“Sözleşmenin konusunu belirleme serbestisi” adını verenler de vardır⁸⁰.

Gerek TBK’da gerek TMK’da ve gerekse diğer kanunlarda⁸¹ düzenlenmiş sözleşme tipleri yanında, kanunlarla düzenlenmemiş olan sözleşme tipleri de mevcuttur. Borçlar hukukunda sözleşme tipleri açısından numerus clausus ilkesi geçerli değildir⁸². Tip serbestisi prensibi kapsamında sözleşme taraflarının, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla istedikleri tipte, konusunu ve içeriğini serbestçe belirleyecekleri sözleşmeler oluşturabilmesi mümkündür⁸³.

Escrow sözleşmesinin konusu olarak; sözleşme özgürlüğü prensibi kapsamında, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan veya imkânsız olmayan her şey escrow sözleşmesinin konusunu oluşturabilir (TBK. m. 27)⁸⁴. Ancak kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya imkânsız olay şeyler escrow sözleşmesinin konusunu oluşturamaz⁸⁵. Sadece Borçlar Kanunu’nun değil, hukuk düzeni içindeki

⁸⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 81;

İçeriği belirleme özgürlüğünün sadece borç sözleşmelerinde söz konusu olup, diğer sözleşmelerde bu ilkenin geçerli olmadığına dair Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 333.

⁸¹ Diğer kanunlarla düzenlenmiş olan sözleşme tipleri için Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 21.

⁸² Roma hukukunda sözleşmeler sınırlı sayıda (numerus clausus) idi. Kanunda belirtilen sözleşme tipleri dışında sözleşme yapılması halinde ise buna “sözleşme benzeri” denilmekte olduğuna dair Bkz. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 11; **Aral / Ayrancı**, s. 54.

⁸³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 17 – 18; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 8; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 7; **Yücer Aktürk**, s. 30 – 31.

⁸⁴ **Kemal Oğuzman / Nami Barlas**, Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015; s. 203; **Mehmet Ayan / Nurşen Ayan**, Medenî Hukuka Giriş, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016, s. 136; **Mustafa Dural / Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015. s. 212; **Yücer Aktürk**, s. 31; **Eren**, Borçlar Genel, s. 334 – 347; **Antalya**, C. 1, s. 74; **Serap Helvacı / Fulya Erlüle**, Medenî Hukuk Medenî Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 5. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul 2018, s. 38.

⁸⁵ Escrow sözleşmesine konu olabilecek edimlerin taşınması gereken diğer nitelikleri için Bkz. Aşa. “I. Bölüm, II, C”

diğer kanunlarda yer alan emredici hükümlere aykırı hususlar da escrow sözleşmesinin konusu olamaz. Hükümün emredici olduğunun, lafzından ya da koruduğu hukukî yarardan anlaşılması bu anlamda bir fark oluşturmaz.

Örneğin tarihi eser kaçakçılığı 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu⁸⁶ uyarınca suçtur. Bulunmuş olan tarihi eserlerin alımı, satımı, tahrif edilmesi, yurt dışına çıkarılması yasak olup, aksi davranış suç teşkil etmektedir. Bu nedenle, kaçak yolla ele geçirilmiş olan bir tarihi eserin escrow sözleşmesine konu olması mümkün değildir. Aynı şekilde kaçak silah, uyuşturucu madde ve benzeri suç teşkil eden şeylerin escrow sözleşmesine konu olması mümkün değildir.

Konusu ve içeriği kanunların emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan escrow sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 27)⁸⁷.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN KURUCU UNSURLARI

Her hukukî ilişkide olduğu gibi, escrow sözleşmesinin de kurulmasını sağlayan ve olmazsa olmaz niteliğinde bir kısım objektif esaslı unsurları bulunmaktadır. Bunlar; i) Devreden, devralan ve escrow tutan olmak üzere en az üç taraf, ii) Escrow ilişkisinin dayanağı olan temel hukukî ilişki, iii) Escrow tutana teslim edilen edim, iv) Edimin devrinin bağlandığı koşuldur.

A. Devreden, Devralan ve Escrow Tutan Olmak Üzere Birbirinden Bağımsız Borç Altına Giren Üç Taraf Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. Maddesine göre; “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” Maddede yer alan “*taraflar*” ibaresi mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 1. Maddesinde “*iki taraf*”

⁸⁶ Kabul tarihi 21.07.1983, Resmî Gazete; T.23.07.1983, S.18113.

⁸⁷ **Oğuzman / Barlas**, s. 218; **Ayan**, Medenî Hukuka Giriş, s. 140 – 141; **Dural / Sarı**, s. 218 – 221; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 7; **Eren**, Borçlar Genel, s. 350; **Yücer Aktürk**, s. 31; **Tuhr** işlemin batıl (kesin hükümsüz) olması için “*hükümsüz olup muteber hale getirilemeyen*” ifadesini kullanmaktadır. **Tuhr**, s. 221 – 222; **Helvacı / Erlüle**, s. 40 – 41.

şeklinde yer almakta olmasına rağmen gerek uygulamada gerekse öğretide bunun “*tarafklar*” şeklinde kullanıldığı görülyordu⁸⁸. İsviçre Borçlar Kanunu’nda da “*tarafklar*” (parteien) terimi kullanılmaktaydı. Uygulama ve öğretideki genel kabule ve İsviçre Borçlar Kanunu’na uygun olarak yeni Türk Borçlar Kanunu’nda bu hüküm “*tarafklar*” şeklinde düzeltilmiştir⁸⁹.

Bugün öğretide sözleşmeler sınıflandırılırken, sözleşme ile yükümlülük altına giren taraf sayısı açısından halen genellikle; “*tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler / iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” sınıflandırması yapılmaktadır⁹⁰. Ancak sözleşmede yer alan ve birbirinden bağımsız olarak borç altına giren taraf sayısı her zaman iki ile sınırlı değildir. İki den fazla tarafın da birbirinden bağımsız olarak aynı sözleşme ile borç altına girmiş olabilmesi mümkündür⁹¹.

⁸⁸ **Tuhr**, s. 138; **Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 53; Sözleşmelerin sadece tek taraflı ve iki tarafa yükleyen sözleşmeler olarak ayrılabilceği görüşünde olan **Oğuzman / Öz**; her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu’nda “*tarafklar*” terimi yer almakta ve Doktrinde de şirket sözleşmesi, miras taksim sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşmeler olduğu kabul edilmekteyse de, eski Borçlar Kanunu’nun düzenlemesinin “*Akit-Sözleşme*” kavramını çok taraflı değil iki taraflı olarak düzenlediğini, çok taraflı sözleşmelere “*akit*” ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini; zira bu tarz çok taraflı sözleşmelerde de tarafların sözleşmeyi kurarken izledikleri amacın iki taraflı sözleşmelerle aynı olduğu görüşündedir. **M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 41.

Ancak özellikle escrow sözleşmesi açısından **Oğuzman / Öz**’ün bu görüşüne katılmadığımızı dair Bkz. Aşa. “II. Bölüm, I, C”

⁸⁹ TBK’nın 1. Maddesinin gerekçesinde; “*818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 1 inci maddesini karşılamaktadır.*

Tasarının iki fıkradan oluşan 1 inci maddesinde, sözleşmenin kurulması düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 1 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “A. Akdin İnikadı / I. İki tarafın muvafakati / 1. Umumî şartlar” şeklindeki ibareler, Tasarıda “A. Sözleşmenin kurulması / I. İrade açıklaması / 1. Genel olarak” şekline dönüştürülmüştür. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanunu’na göre bir hüküm değişikliği yoktur.” denilmekte ise de; maddenin ilk fıkrasındaki değişiklik son derece açıktır.

⁹⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 45; **Eren**, Borçlar Özel, s. 15; **Eren**, Borçlar Genel, s. 210 – 212.

⁹¹ Bu konuda daha ayrıntılı tartışma için Bkz. Aşa. “II. Bölüm, I, C”

İkiden fazla kişi, ortak bir amaca ulaşmak için mallarını ya da emeklerini bir araya getirmek suretiyle aynı amacın gerçekleşmesini amaçlayabilecekleri gibi, ikiden fazla tarafın birbirinden bağımsız amaçlarla ve birbirinden bağımsız olarak borç altına girebilmesi de mümkündür. Adi ortaklık⁹² sözleşmesinde taraflar aynı amacın (affectio sociatatis) gerçekleştirilmesi için mal ve emeklerini bir araya getirmesine rağmen, escrow sözleşmesinin tanımında açıkça görüldüğü üzere; escrow sözleşmesinde birbirinden tamamen farklı amaçlarla ve birbirinden tamamen bağımsız birer borç altına giren üç taraf bulunmaktadır⁹³.

1. Devreden Taraf

Her escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişki konusu edimi devralacak olan tarafa devretme borcu altına giren en az bir taraf bulunmak zorundadır. Tarafların anlaşması ve edimlerin niteliği de elverdiği ölçüde temel hukukî ilişkinin her iki tarafının da aynı anda devreden (yahut devralan) tarafta olması mümkündür. Temel hukukî ilişkinin türüne göre; devreden tarafın adı escrow sözleşmesinde değişecektir. Örneğin; satış sözleşmesinde taraflar satıcı ve alıcı olduğundan, satış sözleşmesi ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde taraflar satıcı, alıcı ve escrow tutan olacaktır⁹⁴. Eser sözleşmesi ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde ise taraflar yüklenici, iş sahibi ve escrow tutan olacaktır⁹⁵.

Devreden taraf, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi⁹⁶ de olabilir. Escrow

⁹² “... adi ortaklık en basit tanımı ile iki yada daha fazla kişilerin emeklerini veya mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.” Yarg. HGK E. 2012/13-798, K.2013/568, T.24.04.2013. (Sinerji MİP. / 31.03.2018)

⁹³ Escrow sözleşmesinde tarafların birbirinden farklı ve bağımsız hak ve yükümlülükleri için Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I”

⁹⁴ Escrow sözleşmesinin satış sözleşmesi ile birlikte uygulanması konusunda Bkz. Aşa. “IV. Bölüm, I”

⁹⁵ Escrow sözleşmesinin eser sözleşmesi ile birlikte uygulanması konusunda Bkz. Aşa. “IV. Bölüm, II”

⁹⁶ Gerçek kişi insandır. Tüzel kişi ise, hukuk düzeni tarafından kendilerine kişilik tanınmış, belirli niteliklere sahip, belirli amaca yönelmiş insan ya da mal topluluklarıdır. **Serap Helvacı**, Gerçek Kişiler, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013; s. 24 – 25; **M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi /**

sözleşmesinde devreden tarafta olan kişinin hukukî işlem ehliyetine⁹⁷ de sahip olması gerekmektedir⁹⁸.

Devredenin gerçek kişi olması halinde, ayırt etme gücüne sahip olması şarttır⁹⁹. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar (tam ehliyetsizler) kendi başlarına devreden tarafta yer alamaz; yer almaları halinde ise bunların fiilleri hukukî sonuç doğurmaz (TMK. m. 15)¹⁰⁰. Ayırt etme gücüne sahip olmayan (tam ehliyetsiz) kişilerin kendi başına devreden tarafta yer almasını öngören escrow sözleşmesi kesin hükümsüzdür (TMK. m.15., TBK. m.27). Bu durum herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir. Bu hükümsüzlük, escrow tutana, temel hukukî ilişkinin karşı tarafına ya da

Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 246.

“Hukuk düzeninde hak ve borç edinebilen varlıklar kişi olarak adlandırılır. Hak ve borç edinebilen varlık ise insandır. ... TMK'nın bu tüzel kişi tanımı dikkate alındığında tüzel kişinin yapılarına göre kişi toplulukları ve mal toplulukları: bağlı oldukları hukuk kurallarına göre kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi olarak gruplandırılması mümkündür.

Özel hukuk tüzel kişileri de kazanç paylaşma amacı güden tüzel kişiler (örneğin ticari şirketler) ile kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişiler (örneğin demekler ve vakıflar) şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır.” Yarg. HGK. E. 2016/3, K.2017/4, T. 09.06.2017. (Sinerji MİP. / 02.04.2018)

⁹⁷ Kişinin hukukî işlemlerle kendisini geçerli olarak hak sahibi yapabilmesi ve borç altına sokabilmesine hukukî işlem ehliyeti denir. Yapılan bir işlem bir sözleşme ise, hukukî işlem ehliyeti sözleşme ehliyeti adını aldığına dair Bkz. **Mustafa Dural / Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 50; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 49; **Safa Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 52.

⁹⁸ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 49; **Dural / Ögüz**, s. 50.

⁹⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1; s. 80; **Dural / Ögüz**, s. 57.

“Davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak elde edebilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez.

...

Yasanın belirtilen düzenlemeye göre, temyiz kudretine sahip olmayan kimsenin yaptığı işlemlerin, hiçbir hukuki hüküm ifade etmeyeceği söylenebilir. Gerek doktrinde gerekse uygulamada benimsenen görüş de bu doğrultudadır.” Yarg. HGK. E. 2017/3121, K. 2018/111, T. 07.02.2018.

¹⁰⁰ **Tuhr**, s. 205; **Helvacı**, s. 70; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 76; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 56; **Helvacı / Erlüle**, s. 73.

sözleşmeden menfaati olan herkese karşı ileri sürülebilir. Bunun için dava açmaya yahut beyana da gerek yoktur. Açılmış olan bir davada hâkim de re'sen göz önüne almalıdır¹⁰¹. Buradaki ayırt etme gücü hem escrow sözleşmesi yapma açısından hem de escrow sözleşmesine konu olan temel hukukî işlem açısından aranmalıdır. Yani escrow sözleşmesi yapan kişi, hem escrow sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olmalı, hem de temel hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olmalıdır. Temel hukukî işlem konusundaki ayırt etme gücü farklı hukukî işlemlere göre değişmekte olup, escrow konusu temel hukukî işlemde ayırt etme gücü olup olmadığı her somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmelidir¹⁰².

Tam ehliyetsizin escrow sözleşmesinin devreden tarafında yer alması gerekiyorsa, onun adına yasal temsilcisi (veli veya vasi) escrow sözleşmesi yapabilir (TMK. m. 342, m. 449)¹⁰³.

Tam ehliyetliler escrow sözleşmesinde devreden tarafta yer alabilirler. Bunların geçerli bir escrow sözleşmesinde devreden tarafta yer almaları ile ilgili hak ehliyeti dışında hiçbir kısıtlama söz konusu değildir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Tuhr, s. 222; Oğuzman / Öz, C. 1; s. 176; Dural / Öğüz, s. 69 – 70; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 78; Antalya, C. 1, s. 131.

¹⁰² Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 53; Dural / Öğüz, s. 60; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 56.

“Yukarıda yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, temyiz gücünden yoksun kişinin fiilleri ve bu arada tasarrufu kural olarak-kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere-butlan ile maluldür. Şu halde, kural olarak butlan, ilgili olan herkes tarafından her zaman (bir süre sınırlaması olmaksızın) ileri sürülebilir. Zira, bu hukuki durum, taraflarca ileri sürülmesi gereken bir def'i olmayıp, itiraz niteliğindedir. Bu nedenle, yargılama sırasında taraflarca ileri sürülmesi bile, hakim bu durumu kendiliğinden göz önüne almak zorundadır.” Yarg. HGK. E. 2012/3-655, K. 2013/63, T. 16.01.2013 (Sinerji MİP. / 02.04.2018)

¹⁰³ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 82; Helvacı, s. 70; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 57; Dural / Öğüz, s. 78; Helvacı / Erlüle, s. 74.

¹⁰⁴ Helvacı, s. 67; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 76; Dural / Öğüz, s. 65; Helvacı / Erlüle, s. 72.

Kural olarak sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleri ile escrow sözleşmesi yaparak borç altına giremezler (TMK. m. 16)¹⁰⁵. Kendisine vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilmiş olanların bu meslek ve sanatla ilgili iş ve işlemleri ile, velisinin rızası ile aile dışında yaşayan çocuğun yapacağı iş ve işlemler için yasal temsilcinin rızası gerekmez (TMK. m. 453., TMK. m. 359)¹⁰⁶. Bu kapsamda vesayet makamı tarafından kendisine sürekli ve ticari olarak escrow tutan olma izni verilmiş olan kişiler de escrow tutan olabilir. Yasal temsilcinin vereceği rıza herhangi bir şekilde bağlı olmayıp, sözleşmenin başında verilebileceği gibi sonradan da verilebilir¹⁰⁷.

Yasal temsilcinin temel hukukî işlem için verdiği rızasının escrow sözleşmesi için de geçerli olup olmadığı tartışılabilir. Kanaatimizce; escrow sözleşmesi genellikle temel hukukî işlemin taraflarını korumak için kabul edilmekte ve ek yükümlülükler getirmemekte olduğundan, temel hukukî işlem için verilmiş olan rızanın, temel hukukî işlemdeki edimlerin yerine getiriliş şeklinin belirlenmesi için yapılmış olan escrow sözleşmesi için de verilmiş olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁸. Ancak, escrow sözleşmesi ile temel hukukî işlem ile kabul edilenler dışında yükümlülükler de

¹⁰⁵ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 88; **Helvacı**, s. 80 – 84; **Dural / Ögüz**, s. 85 – 86; **Helvacı / Erlüle**, s. 77 – 78.

¹⁰⁶ **Tuhr**, s. 205 – 206; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 96; **Dural / Ögüz**, s. 95; **Helvacı**, s. 88.

¹⁰⁷ **Tuhr**, s. 207; **Dural / Ögüz**, s. 88; **Helvacı**, s. 82; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 91.

¹⁰⁸ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 93; **Dural / Ögüz**, s. 88 – 89.

"1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 359. maddesinde bu sorunu kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde çözüme bağlamıştır. "Meslek ve sanat için verilen mal ve kişisel kazanç" başlık 359. maddede "Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğu kendi malından verilen kısmı veya kendi kişisel kazancınının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir." biçiminde kurala yer verilmiştir.

... Somut olayda davacı işçi küçük olmakla birlikte velisinin izniyle çalışmaya başladığına göre veli tarafından hak kazandığı ücretleri tahsil etme yetkisinin verildiği kabul edilmelidir. Böyle olunca yapılan ödemeler dikkate alınarak gerekli mahsuplar yapılmak suretiyle hüküm kurulmalıdır." Yarg. 9. HD, E. 2001/17321, K. 2002/2667, T. 12.02.2002. (Kazancı MİP / 28.03.2018)

getiriliyor ise, temel hukukî işlem için verilmiş olan rızanın escrow sözleşmesi için de geçerli olduğunu kabul edebilmek mümkün değildir. Zira sınırlı ehliyetsizin yapacağı işlemlerde temsilcinin rızasının aranması, her şeyden önce sınırlı ehliyetsizin korunması amacını gütmektedir. Escrow sözleşmesi ile getirilen ek yükümlülükler için rızanın aranmaması halinde ise sınırlı ehliyetsiz bu korumadan faydalanamayacaktır.

Yasal temsilci TMK. m. 499'da yer alan kısıtlamalar¹⁰⁹ saklı kalmak kaydıyla, sınırlı ehliyetsiz adına diğer sözleşmeleri olduğu gibi escrow sözleşmesini de bizzat yapabilir¹¹⁰.

Sınırlı ehliyetlilerden kendilerine oy danışmanı atanan kişiler TMK. m. 429'da belirtilen konularda danışmanın görüşünü almak zorundadır¹¹¹. Görüş alınacak konular maddede açıkça yer almakta ve sınırlı sayıda olduğundan, escrow sözleşmesi yapmak için yasal danışmanın görüşünü almaya gerek bulunmamaktadır. Temel hukukî işlem için alınmış olan görüş, escrow sözleşmesi için de yeterlidir¹¹².

¹⁰⁹ Yasal temsilcinin yapamayacağı işlemler şunlardır: 1. Dava açma ve sulh olma, 2. Taşınmazların alımı, satımı, rehn edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması, 3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehn edilmesi, 4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, 5. Ödünç verme ve alma, 6. Ana parayı alma, 7. Bağışlama, 8. Kambiyo taahhüdü altına girme, 9. Kefil olma.

Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 419; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 101.

¹¹⁰ **Helvacı**, s. 81; **Dural / Ögüz**, s. 87; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 419.

¹¹¹ **Dural / Ögüz**, s. 57; **Helvacı**, s. 67 – 68; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 103.

¹¹² Yarg. 2. HD, 2002/8180 E; 2002/9076 K; 08.07.2002 tarihli kararında doğru olarak belirtildiği üzere, yasal danışmanın hangi konuda atanmış olduğunun kararda belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin, sadece dava açma konusunda kendisine yasal danışman atanmış bir kişinin, TMK. m. 429'da açıkça yazmasına rağmen taşınmaz satışı için danışmanın görüşünü alma zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmelidir.

Oy danışmanlığı yönünden TMK m. 429/I'de sayılan haller sınırlı sayıda olup, yorum ya da örnekseme yoluyla genişletilemeyeceğine dair Bkz. **Dural / Ögüz**, s. 57.

Oy danışmanı olarak atanan kişi mallar üzerinde herhangi bir yönetim ve tasarruf yetkisine sahip olmadığından, tek başına escrow sözleşmesi yapamaz¹¹³.

Kendisine TMK. m. 429/2 uyarınca yönetim danışmanı atanan kişi ise, malların yönetim yetkisinden yoksun olduğundan, tek başına escrow sözleşmesi yapamaz. Bunun yerine yönetim danışmanı, temsil yetkisine sahip olduğu kişi adına escrow sözleşmesi yapabilir¹¹⁴.

Tüzel kişilerin de hukukî işlem ehliyeti kapsamında devreden tarafta yer alabilmesi mümkündür. Tüzel kişiler diğer hukukî işlemlerde olduğu gibi yetkili organları eliyle escrow sözleşmesi yapabilirler (TMK. m. 50)¹¹⁵.

Temel hukukî ilişkinin türüne göre, devreden tarafta birden çok kişi de olabilir. Bu birliktelik kanundan kaynaklanabileceği gibi iradî de olabilir. Ancak, devreden tarafta birden çok kişinin bulunması bunları tek taraf olmaktan çıkarmaz. Bunlar arasındaki ilişkinin nasıl olacağı (paylı mülkiyet, el birliği mülkiyeti, adı ortaklık vb.) ise bu birlikteliğin dayanağına (sözleşme ya da kanun) göre belirlenir.

2. Devralan Taraf

Her escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişki konusu edimi devreden taraftan devralacak en az bir taraf bulunmak zorundadır. Devreden tarafta olduğu gibi

¹¹³ **Helvacı**, s. 67; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 458.

¹¹⁴ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 104; **Helvacı**, s. 68 – 69; **Dural / Ögüz**, s. 68; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 458

¹¹⁵ “Tüzel kişi, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildir. Yani tüzel kişi de - insana özgü nitelikler hariç- aynı gerçek kişiler gibi kamu ve özel hukuktan doğan hak ve borçlara sahip olabilir. Tüzel kişi, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanır. Tüzel kişi fiil ehliyetini bir başka ifade ile iradesini ancak organları aracılığıyla açıklar. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Tüzel kişinin zorunlu organları genel kural, yönetim kurulu ve denetim kuruludur. Bu organların mutlaka bulunması gereklidir. Bunlar dışında ayrıca seçimlik yani zorunlu olmayan başka organlar da öngörülebilir.” Yarg. BGK. E. 2016/3, K.2017/4, T. 09.06.2017. (Sinerji MİP. / 02.04.2018)

temel hukukî ilişkinin türüne göre; devralan tarafın adı escrow sözleşmesinde değişebilir.

Devralan tarafın ehliyeti ve diğer özellikleri ise devreden tarafla aynıdır. Bu nedenle tekrardan kaçınmak adına burada yeniden değinilmeyecektir.

3. Escrow Tutan

a. Genel Olarak

Her escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişki konusu edimi devreden taraftan teslim alıp, belirli bir koşulun yerine getirilmesi halinde devralacak tarafa devretme, belirlenen koşul yerine getirilmezse devreden tarafa iade etme borcu altına giren¹¹⁶, sözleşmenin diğer taraflarından bağımsız ve diğer taraflara karşı tarafsız şekilde davranacak bir taraf bulunmak zorundadır.

Escrow tutan ifadesi yerine uygulamada ve yasal metinlerde “escrow acentası” ve “escrowee” gibi ifadeler de kullanıldığı görülmekte olduğu gibi, escrow tutana sadece “escrow” denildiği de görülmektedir. Biz bu ifadelerden, “escrow acentası” ifadesinin TTK. m. 102/1’de düzenlenmiş olan ve bağımsız tacir yardımcılarında olan “Acente”¹¹⁷ ile hukuken karıştırılma ihtimalinin yüksek olması, sadece “escrow” ifadesinin hukukî ilişkinin tamamını ifade eden bir anlama daha yakın olması, “escrowee” kelimesinin ise Türkçe tam karşılığının olmaması karşısında, uygulamada da en çok kullanılan tabir olan “escrow tutan” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı tespiti ile bu çalışmamızda “escrow tutan” ifadesini kullandık.

Escrow tutan, temel hukukî ilişki taraflarının dışında, ancak temel hukukî ilişkinin tüm taraflarının güvendiği, inandığı, bağımsız ve tarafsız bir kişidir¹¹⁸. Temel hukukî ilişki tarafları, gerçekleştirecekleri ilişkinin edimlerinden en az birini koşula bağlamış, bu koşulun gerçekleşmesi halinde edimin karşı tarafa devri konusunda ise

¹¹⁶ Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I, C”

¹¹⁷ Acente kavramının tanımı ve unsurları için Bkz. **Özge Karaege**, Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 9 – 26.

¹¹⁸ **Reyburn**, s. 6.

bağımsız ve tarafsız bir kişiyi yetkilendirmişlerdir. İşte bu yetkilendirilen kişi escrow tutandır.

Kaliforniya’da taşınmaz satışının normal escrow işleyişinde escrow tutan; taşınmazın devredilecek tapusunun ve paranın birlikte kendisine tutmak üzere verildiği, tarafların güvendiği, taşınmazla ilgili araştırmaları yapan, tüm sigorta ve satış işlemlerini tamamlayan, eyalet kayıt ofisine gerekli kayıtları da yaptıran, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişidir¹¹⁹.

Cal. Fin. C.’na göre; escrow tutan¹²⁰, escrow araçlarını emanet alma ve saklama işiyle iştigal eden kişilere denir (Art.17004). İnternet escrow tutanı bu işlemi internet üzerinden yapan kişidir (Art. 17005). Escrow işleri ile sürekli olarak uğraşmak üzere geçerli ve iptal edilmemiş olan bir escrow lisansı sahibi olan kişiye ise “lisans sahibi” denilmektedir (Art. 17006).

Escrow tutan, escrow sözleşmesinin başlangıcından, sözleşme ile belirlenen koşul gerçekleşip edim devredilinceye kadar sözleşmenin her iki tarafına karşı saklama borcu içerisindedir. Koşul yerine getirildikten veya bunun için belirlenen süre dolduktan sonra ise bu saklama ilişkisi tek taraflı bir ilişkiye döner. Koşulun yerine getirilmesinden itibaren escrow tutan, sadece sözleşmedeki devralan taraf adına saklayan durumunda olacaktır. Çünkü bu aşamadan itibaren; her iki tarafın ortak beyanı yahut mahkeme kararı olmadığı sürece asla edimi devredene iade edemeyecek, sadece devralana iade edebilecektir¹²¹. Aynı şekilde; eğer koşul belirlenen sürede yerine getirilemezse, sürenin dolmasından itibaren escrow tutan sadece devreden taraf için saklayan durumundadır ve edimi devredene iade etmek zorundadır. Her iki ihtimalde de aksi bir davranış yani edimin yanlış kişiye verilmesi kendisinin şahsi sorumluluğunu doğuracaktır (TBK. m. 112).

¹¹⁹ **Diana Turnbloom**, Escrow Coordination Secrets, Providence Publishing, California 2002, s. 19.

¹²⁰ Cal.Fin.C. “escrow tutan” yerine “escrow agent” tabirini kullanmaktadır.

¹²¹ **Bowman / Milligan**, s. 105.

Escrow tutanın gerçek kişi olması şart olmayıp, gerek ABD’de gerekse ülkemizdeki mevcut hukuk sistemi açısından bireyler ve tüzel kişiler escrow tutan olabilecektir.

Escrow tutanın hukukî işlem ehliyetine¹²² de sahip olması gerekmektedir. Zira escrow tutan, kendisine teslim edilen edimi koşulun yerine getirilmesi halinde devralana, belirlenen sürede koşulun yerine getirilmemesi halinde ise devredene vermek borcu altına girmektedir. Elbette, kendisine teslim edilen edimi, koşul gerçekleştirilinceye veya belirlenen süre doluncaya kadar koruyup gözetmek de escrow tutanın borçlarından¹²³.

Escrow tutanın gerçek kişi olması halinde, ayırt etme gücüne sahip olması şarttır (TMK. m. 15)¹²⁴. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar (tam ehliyetsizler) kendi başlarına escrow tutan olamaz. Buradaki ayırt etme gücü; her escrow sözleşmesinde escrow tutan olarak, kendisine teslim edilmiş olan edimi koruma ve kollama borcu ile, escrow sözleşmesi ile belirlenmiş olan koşulların yerine getirilmesi halinde edimin devralana teslim edilmesi gerektiği, koşulun belirlenen sürede yerine getirilememesi halinde ise edimin devredene tekrar iade edilmesi gerektiği, aksi davranışın kendisinin kişisel sorumluluğunu gerektirdiğini bilmesi açısından aranmalıdır. Bu temel ayırt etme gücü kriterinin yanında, escrow tutan olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı her somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmelidir¹²⁵.

¹²² **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 49; **Dural / Ögüz**, s. 50; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 52.

¹²³ Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I, C”

¹²⁴ **Oğuzman / Öz**, C. 1; s. 80; **Dural / Ögüz**, s. 57; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 49; **Tuhr**, s. 205.

¹²⁵ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 53; **Dural / Ögüz**, s. 60; **Helvacı**, s. 59; **Oğuzman / Öz**, C. 1; s. 176.

“Dayanılan nedenlerden birinin ehliyetsizlik olması hâlinde kamu düzeniyle ilgili bulunması ve ehliyetsizliğin saptanması halinde öteki nedenlerin incelenme gereğinin ortadan kalkacağı hususları dikkate alındığında öncelikle bu neden üzerinde durulması gerektiği kuşkusuzdur. Hemen belirtmek gerekir ki, yasal olarak ayırtım gücü bulunmayan kimsenin geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle, kamunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere,

Ayırt etme gücüne sahip olmayan (tam ehliyetsiz) kişilerin escrow tutan olmasını öngören escrow sözleşmesi kesin hükümsüzdür (TMK. m.15., TBK. m.27). Escrow tutan olarak escrow sözleşmesi yapmış olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir. Bu hükümsüzlük, escrow sözleşmesinin tüm taraflarına ya da sözleşmeden menfaati olan herkese karşı ileri sürülebilir. Bunun için dava açmaya yahut beyana da gerek yoktur. Açılmış olan bir davada hâkim de re'sen göz önüne almalıdır¹²⁶.

Tam ehliyetsizin yasal temsilcisi tarafından yapılacak sözleşme ile de escrow tutan olabilmesi mümkün değildir. Zira; escrow tutan güvenilir, tarafsız ve bilgili olmak zorundadır. Yani burada escrow tutanın kişiliği son derece önemlidir. Daha en baştan ayırt etme gücüne sahip olmadığı bilinen bir kişinin ise bu özellikleri taşımadığı şüphesizdir¹²⁷.

Tam ehliyetliler escrow tutan olabilirler. Bunların geçerli bir escrow sözleşmesinde escrow tutan olmaları ile ilgili hiçbir kısıtlama söz konusu değildir¹²⁸.

Sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızası (izin veya icazet) ile escrow tutan olabilirler. Yasal temsilcinin vereceği rıza herhangi bir şekilde bağlı olmayıp, sözleşmenin başında verilebileceği gibi sonradan da verilebilir¹²⁹.

yapacağı işlemlere sonuç bağlanamayacağından, karşı tarafın iyiniyetli olması o işlemi geçerli kılmaz” Yarg. 1. HD. E. 2014/6343, K. 2016/163, T. 12.02.2016, (Kazancı MİP / 20.04.2018)

¹²⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 1; s. 176; **Dural / Ögüz**, s. 69 – 70; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 78; **Tuhr**, s. 222.

¹²⁷ “*Saf bir escrow, ehliyetli tarafları, uygun bir konusu ve bedeli olan geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirir. Bir tarafta satma diğer tarafta ise satın almayı içermelidir. Böyle bir sözleşme olmaksızın, taraflar arasında düzenlenen belge ne bir tapu devri ne de escrowdur.*” Oregon Yüksek Mahkemesi, Foulkes v. Sengstacken, 163. Oac. 311. (1917), Kaynak: Michigan Law Review, Vol. 15. No. 7, (May 1917) s. 579.

¹²⁸ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 76; **Helvacı**, s. 67; **Dural / Ögüz**, s. 65.

¹²⁹ **Tuhr**, s. 207; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 91; **Helvacı**, s. 81 – 82; **Dural / Ögüz**, s. 86 – 90.

“Davacı ile davalı arasında akdedilen Bayilik Anlaşması ve Genel Şartnamesi ve ek anlaşmanın imzalandığı tarihte davacının reşit olmadığı, ancak temyiz kudretinin bulunduğu, M.K.nun 16/1.

Yukarıda tam ehliyetsizler ile ilgili olarak açıkladığımız (tarafsız, bağımsız, bilgili ve güvenilir olma şeklindeki kişisel gereklilikler) nedenlerle; yasal temsilcinin bizzat yapacağı sözleşme ile sınırlı ehliyetsizi escrow tutan olarak atayamayacağı kanısındayız.

Sınırlı ehliyetlilerden kendilerine oy danışmanı atanan kişilerle ilgili olarak hangi konularda oy danışmanı atanabileceği kanunda sayılmış ve bu sayılanlar arasında escrow tutan olmak yer almadığından, başka konularda kendilerine danışman atanmış olan kişiler danışmanlarının görüşünü almaksızın escrow tutan olabilirler. Oy danışmanı olarak atanan kişi hiç şüphesiz temsil ettiği kişi adına sözleşme yapamayacağı için escrow tutan olarak da atayamaz¹³⁰.

Kendisine TMK. m. 429/2 uyarınca yönetim danışmanı atanan kişilerin de escrow tutan olmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira, atanmış olan yönetim danışmanı, sadece temsil ettiği kişinin mallarını yönetme hakkına sahiptir. Hakkı ve yetkisi sadece bununla sınırlıdır. Kendisine yönetim danışmanı atanan kişi, kısıtlanan yönetim yetkisi dışında her türlü faaliyette bulunabilir¹³¹. Escrow tutan ise kendi malını yönetmemekte, başkalarına ait olan bir malvarlığını (edimi) bir nevi

maddesine göre temyiz kudretine sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin izni ya da icazeti ile borç altına girebilecekleri, M.K.nun 355. maddesine göre davacının anne ve babasının velayeti altında olduğu sırada işlem yaptığı, davacının anne ve babasının sözleşmelerde imzasının bulunduğu, bu imzaların kefalet amacıyla değil sözleşmelerin yapıldığı tarihte reşit olmayan davacıyı işlemle bağlı kılabilmek ve işleme izin vermek için imzaladıkları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetlidir.” Yarg. 19. HD. E. 2009/6125, K. 2010/4104, T. 07.04.2010, (Kazancı MİP / 20.04.2018)

¹³⁰ **Dural / Öğüz**, s. 67; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 104.

“Kendisine danışman atanan kişi danışmanın izni ile tek başına dava açabileceği gibi danışmanla birlikte de dava açabilir ya da açılan davaya danışman sonradan icazet verebilir. Ancak yasal danışman, danışmanı olduğu kişi adına onun katılımı olmaksızın dava açamaz veya onun aleyhine açılan davayı tek başına yürütemez. Somut olayda yasal danışman olan davacı danışmanı olduğu kişi adına onun katılımı olmaksızın dava açmış olup, davacı asil tarafından sonradan verilmiş bir muvafakatin da bulunmadığı açıktır.” Yarg. 1. HD. E. 2013/10067, K. 2013/13576, T. 30.09.2013 (Kazancı MİP /20.04.2018)

¹³¹ **Dural / Öğüz**, s. 67 – 68; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 93; **Helvacı**, s. 68 – 69.

yediemin olarak saklamaktadır. Yani kendi mal varlığı ile ilgili herhangi bir fiili tasarrufu yoktur. Yönetim danışmanı olarak atanan kişinin, temsil yetkisine sahip olduğu kişi adına escrow sözleşmesi yapabilmesi ise mümkün değildir.

Tüzel kişilerin de hukukî işlem ehliyeti kapsamında escrow tutan olabilmesi mümkündür. Tüzel kişiler diğer hukukî işlemlerde olduğu gibi yetkili organları eliyle escrow sözleşmesi yaparak escrow tutan olabilirler.

b. Escrow Tutanın Kendisine Teslim Edilen Edim Üzerindeki Zilyetlik Durumu

Türk hukuku açısından, escrow tutanın bu edimleri hangi sıfatla elinde bulundurduğu tartışılabilir. Bilindiği üzere, aslî zilyet bir malı malik sıfatıyla hakimiyet altında tutan kişi, ferî zilyet ise malik sıfatı olmaksızın malı elinde bulunduran kişidir (TMK. m. 974/2)¹³².

Escrow tutan bu zilyetlik konusu mal üzerinde escrow sözleşmesinden kaynaklanan bir kişisel hakka dayanarak malı elinde bulundurmaktadır. Ancak bu hak mülkiyet hakkı veya bir sınırlı aynî hak değil, şahsî bir haktır. O, kendisine bırakılmış olan edimi koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesi durumuna göre devreden ya da devralan tarafa teslim etmek için her iki taraf adına muhafaza etmektedir. Fakat her halükârda edimi kendisi için değil, temel hukukî ilişkinin tarafları için elinde bulundurmaktadır. Bu durumda escrow tutan kendisine bırakılmış olan edimlerin ferî doğrudan zilyedi durumundadır¹³³.

Malın malikinin kendi zilyetliğini devredeceğini umarak malını bıraktığı kimseye emin sıfatıyla zilyet denilmektedir. Bu kişi ferî zilyet olabileceği gibi başkası için zilyet de olabilir¹³⁴. Kendisine teslim edilmiş olan edimin ferî zilyedi durumundaki

¹³² **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 57; **Sirmen**, s. 49; **Ertaş**, s. 34.

¹³³ “Saklayan saklanan şeyin ferî zilyedidir. Aslî zilyed onun mülkiyet hakkına sahip olan kimsedir.” **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1379; “Saklayan, şeyin maliki olmaz; o sadece doğrudan ve ferî zilyet sıfatını kazanır.” **Eren**, Borçlar Özel, s. 750; **Esener / Güven**, s. 67.

¹³⁴ Zilyet yardımcısının emin sıfatıyla zilyet olmadığına dair Bkz. **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 109 – 110; **Sirmen**, s. 91.

escrow tutan, kendisine teslim edilmiş olan edimi elinde tuttuğu müddetçe o edimin emin sıfatıyla zilyedi durumundadır.

Bilindiği üzere; bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur (TMK. m. 988)¹³⁵. Ferî doğrudan zilyet yani emin sıfatıyla zilyet durumunda olan escrow tutandan, escrow tutana konu olan ve escrow tutana teslim edilmiş olan malvarlığını iyi niyetle edinmiş olan kimsenin bu edinmesi korunacaktır. Bu edinimin korunması için escrow tutanın malik gibi hareket etmiş olması da şart değildir.

Üçüncü kişinin iyi niyetli olarak, escrow tutanın malik olmadığını bildiği fakat onun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi olduğuna güvendiği hallerde de kazanımı korunur. Örneğin, escrow tutanı malikin temsilcisi addettiği durumlar böyledir.

Diğer taraftan TMK. m. 988 sadece aynî hak iktisabında uygulanır. Escrow tutandan mal üzerinde şahsi hak iktisap edenin bu şahsi hakkı korunmaz. Fakat kişisel hak sahibinin hapis hakkı bulunması halinde, kişisel hak bu açıdan korunur. Mal üzerinde aynî hak kazandığını ya da hapis hakkı olduğunu ispat yükü bunu iddia eden üçüncü şahıstadır¹³⁶.

¹³⁵ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 108; **Sirmen**, s. 90.

“Bu maddenin uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

1-) Ayni hakkın emin sıfatıyla zilyetten kazanılmış olması,

2-) Ayni hakkın kazananının üçüncü kişi olması,

3-) Üçüncü kişinin bir ayni hak kazanmış olması,

4-) Üçüncü kişinin ayni hakkı iyi niyetle kazanmış olması,

5-) Üçüncü kişinin ediniminde tasarruf yetkisi dışında diğer geçerlilik unsurlarının mevcut olması”. Yarg. HGK. E. 2017/4-1367, K. 2018/249, T. 21.02.2018, (Kazancı MİP / 05.05.2018)

¹³⁶ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 111.

c. Escrow Tutan Olarak Lisans Alma

Bugün Kaliforniya’da escrow tutan olmak için bankalar, sigorta şirketleri, yediemin şirketleri ve diğer bazı istisnalar dışında¹³⁷ sürekli ve ticari şekilde escrow işlemleri yapmak için lisans almak şarttır. 1953 Yılından beri Kaliforniya’da escrow tutan olarak lisans almak için ise escrow işlemleri yapmak üzere kurulmuş olan bir tüzel kişi olmak şarttır¹³⁸. Bireyler escrow tutan olarak lisans alma hakkına sahip değildir (Cal. Fin. C. Art. 17200). Fakat bireyler de bir lisansa dayanmaksızın sürekli veya ticari olmayan işlemlerde escrow tutan olarak görev yapabilirler.

Texas Eyaletinde de escrow tutan olmak için lisans almak koşulu vardır¹³⁹. Ancak avukatlar ile sürekli ve ticari olmayacak şekilde escrow tutan olanların lisans almasına gerek yoktur¹⁴⁰.

Ticari ve sürekli escrow tutan olmak için gereken lisans ve diğer şartların dışında, bireysel ve tek seferlik işlemler için escrow tutan olmak konusunda kısıtlama yoktur. Ticari ve sürekli escrow tutan olarak görev yapmak için ise, yukarıda da açıklandığı üzere escrow sisteminin uygulandığı Kaliforniya ve Teksas gibi bölgelerde genellikle lisans alma koşulu bulunmaktadır.

Ülkemizde ise escrow konusunda herhangi bir yasal düzenleme olmadığından, bireysel-tek seferlik ya da ticari-sürekli olarak escrow tutan olmak konusunda herhangi bir kısıtlama yoktur. Bu konu tamamen hak ehliyeti ve fiil ehliyeti kuralları kapsamında çözülecektir. Ancak olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından ülkemizde de sürekli ve ticari olarak escrow işiyle ilgilenecek olanların, yasayla belirlenecek olan şartları taşınması ve lisans alması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Zira, escrow sistemiyle yapılan / yapılacak işlemlerin parasal büyüklüğü göz önüne alındığında, bu işlemlerle ilgili edimlerin teslim edileceği kişinin de

¹³⁷ İstisnalar için Bkz. Cal. Fin. C. Art. 17006.

¹³⁸ **Bowman / Milligan**, s. 106.

¹³⁹ 2005 Texas Insurance Code (TIC-Texas Sigorta Kanunu), Chapter 2652 Escrow Officers, Art. 2652-001. Liscence And Bond Or Deposit Required.

¹⁴⁰ TIC, Art. 2652-002.

yeterince güvenilir ve tarafsız olması gerektiği, lisans aldığı regülatör otoritenin denetimine tabi olması gerektiği şüphesizdir. Aksi halde yani escrow tutanın yeterince güvenilir ve tarafsız olduğu konusunda şüphe bulunduğu hallerde ve yeterince denetlenmediği hallerde, özellikle büyük ölçekli maddî değer içeren ticarî işlemlerde escrow sisteminin uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır.

d. Birden Çok Kişinin Birlikte Escrow Tutan Olması

Birden çok kişinin birlikte escrow tutan olması mümkündür. Birden çok kişinin birlikte escrow tutan olması halinde, bunlar arasındaki ilişkinin nasıl olacağı escrow sözleşmesine göre belirlenir. Escrow sözleşmesinde birlikte escrow tutan olan kişilerin müteselsil sorumluluğu kabul edilmedikçe, TBK. m. 85'te düzenlenen "Bölünemeyen borç" hükümlerinin ilişkiye uygulanması gerekecektir. Zira; escrow sözleşmesine temel teşkil eden temel hukukî işleme konu olan edim bölünebilir hatta bir miktar nakit para dahi olsa, escrow tutanın borcu bu edimi koruyup kollayarak sözleşme hükümleri uyarınca devralana yahut devredene teslim etmektir. Dolayısıyla, escrow tutanın borcu verme borcu değil yapma borcudur. Bu özellik ferden muayyen malların escrow sözleşmesine konu edilmesinde çok daha belirginleşir. Örneğin; belirli bir ressam tarafından yapılmış belli bir tablonun escrow sözleşmesine konu edilmesi halinde, escrow tutanın borcu bu tabloyu saklayıp, koruyup kollamak ve escrow sözleşmesinde belirtilen koşullar uyarınca devralan yahut devredene teslim etmektir. Dolayısıyla verme borcunun varlığından söz edilemez.

Buna göre; birden çok kişinin birlikte escrow tutan olması halinde bu escrow tutanlardan her biri borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür (TBK. m.85/2). Sözleşme şartları uyarınca escrow konusu edim kendisine teslim edilmesi gereken taraf (alacaklı) ise, edimin yerine getirilmesini herhangi bir borçludan talep edebilir. Escrow tutanlardan herhangi birinin edimi teslim ettiği oranda ise tüm escrow tutanlar borcundan kurtulur¹⁴¹.

¹⁴¹ **Ayan**, s. 58; **Tuhr**, s. 782 – 783; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1220 – 1221.

B. Escrow İlişkisinin Dayanağı Olan Temel Hukukî İlişki

Escrow sözleşmesi ayrı bir sözleşme halinde olabileceği gibi, başka bir sözleşmenin içinde bir veya birkaç madde olarak da yer alabilir¹⁴². Örneğin; alıcı ve satıcı yaptıkları menkul satış sözleşmesinde edimlerin ifa edilmesinin escrow yoluyla yapılmasını kararlaştırabilir. Bu durumda her iki tarafın kabul edeceği bir kişi escrow tutan olarak kabul edilip, atanan escrow tutan ile ayrı bir escrow sözleşmesi yapılabilir¹⁴³. Buna karşılık, taraflar menkul satış sözleşmesini yaparken escrow tutan olarak bir kişiyi atayıp, doğrudan o kişinin de menkul satış sözleşmesine escrow tutan olarak dahil olmasını da sağlayabilirler¹⁴⁴.

Hangi şekilde yapılmış olursa olsun, escrow sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için mutlaka bir temel hukukî ilişkinin bulunması şarttır¹⁴⁵. Temel hukukî ilişki bulunmaksızın escrow sözleşmesinin kurulabilmesi mümkün değildir. Zira escrow sözleşmesinin varoluş amacı, temel hukukî ilişkinin edimlerinin güvenli şekilde ifa edilmesidir.

Temel hukukî ilişki borcun niteliği açısından devir borcu doğuran bir sözleşme, kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşme, iş görme sözleşmesi, şahsi teminat sözleşmesi ya da isimsiz bir sözleşme olabilir. Temel hukukî ilişkinin türüne, unsurlarına ve taraflar arasındaki anlaşma şartlarına göre escrow sözleşmesinin nasıl uygulanacağı da değişiklik gösterecektir. Ancak, escrow sözleşmesinin

¹⁴² **Kırca**, agm. s. 51.

¹⁴³ Şirket Hisse Satış Sözleşmesi'ni (Share Purchase Agreement-SPA) konu alan müstakil bir escrow sözleşmesi örneği için; **Matthias Jaletzke / Walter Henle**, M&A Agreements in Germany, München 2011, s. 247.

¹⁴⁴ Şirket Hisse Satış Sözleşmesi'nde ödemelerin escrow hesap üzerinden ödenmesini öngören sözleşme maddesi örneği için Bkz. **Jaletzke / Henle**, s. 43.

¹⁴⁵ **Kırca**, agm. s. 51.

“Saf bir escrow, ehliyetli tarafları, uygun bir konusu ve bedeli olan geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirir. Bir tarafta satma diğer tarafta ise satın almayı içermelidir. Böyle bir sözleşme olmaksızın, taraflar arasında düzenlenen belge ne bir tapu devri ne de escrowdur.” Oregon Yüksek Mahkemesi, Foulkes v. Sengstacken, 163. Oac. 311. (1917), Kaynak: Michigan Law Review, Vol. 15. No. 7, (May 1917) s. 579.

uygulanabilmesi için her halükarda bu temel hukukî ilişkinin karşılıklı borç yükleyen bir ilişki olması gerekmektedir¹⁴⁶.

Escrow sözleşmesinde temel hukukî ilişkinin varlığı zorunlu olmasına karşılık, escrow sözleşmenin bu temel hukukî ilişki karşısında ferî sözleşme mi yoksa bağımsız mı olduğu konusu ise tartışmalıdır¹⁴⁷. Kanaatimizce, her ne kadar escrow sözleşmesinin kurulması için bir temel hukukî ilişkinin bulunması gerekmekte ise de, bu gereklilik escrow sözleşmesini temel hukukî ilişkinin ferî haline getirmez. Zira, escrow sözleşmesi ile temel hukukî ilişkinin tarafları birbirinden farklıdır. Escrow sözleşmesinde escrow tutan da bağımsız ve tarafsız bir taraf olarak ortaya çıkmakta, kendisine özgü hak ve yükümlülükler edinmektedir. Bağımsız hak ve borçlar yüklenen bir tarafın (escrow tutan) dahil olduğu escrow sözleşmesinin, escrow tutanın dahil olmadığı başka bir sözleşmesinin ferî saymak pek mümkün görünmemektedir. Diğer taraftan, temel hukukî ilişki ile escrow sözleşmesinin amaçları da birbirinden farklıdır. Escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanan temel hukukî ilişkinin amacı bir malvarlığı unsurunun devri iken, escrow sözleşmesinin amacı mal varlığı unsurunun devir koşullarının teminat altına alınması ve işlem taraflarının korunmasıdır. Tüm bu nedenlerle; escrow sözleşmesinin temel hukukî ilişkinin ferî olduğunu söyleyebilmenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

C. Escrow Tutana Teslim Edilen Edim

1. Genel Olarak

Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışa edim denir. Borçlunun borcunun konusunu oluşturan bu edim yapma, yapmama veya verme türünde olabilir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ **Kırca**, agm. s. 51.

¹⁴⁷ Escrow sözleşmesi ile temel hukukî ilişki arasındaki ilişkinin tartışılmasına yönelik örnekler üzerinden yapılan açıklamalar için Bkz. **Kırca**, agm. s. 50 – 53.

¹⁴⁸ **Oğuzman / Öz**, C.1, s.6; **Tuhr**, s. 45; **Eren**, Borçlar Genel, s. 101 – 104; **H. Tamer İnal**, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2017, s. 284 – 293.

Edimler, davranış biçimi açısından; olumlu ve olumsuz edimler, edimin belirlenmesi açısından; türüyle belirlenen edimler ve seçimle belirlenen edimler, ifa süresi bakımından; anî edimler, sürekli edimler ve aralıklı (dönemli) edimler şeklinde sınıflandırılmaktadır¹⁴⁹. Ayrıca edimin bölünebilir bölünemeyeceğine göre; bölünebilen edim ve bölünemeyen edim ayrımı da yapılmaktadır¹⁵⁰.

Borçlunun yükümlü olduğu davranışın bir şey yapma ya da verme borcu olduğu durumlarda olumlu edim, yapmama olduğu durumlarda ise olumsuz edim söz konusudur¹⁵¹. Verme borcunu konusu yeter derecede belirlenmiş bir şey ise parça borcu, sadece türü belirtilerek miktar olarak belirlenmişse nevi (tür) borcu söz konusudur¹⁵². Borçlunun borçlandığı edim zaman içinde ve sürekli davranışlarla yerine getiriliyorsa; sürekli edim, zaman içinde bir defada yerine getiriliyorsa; anî edim, dönemsel aralıklarla yerine getiriliyorsa; dönemsel edim söz konusudur¹⁵³. Edimin konusunu oluşturan şey niteliğinde bir değişiklik veya değerinde bir azalma olmaksızın parçalara bölünerek ifa edilebiliyorsa; bölünebilen edim, niteliğinde bir değişiklik veya değerinde bir azalma olmaksızın parçalara bölünerek ifa edilemiyorsa bölünemeyen edim söz konusu olur¹⁵⁴.

¹⁴⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 101 – 108; **Tuhr**, s. 45 – 53; **Oğuzman / Öz**, C.1, s. 6 – 12. vd.

“Alacaklının borçludan talep etme hakkının bulunduğu borçlunun ise alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu belirli bir davranış tarzına edim denir. Süresi açısından edimin türleri arasında yer alan dönemsel edimde, borç zaman için düzenli veya düzensiz aralıklar ile tekrar tekrar ifa edilmektedir.” Yarg. 12. HD. E. 2017/3716, K. 2017/13247, T.30.10.2017, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁵⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 109.

¹⁵¹ **Oğuzman / Öz**, C.1, s. 6; **Tuhr**, s. 47 – 49; **Eren**, Borçlar Genel, s. 102 – 104.

¹⁵² **Oğuzman / Öz**, C.1, s. 7; **Tuhr**, s. 53; **Eren**, Borçlar Genel, s. 110 – 111.

“Nev'i borcu ferden değil sadece cins ve miktar itibariyle belirtilmiş olan edimlerdir. Bir edimin nev'i borcu) sayılabilmesi için cins ve miktarının tayini yeterli ise de bu cins bir şeyin satım aktine konu olması halinde nef'i ve hasarın alıcıya intikali için; akdin in'ikadı yetersizdir. Ayrıca BK.m.183/II uyarınca satılanın ayırdedilmiş olması gerekir. Ayırdetmeden maksat, satılan şeyin; cinsine göre "ölçülme, sayılmak veya tartılmak suretiyle akde tahsis edilmesidir.” Yarg. 12. HD. E. 1994/697, K. 1994/7587, T. 15.09.1994. (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁵³ **Oğuzman / Öz**, C.1, s. 10 – 12; **Eren**, Borçlar Genel, s. 107; **Tuhr**, s. 49 – 50.

¹⁵⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 109.

2. Escrow Sözleşmesine Konu Olabilecek Edimler

Bir temel hukukî ilişkideki her türlü edim escrow sözleşmesine konu olamaz. Escrow sözleşmesinin konusunu oluşturacak olan edimin, işin niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilir nitelikte olması şarttır. Bu nedenle teslimi mümkün olmayan iş görme, yapma ve yapmama şeklindeki edimlerin escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir. Örneğin, hizmet sözleşmesinde işçinin borcu olan iş görme borcunun teslim edilebilmesi mümkün olmadığından, hizmet sözleşmesinde işçinin edimi escrow sözleşmesine konu olamaz. İşverenin edimi olan bir miktar para ise escrow sözleşmesine konu olabilir.

Yapmama şeklindeki olumsuz edimlerin de escrow tutana teslimi mümkün değildir. Örneğin; taraflar arasında yapılan bir rekabet yasağı sözleşmesinin edimi rekabet etmeme yani olumsuz bir edimdir. Niteliği gereği rekabet etmeme şeklindeki olumsuz edimin escrow tutana teslim edilebilmesi mümkün değildir.

Escrow sözleşmesine konu olabilmesi adına edimin anî ya da dönemsel olması arasında bir fark yoktur. Anî edimler escrow sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği gibi, dönemsel edimler de escrow sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Örneğin; bir aracın satışının yapıp satış parasının bir defada ödenmesi anî edimdir. Burada satış bedelinin escrow sözleşmesine konu olabileceği şüphesizdir. Kira sözleşmesinde aylık muaccel olan kira bedelleri ise dönemsel edimdir¹⁵⁵. Bu aylık kira bedellerinin de escrow sözleşmesine konu olabilmesi mümkündür.

Ancak sürekli edimler¹⁵⁶ genellikle yapma ya da yapmama şeklindeki edimlerdir. Örneğin; hizmet sözleşmesinde işçinin borcu sürekli edim niteliğindedir.

¹⁵⁵ **Oğuzman / Öz**, C.1, s.12; Ard arda teslimli satışlar, belirli zamanlarda ödenen sigorta primleri, belirli dönemlerde yapılan tamir işi, borçlunun dönem dönem bir şeyi yapmama edimlerinin de dönemsel edimler olduğuna dair Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 108.

¹⁵⁶ “Eser sözleşmesinin belirleyici ögesi bir işin görülmesi değil, bir iş sonucunun meydana getirilmesi olduğu için bu sözleşme, İş - hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sürekli sözleşme niteliğinde sayılmamakla birlikte, sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlu açısından bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü kuralların gözönünde tutulması gerekir.” Yarg. HGK, E. 1982/15-356, K. 1982/817, T. 06.10.1982, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

Bu nedenle, escrow tutana teslimi mümkün olmayan bu nitelikteki sürekli edimlerin escrow sözleşmesine konu olabilmesi de mümkün değildir.

3. Edimin Mülkiyetinin, Yarar Ve Hasarının Geçmesi

a. Edimin Mülkiyetinin Geçmesi

Escrow sözleşmesinde, escrow tutana teslim edilmiş olan edimin kime ait olduğu, bu mülkiyetin hangi anda devralan tarafa geçtiği, aynı şekilde yarar ve hasarın hangi aşamaya kadar kime ait olacağı ana tartışma konularından biridir.

Escrow sözleşmesinin tanımında¹⁵⁷ da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, escrow sözleşmesine konu olan edimin mülkiyetinin devralan tarafa geçmesi, belirlenmiş olan süre içerisinde koşulun yerine getirilmesine bağlıdır. Belirlenmiş olan süre içerisinde koşul yerine getirilmezse escrow tutan edimi ilk sahibine iade edecek, koşul gerçekleşirse edimini yeni sahibi olarak devralan tarafa teslim edecektir¹⁵⁸.

Ancak, escrow sözleşmesinin birlikte uygulandığı değişik sözleşme tiplerine göre tam olarak hangi anda edimin mülkiyetinin, yarar ve hasarının karşı tarafa geçtiği netleştirilmelidir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Bkz. Yuk. "I. Bölüm, I, B."

¹⁵⁸ **Gavit**, agm, s. 1152; **Roger K. Garrison**, Agency and Escrow, Washington Law Review, B.J. 46, (1951), s. 46; **Corbin**, agm, s. 453.

"(..Taraflar arasında kurulmuş bulunan 27.8.1980 tarihli sözleşmenin 7. maddenin son cümlesinde "sözleşmenin aktinden sonra idare, sözleşmenin yürürlüğe girdiğini yazılı olarak müteahhide tebliğ edilecektir" hükmü yazılıdır. Görülüyor ki, akdin yürürlüğe konulması, belirsiz bir süreye ve işleme bağlanmıştır. B.K. madde 149 hükmüne göre iki taraf hilafını kastetmedikleri takdirde şarta bağlı akit, ancak şartın gerçekleşmesi anında hüküm ifade eder. Ayrıca öngörülen şart tahakkuk edinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi yerine getirilmesine engel olacak her nev'i tasarruftan kaçınmakla yükümlüdür (B.K. md. 150)." Yarg. HGK. E. 1984/15-142, K. 1985/884, T. 8.11.1985, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁵⁹ Değişik unsurlu satış sözleşmelerinde hasarın geçişine dair Bkz. **Esra Hansu**, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 25 – 48.

Taşınmaz satış sözleşmesiyle birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde, sadece alıcının edimi olan satış bedelinin (nakit para) escrow sözleşmesine konu olabileceği, satıcının edimi olan mülkiyeti devir borcunun escrow sözleşmesine konu olamayacağı yukarıda açıklanmıştır. Bu nedenle, taşınmaz satışı açısından sadece satış bedelinin mülkiyetinin satıcıya geçmesi konusu netleştirilmelidir.

Taraflar başka şekilde anlaşmamışlarsa, taşınmaz satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmelerinde, taşınmazın mülkiyetinin alıcıya geçmesi ile birlikte satış bedeline hak kazanır. Taşınmaz satışı için TMK. m. 705 ile konulan genel kurala göre ise; *“Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur”*¹⁶⁰.

Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir (TMK. m. 716). Örneğin, taraflar arasında yapılmış olan taşınmaz ön satış sözleşmesine istinaden satış bedelini escrow tutana teslim eden alıcı, Mahkemeye müracaat ederek taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilecek ve mahkeme taşınmazın davacı (alıcı) adına tesciline karar verecektir. Bu durumda TMK. m. 705/2 uyarınca Mahkeme kararının kesinleşmesi anında yani tescilden önce mülkiyet kazanılacaktır¹⁶¹. Escrow tutana teslim edilmiş olan satış bedelinin mülkiyeti de aynı

¹⁶⁰ *“Bilindiği üzere mülkiyet hakkının devren kazanılması, kurucu nitelikteki iki ayrı şartın varlığını gerektirir. Bunlardan ilki, mülkiyetin devri borcunu doğuran "borçlandırıcı işlem"dir. Yani, haklı bir hukuki sebebin bulunmasıdır. Bunun istisnası; iyi niyet sahibi üçüncü kişiler yönünden TMK'nın 1023. maddesinde kurala bağlanan durumdur. İkincisi ise "tasarruf işlemi" de denilen "tescil"dir. Mülkiyet hakkının geçerli bir şekilde kazanılması için bu iki kurucu unsurun birlikte bulunması zorunludur. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde tescil, niteliği itibarıyla açıklayıcı bir tescil olmayıp, kurucu bir tescildir. Tescilin bu kurucu etkisi, TMK'nın 705. maddesinde "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur." denilerek, 1021/1. maddesinde de " Kurulması kanunen tescile tabi aynı haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanmaz." denilmek suretiyle hüküm altına alınmıştır.”* Yarg. HGK. E. 2017/1-1281, K. 2018/35, T. 17.1.2018, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁶¹ **Harry A. Bigelow**, Conditional Delivery of Deeds of Land, Harvard Law Review, Vol. 26, No. 7, (May. 1913), s. 567.

*“4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu (T.M.K.'nun 705. maddesinde:
"Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*

şekilde mahkeme kararının kesinleşmesi anında taşınmazın eski malikine (satıcı) ait olacaktır.

Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz (TBK. m. 243). Örneğin; öncelikle satış bedelinin escrow tutana (yahut tapu müdürü escrow tutan atanıp, tapu memuruna) teslim edilmesi şeklinde bir koşul öngörülmüşse, satış bedeli escrow tutana teslim edilmedikçe tescil yapılamaz.

Taşınır satışında ise; taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir (TMK. m. 763). Satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür (TBK. m. 210). Zilyetliğin devri ile birlikte taşınırın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için tarafların anlaşmış olmaları şarttır¹⁶².

b. Edimin Yarar ve Hasarının Geçmesi

Yarar; bir şeyden kendiliğinden ya da normal bir çaba göstererek elde edilen fazlalıklar, hasar ise; şeyin kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi zararlı hallerdir¹⁶³.

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleriyle kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır." hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu madde gereğince asıl olan taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılacağı, ancak cebri icra yoluyla taşınmazın ve payın satın alınması durumunda mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı ve geçeceği açıkça anlaşılmaktadır." Yarg. HGK. E. 2012/1-197, K. 2012/781, T. 14.11.2012, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁶² **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 742; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 89 – 90; **Sirmen**, s. 483.

¹⁶³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 70; Geniş anlamda hasar ve dar anlamda hasar kavramları için Bkz. **Hansu**, s. 6; Eşyaya ilişkin hasar ve borca ilişkin hasar kavramları için Bkz. **A. Hulki Cihan**, Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 3 – 6; Geniş anlamı ile hasar kavramının, bir eşyanın borç ilişkisine konu olup olmamasından veya bir insan fiilinden kaynaklanıp laynaklanmamasından bağımsız bir şekilde zarar görmesi / telef olması anlamında kullanıldığında dair Bkz. **Emrah Kulaklı**, Taşınmaz Satışında Hasarın Geçışı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 29, Ocak 2017, s. 114.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona erer (TBK. m. 136/1). Böylece, kusursuz imkânsızlık nedeniyle borcun sona ermesinde hasara alacaklı katlanmak zorundadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise, 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. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır (TBK. m. 136/2). Böylece karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde karşı edime ilişkin hasara ise borçlu katlanmaktadır¹⁶⁴.

Kanundan¹⁶⁵, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık haller dışında¹⁶⁶, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında

¹⁶⁴ **A. Hulki Cihan**, s. 52 – 54; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1329; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 72;

“Taraflar arasındaki ... (Sözleşmede yer alan) Bu hükme göre, edimin ifası mücbir sebepler sebebiyle imkânsız hale gelmiş ise, taraflar sözleşme bedelini ve/veya uğradıkları zararlarının tazminini talep edemeyeceklerdir. Burada belirtilen "sözleşme bedeli" davalı yüklenici şirketin edimi ifa etmesi halinde hak kazanacağı ücret olup, ifanın imkânsız hale gelmiş olması sebebiyle geri vermekle yükümlü olduğu bedelin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda, davalı yüklenici, edimin ifası imkânsız hale geldiğinden, artık sözleşme bedelini talep hakkına sahip bulunmayıp, bilakis TBK'nın 136/2. maddesinin 1. cümlesi hükmü uyarınca, henüz sözleşme ifa edilmeden önce peşin olarak tahsil ettiği bedeli, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince davacı tarafa iade ile yükümlüdür.” Yarg. HGK. E. 2015/9406, K. 2017/2044, T. 6.7.2017, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁶⁵ Taşınmaz satışında hasarın geçişine ilişkin TBK. m. 245'teki istisnai düzenleme için Bkz. **Kulaklı**, s. 122 – 128.

¹⁶⁶ *“Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasından, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.”* şeklinde düzenlenen 183. maddesi ve *“Uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi, hastalıktan, askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeye hakkı vardır”* şeklinde hüküm altına alınan 328. maddesi, BK'nun 117. maddesine istisna getiren özel hükümlerdir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık halinde borçlunun kusuru söz konusu ise daha önce de belirtildiği gibi, BK'nun 96. maddesindeki genel hüküm uygulanır. Bu durumda, borç sona ermez, borçlu, alacaklı zarara

zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir (TBK. m. 208/1)¹⁶⁷. Kanun'un ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere bu ana kuralın kanundan, durumun gereğinden ve özel koşullardan doğan istisnaları söz konusu olabilir. Escrow sözleşmesi ile de yarar ve hasarın geçişi konusunda farklı hükümler getirilebilmesi mümkündür.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer (TBK. m. 208/2)¹⁶⁸. Ancak bu hüküm escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanan taşınır sözleşmeleri için uygulanamaz. Zira; escrow tutana teslim edilmiş olan malın aslı zilyetliği zaten koşulun gerçekleşmesi ile birlikte alıcıya geçmiş durumdadır. Yani alıcının zilyetliği devralmada temerrüdü söz konusu olamaz. Bu andan itibaren de tüm yarar ve hasar zaten alıcıya geçmiş durumdadır¹⁶⁹.

Aynı gerekçeyle TBK. m. 208/3'te ifade edilen; "*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer*"¹⁷⁰ kuralı da taşınmaz satışı ile birlikte uygulanan

uğramışsa, bunu tazmin etmek zorunda kalır.

İmkânsızlık, borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir. Nitekim, BK'nun 117.maddesinde kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır." Yarg. HGK. E. 2011/13-528, K. 2011/571, T. 28.9.2011, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁶⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 72; Geciktirici koşula bağlı sözleşmelerde hasarın geçişi için Bkz. **Hansu**, s. 72; Taşınmaz satışlarında hasarın geçtiği ana ilişkin kural ve istisnaları için Bkz. **Kulaklı**, s. 118 – 128.

¹⁶⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 73.

¹⁶⁹ Garrison'un ifadesiyle; "*Alıcı, kendi ücretini ödedikten sonra bile başka koşullar varsa bunlar yerine gelmeden evvel, teslim edilmiş olan şeyi alma hakkına sahip değildir. Bu nedenle satıcı tarafından yerine getirilmesi gereken koşulların icrasından evvel ücretin zayiine alıcı katlanır, ancak koşul yerine geldikten sonra ise satıcı bu zayıe katlanır. Örneğin; escrow tutan kendisine teslim edilen ücreti alıp kaçtığına, ücretin devrinin bağlandığı karşı edimler yerine getirilmişse ücretin zayii satıcıya ait olacak ancak karşı edimleri yerine henüz getirilmemişse ücretin zayii alıcıya ait olacaktır."* **Garrison**, agm, s. 46 – 47.

¹⁷⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 73; **Kulaklı**, s. 118 – 122.

escrow sözleşmelerinde uygulanamaz. Ancak, devralan taraf edimin başka yere gönderilmesini escrow tutandan talep ederse, TBK. m. 208 hükmünün kıyasen uygulanabilmesi mümkündür¹⁷¹.

Devir koşullarının yerine gelmemesi nedeniyle, escrow tutan tarafından sahibine iade edilecek olan edimde, edimin escrow tutanda beklediği süre içerisinde meydana gelecek hasar ve yarar devreden tarafa ait olacaktır¹⁷². Zira, devir koşulu yerine getirilmediği için, sözleşme konusu edimin mülkiyeti ile birlikte yarar ve hasarı

¹⁷¹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)'a göre ise; satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez¹⁷¹. Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez (CISG m. 67). Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır (CISG m. 68). Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder. Sözleşmenin, henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir (CISG m. 69).

TBK, CISG ve INCOTERMS açısından satış sözleşmesinde riskin geçtiği anın tespiti konusunda yapılan karşılaştırmalar için Bkz. **Murat Oruç**, Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 63 – 269.

¹⁷² Edim hasarının intikali bakımından esas alınan anın, borçlunun borcunu ifa ettiği an olduğuna dair Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 74. Hasar kavramının kullanıldığı çeşitli anlamlar (edim hasarı, maddî edim hasarı, karşı edim hasarı, bedel hasarı) için Bkz. **Kulaklı**, s. 116. Escrow sözleşmesinde ise bu ifa anı koşulun yerine getirildiği an olarak kabul edilmelidir.

da devreden tarafa ait olarak kalmaktadır. Ancak devralacak olan tarafça borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse, devralacak taraf kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 112). Dolayısıyla, temel hukukî ilişki konusu edimi, temel hukukî ilişkide ya da escrow sözleşmesinde belirlenen şartlar uyarınca escrow tutana teslim etmiş ve sonrasında karşı tarafça koşul yerine getirilemediği için edimi iade almış olan taraf, edimin escrow tutanda bulunduğu dönemde meydana gelen hasar, koruma ve bakım masrafları, kâr kaybı ve diğer zararları nedeniyle karşı taraftan tazminat talep edebilecektir.

Taşınmaz satışında ise satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır (TBK. m. 245/1)¹⁷³. Ancak bu sözleşmenin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK. m. 245/2).

Washington Yüksek Mahkemesi 1950 yılında verdiği ve bu konuda temel ilkeler kabul edilen kararında¹⁷⁴ aşağıdaki ilkeleri ortaya koymuştur;

- i. Escrow tutanın, fonları temsilcisi olarak elinde bulundurduğu taraf zarara katlanır,
- ii. Hangi tarafın fonlara sahip olduğu, zarar anında işlemin koşullarının yerine getirilmiş olup olmadığına göre belirlenir,
- iii. Bu konuda önemli olan şartlar, satıcının fonları teslim alma hakkına ilişkin olan şartlardır¹⁷⁵.

Önemli şartlara eklenen küçük ve önemsiz şartların gerçekleştirilmemiş olması bu konuda önem arz etmeyecektir.

¹⁷³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 241; **Kulakh**, s. 122 – 127.

¹⁷⁴ **Schrocks v. Gillingham**, 136 Wash. Dec. 386, 219 P. (2d) 92 (1950).

¹⁷⁵ Kaynak: Washington Law Review, B.J. 46, (1951), s. 50.

Teslim edilen şeyin escrow tutanda bulunduğu dönemde, devreden ve devralan tarafın zarara eşit olarak katlanması gerektiği, zira; escrow tutan ile yapılmış olan sözleşmede her iki tarafın eşit durumda olduğu ve zararın ortaya çıkmasında her iki tarafın da kusursuz olması karşısında, escrow tutanın kendisine teslim edilen şeyi (para veya eşyayı) alıp kaybolması durumunda hasara taraflardan sadece birinin katlanmasının hiçbir hakkaniyet düşüncesine uymayacağı da ileri sürülmektedir¹⁷⁶.

c. Escrow Sözleşmesine Konu Edim Üzerinde Üçüncü Kişilerin Haciz Talepleri

Edimin escrow tutanda bulunduğu zaman aralığında, escrow tutanda bulunan edim üzerine haciz konulması talebi durumunda, bu haczin edim üzerine konulup konulmayacağı ve tarafların mülkiyet iddialarının akıbetinin ne olacağı çözülmesi gereken önemli sorunlardan biridir.

Escrow sözleşmesine konu olan edimin mülkiyeti koşulun gerçekleştiği anda devralan tarafa geçmektedir. Bu nedenle, Türk hukuku açısından koşul henüz gerçekleşmeden önce devreden tarafın borcu nedeniyle edim üzerine haciz konulması mümkündür. Zira, bu dönemde edim hala devreden tarafa aittir. Koşul gerçekleştiği anda edimin mülkiyeti de devralan tarafa geçtiğinden, koşul gerçekleştikten sonra edim halen escrow tutanda olsa bile devreden tarafın borcu için edimin üzerine haciz konulması mümkün değildir.

Escrow tutana teslim edilmiş olan şey, escrow tutanın mal varlığından ayrı bir mal varlığıdır. Bu nedenle, escrow tutanın şahsi borçları nedeniyle haczedilmesi söz konusu olamaz. Escrow sözleşmesinin amacı, escrow tutan ile diğer taraflar arasında bir borç ilişkisi kurmak değil, bir güvenin tesisini sağlamaktır¹⁷⁷.

Ancak, ABD’de edimin escrow tutanda bulunduğu dönemde hukukî durumunun devreden ve devralan arasında askıda olduğu, teslim edilmiş olan şeyin

¹⁷⁶ **Garrison**, agm. s. 53.

¹⁷⁷ Ohio Yüksek Mahkemesi, *Squire v. Branciforti*, 2 N. E. (2d) 878 (1936), Kaynak: Harvard Law Review, Vol 50. No 2 (Dec. 1936), s. 365.

mülkiyeti ikinci teslimle¹⁷⁸ geçiyor olsa bile¹⁷⁹, koşulun yerine getirilmesinin geçmişe etkili (ex tunc) sonuç doğuracağı ve escrow tutana teslim edildiği andan itibaren bu malın üzerine haciz konulmasının mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir¹⁸⁰.

D. Edimin Devrinin Bağlandığı Koşul

1. Genel Olarak

Koşul, eski Borçlar Kanunu'nda şart olarak adlandırılmış olmasına rağmen, yeni TBK'da koşul olarak adlandırılmıştır. TBK'da koşul 170 ile 176. Maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak, koşulla ilgili hem TBK'nın başka yerlerinde hem de başka kanunlarda da hükümler vardır.

Koşul kavramı günlük hayatta ve kanunlarda değişik anlamlarda kullanılmaktadır¹⁸¹. Ancak bizim işleyeceğimiz ve TBK. m. 170 ile 176 arasında kullanılan anlamda koşul; hukukî işlemin hukukî etkisinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bağlandığı, ilerde gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır¹⁸².

¹⁷⁸ ABD'de escrow alanında yerleşik kullanımda, edimin escrow tutana teslimi birinci teslim, escrow tutan tarafından devralacak tarafa teslimi ise ikinci teslim olarak adlandırılmaktadır.

¹⁷⁹ “*Hunter v. Hunter*” davasında, escrow tutana teslim edilmiş olan şeyin mülkiyetinin bu teslimle birlikte devralana geçtiği ve bozucu şartın gerçekleşmesi halinde escrow tutanın bunu devreden tarafa iade edebileceği mahkeme tarafından kabul edilmiş ise de, bu karar uygulamada kabul görmemiştir. **Bigelow**, agm, s. 585;

Aksi fikirde yani escrow sözleşmesinin bozucu şarta tabi olarak yapılabileceği görüşü için Bkz. **Gavit**, agm, s. 1153.

¹⁸⁰ **Bigelow**, agm, s. 569.

¹⁸¹ Koşulun içinde bulunulan durumun özellik taşıdığını bildiren anlamda kullanımı, hukuki sonucun gerçekleşmesi için aradığı unsur anlamında kullanımı, hukukî işlemin içerdiği hükümleri ifade etmek için kullanımları için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.2, s. 502.s; **Tuhr**, s. 736; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1187.

¹⁸² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1185; **Oğuzman / Öz**, C.2, s. 503; **Tuhr**, s. 736; **Ayan**, s. 142; **Melek Bilgin Yüce**, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 148; **Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 284.

Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder (TBK. m. 170)¹⁸³. İşlemin hüküm ifade etmesi ya da borcun doğumu bir koşula bağlanmışsa geciktirici koşul, geçerli ve yürürlükte olan bir işlemin hükümden düşmesi ya da borcun sona ermesi bir koşula bağlanmışsa bozucu koşul söz konusu olur¹⁸⁴. Bu anlamda koşul bir kanun hükmünden değil, taraf iradelerinden kaynaklanır¹⁸⁵. Koşulun; hukukî işlemin hüküm doğurması veya hükümden düşmesine olan etkisi beklenen bir olgunun gerçekleşmesine bağlı ise olumlu koşul, gerçekleşmemesine bağlı ise olumsuz koşul söz konusudur. Hukukî işlemin hüküm doğurması veya hükümden düşmesine olan etkisi taraflardan birinin iradesine bağlı bir olguya bağlanmışsa iradî koşul, taraf iradeleri dışındaki bir koşula bağlanmışsa rastlantısal koşul, her ikisi bir arada ise karma koşul söz konusudur¹⁸⁶.

Koşul (şart) ile mükellefiyet de birbirinden farklıdır. “Şart, her türlü hukuki muameleye eklenen bir kayıt olduğu halde, mükellefiyet sadece ivazsız kazandırıcı muamelelere eldenbilen bir kayıttır. Şarta (özellikle iradi şartta) şartın gerçekleştirilmesi (icrası) bir tarafça diğer taraftan istenemeyeceği, başka bir deyişle karşı tarafı bu konuda zorlama imkanı mevcut olmadığı halde; mükellefiyette, mükellefiyet borçlusuna ifaya zorlanır. Bir başka ifade ile, şartın gerçekleşmemesinin müeyyidesi (taliki şartta) iktisaptan mahrumiyet veya (infisahi şartta) iktisabın kaybıdır. Oysa mükellefiyet borçlusunun mükellefiyeti yerine getirmemesinin müeyyidesi, vaki iktisabın kendiliğinden kaybedilmesi değil, az yukarıda da belirtildiği gibi mükellefiyet borçlusunun ifaya zorlanmasıdır. Öte yandan şart, ferî nitelikte bir kayıttır; yani, ancak bir ana hukuki muameleye eklenebilir. Bu itibarla şart tek başına bağımsız bir irade beyanının muhtevası olamaz; mükellefiyet ise, münhasıran fer’î nitelikte değildir; başlı başına bir ölüme bağlı tasarruf olabileceği gibi (bağımsız mükellefiyet), ölüme bağlı tasarrufun fer’î niteliğinde de (bağımsız olmayan mükellefiyet) olabilir.” Yarg. HGK. E. 1982/2-540, K. 1982/922, T. 26.11.1982, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

¹⁸³ **Oğuzman / Öz**, C.2, s. 515; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1195; **Tuhr**, s. 747; **Yüce**, s. 162; **Tercier / Pichonnaz / Develioğlu**, s. 285.

¹⁸⁴ **Oğuzman / Öz**, C.2, s. 503; **Ayan**, s. 146; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1195; **Tuhr**, s. 736; **Yüce**, s. 170; **Tercier / Pichonnaz / Develioğlu**, s. 286.

¹⁸⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1189.

¹⁸⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1193; **Tuhr**, s. 739 – 740; **Oğuzman / Öz**, C.2, s. 507.

Vade kavramı ise koşuldan farklıdır. Vade; gelmesi kesin olan bir zaman, bir tarihtir. Bu anlamda, borcun muaccel olması için belirlenmiş olan zaman vade olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁷. Koşul ile vade arasındaki en temel fark, koşulun gerçekleşmeyeceği belirsiz olmasına rağmen, vadenin geleceği kesindir¹⁸⁸.

Koşul, taraflardan birinin bizzat yerine getirmesi gerekli bir davranış değilse, o tarafın ölümü halinde mirasçısı onun yerine geçebilir (TBK. 174)¹⁸⁹. Örneğin; satış bedeli escrow tutana teslim edilmiş olan bir taşınmazın tapuda devir işlemlerini mirasçıları yaparak, devir koşulunu yerine getirip satış bedelini escrow tutandan talep edebilirler¹⁹⁰.

Kural olarak tüm sözleşmeler koşula bağlanabilirse de, bir koşul, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 176)¹⁹¹.

¹⁸⁷ **Oğuzman / Öz**, C.2, s. 504; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1189.

Tuhr'a göre; “İfa zamanı gelecekte ve belirsiz bir hadiseye bağlanmışsa genellikle ortada bir şart vardır. Fakat taraflar hadise ortaya çıkmaya dahi edimin her halde yerine getirilmesi amacındaysalar alacak şarta bağlı değildir; taraflar bu şekilde sadece borcun muaccel olmasını ertelemektedirler. Yani ortada bir vade bulunmaktadır.” **Tuhr**, s. 738.

¹⁸⁸ **Ayan**, s. 142; Belirsiz vade denilen vade çeşidinde ise belirlenen olgunun gerçekleşeceğinin kesin olmasına rağmen ne zaman gerçekleşeceği kesin olmadığı; örneğin, borcun muaccel olması için “Ahmet’in ölmesi durumunda” şeklinde bir olgu belirlenmişse bunun koşul değil belirsiz vade olacağına dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 505; **Yüce**, s. 149.

¹⁸⁹ Devralan taraf edimini yerine getirip devredecek taraf henüz edimini getirmediği sırada devredecek tarafın ölmesi halinde, devralacak tarafın devredecek tarafın edimini yerine getirmekten kaçınan mirasçılara karşı dava açarak edimin devrini sağlayabileceğine dair Bkz. **Bigelow**, agm, s. 568.

¹⁹⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 508.

¹⁹¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1191 – 1192; **Tuhr**, s. 744; **Ayan**, s. 144.

2. Escrow Sözleşmesinde Koşul Ve Koşulun Yerine Getirilmesi Gereken Süre

a. Genel Olarak Escrow Sözleşmesinde Koşul

Escrow sözleşmesinin en temel özelliklerinden biri; temel hukukî ilişkinin hüküm ifade etmesinin veya edimin devri borcunun doğmasının belirli bir koşula bağlanmış olmasıdır. Escrow sözleşmesinin tanımlarında¹⁹² da görüleceği üzere, hiçbir escrow tanımı koşul olmaksızın yapılamaz.

Tanımlar kısmında da açıklandığı üzere; escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişkideki devreden taraf kendi edimini karşı tarafın ediminin yerine getirilmiş olması koşuluyla karşı tarafa devredilmek üzere escrow tutana teslim etmektedir. Koşul karşı tarafça (devralan) yerine getirildiği anda escrow tutana teslim edilmiş olan edimin mülkiyeti ya da zilyetliği devralan tarafa geçecektir. Eğer koşul yerine getirilemezse edim, escrow tutana teslim eden tarafın mülkiyetinde kalmaya devam edecektir. Örneğin; taşınmaz satışında escrow tutana teslim edilmiş olan satış bedeli, satıcı tarafından tapuda devir işlemi yapılırsa satıcıya ait olacak, aksi halde alıcının olmaya devam edecektir.

Escrow sözleşmesinde koşul¹⁹³; kurulmuş olan sözleşmedeki bir edimin karşı tarafa devrinin bekletici koşulu olabileceği gibi temel hukukî ilişkinin tamamının kurulması ve hüküm ifade etmesinin de ön koşulu olabilir. *Birinci ihtimalde*; geçerli olarak kurulmuş ve yürürlükte olan bir sözleşmedeki edimlerin karşı tarafa devri için escrow sistemine başvurulmakta, karşı taraf edimin devrinin bağlandığı koşulu yerine getirmediği escrow tutandaki edimi talep hakkı doğmamaktadır. Bu örneğe eser sözleşmelerinde çok sık rastlanmaktadır. Örneğin; kurulmuş ve yürümekte olan bir eser sözleşmesinde, bankaya escrow hesabına yatırılan paranın yükleniciye parça

¹⁹² “Birinci Bölüm / I / B. Escrow Sözleşmesinin Tanımı”

¹⁹³ **Ballantine**, “Koşul temlik edenin ölümü gibi gerçekleşmesi kesin olan bir olay olabileceği gibi satış bedelinin ödenmesi gibi gerçekleşmesi kesin olmayan bir olay da olabilir” demektedir. Bu konuda Bkz. **Ballantine**, agm, s. 826; ancak bir kişinin ölümünün gerçekleşeceği kesin bir olay olması nedeniyle koşul değil vade olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

parça ödenmesi ise ilgili kısım kabullerinin yapılmasına yahut bağımsız bir denetçi tarafından ilgili kısımların tamamlandığına dair düzenlenecek olan raporun sunulması koşuluna bağlanmaktadır. *İkinci ihtimalde ise*; koşul, temel hukukî ilişkinin kurulmasının bağlandığı geciktirici koşul şeklindedir. Bu ihtimalde, koşul olarak belirlenmiş olan temel hukukî işlemdeki edim ifa edilirse sözleşme hüküm ifade edecek ya da borç doğacak, aksi halde yani edim ifa edilmezse sözleşme hüküm ifade etmeyecek veya borç doğmayacaktır. Bu ihtimale en çok satış sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Örneğin; taşınır eşya satışı sözleşmesinin kurulması, satış bedelinin belli bir süreye kadar escrow tutana yatırılması koşuluna bağlanmakta, eğer bu belirlenen süre içerisinde satış bedeli escrow tutana yatırılmazsa satış sözleşmesinin hiç kurulmadığı kabul edilmektedir. Uygulamada bu her iki tür örneğe de sıkça rastlanmaktadır.

Bu kapsamda escrow sözleşmesindeki koşul, TBK. m. 170 anlamında geciktirici koşuldur¹⁹⁴. Burada sözleşmenin hüküm ifade etmesi, taraflardan en az biri tarafından yerine getirilecek bir olguya bağlanmış olduğundan olumlu ve iradî yahut rastlantısal bir koşul söz konusudur. Escrow sözleşmesinde, gerçekleşeceği şüpheli her türlü olay koşul olarak kabul edilebilir¹⁹⁵. Yeter ki koşul hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuş olmasın. Aksi halde bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 176)¹⁹⁶.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, 1893 tarihli “*Bury v. Young*” davasında¹⁹⁷ verdiği kararda, bazı özel eşyaların bağışlanmasının devreden devralacak taraftan önce ölmesi şartına bağlanmış olmasının dahi koşul olarak kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Aynı esas “*Osborn v. Osborn*” davasında¹⁹⁸ 1954 tarihinde verilen kararda da tekrar edilmiş; devralacak kişiden önce ölme şartına bağlanmış olan escrow

¹⁹⁴ **Gavit**, agm, s. 1152.

¹⁹⁵ **Ballantine**, agm, s. 827.

¹⁹⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1191 – 1192; **Tuhr**, s. 744; **Ayan**, s. 144.

¹⁹⁷ 98 Cal. 446, 33 Pac. 338, (1893), Kaynak: California Law Review, Vol.43, No. 1 (Mar. 1955), s. 124.

¹⁹⁸ 42 Cal. 2d 358, 267 P.2d 333 (1954), Kaynak: California Law Review, Vol.43, No. 1 (Mar. 1955), s. 125.

sözleşmesinde, malın escrow tutanda bulunduğu dönemde, devralacak kişinin devredecek kişiye karşı suç işlemiş olması halinde devredecek kişinin escrow sözleşmesini iptal edebileceğini kabul etmiştir¹⁹⁹.

Yine Kaliforniya Yüksek Mahkemesi “*Moore v. Trott*” davasında²⁰⁰, 1909 tarihinde verdiği kararda; ağır bir ameliyata girecek olan kişinin ameliyatta ölmesi halinde bazı malların devralacak kişiye devredilmesi, aksi halde yani hasta ameliyattan sağ çıkarsa malların kendisine iade edilmesi şeklinde belirlenmiş olan bir koşulun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Missouri Yüksek Mahkemesi “*Gasconade County v. Saunders*” davasında²⁰¹, escrow tutana teslim edilmiş olan edimin devrinin, alacaklı yani devralacak tarafça on kişiye kefil olarak imzalatılacak bir kefalet bonosunun verilmesi şartına bağlanmasının kabul edilebilir olduğunu, escrow sözleşmesi uyarınca kefalet senedinde on kişiden daha kişinin imzasının bulunmasının koşulun yerine getirilmemiş olacağı anlamına geldiği şeklinde karar vermiştir.

Virginia Yüksek Mahkemesi “*Blair v. Security Bank of Richmond*” davasında²⁰², sözleşmenin şirketin tüm hissedarları tarafından imzalanmasının şart olarak yazılmasını hukuken kabul edilebilir bulmuştur.

Öğretide; (A)’nın (B) ile bir yıl içinde evlenmesi yahut 4 Temmuz 1940’ta yağmur yağması gibi olayların da koşul olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir²⁰³.

¹⁹⁹ Bu gibi ölüme bağlı devirlerde, devreden hayattayken malı başkalarına da devretmesi halinde bu devirlerin de geçerli olacağı ancak hayattayken yapılan bu devirlerde devralan tarafın malı “ölüm halinde ilk devredene iade etmekle yüklü” olarak devralacağı kabul edildiği de görülmektedir. Ancak bazı mahkeme kararlarında ölüme bağlı devir sözleşmelerinin escrow değil vasiyet olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. **Ballantine**, agm, s. 828.

²⁰⁰ 156 Cal. 353, 104 Pac. 578 (1909), Kaynak: California Law Review, Vol.43, No. 1 (Mar. 1955), s. 126.

²⁰¹ 49 Mo. 192. Kaynak: The American Law Register (1852-1891), Vol. 25, No. 3, New Series Vol. 16, (Mar. 1877), s. 171.

²⁰² 50. S.E. 262. Kaynak: The Virginia Law Register, Vol. 11, No. 1, (May. 1905), s. 51.

²⁰³ **Gavit**, agm, s. 1153.

b. Koşulun Yerine Getirilmesi Gereken Süre ve Bu Sürenin Hukukî Niteliği

Escrow sözleşmelerinde, iradî ve olumlu bir koşul söz konusu olduğundan, bu koşulun yerine getirilmesi genellikle bir süre ile sınırlanmaktadır. Belirlenen süre içerisinde koşul yerine getirildiğinde temel hukukî ilişki kurulmuş sayılmakta veya edimin devri borcunun doğduğu kabul edilmekte, belirlenen sürede koşul yerine getirilmezse temel hukukî ilişkinin kurulmadığı veya edimin devri borcunun doğmadığı kabul edilmektedir.²⁰⁴

Koşulun yerine getirilebileceği bu maksimum süre escrow sözleşmesi ile belirlenebileceği gibi, sonradan taraflardan biri de bu süreyi belirleyebilir. Taraflarca belirlenmediği hallerde ise durumun hal ve gereklerine göre makul bir sürenin geçmesi halinde escrow sözleşmesinin bağlı olduğu koşul yerine getirilmiş olsa bile hukukî sonuçlarını doğurmamaktadır.

Belirlenmiş olan bu süre, vadeden farklıdır. Vadede taraflar bir sözleşmesinin gerçekleşmesini veya ortadan kalkmasını bir süreye bağlar ve bu sürenin geçmesi ile birlikte borç doğar ya da ortadan kalkar. Bu borcun doğması için başka bir koşulun yerine getirilmesine gerek yoktur. Escrow sözleşmesinde koşul için belirlenen sürede ise, sürenin geçmesiyle birlikte sözleşmenin ya da borcun doğrudan hüküm ifade etmesi söz konusu değildir. Bu süre, sözleşmenin kurulması yahut borcun hüküm ifade etmesi için yerine getirilecek olan koşulun yerine getirilebileceği maksimum süreyi ifade eder. Bu süre içerisinde koşul yerine getirilmemişse, süre geçtikten sonra koşul yerine getirilmiş olsa bile temel hukukî ilişki kurulmayacak veya edimin devri borcu doğmayacaktır.

Bu anlamda belirlenmiş olan bu süre, temel hukukî ilişkinin kurulmasının veya edimin devri borcunun doğmasının bağlandığı koşula eklenmiş olan ikinci bir

²⁰⁴ **Ballantine**, Corbin'den alıntılıdığı görüşünde, herhangi bir süre belirlenmemiş olan hallerde uzun süre sessiz kalınmasının eylemin tamamlanmaması yönünde bir iradeye işaret ettiğini ve bu nedenle escrow sözleşmesinin sona ermiş sayılabileceğini belirtmektedir. **Ballantine**, agm, s. 834.

koşuldur²⁰⁵. Böylece süre belirlenmiş olan hallerde koşul = hukukî fiil+süre şeklinde olmaktadır²⁰⁶. Devralacak taraf, koşulu yerine getirmediğinde sözleşme kurulmuş olmayacağı gibi, bu koşulu belirlenmiş olan sürede yerine getirmemiş olması halinde de sözleşme kurulmuş olmayacak veya edimin devri borcu doğmayacaktır²⁰⁷.

Koşulun yerine getirilmemesi halinde, borçlu temerrüdüne dair hükümlerin uygulanması olanağı yoktur. Zira, temerrüt hükümleri sadece muaccel olmuş olan borçlar hakkında uygulanabilir. Muaccel olmamış bir borçla ilgili temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Escrow sözleşmesinde ise taraflar arasındaki temel hukukî ilişki koşul yerine getirilene kadar kurulmuş değildir. Örneğin; taşınır satışında koşul olarak belirlenmiş olan satış konusu malın da escrow tutana teslimi gerçekleşmediği sürece satış sözleşmesi kurulmuş sayılmayacaktır. Zira koşul, geciktirici koşul niteliğindedir. Yani koşul yerine gelmedikçe doğmuş olan bir borç söz konusu değildir. Eğer, devralacak olan taraf koşulu yerine getiremezse, escrow tutana teslim edilmiş olan edim, teslim eden tarafa aynı şekilde iade edilecektir.

²⁰⁵ **Tuhr**, belirlen bir sürenin vade olması ile şart (koşul) olması arasındaki farkı şu şekilde açıklamaktadır; “*Kararlaştırılan vade meşuk (şüpheli, belirsiz) olduğu takdirde, tarafların vade dediği şey hakikatte bir şarttır ve işbu şarta muacceliyet değil, alacağın doğumu bağlıdır.*” **Tuhr**, s. 508.

²⁰⁶ Blair v. Security Bank of Richmond, Supreme Court of Virginia, 50. S.E. 262. Kaynak: The Virginia Law Register, Vol. 11, No. 1, (May. 1905), s. 52.

²⁰⁷ Eren’e göre; “*Taraflardan birinin veya herhangi bi kimsenin ölümü üzerine yapılan hukuki işlem şartlı işlem olabileceği gibi, vadeli işlem de olabilir. Bir hukuki işlemde ölüm olayı genel olarak öngörülmüşse, vade; belirli bir zamanla sınırlı olarak öngörülmüşse koşul söz konusu olur. Bunun sebebi, genel anlamda ölüm olayının kesin olması, herkesin er ya da geç bir gün mutlaka ölmesi; belirli bir süre içerisinde ölümün gerçekleşmesinin ise şüpheli olmasıdır.*” **Eren**, Borçlar Genel, s. 1189.

III. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. Genel Olarak

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan hukukî işlemdir²⁰⁸. Sözleşme; tarafların (en az iki tarafın) karşılıklı ve birbirine uygun, açık veya örtülü irade açıklaması ile kurulur (TBK. m. 1). Yani, bir sözleşmenin kurulması için iki veya daha çok şahsın kanunların izin verdiği bir hukukî sonuç meydana getirmek üzere birbirine uygun irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklamaları gerekmektedir²⁰⁹.

Sözleşme taraflarının irade beyanlarından zaman itibariyle önce yapılmış olanı (ilki) olan öneri; bir sözleşme yapma teklifini ve yapılmak istenilen sözleşmenin esaslı noktalarını içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır²¹⁰. Hukukî işlemin geçerlilik şartlarına sahip, sözleşme yapma isteğini içeren ve karşı tarafa yöneltilmiş ve ciddî olan bir öneri sahibi için bağlayıcıdır. Bu nitelikte bir öneri, karşı tarafa tek taraflı irade beyanıyla kurma olanağını verir²¹¹. Sözleşme taraflarının irade beyanlarından zaman itibariyle sonra yapılmış olanı (ikincisi) olan kabul; bir sözleşme yapma teklifini alan tarafından öneriyi yapana yöneltilen, öneriye uygun olarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanıdır²¹². Kabul, öneri ile tam bir uyum içerisinde olmalı, öneride değişiklik, yeni şart ve teklif içermemelidir²¹³. Sonraki irade

²⁰⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 42; **Eren**, Borçlar Genel, s. 242; **Turhan Esener / Fatih Gündoğdu**, Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 23.

²⁰⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 49; **Eren**, Borçlar Genel, s. 242.

²¹⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 248; **Tuhr**, s. 176 – 177; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 49; **Antalya**, C. 1, s. 239; **Ayan**, s. 165; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 62 – 63; **Hatemi / Gökyayla**, s. 30; **Esener / Gündoğdu**, s. 43.

²¹¹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 56; **Eren**, Borçlar Genel, s. 265; **Antalya**, C. 1, s. 255; **Ayan**, s. 166.

²¹² **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 68; **Tuhr**, s. 182 – 183; **Eren**, Borçlar Genel, s. 269; **Antalya**, C. 1, s. 265; **Ayan**, s. 170; **Esener / Gündoğdu**, s. 58;

Hatemi / Gökyayla ise kabulün yenilik doğuran tek taraflı bir hukukî muamele değil, akdin bir unsuru olarak görülmesi gerektiği düşüncesindedir. **Hatemi / Gökyayla**, s. 34

²¹³ **Tuhr**, s. 184; **Antalya**, C. 1, s. 266; **Ayan**, s. 171; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 66.

beyanı öneride değişiklik, yeni şart veya teklif içermesi halinde kabul değil, yeni bir öneri sayılır. Ve ilk öneriyi yapan bunu kabul edip etmemekte serbesttir.

Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır (TBK. m. 2/1)²¹⁴.

Sözleşmenin kurulma ânı ise; hâzırlar arasında kabul beyanının yapıldığı andır ve taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece sözleşme aynı anda hükümlerini doğurur²¹⁵. Hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının önerene ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılır (TBK. m. 5); ancak hüküm ve sonuçlarını kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğudur. Açık bir kabul haberinin gerekli olmadığı durumlarda ise, sözleşme önerinin karşı tarafa ulaşma anından itibaren hüküm ifade eder (TBK. m. 11)²¹⁶.

²¹⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 248; **Tuhr**, s. 185;

“... sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu karşılıklı irade beyanlarından zaman olarak önce olana icap, ikincisine de kabul denilmektedir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, tarafların iradelerinin birbirini ile karşılıklı ve uygun olması gerekir. Bu uygunluk sözleşmenin tüm objektif ve subjektif esaslı noktaları üzerinde olmalıdır ... Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecede noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m. 2/f.1). Sözleşmenin esası niteliğinde olmayan noktalar ikinci derecede yan noktalardır Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşup ikinci derecede yan noktaları müzakere dışı bırakıp sözleşme kurabilecekleri gibi ikinci derecede yan noktayı da sözleşmenin zorunlu şartı niteliğine dönüştürebilirler. Bir taraf için sözleşmenin subjektif esaslı noktası niteliğine dönüşmüş olan bu husus üzerinde anlaşılmadan ikale sözleşmesinin kurulması mümkün değildir.” Yarg. HGK. E. 2016/ 2632, K. 2018 / 107, T. 24.01.2018. (Sinerji MİP. / 05.04.2018)

²¹⁵ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 74; **Eren**, Borçlar Genel, s. 276; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 67; **Ayan**, s. 173; **Hatemi / Gökyayla**, s. 36; **Esener / Gündoğdu**, s. 72.

²¹⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 73 – 74; **Tuhr**, kabul haberinin gönderildiği değil, muhabata ulaştığı andan itibaren hüküm ifade etmesi gerektiği kanısındadır. **Tuhr**, s. 186; Sözleşmenin kurulduğu ânı açıklayan; açıklama teorisi, gönderme teorisi, varma teorisi ve öğrenme teorisi konusunda Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 276; **Antalya**, C. 1, s. 273; **Ayan**, s. 173; **Hatemi / Gökyayla**, s. 36; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 67; **Esener / Gündoğdu**, s. 73;

CISG m. 23’e göre; “Kabul beyanının bu anlaşmaya göre hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuş sayılır.” CISG m.18’e göre ise kabul beyanının karşı tarafa ulaştığı yahut kabul iradesini

B. Escrow Sözleşmesinin Kurulması

1. Escrow Sözleşmesinde Kurucu İrade Beyanları

Escrow sözleşmesi, üç taraflı borç yükleyen bir sözleşmedir. Yani sözleşmenin birbirinden bağımsız aslî ve yan edimler üstlenen üç tarafı vardır; devreden, devralan ve escrow tutan.

Escrow sözleşmesinde aslî edim olarak devreden taraf²¹⁷; sözleşme ile belirlenen koşulların yerine getirilmesi halinde devralan tarafa teslim edilmek üzere bir mal varlığı unsurunu escrow tutana teslim etmeyi, devralan taraf; escrow tutana teslim edilmiş olan malvarlığını belirli koşulları yerine getirerek devralmayı, escrow tutan ise; belirlenen koşulların yerine getirilmesi halinde devralan tarafa aksi halde devreden tarafa teslim etmek üzere bir mal varlığını muhafaza etmeyi borçlanmaktadır²¹⁸.

Escrow sözleşmesinde devreden veya devralan tarafta birden fazla kişi bulunabileceği gibi, escrow tutan da birden çok kişiden oluşabilir²¹⁹. Fakat, herhangi bir tarafta birden fazla kişinin bulunması sözleşmeyi üç taraflı olmaktan çıkarıp daha çok taraflı bir hale getirmez.

Diğer taraftan, bir malı devredecek olan kişinin belli şartların yerine getirilmesi halinde bir malı devralacak bir kişiye teslimi için bir kişiye, bir yedimeine ya da satıcıya bırakması escrow sözleşmesi niteliğinde değildir. Örneğin; satış

gösteren hareketlerin yapıldığı anda kabul beyanı hüküm doğurur. Bu konuda Bkz. **Zhassulan Akhmetov**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na Göre Sözleşmenin Kurulması, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 110 – 112.

²¹⁷ Escrow sözleşmesinde temel hukukî ilişkinin niteliğine ve temel hukukî ilişki taraflarının anlaşmalarına göre, her iki tarafın da karşılıklı olarak hem devreden hem de devralan tarafta yer alabileceğine dair Bkz. Yuk. “I. Bölüm, II, A, 1.”

²¹⁸ Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I.”

²¹⁹ Herhangi bir tarafta birlikte bulunan kişilerin kendi aralarındaki hukuki ilişki ile hak ve borçlar bunların kendi aralarında yaptığı sözleşmeye yahut kanuna göre belirlenir. Bir borç ilişkisinde borçlu ve alacaklı tarafta birden çok kişi bulunması halleri ve bunların hukukî sebepleri için Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1219 – 1245.

bedelinin ödenmesi halinde taşınmaz malın alıcıya teslimi koşuluyla yediemine teslimi escrow sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu tarz bir ilişki, duruma ve sözleşmenin içeriğine göre vekalet (TBK. m. 502), hizmet (TBK. m. 393), alım satım komisyonculuğu (TBK. m. 532) veya benzeri bir sözleşme yahut hukukî ilişki olabilir²²⁰. Bu tarz sözleşmeler ise iki taraflı sözleşmelerdir.

Üç taraflı bir hukukî ilişki olan escrow sözleşmesinin kurulması için, birbirinden bağımsız edimler yüklenen üç tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir. İrade beyanları açık olabileceği gibi örtülü de olabilir (TBK. m. 1/2)²²¹. Gerekli olan üç adet irade beyanı, birbirinden ayrı olarak açıklanabileceği gibi, bunlardan iki tanesi öneri yapan ya da kabul eden tarafta birleşerek de açıklanabilir. Bu üç irade beyanından, zaman itibarıyla önce açıklanan ya da birleşerek aynı anda açıklananları öneri, sonraki açıklanan ya da açıklananları ise kabul niteliğindedir.

Escrow sözleşmesinin kurulması için, sözleşmenin her bir tarafının açıkladığı irade beyanının, sözleşmenin diğer taraflarına ulaşması (onların hakimiyet alanına girmesi) gerekmektedir. Eğer irade beyanlarından herhangi biri, diğer taraf veya taraflara ulaşmamışsa sözleşme kurulmuş sayılmaz.

²²⁰ “İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme” başlıklı TBK. m. 9’a göre; “*Bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür. / Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.*” Kanımızca, ilan yoluyla ödül sözü verip, kazanılacak ödülün escrow tutan tarafından sadece sonucu gerçekleştiren kişiye verilmesi koşuluyla, geri dönülemez şekilde escrow tutana bırakılması durumunda da escrow sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir. Bu durumda ilan edilen sonucun meydana getirilmesi “koşul”, koşulu yerine getiren kişi ise sözleşmenin üçüncü tarafı olarak kabul edilmelidir.

²²¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 261.

2. Escrow Sözleşmesinin Kurulma Ânı

Sözleşmenin kurulma ânı açısından, escrow sözleşmesi gibi üç taraflı bir hukukî ilişki olan “Sözleşmenin Devri” sözleşmesinin kurulma ânı ile ilgili teorilerden²²² genel olarak kabul edilmiş ve TBK. m. 205’in üç taraflı sözleşme şeklindeki lafzına da daha uygun olan Sözleşme Teorisi’nin, escrow sözleşmesinin kurulması için gerekli olan irade beyanları açısından uygulama alanı bulabileceği kanısındayız.

Sözleşme teorisine göre; bu işleme katılan irade beyanlarının her biri eşit derecede önemlidir ve kurucu unsur niteliğini taşır. Bu nedenle, sözleşmenin devrine yönelik en son iradenin beyan edildiği anda sözleşme ve devir işlemi kurulmuş olur²²³.

Sözleşme teorisi, her ne kadar üç irade beyanının da aynı derecede önemli olduğu ve sözleşmenin kurulması açısından zorunlu olduğunu kabul etmesi açısından kabul edilmeli ise de, bilindiği üzere sözleşmenin kurulma ânı açısından TBK iradelerin açıklanması değil, karşı tarafa varması ânını (varma teorisi) kabul etmiştir.

²²² Sözleşmenin devri sözleşmesinin kurulması ve sözleşmenin ne zaman devredilmiş sayılacağına dair teorilerden;

Tasarruf teorisine göre; sözleşmenin devri sadece sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılır ve kalan tarafın rızası sadece onay niteliği taşır. Kalan tarafın rızasının sözleşmenin devrine bir etkisi yoktur. Bu nedenle devir işlemi, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesinin kurulduğu anda tamamlanmış sayılır.

Sözleşme teorisine göre ise; sözleşmenin devri devralan, devreden ve kalan arasında yapılan üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir. Bu işleme katılan irade beyanlarının her biri eşit derecede önemlidir ve kurucu unsur niteliğini taşır. Bu nedenle, sözleşmenin devrine yönelik en son iradenin beyan edildiği anda sözleşme ve devir işlemi kurulmuş olur. **Gökhan Çayan**, Sözleşmenin Devri, Adalet yayınevi, Ankara 2016, s. 97.

²²³ **Çayan**, s. 97; Sözleşmenin devrinde, devreden ve devralan taraf arasında devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, bu tarafların dışında kalan üçüncü tarafın sözleşmenin devrine muvafakat etmemesi halinde, sadece alacakların devredilmiş sayılacağı zira alacağın devri için borçlunun muvafakatının gerekmediği, borçların ise devredilmiş sayılamayacağı zira borcun nakli için alacaklının muvafakatının gerektiğine dair Bkz. **Hasan Ayrancı**, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 110 – 111.

Bu nedenle, sözleşme teorisi escrow sözleşmesi açısından uygulanırken bu fark gözetilerek uygulanmalıdır.

Bu kapsamda tıpkı sözleşmenin devri gibi üçlü bir sözleşme olan escrow sözleşmesinin kurulma ânı ise; hâzırlar arasında tüm tarafların kabul beyanının yapıldığı ândır ve taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece sözleşme aynı anda hükümlerini doğurur²²⁴. Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri ve kabul, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır (TBK. m. 4).

Hazır olmayanlar arasındaki escrow sözleşmesi, tüm irade beyanlarının diğer taraflara ulaştığı anda kurulmuş sayılır (TBK. m. 1). Gerekli irade beyanlarından bir tanesi dahi karşı taraflardan herhangi birine ulaşmamışsa escrow sözleşmesi kurulmuş sayılmayacaktır. Ancak hüküm ve sonuçlarını, her bir irade beyanı için beyanın gönderildiği andan itibaren doğurur. Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin diğer taraflara ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur (TBK. m. 11).

TBK. 503. Maddesine göre; *“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”*²²⁵ Kanaatimizce aynı hüküm yetkili kurum ve kuruluşlardan lisans alarak sürekli şekilde bu işle uğraşan escrow

²²⁴ **Corbin**, agm. s. 447.

²²⁵ *“Dava; muhasebe ücretinin tahsili için girişilen ilamsız icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacının serbest muhasebeci sıfatıyla, davalı şirketin muhasebe kayıtlarını tuttuğı anlaşılmaktadır. Taraflar arasında çekişmesiz olan bu hususun ve dolayısıyla hukuki ilişkinin niteliğinin ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Serbest muhasebecilik faaliyetinin hukuki nitelikçe bir 'vekalet sözleşmesi' olarak kabulü gerekmektedir. Zira, davacı serbest muhasebecinin faaliyetini 3568 sayılı Kanun kapsamında ruhsata dayalı olarak gerçekleştirdiğinden, davalı ile aralarındaki sözleşme ilişkisinin BK'nun 387. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Durum bu olunca; vekalet sözleşmesinden doğan alacaklar beş (5) yıllık zamanaşımına tabi bulunmaktadır.”* Yarg. HGK. E. 2013/13-1913, K. 2015/1260, T. 22.4.2015. (Sinerji MİP. / 08.05.2018)

tutanlar hakkında da kıyasen uygulanabilir. Böylece, yetkili kurum ve kuruluşlardan lisans alarak, escrow tutan olarak faaliyet göstermekte olan kişiler, kendilerine yapılan öneriyi hemen reddetmedikçe escrow sözleşmesi kurulmuş sayılmalıdır. Ancak bu durumda escrow sözleşmesinin üç taraflı niteliği gereği, önerinin devreden ve devralan tarafça birlikte yapılması yahut birinin önerisine diğerinin de sonradan katılması gerekecektir. Aksi halde üç bağımsız irade beyanının uyuşması şartı gerçekleşmiş olmayacaktır.

IV. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. Genel Olarak

Şekil, irade açıklanırken iradenin büründüğü biçim ve kullanılan kalıpları ifade eder²²⁶. Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir (TBK. m. 12/1). Buna şekil serbestisi ilkesi denilmektedir²²⁷.

²²⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 279; **Ayan**, s. 174; **Tuhr**, s. 229; **Antalya**, C. 1, s. 449; **Esener / Gündoğdu**, s. 183; şeklin dar ve geniş anlamı ile şekil zorunluluğunun dar anlamda şekil anlamında kullanıldığına dair Bkz. **Hüseyin Altaş**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 60 – 61.

²²⁷ **Altaş**, s. 43; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 139; **Eren**, Borçlar Genel, s. 232; **Arif Barış Özbilen**, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 25; **Ayan**, s. 37; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 78; **Hatemi / Gökyayla**, s. 44;

“Hemen belirtilmelidir ki, hukukumuzda egemen olan ilke, şekil serbestisidir. Buna göre, kural olarak, kanunda tersine bir açıklık olmadıkça sözleşmeler herhangi bir şekil şartına tabi değildir (818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m. 11/1; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 12/1). Bununla birlikte, bazı sözleşmelerin geçerli olabilmeleri yasaca belirli bir şekle uygun olarak yapılmaları koşuluna bağlanmıştır. Taraflar da, kanunun herhangi bir şekil koşuluna tabi tutmadığı bir sözleşmenin geçerliliğini, belli bir şekilde yapılmasını hükme bağlayabilirler. İlkinde yasal şekil, ikincisinde ise taraflarca kararlaştırılan şekil (BK. m. 16; TBK. m. 17) söz konusudur. Diğer taraftan şekil zorunluluğunun öngörüldüğü sözleşmelerde; kanunun öngördüğü şeklin bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlendiğini, buna uyulmadan yapılan sözleşmelere geçersizlik müeyyidesinin bağlandığını, bunun hukuki mahiyet olarak emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle de geçersizlik müeyyidesine bağlanan şekil eksikliğini hâkim tarafından, taraflar ileri sürmeseler dahi, yargılamanın her aşamasında re'sen göz önüne alınması gerektiğini belirtmekte yarar

Şekiller amacına göre; geçerlilik şekli ve ispat şekli olarak ayrılmakta, yapılaş tarzına göre ise; adi yazılı şekil, resmî şekil ve sözlü şekil olarak ayrılmaktadır²²⁸.

Kural şekil serbestisi olmakla birlikte, sözleşme kurulurken bir şekle uyulması kanunî bir zorunluluk olabileceği gibi, bir şekle uyma zorunluluğu taraf iradelerinden de kaynaklanabilir. Kanundan kaynaklanan şekil zorunluluğuna; kanunî şekil, kanunî bir zorunluluk olmayan hallerde tarafların kendi iradeleri ile belirledikleri şekil zorunluluğuna ise; iradî şekil denilmektedir²²⁹.

Kanunda bir şekil zorunluluğu öngörülmüşse; öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK. m. 12/2)²³⁰. Ancak bazen bu şekil geçerlilik şekli değil ispat şekli de olabilir. Örneğin; Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 200'deki parasal sınırla ilgili kural ispat şeklidir. İspat şekline uyulmamasının sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır²³¹.

vardır." Yarg. HGK. E. 2014/3-8, K. 2015/10, T. 14.01.2015. (Sinerji MİP. / 06.04.2018)

²²⁸ **Altaş**, s. 68 – 81; **Eren**, Borçlar Genel, s. 283 – 302; **Ayan**, s. 177; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 140; **Tuhr**, s. 230 – 231; **Antalya**, C. 1, s. 451 – 476; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 78 – 95; **Esener / Gündoğdu**, s. 184 – 190.

²²⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 283 – 284; **Ayan**, s. 176.

²³⁰ **Tuhr**, s. 232; **Antalya**, C. 1, s. 139; **Oğuzman / Öz**'e göre; Şekle uymamanın yaptırımı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın da dahil olduğu hâkim görüşe göre; bu yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Bazı Yazarlara göre ise bu yaptırım kesin hükümsüzlük olmayıp, kendine özgü bir hükümsüzlüktür. Bu nedenle hâkim tarafından resen dikkate alınamaz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 154;

Bu konudaki diğer görüşler olan kesin hükümsüzlük görüşü, yokluk görüşü, iptal edilebilirlik görüşü, kendine özgü hükümsüzlük görüşü, eksik borç görüşü ve fiilî sözleşme ilişkisi görüşü ile bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Özbilen**, s. 176 – 198; **Eren**, Borçlar Genel, s. 304 – 310; **Altaş**, s. 89 – 147.

²³¹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 139; **Özbilen**, s. 45; **Tuhr**, s. 231; **Eren**, Borçlar Genel, s. 286; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 95; **Esener / Gündoğdu**, s. 185; senetle ispat kuralı için Bkz. **Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes**, Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 428 – 429.

Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa iradî şekil²³² söz konusu olur. Belirlenen bu iradî şekle uygun olarak yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz²³³. Ancak, taraflar bu şeklin geçerlilik şekli olmayıp ispat şekli olduğunu ispat ederse, şekle uymamanın geçersizlik etkisi söz konusu olmaz²³⁴. Diğer taraftan herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır (TBK. m. 17).

Son olarak kanunda adi yazılı şekilde ya da resmî şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de aynı şekle uyulması zorunludur (TBK. m. 13).

B. Escrow Sözleşmesinde Şekil

1. Kural: Şekil Serbestisi

Sözleşmelerdeki şekil serbestisi ilkesi kural olarak escrow sözleşmesi için de geçerlidir. Yani, ileride kabul edilecek bir kanunla zorunlu olmadığı sürece, herhangi bir şekle uyulmaması escrow sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.

Ülkemizde henüz escrow alanında bir yasal düzenleme olmadığı için ülkemizde escrow sözleşmesi açısından şekil serbestisi ilkesinin yasal istisnalar saklı kalmak kaydıyla tamamen geçerli olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

ABD’de diğer sözleşmelerle ilgili temel ilke olan sözlü delil kuralı ile aynı yönlü olarak, escrow sözleşmesinin sözlü olarak dahi yapılabileceği genel kural olarak kabul edilmiştir²³⁵. Bu konuda temel ilkeyi koyan “*Pym v. Campbell*” davasında²³⁶

²³² **Eren**, Borçlar Genel, s. 284; Özbilen’e göre; “*İradî şekil şartı, bir sözleşmenin geçerliliğinin taraf iradeleriyle belirli bir şekil şartının gerçekleştirilmesine bağlanması olarak tanımlanmaktadır.*”

Özbilen, s. 121.

²³³ **Altaş**, s. 69; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 158; İradî şekle uymamanın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğuna dair bkz. **Özbilen**, s. 137; **Tuhr**, s. 239.

²³⁴ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 159; **Tuhr**, s. 240.

²³⁵ **Corbin**, agm, s. 443 vd; **Ballantine**, agm, s. 832; **Aigler**, agm, s. 574.

²³⁶ *Pym & Campbell*, 128 U.S. 590, 9 Sup. Ct. 174 (1888). Kaynak: Yale Law Journal, Vol. 36, No.4. (Feb. 1927)

1888 yılında verilmiş olan karar, halen en çok kullanılan ve başvuru kararıdır. Bu davanın konusu, davacının ürettiği ürün üzerindeki patent haklarının davalıya satışını öngören bir satış sözleşmesidir. Ücretin ifası için açılmış olan bu davada, davalının iddiasına göre her ne kadar sözleşme genel itibariyle yazılı olarak yapılmışsa da, bazı noktalar sözleşmeye yazılmamıştır. Bu yazılmayan noktalardan bir tanesi ise, ürün dava dışı mühendis tarafından onaylanmadan sözleşme yürürlüğe girmeyeceğidir. Dosyaya sunulan delillere göre onayı gereken mühendis ürünün sözleşmeye göre taşınması gereken özellikleri taşıdığını onaylamamıştır. Bu davada mahkeme; her ne kadar sözleşme genel itibariyle yazılı olsa ve dava dışı mühendisin onayının isteneceği bu yazılmamış olsa bile, ürünün dava dışı mühendisin onayına sunulduğu ve bu durum sözlü olarak ürünün onaya tabi tutulduğunu göstermekte olduğu, bu nedenle sözlü olarak konulmuş olan koşul nedeniyle davacının bedeli talep hakkının olmadığı yani satış sözleşmesinin gerçekleşmediği yönünde karar vermiştir²³⁷.

Virginia Yüksek Mahkemesi 1905 tarihli bir kararında, yazılı bir escrow sözleşmesinde tarafların kullandıkları ifadelerin hataen asıl niyetlerinden farklı yazıldığına dair, belgenin şartlarını değiştiriyor olsa dahi sözlü delilin kabul edilebileceği yönünde karar vermiştir²³⁸. Fakat, yazılı bir delil bulunmasına rağmen sözlü ispatın kabul edilmesinin, ispata dair genel kurallara ve yasanın ruhuna da aykırı olduğu kabul edilmektedir²³⁹.

Ancak, escrow sözleşmesinin en çok uygulandığı Kaliforniya’da, escrow işini sürekli ve ticari olarak yapan lisans sahibi olmak ve bu sıfatla ticari olarak sürekli iş yapan escrow tutanların iş ve işlemlerinde uyması gereken şekil kuralları

²³⁷ **Corbin**, agm, s. 456.

²³⁸ Beach v. Bellwood, Supreme Court of Virginia, 51. S.E. 184. Kaynak: The Virginia Law Register, Vol. 11, No. 4, (Aug. 1905), s. 326; “Bankaya teslim edilmiş olan evrakların escrow olarak teslim edildiğinin ispatı için banka çalışanlarının tanıklığı yeterlidir.” Blair v. Security Bank of Richmond, Supreme Court of Virginia, 50. S.E. 262. Kaynak: The Virginia Law Register, Vol. 11, No. 1, (May. 1905), s. 51.

²³⁹ The American Law Register (1852-1891), Vol. 25, No. 3, New Series Vol. 16, (Mar. 1877), s. 180.

bulunmaktadır. Bunlar arasında escrow sözleşmesinin yazılı olması ve belli şekil şartlarını da taşıması zorunlulukları bulunmaktadır²⁴⁰.

2. İspat İçin Yazılı Şekil Gerekliliği

Bir escrow operasyonunu tam ve sorunsuz şekilde yürütmek için, taraflar arasında yapılmış icra edilebilir ve geçerli bir sözleşmenin varlığı şarttır. İşlem güvenliği ve amaçlanan korumanın sağlanması için, ticari veya sürekli olsun ya da olmasın, her escrow sözleşmesinin yazılı yapılması ispat açısından önemlidir²⁴¹. Zira, HMK. m. 200'deki parasal sınırı geçen escrow sözleşmelerinin varlığının sözleşme ile (yazılı delille) ispat edilmesi gerekmektedir²⁴². Bu sözleşme, herhangi bir yazılı sözleşme için geçerli olan özelliklerin yanında, sözleşme taraflarını, geçerlilik şartlarını, sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığını ve tüm tarafların alt hukukî ilişkisinin şartları dahil olmak üzere diğer esaslı noktaları içermelidir. Özellikle escrow sözleşmesinin esaslı noktalarını teşkil eden başta sözleşmenin tarafları, temel hukukî ilişki, escrow tutana teslim edilen şey, devreden ve devralan tarafın anlaştığı "koşul", escrow tutanın sözleşme konusu olan mal varlığını muhafaza etmesi gereği ve escrow

²⁴⁰ Cal. Fin. C. Özellikle 17330 – 17350. arası.

²⁴¹ **Sloane**, agm; **Ballantine**, agm, s. 833; **Aigler**, agm, s. 572.

²⁴² “Davacının yanlar arasında kurulduğunu ileri sürdüğü akdî ilişki, TBK'nın 470. maddesi hükmü gereğince, bir "....." sözleşmesi niteliğindedir. Kural olarak ve HMK'nın 200 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca yanlar arasındaki akdî ilişkinin kurulmuş olduğunu davacı, yasal ve yazılı delillerle kanıtlamakla ödevlidir. Karşı tarafın açık onayı bulunmadıkça ve aynı Kanun'un 202. maddesi gereğince "yazılı delil başlangıcı" niteliğinde bir belgeye dayanılmış olmadıkça akdî ilişkinin kurulmuş olduğunu tanık delili ile kanıtlayamaz. O halde; mahkemece, yanlar arasında akdî ilişki kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Davalının akdî ilişkiyi reddettiği alacağın miktarı itibariyle, akdî ilişkinin varlığının yazılı delillerle kanıtlanması gerekmektedir (HMK 200 md.). Taraflar yazılı delil bulunmadığı gibi, yazılı delil başlangıcı niteliğinde belge de bulunmadığından, inşa edilen binada keşif raporunda yazılı malzemelerin kullanılmış olması akdî ilişkinin varlığının ispatına yeterli değildir.” Yarg. 15. HD. E. 2016/5659, K. 2018/370, T. 5.2.2018. (Sinerji MİP. / 08.05.2018)

tutanın tarafsız ve adil bir şekilde mal varlığını diğer tarafa devretme hakkının olduğu da sözleşmede mutlaka yer almalıdır²⁴³.

Taraflar yazılı bir sözleşme olmaksızın dahi işlemlerini sorunsuz şekilde yürütebiliyorsa, yazılı sözleşmeye hiç ihtiyaç duyulmayacaktır. Ancak özellikle edimin bağlandığı koşulun net olarak ispat edilmesi gerekir. Aksi halde, escrow tutanın bu edimi karşı tarafa devretmekte ya da devretmemekte sözleşmeye uygun davranıp davranmadığının denetimi oldukça zordur. Temel hukukî ilişki taraflarının escrow tutana karşı koşula aykırı şekilde edimin devredilmesi ile ilgili yapacakları başvuru ve gerektiğinde açacakları davanın başarısı, bu koşulun ispatına bağlı olacaktır. Zira, temel hukukî ilişkinin her iki tarafının da menfaatlerinin bağlanmış olduğu koşulun ne olduğunun yazılı sözleşmeye bağlanarak tam olarak ispat edilememesi yani hâkimin takdirine bırakılması adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarabilecektir²⁴⁴.

Noterlik Kanunu'nun Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu Olan İşlemler başlıklı 89. Maddesi²⁴⁵, bir işlemin düzenleme şeklinde yapılması için açıkça "*tapuda işlem yapılmasını gerektiren*" bir işlem olması aranmıştır. Taşınmaz satış sözleşmesi ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesi her ne kadar ilk bakışta bu nitelikte bir sözleşme imiş gibi görünse de; escrow sözleşmesinde özellikle taşınmaz mülkiyetinin ancak tapuda tescille geçiyor olması ve fiilen taşınmazın tesliminin mümkün olmaması nedeniyle, taşınmaz satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmelerinde sadece satış bedeli escrow tutana bırakılabilir; satıcının edimi olan mülkiyeti devretme borcu ise escrow sözleşmesine konu olamaz²⁴⁶. Buna göre, taşınmaz satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesi, tapuda işlem yapılmasını gerektiren bir sözleşme değil, tapuda

²⁴³ **Bowman / Milligan**, s. 105; escrow sözleşmesi yazılı yapılmış olsa dahi, teslim edilmiş olan şeyin devrinin bağlandığı koşulun sözlü delille ispat edilebileceğine dair Bkz. **Corbin**, agm, s. 455.

²⁴⁴ **Corbin**, agm;

²⁴⁵ Noterlik Kanununun 89. Maddesindeki bu düzenlemenin düzenleyici bir hüküm olup sadece noterlere hitap ettiğine, maddî hukuk anlamında bir değişiklik yapmadığına, kanunlarda aranan resmî şekil şartı ve istisnaları konusunda bir etkisinin de olmayacağına dair Bkz. **Ertaş**, s. 269.

²⁴⁶ Bkz. Aşa. "IV. Bölüm, I, C"

yapılacak olan işlem şartlarını sağlamaya yarayan²⁴⁷ bir sözleşme olduğundan bu hükmün escrow sözleşmesi açısından uygulanması mümkün değildir.

V. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TEMSİL

A. Genel Olarak

Temsil²⁴⁸, bir kişinin diğer bir kişi adına hukukî işlemlerde bulunma yetkisidir²⁴⁹. Temsil yetkisi²⁵⁰ kanundan (yasal temsil) ya da taraf iradesinden (iradî temsil) kaynaklanabilir²⁵¹. İradî (rızaî) temsil yetkisi, kural olarak temsilciye yöneltilecek tek taraflı irade beyanıyla verilir²⁵² ve bu irade beyanının yöneltilmesiyle

²⁴⁷ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, I, C.”

²⁴⁸ Temsili açıklayan teoriler olan varsayım teorisi, savigny teorisi, halefiyet teorisi, mitteis teorisi, temsil teorisi ve müşterek hukuk işlem teorisi için Bkz. **Esener / Gündoğdu**, s. 258 – 260.

19. Yüzyılda temsille ilgili ileri sürülen teoriler irade teorisi, temlik teorisi, iş görme teorisi ve temsil teorisi için Bkz. **Şener Akyol**, Türk Medenî Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 94 – 96.

²⁴⁹ Eren temsili şöyle tanımlamaktadır; “*Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisine temsil denir.*” **Eren**, Borçlar Genel, s. 441; Aynı tanımlı benimseyen **Antalya**, C. 1, s. 499.

²⁵⁰ Kendisini bir hukukî işlemin yapılmasında temsil ettirmek isteyen şahsın temsilci olacak şahsa verdiği yetkiye temsil yetkisi denileceğine; temsil, temsil yetkisi ve temsilci kavramlarına dair Bkz. **Akyol**, s. 1 – 8.

²⁵¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 447; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 218; **Antalya**, C. 1, s. 503; **Ayan**, s. 231 – 232.

Temsil çeşitleri olan; iradî temsil-kanunî temsil, doğrudan temsil-dolaylı temsil, yetkili temsil-yetkisiz temsil, iç temsil-dış temsil, aktif temsil-pasif temsil, tek temsilci-birden fazla temsilci, yan temsil, çifte temsil, özel temsil-genel temsil-grup temsili, görünüş temsili-katlanma temsili, menfaat temsili, temsilci yararına temsil, tam temsil-eksik temsil kavramları için Bkz. **Akyol**, s. 43 – 56. Ve 259 – 312.

²⁵² İradî temsil yetkisi verilmesinin özellikleri için Bkz. **Akyol**, s. 163 – 169.

Temsil yetkisinin verilmesi için tek taraflı irade beyanının yeterli olduğuna dair Bkz. **Akyol**, s. 163.

birlikte hüküm ifade eder. Ancak bu irade beyanının hukukî işlemin²⁵³ geçerlilik şartlarına sahip olması şarttır²⁵⁴.

İster kanunî temsil olsun, ister rızaî temsil söz konusu olsun; yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar (TBK. m. 40/1)²⁵⁵.

Temsil yetkisi vermek kural olarak herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte²⁵⁶, taşınmaz satışı gibi bazı hukukî işlemlerde temsil yetkisinin belgelendirilmesi aranmaktadır²⁵⁷.

Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukukî bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir. Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu

²⁵³ Temsil yetkisi vermenin bir hukukî işlem olduğuna dair Bkz. **Akyol**, s. 165.

²⁵⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 451; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 151.

²⁵⁵ Temsilcinin yaptığı işlemin temsil olunan açısından bağlayıcılığına dair Bkz. **Akyol**, s. 411 – 412. Temsilcinin karşı tarafla yaptığı hukukî işlemin sonucunun önce kendi hukuk alanında doğduğu ve bu hukukî işlemin sonuçlarını daha sonra temsil olunana aktardığı temsil çeşidi olan dolaylı temsil ilişkisi ile ilgili olarak yapılmış olan tanımlar, bu tanımların gruplandırılması ve bu tanımlara yapılan eleştiriler için Bkz. **Cevdet Yavuz**, Türk-İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 15 – 23.

²⁵⁶ Konunun Alman hukuku, İsviçre hukuku ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı açıklaması için Bkz. **Akyol**, s. 178 – 181.

“Somut olayda, yazılı vekaletname ve sözleşmeyi imzalama konusunda temsil belgesi bulunmamakla birlikte vekalet ya da temsil ilişkisinin yazılı olmasının geçerlilik koşulu olmadığı, dava dayanağı sözleşmenin imzalanmasından sonra aynı vekilin davalıya vekaleten elektrik dağıtım idaresinde de işlem ve sözleşmeler yapması ve davalının bunları iptal ettirmemek suretiyle benimsemiş olması karşısında kanun maddeleri uyarınca yaptığı işlemlere icazet verdiğinin kabulü zorundadır. Bu halde yanlar arasında akdi ilişkinin varlığı sübuta erdiği ve (M.T.) 'ün vekaleten imzaladığı sözleşme davalıyı bağlayacağından, işin esasına girilip davacı yüklenicinin sözleşme konusu iş bedeline hak kazanıp kazanmadığı araştırıldıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile davanın reddi doğru olmamıştır.” Yarg. 15. HD. E. 2011/5282, K. 2012/2155, T. 02.04.2012 (Sinerji MİP. / 18.06.2018)

²⁵⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 454; **Ayan**, s. 232.

bildirime göre belirlenir (TBK. m. 41). Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez (TBK. m. 42/3)²⁵⁸.

Temsil yetkisi tüm hukukî işlemleri kapsayacak biçimde bir genel yetki şeklinde verilebileceği gibi, sadece belli hukukî işlemleri ya da sadece belirli kişilerle hukukî işlem yapmayı kapsayacak biçimde özel yetki şeklinde de verilebilir²⁵⁹. Ayrıca, temsil yetkisi süresiz olabileceği gibi süreli de olabilir²⁶⁰. Verilmiş olan bu yetki aktif işlem yapma yetkisi ya da pasif bir yetki olabileceği gibi, tek başına, müteselsil ya da birlikte yetki şeklinde de verilebilir²⁶¹.

²⁵⁸ Bu yöndeki görüşler için Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 452 – 454; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 156; **Ayan**, s. 234.

“Davalının yetki sınırlarını aşarak, davacının hesabından para çekmesi ve diğer davalı bankaca nakit ödenmesi nedeniyle davacının zararı doğmuştur. Temsilcinin yetkisiz olduğunu ya da yetki sınırlarını aştığını bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişi, temsil edilen yönünden zararlı sonuçlar doğuran bir işlem nedeniyle sorumludur. Davacının mevduat hesabından, davalıya doğrudan nakit ödeyen davalı banka; kendisinden beklenen özeni göstermeyip, mümessilin bu konuda yetkili olup olmadığını denetlememekle kusurludur.” Yarg. HGK. E. 2005/11-724, K. 2005/781, T. 28.12.2005. (Sinerji MİP. / 18.06.2018)

²⁵⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 226; **Eren**, Borçlar Genel, s. 458; **Ayan**, s. 235.

²⁶⁰ *“Dosya kapsamından, hükmü temyiz eden davalıvekili Av. ... adına düzenlenen vekaletnamenin 31.12.2014 tarihine kadar geçerli süreli vekalet olduğu anlaşıldığından, adı geçen vekile yeni bir vekaletname verilmiş ise sunulması, aksi halde hükmün davalı asile tebliği ile yasal temyiz süresinin beklenilmesi, belirtilen eksik hususların ikmalinden sonra gönderilmesi için dosyanın yerel mahkemesine geri çevrilmesine, ... karar verildi.”* Yarg. 19. HD, E. 2015/16739, K. 2016/4646, T. 16.03.2016. (Sinerji MİP. / 18.06.2018)

²⁶¹ **Akyol**, s. 50 – 51; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 231; **Ayan**, s. 235; **Eren**, Borçlar Genel, s. 447; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 153 – 154; **Esener / Gündoğdu**, s. 279 – 284.

“Teselsülli müşterek mevduat hesabında kural bu olmakla beraber, hesap sahiplerinin birlikte imza ile para çekebilecekleri konusunda bankaya talimat vermeleri halinde açılacak bu tür hesaba ise, Birlikte İmzalı Müşterek Hesap adı verilmektedir. Böyle bir hesap tarzında alacaklılar tasarruf yetkilerini sınırlamış olurlar. Müşterek hesap, bir tasarruf kaydını içermiyorsa ve hesap açtıranlar, hesaptaki paradan tasarruf yetkisini birlikte veya münferiden kullanılacaklarını belirtmeden hesap açtırmışlar ise, bu durumda bölünebilir hesaptan söz edilir ve somut olayın

Hukuki işlem den doğ an (iradî) temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya iş in özelliğ inden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğ ine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer. Aynı durum, bir tüzel kişiliğ in sona ermesi durumunda da uygulanır (TBK. m. 43)²⁶².

B. Escrow Sözleşmesinde Temsil

Ne ABD’de, ne Türkiye’de ne de diğ er ülkelerde escrow sözleşmesinde temsilin söz konusu olamayacağına dair herhangi bir yasal düzenleme mevcut değ ildir. Bu nedenle escrow sözleşmesinde, sözleşme taraflarının temsili ile ilgili hususlar tamamen genel hükümlere göre ç özülecektir. Yani, tarafların kanunî ya da iradî temsilcilerinin olup olmadı ğ ı, temsilci varsa bu temsil yetkisinin kapsamı, ispatı, sona ermesi gibi hususlar tamamen genel hükümlere tabi olacaktır.

Escrow sözleşmesi, devreden, devralan ve escrow tutandan oluş an üç tarafın karş ılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile yaptıkları bir sözleşmedir. Buna göre; escrow sözleşmesinde gerek devreden ya da devralan tarafın, gerekse escrow tutanın diğ er temsil kuralları çerçevesinde temsil edilmesi mümkündür²⁶³.

Temel hukukî işlem için verilecek olan temsil yetkisi bir şek le tabi olsa dahi escrow sözleşmesi için temsil yetkisi verilmesi hiçbir şek le tabi değ ildir. Çünkü escrow sözleşmesi ile aslî ilişki birbirinden tamamen farklı iki hukukî ilişkidir. Her hukukî ilişki için gerekli olan temsil yetkisinin şek li, kapsamı, hüküm ve sonuçları ise kendisine özgü olacaktır. Örneğ in; Tapu Sicil Tüzüğü’nün 18. Maddesine göre; taşınmaz satış sözleşmesi için vekilden Noterlik Kanunu’na göre düzenlenmiş bir vekaletname istenir²⁶⁴. Noterlik Kanunu’nun 89. Maddesine göre ise; tapuda işlem

özelliklerine göre hesap sahiplerinin eşit oranda pay sahibi olduklarının kabulü gerekir.” Yarg. 11. HD. E. 2013/673, K. 2014/8020, T. 29.04.2014. (Sinerji MİP. / 18.06.2018)

²⁶² **Eren**, Borçlar Genel, s. 464 – 468; **Ayan**, s. 236 – 237; **Hatemi / Gökyayla**, s. 110 – 111.

²⁶³ Temsilin mümkün olmadığı durumlar için Bkz. **Akyol**, s. 33 – 36; **Eren**, Borçlar Genel, s. 442.

²⁶⁴ “*Dava, tapuda sahte vekaletnameye dayalı satış nedeniyle uğ ranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Dava, hukuksal dayanağ ını kusursuz sorumluluktan almakta ve kusura değ il tehlike*

yapılmasını gerektiren vekaletnamelerin düzenleme şeklinde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, tapuda işlem yapılmasını gerektiren temsil yetkisi noterden verilmiş vekaletname ile ispat edilmelidir. Ancak, taşınmaz satışını öngören bir escrow sözleşmesi yapılırken bu şekilde uyulması zorunluluğu yoktur. Zira escrow sözleşmesi başlı başına tapuda işlem yapılmasını gerektiren bir sözleşme olmadığı gibi²⁶⁵ tapuda yapılan satış işleminden de tamamen farklı bir hukukî işlemdir. Bu nedenle, taşınmaz satışını öngören escrow sözleşmesi yapmak için de noter tarafından verilmiş olan bir vekaletnamenin gerektiğini söyleyebilmenin mümkün olmadığı kanaatini taşımaktayız.

Escrow sözleşmesinde de diğer hukukî işlemlerde olduğu gibi, temsil yetkisi süresiz olabileceği gibi süreli de olabilir. Verilmiş olan bu yetki aktif işlem yapma yetkisi şeklindedir. Bu yetki tek başına, müteselsil ya da birlikte yetki şeklinde verilebilir²⁶⁶.

Indiana Yüksek Mahkemesi “*Bagot v. State*” davasında²⁶⁷, taraflarca yapılan escrow sözleşmesinde aksi yönde bir kural yer almadıkça, sözleşmede adı geçmeyen bir kişinin sözlü olarak edimi teslim almak için yetkilendirilemeyeceğine, bu yetkinin yazılı olarak ispat edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Escrow sözleşmesi için verilmiş olan temsil yetkisi de aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, süreli temsilde sürenin

prensibine dayanmaktadır. Tapu sicil müdürlüğü görevlilerinin kusurlu olup olmadığının araştırılmasına yada kusurun varlığının ispatına gerek olmadığı gibi, esasen devletin sorumluluğu için bu kusurun varlığı da şart değildir. Tapu sicil müdürlüğünün hukuka aykırı eylem ve işlemleri ile zarar arasında illiyet bağı bulunduğuna göre bu zarardan devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Diğer bir ifadeyle, davacının zararı, tapu dairesinde yapılan işlemde kaynaklanmakla, olayda, Devletin sorumluluğunu gerektiren illiyet bağının bulunduğu şüphesizdir.” Yarg. HGK. E. 2007/4-422, K.2007/536, T. 11.07.2007. (Sinergi MİP. / 18.06.2018)

²⁶⁵ Bu konudaki detaylı açıklamalar için Bkz. Yuk. “I. Bölüm, IV.”

²⁶⁶ **Akyol**, s. 50 – 51; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 231; **Ayan**, s. 235; **Eren**, Borçlar Genel, s. 447; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 153 – 154; **Esener / Gündoğdu**, s. 279 – 284.

²⁶⁷ 33 Ind. 262. Kaynak: The American Law Register (1852-1891), Vol. 25, No. 3, New Series Vol. 16, (Mar. 1877), s. 177.

geçmesi, tek bir işlem için verilen yetkide işlemin ifa edilmesi, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi ve tüzel kişi ise tüzel kişiliğin sona ermesi²⁶⁸ durumunda da sona erer (TBK. m. 43)²⁶⁹.

Escrow sözleşmesinde temsil yetkisi kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukukî işleme göre belirlenir. Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir (TBK. m. 41)²⁷⁰.

Temsil olunan verdiği yetkiyi escrow sözleşmesinin diğer taraflarına açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli diğer taraflara karşı ileri süremez (TBK. m. 42/3).

Temsil yetkisi sadece belirli bir malvarlığı ile ilgili escrow sözleşmesi yapmak için verilebileceği gibi, tüm hukukî işlemleri kapsayacak şekilde verilmiş olan bir temsil yetkisi de kural olarak escrow sözleşmesi yapma yetkisini vermelidir.

²⁶⁸ “Alacaklı şirketin temsile yetkili müdürleri tarafından şirket feshedilmeden önce verilen vekaletnameye istinaden borçlunun mallarına haciz konulmuştur. TTK'nın 636. maddesinin afi ile 533/2. maddesinde öngörüldüğü üzere şirketin tüzel kişiliği tasfiye sonuna kadar devam edeceğinden ve vekilin temsil yetkisi de TBK'nın 43/2. maddesine göre tüzel kişilik sona ermesi halinde sona ereceğinden, alacaklı şirketin mahkeme kararı ile feshedilmiş olması ve bu feshin kesinleşmiş olması daha önce şirketin yetkili müdürlerince yetkileri dahilinde verilmiş olan vekaleti sona erdir-meyecektir.” Yarg. 12 HD. E. 2014/34770, K. 2015/13592, T. 14.05.2015. (Kazancı MİP / 05.01.2018)

²⁶⁹ Temsil yetkisinin sona erme hallerine ilişkin detaylı açıklama için Bkz. **Akyol**, s. 413 – 437; **Eren**, **Borçlar Genel**, s. 464 – 468.

Temsil yetkisinin yasa gereği yahut hukukî işlem neticesinde geri alınması hakkının ortadan kalktığı durumlar için Bkz. **Akyol**, s. 438 – 446.

²⁷⁰ **Eren**, **Borçlar Genel**, s. 458.

Ancak, özel yetkiyi gerektiren haller ile kanunlardan kaynaklanan kısıtlamalar olması durumunda bu kısıtlamalar uygulama alanı bulur²⁷¹.

Yasal temsilci de, yasal kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla devreden ve devralan tarafta yer alarak escrow sözleşmesi yapabilir. Ancak, escrow tutan sıfatıyla escrow sözleşmesi yapıp yapamayacağı konusu üzerinde durulması gerekmektedir. Bilindiği üzere bir kişi escrow sözleşmesinde bir ücret mukabili escrow tutan olarak yer alabileceği kadar, ücretsiz olarak da escrow tutan olarak yer alabilir.

Ücretli olarak yerine getirilen escrow tutma işi, herhangi bir ivazlı iş görme sözleşmesi gibi olup, temsilcinin bu konuda yetkisini kısıtlayacak bir durum söz konusu değildir. Ücretsiz şekilde yapılacak olan escrow tutmada ise, herhangi bir karşı ivaz söz konusu olmayıp, escrow tutan tek taraflı olarak yükümlülük altına sokulmaktadır. Bilindiği üzere tam ehliyetsizler dahi yasal temsilcilerinin yaptığı işlemlerden doğan borçlardan kendi mal varlığı ile sorumludur. Escrow tutan olarak görevini yerine getiremezse, bu görevden doğan zararlar nedeniyle escrow sözleşmesinin diğer taraflarına karşı kendi mal varlığı ile sorumlu olacaktır. Diğer taraftan TMK. 449'a göre; "*Vesayet altındaki kişi adına ... önemli bağışlarda bulunmak yasaktır*". Bir bağışın önemli olup olmadığı ise kişinin malvarlığına göre belirlenir²⁷². Bu nedenlerle; vasi, vesayet altındaki kişinin malvarlığına nazaran önemli sayılabilecek miktarda mal varlığının escrow tutan olarak herhangi bir ücret mukabili olmaksızın muhafazasını öngören sözleşmeler yapamamalıdır²⁷³. Ancak, önemsiz

²⁷¹ Örneğin; vasi tam ehliyetsiz bir kişinin mallarını onun adına yönetir. Gerekğinde harcamalar yapar yahut yeni mallar satın alır. Ancak onun malını bağışlayamaz, vakfedemez ve onun adına kefil olamaz (TMK. m. 449). **Eren**, Borçlar Genel, s. 458 – 461.

²⁷² **Dural / Ögüz** / Gümüş, s. 420.

²⁷³ "*Borçlar Kanunu'nun 235 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, bağışlayanın tam yetenekli olması gerekir. Eylem yeteneği bulunan kimse, kural olarak, malvarlığı üzerinde bağışlama yapabilir. Anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca, eylem yeteneği olmayan birinin ve sınırlı yeteneksizlerin, malvarlığından bağışlama, ancak kanuni temsilcisinin mesuliyeti saklı kalmak üzere ve vasilik hukuku kuralları gözönüne alınarak yapılabilir.*

...

Üstelik, Medeni Kanununun 392 nci maddesi, aynı Kanununun 269 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, kıyasen velayete de uygulandığından, kanun hükmünün kesin açıklığı

nitelikteki mal varlığının ücretiz olarak muhafazasını öngören escrow sözleşmeleri yapabilmelidir.

Tüzel kişilerin yetkili organları, tüzel kişilerin hak ehliyeti çerçevesinde gerekli olan escrow sözleşmelerini devreden, devralan ya da escrow tutan olarak yapabilir.



nedeniyle, eylem yeteneği bulunmayanların, diğer bir ifadeyle tam ve sınırlı ehliyetsizlerin, yasal temsilcileri eliyle de bağışlama yapmaları olanaksızdır.

Somut olayda, 21.2.1994 temlik tarihi itibarıyla reşit olmayan davacı ... yönünden, annesi ... 'nin yaptığı bağışın geçerli bir tasarruf olmadığı açıktır.

Ne var ki, iddianın ileri sürülüş şekliyle, paydaşlardan'nin reşit olduğu tarihten itibaren uzunca bir süre işleme karşı çıkmamış olması gözönüne alındığında; kanun hükmünün katı bir şekilde uygulanması, uyumsuzluğa gerçek çözüm getirmeyen, yüzeysel ve biçimsel yaklaşımdan öte bir anlam taşımayan, daha da önemlisi somut olay adaletini gözardı eden bir çözüm niteliğini taşıyacağı ve buna değer verilemeyeceği kuşkusuzdur.

...

Bu açık olgular karşısında, davacı Mümine payı yönünden de kaydın iptalinin istenmesi objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.” Yarg. HGK. E.2005/1-298, K.2005/308, T.4.5.2005, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

İKİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğretide sözleşmelerin hukukî nitelikleri incelenirken genellikle;

- Kanunda düzenlenmiş olup olmamasına göre; isimli sözleşmeler / isimsiz sözleşmeler,
- Sözleşmenin konusu ve amacına göre; temlik borcu doğuran sözleşmeler / kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler / iş görme sözleşmeleri / saklama (muhafaza) sözleşmeleri / teminat sözleşmeleri / sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler / ortaklık sözleşmeleri,
- Borç altına giren taraf bakımından; tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler / iki (çok) tarafa borç yükleyen sözleşmeler,
- Hukukî sonuçlarına göre; borç doğuran sözleşmeler / tasarruf sözleşmeleri,
- Sürelerine göre; anî edimli sözleşmeler / dönemsel edimli sözleşmeler / sürekli edimli sözleşmeler,
- Karşılıklı (ivazlı) olup olmamasına göre; ivazlı sözleşmeler / ivazsız sözleşmeler,
- Sözleşmenin kurulması için bir şeyin teslimi gerekip gerekmemesine göre; rızaî sözleşmeler / real sözleşmeler,

şeklinde ayrıma tabi tutularak, sözleşmeler ele alınmakta ve hukukî nitelikleri belirlenmektedir²⁷⁴.

Biz de çalışmamızda bu ayrımlara sadık kalarak escrow sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklayacağız.

A. Kanunda Düzenlenmiş Olup Olmaması Bakımından

1. Genel Olarak

Günlük hayatımızda kullanmakta olduğumuz sözleşmelerden bazıları TBK ya da diğer kanunlarda düzenlenmiş, diğer bir kısmı ise farklı nedenlerle kanunlarda düzenlenmemiştir²⁷⁵. Gerek TBK'da gerekse diğer kanunlarda az veya çok detaylı şekilde düzenlenmiş olan sözleşmelere isimli (tipik) sözleşmeler, herhangi bir kanunda özel biçimde düzenlenmemiş olan sözleşmelere ise isimsiz (atipik) sözleşmeler adı verilmektedir²⁷⁶.

Tipik sözleşmeler TBK'da düzenlenmiş olabileceği gibi, başka kanunlarda da düzenlenmiş olabilir²⁷⁷. TBK'da düzenlenmiş olan sözleşmeler konu ve amaçları

²⁷⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 18 – 20; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 9 – 11; **Eren**, Borçlar Genel, s. 204 – 241; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 45; **Eren**, Borçlar Özel, s. 15 – 23; **Ayan**, s. 151 – 162; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 26.

²⁷⁵ Günlük hayatta sıkça rastlanan çeşitli sözleşme tiplerinin kanunlar tarafından düzenlenmiş olup olmamasının birçok sebebi olabilir. Bunlar arasında, tarihi sebepler, hukuk uygulamasında kolaylık ve açıklık sağlama ve devletin özel hukuk ilişkilerine kamu düzenini sağlama amacıyla müdahale edebilmesi gibi sebepler sayılmaktadır. Bu konuda Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 3 – 6; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 3-4.

²⁷⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 22 – 23; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 11; **Eren**, Borçlar Özel, s. 17; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 11; **Aral / Ayrancı**, s. 53; **Yücer Aktürk**, s. 34; **Eren**, Borçlar Genel, s. 207; **Antalya**, C. 1, s. 214; **Ayan**, s. 158 – 159.

²⁷⁷ Türk Ticaret Kanunundaki; cari hesap, acentalık, taşıma ve sigorta sözleşmeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki; tahkim sözleşmesi, Fikir ve Sanat eserleri Kanuna göre; eserler üzerindeki hakların devri sözleşmesi, Finansal Kiralama Kanuna göre; finansal kiralama (leasing) sözleşmesi TBK dışındaki kanunlarda düzenlenmiş olan sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 21 – 22; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s.

bakımından; temlik borcu doğuran sözleşmeler, kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, iş görme sözleşmeleri saklama (muhafaza) sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı olan sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır²⁷⁸.

Kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmeler ise; bileşik sözleşmeler, karma sözleşmeler, kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler şeklinde sıralanmaktadır²⁷⁹.

Bileşik sözleşmeler; hukukî nitelikleri ile vasıfları birbirinden tamamen ayrı olan sözleşmelerin birbirine bağlı duruma sokulmasıdır. Bu iki ayrı sözleşme birbirine edim ve karşı edim olarak bağlıdır²⁸⁰.

Çifte tipli karma sözleşmeler; değişik sözleşme tiplerine ait edimlerin birbiriyle mübadele ilişkisi içinde olduğu sözleşmelerdir. Kombine (bileşik nitelikli) karma sözleşmeler²⁸¹; taraflardan birinin çeşitli tiplere özgü birden fazla edimde bulunma, diğeri ise genellikle bir miktar paradan oluşan tek edimi yerine getirme borcu altına girdiği sözleşmelerdir. Çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler; bir şeyin kısmen karşı edim kısmen ise bağışlama olarak temlikini konu alan sözleşmelerdir. Son olarak tipik sözleşmeye ikinci derecede başka edim

13.

²⁷⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 18 – 20; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 9; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 26; **Tandoğan**, C. I/1, s. 2 – 7; **Antalya**, C. 1, s. 214.

²⁷⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 23 – 28; **Aral / Ayrancı**, s. 56 – 61; **Eren**, Borçlar Genel, s. 208; **Antalya**, C. 1, s. 75; **Ayan**, s. 160 – 162; Öğretide karma ve bileşik sözleşmeler yanında isimsiz sözleşmelerin bir türü olarak eksik sözleşmeler de sayılmaktadır. Eksik sözleşmeler, yasada düzenlenmiş olan bir sözleşmenin yasada öngörülen bir veya birkaç unsuruna yer verilmeyen sözleşmelerdir. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 22.

²⁸⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 23; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 14; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 21; **Aral / Ayrancı**, s. 60; **Tandoğan**, C. I/1, s. 76; **Yücer Aktürk**, s. 38; **Eren**, Borçlar Genel, s. 209; **Antalya**, C. 1, s. 215; **Ayan**, s. 162.

²⁸¹ “*Kombine sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından birinin kanunda yer alan birden çok sözleşmeye ilişkin denk kıymette edimler taahhüt ettiği, buna karşılık diğer tarafın tek bir edimi (çoğunlukla para borcunu) taahhüt ettiği sözleşme tipleridir.*” Yarg. HGK. E.2005/1-298, K.2005/308, T.4.5.2005, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

eklenmesi şeklindeki karma sözleşmeler ise; asıl sözleşmeye, asıl sözleşmeye yabancı olan yan edimlerin eklenmesi şeklinde yapılan sözleşmelerdir²⁸².

Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler açısından değişik görüşler²⁸³ ileri sürülmüş olmakla birlikte, doktrinde genel olarak kabul edilen ve TMK. m. 1'e de uygun olduğu ileri sürülen görüş "yaratma ve kıyas görüşü"²⁸⁴dür. Buna göre karma sözleşmelere kanun hükümleri ancak kıyasen uygulanabilir²⁸⁵.

2. Escrow Sözleşmesin Türk Hukukunda İsimli Sözleşme Olması

Escrow Sözleşmesi, Türk-İsviçre borçlar hukukunun yabancı olduğu bir sözleşme türüdür. Gerek Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) gerekse İsviçre Borçlar Kanunu'nda escrow sözleşmesi ile ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Aynı şekilde Alman Borçlar Kanunu da escrow sözleşmesine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle escrow sözleşmesini isimli sözleşmeler arasında saymak mümkündür²⁸⁶.

²⁸² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 25 – 29; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 14 – 15; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 18 – 20; **Aral / Ayrancı**, s. 58 – 59; **Tandoğan**, C. I/1, s. 69 – 73; **Yücer Aktürk**, s. 30; **Yücer Aktürk**, s. 41 – 51; **Eren**, Borçlar Genel, s. 208; **Antalya**, C. 1, s. 216; **Ayan**, s. 161 – 162.

²⁸³ *Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi görüşüne göre*; karma sözleşmelere ancak TBK'nın genel kısımları uygulanabilir. Özel kısımların uygulanması imkânı yoktur. *Soğurma görüşüne göre*; hangi tipe ait unsur daha önemli ise o tipe dair hükümler bütün sözleşme için uygulanmalıdır. *Birleştirme görüşüne göre ise*; her edime, ait olduğu sözleşme tipine dair hükümler uygulanmalıdır. Görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 28; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 15; **Aral / Ayrancı**, s. 62 – 63; **Tandoğan**, C. I/1, s. 73 – 75; **Yücer Aktürk**, s. 131 – 142.

²⁸⁴ Yaratma (kreatyon) teorisinin olumlu ve olumsuz yönleriyle eleştirilmesi konusunda Bkz. **Yücer Aktürk**, s. 142 – 143.

²⁸⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 29; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 15; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 20 – 21; **Aral / Ayrancı**, s. 63; **Tandoğan**, C. I/1, s. 75.

²⁸⁶ **Kırca**, agm. s. 59.

Escrow sözleşmesi; genel saklama sözleşmesi ve vekalet sözleşmelerine ilişkin edimlerini bir arada bulundurmaktadır²⁸⁷. Şöyle ki;

Temel hukukî ilişkinin bir tarafınca kendi ediminin doğrudan karşı tarafa değil ara bir merci olarak escrow tutana teslim edilmesi, karşı tarafın edimini ifa etmemesi halinde kendi edimini iade almasının teminatını teşkil eder. Yukarıda da açıklandığı üzere, escrow sözleşmesinin bağlandığı koşul yerine getirilinceye kadar, escrow tutana teslim edilmiş olan edim onu teslim etmiş olan tarafa aittir. Ancak koşul karşı tarafça yerine getirildiği andan itibaren, escrow tutana teslim edilmiş olan edim de koşulu yerine getiren karşı tarafa ait olur. Escrow tutan, koşul yerine getirilinceye kadar edimi teslim etmiş olan kişi adına, koşul yerine getirildikten sonra ise koşulu yerine getiren taraf adına, kendisine teslim edilmiş olan edimi saklamaktadır.

Genel saklama (vedia) sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 561). Saklama sözleşmesinde bir süre belirlenmiş olsa bile saklayan, saklatanın her zaman ileri sürebileceği istemi üzerine, saklanana bütün çoğalmalarıyla birlikte geri vermekle yükümlüdür (TBK. m. 564). Genel saklama sözleşmesinde, saklayan saklanmak üzere kendisine verilmiş olan eşyayı emin bir yerde saklama borcu altına girmektedir²⁸⁸. Bu emin yerde saklama borcu, saklayanın aslî edim yükümlülüğüdür. Görüldüğü üzere, escrow sözleşmesinde escrow tutanın aslî edim yükümlülüklerinden biri olan “saklama” edimi, aslen genel saklama sözleşmesine ait bir edimdir.

Diğer taraftan, koşul yerine getirilinceye kadar edimi teslim eden taraf adına edimi saklamayı üstlenen escrow tutan, aynı zamanda koşulun yerine getirilmesi halinde kendisine teslim edilmiş olan edimi, teslim taraf adına ve hesabına karşı tarafa teslim etmeyi, yani edimin zilyetliğini geçirmeyi de borçlanmaktadır. Üstelik bu edimini, escrow sözleşmesinin diğer iki tarafına karşı da borçlanmaktadır. Zira, hem edimi kendisine teslim etmiş olan yani devreden taraf, hem de koşulu yerine getirmiş olan yani devralacak olan taraf edimin devralan tarafa teslimini talep etme yetkisini

²⁸⁷ Kırca, agm. s. 59.

²⁸⁸ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1376 – 1377.

sahiptir. Böylece escrow tutan, sözleşmenin diğer iki tarafının bir işini de görmeyi borçlanmaktadır.

Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 502). Görüldüğü üzere, escrow tutanın edim yükümlülüklerinden olan “bir işini görme” edimi, aslen vekalet sözleşmesine ait bir edimdir.

İsimsiz sözleşmelerden olan kombine sözleşmelerde, taraflardan biri çeşitli tiplere özgü birden fazla edimde bulunma, diğeri ise genellikle paradan ibaret olan tek bir edimi yerine getirme borcu altına girmektedir²⁸⁹.

Escrow tutanın borçlandığı bu edimlere karşılık, escrow sözleşmesinin diğer iki tarafı sadece escrow tutanın ücretini ve masraflarını ödemeyi borçlanmaktadır. Böylece Türk Hukuku açısından escrow sözleşmesi, bir tarafta genel saklama sözleşmesine ait olan “saklama” edimi ile vekalet sözleşmesine ait olan “bir işini görme” edimlerinin, diğer tarafta ise ücret ve masrafları ödeme edimlerinin kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesiyle oluşmuş olan kombine (bileşik) nitelikli karma sözleşme olduğunu söylemek mümkündür.

Escrow sözleşmesinde, kendisine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlardan hiç birinin kanunda öngörülen sözleşme tiplerinde mevcut olmaması²⁹⁰ nedeniyle escrow sözleşmesi sui generis sözleşme sayılamaz. Zira yukarıda açıklandığı üzere escrow sözleşmesi saklama ve iş görme edimlerini bir arada bulundurmaktadır²⁹¹.

²⁸⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 27; **Eren**, Borçlar Genel, s. 208.

²⁹⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 29; **Eren**, Borçlar Genel, s. 209.

²⁹¹ Kırca, escrow sözleşmesinin saklama ve vekalet sözleşmesine ilişkin unsurları taşımakta olduğunu, ancak kendisine özgü nitelikleri de olduğunu, bu özellikleri nedeniyle bileşik sözleşme ya da karma sözleşme mi yoksa sui generis bir sözleşme mi olduğunun tespitinin çok zor olduğunu belirtmekte, bu nedenle sadece isimsiz sözleşme olarak kabulünün kesin olduğunu belirtmektedir. **Kırca**, agm. s. 59 – 60.

Türk hukukunda escrow sözleşmesine uygulanacak olan hükümlerin tespiti için ise, yukarıda belirtildiği²⁹² üzere Türk hukukunda genel kabul gören ve TMK. m. 1'e de uygun düşen “*Yaratma ve Kıyas*” görüşünün uygulanabileceği kanısını taşımaktayız.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar Türk hukuku açısından yapılmış olup, yukarıda da sık sık açıklamalarda belirttiğimiz üzere özellikle ABD’de escrow sözleşmesi Kaliforniya Finansal Kanunu içerisinde, Texas Sigorta Kanunu içerisinde ve diğer eyaletlerde dağınık yasal metinler içerisinde yer almakta olan bir sözleşme türüdür. Bu nedenle, ABD açısından escrow sözleşmesi isimsiz sözleşme olmayıp, düzenlenmiş olan bir sözleşme tipidir.

B. Konusu Ve Amacı Bakımından

1. Genel Olarak

Sözleşmeler, sözleşme ve tip serbestisi ilkeleri kapsamında birçok farklı amaç ve kapsamda yapılabilir. Burada söz konusu olan amaç sözleşme taraflarının öznel amaçları değil, sözleşmede yer alan edimlerin güven teorisi çerçevesinde sağladığı temel faydadır.

Genel olarak konu ve amaçlarına sözleşmeler; temlik (ferağ) borcu doğuran sözleşmeler, kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, iş görme sözleşmeleri, saklama (muhafaza) sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri şeklinde sınıflandırılmaktadır²⁹³.

Temlik (ferağ) borcu doğuran sözleşmeler; borç doğurucu işlem niteliğini taşımakta olup, bir hakkın kesin olarak başkasına devrini öngören sözleşmelerdir. Kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler; sözleşme konusu şey veya hakkın kullanılmasını ya da o şey veya haktan yararlanmasını öngören sözleşmelerdir. İş

²⁹² Bkz. Yuk. “II. Bölüm”

²⁹³ **Tandoğan**, C. I/1, s. 2 – 7; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 18 – 20; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 26 – 28; **Aral / Ayrancı**, s. 50 – 52; **Ayan**, s. 159.

görme sözleşmeleri²⁹⁴; taraflardan birinin edimini karşı tarafın bir işini görme eyleminin teşkil ettiği sözleşmelerdir. Saklama (muhafaza) sözleşmeleri; saklayanın saklatana ait bir şeyi belirli bir süre saklamasını öngören sözleşmelerdir. Teminat sözleşmeleri; mevcut bir borcun ifasını temin gayesi güden sözleşmelerdir. Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler; içeriği ve edimleri tarafların talihine veya tesadüflere göre belirlenen sözleşmelerdir. Ortaklık sözleşmeleri ise; iki veya daha fazla kimsenin emek veya sermayelerini kâr elde etmek amacıyla bir araya getirdikleri sözleşmelerdir²⁹⁵.

2. Escrow Sözleşmesinin Saklama Borcu Ve İş Görme Borcu Doğuran Bir Sözleşme Olması

Yukarıda “Escrow Sözleşmesinin Türk Hukukunda İsimsiz Sözleşme Olması” başlığı incelenirken de belirttiğimiz üzere escrow sözleşmesi; genel saklama sözleşmesi ve vekalet sözleşmelerine ilişkin edimlerini bir arada bulundurmaktadır.

Şöyle ki; escrow tutan, koşul yerine getirilinceye yahut bu konuda belirlenmiş olan süre doluncaya kadar edimi diğer iki taraf adına, koşul yerine getirildikten sonra ise koşulu yerine getiren taraf adına, kendisine teslim edilmiş olan edimi saklamaktadır. Yani escrow sözleşmesinde, escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan eşyayı emin bir yerde saklama borcu²⁹⁶ altına girmektedir. Bu emin yerde saklama borcu, escrow tutanın birinci aslı edim yükümlülüğüdür. Teslim edilen şeyi emin bir yerde saklama borcu saklama sözleşmesinin (TBK. m. 561 – 580.) tipik edimidir.

²⁹⁴ “Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur.” Yarg. HGK. E. 2014/3-727, K. 2016/203, T. 26.2.2016, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

“Vekalet sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olduğundan tipik edim bir işin görülmesi veya bir hizmetin yerine getirilmesidir.” Yarg. HGK. E. 2013/13-1913, K. 2015/1260, T. 22.4.2015, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

²⁹⁵ Tandoğan, C. I/1, s. 2 – 7; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1511; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel Dersleri, s. 10; Zevkliler / Gökyayla, s. 26 – 28.

²⁹⁶ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1377; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel Dersleri, s. 760.

Diğer taraftan escrow tutan, sözleşmenin diğer iki tarafına karşı, kendisine teslim edilmiş olan edimi koşulun yerine getirilmesi halinde, teslim eden taraf adına ve hesabına karşı tarafa teslim etmeyi, yani edimin doğrudan ferî zilyetliğini geçirmeyi de borçlanmaktadır. Böylece escrow tutan, sözleşmenin diğer iki tarafının bir işini de görmeyi borçlanmaktadır. Bu escrow tutanın ikinci aslî edim yükümlülüğüdür.

Bilindiği üzere ihtiyaçların giderilmesine yönelik her türlü bedenî ve fikrî yahut her ikisini birlikte barındıran insan emeğine iş görme denilmektedir²⁹⁷. Escrow tutan bu iş görmeyi diğer taraflara bağımlılık ilişkisi olmaksızın, onlardan emir ve talimat almaksızın ve zamanla bağımlı olmaksızın yerine getirmektedir. Bu nitelikteki iş görme edimi ise vekalet sözleşmesinin (TBK. m. 502 – 514.)²⁹⁸ tipik edimidir.

Böylece Türk Hukuku açısından escrow sözleşmesi, bir tarafta saklama sözleşmesine ait olan “saklama” edimi ile vekalet sözleşmesine ait olan “bir işini görme” edimlerinin borçlanıldığı yani saklama ve iş görme borcu²⁹⁹ doğuran bir sözleşmedir.

C. Borç Altına Giren Sayısı Taraf Bakımından

1. Genel Olarak

a. Klasik Ayrım

Bir sözleşme ile tek bir kişi borç altına girebileceği gibi, birden çok kişi de borç altına girebilir. Borç altına giren kişiler, değişik nedenlerle sözleşme ilişkisinin

²⁹⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 534.

²⁹⁸ Bkz. Aşa. “II, C”

²⁹⁹ Yavuz / Acar / Özen’e göre; saklama sözleşmeleri muhafaza borcu altına giren tarafı bazı olumlu eylemlerde bulunma yükümlülüğü altına koyabileceğine göre, iş görme sözleşmelerinin bir dalı olarak kabul edilebilirler. Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 19; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel Dersleri, s. 10.

aynı tarafında yer alabilecekleri gibi³⁰⁰ bunların birbirinden ayrı ve bağımsız olarak borç altına girebilmeleri de mümkündür.

Aynı tarafta birden çok kişi dahi olsa, eğer sözleşmede tek bir taraf borç altına giriyorsa *tek tarafa borç yükleyen sözleşme* (kısaca tek taraflı sözleşmeler) söz konusu olur³⁰¹.

Bazı sözleşmelerde iki taraf borç altına girer ve bunlara *iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler* (kısaca iki taraflı sözleşmeler) denilmektedir. İki taraflı sözleşmelerden, taraflardan her birinin borcunun diğer tarafın borcuna karşılık teşkil ettiği, tarafların borçlarının tam bir değişim ilişkisi içinde olduğu sözleşme türüne *tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*; taraflardan birinin her zaman borç altına girdiği ancak diğer tarafın bazı şartların gerçekleşmesi halinde borç altına girdiği sözleşmelere ise *eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler* denilmektedir³⁰².

b. Çok Taraflı Hukukî İlişkiler

Eski Borçlar Kanunu'nun 1. Maddesinin; "*İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur*" şeklindeki lafzına çok uygun olan ve sözleşmedeki taraf sayısını iki ile sınırlayan bu ayırım, kanunda yer

³⁰⁰ Borçlu tarafta birden çok kişi bulunduğu borç ilişkileri için Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1219 – 1239.

³⁰¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 210; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 45; **Antalya**, C. 1, s. 219; **Ayan**, s. 154; Müşterek hukukun eski görüşünün tanıdığı sınırlı sayıdaki tek taraflı hukukî işlemler için Bkz. **Tuhr**, s. 135.

"*Bilindiği üzere garanti sözleşmesi kefalet gibi fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki onunla bir kimse, başkasını belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri, kısmen veya tamamen üzerine alır. Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti alanın yerine getireceği bir eda söz konusu değildir.*" Yarg. 11. HD, E.1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

³⁰² **Eren**, Borçlar Genel, s. 210 – 212; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 45; **Tuhr**, s. 140; **Antalya**, C. 1, s. 219; **Ayan**, s. 155.

alan düzenlemeler karşısında yetersiz kalmakta olduğundan, bunlara ilaveten ikiden çok taraflı sözleşmelerin de varlığı kabul edilmekteydi³⁰³.

TBK ile birlikte eski Borçlar Kanunu'nun 1. Maddesinde yer alan “iki taraf” ibaresi İsviçre Borçlar Kanunundaki gibi “ taraflar” şeklinde değiştirilmiştir. Zira, sözleşmenin devri, ortaklık sözleşmeleri ve miras taksim sözleşmeleri gibi eskiden beri uygulanagelmış olan bazı sözleşmeler, birbirinden bağımsız hak ve borçlar edinen birden çok tarafın katılımıyla yapılmaktadır. Böylece kanun, sözleşmenin sadece iki taraftan müteşekkil değil, ikiden çok taraftan da müteşekkil olabileceğini kabul etmiş görünmektedir.

Bu değişiklik de göz önüne alınarak tek taraflı sözleşmeler ve iki taraflı sözleşmeler yanında çok taraflı hukukî işlemlerin ve sözleşmelerin de olabileceği genel olarak kabul ediliyor olmasına rağmen, çok taraflı sözleşmelerin tanımı ve kapsamı konusunda bugün doktrinde bir birlik yoktur:

OĞUZMAN / ÖZ; eski Borçlar Kanunu Madde 1.'de geçen “iki taraf” ifadesinin “ taraflar” olarak değiştirildiğini, zira ortaklık sözleşmesi ve miras taksim sözleşmesi gibi ikiden fazla taraflı sözleşmelerin de var olduğunu, ancak bu tarz sözleşmelerin normal sözleşmeye nazaran taşıdıkları özellikler dikkate alınarak, genel sözleşmeye ilişkin hükümlerin bunlara ancak kıyasen uygulanabileceğini ileri sürenler de olduğunu belirtmekte, ancak bu tarz çok taraflı sözleşmelerde tarafların sözleşmeyi kurarken izledikleri amacın iki taraflı sözleşmelerde aynı olduğunu belirtmektedir³⁰⁴.

TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP; Borçlar Kanunu'nda ve Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ve çok taraf borç yükleyen biricik sözleşme tipinin “şirket (ortaklık)” olduğunu, adi şirket gibi bazı şirket sözleşmelerinin iki taraflı olarak

³⁰³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 54; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 42; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel Dersleri, s. 11; Eren, Borçlar Genel, s. 212 – 213; Ayan, Borçlar Genel, s. 154; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 33.

³⁰⁴ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 42. ve Dn. 30.

düzenlenebileceğini ancak kanunlar gereği bazı şirket türlerinin ikiden çok taraf ile düzenlenmesinin şart olduğunu belirtmektedir³⁰⁵.

YAVUZ / ACAR / ÖZEN; tek tarafa, eksik iki tarafa, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yanında, adî ortaklık gibi çok tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de varlığının kabul edilmekte olduğunu belirtmektedir³⁰⁶. Ayrıca havalenin³⁰⁷ kredi mektubunun³⁰⁸, kredi emrinin³⁰⁹ ve akreditifin³¹⁰ “üç köşeli” hukukî işlemlerden olduğu belirtilmektedir.

EREN; sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere üçe ayrıldığını³¹¹; bazı yazarlar tarafından “*toplu, kollektif sözleşmeler*” de denilen çok taraflı sözleşmelerin adî ortaklık sözleşmeleri olduğunu, bunların çok taraflı borç doğuran sözleşmeler olduğunu, bu tür sözleşmelerde taraflardan her birinin borç altına girdiğini ancak tarafların borçlarının karşılıklı olmadığını, sözleşmeye katılanların ortak bir amacı kurmak için sözleşmeye katıldığını ve edimleri değiştirme niyeti olmadan birbirine karşı borç altına girdiklerini belirtmektedir³¹². EREN, sözleşmenin tanımı olarak; “*Tarafların belirli bir hukukî sonuca, yani bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan İKİ VEYA ÇOK TARAFLI hukukî işleme, sözleşme*

³⁰⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 54.

³⁰⁶ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel Dersleri, s. 11.

³⁰⁷ Havalede bu üç köşeyi; havale eden, havale alıcısı ve havale ödeyicisi oluşturmaktadır. Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1335.

³⁰⁸ Burada köşeleri oluşturan kişiler mektup sahibi, gönderilen ve lehine kredi mektubu düzenlenen kişidir. Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1299;

³⁰⁹ Kredi emrinde şahıslar emir veren, emir verilen ve üçüncü kişidir. Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1285.

³¹⁰ Bu üç köşe akreditif bankası, muhabir banka ve akreditif lehdarından oluşmaktadır. Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1347 – 1348;

³¹¹ Eren, Borçlar Genel, s. 210.

³¹² Eren, Borçlar Genel, s. 212 – 213.

denir şeklinde tanım yapmaktadır³¹³. Ayrıca EREN'e göre, sözleşmenin devri de hukukî niteliği itibariyle üç taraflı (çok taraflı) sui generis bir sözleşmedir³¹⁴.

AYAN; sözleşmeleri bu açıdan tek taraflı hukukî işlemler ve çok taraflı hukukî işlemler olarak ayırmakta, çok taraflı hukukî işlemleri ise iki taraflı hukukî işlemler ve diğer hukukî işlemler olarak ayırmakta³¹⁵, iki veya çok taraflı hukukî işlemlerin doğumu açısından birden fazla kişinin irade açıklamasında bulunmasının şart olduğunu, türü ne olursa olsun adî ortaklık sözleşmeleri ve miras taksim sözleşmeleri gibi birkaç istisna hariç diğer bütün sözleşmelerin iki taraflı sözleşmeler olduğunu, çok taraflı sözleşme niteliğinde olan adî ortaklık sözleşmelerinde ise edimlerin karşılıklı değiştirilmesi değil aksine ortak bir çıkar etrafında birleştirilmesinin söz konusu olduğunu, çok taraflı hukukî işlem olarak kararların da sayılabileceğini belirtmektedir³¹⁶.

NOMER; ikiden fazla tarafı olan sözleşmelerin de olduğunu, ortaklık ve miras taksim sözleşmeleri yanında sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devrinin de üç taraflı sözleşme ile gerçekleştiğini, borçlar hukukundaki sözleşmeye ilişkin hükümlerin bunlara kıyasen uygulanacağını belirtmektedir³¹⁷.

ESENER / GÜNDOĞDU, hukukî işlemleri bunlara katılan taraf sayısına göre tek taraflı hukukî işlemler ile iki ve çok taraflı işlemler şeklinde ayırmakta, iki ve çok taraflı işlemleri ise; müşterek hukukî işlemler, kararlar ve sözleşmeler olarak üçe ayırmakta; bir sözleşmede en az iki taraf olduğunu ancak adî ortaklık sözleşmelerinde olduğu gibi ikiden fazla kişinin iradelerini açıkladıkları çok taraflı sözleşmelerin de olduğunu ifade etmektedir³¹⁸.

³¹³ Eren, Borçlar Genel, s. 242.

³¹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1281.

³¹⁵ Ayan, Medenî Hukuka Giriş, s. 145 – 147.

³¹⁶ Ayan, Borçlar Genel, s. 154. ve Dn.111.

³¹⁷ Nomer, s. 33.

³¹⁸ Esener / Gündoğdu, s. 11 – 15.

KOCAMAN, havalenin üçlü ilişkilerdeki edim biçiminin belli bir tarzı olduğunu, havaledeki üçlü ilişkinin köşelerini havaleci, havale ödeyicisi ve havale alıcısının oluşturduğunu belirtmektedir³¹⁹.

Sözleşmelerin tek taraflı, iki taraflı ya da çok taraflı olarak gruplandırılmasında temel ölçü, sözleşme ile birbirinden bağımsız borç altına giren taraf sayısıdır. Bu tarafların her birinde birden çok kişi bulunması, sözleşmedeki taraf sayısını değiştirmemektedir. Örneğin, bir evin üç ev arkadaşı tarafından kiralanması durumunda sadece kiracı ve kiralayan olmak üzere iki taraf vardır³²⁰.

Öğretide yer alan yukarıda belirtilen tüm görüşlerde çok taraflı sözleşmelerden olduğu belirtilen adî ortaklık sözleşmesinde ve miras taksim sözleşmesinde, sözleşmenin tüm tarafları hem birbirinden bağımsız taraflardır hem de bunların borçları da birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle bu sözleşmelerin çok taraflı sözleşmeler olarak kabulü gerekmektedir.

Çok taraflı sözleşme olup olmaması açısından, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devri konuları üzerinde ise ayrıca durmakta yarar vardır.

Sözleşmenin devrini düzenleyen TBK. 205. Maddeye göre; “*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve*

³¹⁹ **Arif B. Kocaman**, Türk Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001, s. 4 – 5.

³²⁰ “*Bu açıklamalar ışığında eldeki davanın konusunu oluşturan tahliye istemi ele alındığında, bu talep bölünemez bir eda içermesi nedeniyle kira sözleşmesinin tüm tarafları açısından sonuç doğuracak nitelikte olduğundan, birden fazla kiralayanın bulunduğu hallerde tüm hak sahiplerinin katılımı olmaksızın diğerlerinin de haklarını etkileyecek şekilde bir kısım kiralayan tarafından tahliye talep edilemeyeceği açıktır.*

Zira, dava konusu, taşınır mal veya taşınmaz mal gibi bölünemez nitelikli ise, örneğin muristen kalan taşınmazın iki haklı ihtar sebebiyle tahliyesi davasında mirasçılar arasındaki ilişki zorunlu dava arkadaşlığıdır.

Bu itibarla, kiralayanların birden fazla olması durumunda aralarında zorunlu takip arkadaşlığı bulunduğundan, tüm kiralayanların birlikte takip yapmaları ve bu takibe karşı yapılan itirazın kaldırılması için birlikte dava açmaları gerekir”. Yarg. HGK, E.2014/92, K. 2015/789, T. 28.01.2015, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. / Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir". Maddenin açık lafzı, sözleşmenin devri için sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan taraf yani zorunlu olarak üç taraf arasında yapılacak olan sözleşmeyi³²¹ zorunlu kılmaktadır. Sözleşmenin devrinde, bir taraf (devreden) sözleşmeden ayrılır ve üçüncü bir kişi (devralan) ayrılan tarafa ait hukukî durumun tamamını kazanır³²². Yani onun bütün hak ve borçları devralan tarafa geçer.

Maddenin ikinci fıkrası devreden ve devralan arasında yer alan devir sözleşmesinin de izin veya icazet ile geçerli kabul edilebileceğini düzenlemiştir. Ancak, devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesine, sözleşmede kalan diğer tarafça izin verilmemesi halinde devir sözleşmesinin de geçerli olmayacağı açıktır. Bu haliyle devir sözleşmesi hukukî niteliği itibariyle çok taraflı (üç taraflı) bir yapısı olan, sui generis bir sözleşmedir³²³.

Sözleşmeye katılma ise sözleşmenin devrinden daha farklıdır. TBK. 206. Maddeye göre; *"Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. / Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar"*. Sözleşmeye katılmada, mevcut bir sözleşmenin taraflarından birinin hak ve borçlarına sözleşme dışında üçüncü bir kişinin katılması

³²¹ Devir işleminin kendine özgü üç taraflı bir sözleşme olduğuna dair Bkz. **Çayan**, s. 97.

³²² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1280; **Çayan**, s. 6 – 7.

³²³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1281; Sözleşmenin devri ile ilgili genel kabul edilen *Sözleşme teorisine* göre ise; sözleşmenin devri devralan, devreden ve kalan arasında yapılan üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir. Bu işleme katılan irade beyanlarının her biri eşit derecede önemlidir ve kurucu unsur niteliğini taşır. Bu nedenle, sözleşmenin devrine yönelik en son iradenin beyan edildiği anda sözleşme ve devir işlemi kurulmuş olur. **Çayan**, s. 13.

söz konusudur³²⁴. Sözleşmenin devrinin aksine, burada bir tarafında katılan kişi, diğer tarafta ise sözleşmenin asıl tarafları olmak üzere iki taraf söz konusudur. Bu nedenle sözleşmeye katılmanın iki taraflı olduğu kanaatini taşımaktayız.

Kanımızca; tek taraflı ve iki taraflı sözleşmeler yanında çok taraflı sözleşmelerden bahsedebilmek için ikiden fazla tarafın aynı sözleşme ile birbirinden bağımsız şekilde borç altına giriyor olması gerekmektedir. Burada önemli olan nokta birden çok tarafın her birinin hem kişisel olarak diğerlerinden bağımsız olması, hem de borcunun diğerlerinin borcundan ayrık yani bağımsız olmasıdır. Kefalet ve garanti gibi borçlar asıl alacağa bağlı olduğundan³²⁵; üçüncü kişinin filini üstlenme, müteselsil borçluluk, müşterek borçluluk ve iştirak halinde borçluluk ise diğerlerinin de borcuna bağlı olduğundan, bunlar açısından bu bağımsızlık şartının gerçekleştiğini söyleyebilmek mümkün değildir³²⁶. Ancak, ortaklık sözleşmeleri, miras taksim sözleşmeleri ve sözleşmenin devri gibi sözleşmelerde, hem taraflar birbirinden ayrı ve bağımsız, hem de tarafların üstlendiği borçlar birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Bu nedenle bu sözleşmelerin çok taraflı sözleşmeler olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Escrow sözleşmesinin bu şartları taşıyıp taşımadığı alt başlıkta inceleme konusu yapılacaktır.

Bu kapsamda; İsviçre Borçlar Kanunu'nda "iki taraf" değil "taraflar" ibaresinin yer alıyor olması, eski Borçlar Kanununda yer alan "iki taraf" ibaresinin TBK'da "taraflar" şeklinde değiştirilmiş olması, yukarıda anılan tüm yazarların çok

³²⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1281.

³²⁵ "Bilindiği üzere garanti sözleşmesi kefalet gibi fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki onunla bir kimse, başkasını belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri, kısmen veya tamamen üzerine alır." Yarg. 11. HD, E.1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979, (Kazancı MİP / 09.05.2018)

³²⁶ Her ne kadar Yargıtay; "Bağımsız olma, bir sözleşmenin varlığının veya içeriğinin başka bir sözleşmeye bağlı olmaması anlamına gelir. Bu sebeple üçüncü kişinin edimini taahhüt ilişkisinde taahhüt edenin yükümlülüğü başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına ve bunların yanı sıra dava ve takip edilebilir olmasına bağlı değildir" (Yarg. HGK, E. 2017/11-406, K.2017/1460, T. 29.11.2017, (Kazancı MİP / 10.05.2018)) demekte ve üçüncü kişinin filini taahhüt bağımsız bir borç doğurmakta ise de, asıl borcun ifa edilmesi yani taahhüt edilen yerine getirilmesi halinde üçüncü kişinin edimini taahhüt de sona erecektir.

tarafli sözleşmelerin varlığını kabul etmiş olması, kanunlarda yer alan açık düzenlemeler ve yukarıda açıklanan adi ortaklık, miras taksim ve sözleşmenin devri gibi sözleşmeler göz önüne alınarak; sözleşme ile borç altına giren taraf adedi açısından sözleşmeler tasnif edilirken tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yanında, çok tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de varlığını kabul etmek gerektiği kanaatini taşımaktayız.

2. Escrow Sözleşmesinin Çok Tarafli Bir Sözleşme Olması

Escrow sözleşmesinin kurucu unsurları başlığında³²⁷ incelendiği üzere, escrow sözleşmesinin zorunlu olarak üç tarafı bulunmaktadır. Bu üç taraftan *devreden taraf*; devralacak tarafça koşul yerine getirilmesi halinde devralacak tarafa, aksi halde kendisine teslim etmesi için sözleşme konusu edimi escrow tutana teslim etmeyi, *devralan taraf*, escrow tutana teslim edilecek olan edimin kendisine devri karşılığında sözleşme ile belirlenmiş olan koşulu yerine getirmeyi, *escrow tutan* ise; sözleşme konusu edimi teslim alarak saklamayı ve koşul yerine getirildiğinde bu edimi devralacak tarafa, koşul yerine getirilemezse devreden tarafa teslim etmeyi borçlanmaktadır.

Bu haliyle escrow sözleşmesinde, devredecek ve devralacak tarafın birbirinden ayrı olduğu aşikardır. Escrow tutan da escrow sözleşmesinin doğası gereği hem devralan hem de devreden taraftan bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır³²⁸. Escrow sözleşmesinin varlık sebebi bu bağımsız ve tarafsızlıktır. Escrow tutan bu bağımsız ve tarafsız niteliğini kaybettiği anda, sözleşme escrow sözleşmesi olmaktan çıkıp vekalet, saklama veya başka bir sözleşmeye dönüşebilir.

Escrow sözleşmesinde tarafların hak ve borçları da birbirinden tamamen bağımsızdır. Yukarıda izah edildiği üzere, escrow tutan saklama, denetim ve teslim gibi temel hukukî ilişki taraflarını hak ve borçlarından tamamen bağımsız bir kısım borç altına girmektedir.

³²⁷ Bkz. Yuk. "I. Bölüm, II."

³²⁸ **Bowman / Milligan**, s. 104.

GARRISON bu durumu şöyle açıklamaktadır³²⁹; “Tüm tarafların escrow sözleşmesinin bütününde bir menfaati olmadığı söylemek mümkün değildir; çünkü her birinin hakkaniyet çerçevesinde korunacak bir menfaati vardır ve her biri olay Mahkemeye taşındığında ayrı argümanlarla kendi haklarını savunacaktır.”

Escrow tutan, kendisine teslim edilmiş olan edimi iyi ve uygun bir yerde saklayacak, edimin teslimi için kendisine başvurmuş olan tarafın başvuru koşullarını sağlayıp sağlamadığını kontrol edip denetleyecektir³³⁰. Burada escrow tutan adeta taraflar arasında bir hakem gibi davranmak, eğer devir koşulu tam olarak yerine getirilmemişse kendisine teslim için başvurulmuş olsa bile bu teslim talebini reddetmek zorundadır. Aksi halde kendisinin şahsi sorumluluğu doğacaktır. ABD’deki uygulamalarda da en büyük sorun bu konuda yani devir koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve devir koşulları gerçekleşmeden escrow konusu edimin karşı tarafa devri konusunda ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmedeki devreden ve devralan tarafın birbirinden bağımsız hak ve talepleri söz konusu olduğundan, escrow tutan da saklama ve teslim edimlerini ikisine birlikte değil, devreden ve devralan tarafa adeta ayrı ayrı borçlanmaktadır denilebilir. Çünkü her iki taraf da sözleşmeden kaynaklanan bağımsız hak ve taleplere sahiptir.

Escrow tutanın bu borçlarına karşı, devreden ve devralan taraf escrow tutana karşı hem escrow tutandan edimi teslim alma borcu altında, hem de ücret kararlaştırılmış olması durumunda escrow tutanın ücretini ödeme, masraf ve zararlarını ödeme borcu altına girmektedirler³³¹. Ayrıca escrow tutanın tarafsız şekilde vereceği karara razı olma ve gerektiğinde edimin karşı tarafa teslimine daha en baştan razı olma borçları altına girmektedirler. Belirlenmiş olan sürede koşul yerine getirilemezse, escrow tutan devredecek tarafa sürenin dolduğunu ve edimin iade alınmasını ihtar edebilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde ise devralacak tarafa bu

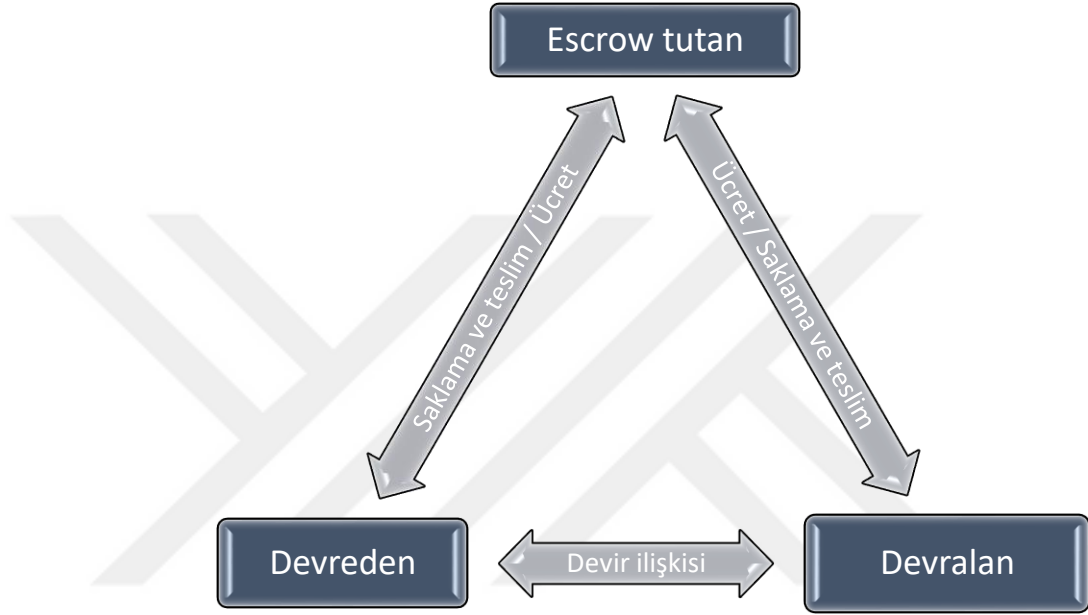
³²⁹ Garrison, agm. s. 52.

³³⁰ Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I, C”

³³¹ Bkz. Aşa. “III. Bölüm”

ihтары yapabilir. Nihayetinde escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan edimi ilelebet muhafaza etmek zorunda değildir.

Ücret söz konusu olan hallerde, söz konusu ücret escrow tutan için bir hak olduğu gibi, devreden ve devralan taraf için de ayrı ayrı birer borçtur.



Diğer taraftan, havale ve akreditiften farklı olarak³³² escrow sözleşmesinde tek taraflı bir yetkilendirme söz konusu değildir. Yukarıda “Escrow Sözleşmesinin Kurulması” kısmında açıklandığı üzere, bu ilişkinin kurulması için birbirinden farklı üç irade beyanının karşılıklı olarak bir araya gelmesi şarttır. Aksi halde escrow ilişkisinin kurulması söz konusu olamaz. Bu nedenle escrow sözleşmesi havale ve akreditif gibi çift yetkilendirme ilişkisi değil, bir sözleşmedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra açıkça görüldüğü üzere, escrow sözleşmesinin hem tarafları birbirinden ayrı ve bağımsız, hem de tarafların hakları ve yükledikleri borçları birbirinden tamamen ayrı ve bağımsızdır. Özellikle escrow sözleşmesinin

³³² Bkz. Aşa. “II, D ve E”

tipik edimi olan saklama ve iş görme edimlerini üstlenmiş olan escrow tutan, devreden ve devralan taraftan tam bağımsız ve bunlara karşı tarafsız olmak zorundadır. Bu nedenlerle, escrow sözleşmesinin zorunlu olarak çok taraflı (üç taraflı) bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerektiği kanısındayız.

D. Hukukî Sonuçları Bakımından

1. Genel Olarak

Bu ayırım tarafların sözleşme yapmakla arzu ettikleri sonuç açısından yapılmaktadır. Sözleşme yaparken taraflar sadece bir borcun doğumunu, sonlanmasını, alacağı ya da borcu devretmeyi arzu edebilecekleri gibi, sözleşmeyi bir aynî hakkın doğumunu veya naklini sağlamak için de yapabilirler. Borçlar Hukuku dışındaki diğer hukuk dallarında düzenlenmiş olan başka sözleşme türleri de söz konusudur. Örneğin; aile hukuku açısından evlilik bir sözleşmedir.

Tarafların sözleşme yaparken istedikleri hukukî sonucun sadece bir borcun doğumu olması durumunda *borçlandırıcı sözleşmeden* bahsedilir. Sadece bir borcun doğumunu değil, bir aynî hakkın doğumu veya nakli için yapılmış olan ve bu aynî hakkın doğumunu veya naklini sağlayan sözleşmelere *aynî sözleşmeler* denilir³³³. Bir sözleşmenin aynî sözleşme olabilmesi için sadece tarafların bu aynî hakkın doğumu ya da el değiştirmesini istemesi değil, aynı zamanda kanunun da bu aynî hakkın doğumuna izin vermesi gerekmektedir³³⁴.

2. Escrow Sözleşmesinin Borçlandırıcı Sözleşme Olması

Escrow sözleşmesi, sözleşmenin üç tarafı olan devreden, devralan ve escrow karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamasıyla oluşur. Bu irade

³³³ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 43; **Tuhr**, s. 188; Eren, aynî sözleşmeler için “tasarruf sözleşmeleri” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 204; **Antalya**, C. 1, s. 212 – 213.

³³⁴ Aynî sözleşme kavramı, sözleşmenin kurulmuş olması için sözleşmenin teslimi gereken “real sözleşme” kavramından farklıdır. Bu konunun ayrıntıları için Bkz. Aşa. “G. Sözleşmenin Kurulması için Bir Şeyin Teslimi Gerekip Gerekmemesi Bakımından”.

beyanlarına göre genellikle, devreden taraf sözleşme konusu edimi escrow tutana teslim edecek, devralacak taraf edimin bağlandığı koşulu yerine getirirse escrow tutan edimi ona teslim edecek, süresi içerisinde koşulun yerine getirilmemesi durumunda ise edimi devredecek olan tarafa iade edecektir.

Sözleşmeye göre escrow tutan kendisine teslim edilecek olan edimini saklayacak ve süresi içinde koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesine göre taraflardan birine teslim edecektir. Devredecek taraf, edimini escrow tutana teslim edecek ve koşulun gerçekleşmesi halinde bu edimin karşı tarafa devrine katlanacaktır. Devralacak taraf ise koşulu yerine getirerek escrow tutana teslim edilmiş olan edimi teslim alacak, koşulu yerine getirememesi durumunda ise edimin iadesine katlanacaktır.

Görüldüğü üzere, tarafların beyan ettikleri iradelerinin hiçbirinde sözleşme konusu mal varlığı üzerindeki aynî hakkın devri yönünde bir irade beyanı söz konusu değildir. Taraf iradelerinin tamamı bir borç ilişkisinin doğumu yönündedir. Bu nedenle, escrow sözleşmesi hukukî sonucu itibarıyla aynî sözleşme değil, bir borçlandırıcı sözleşmedir.

E. Sözleşme İlişkisinin Süresi Bakımından

1. Genel Olarak

Borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimlerden bazıları, zaman ile ölçülmeyi gerektirmeyecek kadar kısa bir süre içerisinde ifa edilmekte, bazılarının ifası kısa veya uzun bir süre almakta, bazıları ise belirli zaman aralıklarında dönemsel olarak ifa edilmektedir.

Sözleşmenin konusunu oluşturan borcun ifasında; alacaklının ifadan olan çıkarının bir anda gerçekleştiği durumlarda *anî edimli sözleşme*³³⁵, borcun az veya çok

³³⁵ “Hemen belirtelim ki, eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borçlar yükleyen anî edimli sözleşmelerdir.” Yarg. HGK, E. 2014/15-605, K. 2016/293, T. 9.3.2016, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

bir sürede aralıksız ve sürekli olarak ifa edilebildiği durumlarda *sürekli edimli sözleşme*³³⁶, borcun zaman içinde düzenli olan veya olmayan aralıklarla ifa edilmesi gereken hallerde ise *dönemsel edimli sözleşme* söz konusu olur³³⁷.

Elden bağışlama ve elden satış gibi bazı anî edimli sözleşmelerin kurulması ile borçların ifası aynı anda vuku buluyorsa ifa ile yapılan sözleşmenin söz konusu olacağı ileri sürülmüşse de³³⁸ genel ayırım olan anî edimli sözleşmelerden ayrılmayı gerektirecek bir fark bulunmadığı kanısındayız.

Anî edimli sözleşmelerin tipik örneklerini elden satış ve elden bağışlama sözleşmeleri oluşturur. Eser sözleşmesi de eserin yapılması belli bir zaman alıyor olsa bile alacaklının menfaati bir anda gerçekleştiği için anî edimli bir sözleşme olarak sayılmaktadır. Sürekli edimli sözleşmeler arasında ise hizmet, kira, vekalet ve yapmama borçları gibi borçları konu alan sözleşmeleri sayabilmek mümkündür. Dönemsel edimli sözleşmelerin tipik örneğini ise ard arda teslimli satışlar oluşturur³³⁹. Doktrinde ard arda teslimli satışa, sürekli edim içermemekle birlikte ifası zamana bağlı olduğu için sürekli sözleşme benzeri sözleşme ismi de verilmektedir³⁴⁰.

Borç ilişkisinin sürekli edimli ya da anî edimli olmasının sözleşmenin

³³⁶ “... kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran özelliği de dikkate alındığında, kiralayan, kira konusunu uygun kullanımlı biçimde teslim ettikten sonra, zaman içinde oluşacak bu uygun kullanımı engelleyen ve sınırlayan halleri ortadan kaldırmaya mecburdur.” Yarg. HGK, E. 2013/13-66, K. 2013/1417, T. 2.10.2013, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

“Sürekli borç ilişkileri yaratan iş akdinde ortaya çıkan bir durum sebebiyle bu ilişkiye devam taraflardan biri için çekilmez hâle gelmiş ise haklı sebeple derhal fesih hakkı ortaya çıkar.” Yarg. HGK, E. 2015/22-1591, K. 018/185, T. 7.2.2018, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³³⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 10 – 12; **Eren**, Borçlar Genel, s. 213; **Tuhr**, s. 49.

³³⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 48; Eren’e göre peşin satış ani edimli sözleşmedir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 213.

³³⁹ Ard arda teslimli satışların dönemsel edimli sözleşmelerden sayılması ile ilgili farklı görüşler için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 13. Özellikle Dn. 42-43.

³⁴⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 11.

uyarlanması³⁴¹ ve sona erdirilmesinde³⁴² uygulanacak hükümler açısından önemi vardır.

2. Escrow Sözleşmesinin Sürekli Edimli Sözleşme Olması

Escrow sözleşmesi ile escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşulun yerine getirilmesi için belirlenmiş olan sürenin sonuna kadar veya devralacak olan taraf koşulu gerçekleştirinceye kadar elinde tutmaktadır. Bu süre birkaç ay gibi uzun bir süre olabileceği gibi, birkaç saat ya da dakika gibi kısa bir süre de olabilir.

³⁴¹ “Ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık kuralı hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasında mevcut olan denge, ekonomik şartların olağanüstü değişimiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak boyutta bozulabilir, işte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelir ve artık sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif iyiniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratar hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır, işte edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişimler yönünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale getirmesi durumunda "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya clausula rebus sic stantibus kavramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması, hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Öğreti ve uygulamada akdi uyarılama benimsenmiştir. Nitekim BK. 365/2. maddesi beklenmeyen hal kuramından söz etmektedir.

Öğreti ve uygulamada ani edimli sözleşmeler dışında ilke olarak sürekli borç ilişkilerinde yukarıda yazılı kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir. ...” Yarg. HGK, E. 2001/15-402, K. 2001/459, T. 30.5.2001, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³⁴² “Borçlunun temerrüdü nedeniyle BK. 106' ya dayanılarak sözleşmenin feshi, ani edimli sözleşmelerde, ilişkinin geçmişi kapsar biçimde çözülmesi sonucunu doğurmasına karşın, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, eski hale getirmeyi amaçlayan dönme hakkının kullanılmayacağı, ancak ileriye etkili fesih (yada feshi ihbarın) söz konusu olabileceği, Türk Hukuk Öğreti ve Uygulamasında genellikle kabul edilmektedir.” Yarg. HGK, E. 1982/15-356, K. 1982/817, T. 6.10.1982, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

Fakat uzun veya kısa hangi uzunlukta olursa olsun escrow tutan kendisine teslim edilen edimi belli bir zaman aralığında elinde tutmaktadır.

Devreden (edimi escrow tutana teslim eden) tarafın escrow tutanın saklama ediminden olan menfaati, edimin saklanması süresince devam etmektedir³⁴³. Zira, koşul henüz gerçekleştirilmemiş olan bu aşamada edimin tarafsız ve bağımsız statüdeki escrow tutan tarafından saklanıyor olması, devreden tarafın temel hukukî ilişkideki karşı edimi elde etmeksizin kendi edimini ifa etmiş duruma gelmemesinin garantisini oluşturmaktadır. Zira escrow sözleşmesinin en temel amaçları devir koşullarının garanti edilmesi ve işlem taraflarının korunmasıdır. Devreden taraf ediminin devrini gerektirecek olan temel hukukî ilişkinin kurulmasını geciktirici bir koşula bağlayarak, ediminin tamamen kendi zararına olacak şekilde elinden çıkmasını garanti etmiş olmaktadır.

Benzer durum devralacak taraf açısından da söz konusudur. Devralacak taraf, temel hukukî ilişkide kendi edimini yerine getirmeden çok önce, karşı edimin escrow tutana teslimi ile birlikte karşı edimi teminat altına almış durumdadır. Devralacak tarafın bu menfaati de kendi edimini (koşulu) yerine getirinceye kadar geçen sürede devam etmektedir. Yani devreden tarafın edimi escrow tutanda kaldığı müddetçe devralacak olan tarafın menfaatleri korunmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere bu süre az ya da çok olabilir ancak mutlaka belli bir süre devam etmektedir.

Böylece, hem escrow tutanın ediminin belli bir zaman sürmesi, hem devreden ve devralan tarafların menfaatinin edimin escrow tutanda tutulması süresince devam ediyor olması nedeniyle escrow sözleşmesi de sürekli edimli sözleşmelerden sayılmalıdır.

³⁴³ “Borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi farklı hukuki durumlardır. Vekilin hesap verme, müvekkilin hesap sorma yükümlülük ve hakları süreklilik arz etmektedir. Vekâlet ilişkisi devam ettiği sürece ve hatta vekâlet ilişkisi sona erdikten sonra dahi hesap verme borcu devam eder. Hesap verme ve hesap sorma borcunun sürekli olması zamanaşımının işlemlerini engeller.”
Yarg. HGK, E. 2011/13-161, K. 2011/276, T. 4.5.2011, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

F. Karşılıklı (İvazlı) Olup Olmaması Bakımından

1. Genel Olarak

İnsanın yaptığı her hukukî işlemin bir amacı vardır. Hukukî işlemin tarafları, karşı tarafa açıklansın ya da açıklanmasın, hukukî işlemi yaparken mutlaka bir amaç güderler. İşlem taraflarının ulaşmak istedikleri bu amaca “sebebe” denilmektedir³⁴⁴.

Hukukî işlemin sebebi açısından Roma Hukukunda yapılan üçlü ayrımın³⁴⁵ bugün artık yetersiz olduğu ve hukukî işlemin ifa sebebi, alacak sebebi, bağışlama sebebi, teminat sebebi, yenileme sebebi veya karma sebeplerle yapılabileceği kabul edilmektedir³⁴⁶.

İvaz, hukuki ilişkinin karşı tarafından elde edilen veya edilmesi umulan karşı alacaktır. Bir ivaz karşılığı yani karşı alacak elde etmek için yapılan sözleşmelere ise ivazlı sözleşmeler denilmektedir³⁴⁷. Satış sözleşmesi, hizmet sözleşmesi³⁴⁸, kira sözleşmesi başta olmak üzere tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tamamı ivazlı sözleşmelerdir.

Bir ivaz karşılığı olmayan yani karşı alacak elde etmek gibi bir sebebi olmayan sözleşmeler ivazsız sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde genellikle borcun sebebi bağışlama sebebidir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle birlikte

³⁴⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s.183.

³⁴⁵ Roma hukukunda hukukta sebep üçe ayrılmaktadır; ifa sebebi (causa solvendi), alacak sebebi (causa credendi), bağışlama sebebi (causa donandi). Son döneme kadar bizde de hukukî işlemin sebebinin bu üç neden olduğu kabul edilmekteydi. Son dönemde yenileme sebebi, teminat sebebi ve karma sebeplerin de olduğu kabul edilmektedir. **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 99.

³⁴⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 183; Kanunda sayılmamış olmakla birlikte yenileme ve rehni amaçlayan temlik de kazandırıcı işlemin temelini oluşturabileceği konusunda Bkz. **Esener / Gündoğdu**, s. 200.

³⁴⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 240; **Ayan**, s. 156.

³⁴⁸ “Hizmet akdini şu şekilde tarif etmek mümkündür. "Hizmet akdi öyle bir akittir ki, işçi bir ivaz mukabilinde muayyen veya gayri muayyen bir zaman için iş gücünü işverenin emrine tahsis ve onun direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüt eder.” Yarg. HGK, E. 2010/3-727, K. 2011/75, T. 6.4.2011, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

özellikle bağışlama sözü verme ivazsız sözleşmelerin en tipik örnekleridir³⁴⁹. Buna karşılık karma satış veya karma bağışlamada olduğu gibi bazı sözleşmeler ise kısmen ivazlı kısmen ivazsız yani karma bir nitelik taşır³⁵⁰.

İvazlı sözleşmeler ile ivazsız sözleşmeler arasında sorumluluk açısından fark ise TBK 114. Maddede şu şekilde düzenlenmiştir; “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.*” Buna göre, borçluya bir yarar sağlamayan ivazsız sözleşmelerde borçlunun sorumluluğu daha hafif takdir edilmek zorundadır³⁵¹.

2. Escrow Sözleşmesinin Kural Olarak İvazsız Sözleşme Olması

Yukarıda³⁵² belirttiğimiz üzere escrow sözleşmesi; iş görme sözleşmelerinden olan genel saklama sözleşmesi ve vekalet sözleşmelerine ilişkin edimlerini bir arada bulundurmaktadır.

Escrow tutan, koşul yerine getirilinceye kadar edimi teslim etmiş olan kişi adına, koşul yerine getirildikten sonra ise koşulu yerine getiren taraf adına, kendisine teslim edilmiş olan edimi saklamaktadır ve aynı zamanda sözleşmenin diğer iki tarafına karşı koşulun yerine getirilmesi halinde kendisine teslim edilmiş olan edimi, teslim eden taraf adına ve hesabına karşı tarafa teslim etmeyi, yani edimin zilyetliğini

³⁴⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 240; **Ayan**, s. 160.

“... bağış iradesi diğer akit türlerinde farklı bir ortam içindedir. Borçlar Kanunu'nun 234. maddesinde tanımlandığı gibi Bağış-Bağışta bulunacak kişinin malını ivazsız olarak dilediği kimseye vermesidir.” Yarg. HGK, E. 1976/1-3265, K. 1977/320, T. 30.3.1977, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³⁵⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 241.

“Bağışlama iki taraflı bir akit olup bağışlayan ve bağışlananın icap ve kabul doğrultusundaki iradelerinin birleşmesi ile oluşur. Bağışlama bağışlanan yönünden ivazsız bir akitir. (BK. m. 234) Bağışlama koşulsuz olabileceği gibi koşullu veya birtakım yükümlülüklerle sınırlı da olabilir.” Yarg. HGK, E. 2002/1-877, K. 2002/1029, T. 27.11.2002, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³⁵¹ Aynı yönde Bkz. **Ayan**, s. 156.

³⁵² Bkz. Yuk. “II. Bölüm, A, 1.”

geçirmeyi de borçlanmaktadır. Böylece escrow tutan, sözleşmenin diğer iki tarafının bir işini de görmeyi borçlanmaktadır.

Böylece Türk Hukuku açısından escrow sözleşmesi, bir tarafta genel saklama sözleşmesine ait olan “saklama” edimi ile vekalet sözleşmesine ait olan “bir işini görme” edimlerinin borçlanıldığı yani saklama ve iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir. Kanunlarımızda escrow sözleşmesi henüz düzenlenmemiş olduğundan, karma sözleşme niteliğindeki escrow sözleşmesine, saklama ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmalıdır³⁵³.

TBK. m. 502’ye göre; “*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*” Vekalet sözleşmesi ile vekil, vekalet verenin bir işini bizzat görmeyi, vekâlet veren ise ücret söz konusu ise bu ücreti ve giderleri ödemeyi üstlenir³⁵⁴.

Vekalet sözleşmesi kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen değil eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Çünkü vekalet sözleşmesinde vekil, iş görme borcunu kural olarak ücretsiz olarak yerine getirir. Yani, vekilin iş görme borcuna karşılık olarak bir karşı edim söz konusu değildir. Ancak, kanun, sözleşme veya teamüllerle belirlenmişse (TBK. m. 502/3) vekalet verenin ücret ödemesi söz konusu olur. Bu durumda ise sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelir³⁵⁵.

³⁵³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 15.

Bkz. Yuk. “II. Bölüm, I.”

³⁵⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 706.

“... Borçlu icra takibine konu belge olan 19.10.2015 tarihli vekalet sözleşmesine ve altındaki imzaya itiraz etmemiştir. Bu hali ile dayanak belge, İİK 68/1 maddesi anlamında belge niteliğine kavuştuğu için ayrıca borçlu tarafından ödemeye dair herhangi bir belge de ibraz edilmediğinden mahkemece, itirazın kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken reddi yönünden hüküm tesisi isabetsizdir.” Yarg. 12. HD. E. 2016/27815, K. 2018/893, T. 7.2.2018, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³⁵⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 706.

“Somut olayda takip konusu belge borçlu ... ile alacaklı olan avukat ... arasında düzenlenen vekalet

İvazlı vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Burada vekilin aslı edim borcu yine iş görme, vekalet verenin aslı edim borcu ise ücret ödemedir.

Escrow sözleşmesi vekaletin dışında saklama sözleşmesine dair edimleri de içermektedir. Genel saklama sözleşmesini düzenleyen TBK. 561. Maddeye göre; *“Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir. / Açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir.”*

Kanundan açıkça anlaşıldığı üzere genel saklama sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen, kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Ancak taraflarca açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde saklayan ücret isteyebilir³⁵⁶. Bu durumda ise saklama sözleşmesi ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme halini alır.

sözleşmesi olup, sözleşmede "1500 TL peşin, 2500 TL ilk duruşmada 5000 TL, ikinci duruşmada 5000 TL, üçüncü duruşmada ödenecektir. Avukat tarafından başkaca ücret talep edilmeyecektir" şeklinde yazı bulunduğu, vekalet sözleşmesi başlıklı adi belgenin altının taraflarca imzalandığı, alacaklının 15000 TL asıl alacak üzerinden takibe geçtiği borçlunun icraya itirazında alacaklıya 5000 TL ödediğini başka bir borcunun bulunmadığını beyan ederek borca itiraz ettiği görülmektedir. Anılan belge İİK'nun 68/1 anlamında, kayıtsız şartsız borç ikrarı içermemektedir. Vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup şartlarının yerine getirilip getirilmediği, alacağın varlığı ve miktarı yargılamayı gerektirmektedir.” Yarg. 12. HD. E. 2016/27815, K. 2018/893, T. 7.2.2018, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³⁵⁶ *“Mahkemece, konşimentoda davalı şirketin alıcı olarak gözüktüğü, dolayısıyla davalı şirketin malın sahibi olduğu, Gümrük Kanunu'nun 101'. maddesine göre bekleme süresine dair bir sınır bulunmadığı, tasfiye konusunda ise antrepo işleticisinin bir görev veya sorumluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla eşyanın depodan çıkış tarihine kadar işleyecek saklama ücretinden davalı şirketin sorumlu olduğu, davalının dilediği zaman beyannamesini iptal ederek malları gümrüğe terk etmek hakkı bulunmasına rağmen bu hakkını kullanmadığı, bu sebeple antrepo işlerinin zararın artmasına neden olduğu şeklindeki savunmaya itibar edilmeyeceği, taraflar arasında ayrıca yapılmış bir ardiye sözleşmesi bulunmadığından saklama ücretinin antrepo tarifesine göre belirlenmesi gerektiği gerekçeleriyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hükmü davalı vekili ile fer' i müdahiller vekili temyiz etmiştir.”* Yarg. 19. HD. E. 2014/616, K. 2014/11367, T. 17.6.2014, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

ABD’de escrow tutan olarak lisans almış, escrow işini sürekli ve ticari olarak yapanlar ve avukatlar dışında escrow tutanın ücret talep hakkı olup olmadığına dair bir düzenleme yoktur. Bu konu genellikle uygulamada serbest bırakılmış durumdadır. Yani taraflar escrow sözleşmesinin ücretli olmasını kararlaştırabilecekleri gibi, ücretsiz olarak da escrow sözleşmesi yapılabilir. Escrow tutan olarak lisans almış, escrow işini sürekli ve ticari olarak yapanlar ve avukatlar tarafından yapılan escrow tutma işi ise ücretlidir.

Buna göre; karma sözleşme niteliğindeki escrow sözleşmesi, vekalet ve saklama sözleşmesine ait hükümlerin (TBK. m. 502 vd – 561 vd.) kıyasen uygulanması ile kural olarak ivazsız bir sözleşmedir³⁵⁷. Ancak, kanun, sözleşme veya teamüllerle belirlenmişse (TBK. m. 502/3) veya durum ve koşullar gerektiriyorsa (TBK. m. 561/2) escrow sözleşmesinde de ücret söz konusu olur.

G. Sözleşmenin Kurulması İçin Bir Şeyin Teslimi Gerekip Gerekmemesi Bakımından

1. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının yeterli olduğu (TBK. m.1) sözleşmelere *rızaî sözleşmeler*; sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanlarının yanında tamamlayıcı unsur olarak eşyanın teslimi de gereken sözleşmelere ise *real sözleşmeler*

³⁵⁷ “Türk dil kurumu sözlüğünde: "Saklanması, korunması için birine veya bir yere bırakılan eşya" olarak tanımlanan *vedia* (*emanet*), 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 463. maddesinde "İda, bir akittir ki onunla müstevdi, mudi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde hıfzetmeği deruhte eder. Ücret şart edilmedikçe veya hal, müstevdiin ücrete intizarını icab etmedikçe müstevdi ücret isteyemez." (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 561. maddesinde saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir. Açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir.) şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere *vedia* sözleşmesi için ücret kurucu unsur değildir.” Yarg. 4. HD. E. 2014/12307, K. 2014/13073, T. 15.10.2014, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

(*aynî sözleşmeler*) denir³⁵⁸. Real sözleşmelerde tamamlayıcı unsur olan eşyanın teslimi yapılmazsa, sözleşme de kurulamaz.

Bugün Türk hukukunda kural olan rızaî sözleşmelerdir³⁵⁹. Bu ilkeyi kabul eden TBK. 1. Maddesi; “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*” ifadesiyle, sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanlarının uyuşmasını yeterli saymış, ayrıca sözleşme konusu eşyanın teslimine gerek duyulmadığını açıklamıştır.

Real sözleşmeler niteliği itibariyle tasarruf işlemi değil borçlandırıcı sözleşmelerdir. Eşyanın teslim edilmesi, eşya üzerinde aynî değil, nisbî sonuçlar doğurur³⁶⁰. Real sözleşmelerin tipik örneğini teşkil eden eşya taşıma sözleşmesi, yeni TTK ile real sözleşme olmaktan çıkarılmıştır³⁶¹. Roma hukukunda tüketim ödücü (karz) sözleşmesi de aynî sözleşmelerden olup, sözleşmenin kurulması için sözleşme konusu mislî şeylerin teslimi gerekmektedir. Ancak bugünkü hukukumuzda tüketim ödücü sözleşmesi de real sözleşme olmaktan çıkmış ve rızaî sözleşme olarak

³⁵⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 238; **Ayan**, s. 157.

“Öncelikle belirtilmelidir ki, kira sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen rızaî sözleşmelerden olup kişisel hak doğurur. Sözleşmeden doğan bu haklar sözleşmenin taraflarına aittir. Kural olarak, kiralayan olabilmek için kiralananın maliki olmak gerekmemektedir. Başka bir ifade ile kiralananın maliki olmayan kişiler de kiralayan sıfatı ile kira sözleşmesi düzenleyebilirler.” Yarg. HGK, E. 2013/6-2199, K. 2015/1323, T. 13.5.2015, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

³⁵⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 238.

³⁶⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 238; **Ayan**, s. 158.

³⁶¹ Eski TTK'nın 768/1. Maddesi; “*Gönderen, taşıyıcıya, talebi halinde iki nüsha olarak bir taşıma senedi vermeye mecburdur. Fakat taşıma senedi tanzim edilmemiş olsa bile muvafakatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında tamam olur.*” Hükmünü taşımakta olup, bu haliyle sözleşmenin kurulması için eşyanın teslimini gerekli kılmaktaydı. Bu haliyle eski TTK zamanında taşıma sözleşmesi real sözleşme sayılmaktaydı. Yeni TTK ise 856/2. Madde ile konuyu düzenlemiş ve; “*Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir*” ifadesiyle, eşyanın teslimini sözleşmenin kurulması için şart olmaktan çıkarıp sadece taşıma sözleşmesinin varlığı için bir karine saymıştır. Böylece, yeni TTK ile taşıma sözleşmesi de rızaî sözleşme halini almış ve Türk hukukunda real sözleşme kalmamıştır.

düzenlenmiştir³⁶². Aynı şekilde kullanım öduncü sözleşmesi ve saklama sözleşmesi de³⁶³ Roma hukukunda real sözleşmelerden olmasına rağmen bugün itibariyle rızâ sözleşmelerden sayılmaktadır³⁶⁴.

2. Escrow Sözleşmesinin Rızâ Sözleşme Olması

Escrow sözleşmesinin tanımı ve kurucu unsurları başlıklarında detaylı olarak açıklandığı üzere³⁶⁵ escrow sözleşmesinde devreden taraf, escrow tutana teslim ettiği mal varlığının, belirlenmiş olan bir koşulun yerine getirilmesi karşılığında devralan tarafa geçirilmesini kabul ederken, devralan taraf escrow tutana bırakılmış olan mal karşılığında kendi edimi olan koşulu yerine getirmeyi, ancak koşulu yerine getirmesi durumunda escrow tutandaki mal varlığının kendisine ait olacağını kabul eder. Escrow tutan ise, sözleşme ile belirlenmiş olan koşulun gerçekleşmesi hainde kendisine teslim edilecek olan mal varlığının mülkiyetini devralacak tarafa geçirmeyi, koşulun gerçekleşmemesi durumunda ise devredecek tarafa iade etmeyi kabul eder.

Görüldüğü üzere escrow sözleşmesi; devreden, devralan ve escrow tutan olmak üzere üç tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla meydana gelen bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurucu unsurunu oluşturan birbirine uygun bu üç irade beyanının karşı taraflara varması ile sözleşme kurulur. Yani escrow sözleşmesinin kurulması için, sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığının escrow tutana teslim edilmiş olması şart değildir.

Bu haliyle escrow sözleşmesinin real bir sözleşme olmayıp, rızâ bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir.

³⁶² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 734; **Eren**, Borçlar Genel, s. 238.

³⁶³ **Mustafa Tiftik**, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Yetkin yayınevi, Ankara 2007, s. 21.

³⁶⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 722.

³⁶⁵ Bkz. Yuk. "I. Bölüm, I, B."

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Escrow sözleşmesi saklama ve iş görme edimlerinin bir arada bulunduğu bir sözleşmedir³⁶⁶. Bu nedenle escrow sözleşmesi ile en büyük benzerlik saklama borcu doğuran sözleşmeler ve iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasındadır.

Biz de çalışmamızda, anılan bu temel benzerlikten yola çıkarak, escrow sözleşmesini karıştırılma ihtimali olan benzer edimleri içeren sözleşmeler ile karşılaştıracğız.

A. Genel Hizmet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Genel hizmet sözleşmesi (kısaca sadece 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. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir. (TBK. m. 393)³⁶⁷.

Hizmet sözleşmesinin en belirgin unsurları; işçinin işverene ait bir işi görmesi, işçinin bu işi görürken işverenin emrinde ve ona bağılı olarak işi görmesi³⁶⁸,

³⁶⁶ Bkz. Yuk. "II. Bölüm, B."

³⁶⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 214; **Eren**, Borçlar Özel, s. 534; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 425.

³⁶⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 885; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 431;

"4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesine göre "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye" işçi denilmektedir. ... iş sözleşmesinin unsurları, iş görme (emek), ücret, zaman ve bağımlılık olarak sıralanabilir. Bunlardan ücret, emek ve zaman unsurları diğer iş görme sözleşmeleri olan istisna ve/veya vekalet ilişkilerinde de az ya da çok bulunduğundan ayırte d i c i nitelikte değildir. Buna karşılık bağımlılık, çalışanın iş hukuku anlamında işçi sayılıp sayılmadığının belirlenmesi açısından temel ilke halini almıştır. Bağımlılık, işçinin belirli veya belirsiz bir süre içerisinde işverenin yönetimi altında onun talimatlarına göre işi görmesi ve yine onun denetimine bağılı olarak çalışmasını ifade eder.

Bağımlılık "ekonomik" ve "kişisel" bağımlılık olarak ikiye ayrılmaktadır. Günümüzde artık ekonomik bağımlılığın işçi açısından önemini yitirmesi nedeniyle buradaki bağımlılığın ekonomik

işçinin çalışmasının belirli bir sonucu borçlanmaksızın belirli veya belirsiz bir süre devam etmesi³⁶⁹, işçinin çalışması karşılığı olarak kendisine işveren tarafından ücret ödenmesi ve nihayet bu konularda tarafların anlaşmış olmasıdır³⁷⁰.

Hizmet sözleşmesinde bulunan iş görme unsuru escrow sözleşmesinde de bulunmakta ise de, hizmet sözleşmesinde işverenin emir ve talimatları altında³⁷¹, işverene bağlı olarak yürütülen iş³⁷², escrow sözleşmesinde tamamen diğer taraflardan bağımsız bir şekilde yürütülür. Sözleşmenin diğer taraflarının escrow tutana emir ve talimat verebilmesi mümkün değildir. Ona karşı sadece sözleşmeden doğan yasal taleplerini ileri sürebilirler.

Hizmet sözleşmesindeki işçinin sadakat borcu³⁷³, escrow sözleşmesinde devreden ve devralan taraf arasında “tarafsızlık” borcuna dönüşür.

Zaman unsuru açısından da escrow sözleşmesi hizmet sözleşmesine benzemektedir. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi³⁷⁴ escrow sözleşmesinde herhangi bir sonuç borçlanılmaksızın, iş görme edimi belirli ya da belirsiz bir süre devam eder.

bağımlılık değil işçinin işverene kişisel bağımlılığı olduğu kabul edilmelidir.

Kişisel bağımlılık iki yönlü olup birincisi, işverenin yönetim hakkıdır. ... Bağımlılık unsurunun ikinci yönü ise işçi ile ilgili olup işçinin, işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü biçiminde somutlaşır...” Yarg. BGK. E. 2016/3, K.2017/4, T. 09.06.2017. (Sinerji MİP. / 10.04.2018)

³⁶⁹ İş sözleşmesinin görülen işin niteliğine göre sürekli ya da süreksiz olarak ayrılması konusunda Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 889 – 890; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 427.

³⁷⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 534.-537; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 873 – 882; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 427 – 431.

³⁷¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 895; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 437.

³⁷² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 885; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 431.

³⁷³ “İş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli borç ilişkisi doğurur. Söz konusu güvenin sarsıldığı durumlarda, olumsuz tutum ve davranışla karşılaşan tarafın bu ilişkiyi sürdürmesi beklenemez. İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken korunması mümkün haklı menfaatlerini koruması, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınması sadakat borcunun temelini oluşturmaktadır.” Yarg. HGK. E. 2017 / 9-1722, K. 2017 / 586, T. 29.03.2017. (Sinerji MİP. / 10.04.2018)

³⁷⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 889 – 890; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 427.

Hizmet sözleşmesi hukukî niteliği itibariyle; tam iki tarafa borç yükleyen, borçlandırıcı, ivazlı, sürekli borç ilişkisi doğuran ve işinin kişiliğine bağlı bir sözleşmedir³⁷⁵. Escrow sözleşmesi ise; borçlandırıcı, ivazsız, sürekli borç ilişkisi doğuran ve vekâlette olduğu gibi escrow tutanın kişiliğine bağlı bir sözleşmedir. Ancak, hizmet sözleşmesinden farklı olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmayıp, çok taraflı bir sözleşmedir. Yukarıda açıklandığı üzere escrow sözleşmesi sadece iki tarafa değil, birbirinden ayrı ve bağımsız üç ayrı tarafa hak ve borçlar yükler.

Ayrıca, hizmet sözleşmesinde her zaman para veya paraya ek olarak yan menfaatler şeklinde bir ivaz bulunmasına karşılık³⁷⁶, escrow sözleşmesi hizmet sözleşmesinden farklı olarak, kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Ancak kanun, sözleşme veya teamüllerle belirlenmişse veya durum ve koşullar gerektiriyorsa escrow sözleşmesinde de ücret söz konusu olur. Bu durumda ise ivazlı bir sözleşme haline gelir.

Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi³⁷⁷, escrow sözleşmesinde de escrow tutanın kişiliği çok önemli bir rol oynamaktadır. Öyle ki escrow tutanın bağımsız ve tarafsız kişiliği escrow sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurudur. Bu nedenle escrow tutanın ölmesi durumunda da escrow sözleşmesi sona erer³⁷⁸.

Genel hizmet sözleşmesinde ücret alacakları TBK. m. 147/b.1 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Escrow tutanın ücret alacağı ise TBK. m. 147'de sayılan alacaklardan olmadığı, bu konuda başka bir yasal düzenleme de olmadığı için TBK. m. 146'da yer alan on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir³⁷⁹.

³⁷⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 539-540; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 882 – 883; s. 894;

³⁷⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 874 – 875; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 427 – 429.

³⁷⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 894; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 448.

³⁷⁸ Escrow sözleşmesinin escrow tutanın ölümü ile sona ermesinin hüküm ve sonuçları için Bkz. Aşa. “V. Bölüm, II, F”

³⁷⁹ Escrow tutanın ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi için için Bkz. Aşa. “V. Bölüm, II, G”

B. Vekalet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır (TBK. m. 502)³⁸⁰.

TANDOĞAN, kanunda yapılan tanımın vekalet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etmeye yetecek derecede olmadığını belirterek vekalet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır; “*Vekalet öyle bir akittir ki; vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu sonucun elde edilmeme rizikosu ona ait olmamak üzere borçlanır*”³⁸¹.

YAVUZ / ACAR / ÖZEN tarafından yapılan tanıma göre; “*Vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen bir işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanunda düzenlenen başka sözleşmenin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı sözleşmedir*”³⁸².

Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK’da düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır (TBK. m. 502/2)³⁸³. Yani vekalet sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri için çatı sözleşme olup, kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de vekaletle ilişkin hükümler

³⁸⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 705; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1153; Zevkliler / Gökyayla, s. 599; Aral / Ayrancı, s. 434; Türker Yalçınduran, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 33.

³⁸¹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 356; Aynı tanımı benimseyen Veysel Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 70.

³⁸² Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1154.

³⁸³ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1159 – 1161; Zevkliler / Gökyayla, s. 603; Tandoğan, C. II, s. 384.

uygulanır³⁸⁴. Buna vekalet sözleşmesinin talilik unsuru da denilmektedir³⁸⁵. Escrow sözleşmesinin de aslî edimlerinden biri iş görme olduğundan, vekaletle ilişkin hükümler yasal düzenleme yapılmadığı ve bünyesine uygun düştüğü ölçüde escrow sözleşmesi için de uygulanmalıdır.

Vekalet sözleşmesi; borç doğuran, eksik iki tarafa borç yükleyen, iş görme borcu doğuran, şekle bağlı olmayan, kural olarak ivazsız olan ancak ivazlı da olabilen, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir³⁸⁶. Escrow sözleşmesi de vekalet gibi borç doğuran, şekle bağlı olmayan, kural olarak ivazsız ancak ivazlı da olabilen ve sürekli borç doğuran bir sözleşmedir³⁸⁷. Ancak vekaletten farklı olarak iki taraflı borç yükleyen değil, çok taraflı borç yükleyen bir sözleşmedir. Vekil, sadece vekalet verene karşı sorumlu iken, escrow tutan sözleşmenin diğer iki tarafına karşı da sorumludur.

Vekalet sözleşmesinin unsurları; vekilin vekalet verene karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görmenin kanunla düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmesi çeşidinin konusunu oluşturmaması, iş görmenin vekalet verenin menfaatine uygun olarak yapılması, iş görmede zaman kaydına bağlı olunmaması ve tarafların anlaşmış olmasıdır³⁸⁸. Escrow sözleşmesinin unsurları ise birbirinden bağımsız üç tarafın olması, escrow sözleşmesinin dayanağı olan bir temel hukukî işlem olması, edimlerden en az birinin escrow tutana teslim edilmesi ve temel hukukî ilişkinin kurulmasının yahut escrow tutana teslim edilmiş olan edimin devrinin bir geciktirici koşula bağlanmış olmasıdır³⁸⁹.

³⁸⁴ İş görme sözleşmelerinin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı yönünde Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1161; **Aral / Ayrancı**, s. 439; **Yalçınduran**, s. 37.

³⁸⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 714.

³⁸⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1169 – 1176; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 638-641; **Eren**, Borçlar Özel, s. 706-708; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 599 – 602; **Aral / Ayrancı**, s. 435; **Başpınar**, s. 78; **Yalçınduran**, s. 53 – 55.

³⁸⁷ Bkz. Yuk. “II. Bölüm, I, C.”

³⁸⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1155 – 1168; **Tandoğan**, C. II, s. 356 – 364; **Eren**, Borçlar Özel, s. 706-714; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 605 – 611; **Aral / Ayrancı**, s. 435 – 438; **Yalçınduran**, s. 35 – 44.

³⁸⁹ Bkz. Yuk. “II. Bölüm, II.”

Vekalet sözleşmesinde iş görme, zaman kaydına bağlı değildir. Ancak, vekalet sözleşmesi az ya da çok ancak yine de en azından belli bir işin görülmesine yetecek kadar belli bir süre devam edecektir. Bu haliyle sürekli borç ilişkisi doğurur³⁹⁰. Escrow sözleşmesi de az ya da çok ancak yine de en azından koşulun gerçekleştirilmesine yetecek kadar belli bir süre devam edecektir. Bu haliyle vekalet gibi sürekli borç ilişkisi doğurur.

Roma hukukundan gelen klasik anlayışa uygun olarak³⁹¹, vekalet sözleşmesi kural olarak ücretsiz bir sözleşmedir. Ancak kanun hükmü, sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır (TBK. m. 502/3)³⁹². Vekalet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz olması onu hizmet ve eser sözleşmesinden ayırmaktadır. Ancak, bir vekalet sözleşmesinin sırf ücretli şekilde yürütülüyor olması onu hizmet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi durumuna sokmaz³⁹³. Escrow sözleşmesi de vekalet sözleşmesi gibi kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Ancak kanun, sözleşme veya teamüllerle belirlenmişse veya durum ve koşullar gerektiriyorsa escrow sözleşmesinde de ücret söz konusu olur. Bu durumda ise ivazlı bir sözleşme haline gelir.

Vekalet sözleşmesinde vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür (TBK. m. 506/2)³⁹⁴. Oysa escrow tutan, kendisine sözleşme konusu eşyayı teslim edenin değil,

³⁹⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 715; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 602; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1163.

³⁹¹ Roma hukukunda, vekilin bu görevi onurlu bir hizmet sayılıyor ve ücretsiz olarak yerine getiriliyordu. Vekil eden onur parası adı altında bir ödeme yapabiliyordu ancak vekilin bu parayı dava edebilme hakkı yoktu.

Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1165; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 607; **Aral / Ayrancı**, s. 438; **Tandoğan**, C. II, s. 365; **Başpınar**, s. 104; **Yalçınduran**, s. 109.

³⁹² **Eren**, Borçlar Özel, s. 717; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1165 – 1168; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 607 – 608; **Aral / Ayrancı**, s. 438 – 439; **Tandoğan**, C. II, s. 364.

³⁹³ Alman Medenî Kanununa göre vekaletin ücretsiz bir sözleşme olduğu, eğer bir iş ücret karşılığı yapılıyorsa hizmet veya eser sözleşmesi olacağı yönündeki açıklama için Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 717; **Başpınar**, s. 82.

³⁹⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1204; **Eren**, Borçlar Özel, s. 733; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 616 – 619; **Aral / Ayrancı**, s. 447 – 449; **Yalçınduran**, s. 78 – 79;

diğer tarafın da menfaatini gözetmek, bu ikisinin çatışan menfaatleri arasında bağımsız ve tarafsız bir şekilde hareket etmek zorundadır. Bu anlamda vekil sadakat borcuna aykırılıktan sorumlu tutulabileceken, escrow tutan tarafsızlığa aykırılıktan sorumlu tutulabilir.

Vekil, vekalet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür (TBK. m. 505)³⁹⁵. Ancak escrow sözleşmesinde tarafların escrow tutana talimat verme hakkı yoktur. Escrow tutan, sözleşmenin diğer iki tarafından da bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Kimseden talimat almaksızın, başlangıçta yapılmış olan sözleşme şartlarını uygular.

Escrow sözleşmesinde taraflar anlaşarak her zaman escrow sözleşmesini sona erdirebilirler. Tek taraflı olarak sona erdirmeye de mümkündür ancak escrow sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi vekaletle nazaran bazı özellikler taşımaktadır³⁹⁶.

Vekil, vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür (TBK. m. 508)³⁹⁷. Escrow tutanın hesap verme borcu, sözleşmenin sadece bir tarafına karşı değil,

“Bilindiği üzere; Borçlar Kanununun temsil ve vekâlet aktini düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve 506. maddesinde maddesinde aynen; "Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.” Yarg. HGK. E. 2017/ 1-1202, K. 2017 / 1049, T. 31.05.2017. (Sinerji MİP. / 10.04.2018)

³⁹⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1200; **Tandoğan**, C. II, s. 436; **Eren**, Borçlar Özel, s. 728; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 620 – 621; **Aral / Ayrancı**, s. 453 – 454; **Yalçınduran**, s. 81 – 82.

³⁹⁶ Escrow sözleşmesinin escrow tutanın ölümü ile sona ermesinin hüküm ve sonuçları için Bkz. Aşa. “V. Bölüm, I, C”

³⁹⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1207 – 1212; **Tandoğan**, C. II, s. 488; **Eren**, Borçlar Özel, s. 735; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 626 – 628; **Aral / Ayrancı**, s. 455; **Yalçınduran**, s. 82 – 85;

diğer iki tarafına karşı da söz konusudur. Aldıklarını geri verme borcunun kapsamı ise vekaletten tamamen ayrıdır. Zira escrow sözleşmesinin en tipik ve ayırıcı özelliklerinden biri, alınmış olan şeyin kime verileceği konusudur. Yukarıda birçok başlıkta da açıklandığı üzere, eğer koşul yerine getirilirse escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan nesneyi diğer tarafa teslim edecek, koşul yerine getirilemezse kendisine teslim eden tarafa iade edecektir. Oysa vekil, üçüncü kişiden ve bizzat vekalet verenden aldıklarını her zaman vekalet verene iade etmek zorundadır.

Vekalet verenin vekile karşı olan borçları ile escrow sözleşmesinde temel hukukî ilişki taraflarının yani escrow sözleşmesinin diğer taraflarının escrow tutana karşı olan borçları da birbirine benzemektedir. Ancak, vekalet sözleşmesinde bu borçlardan sadece vekalet veren sorumlu iken³⁹⁸, escrow sözleşmesinde taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece bu borçlardan diğer iki taraf da sorumludur³⁹⁹.

C. Vekaletsiz İş Görme İle Karşılaştırılması

TBK’da vekaletsiz iş görme tanımlanmış olmamakla beraber vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeler de göz önüne alınarak vekaletsiz iş görme; bir kimsenin yetkisi olmaksızın başkasına ait bir işin görülmesi iradesiyle onun hukuk alanına karışmasıdır, şeklinde tanımlanabilir⁴⁰⁰.

“Dava, vekalet sözleşmesinden doğan alacak istemidir. Borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi farklı hukuki durumlardır. Vekilin hesap verme, müvekkilin hesap sorma yükümlülük ve hakları süreklilik arz etmektedir. Vekâlet ilişkisi devam ettiği sürece ve hatta vekâlet ilişkisi sona erdikten sonra dahi hesap verme borcu devam eder. Hesap verme ve hesap sorma borcunun sürekli olması zamanaşımının işlemlerini engeller.” Yarg. HGK. E. 2011/13161, K. 2011/276, T. 04.05.2011, (Kaynak: Kazancı İçtihat Programı / 20.04.2018)

³⁹⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1215 – 1216; **Eren**, Borçlar Özel, s. 740; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 628; **Aral / Ayrancı**, s. 459 – 460.

³⁹⁹ Acenteye ödenecek ücretin niteliği ve ücretten sorumluluk konusunda Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I, C”

⁴⁰⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1360; **Antalya**, C. 1, s. 204; **Utku Saruhan**, Gerçek Vekaletsiz İş Görme, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 36.

Diğer bir deyişle; yetkisi ve yükümlülüğü olmayan bir kimsenin, bir başkasına ait işi görmesinden doğan hukuki ilişkiye vekaletsiz iş görme denilebilir⁴⁰¹.

Vekaletsiz iş görme bir sözleşme değildir. Ancak vekaletsiz iş görme iş sahibi ile vekaletsiz iş gören arasında bir borç ilişkisi doğurur. Bu anlamda vekaletsiz iş görme de bir borç kaynağıdır⁴⁰². Escrow sözleşmesi ise bir sözleşme olarak daha en baştan vekaletsiz iş görmeden farklı bir hukukî borç kaynağıdır. Bu anlamda her iki kurum, farklı hukukî kurumlar olup, farklı farklı borç sebepleridir.

Vekaletsiz iş görme; iş sahibi ve vekaletsiz iş gören arasında iki taraflı bir borç ilişkisidir. Oysa escrow sözleşmesi devreden, devralan ve escrow tutan arasında üç taraflı bir borç ilişkisi doğurmaktadır.

⁴⁰¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 897; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 641;

Vekaletsiz iş görmenin tarihsel gelişimi ve hukuk sistemlerindeki yeri için Bkz. **Saruhan**, s. 17 – 33.

⁴⁰² “*Bilindiği üzere hukuki işlemde doğan borç ilişkilerinin başlıca kaynağı sözleşme iken tıpkı sebepsiz zenginleşme, haksız fiil kurumları gibi vekaletsiz iş görme de, kanundan doğan bir borç kaynağı olarak kabul edilmektedir. ... 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 410 ve devamı maddelerinde tanımını bulan vekâletsiz iş görme, niteliği gereği, iş sahibinin bilgisi dışında gerçekleşen bir olgudur. Aynı Kanununun 415. (TBK 531. m) maddesi hükmü gereğince, iş sahibi, vekâletsiz iş görenin bu işine icazet verdiği takdirde, iş gören ile kendisi arasında vekâlet hükümleri geçerli olur. Böyle bir durumda, başlangıçta vekâletsiz iş görme niteliği taşıyan olgunun, verilen icazetle birlikte, yetkili vekilin müvekkili adına yaptığı bir iş haline dönüşeceği ve bu etkinin, işin yapıldığı andan itibaren doğacağı açıktır. Bu anlamda vekalet akdiyle gerçek vekaletsiz iş görme arasındaki tek fark rıza ve muvafakatin bulunmamasıdır. Vekil en hafif kusurundan sorumludur. Bu haliyle gerçek vekaletsiz iş görmede vekalet akdine yakın bir sözleşmesel ilişki vardır. Oğuzman'ın da belirttiği üzere bir borcun ifası borçlunun çıkarına uygun ve mevcut bir yasaklamaya aykırı değilse vekaletsiz iş görme hükümleri, aksi takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır.*” Yarg. HGK. E. 2015 / 15-3119, K. 2015 / 2676 T. 25.11.2015. (Sinergi MİP. / 11.04.2018)

Vekaletsiz iş görmenin hukukî niteliğini sözleşme benzeri ilişki, maddî fiil ya da fiilî sözleşme ilişkisi, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeyi haksız fiil olarak tanımlayan yazarlar için Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 897, Dn. 3; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1362; **Saruhan**, s. 53 – 61.

Klasik tasnife göre vekaletsiz iş görmenin; gerçek (caiz olan) vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan (caiz olmayan) vekaletsiz iş görme olmak üzere iki çeşidi vardır⁴⁰³. Gerçek vekaletsiz iş görme; iş görenin vekaleti olmaksızın iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak veya onun yasaklamasına aykırı olmayarak bir işi görmesidir⁴⁰⁴. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise; iş görenin başkasının işini haksız ve kötü niyetli olarak kendi menfaatine görmesidir. Yani bir kimse bilerek ya da bilmeyerek başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak için görmektedir⁴⁰⁵⁴⁰⁶. Vekaletsiz iş görmenin hangi çeşidi olursa olsun, işin görülmesi esnasında iş sahibinin vekaleti ve rızası yoktur⁴⁰⁷. Hatta çoğu zaman iş sahibinin işinin görüldüğünden haberi dahi yoktur. Oysa escrow sözleşmesi bir sözleşme olduğundan, iş görme ilişkisinin daha en başında tüm tarafların işin görülmesine rızası ve escrow tutanın da işi görmeye yetkisi bulunmaktadır.

Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür (TBK. m. 526)⁴⁰⁸. Oysa escrow sözleşmesinde sözleşmenin diğer iki tarafının (devreden ve devralan taraf)

⁴⁰³ Modern doktrinde vekaletsiz iş görme açısından; i) Caiz gerçek vekaletsiz iş görme, ii) Caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme, iii) İyi niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, iv) Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme şeklinde dördü bir tasnif yapılmakta olduğuna dair Bkz. **Saruhan**, s. 49.

⁴⁰⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1360; **Eren**, Borçlar Özel, s. 898; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 641.

⁴⁰⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1367; **Eren**, Borçlar Özel, s. 909; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 641.

⁴⁰⁶ **Tandoğan**'a göre aşağıdaki eylemler caiz olmayan vekaletsiz iş görme sayılmalıdır:

- a) İş görenin kendi sübjektif takdirine nazaran, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadıyla giriştiği, fakat gerçekte bu menfaatin yapılmasını gerektirmediği veya iş sahibinin geçerli yasaklamasına aykırı olan iş görme,
- b) İş görenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmediği bir işi kendi menfaatine yapması,
- c) İş görenin başkasına ait bir işle, iş sahibine karşı o işi yapmağa mezun olmayan bir üçüncü kişi yararına, bu sonuncunun vekaletine dayanarak uğraşması. **Tandoğan**, C. II, s. 677.

⁴⁰⁷ **Saruhan**, s. 70.

⁴⁰⁸ **Saruhan**, s. 85 – 88; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1362; **Eren**, Borçlar Özel, s. 903; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 642; **Tandoğan**, C. II, s. 681.

menfaatleri çatışma halinde olup, escrow tutan bu menfaatler karşısında bağımsız ve tarafsız bir durumda olmak zorundadır.

Gerek gerçek vekaletsiz iş görmeye gerekse gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye iş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekalet hükümleri uygulanır.⁴⁰⁹ Bu durumda ise yukarıda vekaletle ilişkin yapılmış olan değerlendirmeler geçerli olur (TBK. m. 531). Escrow sözleşmesinde ise, escrow tutan dışındaki tarafların herhangi bir kabulü söz konusu olmaksızın, taraflar arasındaki sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde doğrudan vekaletle ilişkin hükümler uygulanır (TBK. m. 502/2).

D. Havale İle Karşılaştırılması

Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir (TBK. m. 555)⁴¹⁰.

Havalede havale eden, tek taraflı bir hukukî işlem ile havale ödeyicisini ve havale alıcısını yetkilendirmektedir. Bu haliyle havale, hukukî niteliği itibarıyla bir sözleşme olmayıp⁴¹¹, üçlü (üç köşeli) bir ilişkiye dayanan⁴¹² ancak tek taraflı bir

⁴⁰⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1370; **Saruhan**, s. 125.

⁴¹⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 919; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 645; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1334.

⁴¹¹ Havalenin hukukî niteliğine dair ileri sürülen görüşlerden;

Vekalet sözleşmesi görüşü; havale edenin havale ödeyicisine ödeme vekaleti, havale alıcısına ise kabz vekaleti vermekte olduğunu,

Temsil yetkisi görüşü; gerek kabz için gerekse ödeme için temsil yetkisi verilmiş olan kişilerin temsil yetkisi veren kişi adına hareket ettiklerini, böylece bir çift temsil durumunun söz konusu olduğunu,

Çift yetki görüşü; ise havale edenin havale ödeyicisini ödeme konusunda, havale alıcısını ise kabz konusunda yetkilendirdiğini, kabul etmektedir.

Görüşler ve savunan yazarlar için Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1334 – 1335; Alman hukukunda çift yetki teorisinin kabul edilmiş olduğuna dair Bkz. **Kocaman**, s. 13 – 15.

⁴¹² “6098 Sayılı BK'nın 555. maddesinde "Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlem" olarak tarif edilmiş olup

hukukî işlemdir⁴¹³. Oysa ki escrow sözleşmesi tek taraflı bir hukukî işlem olmayıp çok taraflı bir sözleşmedir. Sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Taraflar birbirlerine karşı ve birbirinden bağımsız borç ve alacak altına girer. Escrow tutanın iş görme konusundaki yetkisi de tek taraflı yetkilendirmeye değil, çok taraflı bu sözleşmeye dayanır.

Havale, çoğu zaman kurulmuş olan temel hukukî ilişkiden kaynaklanan borcu ödeme veya bu ödemeyi güvence altına alma aracıdır⁴¹⁴. Zaman zaman kredi aracı olarak da kullanılmaktadır⁴¹⁵. Oysa escrow sözleşmesi, bizzat temel hukukî ilişkinin kurulması yahut edimlerin ifa edilmesi aracıdır. Escrow sözleşmesiyle belirlenmiş olan koşul, temel hukukî ilişkinin kurulması veya edimin istenebilir olması açısından geciktirici koşul niteliğini taşımaktadır. Bu koşulun yerine getirilememesi halinde temel hukukî ilişki hiç kurulamayacaktır veya edimin ifası talep edilemeyecektir.

Havaleye sadece para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşya konu olabilir (TBK. m. 555)⁴¹⁶. Oysaki escrow sözleşmesine, hukuken ve fiilen escrow tutana teslim edilebilecek nitelikte olması şartıyla her türlü para, kıymetli evrak, misli ve misli olmayan eşya, maddî ve gayrimaddî mallar, buluşlar ve diğer mallar da konu olabilir.

havaledeki üçlü borç ilişkisinin taraflarını havale eden, havale alıcısı ve havale ödeyicisi oluşturur.” Yarg. 11. HD. E. 2016/1399, K. 2017/2049, T. 11.04.2017. (Kazancı İçtihat Programı / 21.04.2018)

⁴¹³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1312; **Eren**, Borçlar Özel, s. 919; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 645; **Kocaman**, s. 4 – 5.

⁴¹⁴ “*Öte yandan, mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 457 (Türk Borçlar Kanunu m. 555 vd.) ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan havale, hukuksal nitelikçe bir ödeme vasıtasıdır. Eş söyleyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhi), bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.*” Yarg. HGK. E. 2016/19269, K. 2016/529, T. 20.04.2016 (Kazancı İçtihat Programı / 21.04.2018)

⁴¹⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1336; **Eren**, Borçlar Özel, s. 920; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 646; **Kocaman**, s. 4.

⁴¹⁶ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 645; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1337; **Eren**, Borçlar Özel, s. 921.

Havaleyi kabul etmiş olan havale alıcısı, havale ödeyicisine başvurarak havalede belirlenen süre içinde alacağını elde edememişse⁴¹⁷, bu alacağı, havale edene karşı yeniden ileri sürebilir (TBK. m. 556/2)⁴¹⁸. Zira havale ifa yerine değil ifa amacıyla yapılır⁴¹⁹. Escrow sözleşmesinde ise escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşulu yerine getirmiş olan karşı tarafa devretmemesi halinde bundan devreden tarafın bir sorumluluğu söz konusu değildir. Escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan edimi devralacak tarafa teslim etmese bile, devreden taraf kendi edimini yerine getirmiş olur. Bu durumda, koşulu yerine getirmiş olan devralacak taraf dava ve taleplerini escrow tutana karşı yöneltecektir.

Havale ödeyicisi, havale alıcısının istemesine karşın ifadan kaçınır veya havale konusunu ifa etmeyeceğini önceden açıklarsa havale alıcısı, durumu gecikmeksizin havale edene bildirmekle yükümlüdür; bildirmezse, bu yüzden havale edenin uğrayacağı zarardan sorumlu olur (TBK. m. 558)⁴²⁰. Oysa ki escrow sözleşmesinde, escrow tutan edimi devralacak tarafa teslim etmezse, devralacak tarafın devreden tarafa herhangi bir bildirimde bulunma yükümlülüğü yoktur. Zira, devreden taraf kendi edimini escrow tutana teslim ederek zaten ifa etmiş durumda olup, bu aşamada devralacak tarafla escrow tutan arasındaki ilişkinin dışına çıkmış durumdadır.

Havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilir. Ancak, havale alıcısının yararına, özellikle onun alacağını elde etmesi amacıyla verdiği yetkiyi geri alamayacağı gibi havale ödeyicisi havale alıcısına havaleyi kabul ettiğini

⁴¹⁷ **Yavuz / Acar / Özen**'e göre; "Havale eden ile havale ödeyicisi arasında çeşitli borç ilişkileri bulunabilir; ancak havale ödeyicisinin ödemeye yetkili olması, karşılık ilişkisinin bunlar arasındaki diğer borç ilişkilerinden ayrı olarak incelenmesini gerektirecektir." **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1338.

⁴¹⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1340; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 649.

⁴¹⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 926; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 648;

Alman ve İsviçre doktrininde "Değer ilişkisinde ödeme uğruna eda etkisi için Bkz. **Kocaman**, s. 41 – 49.

⁴²⁰ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 648; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1339.

açıklamışsa da ona verdiği yetkiyi geri alamaz (TBK. m. 559)⁴²¹. Escrow sözleşmesinde ise taraflar her zaman sözleşmeyi feshedebileceği gibi, sözleşmeden dönülmesi de mümkündür. Ancak escrow sözleşmesinde tek taraflı sona erdirmenin bazı kendine has özellikleri vardır⁴²².

E. Akreditif İle Karşılaştırılması

Akreditif⁴²³ TBK’da ayrı bir başlık altında incelenmiş ve tanımı yapılmış değildir⁴²⁴. Ancak, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından akreditifin tanımı yapılmış olup, uygulamada da büyük ölçüde benimsenen bu tanıma göre akreditif (Credit); “*Adı ve tanımlaması nasıl olursa olsun, amir bankanın uygun bir ibrazı*

⁴²¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 931; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1342; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 650 – 651; **Kocaman**, s. 73 – 76.

⁴²² Escrow sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesinin özellikleri hüküm ve sonuçları için Bkz. Aşa. “V. Bölüm, I, C”

⁴²³ Akreditif kelimesinin ABD uygulamasında “letter of credit”, “documentary credit”in sinonimi olduğu, bazan uygulamada “bankers commercial letters of credit” yahut “documentary letters of credit” de denildiği, Fransızca’da belgeli kredi anlamında “credit documentaire”, Almanca’da “akkreditiv” veya “dokumenten akkreditiv” de denildiğine dair Bkz. **Seza Reisoğlu**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 19.

⁴²⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1344 – 1345;

“Öncelikle belirtmelidir ki, Türk hukukunda, akreditifi düzenleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Genel olarak uluslararası ticarete mal bedelinin ödenmesine ilişkin olan akreditif; mal satın alan bir kimsenin, bir banka ile yaptığı anlaşma çerçevesinde, o bankanın belirli belgelerin satıcı tarafından ibrazı karşılığında, satıcıya satış parasını ödemesini amaçlayan bir sözleşme türüdür. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.11.1964 gün ve t/962-637 sayılı kararı) Akreditif sözleşmesi, alıcı (ithalatçı) ile banka arasındadır: İthalatçı ile ihracatçı arasında satış sözleşmesi yapılmasından sonra, ithalatçının, kendisinin bulunduğu yerdeki bankadan, yabancı ülkedeki ihracatçı lehine belli bir meblağı içerecek şekilde akreditif açılmasını istemesi ve bankanın bu istemi uygun görmesiyle ithalatçı ile banka arasında akreditif sözleşmesi düzenlenir.” Yarg. HGK. E. 2002/12-1078, K. 2002/1072, T. 18.12.2002 (Kazancı İçtihat Programı / 21.04.2018)

karşılacağına ilişkin kesin yükümlülüğünü oluşturan dönülemez nitelikte herhangi bir düzenlemedir”⁴²⁵.

Öğretide de akreditifin birçok tanımı yapılmıştır⁴²⁶. Akreditif ile ilgili yapılmış olan tanımlar birlikte ele alındığında, genel itibariyle akreditifi amir tarafın nam ve hesabına, onun gösterdiği kişiye dönülemez nitelikte kredi açılması olarak tanımlamanın mümkün olduğu görülmektedir.

Uygulamada çoğu kez bankadan bankaya veya bankanın bir şubesinden başka bir şubesine talimat verilmesi şeklinde olan akreditifin hukukî niteliğinin bir çeşit kredi mektubu olduğunu söyleyenler olmasına rağmen doktrindeki hakim görüşe göre akreditifin hukukî niteliği havaledir⁴²⁷. Ancak öğretilerde ileri sürülen diğer bir görüşe göre; akreditifin hukukî niteliğini tek başına havale ya da kredi mektubu yahut kredi

⁴²⁵ MTO, 1.07.2007 tarihli “Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları” isimli 600 Sayılı Broşür, m. 2.

⁴²⁶ Öğretilerde yapılan farklı akreditif tanımları için Bkz. **Vahit Doğan**, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 5 – 7; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1345 – 1346; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 737; **Reisoğlu**, Akreditif, s. 19 – 20; **Gözde Engin Günay**, Türk Hukukunda Akreditif, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 37 – 39.

⁴²⁷ Akreditifin hukukî niteliğine dair öğretilerde ileri sürülen görüşler ve savunan yazarlar için Bkz. **Doğan**, s. 8 – 9; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1347; **Reisoğlu**, Akreditif, s. 22 – 27; **Günay**, s. 16 – 27.

Zevkliler / Gökyayla ise akreditifi doğrudan havalenin bir çeşidi olarak saymaktadır. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 652.

Belgeli akreditifin hukukî niteliğini açıklayan görüşleri temelde “tek bir hukukî kurumla açıklama çabasında olanlar” ve “birden çok hukukî ilişkiye bölerek açıklama çabasında olanlar” şeklinde iki ana gruba ayırmaktadır.

Tek bir hukukî kurumla açıklama çabasında olanlar arasında da bir birlik bulunmamaktadır. Bunlardan akreditifin hukukî niteliğinin kefalet, garanti sözleşmesi, itibar mektubu, üçüncü kişi lehine sözleşme, alacağın temlik ve havale olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Bu yönde yapılan ayırım ve bu görüşleri paylaşan yazarlar için Bkz. **Erdoğan Göger**, Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1980, s. 47 – 48.

emri sayabilmek mümkün değildir. Zira, havale, kredi mektubu ve kredi emri ile akreditif arasında önemli farklar bulunmaktadır⁴²⁸.

TBK. m. 515'e göre; "*Kredi mektubu, vekalet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir*"⁴²⁹. Bu durumda akreditife her halükârda havale ve vekaletle ilişkin hükümler uygulanacağından, akreditifin havale ya da kredi mektubu sayılması pratikte bir değişiklik oluşturmayacaktır⁴³⁰. Kısaca, tüm ayrıştıkları noktalara rağmen akreditifin temelinde havale ilişkisi vardır. Bu nedenle, hemen üst başlıkta escrow sözleşmesi ile havalenin karşılaştırılmasına dair yapılan açıklamalar, büyük oranda akreditif için de geçerli olacaktır.

Akreditif hukukî niteliği itibariyle tıpkı havale gibi bir sözleşme olmayıp, üçlü (üç köşeli) bir ilişkiye dayanan ancak tek taraflı bir hukukî işlemdir⁴³¹. Akreditifte, akreditif açtıran bir yandan bankaya ödeme yetkisi verirken, diğer taraftan da akreditif lehtarına temel ilişkiden doğan borcunu ifa amacıyla ödemeyi tahsil yetkisi

⁴²⁸ Bu görüşte olan **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1347; Aynı yönde **Ünal Somuncuoğlu / Gaye Bumin / Ender Varlık / Ayberk Çakalır**, Türk Hukukunda Akreditif, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 9;

Diğer taraftan akreditifin hukukî niteliğinin havale olduğunu kabul edenlerin dahi havale ile akreditifin bazı noktalardan ayrıldığını kabul etmekte olduğuna dair Bkz. **Doğan**, s. 9; Akreditifi havale sayan görüşün eleştirisi için Bkz. **Reisoğlu**, Akreditif, s. 22 – 26.

Akreditifin hukukî niteliğinin tek başına havale ile açıklanmasının yetersiz olduğu yönündeki eleştiriler ve bu eleştirilerden yola çıkılarak akreditifin niteliğine dair ortaya atılan yeni fikirler için Bkz. **Göger**, s. 52 – 58.

⁴²⁹ Kredi mektubunun konusu, muhatabın mektup sahibinin verdiği vekaletnameye dayanarak, kendi adına ve mektup sahibinin hesabına, talepte bulunan mektup hamiline para veya benzeri şeyleri vermesi talimatı olduğuna dair Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1285

⁴³⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1347.

⁴³¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 919; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1347.

Doğan, akreditifin üç köşeli yapısını kabul etmekle birlikte, bu üç köşeli yapı içerisinde amir ile lehtar arasında yapılan temel sözleşme, amir ile banka arasında yapılan akreditif talebini içeren sözleşme ve banka ile lehtar arasında yapılan dar anlamda akreditif sözleşmesi olmak üzere üç farklı sözleşmenin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bu konuda Bkz. **Doğan**, s. 8; Aynı görüşte **Reisoğlu**, Akreditif, s. 26.

vermektedir⁴³². Oysa ki escrow sözleşmesi tek taraflı bir hukukî işlem olmayıp çok taraflı bir sözleşmedir. Sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Escrow tutanın iş görme konusundaki yetkisi de tek taraflı yetkilendirmeye değil, çok taraflı bu sözleşmeye dayanır.

Akreditif, çoğu zaman kurulmuş olan temel hukukî ilişkiden kaynaklanan borcu ödeme, ödemeyi teminat altına alma yahut kredi verme ve alma aracıdır⁴³³. Oysa escrow sözleşmesi, bizzat temel hukukî ilişkinin kurulması yahut edimlerin ifa edilmesi aracıdır. Escrow sözleşmesiyle belirlenmiş olan koşul, temel hukukî ilişkinin kurulması veya edimin istenebilir olması açısından geciktirici koşul niteliğini taşımaktadır. Bu koşulun yerine getirilememesi halinde temel hukukî ilişki hiç kurulamayacaktır veya edimin ifası talep edilemeyecektir.

Akreditifin konusu sadece para olabilir. Zira akreditif bizzat bankalar üzerinden yapılan nakit para işlemidir⁴³⁴. Oysaki escrow sözleşmesine, escrow tutana teslim edilebilecek nitelikte olması şartıyla her türlü para, kıymetli evrak, mislî ve misli olmayan eşya, maddî ve gayrimaddî mallar, buluşlar ve diğer mallar da konu olabilir.

Akreditifte görevli banka ödemeyi kabul etmek zorunda değildir. Ancak kabul etmiş ise artık ödeme yapmak zorundadır⁴³⁵. Escrow sözleşmesinde ise böyle bir

⁴³² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1347 – 1348; **Zevkliler / Gökayla**, s. 652 – 653; Akreditif ilişkisinde tarafların yükümlülükleri için Bkz. **Doğan**, s. 181 – 234.

⁴³³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1351; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 740; **Zevkliler / Gökayla**, s. 653; **Somuncuoğlu / Bumin / Varlık / Çakalır**, s. 9; Akreditifin diğer fonksiyonları için Bkz. **Doğan**, s. 19 – 24.

⁴³⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1354; Ödeme bankasının ödemeyi nakit yapabileceği gibi kıymetli evrakın kabulü ya da iştirah yollarından biri ile de ödeme yapabileceğine dair Bkz. **Doğan**, s. 8.

⁴³⁵ **Zevkliler / Gökayla**, s. 653; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1354 – 1356; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 743-744; **Somuncuoğlu / Bumin / Varlık / Çakalır**, s. 21; “Akreditif alacağı doğumu şarta bağlı bir alacak olup, akreditif süresi içinde akreditif belgelerinin lehdar tarafından ödeme yeri bankasına ibrazı ile ödeme yeri bankası nezdinde lehdarın akreditif alacağı doğar.

Teyitli akreditifte akreditif bankasının yanında teyit bankasının bağımsız ve asli yükümlülüğü

ilişki yoktur. Escrow sözleşmesi kurulmadığı sürece escrow tutanı hiç kimse escrow tutan olmaya zorlayamayacağı gibi herhangi bir şeyi yediemin sıfatıyla tutmaya da zorlanamaz.

Kredi mektubu da akreditif gibi üç köşeli bir ilişki olmasına rağmen, bankaya vekalet verilmesi şeklinde tek taraflı bir hukukî işlemdir⁴³⁶. Bu nedenle escrow sözleşmesi ile olan farkları açısından akreditifle neredeyse tamamen aynı olup, bu nedenle ayrı bir başlık altında inceleme konusu yapılmamıştır.

F. Saklama Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması

1. Genel Saklama Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 561/1)⁴³⁷.

doğar. Aynı akreditif bankası gibi lehdara karşı mücerret asil ve bağımsız bir borç taahhüdü altına girer. Yani ikinci bir akreditif bankası gibidir. Lehdar tarafından akreditif süresi içinde uygun belgelerin ibrazı halinde akreditif bedelini ödemekle yükümlüdür. Ödediği bedeli için ise akreditif bankasına rücu eder. Teyit bankasının lehdara ödeme yapması ile akreditif bankasının lehdara karşı akreditif borcu sona erer, ancak teyit bankasının alacağı doğar. Teyit bankasının isteyeceği alacak lehdarın alacağı değil, kendi alacağıdır. Akreditif lehdarının akreditif alacağının doğumu için ödeme yeri bankasına akreditif süresinde uygun belgeleri ibraz etmesi gerekir. Teyitli akreditifte teyit bankası aynı zamanda ödeme yeri bankası olduğundan teyitli akreditifin özellikleri de dikkate alınarak lehdarın öncelikle teyit bankasına başvurması icap eder. Teyit bankası herhangi bir sebeple ödeme yapmaz ise lehdar o zaman akreditif bankasına başvurabilir. Akreditif bankasının sonradan teyit bankasına ödememe talimatı vermesi teyitli akreditifin niteliği gereği mümkün değildir. Çünkü teyit bankası akreditifi teyit etmekle lehdara karşı akreditif bankasından ayrı, bağımsız ve asil yükümlülüğü doğar. Lehdara karşı bağımsız bir borç taahhüdü altına girer. Teyitli akreditifte lehdarın akreditif alacağı ödeme bankası olan teyit bankası nezdinde doğar. Alacağın akreditif bankası nezdinde doğması için lehdar tarafından teyit bankasına başvurulup ödeme yapılmaması nedeni ile akreditif bankasına lehdar tarafından başvuru yapılması gerekir.”

Yarg. HGK. E. 2002/ 12-1078, K. 2002 / 1072, T. 18.12.2002. (Sinerji MİP. / 11.04.2018)

Akreditif talebinin hukukî niteliğine dair ileri sürülen görüşler için Bkz. **Doğan**, s. 76 – 77.

⁴³⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1299.

⁴³⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 745; **Tiftik**, s. 25; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1376; **Zevkliler /**

Saklama sözleşmesi kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen⁴³⁸ ancak açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayanın ücret talep edebildiği bir sözleşmedir (TBK. m. 561/2)⁴³⁹. Ücret ödenen durumlarda ise sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelir⁴⁴⁰. Ayrıca saklama sözleşmesi rızâ ve sürekli borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁴¹. Escrow sözleşmesi ise çok tarafa (üç tarafa) borç yükleyen bir sözleşmedir. Escrow sözleşmesi de kural olarak ücretsiz ancak teamüller, işin gereği ya da yasa uyarınca ücret ödenmesi gereken hallerde escrow tutana ücret ya da komisyon ödenebilir.

Saklama sözleşmesi ile saklayan; saklanan şeyi koruma, kullanmama ve bizzat saklatan kişiye geri verme (TBK. m. 564) borcu altına girer⁴⁴². Saklama sözleşmesinde saklatan kim ise, saklanan şey bizzat ona iade edilmek zorundadır. Bir üçüncü kişi, saklanan üzerinde aynı hak iddiasında bulunsa bile, saklanan hacedilmedikçe veya saklayana karşı istihkak davası açılmadıkça saklayan, onu saklatana geri vermekle yükümlüdür (TBK. m. 568)⁴⁴³. Oysa escrow sözleşmesinde saklanan şey devralacak tarafa teslim edilebileceği gibi koşulun yerine gelmemesi durumunda devreden tarafa da iade edilebilir. Koşulun yerine getirilip getirilmediği ve saklanan edimin kime teslim edileceğini escrow tutan bağımsız ve tarafsız bir şekilde takdir edecektir.

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 halden doğacak zararlardan da sorumlu olur (TBK. m. 563)⁴⁴⁴. Escrow sözleşmesinde de

Gökyayla, s. 655.

⁴³⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1377; **Tiftik**, s. 36;

⁴³⁹ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 660.

⁴⁴⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 746.

⁴⁴¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 746-747; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1377; **Tiftik**, s. 25 ve 34.

⁴⁴² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1377 – 1378; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 658 – 660.

⁴⁴³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 752; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1379.

⁴⁴⁴ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 660; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1378; **Eren**, Borçlar Özel, s. 750; **Tiftik**, s. 45.

escrow tutan sakladığı şeyi kullanamaz. Bu yasağa aykırı davranmasının sonuçları konusunda ise saklama sözleşmesine dair hükümlerin kıyasen uygulanabilecektir.

Saklama sözleşmesi süreli olabileceği gibi süresiz de olabilir. Ancak saklayan, sözleşmenin süreli ya da süresiz olmasına bakılmaksızın saklananın her zaman ileri sürebileceği istemi üzerine, saklanana bütün çoğalmalarıyla birlikte geri vermekle yükümlüdür (TBK. m. 564)⁴⁴⁵. Süre belirlenmemişse, saklayan saklanana her zaman geri verebilir. Fakat süre belirlenmişse saklayan, belirlenmiş olan sürenin sona ermesinden önce saklanana geri veremez. Ancak saklayan, öngörülemeyen durumlar dolayısıyla sözleşmenin devamı saklanan için tehlikeli veya kendisi için zararlı olursa, belirlenen sürenin sona ermesinden önce de geri verebilir (TBK. m. 565)⁴⁴⁶. Escrow sözleşmesi de süreli ya da süresiz olabilir. Escrow sözleşmesinde süre genellikle devredecek tarafın koşulu yerine getirme süresi kadardır. Koşulun gerçekleştirilmesi için belirlenen sürede koşul yerine getirilemezse, sürenin bitimiyle beraber escrow sözleşmesinin süresi de bitmiş sayılır. Koşul sürenin dolmasından önce yerine getirilmişse, koşulu yerine getiren tarafın edimi teslim alacağı makul süreye kadar escrow sözleşmesinin de sürdüğü, daha doğrusu escrow tutanın saklama yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir.

Saklama sözleşmesinde saklayanın saklama sözleşmesinden kaynaklanan alacakları nedeniyle sakladığı eşya üzerinde TMK. m. 950 uyarınca var olan hapis

⁴⁴⁵ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1380; Tiftik, s. 47; Zevkliler / Gökyayla, s. 660.

⁴⁴⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 752; Tiftik, s. 62 – 63.

hakkı⁴⁴⁷, escrow sözleşmesinde escrow tutanın sakladığı şey üzerinde escrow sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve diğer alacakları nedeniyle söz konusudur⁴⁴⁸.

2. Güvenilir Kişiye Bırakma İle Karşılaştırılması

Escrow sözleşmesine çok benzeyen bir kurum “Güvenilir Kişiye Bırakma”dır. TBK. m. 569’a göre; “Birden çok kişi, haklarını korumak üzere, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan şeyi, bir güvenilir kişiye bırakırlarsa, bu kişi, saklatanların tamamının rızası veya hâkimin kararı olmadıkça, onu hiçbirine geri veremez.”

Genel saklama sözleşmesi için belirtilenlere ek olarak; güvenilir kişiye bırakmada birden çok kişi, hukukî durumu çekişmeli olan bir şeyi, hukukî durumun çelişkisi giderilinceye kadar saklamak üzere saklayana vermektedir. Saklayan bu şeyi hâkim kararına kadar ya da saklatanların hepsi birlikte başvuruncaya kadar saklayacaktır. Saklayan kişinin bu şeyi saklatanlardan herhangi bir ya da birkaçına verme şansı yoktur. Hepsine birlikte verecek yahut aksi yönde bir hâkim kararını

⁴⁴⁷ Saklama sözleşmesinde saklayanın hapis hakkının varlığına dair Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1382.

“Davacı vekili, müvekkili ile davalı şirket arasında davacının ithal ettiği Amerikan tipi mısır emtiasına ilişkin depolama sözleşmesi bulunduğunu, davalıya teslim edilen emtianın sözleşme uyarınca kararlaştırılan fire oranı düşüldükten sonra 536.116 kilogramını kira bedeli olarak hapis hakkı kullanıldığından bahisle davacıya teslim edilmediğini ileri sürerek, anılan miktardaki Amerikan tipi mısır bedelinin temerrüt faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

..

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davacının ödenmeyen kira bedelinden dolayı dava konusu mısır bedelinden fazla miktarda davalıya borçlandığı, davalı lehine hapis hakkı koşullarının gerçekleştiği, davalının kira alacağı ödenmediği için dava konusu mısırı iade etmek veya bedelini ödemek zorunda olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

... Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ... karar verildi.” Yarg. 11. HD. E. 2005/13507, K. 2007/306 T. 16.1.2007 (Kazancı MİP / 11.05.2018)

⁴⁴⁸ Bkz. Aşa. “III. Bölüm, I, C, 8”

bekleyecektir⁴⁴⁹. Oysa escrow tutan, koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesine göre sakladığı şeyi taraflardan herhangi birine verebilir.

Güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi iki taraflı bir hukukî işlem, escrow ise çok taraflı bir hukukî işlemdir.

3. Mislî Şeyleri Saklama Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Saklayanın kendisine bırakılan para veya diğer mislî eşyayı aynen geri vermek zorunda olmaksızın mislen geri vermesi açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmışsa mislî şeylerin saklanması ya da usulsüz saklama sözleşmesi söz konusu olur. Saklayan, saklatan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan para dışındaki misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz (TBK. m. 570)⁴⁵⁰. Parada ise bu yetki açıkça değil zımnî olarak da verilebilir⁴⁵¹.

Mislî şeyleri saklama sözleşmesi ile genel saklama sözleşmesi arasındaki en temel fark, genel saklama sözleşmesinde saklayan sakladığı şeyi aynen geri vermek zorunda olmasına rağmen, mislî şeyleri saklama sözleşmesinde aynen geri verme yükümlülüğünün olmaması, mislen geri verebilmesidir. Mislî şeyleri saklama sözleşmesinde para saklayanın parasıyla karışırsa saklayan tüm paranın maliki olur; kıymetli evrak ve diğer mislî eşya birbiri ile karışırsa, saklayanla saklatan karışan şeylerin paylı maliki olurlar⁴⁵². Escrow sözleşmesinde, para ya da hangi mislî eşya olursa olsun saklayanın bunu aynen iade etmesi gerektiği⁴⁵³ konusuna yukarıda değinmiştik. Ancak, uygulamada özellikle escrow hesaplarına yatan nakit paraların bankalar nezdinde bulunan diğer paralar ve bankanın kendi varlığı ile karışmadığını

⁴⁴⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1384 – 1385.

⁴⁵⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1385.

⁴⁵¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 756; **Tiftik**, s. 88.

⁴⁵² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1385 – 1386; **Eren**, Borçlar Özel, s. 755.-756.

⁴⁵³ Bankalar escrow sözleşmesi ile kendisine teslim edilmiş olan paranın yediemini gibi olduğuna, Escrow sözleşmesi kapsamında bankaya yatırılmış olan para bankanın kendi malvarlığından ayrı olduğuna dair Bkz. The Nature Of Trust Relation, Deposit Under Escrow Agreement; Harvard Law Review, Vol 50. No: 2 (Dec. 1936), s. 365.

söyleyebilmek imkansızdır⁴⁵⁴. Bu durumda, özellikle para açısından TBK. m. 570 hükmünün escrow sözleşmesine de kıyasen uygulanması fiili duruma daha uyacağı gibi daha uygulanabilir ve mantıklı bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

G. Kefalet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 581)⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Bankalardaki tasarruf hesabı sözleşmelerinin hukukî niteliğinin misli eşyayı saklama sözleşmesi olduğunu ileri sürenler olduğu gibi tüketim ödünçü sözleşmesi olduğu yönündeki görüşler ve görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 756; **Tiftik**, s. 125 – 131;

Yavuz / Acar / Özen mevduatın misli eşyayı saklama sözleşmesi olduğu görüşündedir. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1360;

Zevkliler / Gökyayla ise paranın saklatılması amaçlanıyorsa misli şeyleri saklama sözleşmesi, faiz getirisi amaçlanıyorsa tüketim ödünçü kabul edilmeli, amaç tespit edilemiyorsa vadeli mevduat hesabı tüketim ödünçü, vadesi mevduat hesabı ise misli şeyleri saklama sözleşmesi kabul edilmelidir görüşünü savunmaktadır. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 395 – 396.

⁴⁵⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1398; **Eren**, Borçlar Özel, s. 759; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 663; **Aral / Ayrancı**, s. 465; **Tandoğan**, C. II, s. 693; “*Kefalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) 581 ila 603 üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 581 inci maddesinde “kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda yer alan bu tanıma göre kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan ve alacaklıya kişisel güvence sağlayan bağımsız nitelikte bir borç ilişkisidir. Kefalet sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesidir. Diğer sözleşmeler gibi kefil ile alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi ile meydana gelir. Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu alacaklıya karşı ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesinin geçerliliği 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan daha ağır şartlara bağlamıştır. Kefalet sözleşmesinin geçerli olması, genel hükümlerin yanında, Türk Borçlar Kanunu'nun 583 ve 584 üncü maddelerde kefalet sözleşmesi için öngörülen koşulların varlığına bağlıdır. Bu koşullar mevcut ve geçerli borcun bulunması, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefil evli ise eşin rızasının alınmasıdır.” Yarg. HGK. E.2017 / 1135, K. 2017 / 1012, T. 24.05.2017. (Sinerji MİP. / 21.04.2018)*

Kefalet sözleşmesinin amacı, ikinci bir borçlu daha atamak yoluyla alacağı teminat altına almaktır. Bu teminat fonksiyonu kefalet sözleşmesinin aslî amacını ve hukukî sebebinin (illetini) oluşturur⁴⁵⁶. Kefil, asıl borçlu borcunu yerine getiremezse onun yerine borcu ödemeyi taahhüt etmektedir. Kefil, borçlunun borcunu ödememesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumludur⁴⁵⁷. Oysa escrow sözleşmesinin amacı yedieminlik, devir koşullarının garanti edilmesi, işlem tarafının korunması, uzmanlık ve hesap verilebilirliktir⁴⁵⁸. Escrow tutan devreden ya da devralan tarafın hiçbir davranışını ya da borcunu temin etmez, garanti etmez ve bu konuda bir taahhüt altına da girmez. O sadece kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşul yerine getirildiğinde devralacak tarafa, koşul yerine getirilemezse devreden tarafa teslim etmeyi taahhüt eder. Koşulun yerine getirilip getirilmemesi escrow tutanın sorunu ve sorumluluğu değildir.

Kefalet sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen yani ivazsız⁴⁵⁹, sürekli sözleşme benzeri bir sözleşmedir⁴⁶⁰. Escrow ise üç tarafa borç yükleyen, ivazlı olabileceği gibi ivazsız da olabilen, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir.

Kefalet borcu asıl borçtan ayrı bir borçtur⁴⁶¹. Ancak kefalet borcu asıl borca bağlı yan (feri)⁴⁶², ikincil, teminat sebebine dayanan bir para borcudur⁴⁶³. Escrow sözleşmesinde escrow tutanın borcu da aslî hukuki ilişkiden ayrı bir borçtur. Escrow sözleşmesinin konusu bir para borcu olmayıp, tarafların farklı farklı borçları vardır. Escrow tutanın borcu ise saklama ve iş görme borcudur.

⁴⁵⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 759 – 760; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1395 – 1396; **Tandoğan**, C. II, s. 694.

⁴⁵⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1399; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 690 – 691.

⁴⁵⁸ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, I, C.”.

⁴⁵⁹ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 666; **Tandoğan**, C. II, s. 694; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1406; **Aral / Ayrancı**, s. 469.

⁴⁶⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 760-761.

⁴⁶¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1403; **Tandoğan**, C. II, s. 699; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 665.

⁴⁶² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1405; **Tandoğan**, C. II, s. 695; **Aral / Ayrancı**, s. 466.

⁴⁶³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 762-765; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1401.

Sözleşmenin şekli konusunda da kefalet sözleşmesi ile escrow sözleşmesi ayrılmaktadır. Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami 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 (TBK. m. 583). Bu şart ispat şekli değil geçerlilik şeklidir⁴⁶⁴. Escrow sözleşmesinde herhangi bir geçerlilik şekli söz konusu değildir. Escrow sözleşmesi, çoğu zaman taraflardan bağımsız ve tarafsız ancak her iki tarafın da tanıdığı ve tarafsızlığına güvendiği bir kişiyi escrow tutan olarak atama şeklinde gerçekleşmekte, herhangi bir yazılı sözleşme olmaksızın escrow sözleşmesinin geçerli olabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁵.

Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir⁴⁶⁶; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır (TBK. m. 584)⁴⁶⁷. Escrow sözleşmesinde ise böyle bir kısıtlama söz konusu değildir. Sözleşme taraflarını ehliyeti, genel fiil ehliyeti kurallarına tabidir.

H. Satış İçin Bırakma Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Satış için bırakma sözleşmesi, satış için bırakan tarafın bir malın fiyatını tespit ederek, kendi nam ve hesabına satması için satış için alan tarafa bırakması, satış için alan tarafın ise belli bir süre içerisinde bırakılan malın fiyatını ödeme yahut malı iade etme borcu altına girmesidir⁴⁶⁸. Diğer bir tanıma göre ise; satış için bırakanın mülkiyeti

⁴⁶⁴ Zevkliler / Gökyayla, s. 674 – 679; Aral / Ayrancı, s. 477; Tandoğan, C. II, s. 740; Eren, Borçlar Özel, s. 772-773; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1418 – 1419.

⁴⁶⁵ Bkz. Yuk. “II. Bölüm, IV.”

⁴⁶⁶ Bu rızanın hukukî niteliği tartışılmakla birlikte, işlem ehliyeti sınırlaması olarak kabul edilmekte olduğuna dair Bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 771; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1413.

⁴⁶⁷ Zevkliler / Gökyayla, s. 679 – 680; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 1413 – 1416; Eren, Borçlar Özel, s. 771; Aral / Ayrancı, s. 478.

⁴⁶⁸ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 33; Zevkliler / Gökyayla, s. 16; Tandoğan, C. I/1, s. 19; “Satış için bırakma sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bununla, taraflardan biri (bırakan, tevdi eden) kararlaştırılan bir bedel karşılığında, bir malı diğer tarafın kendi adına ve hesabına satması

kendine ait olan bir malı kendisinin tespit ettiği bedele, üçüncü bir kişiye kendi nam ve hesabına satması amacıyla satış için alana bırakmayı, satış için alanın da bırakılan malı belli bir süre içerisinde satmayı ve belirlenen bedel üzerinden satış parasını ödemeyi ya da bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir⁴⁶⁹.

Satış için alan taraf, kendisine bırakılan malı kararlaştırılan bedelden daha düşük bir fiyata dahi satsa belirlenmiş olan satış bedelini satış için bırakana ödemek zorundadır. Belirlenen satış bedelinin üstünde bir fiyatla satmışsa, artan satış bedeli satış için alana ait olacaktır⁴⁷⁰.

Satış için bırakma sözleşmesi, geciktirici koşula (bırakılan malın satılması) bağlı bir sözleşmedir. Koşulun gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan satış bedeli satış için bırakana ödenecek ve sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olacaktır. Koşul gerçekleşmez ise, satış için alanın borcu sadece malı aynen iade etmek olacağından sözleşme eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olacaktır⁴⁷¹. Oysa escrow sözleşmesi çok taraflı (üç taraflı) bir sözleşmedir. Escrow sözleşmesinde de bir koşul vardır. Ancak bu koşul, sözleşmenin karşı tarafına ifa edilecek edimin türünü belirlemeye değil, halen belirli olan bir edimin kime ait olacağını belirlemeye yarayan bir koşuldur.

Satış için bırakma sözleşmesinin rızaî bir sözleşme mi yoksa aynî bir sözleşme mi olduğu tartışmalıdır⁴⁷². Escrow sözleşmesi ise rızaî bir sözleşmedir. Üç

için ona teslim eder ve diğer taraf (satış için alan) da muayyen bedeli ödemeyi veya malı geri vermeyi taahhüt eder. Satım için bırakma sözleşmesinde tarafların malın üçüncü bir kişiye satılması yönündeki ortak amaçları bu sözleşmeyi karakterize eden önemli bir noktadır.” Yarg. HGK. E. 2012/ 19-720, K. 2013 / 266, T. 20.02.2013. (Sinerji MİP. / 11.04.2018)

⁴⁶⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 1018.

⁴⁷⁰ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 16; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 34; **Eren**, Borçlar Özel, s. 1019.

⁴⁷¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 34; **Eren**, Borçlar Özel, s. 1019-1020.

⁴⁷² Görüşler ve savunan yazarlar için Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 34; Özellikle Dn. 110 ve 111; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 16; **Tandoğan**, C. I/1, s. 19 – 20.

tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur; ayrıca sözleşme konusu malın teslimi gerekmemektedir.

Satış için bırakma sözleşmesi kendine özgü bir isimli sözleşmedir⁴⁷³. Oysa escrow sözleşmesi bir karma sözleşmedir. Satış için bırakma sözleşmesi de escrow sözleşmesi gibi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Sözlü ya da yazılı olarak yapılabilir.

Satış için bırakma sözleşmesi temlik borcu doğuran sözleşmelerdendir. Bırakılan malın mülkiyetinin geçirilmesini konu edinir⁴⁷⁴. Oysa escrow sözleşmesi saklama ve iş görme borcu doğuran sözleşmelerdendir.

Satış için bırakma sözleşmesinde, bırakılan şeyin mülkiyeti satış için alana geçmektedir⁴⁷⁵. Oysa escrow sözleşmesinde bırakılan şeyin mülkiyeti asla escrow tutana geçmez. O taraflar adına, kendisine bırakılmış olan şeyi saklar ve koşulun gerçekleşme durumuna göre devreden ya da devralan tarafa teslim eder. Escrow tutana bırakılmış olan şeyin mülkiyeti koşulun gerçekleştiği ana kadar devreden tarafa, koşulun gerçekleştiği andan itibaren ise devralan tarafa aittir.

Satış için alan, ya kararlaştırılan bedeli ödeyecek ya da kendisine bırakılan şeyi aynen iade edecektir⁴⁷⁶. Bu kendisine tanınmış olan yenilik doğuran bir seçimlik hak⁴⁷⁷. Oysa escrow tutanın daima kendisine bırakılmış olan şeyi iade edecektir. Bunu satarak bedelini ödemek gibi bir hakkı asla söz konusu değildir.

Satış için bırakma sözleşmesinde, satış için bırakanın ayıptan ve zapttan da sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Escrow sözleşmesinde ise, devreden tarafın

⁴⁷³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 1020; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 16.

⁴⁷⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 33; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 16; **Tandoğan**, C. I/1, s. 19.

⁴⁷⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 1022; **Zevkliler / Gökyayla**'ya göre; Satış için bırakılan malın mülkiyeti bırakma ile değil, satış için bırakılanın malı alıkoyacağını bırakana bildirdiği anda kendisine geçer, **Zevkliler / Gökyayla**, s. 16.

⁴⁷⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 35; **Eren**, Borçlar Özel, s. 1023.

⁴⁷⁷ **Tandoğan**, C. I/1, s. 27; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 35.

⁴⁷⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 1023; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 34; **Tandoğan**, C. I/1, s. 26.

devralan tarafa karşı aslî hukuki ilişki kapsamında ayıptan ve zapttan sorumluluğu söz konusu olmakla birlikte, escrow tutanın böyle bir sorumluluğu yoktur. Escrow sözleşmesi, devreden ve devralan taraf arasındaki temel hukukî ilişkinin hüküm ve sonuçlarının tamamen dışındadır.

İ. Acentelik ve Simsarlık Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması

Acentalık TBK'da değil, TTK'da düzenlenmiş olan bir sözleşmedir. Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir (TTK. M. 102/1)⁴⁷⁹.

Acente, tacirin ürettiği mal ve hizmetlerin pazarlaması ve satın alınması işini sürekli şekilde yapabileceği gibi, bu sözleşmeleri tacir adına ve hesabına da yapma yetkisine sahip⁴⁸⁰ olan bağımsız⁴⁸¹ tacir yardımcılarındandır⁴⁸². Acente, sözleşme

⁴⁷⁹ **Karaege**, s. 10.

⁴⁸⁰ Üç tarafı bir hukukî ilişki olan acente ilişkisinin hukukî niteliğinin, acentenin müvekkili ad ve hesabına hukukî işlem yapması konusunda bir temsil yetkisi bulunması halinde iradî doğrudan temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı, buna karşılık acentenin yetkisinin sadece aracılık yapmaktan ibaret olması durumunda ise temsil ilişkisinin de doğmayacağı belirtilmektedir. **Cemil Güner**, Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 8 – 16.

⁴⁸¹ Acenteyi ticari vekil, ticari mümessil ve çalışan gibi diğer temsilcilerden ayıran en önemli özelliği bağımsız olmasıdır. **Güner**, s. 23.

⁴⁸² **Karaege**, s. 9; **Güner**, s. 20;

Acentenin bu tacir yardımcılığı sıfatı ile işlem tarafı adına yaptığı işlemlerden doğan bir sorumluluğu vardır. Bu sorumluluk ABD'de de yasal metinlere girmiş ve neredeyse üzerinde tam anlaşılmış bir acente kavramı oturmuştur. Buna göre acente; *başkası ad ve hesabına hareket etme yetkisine sahip temsilcilerdir*. Ancak, Escrowun tanımı konusunda henüz netleşmiş bir tanım ve kapsam yoktur. Escrowun uygulama alanı sürekli değişmekte ve gelişmekte olduğundan, kullanılan tanımlar da sürekli olarak gelişmektedir. **Garrison**, agm. s. 46.

uyarınca kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde⁴⁸³, müvekkilinin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlüdür (TTK. m. 109/1)⁴⁸⁴. Escrow tutan ise, sözleşmenin diğer taraflarının herhangi bir mal ya da hizmeti konusunda aracı değildir. Escrow tutma işini sürekli olarak yapabileceği gibi, tek seferlik de yapabilir. Diğer tarafların adına veya hesabına herhangi bir sözleşme yapamaz. Escrow tutanın diğer taraflar adına işlem yapma yetkisi sadece sözleşme konusu olarak kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre ilgili tarafa teslim etmekten ibarettir. Bunun dışında diğer taraflardan herhangi biri adına ya da hesabına herhangi başka hiçbir sözleşme yapamaz, iş ve işlemde bulunamaz.

TTK'nın acentelikle ilgili kısmında (m. 102 – 123.) hüküm bulunmayan hallerde aracılık eden acentelere TBK'nın simsarlık sözleşmesi hükümleri (TBK. m. 520 – 525.), sözleşme yapan acentelere komisyon hükümleri (TBK. m. 532 – 546.) ve bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde vekalet hükümleri (TBK. m. 502 – 514.) uygulanır.

Acentelik sözleşmesi; tam iki tarafa borç yükleyen⁴⁸⁵, rızaî, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Acente, müvekkili adına ve hesabına sözleşmelere aracılık etmeyi ve gerektiğinde bu sözleşmeleri müvekkili adına akdetmeyi⁴⁸⁶ borçlanmasına karşılık müvekkil de kararlaştırılmış olan ücreti ödemeyi borçlanır⁴⁸⁷. Escrow

⁴⁸³ **Karaege**, s. 26.

⁴⁸⁴ **Karaege**, s. 19 – 26.

⁴⁸⁵ Acentelik ilişkisini tam iki tarafa borç yükleyen değil, üç taraflı bir hukukî ilişki olarak nitelendirilmesine dair Bkz. **Güner**, s. 15.

⁴⁸⁶ “Somut uyuşmazlığa uygulanması gereken 6102 sayılı TTK gereğince acente aleyhine ancak müvekkiline izafeten dava açılabilir. Doğrudan hasım gösterilerek acente aleyhine dava açılmaz. Bu durumda, mahkemece davalı bankanın acente sıfatıyla hareket ettiği ve acente aleyhine doğrudan hasım gösterilerek dava açılmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken farklı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi yerinde değil ise de, sonucu itibariyle doğru olan hükmün değiştirilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD. E. 2015/4192, K. 2015 / 12442, T. 24.11.2015. (Sinerji MİP. / 12.04.2018)

⁴⁸⁷ **Karaege**, s. 34.

sözleşmesi ise rızâ ve sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Ancak iki taraflı değil çok taraflı bir sözleşmedir. Kural olarak ücretsiz (ivazsız) bir sözleşmedir.

Garrison, acente ile escrow tutan arasındaki farkı Kansas Mahkemesinin 1919 yılında verdiği karardan⁴⁸⁸ da alıntı yaparak şu şekilde açıklamaktadır; “*Escrow tutan, escrow sözleşmesi ile kendisine verilen yetki alanı dışına çıktığında, davranışlarından dolayı hakları zarar gören tarafın temsilcisi gibi hareket etmez. Escrow tutanın hakları escrow sözleşmesi ile tanımlanmış olduğundan, tanımlanmış olan bu hakların yanlış yorumlanması söz konusu olamaz. Satıcı ve alıcı escrow sözleşmesine ilişkin olarak kendi riskleri bakımından escrow tutanla muhatap olurlar. Satın alma bedelini ödemeksizin teslim borcuna aykırı davranırsa... escrow tutan satıcının hatalı teslimdeki temsilcisi değildir*”⁴⁸⁹

Simsarlık sözleşmesi ise TBK’da düzenlenmiştir. Simsarlık sözleşmesi, simsarin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir (TBK. m. 520/1). TBK’daki bu tanımlı İsviçre Borçlar Kanunu’na da (m. 412) uygun olarak, “*Simsarlık; simsarin bir ücret karşılığında ya diğer tarafa bir sözleşmenin kurulması fırsatını göstermeyi ya da ona bir sözleşme görüşmesi için aracılık etmeyi borçlandığı bir sözleşmedir*” şeklinde de tanımlamak mümkündür⁴⁹⁰.

Simsarlık sözleşmesi, vekalet sözleşmesinin konusu belli ve simsarin her zaman ücrete hak kazandığı özel bir çeşididir⁴⁹¹. Bu nedenle simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır (TBK. m. 520/2)⁴⁹². Escrow

⁴⁸⁸ **Smith v. Griffith**, 105 Kan. 357, 184 Pac. 725 (1919)

⁴⁸⁹ **Garrison**, agm. s. 51 – 52.

⁴⁹⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1308 – 1309; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 713; **Turan Şahin**, Uygulamada Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, s. 12.

⁴⁹¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1312; **Şahin**, s. 31.

⁴⁹² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1312; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 713; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 520/1. maddesinde simsarlık sözleşmesinin tanımı ”...simsarin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık

sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki farklara dair yukarıda yapılan açıklamalar simsarlık sözleşmesi için de tamamen geçerli olmakla beraber, bunlara ek olarak simsarlık sözleşmesinde, şartların gerçekleşmesiyle birlikte⁴⁹³ her zaman ücret ödenmesine karşılık⁴⁹⁴ escrow sözleşmesi ücretli olabileceği gibi ücretsiz de olabilir.

J. Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 532/1)⁴⁹⁵.

Komisyoncu, alım ve satım işlemlerinde kendi adına fakat vekalet veren hesabına üçüncü kişilerle alım satım işlemi yapmaktadır. Yani burada dolaylı temsil yetkisi veren bir vekalet söz konusudur⁴⁹⁶. Escrow sözleşmesinde ise escrow tutan herhangi bir alım satım işlemi yapmamaktadır. O temel hukukî ilişki taraflarının

etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu hüküm, mehaza uygun olarak, "Simsarlık, simsarın bir ücret karşılığında, ya diğer tarafa bir sözleşmenin kurulması fırsatını göstermeyi ya da ona bir sözleşme görüşmesi için aracılık etmeyi borçlandığı bir sözleşmedir" şeklinde anlaşılmalıdır.

Simsarlık sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 404 vd maddelerinde, "tellallık" olarak adlandırılıp, düzenlenmiş bulunuyordu. ...

Simsarlık sözleşmesi vekalet sözleşmesinin, konusu belirli (akit yapma hususunda aracılık faaliyetinde bulunma) ve simsarın her zaman ücrete hak kazandığı özel bir çeşiddir." Yarg. HGK. E. 2017 / 13-644, K. 2017 / 460, T. 15.03.2017. (Sinerji MİP. / 12.04.2018)

⁴⁹³ Simsarın ücrete hak kazanması için şu üç şart birlikte gerçekleşmelidir: i) Simsarın aracılık ettiği asıl sözleşme kurulmuş olmalıdır, ii) Asıl sözleşme simsarın faaliyeti sonucunda kurulmuş olmalıdır, iii) Simsarın ücret ve giderlere ilişkin hakkının kaybı sonucunu doğuracak durumlardan biri gerçekleşmemiş olmalıdır. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1316 – 1317.

⁴⁹⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1314 – 1320; **Şahin**, s. 33 – 50.

⁴⁹⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1285 – 1286; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 693.

⁴⁹⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1286. Ve 1288; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 693. ve 695; Dolaylı temsilin vekalet sözleşmesinde uygulanması için Bkz. **Yavuz**, Dolaylı Temsil, s. 128 – 129.

kararlaştırdığı koşula bağlı olarak edimi saklamaktadır. Yani escrow tutan alan ya da satan adına ya da hesabına herhangi bir işlem yapmamaktadır.

Komisyon sözleşmesi daima ivazlı bir sözleşmedir. Bu ivaz ücrettir⁴⁹⁷. Komisyoncu, ücretinin ödenmesini kendisine verilen işi yapınca isteyebileceği gibi, işin yapılmaması vekâlet verene yükletilebilen bir sebepten kaynaklanması hâlinde de isteyebilir. Komisyoncu, başka sebeplerle işin yapılamaması durumunda, ancak emeğinin yerel âdete göre belirlenecek karşılığını isteyebilir (TBK. m. 539)⁴⁹⁸. Escrow sözleşmesi ise kural olarak ivazsız bir sözleşmedir ancak ivazlı da olabilir.

Komisyoncunun, ücreti ödeninceye kadar sattığı malın bedeli ve satın aldığı mal üzerinde hapis hakkı vardır (TBK. m. 541)⁴⁹⁹. Escrow sözleşmesinde ise böyle açık bir kanuni düzenleme olmamakla birlikte TMK. 950. ve devamı maddeler uyarınca escrow tutanın varsa ücreti, masrafları ve diğer zararları karşılanıncaya kadar kendisine teslim edilmiş olan Şey üzerinde hapis hakkı söz konusudur.

Komisyon sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Komisyon sözleşmesi ile komisyoncu kendi adına ancak vekalet veren hesabına dolaylı temsil yetkisi veren vekil olarak alım satım işlemleri yapmakta ve bunun karşılığında vekalet veren ücret ödemeyi borçlanmaktadır⁵⁰⁰. Escrow sözleşmesi ise kural olarak ivazsız ve çok taraflı bir sözleşmedir.

TBK'daki komisyon sözleşmesine dair hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır (TBK. m. 532/2)⁵⁰¹. Bu

⁴⁹⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1286.

⁴⁹⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1293; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 700.

⁴⁹⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1294; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 700.

⁵⁰⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1288 – 1296; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 695 – 702.

Komisyon sözleşmesinin tipik bir dolaylı temsil ilişkisi olduğuna ve komisyon sözleşmesinde dolaylı temsilin işleyişine dair Bkz. **Yavuz**, Dolaylı Temsil, s. 131 – 132.

⁵⁰¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1288; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 694.

nedenle, vekalet sözleşmesi ile escrow sözleşmesinin karşılaştırılmasına dair yapmış olduğumuz diğer açıklamalar, komisyon sözleşmesi için de geçerlidir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI VE BU BORÇLARA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

Escrow sözleşmesi çok taraflı bir sözleşmedir. Sözleşmenin her üç tarafının birbirinden bağımsız hak ve borçları söz konusudur. Taraflardan her birinin hak ve borçları sözleşmenin diğer taraflarıyla karşılıklıdır. Yani sözleşmenin her bir tarafı, diğer iki taraf ile karşılıklı hak ve borçları vardır.

Escrow sözleşmesi vekalet ve saklama sözleşmesine ilişkin edimlerin bir arada bulunduğu, ancak kendisine özgü edimler de barındıran bir sözleşmedir. Bu nedenle escrow sözleşmesinde tarafların hak ve borçları vekalet, saklama ve escrow sözleşmesine özgü hak ve borçlardan oluşmaktadır.

Biz çalışmamızda, hak ve borçları taraflar açısından ayırarak inceledik.

I. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Devreden Tarafın Borçları

1. Edimi Escrow Tutana Teslim Etme Borcu

Escrow sözleşmesinde devreden tarafın en temel borcu, koşulun gerçekleşmesi halinde devredilmesi kararlaştırılan edimi escrow tutana teslim etmektir⁵⁰².

⁵⁰² **Ballantine**'in ifadesiyle; “*Teslim, bir escrow sözleşmesinin (sözleşme konusu şeyin devri açısından) bağlayıcı hale gelmesi ve bu konuda yasal etki yaratması için fiilî bir beyan veya niyet ifadesi anlamına gelir. Koşullu teslim, sözleşmede yazan şey vuku buluncaya kadar, belgenin ifade ettiği mülkiyetle ilgili yasal ilişkilerin değişimini yapamayacağını ilan ettiği teslimdir.*” **Ballantine**, agm. s. 827.

Teslim, hazırlık aşamasından ifa aşamasına geçme konusunda gerekli şartları taşıyan bir escrow sözleşmesinin icrasına ve tamamlanmasına yönelik devreden tarafın iradesini ortaya koyan tek taraflı bir adımdır⁵⁰³.

CORBİN teslimin niteliklerini şöyle açıklamaktadır; “Birçok kişi neyin teslim fiilini oluşturduğu ile ilgili araştırmalarda bulunmuştur. Diğer hukukî terimler gibi, teslimle ilgili de artık öğrencileri, hukukçuları ve hakimleri bile zorlayacak şekilde, meydana gelen vakıalarla doğru orantılı olarak çeşitli kullanım türleri ortaya çıkmıştır. Özel amaçlara mahsus teslimin geçerli olabilmesi için nelerin gerekli olduğu konusunda değişik fikirler bulunmaktadır. Bu değişik fikir ve kararlar teslim konseptini artık iş adamlarının düşündüğü gibi bir elden diğerine geçen fiziksel bir eylem olmaktan çıkarmıştır. Ancak alanda çalışma yapan herkesçe kabul edilmiştir ki, teslimin gerçekleşmesi için devreden veya borçlunun kendi kısımlarını kapsayan bir teslim iradesi göstermesi gerekir. Bu aynı zamanda devredilen veya alacaklı için de geçerlidir. Her halükârda teslim tamamen fiilî nitelik taşır, hukukî ilişki ya da ilişkiler bütünü değildir.”⁵⁰⁴

Edimin escrow tutana teslim edilmesi, escrow sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri değildir. Zira escrow sözleşmesi üç tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile birlikte kurulur. Sözleşmenin kurulması için edimin ayrıca teslimi gerekmemektedir⁵⁰⁵. Ancak edimin escrow tutana teslim edilmesi, escrow ilişkisinin fiilen başlaması anlamına gelecektir.

Taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece, edimin escrow tutana teslim edilmesi, devralacak tarafın kendi ediminin muaccel hale gelmesi için geciktirici koşul durumundadır. Kendi edimini escrow tutana teslim etmemiş olan devredecek taraf, devralacak tarafın edimini yerine getirmesini isteyemez. İstese bile devralacak taraf bunu yerine getirmek zorunda değildir.

⁵⁰³ Michigan Law Review, Vol. 25. No.2 (Dec. 1926), s. 171.

⁵⁰⁴ **Corbin**, agm. s. 444.

⁵⁰⁵ Escrow sözleşmesinin rızaî bir sözleşme olduğuna dair Bkz. Yuk. “II. Bölüm, I, G.”

Devredecek tarafın edimi escrow tutana teslim etmesi için bir süre belirlenebileceği gibi, bu konuda herhangi bir süre belirlenmemiş de olabilir. Süre belirlenmiş olan durumlarda bu süre tıpkı edimin devrinin bağlandığı koşulda olduğu gibi⁵⁰⁶ koşula bağlanan ek koşul niteliğindedir. Böylece süre belirlenmiş olan hallerde koşul = hukukî fiil+süre şeklinde olmaktadır.

Normal şartlarda, devredecek tarafın edimini escrow tutana teslim etmesinden sonra, devralacak taraf kendi edimini yerine getirir. Ancak devralacak taraf, herhangi bir nedenle karşı tarafça edim zamanında escrow tutana teslim edilmeksizin escrow sözleşmesi ile belirlenen kendi edimini yerine getirmişse, kendi edimini yerine getirdiği andan itibaren devredilecek edimin mülkiyetini kazanmış durumdadır. Bu aşamadan itibaren devreden tarafın talebi edimin escrow tutana teslimi değil, doğrudan kendisine teslimi şeklinde olmalıdır. Elbette temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı saklıdır⁵⁰⁷.

2. Koşulun Gerçekleşmesi Halinde Devire Razi Olma Borcu

Escrow sözleşmesinin tipik özelliklerinden biri, hiç şüphesiz koşulun gerçekleşmesi halinde escrow tutanın kendisine bırakılmış olan edimi karşı tarafa devretme yetkisidir. Bu yetki escrow tutan açısından, sözleşmenin haklı nedenle sonlandırılması dışında geri alınamaz nitelikte bir yetkidir. Devredecek taraf, escrow sözleşmesi ile birlikte bu yetkiyi escrow tutana en baştan vermiş durumdadır. Bu yetki sözleşmede yazmasa dahi, escrow sözleşmesinin bünyesinde var olan bir yetkidir.

Escrow tutanın bu yetkisinin devreden taraf açısından görünümü ise, koşulun gerçekleşmesi halinde yapılacak olan bu devire razi olmadır. Devreden tarafın, sözleşmeye uygun olarak koşulun gerçekleştirilmesi halinde, escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edimi devralacak tarafa teslim etmesine karşı durabilmesi mümkün değildir.

⁵⁰⁶ Bkz. Yuk. “II. Bölüm, II, D, b.”

⁵⁰⁷ Bkz. Aşa. “V. Bölüm, I, C.”

BALLANTİNE'in ifadesiyle; “Escrow oluşturulduktan sonra, temlik eden yasal mülkiyet hakkına sahip olmaya devam eder ancak temellük eden belirli şartların ifası ise bu mülkiyet hakkından yoksun bırakacak kesin bir yetkiye sahiptir ve beraberinde mülkiyet hakkını kendisi iktisap eder. Böyle bir yetki önemliyken, temlik eden elbette mülkiyet hakkından mahrum kalması için korelatif (göreceli, ilişkili) bir sorumluluğa sahiptir”⁵⁰⁸.

Ancak, koşul süresinde yerine getirilmemişse yahut sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemişse, edimin devralacak tarafa devrine karşı çıkabilir. Elbette bu hakkı da hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılmıştır.

3. Escrow Tutanın Masraf, Zarar Ve Ücretini Ödeme Borcu

Escrow sözleşmesinde, kendisine teslim edilmiş olan edimi saklama borcu altına girmiş olan escrow tutan, bu edimin saklanması için bir kısım masraflar yapabileceği gibi, bu edimin saklanması sebebiyle zarara uğraması da mümkündür. Ayrıca her ne kadar kural olarak ivazsız olsa da escrow sözleşmesinde de escrow tutan lehine bir ücret belirlenmiş olabilir⁵⁰⁹.

Escrow sözleşmesinin aslî edimlerinden biri vekalet sözleşmesine ait olan iş görme edimi, diğeri ise saklama sözleşmesine ait olan saklama edimidir. Bu nedenle, masraflar ve uğranılan zarar ile ücretten sorumluluk konusunda vekalet ve saklama sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür.

Vekalet sözleşmesinde vekalet veren, vekaletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür (TBK. m.510/1)⁵¹⁰. Ayrıca, kusuru olmadığını ispat

⁵⁰⁸ **Ballantine**, agm, s. 829.

⁵⁰⁹ Bkz. Yuk. “II. Bölüm, I, F.”

⁵¹⁰ “Öte yandan, Avukatlık Kanununun 173/2. maddesinde, “Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler, iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekle avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir.” hükmü mevcut olup, bu hüküm gereğince, işin görülmesi için gerekli

etmediği müddetçe vekaletin ifası sebebiyle vekilin uğradığı zararı da gidermek zorundadır (TBK. m. 510/2). Saklama sözleşmesinde ise saklatan, sözleşmenin ifasının zorunlu kıldığı bütün masrafları ödemekle yükümlüdür. Saklatan, kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmedikçe, saklayanın saklamadan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 562)⁵¹¹.

Gerek vekalet sözleşmesinde gerekse saklama sözleşmesinde, masraf ödeme borcu için herhangi bir kusur şartı aranmamaktadır. Daha doğru bir deyişle, vekalet verenin ya da saklatanın, işin gereği gibi ifası için yapılmış olan masrafları ödemekten kaçınması için bir kurtuluş beyyinesi yoktur. Ancak, vekilin ve saklayanın uğradığı zararlarla ilgili olarak, kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmeleri mümkündür.

Aynı hususlar escrow sözleşmesi için de kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, devreden ve devralan, escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edimi gereği gibi saklamak için yaptığı masrafları ve uğradığı zararları ödemekle sorumludur. Ancak,

olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.” Yarg. 13. HD, E. 2015/17803, K. 2017/2534, T. 27.2.2017 (Kazancı MİP / 10.05.2018)

⁵¹¹ “818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 463. maddesinde vedia sözleşmesi açıklanırken, 464. maddesinde mudi'nin, ida sebebiyle husule gelen zararlardan kendi kusuru olmaksızın vukua geldiğini ispat etmedikçe, tazmin ile mükellef olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 481. maddesinde umumi ahır idare edenlerin sorumluluğu düzenlenmiş, umumi ahırları ve garajları idare edenlerin içlerine konulan veya getirilen veya kendileri veya müstahdemleri tarafından kabul olunan araba ve sair teferruatın ziya, hasar ve çalınmasından doğan zararın mudi veya hizmetinde bulunan kimseye isnadı kabil olduğunu veya mücbir sebeplerden veya tevdi olunan eşyanın mahiyetinden neşet ettiğini ispat etmedikçe mesul olacağı belirtilmiştir. İstihdam edenin sorumluluğunun düzenlendiği 55. maddede ise başkalarını istihdam eden kimsenin, maiyetinde istihdam ettiği kişilerin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan, zararın oluşmaması için hâl ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut bulursa dahi zararın oluşuna mani olunamayacağını ispat etmedikçe sorumlu olacağını açıklamıştır.” Yarg. YGK, E. 2017/17-3076, K. 2018/498, T. 21.03.2018, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

devreden veya devralan taraf uğranılan zararın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Taraflarca başka şekilde kararlaştırılmadığı sürece, escrow sözleşmesinde devreden ve devralan taraf escrow tutana ödenecek zarar, masraf ve ücretten müşterek olarak (paylı şekilde) sorumludur⁵¹². Zira masraf, zarar ve ücretleri ödeme borcu hem devreden hem de devralan taraf için söz konusudur. Ancak, bunlardan her biri borcun kendi payına düşen kısmından (ABD’de uygulamada genellikle yarısından) sorumludur.

Masraf, zarar ve ücreti ödeme konusunda devralan ve devreden taraf arasında kural olarak teselsül ilişkisi yoktur. Zira teselsül ilişkisi ancak birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar (TBK. m. 162)⁵¹³. Ancak, escrow sözleşmesinde taraflar anlaşarak escrow tutanın masraf, zarar ve ücretinden müteselsilen sorumlu olmayı kararlaştırabilirler. Bu durumda escrow tutan yaptığı masraflar, uğradığı

⁵¹² **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 460.

“Dava konusu olayda ise davalılar arasında müteselsil sorumluluk olgusu söz konusu olmadığı gibi, davacı da istirdadını talep ettiği ... TL kira parasının davalılardan 1/2 olan payları oranında tahsilini talep etmiştir. Bu durumda dava aynı ret sebebine dayanılarak ret edildiğinden mahkemece her bir davalı yararına payları oranında, başka bir anlatımla ... TL üzerinden vekalet ücreti takdir edilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirme sonucu her bir davalı yararına ayrı ayrı ... TL üzerinden fazla nispi vekalet ücreti takdir edilmesi doğru görülmediğinden hükmün vekalet ücretine hasren bozulması gerekmiştir.” Yarg. 6. HD, E. 2014 / 4460, K.2015 / 111, T.13.01.2015 (Kazancı MİP / 10.05.2018)

⁵¹³ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 465; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1227 – 1228.

“Avukatlık Kanunu’nun 165. maddesinde; “İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar.” hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca her iki tarafın müteselsilen sorumlu olduğu avukatlık ücreti, davanın kazanılması ya da takibin sonuçlanması halinde, yargılama gideri olarak hasma tahmil edilecek olan ücrettir. Davacının kendi müvekkili ile aralarındaki vekâlet ilişkisine göre hak ettiği ücretten, bu ilişkinin dışında bulunan davalı sorumlu tutulamaz.” Yarg. 4. HD, E. 2014/5696, K.2015/1801, T.19.02.2015 (Kazancı MİP / 10.05.2018)

zararlar ve varsa kendisine ödenecek olan ücretin tamamı için devreden ya da devralandan her ikisine de müteselsilen başvurabilecek, bu ikisi escrow tutana karşı borcun tamamından sorumlu olacaklardır⁵¹⁴.

Escrow sözleşmesinde ana edimlerden birinin vekalet sözleşmesine ilişkin olan iş görme edimi olması nedeniyle, vekalet sözleşmesinde geçerli teselsül ilkesi olan; “*Bir kişiye birlikte vekalet verenler, vekile karşı müteselsil olarak sorumludurlar*” (TBK.m.511) hükmünün escrow sözleşmesi için de uygulanabileceği düşünülebilirse de, hem bu hükmün bir istisna getiriyor olması nedeniyle dar yorumlanması gereği, hem de birlikte vekalet verenlerin ilişkideki aynı tarafta bulunuyor olma durumlarına göre, escrow sözleşmesindeki devralan ve devreden tarafların escrow ilişkisindeki taraf rollerinin birbirinden çok farklı olması nedeniyle bu kuralın escrow sözleşmesi açısından uygulama alanı bulabilmesi mümkün değildir⁵¹⁵.

4. Edimi İade Alma Borcu

Bu borç, escrow sözleşmesinin doğası gereği ortaya çıkmaktadır. Escrow sözleşmesinde, escrow tutana teslim edilmiş olan edim koşulun gerçekleşmesi halinde devralan tarafa ait olacaktır. Ancak, her ne sebeple olursa olsun belirlenen süre içerisinde koşul yerine getirilemezse edim devreden tarafa ait olmaya devam edecektir. Belirlenen sürede koşulun yerine getirilememiş olması, koşulun temel hukukî ilişki açısından geciktirici koşul olarak kabul edildiği durumlarda temel hukukî ilişkinin kurulamamış olması anlamına gelir. Bu durumda escrow tutan, koşulun gerçekleşmesini daha fazla beklemeyecek, escrow sözleşmesinin kendisine yüklediği sorumlulukla kendisine teslim edilmiş olan edimi devreden tarafa iade edebilecektir⁵¹⁶.

⁵¹⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1229; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 463 – 464.; **Tuhr**, s. 779.

⁵¹⁵ “*Mahkeme kararında görüldüğü gibi teselsül ilişkisi kurulmadığından hükmedilen vekalet ücreti alacağının bu kişilerden eşit oranda tahsili gerekir. Bu durumda, mahkemece; toplam vekalet ücreti alacağının 1/5 olarak borçlu lehine hükmedilmesine karar vermek gerekirken 1/2 olarak hükmedilmesi isabetsizdir.*” Yarg. 12. HD, E. 2010/6196, K. 2010/18012, T. 06.07.2010 (Kazancı MİP / 10.05.2018)

⁵¹⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 754.

Koşulun yerine getirilememesi nedeniyle, kendisine teslim edilmiş olan edimi devreden tarafa iade etme eylemi, saklama sözleşmesinde saklayanın borcuna kıyasen escrow tutan açısından bir borç olarak kabul edilmelidir⁵¹⁷. Zira escrow tutanın en temel borçlarından biri edimi iade etmektir. Bu borcun alacaklısı ise edimi escrow tutana teslim etmiş olan (devreden) taraftır. İade borcunu yerine getirmek isteyen escrow tutanın, edimi iade almakta direnen alacaklı (devreden) tarafa karşı alacaklının temerrüdü hükümlerine (TBK. m. 106 – 110) başvurma, özellikle tevdi hakkına (TBK. m. 107) da sahip olduğu kabul edilmelidir⁵¹⁸.

B. Devralan Tarafın Borçları

1. Belirlenen Koşulu Yerine Getirme Borcu

Escrow sözleşmesi ile, devralan taraf belirlenmiş olan koşulu yerine getirerek escrow sözleşmesine konu edilmiş olan edimi devralma borcu altına girmektedir. Bu borç, temel hukukî ilişkide belirlenen edimin de devralınması anlamına gelmektedir.

Koşulu yerine getirme, devralan taraf açısından bir borç olduğu kadar, aynı zamanda koşulu yerine getirerek edimi devralma şeklinde tezahür eden bir haktır⁵¹⁹.

⁵¹⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 751.

⁵¹⁸ “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 106. maddesine göre, yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. 107. maddesi gereğince de, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir.” Yarg. 7. HD, E. 2014/13511, K.2015/11, T.19.1.2015, (Kazancı MİP / 10.05.2018) Ayrıca Bkz. Aşa. “III. Bölüm, III”

⁵¹⁹ “Geciktirici koşula bağlı sözleşme, yapıldığı sırada taraflara ifa borcu yüklenmez. Bu kapsamda; iş sahibi, yükleniciye iş bedelini ödeme borcu altına girmeyeceği gibi; yüklenici de işe başlama borcu altına girmez. Ancak; 818 Sayılı Yasa'nın 150. maddesi hükmü gereğince, koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ödenmesine engel olacak her türlü davranıştan sakınmakla yükümlüdür. Koşula bağlı hakları tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı kesin olan alacaklıların haklarını korumak için yapmaya yetkili oldukları önlemleri alabilir. Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan temlik her tasarruf, koşulun sonuçlarını ihlal ettiği oranda, batıl olur. Geciktirici koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin beklendiği süre içinde; taraflar,

Devralan taraf, escrow sözleşmesi ile belirlenmiş olan koşulu tam olarak yerine getirdiğinde, kural olarak başka herhangi bir makamın onayına ihtiyaç duymaksızın edimi escrow tutandan devralma hakkını elde edecektir. Bu konuda özellikle devredecek olan tarafın onayına ihtiyaç duymayacaktır. Ancak uygulamada bazen, koşulun yerine getirilip getirilmediğinin tespiti konusunda teknik bilgisi olan tarafsız bir kişinin koşulun yerine getirdiğini onaylaması da aranmaktadır. Kanımızca, escrow sözleşmesinde belirlenen koşul ile, koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda aranan bu onayı birlikte değerlendirmek ve bu iki olayı birlikte koşul olarak değerlendirmek gerekir.

Koşulun yerine getirilmemesi, escrow sözleşmesi açısından borcun ifa edilmemiş olması anlamına gelecektir. Bu durumda borç hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olduğundan devralacak taraf, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, devredecek tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK.m.112). Burada özellikle escrow tutanın ücreti, saklama masrafları ve zararları devredecek tarafça ödenmiş olan miktarları ödemek zorunda kalacaktır.

2. Edimi Teslim Alma Borcu

Bu borç da, devreden tarafın edimi iade alma borcu gibi escrow sözleşmesinin doğası gereği ortaya çıkmaktadır. Escrow sözleşmesinde, escrow tutana teslim edilmiş olan edim koşulun gerçekleşmemesi halinde devreden tarafa ait olmaya devam edecektir. Ancak, koşul yerine getirildiği takdirde edim devralan tarafa ait olacaktır.

Belirlenen sürede koşulun yerine getirilmiş olması, koşulun temel hukukî ilişki açısından geciktirici koşul olarak kabul edildiği durumlarda temel hukukî ilişkinin kurulmuş olması anlamına gelir. Bu durumda escrow tutan, koşulun

erteleyici koşulun gerçekleşmesini engelleyen ve zorlaştıran tasarruflardan kaçınmak durumundadırlar. Aksi halde borçlunun belirtilen nitelikteki eylemi veya bir tasarrufu ile zarara uğrayan alacaklı, 818 Sayılı Yasa'nın 96. maddesi hükmü gereğince, karşı taraftan maddi zararının giderilmesini isteyebilir.” Yarg. 15. HD, E. 2010/7170, K.2013/1427, T.28.02.2013, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

gerçekleştiğini öğrendiği andan itibaren makul bir sürede edimi devralan tarafa teslim edecektir.

Sözleşmede teslim almanın ne zaman gerçekleşeceğine dair bir hüküm yoksa ve tersine bir âdet de yoksa, saklama sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile devralanın edimi derhal teslim alması gerektiği kabul edilmelidir⁵²⁰. Teslim borcunu yerine getirmek isteyen escrow tutan, edimi teslim almamakta direnen alacaklı (devralan) tarafa karşı, tıpkı devreden tarafın iade alma borcunda olduğu gibi⁵²¹ alacaklının temerrüdü hükümlerine (TBK. m. 106 – 110) başvurma, özellikle tevdi hakkına (TBK. m. 107) da sahiptir.

3. Escrow Tutanın Masraf, Zarar Ve Ücretini Ödeme Borcu

Escrow sözleşmesinde, escrow tutanın masraf, zarar ve ücretin ödeme konusunda devreden taraf açısından yapılmış olan açıklamaların tamamı devralan taraf açısından da geçerlidir. Bu nedenle tekrardan kaçınmak adına ilgili bölüme⁵²² atıf yapmakla yetiniyoruz.

C. Escrow Tutanın Hak Ve Borçları

1. Bağımsız Ve Tarafsız Olma Borcu

Escrow sözleşmesinde, escrow tutanın var olma amacı bağımsız ve tarafsız bir kişilik olmasıdır. Escrow tutan, temel hukukî ilişki taraflarının dışında ancak temel hukukî ilişkinin tüm taraflarının güvendiği, inandığı, bağımsız ve tarafsız bir kişidir. Temel hukukî ilişki tarafları, gerçekleştirecekleri ilişkinin edimlerinden en az birini koşula bağlamış, bu koşulun gerçekleşmesi halinde edimin karşı tarafa devri konusunda ise bağımsız ve tarafsız bir kişi olan escrow tutanı yetkilendirmişlerdir.

Escrow tutan, escrow sözleşmesinin başlangıcından, sözleşme ile belirlenen koşul gerçekleşip edim devredilinceye kadar sözleşmenin her iki tarafının bir vekili ve

⁵²⁰ Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 219.

⁵²¹ Bkz. Aşa. “III. Bölüm, III.”

⁵²² Bkz. Yuk. “III. Bölüm, I, A, 4.”

yedimini gibidir⁵²³. Koşulun yerine gelip gelmediği ve kendisine teslim edilmiş olan edimin kime teslim edileceği konularında devreden ve devralan tarafın çatışan menfaatleri arasındaki dengeyi, bu iki taraflı yetkisine dayanarak sağlamak zorundadır.

Koşul yerine getirildikten veya belirlenen süre dolduktan sonra ise bu yediminlik ilişkisi tek taraflı bir ilişkiye döner. Bu aşamadan itibaren escrow tutan sadece sözleşmedeki devralan tarafın temsilcisi durumundadır. Çünkü bu aşamadan itibaren; her iki tarafın ortak beyanı yahut mahkeme kararı olmadığı sürece asla edimi devredene iade edemez, sadece devralana iade edebilir⁵²⁴. Aynı şekilde; eğer koşul belirlenen sürede yerine getirilemezse, belirlenen sürenin dolmasından itibaren escrow tutan sadece devreden tarafın temsilcisi ve yedimini durumundadır ve edimi devredene iade etmek zorundadır. Her iki ihtimalde de aksi bir davranış yani edimin yanlış kişiye verilmesi kendisinin şahsi sorumluluğunu doğuracaktır.

Bu nedenlerle, hem koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği, hem de koşulun gerçekleşme durumuna göre kendisine teslim edilmiş olan edimin teslim edileceği tarafı doğru tespit etmek adına escrow tutan hem taraflardan bağımsız olmalı ve hem de tarafsız olmalıdır. Aksi halde yani taraflardan birinden emir veya talimat alması yahut taraf tutması durumunda, escrow sözleşmesinin doğası gereği zorunlu olan⁵²⁵, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi vasfını kaybedecektir.

2. Sözleşme Konusu Edimi Saklama Borcu

Escrow sözleşmesinde escrow tutanın en önemli borçlarından bir tanesi, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturan edimin teslim alınması ve edimin türüne, niteliğine uygun ve güvenli bir yerde (TBK. m. 561/1) saklanmasıdır⁵²⁶.

⁵²³ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, I, c.”

⁵²⁴ **Bowman / Milligan**, s. 105.

⁵²⁵ “I. Bölüm, II.”

⁵²⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 750.

Saklama borcu edimin güvenli yerde tutulmasının yanında, edimin türüne ve niteliğine göre edimin yok olması, bozulması, çalınması ve diğer herhangi bir şekilde edimin zarar görmesini engelleyici tedbirleri almayı yani korunmasını, bütünlüğünün ve kullanım amacına özgü bütünlüğünün muhafaza edilmesini ve saldırılara karşı korunmasını da içerir⁵²⁷.

Saklama borcunun kapsamı ve alınacak tedbirlerin kapsamı edimin niteliğine, hal ve koşullara ve taraflar arasında yapılmış olan sözleşmeye göre belirlenir⁵²⁸. Ancak escrow tutan, edimi saklamak üzere teslim alırken kontrol ederek escrow sözleşmesinde belirtilen niteliklerde olup olmadığını kontrol etmelidir. Kontrol etmezse yahut susarak edimi teslim alırsa edimin sözleşmede belirtilen niteliklere sahip olduğunu kabul etmiş sayılacaktır. Başlangıçta susmasına rağmen sonradan edimin escrow sözleşmesinde belirtilen nitelikleri taşımadığının ileri sürülmesi ise hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir⁵²⁹.

Saklama borcu, escrow tutan tarafından bizzat yerine getirilmelidir (TBK. m. 506, TBK. m. 83)⁵³⁰. Zira escrow sözleşmesi, devreden ve devralan taraf ile escrow tutan arasındaki güven ilişkisine dayanır. Devreden ve devralan taraf escrow tutanın

⁵²⁷ “Somut olayda davacının ileri sürdüğü ve davalılardan Akmerkez Gayrimenkul Yatırım AŞ.'nin kısmen kabul ettiği olgulara göre, davacının tazminat isteminin temeli BK.'nın 463. maddesinde tanımlanan vedia sözleşmesine dayanmaktadır. Gerçekten de saklama bir sözleşmedir ki onunla saklayıcı, saklatanca kendisine bırakılan taşınır bir malı kabul etme ve onu güvenli bir yerde koruma borcu altına girer. Davacı, bu davasında davalının sözleşmenin kendisine yüklediği güven ve özenle koruma borcuna aykırı davranması nedeniyle oluşan zararını istemiştir. Her ne kadar otopark girişi sırasında kendisine verilen bilet arkasında matbu ifadelerle "araçta meydana gelecek hasar ve kayıp eşyadan yönetimin sorumlu olmayacağı" sözleri yazılı ise de bu hüküm saklayanın güvenle saklama ve özen borcuna açıkça aykırılık teşkil ettiği için geçersizdir. Kaldı ki Akmerkez gibi böylesine büyük ve toplumun belirli bir kesimine hitap eden iş merkezinin otoparkına aracını bırakan kimselerin araçlarından ve içerisindeki eşyalarının güvenliğinden kaygı duymamaları gerekir. Davacı oluşan zararını istemekte haklıdır.” Yarg. 13. HD, E.2003/5039, K.2003/8870, T.01.07.2003, (Kazancı MİP / 10.05.2018)

⁵²⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 750.

⁵²⁹ The American Law Register (1852-1891), Vol. 25, No. 3, New Series Vol. 16, (Mar. 1877), s. 179.

⁵³⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 724.

bağımsız ve tarafsızlığına güvenmenin yanında, onun saklama işini de gereğince yerine getireceğine güvenmektedirler.

İşin şahsen yapılmasının gerekmesi escrow tutanın yardımcı kişilerden faydalanmayacağı anlamına gelmez. Örneğin; avukat olan escrow tutan, kendi ofisindeki diğer çalışan avukatlar ve yardımcı personelin yardımından faydalanabilir. Benzer şekilde escrow tutanın bir tüzel kişi olması durumunda da gerek tüzel kişinin organlarını oluşturan kişiler ve gerekse tüzel kişi bünyesindeki çalışanların bu kapsamda kullanılması mümkündür. Ancak; escrow tutan saklama işini, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer taraflara verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 116/1).

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Ancak TBK. m. 116/3 uyarınca uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüz olduğundan, özellikle avukat, banka ve yetkili organ tarafından escrow tutan olarak görev yapmak üzere lisanslanmış kişilerin yardımcı kişilerin fiilinden sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar da kesin hükümsüz olacaktır.

3. Kendisine Teslim Edilen Edimi Kullanmama Borcu

Escrow tutan, kendisine teslim edilmiş olan edimi, niteliği ne olursa olsun kullanamaz (TBK. m. 563/1).

Escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edimi kullanmama borcu, kendisinin güvenilir ve emin bir kişi olmasının yanında, sözleşme konusu şeyin saklanması borcunun da bir sonucudur. Zira escrow tutan edimin türüne ve niteliğine göre edimin yok olması, bozulması, çalınması ve diğer herhangi bir şekilde edimin zarar görmesini engelleyici tedbirleri alarak edimi korumak, bütünlüğünün ve kullanım amacına özgü bütünlüğünün muhafaza edilmesi sağlamak zorundadır.

Teslim edilmiş olan edimin kullanılması ise bu yükümlülöklere aykırı davranmak anlamına gelecektir⁵³¹.

Kural edimin kullanılmaması olmakla birlikte, devreden ve devralan tarafın birlikte izin vermesi durumunda, edimin escrow tutan tarafından kullanılması mümkündür. Bu izin açıkça verilebileceği gibi, örtülü de olabilir. Sınırlı ya da sınırsız olarak verilebilir ve her zaman da geri alınabilir. Ancak her halükârda hem devreden tarafın hem de devralan tarafın bu kullanıma izin vermiş olması şarttır. Bunlardan herhangi biri kullanıma izin vermezse escrow tutan edimi kullanamamalıdır. Zira teslim edilmiş olan edim üzerinde her iki tarafın da menfaati bulunmaktadır.

Escrow tutan kullanım yasağına aykırı davranırsa, uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik halden doğacak zararlardan da sorumlu olur (TBK. m. 563/2). Bu kullanım bedeli ve beklenmeyen hal nedeniyle doğacak zararları talep etme yetkisi, edimin kaderine bağlıdır. Yani, koşul gerçekleşmemiş ve edimin mülkiyeti halen devredecek tarafta ise talep yetkisi ona aittir. Koşul gerçekleşmiş ve edimin mülkiyeti devredecek tarafa geçmişse talep yetkisi de ona aittir.

4. Özen Borcu

Escrow sözleşmesinde, escrow tutan sözleşme uyarınca kendisine teslim edilen eşyayı özenle saklamak zorunda olduğu gibi, koşulun yerine getirilip getirilmediğinin tespiti açısından escrow tutan, devralan ve devreden tarafın çatışan menfaatlerini gözeterek, koşulun tam ve eksiksiz olarak yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek zorundadır. Koşul yerine getirilmiş ise edim devralacak tarafa teslim edilecek, aksi halde devreden tarafa iade edilecektir. Koşulun yerine getirilip getirilmediğinin tespiti yükünün escrow tutana yüklenmiş olması, escrow tutanı diğer iki tarafa karşı sadece saklama ediminin ötesinde bir borç altına sokmaktadır. Escrow tutan bu borcunu, her iki taraftan almış olduğu yetkiye istinaden özenle ifa etmek, gerekli inceleme ve araştırmaları tam bir titizlikle yerine getirerek koşulun yerine getirildiğini tespit etmek ve edimi hangi tarafa teslim edeceğine bu titiz ve özenli

⁵³¹ **Garrison**, agm. s. 49.

araştırma sonrasında karar vermek zorundadır. Aksi halde ortaya çıkan zarardan kişisel olarak sorumlu olacaktır⁵³².

Türk hukuku açısından iş görme ve saklama borcu doğuran bir sözleşme olan escrow sözleşmesine, bünyesine uygun düştüğü ölçüde vekalet ve saklama sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini yukarıda belirtmiştik. Escrow tutanın özen borcu ve bu özen borcunun derecesi konusunda da vekaletle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre; escrow tutan üstlendiği iş ve hizmetleri, tarafların haklı menfaatlerini gözeterek, özenle yürütmekle yükümlüdür. Escrow tutanın özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir escrow tutanın göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK. m. 506/2-3)⁵³³.

⁵³² “*Dava, davacı tarafından davalıya kesilmesi için verilen hayvanların kesim işlemi yapıldıktan sonra üç tanesinin gövdesinin davalının deposundan çalınması üzerine et bedelinin tahsili amacıyla başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Taraflar arasında saklama sözleşmesi bulunduğu mahkemenin de kabulündedir. Uyuşmazlık, davalının kendisine saklanması için bırakılan etlerin çalınmasından dolayı sorumlu olup olmadığı noktasındadır. Mahkemece her ne kadar davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, davalının yaşanan hırsızlık olayı neticesinde etlerin çalınmasından dolayı kusurlu olup olmadığı araştırılmamıştır. O halde, mahkemece davalının etlerin çalınmasından dolayı kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalı, gerekirse bu hususta taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yarg. 13 HD. E. 2015/15113, K. 2017/2724, T. 01.03.2017. (Kazancı MİP. / 12.05.2018)*

⁵³³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 730; vekilin özen borcunun hukukî nitelikleri için Bkz. **Başpınar**, s. 147 – 170;

“*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, "benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır." hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. (TBK'nin 504/1.maddesi). Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur... Bu sorumluluk BK'de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK'de benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da*

Burada escrow tutanın borcu objektif kriterlere göre belirlenen özen borcudur. Bu borcun derecesinin belirlenmesinde saklanacak şeyin niteliği, özellikleri, saklama süresi, saklamanın zorluları gibi objektif kriterler yanında escrow tutanın mesleki bilgi ve deneyimi gibi sübjektif kriterler de göz önünde bulundurulacaktır⁵³⁴.

Özen borcuna aykırı davranılması sözleşmenin ihlali anlamına gelir. Bu durumda diğer tarafların sözleşmenin ihlalinden zararını gidermek zorundadır⁵³⁵. Ancak escrow tutan bu işi ücretsiz olarak yapmakta ise iş özellikle escrow tutan için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilecektir (TBK. m. 114)⁵³⁶.

ağırlaştırılmıştır.” Yarg. HGK. E. 2017/1-1202, K. 2017/1049, T. 31.05.2017. (Sinerji MİP. / 12.04.2018)

⁵³⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 731; **Başpınar**, s. 180.

⁵³⁵ Buradaki zarar müspet zarar olup hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kâr bu zararın kapsamına girecektir.

⁵³⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 732.

“Bu konuda, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu (TBK 112/1), borçlunun, genel olarak her türlü kusurdan sorumlu olup, bu sorumluluğun kapsamının işin özel niteliğine göre belirleneceği, iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceği (TBK 114/1), haksız fiil sorumluluğuna dair hükümlerin, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı (TBK 114/2) hükümleri bulunmaktadır.

Kanunda yer alan borca (sözleşmeye) aykırılık sebebiyle giderim yükümlülüğünün koşulları, haksız fiil sebebiyle sorumluluk koşullarıyla benzerlik taşımakta olup, yüklenicinin eser sözleşmesinin ifasında gerekli tedbirleri almayarak iş sahibinin zararına neden olması da eser sözleşmesi kapsamında giderim yükümlülüğüne neden olan bir eylemdir. TBK 114/1. maddede borçlunun genel olarak her türlü kusurdan sorumlu olduğu, sorumluluğun kapsamının işin özel niteliğine göre belirleneceği düzenlenmiş olduğundan, meydana gelen zararda yüklenici kusurunun derece ve etkisinin değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Kusursuzluğunu ispat etmek borçluya ait olduğundan zarar verenin kusurunun ispatlanmasını arayan haksız fiil hükümlerine de gidilmesine de gerek olmayıp, yüklenici 114/1. maddenin sonucu olarak ispatlayamadığı kusursuzluğu ölçüsünde, kabulü gereken kusurunun derecesi yani oranına göre meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.” Yarg. 15. HD. E. 2017/2759, K. 2018/680, T. 20.02.2018. (Kazancı MİP. / 12.05.2018)

Escrow tutanın hafif kusurundan ve yardımcı kişilerin kusurundan (TBK. m. 116/2) sorumlu olmayacağına dair anlaşma yapılabilir. Ancak escrow tutanın ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 115/1)⁵³⁷.

Ancak escrow tutan uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, escrow tutanın hafif kusurundan ve yardımcı kişilerin fillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 115/son – 116/son).

5. Sır Saklama Borcu

Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önceden bilinmeyen hususlardır⁵³⁸. Sır niteliğindeki hususlar, başta kişisel veriler olmak üzere kişilik hakkının kapsamına giren hususlar, ticari hususlar ve benzeri olabilir.

Sır saklama borcu vekalet ya da saklama sözleşmeleri kapsamında TBK'da açıkça yazılmamıştır. Ancak TBK. m. 506/2'de düzenlenen "haklı menfaatleri gözetme ve sadakat" borçları kapsamında sır saklama borcunun da varlığı kabul edilmelidir⁵³⁹.

⁵³⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 733.

⁵³⁸ **Yalçınduran**, s. 79.

⁵³⁹ **Yalçınduran**, s. 78.

"...Esasen bu yorum tarzı; vekalet sözleşmesinin hukuksal niteliğine, özellikle de yukarıda belirtilen ve vekalet ilişkisinin kurulmasının adeta ön koşulunu oluşturan "karşılıklı güven" unsuruna, dahası, bu unsurla yakın bir ilgisi bulunan; kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte öğretide ve yargısal uygulamalarda vekilin borçlarından biri olarak kabul edilen ve vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi varlığını devam ettireceği benimsenen "sır saklama yükümlülüğü"ne de uygun bir sonucu ortaya koymaktadır. Gerçekten de, her ne kadar somut olayda böylesi bir durum söz konusu değil ise de, yukarıda değinildiği gibi, hizmetle ilgili diğer sözleşmelerin taraflarına oranla çok daha yoğun bir şekilde karşılıklı güven duygusu içerisinde buldukları için, aralarında hukuken geçerli bir vekalet ilişkisi kurmuş olan tarafların; bu güven

Escrow tutan, escrow sözleşmesi süresince başta escrow sözleşmesine konu olan temel hukukî işlem olmak üzere, devreden ve devralan tarafın birçok kişisel ve ticari sırrına vakıf olacaktır. Bu sırlara vakıf olan escrow tutanın da sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu şüphesizdir. Zira, hem devreden ve devralan tarafın kişisel ve ticari sır niteliğindeki bilgilerinin saklanması haklı menfaati vardır hem de kendisinin dürüst, tarafsız ve bağımsız bir kişi olarak escrow tutma işini gereği gibi ifa edeceğine inanmış olan kişilerin bu güvenine karşı sadakatle davranmak ve sırlarını saklamak zorundadır.

6. Sözleşme Konusu Saklanan Edimi İlgili Tarafa Teslim Borcu

Escrow sözleşmesi ile escrow tutan, devreden tarafından kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşulun yerine getirilmesi halinde devralacak tarafa teslim etmeyi aksi halde devreden tarafa teslim (iade) etmeyi borçlanmaktadır. Bu teslim borcu, escrow sözleşmesinde escrow tutanın aslî edim borçlarındanır.

Gerek süreli gerekse süresiz olarak yapılmış olan escrow sözleşmesinde, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte escrow tutanın iade borcu muaccel hale gelir. Ancak, bu borç açısından escrow tutanın temerrüde düşmesi için ihtar şarttır. Zira, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (TBK. m. 117)⁵⁴⁰.

Süreli escrow sözleşmeleri açısından da aynı kural geçerlidir. Zira, escrow tutan devreden ve devralan tarafın dışında, onlardan bağımsız bir kişidir. Koşulun taraflarca yerine getirilip getirilmediği her zaman escrow tutanın denetim ve bilgisi

duygusu nedeniyle üçüncü kişilerce bilinmesini asla istemeyecekleri birtakım özel hususlar hakkında birbirlerini bilgilendirmiş veya bir tarafın bu nitelikteki bilgilere diğerinin ulaşmasında sakınca görmemiş olması mümkündür...” Yarg. HGK. E. 2006/13-610, K. 2006/639, T. 11.10.2006. (Kazancı MİP. / 12.05.2018)

⁵⁴⁰ İhtarın muhatabı temerrüde düşürmek istenen konuyu ihtiva etmesi gerektiğine dair; “Mahkemece borçlunun temerrüdüne esas tutulan 1.7.1998 günlü davacı ihtarında belirli bir paranın ödenmesi istenmediğinden bu ihtar BK.nun 101.maddesi anlamında davalıyı direngen duruma düşürmez.” Yarg. 15.HD. E. 2001/5527, K. 2002/1585, T. 04.04.2002. (Kazancı MİP. / 12.05.2018). Bu nedenle escrow sözleşmesinde, escrow tutan edimi teslim ve iade konusunda temerrüde düşürülmek istendiğinde, edimin iade edilmesi gerektiği hususu ihtarda açıkça belirtilmelidir.

dahilinde olan bir husus değildir. Ancak koşulun gerçekleştirilmesi için süre belirlenen hallerde, bu süre içerisinde veya bu süreye eklenecek başka bir süre içerisinde bildirim yapılmaması halinde iade borcunun muaccel olacağı kararlaştırılmışsa yahut taraflardan birine iade tarihinin belirlenmesi için verilen yetkiye istinaden bir tarih belirlenmişse, belirlenmiş olan bu sürenin bitiminde iade borcu muaccel olacaktır (TBK. m. 117/2). Diğer taraftan, aşağıda açıklanacağı üzere, escrow sözleşmesinde teslim borcunun ifa yeri edimin saklandığı yerdir. Yani, teslim borcunun ifası için escrow tutanın edimi teslim edeceği kişiye gitmesi değil, edimi teslim alacak kişinin escrow tutana gelmesi gerekmektedir.

Escrow sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında, iade borcunun kapsamı açısından önemli bir fark bulunmaktadır. Bilindiği üzere doğrudan temsil yetkisi veren vekalette, vekilin yaptığı işlemlerden doğan haklar doğrudan doğruya vekalet verene aittir⁵⁴¹. Ancak dolaylı temsil yetkisi veren vekalette, kazanılmış olan haklar önce vekile ait olacak, sonrasında ise taşınırlarda aynî sözleşme ve zilyetliğin devri, taşınmazlarda tescil ve alacaklarda yazılı devir sözleşmesi ile devredilecektir⁵⁴². Escrow sözleşmesinde ise, escrow sözleşmesinde bulunan edim, en baştan itibaren devredene aittir. Koşulun gerçekleşmesi halinde ise devralan tarafa ait olacaktır. Kendisine teslim edilmiş olan edimin mülkiyeti hiçbir zaman escrow tutana geçmez.

Edimin teslim edilmesi borcu ile ilgili TBK. 568'in de kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre, bir üçüncü kişi, saklanan edim üzerinde aynı hak iddiasında bulursa bile, edim haczedilmedikçe veya escrow tutana karşı istihkak davası açılmadıkça escrow tutan, onu koşulun gerçekleşmesi durumuna göre devreden veya devralan tarafa teslim etmekle yükümlüdür. Haciz konulması veya istihkak davası açılması halinde escrow tutan, durumu hemen diğer taraflara bildirmek zorundadır.

⁵⁴¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 736.

⁵⁴² **Eren**, Borçlar Özel, s. 737; Dolaylı temsilde temsilci, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkiler ve bu ilişkilerin işleyişi için Bkz. **Yavuz**, Dolaylı Temsil, s. 139 – 273.

7. Ücret Talep Hakkı

Ücret kelimesi TBK’da tanımlanmamıştır. Ancak İş Kanunu m. 32 ücret kelimesinin tanımını yapmaktadır. Buna göre; genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Öğretide yapılan tanımlar ve işin niteliği göz önüne alındığında bu tanımın genel olarak kabul gördüğü ve hizmet sözleşmesi dışında diğer iş görme sözleşmeleri açısından da aynı şekilde kabul edildiği görülmektedir⁵⁴³.

İvazlı iş görme sözleşmesi niteliğindeki sözleşmelerde, diğer tarafın edimine karşılık olarak yapılan ödeme, ücret olarak adlandırılmaktadır⁵⁴⁴. Hizmet sözleşmelerinde⁵⁴⁵, ivazlı vekâlet sözleşmelerinde, acentelik sözleşmelerinde, komisyonculuk sözleşmelerinde ve diğer karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ücret sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir. Bu aynı zamanda, iş gören taraf için bir hak ve işveren taraf açısından ise bir borç teşkil etmektedir⁵⁴⁶.

Ücret çeşitli şekillerde hesap edilebilir ve ödenebilir. Her şeyden önce kural ücretin para olarak ödenmesidir. Ücretin paradan başka şeylerle ödenip ödenemeyeceği doktrinde tartışmalı⁵⁴⁷ olmakla birlikte tedavül ya da parasal değeri bulunan şeylerin ücret olarak kararlaştırılabileceği, tedavül ya da parasal değeri olmayan şeylerin karşı edim olarak kararlaştırılması durumunda ise bunun isimsiz

⁵⁴³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 914; **Karaege**, s. 100.

⁵⁴⁴ Mülkiyeti devir ve kullandırma borcu yükleyen sözleşmelerde (satış, kira) ödenen karşılık olarak bedel kelimesi, iş görme borcu doğuran sözleşmelerde ise (hizmet, eser, yayım, vekalet) ücret kelimesi kullanılmaktadır.

⁵⁴⁵ Bir hizmetin görülmesinin veya hizmet ediminin vaad olunmasının bir ücret karşılığında olmadığı durumlarda, hizmet sözleşmesi değil vekalet sözleşmesi söz konusu olur. **Mustafa Halit Korkusuz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu’na Tabi İşçilere Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 12.

⁵⁴⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 915; **Korkusuz**, s. 12.

⁵⁴⁷ Ücretin paradan başka şeylerle yahut paraya eklenen diğer menfaatlerle ödenip ödenemeyeceği konusundaki görüşler için Bkz. **Yalçınduran**, s. 113.

sözleşme niteliği taşıyacağı savunulmaktadır⁵⁴⁸. Hesap ediliş şekline göre ise; götürü ücret, zamana göre ücret, oransal ücret, başarıya göre ücret ve karma ücret olarak hesap edilip ödenmektedir⁵⁴⁹.

Komisyon kelimesi ise genellikle, ücretin yapılan işin değerine göre belirli bir oran şeklinde belirlenmesini ifade eder⁵⁵⁰. Komisyon, işçinin ücretinin yanında kârdan ya da cirodan ödenen paydan farklı olup, genellikle sürekli olmayan ilişkilerde bizzat ücret yerine ödenen paydır.

Escrow tutan, taraflar arasındaki temel hukukî ilişkide, taraflardan en az birinin edimini, koşul gerçekleşinceye kadar yahut koşulla bağlı olunan süre geçinceye kadar saklamak ve sonunda escrow sözleşmesine uygun olarak edimi eski ya da yeni sahibine teslim etmek zorundadır. Görüldüğü üzere escrow tutanın edimi bir iş görme edimidir. Dolayısıyla escrow sözleşmesi de bir iş görme borcu doğuran sözleşmedir⁵⁵¹.

Escrow tutan, escrow tutma işini ücretsiz olarak yerine getirebileceği gibi, özellikle sürekli ve ticari olarak bu işle uğraşanlar başta olmak üzere, tıpkı vekalet sözleşmesinde (TBK. m. 502/3) ve genel saklama sözleşmesinde (TBK. m. 561/2) olduğu gibi sözleşme, teamüller, işin gereği ya da yasa uyarınca ücret ödenmesi gereken hallerde escrow tutana ücret ya da komisyon ödenmesi gerekmekte olmasının yanında escrow sözleşmesinde çoğu zaman işin niteliği gereği de ücret ödenmesi söz konusu olacaktır.

Ücretli escrow sözleşmesinde ücret, temel hukukî ilişki taraflarının escrow tutana karşı yerine getirmek zorunda olduğu aslî edimdir. Temel hukukî ilişki tarafları açısından bir borç olan ücret, escrow tutan açısından ise bir alacaktır⁵⁵². Escrow tutanın ücreti başlangıçta yani götürü ücret olarak kararlaştırılması mümkün olduğu gibi,

⁵⁴⁸ **Yalçınduran**, s. 114.

⁵⁴⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 917; **Yalçınduran**, s. 115 ve 133.

⁵⁵⁰ **Karaege**, s. 100.

⁵⁵¹ Diğer iş görme sözleşmeleri için Bkz; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 963. ve devamı.

⁵⁵² **Karaege**, s. 102.

zamana göre ücret veya oransal ücret (Komisyon) şeklinde ödenmesi de mümkündür⁵⁵³.

Ücret taraflarca belirlenebileceği gibi, taraflarca belirlenmediği durumlarda bu konuda yetkilendirilmiş bir otorite tarafından ya da teamüller ile belirlenebilir⁵⁵⁴. ABD’de ücretin taraflarca belirlenmesi ve aşırı yüksek olması nedeniyle ifa güçlüğü yaşanması durumunda, mahkeme tarafından ücretin hakkaniyete uygun bir miktara indirilebileceği kabul edilmektedir⁵⁵⁵.

Taraflarca başka şekilde kararlaştırılmadığı sürece, escrow sözleşmesinde devreden ve devralan taraf escrow tutana ödenecek ücretten paylı şekilde sorumludur⁵⁵⁶. Zira ücretleri ödeme borcu hem devreden hem de devralan taraf için söz konusudur. Ancak, bunlardan her biri borcun kendi payına düşen kısmından sorumludur.

Ücreti ödeme konusunda devralan ve devreden taraf arasında kural olarak teselsül ilişkisi yoktur. Zira teselsül ilişkisi ancak birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse yahut kanun hükmü⁵⁵⁷ ile doğar (TBK.m.162). Ancak, escrow sözleşmesinde taraflar anlaşarak escrow tutanın ücretinden devreden ve devralan tarafın iki taraflı sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda escrow tutan kendisine ödenecek olan

⁵⁵³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 917 – 919; **Yalçınduran**, s. 115 – 122.

⁵⁵⁴ Hizmet sözleşmesinde ücretin miktarının belirlenmesinde üç kaynak söz konusudur; bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve emsal ücret. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 916.

⁵⁵⁵ The University Of Chicago Law Review, Vol. 13. No. 2 (Feb. 1946), s. 211.

⁵⁵⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 460; Ayrıca Bkz. Yuk. “III. Bölüm, I, A, 4.”

⁵⁵⁷ Yukarıda “III. Bölüm, I, A, 4. Escrow Tutanın Masraf, Zarar ve Ücretini Ödeme Borcu” başlığında belirtildiği üzere; escrow sözleşmesinde ana edimlerden birinin vekalet sözleşmesine ilişkin olan iş görme edimi olması nedeniyle, vekalet sözleşmesinde geçerli teselsül ilkesi olan; “*Bir kişiye birlikte vekalet verenler, vekile karşı müteselsil olarak sorumludurlar*” (TBK. m. 511) hükmünün escrow sözleşmesi için de uygulanabileceği düşünülebilirse de, hem bu hükmün bir istisna getiriyor olması nedeniyle dar yorumlanması gereği, hem de birlikte vekalet verenlerin ilişkideki aynı tarafta bulunuyor olma durumlarına göre, escrow sözleşmesindeki devralan ve devreden tarafların escrow ilişkisindeki taraf rollerinin birbirinden çok farklı olması nedeniyle bu kuralın escrow sözleşmesi açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

ücretin tamamı için devreden ya da devralandan istediğine yahut her ikisine de müteselsilen başvurabilecek, bu ikisi escrow tutana karşı borcun tamamından sorumlu olacaklardır⁵⁵⁸.

Escrow tutanın ücret alacağının tabi olacağı zamanaşımı süresi ise TBK. m. 146'da yer alan on yıllık genel zamanaşımı süresidir⁵⁵⁹.

8. Escrow Tutanın Hapis Hakkı

a. Genel Olarak

Hapis hakkı, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri vermesi gereken borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir haktır⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 463-464.

⁵⁵⁹ “ ...somut olayda, davacının sigortalısına ait araç davalı tarafa ait otoparka bırakılmış olduğundan sigortalı ile davalı yan arasında 6098 Sayılı BK'nun 561 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan vedia (saklama) sözleşmesi ilişkisi kurulmuş ve araç davalı tarafın sorumluluğunda iken davalı işyeri çalışanının aracı kullanması sırasında meydana gelen kazada hasarlanmıştır. Bu durumda, dava 6098 Sayılı BK'nun 146 vd. maddesine göre on yıllık zamanaşımına tabi olup islahın zamanaşımı süresi içerisinde yapılmış olmasına göre davalılar vekillerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle ... karar verildi.” Yarg. 17. HD. E. 2013 / 10069, K. 2013 / 13792, T. 21.10.2013. (Sinerji MİP. / 13.04.2018);

Escrow tutanın ücret hakkının TBK. m. 147'de sayılan beş yıllık zamanaşımı süresine tabi alacaklardan olup olmadığı konusunda Bkz. Aşa. “V. Bölüm, II, G”

⁵⁶⁰ Hapis hakkının hukukî niteliğinin kanuni rehin hakkı olduğu, sınırlı aynî hak olduğu ve gerçek anlamda bir hak olmayıp bir defî olduğu yönündeki görüş ve açıklamalar için Bkz. **Bilgehan Çetiner**, Hapis Hakkı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 43 – 52; **Refik Cem Dinar**, Türk Medenî Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 6 – 15;

Hapis hakkının aynî hak olduğu görüşünde **Sirmen**, s. 661;

“Aynî hak” ifadesi yerine “teminat müessesesi” ifadesinin kullanılmasına ilişkin, Bkz. **Ertaş**, s. 596;

Alman hukukunda hapis hakkının aynî hak değil defî olarak düzenlendiğine dair; Bkz. **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1041, Dn. 161.

Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla⁵⁶¹ zilyedi bulunduğu⁵⁶² taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde⁵⁶³, borç ödeninceye kadar hapsedebilir⁵⁶⁴. Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır⁵⁶⁵. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur (TMK. m. 950/3)⁵⁶⁶.

Hapis hakkına konu olabilecek taşınırlar, paraya çevrilebilecek nitelikte değeri olan taşınırlardır. Nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz⁵⁶⁷. Alacaklının üstlendiği yükümlülükle⁵⁶⁸ veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde de hapis hakkı kullanılamaz (TMK. m. 951)⁵⁶⁹.

⁵⁶¹ Alacaklı, hapis konusu eşyaya borçlunun rızasıyla zilyet bulunmalıdır. Çalıntı, gasb edilmiş ya da bulunmuş eşya veya kıymetli evrak üzerinde hapis hakkı kullanılamayacağına dair Bkz. **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1043; **Sirmen**, s. 661; **Esener / Güven**, s. 579; **Ertaş**, s. 597; **Çetiner**, s. 75; **Dinar**, s. 36.

⁵⁶² Borçlunun taşınır eşya veya kıymetli evraka zilyed olmasının yeterli olduğuna, ayrıca temlik ya da ciroya gerek olmadığına dair Bkz. **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1043; **Sirmen**, s. 662; **Esener / Güven**, s. 580; **Ertaş**, s. 597; **Çetiner**, s. 73.

⁵⁶³ **Sirmen**, s. 663; **Esener / Güven**, s. 579; **Ertaş**, s. 597 – 598; **Çetiner**, s. 82; **Dinar**, s. 49.

⁵⁶⁴ Hapis hakkının ayırma hakkından, ödemezlik definden ve diğer rehin haklarından farkları için Bkz. **Esener / Güven**, s. 581 – 582.

⁵⁶⁵ Ticari işlerde irtibat ve ticari işlerden doğan hapis hakkı için Bkz. **Çetiner**, s. 91 – 95; **Dinar**, s. 54 – 58.

⁵⁶⁶ **Sirmen**, s. 663; **Esener / Güven**, s. 61; **Çetiner**, s. 69.

⁵⁶⁷ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1041 – 1042; **Esener / Güven**, s. 582; İİK. m. 82 uyarınca haczi kabil olmayan eşyalar üzerinde hapis hakkının kullanılamayacağına dair Bkz. **Çetiner**, s. 67; **Dinar**, s. 17 – 34.

⁵⁶⁸ Örneğin, escrow sözleşmesinin konusu hayvan satışı olup escrow tutanın hapis hakkı bu hayvan satışında yaptığı escrow tutma görevinden kaynaklanıyorsa, sadece escrow sözleşmesine konu olan hayvanlar üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Devreden ya da devralan tarafa ait olan ve kendi elinde olan başka eşya üzerinde hapis hakkını kullanamaz.

⁵⁶⁹ **Esener / Güven**, s. 581; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1046; **Dinar**, s. 58 – 65.

Hapis hakkının ileri sürüldüğü anda alacak hakkının muaccel olması gerekmektedir. Muaccel olmayan alacaklar için hapis hakkı ileri sürülemez⁵⁷⁰. Ancak, borçlunun ödemedi acze düşmesi durumunda, alacak muaccel olmasa bile hapis hakkı kullanılabilir. Borçlunun aczi halinde; o şeyin belli bir yönde kullanılacağı konusunda alacaklı tarafından yüklenilmiş bir yükümlülük veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla bağdaşmasa bile, alacaklı hapis hakkını kullanabilir (TMK. m. 952).

Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsediği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir (TMK. m. 953)⁵⁷¹.

Hapis hakkı kanundan doğmakta olup, kurulması için aynî bir sözleşmeye gerek yoktur. Kanunî şartların gerçekleşmesi ile rehin kendiliğinden doğar⁵⁷². Bu açıdan teslimine bağlı rehinden ayrılır⁵⁷³.

b. Escrow Tutanın Kendisine Teslim Edilen Edim Üzerindeki Hapis Hakkı

Escrow sözleşmesinde escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edim üzerinde, escrow sözleşmesinin kendisine yüklediği borçların ifası nedeniyle yaptığı masraflar, uğradığı zararlar ve ücreti nispetinde, devreden ve devralan taraftan alacaklı durumdadır.

⁵⁷⁰ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1044; **Sirmen**, s. 662; **Esener / Güven**, s. 580; **Ertaş**, s. 59; **Çetiner**, s. 77; **Dinar**, s. 47.

⁵⁷¹ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1048; **Sirmen**, s. 665; **Esener / Güven**, s. 582; **Ertaş**, s. 599; **Dinar**, s. 91.

⁵⁷² **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 1041.

⁵⁷³ Teslime bağlı taşınır rehni iradî bir rehindir. Rehnedilen taşınır malın rehinli alacaklı yahut üçüncü bir kişiye teslimi ile kurulur. Rehnedilen eşyanın bizzat borçluya ait olması da gerekmemektedir. (TMK. m. 939 – 949.); Aynı yönde Bkz. **Dinar**, s. 130 – 131.

Escrow tutanın alacağı, saklanmak üzere kendisine teslim edilen taşınır eşyanın⁵⁷⁴ saklanması borcunun ifasından kaynaklanmaktadır. Yani, escrow tutanın alacağı tamamen zilyetliğinde bulunan eşya ile alakalıdır. Bu nedenle, escrow tutanın, sözleşmeden kaynaklanan alacakları için, saklanmak üzere kendisine teslim edilmiş olan edim üzerinde TBK. 950 ve devamı maddelerine göre hapis hakkı bulunmaktadır.

Escrow tutanın hapis hakkına benzer şekilde, saklama sözleşmesinde saklayanın da saklama sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve diğer alacakları için sakladığı eşya üzerinde hapis hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁵. Benzer şekilde komisyoncunun, ardiyecinin, acentenin, taşıma sözleşmesinde taşıyıcının, kiralayanın, otelcinin, garaj işletenin, taşınmaz malikinin ve zilyedinin hapis haklarının da TBK. m. 950'de düzenlenen hapis hakkının özel halleri olduğu belirtilmektedir⁵⁷⁶.

Diğer taraftan escrow sözleşmesinin aslî edim yükümlülüklerinden biri vekalet sözleşmesine ilişkin olan iş görme edimidir. Bu nedenle TBK. m. 502/2 hükmü uyarınca vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler escrow sözleşmesine de uygulanacaktır. Vekilin TBK. m. 509'da bahsedilen hapis hakkının⁵⁷⁷ escrow tutan açısından da yol gösterici olacağını kabul etmek gerekir.

⁵⁷⁴ Taşınmaz eşyanın teslimi mümkün olmayacağından escrow sözleşmesine konu olamayacağına dair Bkz. Yuk. "I. Bölüm, II, C."

⁵⁷⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1382.

⁵⁷⁶ **Sirmen**, s. 667; **Ertaş**, s. 596; **Çetiner**, s. 175 – 256.

⁵⁷⁷ Vekilin hapis hakkı için Bkz. **Çetiner**, s. 175 – 183.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE BORÇLARIN İFASI

A. Genel Olarak

İfa TBK’da tanımlanmış değildir⁵⁷⁸. Kelime anlamı olarak “bir işi yapma, yerine getirme ve ödeme” anlamları olan⁵⁷⁹ ifa, hukukî anlamda⁵⁸⁰, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesi yoluyla ve borcun sona erdirilmesidir⁵⁸¹.

İfanın borcu sona erdirmesi için alacaklı, borçlu, yer ve zaman bakımından borcun konusuna uyguna olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı saklı kalmak kaydıyla, alacaklı bu nitelikteki bir ifayı kabul etmek zorunda değildir⁵⁸².

Escrow sözleşmesi, sözleşmenin taraflarının borçlandığı tüm edimlerin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesi ile birlikte sona erer⁵⁸³. Escrow sözleşmesi

⁵⁷⁸ Türk hukuku yanında İsviçre ve Alman hukukunda da ifanın tanımı yer almamakta olduğuna dair Bkz. **Eyüp İpek**, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 94.

⁵⁷⁹ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 31.03.2018.

⁵⁸⁰ İfanın hukukî niteliği konusundaki genel sözleşme görüşü, maddî fiil görüşü ve sınırlı sözleşme görüşü konusunda Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 930 – 936; **İpek**, s. 97 – 121.

⁵⁸¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 928; **Ayan**, s. 360; **İpek**, s. 95;

İfanın her zaman bir hukukî işlemle mi olması gerektiği ya da maddî fiille mi olması gerektiği yoksa her ikisinin de mümkün olup olmadığı konusundaki görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 256.

⁵⁸² **Eren**, Borçlar Genel, s. 944.

“Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Gerçekten de sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke, özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.” Yarg. 13. HD. E. 2013/16898, K. 2014/18895, T. 13.06.2014. (Kazancı MİP. / 11.05.2018)

⁵⁸³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 929; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 286.

uygulamalarında tüm edimlerin ifa edilip borçların sona ermesine “kapanış” denilmektedir⁵⁸⁴.

Escrow sözleşmesinin kapanışının yapılması için tüm borçların ifa edilmiş olması gerekmektedir. Bu borçlar genellikle taraflar arasındaki borçlar olmakla birlikte, üçüncü kişilere tanınmış olan haklar varsa, kapanış yapılabilmesi için bu hakların da tasfiye edilmesi gerekmektedir⁵⁸⁵.

ABD’de escrow sözleşmesi uygulamalarında genellikle escrow tutan kapanış raporunun düzenlemek konusunda da sorumluluk almakta hatta escrow tutanın ücreti hak etmesi için kapanış raporunu düzenlemesi koşulu kabul edilmektedir. Kaliforniya Escrow Kanununda ise kapanış raporunun düzenlenmesi escrow tutanın ücreti hak edeceği hallerden biri olarak düzenlenmiştir⁵⁸⁶.

Borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edildiğini ispat yükü, borcu ifa ettiğini ve borçtan kurtulduğunu iddia eden borçluya aittir. İspatın nasıl yapılacağı ise usul hukukunun konusudur⁵⁸⁷.

B. Escrow Sözleşmesinde İfanın Tarafları

Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir (TBK. m. 83)⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ **Bowman / Milligan**, s. 108; **Turnbloom**, s. 17.

“Kapanış” kelimesi sadece escrow sözleşmesi uygulamalarında değil, başta eser sözleşmeleri olmak üzere ticaret hayatında birçok alanda sözleşmeden kaynaklanan tüm borçların ifa edilerek sözleşme ilişkisinin tasfiyesi anlamında kullanılmaktadır.

⁵⁸⁵ **Bowman / Milligan**, s. 108.

⁵⁸⁶ Cal. Fin. C. m. 17421.5.

⁵⁸⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 326; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1025; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 289.

⁵⁸⁸ Buna ifanın gayrı şahsiliği ilkesi denilmekte olduğuda dair Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 946; **İpek**, s. 166;

Her borç ilişkisinde borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinin gerekip gerekmediği ayrı ayrı incelenmesi gerektiği düşüncesinde, Bkz **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 252; **Ayan**, s. 361.

Başka deyişle, bizzat borçlu tarafından ifada alacaklının menfaati olması halinde, borçlu şahsen ifa ile yükümlüdür⁵⁸⁹.

Escrow sözleşmesinde, escrow tutan devreden ve devralan tarafın tanıdığı ve tarafsızlığına ve bilgisine güvendiği kişilerdir. Bu nedenle, escrow tutma işinin bizzat escrow tutan tarafından yerine getirilmesi diğer iki tarafın özel arzudur. Taraflar, escrow tutma işinin bizzat escrow tutan tarafından yerine getirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak, detaylı ve açık hükümler içeren bir escrow sözleşmesinde, devirin bağlandığı koşulun yerine getirildiği konusu şüpheyeye yer bırakmayacak derecede açıksa ve diğer hususlar da escrow sözleşmesine uygun olarak yerine getirilmişse, sonradan escrow tutanın bu hizmeti bizzat yerine getirmemesi nedeniyle sorumluluğunun olduğunu iddia etmek hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

Buna karşılık, borcun bizzat escrow tutan ya da üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi alacaklı taraf açısından bir fark oluşturmuyorsa, escrow tutan borcun ifasının üçüncü bir kişiye de bırakabilir. Ayrıca, escrow tutanın kendi yönetimi altında yardımcı kişi çalıştırması mümkündür⁵⁹⁰. Ancak borcun ifasının üçüncü kişiye bırakılmış olması ya da yardımcı kişilerin kullanılması nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan yine escrow tutan sorumlu olacaktır.

Devreden ve devralan tarafın ifaları açısından da aynı ilke uygulama alanı bulacak, edimin bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının yararı olması durumunda, borçlu borcu bizzat ifa etmek zorunda kalacaktır. Bu hem devreden ve devralan tarafın escrow ilişkisi içerisinde birbirlerine karşı olan borçları, hem de escrow tutana karşı olan borçları açısından söz konusudur. Örneğin; escrow tutanın ücretini ödeme borcunu bizzat devreden ya da devralan tarafın ifa etmesiyle üçüncü bir kişinin ifa etmesi arasında genellikle bir fark yoktur. Dolayısıyla, escrow tutanın ücretini bizzat devreden ya da devralan taraf ödemek zorunda değildir. Buna karşılık, ünlü bir ressamla bir tablo yapma konusunda anlaşılmışsa, bu tablonun o ressam tarafından yapılmış olması elbette önemlidir. Ressam tabloyu başkasına yaptırdığında

⁵⁸⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 252; **Eren**, Borçlar Genel, s. 947; **Ayan**, s. 361; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 289.

⁵⁹⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 252 – 253; **Ayan**, s. 361; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 289; **İpek**, s. 169.

borcunu sözleşmeye uygun ifa etmiş olmayacaktır. Bu nedenle eğer karşı edim olan tablonun ücreti escrow tutana teslim edilmiş durumda ise, tablonun ücretini talep etme hakkı olmayacaktır. Talep etmesi durumunda ise escrow tutan bağımsız ve tarafsız tutumuyla ücreti ressama teslim etmeyecektir.

Borçlunun bizzat ifası gibi, üçüncü kişinin sözleşmeye uygun olarak borcu ifası da kural olarak borcu sona erdirir. Ancak bazı durumlarda üçüncü kişinin ifası borcu sona erdirmeyip, ifa eden üçüncü kişiyi alacaklının halefi durumuna sokar⁵⁹¹.

Borç kural olarak alacaklıya veya alacaklı yahut kanun tarafından ifayı kabul etmek üzere yetkilendirilmiş kişiye ifa edilmek zorundadır⁵⁹². Escrow sözleşmesinde escrow tutanın saklama borcu açısından alacaklının ifaya katılması gerekmemektedir⁵⁹³. Ancak, saklanan edimin escrow sözleşmesindeki koşulun gerçekleşmiş olup olmaması durumuna göre taraflardan birine tesliminin yapılması için, alacaklı olan yani edimi teslim alacak olan tarafın ifaya katılması gereklidir. Bu durumda edim, alacaklı durumda olan tarafa veya onun adına edimi teslim almaya yetkili bir kişiye teslim edilmelidir.

⁵⁹¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 950 – 952;

TBK. m. 127; “Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hallerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:

1. Başkasının borcu için rehneden bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde.

2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.

Diğer halefiyet hallerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.”

Ayrıca müteselsil borçlulardan birinin borcu ifa etmesi (TBK. m. 168), bölünemeyen borcun birden çok borçlulardan biri tarafından ifası (TBK. m. 85), asıl borcun kefil tarafından ifa edilmesi (TBK. m. 596/1) kanunî halefiyet hallerinden bazılarıdır.

Oğuzman / Öz, C. 1, s. 263; **Ayan**, s. 362; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 290 – 291.

⁵⁹² **Eren**, Borçlar Genel, s. 957; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 267; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 291.

⁵⁹³ Alacaklının ifaya katılması sorunu ve alacaklının ifaya katılmasını gerektirmeyen haller için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 267; **Eren**, Borçlar Genel, s. 958 – 960.

Devreden ve devralan tarafın edimlerinin ifası açısından da borcun alacaklı veya onun adına ifayı kabule yetkili olan kişiye ifa edilmesi şeklindeki bu temel kural ve yukarıda yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

C. Escrow Sözleşmesinde İfanın Konusu

İfanın edime uygun olması prensibine göre, kural olarak borçlu alacaklıya karşı neyi borçlanmışsa onu ifa etmek zorundadır. Borçlu borçlandığı edim yerine, ondan daha değerli bir şeyi ifa etmiş olsa bile alacaklı bunu kabul etmek zorunda değildir⁵⁹⁴.

Yukarıda escrow sözleşmesinde tarafların genel olarak borçlarını⁵⁹⁵ ve yukarıda escrow sözleşmesinin bazı temel hukukî ilişki türleri ile birlikte uygulanmasını ve bu uygulamalarda tarafların yüklenecekleri borçları inceledik⁵⁹⁶. Tekrardan kaçınmak ve bu tezin kapsamını aşmamak adına burada aynı hususları tekrar etme gereği görmüyoruz. Tarafların escrow sözleşmesindeki borçları ve temel hukukî ilişkinin türüne göre belirlenecek borçları ile ilgili yapılan açıklamalar aynen geçerli olmakla birlikte, bir escrow ilişkisi içerisinde tarafların tam olarak neyi borçlandığı, taraflar arasında yapılacak olan escrow sözleşmesi ile belirlenecektir.

Escrow sözleşmesinin tarafları yaptıkları sözleşme ile neyi borçlanmışsa onu ifa edecektir. Özellikle escrow tutan, saklanmak üzere kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre diğer taraflardan birine teslim etme borcunu yerine getirirken, kendisine saklanmak üzere ne teslim edilmişse kendisi de diğer taraflardan ilgisine tam olarak onu teslim etmek zorundadır. Bu anlamda örneğin bankalar nezdinde açılmış olan escrow hesap uygulamalarında, taraflar escrow hesabı hangi döviz cinsinden açmışsa banka geri ödemeyi aynı döviz

⁵⁹⁴ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 273 – 274; **Eren**, Borçlar Genel, s. 936; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 292; **Ayan**, s. 363;

Taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın, borçlunun borçlandığı edimden başka bir şey vermesine “aliud ifa” denildiğine dair Bkz. **İpek**, s. 242.

⁵⁹⁵ Bkz. Yuk. “III. Bölüm, I.”

⁵⁹⁶ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, II, B.”

cinsinden yapmak zorundadır. Özellikle borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir (TBK. m. 84/1)⁵⁹⁷. Alacaklı olan taraf da bankanın ya da bölünebilen borçlarda diğer escrow tutanın kısmî ifa talebini – alacaklının kısmî ifayı kabule zorunlu olduğu haller dışında⁵⁹⁸ – reddedebilir⁵⁹⁹.

D. Escrow Sözleşmesinde İfa Yeri

Escrow sözleşmesinin tarafları, sözleşme özgürlüğü prensibi kapsamında escrow sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (TBK. m. 26). Bu kapsamda taraflar, taraflardan her birinin üstlendiği edimlerin ifa edileceği yeri de ayrı ayrı belirleyebilirler.

Tarafların kanunda öngörülen sınırlara uyarak açıkça veya örtülü şekilde belirledikleri bir ifa yeri olması durumunda, escrow sözleşmesinden kaynaklanan edimler belirlenmiş olan bu yerde ifa edilecektir (TBK. m. 89/1)⁶⁰⁰. Tarafların sözleşme ile belirledikleri yerden başka bir yerde ifa edilmek istenen edimi, alacaklı

⁵⁹⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 278; **Eren**, Borçlar Genel, s. 944; **Ayan**, s. 364; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 293; **İpek**, s. 291.

⁵⁹⁸ Alacaklı; 1) Tarafların kısmî ifa yapabilecekleri önceden kararlaştırılmışsa, 2) Borç taksitlere ayrılmış ve taksitlerden bazısının vadesi henüz gelmemişse, 3) Alacağın bir kısmı tartışmalı ise, 4) Kısmî ifayı reddetmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde, 5) Özel hükümler kısmî ifaya izin veriyorsa, kısmî ifayı kabule mecbur olduğunda dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 280 – 281; **Eren**, Borçlar Genel, s. 944 – 946; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 294 – 295; **İpek**, s. 293 – 296.

⁵⁹⁹ Para alacağında, faizin asıl alaktan ayrı bir alacak olduğunda; bu nedenle yapılmış olan faiz ödemesi kısmî ifa sayılmayacağına dair **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 279; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 309.

⁶⁰⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 963; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 323; **Ayan**, s. 372; **Hatemi / Gökyayla**, s. 248.

“Sözleşmenin ifa yeri BK 73. (TBK 89.) maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle borcun ifa yeri tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir.” Yarg. 12. HD. E. 2013/2890, K. 2013/12610, T. 02.04.2013. (Kazancı MİP. / 11.05.2018)

taraf veya taraflar kabul etmek zorunda değildir. Alacaklının başka yerde ifayı kabul etmemesi durumunda, borçlu borcu ifa etmemenin sonuçlarına katlanacaktır⁶⁰¹.

Bazen tarafların herhangi bir anlaşmaması olmamasına rağmen, borcun niteliği gereği belirli bir yerde ifası zorunlu olabilir. Bu gibi durumlarda da borç zorunlu olarak orada ifa edilecektir⁶⁰². Örneğin bir fabrikadaki makinaların yenilenmesi borcu zorunlu olarak fabrikada ifa edilecektir.

Diğer taraftan ifa yeri kanun hükmüyle de belirlenmiş olabilir. Örneğin, saklama sözleşmesinde saklanan şey saklanması gereken yerde iade olunur (TBK. m. 566)⁶⁰³. Aynı hükmün escrow sözleşmesinde de kıyasen uygulanması mümkündür. Şöyle ki; taraflar escrow sözleşmesi ile sadece escrow tutana teslim edilmiş olan edimin saklanacağı yeri belirlemiş ancak edimin devredene iade edileceği yahut devralana teslim edileceği yer belirlememişse, tarafların belirlediği saklama yeri aynı zamanda edimin teslim yeri olacaktır.

Tarafların ifa yeri konusunda açık ya da örtülü bir anlaşması yoksa, edimin niteliği gereği bir yerde ifa edilmesi zorunlu değilse ve bu konuda başka bir kanun hükmü de yoksa, ifa yeri⁶⁰⁴ artık TBK hükümlerine göre belirlenecektir.

Escrow sözleşmesinde, devreden ve devralan tarafın escrow tutanın masrafları, borçları ve ücretini ödeme borcu para borcu niteliğindedir. Bu nedenle escrow tutanın ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilecektir. Escrow tutanın saklama borcu, ilk iki bendin dışında olduğundan escrow tutanın yerleşim yerinde ifa

⁶⁰¹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 322 – 323; **Ayan**, s. 372; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 320.

⁶⁰² **Ayan**, s. 372; **Eren**, Borçlar Genel, s. 964; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 323.

⁶⁰³ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 324; **Eren**, Borçlar Genel, s. 965; **Ayan**, s. 372.

⁶⁰⁴ İfa yeri açısından öğretide yapılan sınıflandırmaya göre; borçlunun yerleşim yerinde veya şeyin bulunduğu yerde ifa edilmesi gereken borçlara aranılacak borçlar, alacaklının yerleşim yerine yahut taraflarca belirlenmiş olan ifa yerine borçlu tarafından götürülmesi gereken borçlara götürülecek borçlar, borçlunun gönderme masrafı ve ortaya çıkacak hasarları alacaklıya ait olmak üzere malı alacaklının gösterdiği yere göndermesi gereken borçlara ise gönderilecek borçlar denilmekte olduğuna dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 325 – 326; **Eren**, Borçlar Genel, s. 967 – 968.

edilecektir. Tarafların diğere borçlarının ifa yeri ise, borcun niteliğine göre yukarıdaki kurallar çerçevesinde belirlenecektir. Ancak alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değıştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir (TBK. m. 89/2).

E. Escrow Sözleşmesinde İfa Zamanı

Borcun ifa zamanı bazı farklı anlamlarda kullanılıyor olsa da⁶⁰⁵, TBK. m. 90. ifa zamanını borcun muaccel olması yani istenebilir olması anlamında kullanmıştır. Buna göre; ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur⁶⁰⁶.

Borçların muaccel olması ile ilgili kural vadeye bağılı olmaması yani borcun doğumu anında muaccel olmasıdır. Yani tarafların anlaşması, işin niteliğinin bir vadeyi gerektirmesi veya kanun hükmüyle bir vade belirlenmiş olması halleri dışında her borç doğumu anında muaccel olmuş demektir⁶⁰⁷.

Escrow sözleşmesinde, tarafların borçlarının ne zaman muaccel olacağı ve ne zaman ifa edileceğı konusunda herhangi bir kanun hükmü yoktur. Bu durumda escrow sözleşmesinde ifa zamanı tarafların anlaşması yahut işin niteliğine göre

⁶⁰⁵ *İfa zamanı*; TBK. m. 90'daki anlamı dışında bazen borcun ifasının mümkün olabileceğı zaman dilimini, bazen borcun ifa edileceğı kesin vadeyi ifade eder. Sürekli borç ilişkisinde ifanın başlayıp devam edeceği süre de ifa zamanı anlamında kullanılmaktadır. Ayrıca borçlunun borcu ifa yetkisine sahip olacağı zaman anlamında da kullanılmaktadır. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 312 – 314; **Eren**, Borçlar Genel, s. 969.

“Türk Borçlar Kanunu'nun 149'uncu (818 Sayılı BK 128'inci) maddesi uyarınca zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Muacceliyet, bir borç ilişkisinde, alacaklının edimi isteyebileceğı ve borçlunun da bu isteme uyararak, edimi ifa etmekle yükümlü olduğu anı belirler. Bir başka deyişle, söz konusu anda borç ifa kabiliyeti kazanır ve alacaklı yine o anda edimi kabul etmekle yükümlü olur. Bir alacağın ya da borcun muaccel olması, ilke olarak edimin ifası için öngörölmüş bulunan vadenin dolmasıyla gerçekleşir.” Yarg. HGK. E. 2015/21-982, K. 2018/679, T. 04.04.2018. (Kazancı MİP. / 11.05.2018);

⁶⁰⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 969; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 315; **Ayan**, s. 374.

⁶⁰⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 315 – 317; **Eren**, Borçlar Genel, s. 970 – 971.

belirlenecektir. Escrow sözleşmesi uygulamalarında genellikle taraf edimleri belirli bir sırayla ifa edilir. Bir sonraki edimin ifa edilmesi için genellikle bir önceki edimin ifa edilmiş olması koşulu aranır. Yani bir sonraki edimin muaccel olması için bir önceki edimin ifa edilmiş olması şarttır. Escrow sözleşmesinde edimlerin ifa ediliş sırası şu şekildedir;

- i. Öncelikle escrow sözleşmesine konu olan edim, devreden tarafça escrow tutana teslim edilir,
- ii. Escrow tutan kendisine teslim edilen edimi teslim alır ve saklamaya başlar,
- iii. Edimin tesliminden sonra devralacak taraf kendi edimini yani escrow tutana teslim edilmiş olan edimin devri için belirlenen koşulu yerine getirir,
- iv. Escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan edimi devralan tarafa teslim eder.

Escrow sözleşmesinde taraflar herhangi bir süre belirlemediği yahut işin niteliği gerektirmediği müddetçe escrow tutana teslim edilecek olan edimi escrow tutana teslim etme borcu escrow sözleşmesinin kurulması ile birlikte muaccel olur. Taraflar başka şekilde anlaşmış yahut işin niteliği gerektiriyorsa, örneğin teslim edilecek edimin şehir dışından getirilmesi gerekiyorsa, edimi escrow tutana teslim etme borcunun ifa zamanı buna göre belirlenir.

Edimin escrow tutana teslim edilmiş olmasıyla birlikte, escrow tutanın edimi saklama borcu muaccel olur ve koşul yerine getirilip devralacak tarafça yahut koşul yerine getirilemeyip devreden tarafça teslim için kendisine başvuruluncaya veya saklama için belirlenmiş olan süre sona erinceye kadar escrow tutanın saklama borcu devam eder⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ Escrow sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğuna dair Bkz. Yuk. “Bkz. Yuk. “II. Bölüm, I.”

Devralacak olan tarafın koşulu yerine getirme borcu, edimin escrow tutana teslim edilmesi ile birlikte muaccel hale gelir⁶⁰⁹. Ancak, işin niteliği bu edimin derhal ifasını mümkün kılmıyor olabileceği gibi taraflar da koşulun yerine getirilmesi için ek bir süre tayin etmiş olabilirler. Escrow tutanın edimi diğer taraflara teslim borcu ya süresi içerisinde koşulun yerine getirilmesi ile yahut koşulun yerine getirilmesi için belirlenmiş olan sürenin dolması ile birlikte muaccel hale gelir. Buna karşılık devreden ve devralan tarafın masraf, zarar ve ücretleri ödeme borcu, escrow sözleşmesinin kapanışı ile birlikte muaccel olur.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde birlikte ifa kuralı geçerlidir⁶¹⁰. Yani başka şekilde anlaşılmamışsa yahut kanundan, işin niteliğinden veya teamüllerden aksi anlaşılmıyorsa taraflar edimlerini aynı anda ifa etmek zorundadır⁶¹¹.

⁶⁰⁹ Taraflar, koşulun yerine getirilmesi için vade belirleyebileceği gibi koşulun belirli bir süreden önce yerine getirilemeyeceğini de kararlaştırabilirler.

⁶¹⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 336; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1007.

⁶¹¹ “Somut uyuşmazlıkta davacı, adi yazılı ve tarihsiz temlik sözleşmesine dayanarak taşınmazın tescilini talep etmiştir. Bu sözleşmede davalı ...Ş. yapmakta olduğu 88 parseldeki (A53) numaralı bağımsız bölümün mülkiyetini nakletme, davacı da 290.000 \$ bedeli ödeme yükümlülüğü altındadır. Bu sözleşmeden sonra davalı ...Ş. ile davacı arasında 04.06.2007 günü düzenlenen “Zeyilname” başlıklı ve adi yazılı sözleşmede, davacının 223.600 \$ bedeli ödediği gecikme ile birlikte 67.879 \$ bedelin taşınmazın teslim tarihinde ödeneceği belirtilmiştir. Davacı bu bedeli ödediğine ilişkin bir belge sunmamış, yargılama sırasında da bedeli depo etmemiştir. Dolayısıyla, davacı satış sözleşmesi uyarınca bedel ödeme yükümlülüğünü yerine getirilmeden davalıdan taşınmazın mülkiyetinin naklini isteyemez. Bu nedenle, TBK'nın 97. maddesi uyarınca birlikte ifa kuralı gereği davacının bu bedeli depo edip etmeyeceği sorulmalı, depo etmesi halinde şimdiki gibi davanın kabulüne aksi halde davacının edimini yerine getirmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Yarg. 14. HD. E. 2015/ 16300, K. 2016 / 2962 T. 08.03.2016. (Sinerji MİP. / 13.04.2018);

“Mahkemece yapılması gereken, satış sözleşmesi uyarınca bedel ödeme yükümlülüğü davacılar tarafından yerine getirilmeden, davalıdan taşınmazın mülkiyetinin naklini isteyemeyeceklerinden, davacıların adi sözleşmeler gereğince ödemesi gereken satış bedelini ödeyip ödemedikleri araştırılarak, ödenmeyen bedelin tespiti halinde, TBK'nın 97. maddesi uyarınca birlikte ifa kuralı gereği davacılarından bu bedeli depo edip etmeyecekleri sorulmalı, depo etmeleri halinde davanın kabulüne aksi halde davacıların edimlerini yerine getirmedikleri gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Yarg. 19. HD. E. 2016/ 5972, K. 2016 / 9859, T. 29.11.2016. (Sinerji

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir (TBK. m. 97)⁶¹². Bu kural escrow sözleşmeleri açısından da geçerlidir.

Escrow sözleşmesinde de taraflardan herhangi biri diğer tarafı edimini ifaya zorlayabilmek için, kendisinin daha önce yahut en aynı anda ifa etmesi gereken edimi yerine getirmiş olması gerekmektedir. Aksi halde karşı tarafın ödemezlik defii ile karşı karşıya kalacaktır⁶¹³.

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir (TBK. m. 98)⁶¹⁴. Escrow sözleşmesinde de taraflardan herhangi birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi, iflas etmesi yahut hakkındaki haczin sonuçsuz kalması durumunda, diğer taraflardan herhangi biri escrow sözleşmesinin kendisine yüklediği edimin ifasından kaçınabileceği gibi sözleşmeden de dönebilir. Ancak elbette bu hakkın kullanılmasında da hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında hareket etmek durumundadır.

MİP. / 13.04.2018)

⁶¹² **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 337.

⁶¹³ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 339; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1008; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 327.

⁶¹⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1018; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 348 – 352; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 328 – 329.

III. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 112).

Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemesi yanında borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını ve gecikmiş olarak ifa edilmesini de kapsamaktadır⁶¹⁵.

Borcun ifası halen mümkün iken borçlu borcunu ifa etmemiş veya ifa zamanını geçirmişse alacaklı borçludan borcunu aynen ifa⁶¹⁶ etmesini talep edebilir. Ancak, borcun ifası artık mümkün değilse alacaklı borçludan borcun ifasını talep edemeyecektir. Bu durumda ifanın imkânsız hale gelmesinde borçlunun kusuru olup olmadığı ve imkansızlığın objektif ya da sübjektif imkânsızlık olmasına ve imkânsızlığın başlangıçta mevcut olması ya da sonradan ortaya çıkmış olmasına göre hak ve talepler değişecektir⁶¹⁷.

⁶¹⁵ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 369;

Eren'e göre; "*Borcun tam ve doğru bir şekilde ifasına, borcun gereği gibi ifası denir. Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin ifa tarz ve unsurlarına yani ifanın taraflarına, yer ve zamanına, miktar ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu şart ve unsurlara uygun olmayan bir ifa, borcun ifa edilmesi olarak kabul edilemez ve borcun ifa edilmemesi söz konusu olur.*" **Eren**, Borçlar Genel, s. 928;

Aral ise gereği gibi ifa etmemeyi dar anlamda ve geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme olarak ayırmakta, ayıplı ifayı dar anlama gereği gibi ifa etmeme olarak adlandırırken, diğer halleri ise geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme olarak adlandırmaktadır. **Fahrettin Aral**, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 74 – 75.

⁶¹⁶ İsviçre-Türk Hukuk sisteminde borcun ifasının mümkün olduğu sürece, edimin aynen ifasının amaçlandığı, bu nedenle karşılıklı sözleşmelerin ifa edilmemesi halinde söz konusu olan aynen ifa talebinin, tazminat talebi ve dönme sonuçların nazaran önceikli ve esas talep olarak düzenlendiğine dair Bkz. **Başak Başoğlu**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 70.

⁶¹⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 369 – 371; Objektif ve sübjektif imkânsızlık kavramları için Bkz. **Aral**, Kötü İfa, s. 70 – 71.

Borcun ifa edilmemesi halinin türüne göre sonuçları ve alacaklının hak ve talepleri de değişecektir. Borç kötü ifa edilmiş veya ifa imkânsızlaşmışsa yahut sadece özen ve bakım borçlarının ifa edilmemesi söz konusu ise alacaklı zararının giderilmesini talep edebilecek; ancak halen ifası mümkün olan bir edim borcu bulunmasına rağmen ifa edilmemişse, alacaklı gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatı talep edebileceği gibi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönme ve tazminat isteme hakkına da sahiptir⁶¹⁸. Bunun yanında para borçlarında temerrüt faizi de isteyebilir⁶¹⁹.

A. İfa Davası ve Cebrî İcra

Devreden tarafın escrow sözleşmesindeki en temel borcu, escrow sözleşmesine konu olan şeyi escrow tutana teslim etmek ve devralan tarafça koşulun yerine getirilmesi halinde teslim edilmiş olan şeyin devrine razı olmaktır. Diğer tarafların borçları, taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece devreden tarafın bu teslim borcunu yerine getirmesiyle doğar.

Devreden tarafın teslim borcu daima verme borcudur. Bu nedenle yapma ve yapmama borçlarının ifa edilmemesine dair olan hükümlerin⁶²⁰ (TBK. m. 113) devreden tarafın teslim borcu açısından uygulanabilmesi mümkün değildir.

⁶¹⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 372; **Aral**, Kötü İfa, s. 185 – 197.

“Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir.” Yarg. HGK. E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.02.2012, (Sinerji MİP. / 15.06.2018)

⁶¹⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 491.

⁶²⁰ Yapma borçlarının ifa edilmemesinin sonuçları için Bkz. **Şirin Aydınçık**, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukukî Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 59 – 72.

Devreden tarafın teslim borcunu hiç yerine getirmemesi söz konusu olabileceği gibi, gecikmiş olarak yerine getirmesi veya gereği gibi yerine getirmemesi de söz konusu olabilir.

Borç muaccel ve ifası mümkün olduğu müddetçe, devreden tarafın edimi ne olursa olsun devralacak taraf borcun ifasını her zaman talep edebilir⁶²¹. Zira, TBK sadece karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü açısından bu konuyu düzenlemişse de alacaklının muaccel ve ifası mümkün olan her alacağı açısından ifayı talep edebileceği şüphesizdir⁶²².

Escrow tutanın, edimin teslimini talep edip edemeyeceği açısından ise, saklama sözleşmesine ilişkin hususların kıyasen uygulanması mümkündür. Saklama sözleşmesi saklatan yararına yapıldığı için saklayanın saklama konusu şeyin teslimini isteme hakkı yoktur. Saklatan sözleşmenin varlığına rağmen saklama konusu şeyi teslim edip etmemekte serbesttir⁶²³. Kanaatimizce; escrow sözleşmesinde de sözleşme devreden ve devralan taraflar yararına yapılmakta olduğundan, escrow tutanın edimin teslimini talep etme hakkı olmamalıdır. Ancak, escrow tutan sözleşmenin yapılmasından sonra, sözleşme konusu edimin saklanması için bir kısım masraflar yapmışsa bunları devreden taraftan talep edebilmelidir.

Borcun ifasını talep etme yetkisi olan devralacak taraf, açacağı ifa davası ile devredecek tarafın ifaya yani edimi escrow tutana teslim etmeye mahkûm edilmesini talep edecektir. Devralacak tarafın bu davayı açması için teslim borcunun muaccel ve ifa edilebilir durumda olması yeterlidir. Bunun dışında borçlunun kusuru yahut temerrüde düşmesi gerekmemektedir⁶²⁴.

⁶²¹ **Bigelow**, s. 567.

İfa davası, muaccel ve yerine getirilmesi (ifa edilmesi) mümkün olan her türlü alacağın ifası için açılabilir. Ancak muaccel olayın yahut artık yerine getirilmesi mümkün olmayan alacaklar için artık ifa davası açabilmek mümkün değildir. Bu yönde Bkz. **Baçoğlu**, s. 70.

⁶²² **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 373; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1051; **İpek**, s. 305.

⁶²³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1378.

⁶²⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1051; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 373; **İpek**, s. 305.

Edimin escrow tutana teslimi mümkün olduğu müddetçe, devralacak tarafın ifa davası açmak yerine tazminat davası açma ve sözleşmeden dönme haklarını kullanabilmesi mümkün değildir. Ancak taraflar arasında yapılmış olan bir anlaşma yahut kanun hükmü, alacaklıya ifa yerine sözleşmeden dönme veya tazminat haklarını tanımışsa, alacaklı ifayı talep etmek yerine bu haklarını da kullanabilir⁶²⁵. Kanun tarafından tanınmış olan yetki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüdür⁶²⁶.

Mahkemenin vereceği ifaya yönelik olumlu karar sonrasında, escrow tutana teslim edilecek olan edimin para borcu olması halinde icra dairesi marifetiyle paranın tahsili yönüne gidilecektir. Teslim edilecek şeyin taşınır mal olması halinde icra dairesi taşınır malı devredecek taraftan alarak escrow tutana teslim edecektir⁶²⁷. Bu aşamada devreden tarafın devredeceği şeyi escrow tutana vermesi diğer aşamalar için ön koşul olduğundan ve henüz devralacak taraf kendi edimini yerine getirmemiş olduğundan, Mahkemenin escrow sözleşmesinin konusu olan şeyin doğrudan devralacak tarafa ait olduğuna karar verebilmesi mümkün değildir. Ancak, devralacak taraf kendi karşı edimini önceden ifa etmiş ise, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturan şeyin doğrudan kendisine ait olmasını Mahkemeden talep edebilecektir⁶²⁸.

Her iki tarafın da ediminin escrow tutana teslim edilmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, her iki taraf da karşılık olarak hem devreden hem de devralan taraf durumunda olduğundan, yukarıda sayılan haklara her iki taraf da sahip olacaktır.

Devredecek taraf edimini escrow tutana teslim etmiş olmasına rağmen, devralacak tarafın kendi edimini yerine getirmemesi yani koşulu yerine getirmemesi halinde ise ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Eğer koşul temel hukukî ilişkinin kurulmasının bağlandığı bir koşul ise, koşul yerine getirilmediği için temel hukukî ilişki hiç kurulmamış olacaktır. Bu durumda devredecek tarafın aynen ifa talep edebilmesi mümkün olmayacaktır. Zira, aynen ifayı talep hakkının var olması için

⁶²⁵ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 374 – 375; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1051.

⁶²⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 375.

⁶²⁷ **İpek**, s. 307; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1053; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 376 – 377.

⁶²⁸ **İpek**, s. 307.

öncelikle borcun doğmuş olması gerekmektedir. Geciktirici koşula bağlı sözleşme ancak koşulun gerçekleşmesi anından itibaren hüküm doğurur ve koşula bağlı borç da koşulun gerçekleşmesi ile doğar. Koşulun henüz gerçekleşmemiş olduğu hallerde borçlu bu ifa talebine karşı çıkabilir⁶²⁹.

Eğer koşul edimin devrinin bağlandığı bir koşul niteliğinde ise, temel hukukî ilişki kurulmuş ve devredecek taraf kendi edimini de escrow tutana teslim etmiş olduğundan, devralacak taraf açısından kendi edimi olan koşulu yerine getirme borcu doğmuş demektir. Bu durumda, koşulun yerine getirilmesi mümkün ve bu borç muaccel ise devredecek taraf devreden tarafın ediminin aynen ifasını talep edebilecektir.

Escrow tutanın en temel borçları ise edimi saklamak ve koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre devreden ya da devralan tarafa teslim etmek, bağımsız ve tarafsız olmak edimi kullanmamak, özen göstermek, sır saklamaktır⁶³⁰.

Escrow tutanın, koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre edimi devreden yahut devralan tarafa teslim borcunu yerine getirmemesi, yani edimi ilgili tarafa teslim etmemesi durumunda, eğer koşul gerçekleşmişse devralan taraf, koşul gerçekleşmemişse devredecek olan taraf aynen ifayı talep edebilir. Devreden ve devralan tarafın bu talebi mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere⁶³¹ koşul yerine gelinceye kadar edimin mülkiyeti devreden tarafa ait olarak kalacak; koşul yerine geldiğinde ise edimin mülkiyeti devralan tarafa geçecektir. Bu durumda mahkeme tarafından verilecek aynen ifa kararı sonucunda, edim menkul eşya ise icra dairesi eşyayı escrow tutandan alıp ilgili tarafa verecek, diğer hallerde ise verilecek karara istinaden edimin bedeli escrow tutandan tahsil edilecektir.

Escrow tutanın edimi iade borcu doğrudan sözleşmeden doğan bir borç olduğundan, iade talepleri TBK. m. 146 uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

⁶²⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 524; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1052.

⁶³⁰ Bkz. Yuk. "III. Bölüm, I, C."

⁶³¹ Bkz. Yuk. "I. Bölüm, II, C, 3."

B. Tazminat Davası

Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 112).

Kural olarak edimin escrow tutana teslimi mümkün olduğu müddetçe devralacak tarafın ifa davası açmak yerine tazminat davası açma hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Ancak taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olması ve borçlu temerrüdüne dair hükümlerin de uygulama alanı bulması durumlarında doğrudan tazminat davası da açılabilecektir⁶³².

Diğer taraftan, i) Sözleşmeden dönme veya tazminat talep etmek yerine devredecek tarafın teslim etmeye mahkûm edilmesini talep etmek dürüstlük kuralına aykırı ise, ii) Sözleşmeden dönme veya tazminat talep etme haklarından birini kullandıktan sonra, iii) Edim teslim edilmiş olmasına rağmen, ana edime nazaran önemsiz durumdaki bazı yan haklar kalmışsa, devralacak taraf devredecek tarafın ifaya mahkûm edilmesini talep edemeyecek, sadece tazminat ödemeye mahkûm edilmesini talep edebilecektir⁶³³.

Edimi saklama borcunun ifa edilmemesi (edimin teslim alınmaması yahut sonradan saklamaktan vazgeçmesi vb.) durumlarında, mahkemenin vereceği olumlu karara rağmen escrow tutan edimi saklamaktan imtina ederse, devreden ve devralan taraf ancak tazminat talep edebilecektir. Diğer borçlarının hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ise aynen ifa söz konusu olamayacağından, doğrudan tazminat davası açılabilmesi mümkündür.

Devralan tarafın en temel borcu ise koşulu yerine getirmektir. Temel hukukî ilişkinin koşula bağlanmış olduğu durumlar koşulun yerine getirilmemesi halinde

⁶³² Tarafların bu durumda bir ifa yerine edim anlaşması yapabileceklerine dair Bkz. **Baçoğlu**, s. 71; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 374 – 375; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1057.

⁶³³ Türk hukukunda aynen ifaya hükmedilemeyecek haller için Bkz. **Baçoğlu**, s. 149 – 216; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 375 – 376; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1057; Common Law Sisteminde Aynen İfaya Hükmedilemeyecek haller için Bkz **Baçoğlu**, s. 42 – 68.

sözleşme kurulmuş olmayacağından, aynen ifa talebinin olamayacağını yukarıda belirtmiştik. Bu durumda, devredecek taraf kendi ediminin escrow tutanda beklemesi ile ilgili uğradığı zararların devralacak taraftan tazminini talep edebilecektir.

Tazminatı gerektiren sebep ne olursa olsun, taraflardan birinin tazminat talep edebilmesi için borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması nedeniyle⁶³⁴ bir zarar doğmuş olması⁶³⁵ ve bu zarardan borçlunun sorumlu olması⁶³⁶ (zararla borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması arasında nedensellik bağı olması) şarttır. Aksi halde yani borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olmasına rağmen bundan bir zarar doğmamışsa yahut doğan zarardan borçlu sorumlu tutulamıyorsa tazminat talebi reddedilecektir.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep edilmesi için TBK. m. 112 borçlunun kusurlu olmasını aramış olmakla birlikte, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun kusurlu olduğunu da karine olarak kabul etmiştir. Ancak borçlu borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinde ve zararın ortaya çıkmasında kusuru olmadığını⁶³⁷ ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir⁶³⁸.

Devredecek tarafın edimini escrow tutana teslim etmemesi halinde, edimin aynen ifası mümkün olmaması nedeniyle istenecek olan tazminat davasında,

⁶³⁴ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 381; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074.

⁶³⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074 – 1080; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 384.

⁶³⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 403; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1057. Ve 1082; **Aral**, Kötü İfa, s. 176 – 183.

⁶³⁷ Borçlunun; ayırt etme gücü bulunmadığını, borcun varlığını bilmediğini ve bilmemekte de haklı olduğunu, borcun fevkalade halden, mücbir sebepten yahut alacaklı yüzünden ortaya çıktığını, zararın ortaya çıkmaması için bütün özeni göstermiş olduğunu ispat ederek kusuru bulunmadığını kanıtlamasının mümkün olduğunda dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 407 – 408.

⁶³⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1082 – 1087; **Aral**, Kötü İfa, s. 180;

Bazı hallerde kanun gereği ve tarafların anlaşmasıyla borçlunun kusur sorumluluğu daraltılabileceği gibi, aynı şekilde kanun gereği ya da tarafların anlaşması sonucu kusuru olmasa dahi borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulmasının mümkün olduğuna dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 409 – 415.

devralacak taraf olumlu zararlarının⁶³⁹ tazminini isteyebilir. Zira, eğer devredecek olan taraf edimini ifa etse idi devralacak tarafın mal varlığının bulunacağı durum ile edimin ifa edilmemiş olması nedeniyle mal varlığının bulunduğu durum arasındaki fark, devralacak olan tarafın zararını oluşturmaktadır⁶⁴⁰. Örneğin; (A) ile (B), (X) malını 100 TL karşılığında ve öncelikle (X) malının escrow tutan (E)'te teslim edilmesi, satış bedelinin (B) tarafından (A)'ya ödenmesi halinde ise (X) malının escrow tutan tarafından (B)'ye devredilmesi konusunda anlaşmışlardır. (A), malı başkasına satarak teslim etmiş olduğu için (E)'ye teslim edememiştir. Hâlbuki ki, (B), (X) malı escrow tutana teslim edilmiş ve kendisi de edimini yerine getirerek mal kendisine teslim edilmiş olsa idi, aynı malı 115 TL'ye satabilecek idi. Bu durumda $115-100=15$ TL devralan durumda olan (B)'nin olumlu zararını oluşturmaktadır.

Escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edimi ilgisine teslim etmemesi durumunda da aynı şey söz konusudur. Devralacak taraf escrow tutan edimi kendisine

⁶³⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 386;

Eren'in ifadesiyle; “*Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya dayanan menfaatidir. Müspet zarar, edim borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının mal varlığının göstereceği durum ile halihazırda gösterdiği durum arasındaki farktır.*” **Eren**, Borçlar Genel, s. 1078; aynı yönde Bkz. **Aral**, Kötü İfa, s. 162.

⁶⁴⁰ “ ... Gerçek anlamda zarar, mal varlığının irade dışı azalmasına neden olan zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay gerçekleşmiş olsaydı bulunacağı durum arasındaki fark olarak ortaya çıkan maddî zarardır ve sözleşmeye aykırılık, eksik veya ayıplı işler nedenleri ile ortaya çıkan bedel farkının (semen tenzilin) ödenmesi davalarında, indirim konu edilecek miktarın tespiti için doktrinde, “mutlak metot”, “nispi metot” ve “tazminat metodu” adıyla bilinen değişik görüşler mevcut olmakla birlikte, somut olayda uygulanması gereken yöntem, Yargıtay uygulamaları ile de yerleşmiş bulunan “nispi metot” olarak adlandırılan hesaplama yöntemidir. Bu metoda göre satış tarihi itibarıyla satılanın, ayıpsız (zarar doğurduğu iddia edilen durum olmaksızın halinin) ve ayıplı (iddianın dayanağı durumla birlikteki halinin) değerleri arasındaki oranın, satış bedeline yansıma miktarı belirlenmektedir. Başka bir ifade ile satılanın, tarafların kararlaştırdıkları satış bedeli gözetilmeksizin, satış tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız rayiç değeri ile mevcut ayıplı hâldeki rayiç değeri ayrı ayrı belirlenerek, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oran, satış bedeline uygulanmaktadır.” Yarg. HGK. E. 2017/569, K. 2018/413, T. 28.02.2018.

teslim etmiş olsa idi mal varlığının bulunacağı durum ile malvarlığının mevcut durumu arasındaki farkı escrow tutandan talep edebilecektir.

Uygulamada en çok rastlanan sorunlardan biri olan, escrow tutanın gerekli özeni göstermeksizin ve araştırmayı yapmaksızın koşulun gerçekleştiğini düşünerek edimi devralacak tarafa devretmesi durumunda ise, devreden taraf escrow tutandan devralan taraf koşulu tam olarak yerine getirseydi mal varlığının bulunacağı durum ile malvarlığının halihazırdaki durumu arasındaki farkı talep edebilecektir.

Tazminat talebine konu olan olay, manevî zarara da yol açmışsa, zarara uğrayan taraf sorumlu olan taraftan maddî tazminatın yanında manevî tazminat da talep edebilir⁶⁴¹.

Maddî ya da manevî tazminat talep eden taraf, zararını ispat etmek zorundadır. Zararın miktarının belirlenmesinde haksız fiillere ilişkin kurallar uygulanacaktır (TBK. m. 114/2). Ancak zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde; hâkim olayın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK. m. 50/2)⁶⁴². Özellikle escrow tutanın ücretsiz olarak yerine getirdiği escrow tutma işi nedeniyle sorumluluğuna hükmedilirken, bu işten herhangi bir çıkarı olmadığı için sorumluluğu daha hafif takdir edilir (TBK. m. 114/1)⁶⁴³.

İfa yerine tazminat talep edilen durumlarda, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde zararın miktarının belirlenmesinde mübadele (değişim) teorisinin uygulanması savunulduğu gibi fark teorisinin uygulanması gerektiğini savunanlar da vardır⁶⁴⁴. TBK, satım sözleşmesinde alıcının ve satıcının borçlu temerrüdüne

⁶⁴¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1076; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 391; **Aral**, Kötü İfa, s. 194.

⁶⁴² **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 393; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1090.

⁶⁴³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1092.

⁶⁴⁴ İfa yerine tazminat talep edilen durumlarda, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kendi edimini ifa etmesine rağmen karşı taraf edimini ifa etmediği için zarara uğrayan tarafın zararının hesaplanmasında iki teori ve karma görüşler kabul edilmektedir:

i. *Mübadele teorisine göre*; zarar sadece ifa edilmeyen edim göz önüne alınarak hesaplanmalı ve hükmedilecek tazminatla alacaklının edimi mübadele edilmelidir.

düşmesinde, olumlu zararın tazmini halinde fark teorisinin uygulanmasını kabul etmiştir⁶⁴⁵. Kanaatimizce, satım sözleşmesi ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde de devreden ve devralan taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde, diğer tarafın talep edeceği tazminatın belirlenmesinde fark teorisinin uygulanması mümkündür. Burada tazmin edilecek fark belirlenirken, satış konusu mal yerine başkasından aldığı mala ödemek zorunda kaldığı bedel arasındaki fark (somut metod) tazminat miktarını oluşturacaktır (TBK. m. 213/2). Ancak, mal borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan mallardan ise, alıcı yeni mal satın almak zorunda kalmaksızın, malın satım sözleşmesindeki değeri ile borsa fiyatı arasındaki farkı (soyut metod) tazminat olarak talep edebilecektir (TBK. m. 213/3)⁶⁴⁶.

Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle talep edilecek tazminatın on yıllık ve bazı hallerde beş yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmelidir⁶⁴⁷.

-
- ii. *Fark teorisine göre*; alacaklının zararı ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi edimi arasındaki fark olarak kabul edilmelidir.
 - iii. *Karma görüşler arasında ise*; alacaklıya fark ve değişim teorilerinden istediği seçme hakkı verilmesi gerektiği savunan görüşler ve karşı tarafa henüz edimini ifa etmemişse fark teorisinin uygulanmasını gerektiğini, buna karşılık karşı taraf da edimini ifa etmişse mübadele teorisinin kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler vardır.

Zararın hesabında uygulanacak teoriler ve teorileri savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz, C. 1, s. 391**;

Eren de fark teorisine üstünlük tanınması gerektiği düşüncesindedir. **Eren, Borçlar Genel, s. 1090 – 1091**.

⁶⁴⁵ **Oğuzman / Öz, C. 1, s. 397**; **Eren, Borçlar Genel, s. 1091**.

⁶⁴⁶ **Eren, Borçlar Genel, s. 1091**;

Soyut ve somut metoda rağmen, alacaklının zararının hesap edilenden daha az olduğu ispat edilirse, ispat edilen zarar miktarının ödenmesine karar verileceği yönünde Bkz. **Oğuzman / Öz, C. 1, s. 397 – 398**.

⁶⁴⁷ **Eren, Borçlar Genel, s. 1092**;

Tazminatın, imkânsızlaşan borcun biçim değiştirmiş devamı olduğunu, bu nedenle tazminat talebinin asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşü ve bu görüşü ileri süren yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz, C. 1, s. 433**. Özellikle Dn. 276. ve 277;

C. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeden dönme, geçerli bir sözleşmenin tek taraflı bildirimle sözleşmeyi geriye dönük olarak sonlandırmasıdır⁶⁴⁸.

Sözleşmeden dönme, geniş anlamda escrow sözleşmesinin sona erdirilmesini sağlayan nedenlerden biri olduğundan aşağıda “Escrow Sözleşmesinin Sona Ermesi” kısmında ayrıntılı olarak incelenecektir⁶⁴⁹. Bu kısımda tekrara düşmemek adına ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.

Burada ek olarak; özellikle borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri için alacaklıya TBK. m. 112’nin genel hükmü yerine, sözleşmeden dönme ve fesih hakkı tanıyan açık bir kanun hükmü gerekliliği bulunmakta olduğu yönünde öğretide ileri sürülen fikre⁶⁵⁰ de katılmakta olduğumuzu belirtmek isteriz.

⁶⁴⁸ Aral, *Kötü İfa*, s. 195; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 436; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1047.

⁶⁴⁹ Bkz. Aşa. “V. Bölüm, I, C”

⁶⁵⁰ İleri sürülen bu fikir ve diğer önerilerle ilgili Bkz. Oğuzman / Öz, C. 1, s. 441.

D. Borçlunun Temerrüdü

Borçlu temerrüdü, ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun borçlusunun, borcu ifa etmemek konusunda direnmesi, borcu geç ifa etmesidir⁶⁵¹. Eğer borç muaccel değilse⁶⁵² yahut ifası mümkün değilse⁶⁵³ temerrüt durumu söz konusu olmaz.

İfası mümkün ve muaccel bir borcun borçlusu doğrudan doğruya temerrüde düşmüş sayılmaz. Borçlunun temerrüdü için ayrıca alacaklının ihtarı gerekmektedir (TBK. m. 117/1)⁶⁵⁴. İhtar, borcun muaccel olmasından sonra yapılması gereken ve borçluya yöneltilmiş bir irade beyanıdır⁶⁵⁵. Ancak, sözleşmelerde borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu vadenin geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur (TBK. m. 117/2)⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1113; **Aral**, Kötü İfa, s. 72; **Hasan Ayrancı**, Türk Hukukunda Munzam Zarar, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 51.

“Borçlunun temerrüdü, ifası mümkün bir borcun borçlu tarafından yasal bir engel bulunmamasına rağmen zamanında ifa edilmemesidir.

Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, ifanın mümkün olması, borcun muaccel hale gelmesi ve uygun bir ihtar ile birlikte, alacaklının temerrütte bulunmaması ve borçlunun, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir def'i ileri sürmemiş olması gerekir.

Diğer taraftan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü bakımından B.K.106/I'e göre, alacaklının borçluya ifa için ek bir süre vermesi de, gerekir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, alıcı kendi edimini yerine getirmeden karşı tarafın edimini yerine getirmesini isteyemez. Aksi takdirde, karşı tarafın (satıcının) ödemezlik def'i ile karşılaşma riski doğar.” Yarg. HGK. E. 2010/19-255, K.2010/347, T.23.06.2010 (Sinerji MİP. / 15.06.2018)

⁶⁵² **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 53; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 459; **Aral**, Kötü İfa, s. 72; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1116.

⁶⁵³ **Aral**, Kötü İfa, s. 69 – 72; **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 52; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 468; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1115.

⁶⁵⁴ **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 57; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1116; **Aral**, Kötü İfa, s. 195 – 196.

⁶⁵⁵ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 460; **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 58; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1116; **Aral**, Kötü İfa, s. 195.

⁶⁵⁶ **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 62; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1119 – 1120; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 463 – 464.

Escrow sözleşmesinde devreden tarafın aslî borcu genellikle sözleşme konusu edimin escrow tutana teslim edilmesidir⁶⁵⁷. Teslim borcunun yerine getirilmesi için sözleşme ile bir süre belirlenmiş olabileceği gibi, herhangi bir süre belirlenmemiş olması da mümkündür. Süre belirlenmiş olan hallerde, devreden tarafın teslim borcu açısından temerrüde düşmesi için ayrıca bir ihtar gerek bulunmamaktadır. Zira bu durumda borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş demektir (TBK. m. 117/2). Ancak süre belirlenmemiş olan hallerde devreden tarafın teslim borcu açısından temerrüde düşmesi için ihtar şarttır (TBK. m. 117/1).

Escrow sözleşmesinde devralacak tarafın aslî edim borcu ise koşulu yerine getirmektir⁶⁵⁸. Bu koşul satım sözleşmeleri ile birlikte uygulanan escrow sözleşmelerinde genellikle satış bedelinin ödenmesi, hizmet ve vekalet gibi iş görme sözleşmeleri ile uygulanan escrow sözleşmelerinde işin görülmesi, trampa ile uygulanan escrow sözleşmesinde ise değiştirilecek malın teslim edilmesi şeklinde olmaktadır.

Escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişkinin kurulmasının koşulun yerine getirilmesine bağlandığı durumlarda koşulun yerine getirilmesi için belirlenmiş olan sürenin koşula eklenen ikinci bir koşul olduğuna yukarıda⁶⁵⁹ değinmiştik. Bu nedenle belirlenmiş olan sürede koşulun yerine getirilememesi halinde temel hukukî ilişki hiç kurulmayacaktır. Bu nedenle, temel hukukî ilişkinin kurulmasının koşulun yerine getirilmesine bağlandığı durumlarda borçlunun temerrüdüne ilişkin kurallar uygulanamayacaktır. Zira ortada istenebilir bir borç bulunmayacaktır. Ancak, bu durumda Culpa in Contrehendo sorumluluğu ortaya çıkacak olup, bu konu bir sonraki başlıkta inceleme konusu yapılmıştır.

Escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişkinin kurulmasının değil ancak kurulmuş olan temel hukukî ilişkinin ediminin karşı tarafa devrinin koşula bağlandığı durumlarda ise, koşulun yerine getirilmesi için belirlenmiş olan sürede koşulun yerine getirilmemesi durumunda her ne kadar edim karşı tarafa devredilmeyecek ise de bu

⁶⁵⁷ Bkz. Yuk. “III. Bölüm, I, A”

⁶⁵⁸ Bkz. Yuk. “III. Bölüm, I, B”

⁶⁵⁹ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, II, D”

durum sonsuza kadar devam etmeyecektir. Bu nedenle, TBK. m. 117/1 uyarınca devralacak tarafa ihtar gönderilerek devralacak tarafın temerrüde düşürülmesi durumunda borçlu temerrüdüne ilişkin kurallar uygulanabilecektir. Escrow sözleşmesinde devreden tarafın borçları ile devralan tarafın borçları karşılıklı borç durumunda olduğundan, TBK. m. 123 uyarınca verilecek bir sürenin sonunda temerrüdün karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçları⁶⁶⁰ da doğmuş olacaktır. Yani devredecek taraf aynen ifa ile beraber gecikme tazminatı talep edebileceği gibi, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir (TBK. m. 125)⁶⁶¹. Ayrıca, temel hukukî ilişkinin ifasına başlanmış sürekli edimli bir sözleşme olması halinde devredecek taraf, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilecektir (TBK. m. 126)⁶⁶².

Özellikle devralacak tarafın yerine getirmesi gereken edimin bedelini ya da ücretini ödemek şeklindeki bir para borcu⁶⁶³ olması halinde, temerrüdün para borçlarına ilişkin sonuçlarının⁶⁶⁴ uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır. Yani devredecek taraf devralacak taraftan temerrüt faizi (TBK. m. 120) talep edebileceği

⁶⁶⁰ Temerrüdün karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki sonuçlarına ilişkin Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1132 – 1147; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 504 – 505.

⁶⁶¹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 508 – 525; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1139 – 1147.

⁶⁶² **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 525 – 527; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1151 – 1152.

⁶⁶³ Para borcu kavramı, para çeşitleri ve para borcunun ifası için Bkz. **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 23 – 48.

⁶⁶⁴ Para borçlarında temerrüdün sonuçlarına ilişkin olarak Bkz. **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 66 – 113.

gibi⁶⁶⁵, temerrüde düşmede bir kusuru⁶⁶⁶ olmadığını ispat etmedikçe temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın zararının tazminini de talep edecektir (TBK. m. 122)⁶⁶⁷. Ayrıca temerrüde düşen devralacak taraf, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan da sorumlu olacaktır (TBK. m. 119/1)⁶⁶⁸.

E. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrehendo)

Escrow sözleşmesinde taraflar hem escrow sözleşmesinin kurulması görüşmeleri hem de escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanacak olan temel hukukî ilişkinin doğumu esnasında dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır. Zira sözleşme taraflarının, henüz sözleşme kurulmadan önceki görüşme döneminde

⁶⁶⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1123; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 491; **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 103 – 113. *“Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizinin hukuki niteliği, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat olduğu kabul edilmektedir. Bu tanının aynı zamanda gecikme zammını da içerdiği bir gerçektir.*

Belirtilmelidir ki, asıl edimin muaccel hale gelmemesi nedeniyle borçlu temerrüdünün gerçekleşmediği durumda, doğal olarak temerrüt faizine de, hükmedilemez.

Öyleyse, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşılıklı edimlerin aynı anda ifasına karar verilmesi halinde, asıl edim niteliğindeki borçlunun para borcunun ifası muaccel hale gelmeden faiz de doğmayacak; dolayısıyla borçlu temerrüdü gerçekleşmeden, daha önceki bir tarihten başlayacak şekilde temerrüt faizine de, karar verilemeyecektir.

O halde, alıcı edimini yerine getirmesine rağmen (satıma konu aracı iade etmesi-somut olayda tescil ve fiili teslimle-), borçlunun (satıcının) para borcunu iade etmemesi durumunda, satıcının para borcunu iadesinde temerrüdü gerçekleşeceğiinden temerrüt faizine de, malın iade tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.” Yarg. HGK. E. 2010/19-255, K.2010/347, T.23.06.2010 (Sinerji MİP. / 15.06.2018)

⁶⁶⁶ Aşkın zararın talep edilebilmesi için gereken kusura ve kusurun ispatına dair Bkz. **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 124 – 138.

⁶⁶⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 499 – 501; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1130 – 1131; Aşkın zarar (Munzam zarar) kavramı ve hukukî niteliği konusunda Bkz. **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 115 – 118; aşkın zarar miktarının esaplanması için Bkz. **Ayrancı**, Munzam Zarar, s. 144 – 149.

⁶⁶⁸ Aynı yönde Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 488; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1128 – 1129.

yürüttükleri müzakereler esnasında aralarında güven ilişkisine dayalı bir hukukî ilişki oluşur⁶⁶⁹. Bu ilişki, hukuken müeyyidelere bağlanmış bazı borçların ön görüşmelerden itibaren yüklenmesi ve hukukî işlemin kurulması halinde sözleşmenin yorumlanması ile kendini gösterir⁶⁷⁰.

Bunun yanında kanunun ruhundan doğan bazı sorumluluklar da söz konusudur. Bu sorumluluklar sözleşmelerin kurulması ve hüküm doğurmasından sonrası için söz konusu olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasından öncesi için de söz konusudur. Bu sorumlulukların arasında aldatıcı davranışlarda bulunmama, karşı tarafın yanıldığını fark ettiğinde onu uyarıp aydınlatma, birbirlerini koruma ve karşı tarafa bilgilendirme gibi yükümlülükler söz konusudur⁶⁷¹. İster dürüstlük kuralından kaynaklansın isterse kanunun ruhundan kaynaklansın, taraflardan birinin sözleşme görüşmeleri sırasında doğan kusurundan sorumlu olmasını sağlayacak şekilde Culpa in Contrehendo⁶⁷² ifadesi kullanılmaktadır⁶⁷³.

Escrow sözleşmesinde Culpa in Contrehendo sorumluluğunun en çok rastlandığı durum, temel hukukî ilişkinin kurulmasının koşula bağlandığı durumlarda, devredecek taraf edimini escrow tutana teslim etmiş olmasına rağmen, devralacak tarafın dürüstlük kuralına aykırı şekilde kendi edimini yerine getirmekten imtina etmesidir⁶⁷⁴. Bu durumda devredecek taraf devralacak tarafı koşulu yerine getirmeye

⁶⁶⁹ **Harun Demirbaş**, 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Hizmet Sağlayıcıları Ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 27; **İnal**, s. 139.

⁶⁷⁰ **İnal**, s. 139

⁶⁷¹ Kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş olan sözleşme öncesi yükümlülük halleri için Bkz. **Demirbaş**, Hizmet Sağlayıcıların Yükümlülüğü, s. 28 – 30.

⁶⁷² Culpa In Contrehendo'nun terminolojideki yeri ve karşılaştırmalı hukuktaki karşılıkları için Bkz. **Huriye Reyhan Demircioğlu**, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrehendo Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 41 – 43.

⁶⁷³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1153; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 478; Culpa In Contrehendo sorumluluğunun tarihi gelişimi ve modern hukuklardaki düzenleniş biçimi için Bkz. **Demircioğlu**, s. 54 – 76.

⁶⁷⁴ Batıl ya da kurulamamış sözleşmelerde de sözleşme öncesi sorumluluğun söz konusu olabileceğine ve bu konuda öğretilde yapılmış olan açıklamalara dair Bkz. **Eren**, Borçlar

zorlayamayacaktır. Zira temel hukukî ilişki henüz kurulmamış olup, ancak koşulun yerine getirilmesinden sonra kurulmuş olacağından, tarafların borçları henüz doğmuş değildir. Ancak dürüstlük kuralının gereği olarak, kendi edimini yerine getirmeyerek temel hukukî ilişkinin kurulmasını engelleyen devralacak taraf, devredecek tarafın edimini escrow tutana teslim etmiş olması nedeniyle uğradığı zararları gidermek zorundadır.

Culpa in Contrehendoda sorumluluğun hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte⁶⁷⁵, genel olarak borca aykırılık olduğu, bu nedenle borçlunun kusursuzluğunu ispat etmek sorunda olduğu, zamanaşımının ise genel zamanaşımı olan on yıl olduğu kabul edilmektedir⁶⁷⁶. Ayrıca her ne kadar sorumluluk borca aykırılığa dayandırılrsa bile burada olumlu zararların istenemeyeceği, sadece olumsuz zararların istenebileceği kabul edilmektedir⁶⁷⁷. Kanımızca aynı esasın escrow sözleşmesi açısından da kabul edilmesi uygun olacaktır. Böylece, sözleşme öncesi görüşmeler nedeniyle zarara uğrayan taraf sadece uğradığı olumsuz zararın tazminini⁶⁷⁸ talep edebilmelidir.

Genel, s. 1153.

⁶⁷⁵ Sözleşme öncesi sorumluluğun hukukî niteliğinin; haksız fiil olduğu, sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu ve kendine özgü bir sorumluluk olduğuna dair görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1154 – 1156; **Demircioğlu**, s. 77 – 118; **İnal**, s. 138 – 164; Ayrıca Culpa In Conrehendo sorumluluğunun hukukî niteliğinin klasik sorumluluk kaynakları dışında aranmasına dair Bkz. **Demircioğlu**, s. 119 – 175.

⁶⁷⁶ Culpa In Contrehendo sorumluluğunun temelinin haksız fiil olduğunu ileri sürenler, bu sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı süresinin de haksız fiillere uygulanan zamanaşımı süresi olduğunu ileri sürmektedir. Ancak, sorumluluğunun temelinin sözleşme olduğunu kabul eden görüş ise on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Bu konuda ileri sürülen görüşler ve savunan yazarlar için Bkz. **Demircioğlu**, s. 277 – 278.

⁶⁷⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 480; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1155 – 1156; Culpa In Conrehendo Sorumluluğunda zarar kavramı ve talep edilebilecek zarar kalemlerine dair Bkz. **Demircioğlu**, s. 246 – 249.

⁶⁷⁸ Tazminat talebinin tabi olacağı esaslar için Bkz. **Demircioğlu**, s. 259 – 280.

IV. ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TARAF ALACAKLARININ DEVRİ VE BORÇLARININ YÜKLENİLMESİ

A. Genel Olarak

Alacağın devri, bir alacağın alacaklı taraftan başka bir kişiye devredilmesidir⁶⁷⁹. Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir (TBK. m. 183/1)⁶⁸⁰.

Hukukî niteliği bakımından bir sözleşme olan alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olan bir devir sözleşmesinin var olmasına bağlıdır (TBK. m. 184)⁶⁸¹. Ancak, alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın⁶⁸², üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TBK. m. 185)⁶⁸³.

Alacağın devri için alacağın doğmuş olması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, doğmamış olan alacakların da devredilebileceği⁶⁸⁴, bu durumda alacağın ileride geçerli şekilde doğması halinde hüküm ifade edeceği ileri sürülmektedir⁶⁸⁵.

⁶⁷⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 557; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1248.

⁶⁸⁰ **Tuhr**, s. 826; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1257; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 458.

⁶⁸¹ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 561; **Tuhr**, s. 831; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1257; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 460.

⁶⁸² **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 599.

⁶⁸³ TBK'da düzenlenen alacağın temlik hükümleri rızâ temlik esas alınarak düzenlendiğine, kanunî ve mahkeme kararıyla olan geçiş halleri alacağın devri hükümlerine tabi olmadığına ancak alacağın temlik hükümleri bu durumda da kıyasen uygulanacağına dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 598.

⁶⁸⁴ İsviçre Federal mahkemesine göre de devre konu müstakbel alacakların yeterince belirlenebilir olması gerekmektedir. JdT 1988 I 378.

⁶⁸⁵ Alacağın temlikinde, alacağın doğmuş olması gerektiğine dair görüş ve karşıt görüş ile bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 569.

Alacağın devri, sebepten soyut (mücerret) bir tasarruf işlemidir. Bu haliyle, devreden açısından alacağı sona erdirir. Ancak bunun için devreden tarafın tasarruf yetkisinin olması şarttır⁶⁸⁶. Ayrıca, kural devir serbestisi olmakla birlikte kanunen, işin niteliği gereği ya da sözleşme ile belirlenmiş bir devir engeli olmamalıdır⁶⁸⁷.

Borçlu, alacağın devredildiği alacaklı tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur (TBK. m. 186)⁶⁸⁸. Burada borçlunun iyi niyeti devri bilmemek ve bilebilecek durumda da olmamak anlamındadır.

Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez (TBK. m. 183/2)⁶⁸⁹.

Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik (rüçhan) hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır (TBK. m. 189). Rüçhan hakları ve bağlı haklar, taraflar öngörmese bile alacağın devri ile birlikte kanunen devralan tarafa geçer⁶⁹⁰.

Borcun yüklenilmesi⁶⁹¹ ise, üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme ile borcun üçüncü kişinin üzerine devri suretiyle borçlunun borcundan kurtarılmasıdır⁶⁹². Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması,

⁶⁸⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1252; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 561 – 562; Tuhr, s. 829.

⁶⁸⁷ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 573 – 576; Tuhr, s. 841 – 844; Eren, Borçlar Genel, s. 1260 – 1261.s; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 462 – 463.

⁶⁸⁸ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 576; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 464.

⁶⁸⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1261.

⁶⁹⁰ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 577; Eren, Borçlar Genel, s. 1263.

⁶⁹¹ Borcun üstlenilmesi kavramının tarihsel gelişimi ile Roma, İngiliz, Fransız, Alman ve Türk/İsviçre hukuk sistemindeki durumları için Bkz. Mehmet Kılıç, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 34 – 46.

⁶⁹² Kılıç, s. 111 – 112; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 600; Eren, Borçlar Genel, s. 1267; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 470.

borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle (dış üstlenme sözleşmesi)⁶⁹³ olur (TBK. m. 196)⁶⁹⁴. Bu sözleşme, sözleşmelerin geçerliliği için genel kurallara tabi olup, alacağın devrinden farklı olarak herhangi bir şekil öngörülüş değildir⁶⁹⁵.

Borcun üstlenilmesinde, eski borçlu artık borçtan kurtulur ve onun yerine devralan kişi yeni borçlu haline gelir. Artık alacaklının eski borçluya müracaat etme hakkı yoktur⁶⁹⁶. Borcun üstlenilmesi bu yönüyle borca katılmadan ayrılır.

B. Escrow Sözleşmesinde Tarafların Alacağının Devri Ve Borcunun Üstlenilmesi

1. Escrow Sözleşmesinde Alacağın Devri

Escrow sözleşmesi, tüm tarafların birbirine karşı bir kısım hak ve borçlar yüklediği çok taraflı bir sözleşmedir. Sözleşmenin zorunlu olarak bulunması gereken her üç tarafı da diğer taraflara karşı hem alacaklı hem de borçlu durumdadır.

Escrow sözleşmesinde tarafların alacaklarının devrini engelleyen doğrudan bir yasal düzenleme söz konusu değildir. Escrow sözleşmesinin barındırdığı temel edimler nedeniyle kıyasen uygulanabilecek olan vekalet sözleşmesi ve saklama sözleşmesine dair hükümler arasında da devri engelleyen bir hüküm söz konusu değildir. Bu nedenle, escrow sözleşmesinde de sözleşme veya işin niteliği engel

⁶⁹³ Dış Üstlenme sözleşmesi için Bkz. **Kılıç**, s. 111 – 122; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 606; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1271; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 471.

⁶⁹⁴ **Kılıç**, s. 118; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 600; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1268.

Borcun iç üstlenilmesi teknik anlamda borcun nakli olmayıp, borçlu ile borcu üstlenecek olan üçüncü şahıs arasında yapılmış olan bir borçtan kurtarma taahhüdüdür. Gerçek anlamda borcun üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesidir.

Bu nedenle ve bu tez çalışmasının kapsamı da göz önüne alınarak biz bu kısımda borcun iç üstlenilmesini değil, gerçek anlamı ile borcun üstlenilmesi olan borcun dış üstlenilmesini inceleme konusu yapacağız.

⁶⁹⁵ **Kılıç**, s. 115; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1274; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 602; **Tuhr**, s. 890.

⁶⁹⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 612; **Tuhr**, s. 885; Dış üstlenme sözleşmesinin sonuçları ve özellikle borçlunun borçtan kurtarılması dışında bağlı hakların durumu ve savunmaların durumu için Bkz. **Kılıç**, s. 149 – 188

olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir (TBK. m. 183/1).

Yazılı şekilde yapılmış olan ve hukukî işlemlerin geçerlilik şartlarını taşıyan bir alacağın devri sözleşmesi ile escrow sözleşmesinin tüm tarafları alacaklarını devredebilir. Bunun için sözleşmenin diğer taraflarının muvafakatine gerek yoktur. Miras, şirketlerde tür değiştirme, işletmelerin birleşmesi, mal rejiminin tasfiyesi ve benzeri durumlar nedeniyle alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TBK. m. 185)⁶⁹⁷.

Escrow sözleşmesinde, devir için alacağın doğmuş olması şart olmayıp, doğmamış olan alacakların da devredilebilmesi mümkündür. CORBİN'e göre; sözleşme konusu şeyin (para, eşya vd.) escrow tutana teslim edildiği andan itibaren, koşul henüz yerine getirilmemiş olsa bile üçüncü kişilere devri mümkündür⁶⁹⁸. Ancak bu durumda alacağın yeterince belirlenebilir olması gerekecek ve ancak alacağın ileride geçerli şekilde doğması halinde hüküm ifade edecektir⁶⁹⁹. Örneğin; escrow tutanın sözleşme ile belirlenmiş olan ücretini üçüncü bir kişiye devretmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira, müstakbel alacak niteliğindeki ücret, sözleşme ile yeterince belirlenmiştir. Ücretin miktarının tam olarak belli olmaması ancak miktarın belirlenebilir olduğu hallerde de aynı durum söz konusudur.

Escrow sözleşmesinde de kural devir serbestisi olmakla birlikte işin niteliği gereği ya da sözleşme ile belirlenmiş bir devir engeli olmamalıdır⁷⁰⁰. İşin niteliği devire engelse yahut taraflarca devir yasaklanmışsa alacağın devredilmesi mümkün değildir⁷⁰¹. Ancak, tarafların yaptığı devir yasağı sözleşmesinin alacağı devralacak olan iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından da bilinebilir olması gerekir. Aksi halde

⁶⁹⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 599; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1265; **Kılıç**, s. 31 – 34.

⁶⁹⁸ **Corbin**, agm, s. 454.

⁶⁹⁹ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 248 – 249.

⁷⁰⁰ Escrow sözleşmesinde alacağın devrini engelleyen herhangi bir yasal hüküm bulunmamaktadır.

⁷⁰¹ Borcun üstlenilmesinde borçlunun rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin hususlarla ilgili Bkz. **Kılıç**, s. 148.

borçlu devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez (TBK. m. 183/2). Örneğin, taraflar escrow sözleşmesi ile escrow tutan lehine bir ücret kararlaştırmış ancak harici bir sözleşme ile bu sözleşmeden doğan ücret alacağının devrini yasaklamışsa, escrow sözleşmesinde yazan ücret alacağının varlığına güvenen ancak devir yasağı içeren harici sözleşmeden haberdar olmayan üçüncü kişiye karşı devir yasağı bulunduğu ileri sürülemez.

Borçlu, alacağın devredildiği alacaklı tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur (TBK. m. 186)⁷⁰². Burada borçlunun iyi niyeti devri bilmemek ve bilebilecek durumda da olmamak anlamındadır. Örneğin, escrow tutanın ücret alacağını devretmiş olması durumunda, bu borçtan sorumlu olmasına rağmen ücret alacağının devrinden haberdar olmayan devreden ve devralan taraf, ücret alacağını escrow tutana yapacağı ödeme ile ücret ödeme borcundan kurtulur.

Diğer taraftan sadece escrow tutanın alacakları değil, devreden ve devralan tarafın da hem belirlenmiş hem de müstakbel alacaklarının devri söz konusu olabilir. Örneğin; alıcı tarafından escrow tutana teslim edilmiş olan nama yazılı senet, satıcı henüz tapuda devir işlemini yapmamış olsa bile satıcı tarafından temlik edilebilir. Ancak, bu durumda da devirin hüküm ifade edebilmesi koşulun gerçekleşmesine yani tapuda devir işleminin yapılmasına bağlı olacaktır.

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir. Bu haliyle, escrow sözleşmesinin hangi tarafı olursa olsun alacağın devreden tarafın alacağı, alacağın devri ile birlikte sona erer. Ancak bunun için devreden tarafın tasarruf yetkisinin olması şarttır⁷⁰³.

Escrow sözleşmesinde de alacağın devreden taraf hangi taraf olursa olsun, alacağın devri ile birlikte devreden kişinin kişiliğine özgü olanlar dışındaki rüçhan hakları

⁷⁰² **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 576; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 464; Borcun üstlenilmesinden kaynaklanan savunmalar için Bkz. **Kılıç**, s. 174 – 188.

⁷⁰³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1252; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 561 – 562.

ve bağı haklar da alacağı devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır (TBK. m. 189). Rüçhan hakları ve bağı haklar, taraflar öngörmese bile alacağın devri ile birlikte kanunen alacağı devralan tarafa geçer.

2. Escrow Sözleşmesinde Borcun Üstlenilmesi

Escrow sözleşmesinde borcun üstlenilmesi de mümkündür. Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle (dış üstlenme sözleşmesi) olur (TBK. m. 196).

Borcun üstlenilmesinde, eski borçlu artık borçtan kurtulur ve onun yerine devralan kişi yeni borçlu haline gelir. Artık alacaklının eski borçluya müracaat etme hakkı yoktur. Ancak escrow sözleşmesinin üç taraflı yapısı nedeniyle, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin borcu devralacak kişi ile escrow sözleşmesinin diğer iki tarafı arasında yapılması gerekecektir. Örneğin, escrow tutanın borçları devredilecekse, borcun üstlenilmesi sözleşmesi bu borçları devralacak olan yani yeni escrow tutan ile escrow sözleşmesinin diğer iki tarafı (devralan ve devreden taraf) arasında yapılması gerekmektedir. Aksi halde, borcun üstlenilmesi sözleşmesine katılmayan taraf açısından bu devir sözleşmesi hüküm ifade etmeyecek ve sözleşmeye katılmayan bu tarafın eski escrow tutana başvurma hakkı devam edecektir.

Escrow sözleşmesinde de borcun üstlenilmesi suretiyle borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağı hakları saklı kalır⁷⁰⁴. Ancak borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder (TBK. m. 198)⁷⁰⁵. Örneğin, ücretli bir escrow sözleşmesinde escrow tutana kefil olmuş olan kişinin kefaleti, escrow tutanın borcunun yüklenilmesi suretiyle yeni escrow tutan

⁷⁰⁴ Borcun üstlenilmesinde alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden doğan savunmalar için Bkz. **Kılıç**, s. 174 – 188.

⁷⁰⁵ Borcun naklinde bağı hakların durumu için Bkz. **Kılıç**, s. 154 – 174; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 613; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1265; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 473.

belirlenmiş olması durumunda yeni escrow tutan açısından yazılı rıza vermediği sürece devam etmeyecektir.

3. Escrow Sözleşmesinde Borca Katılma Ve Sözleşmenin Devri

Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar (TBK. m. 201)⁷⁰⁶.

Kanaatimizce, escrow sözleşmesinde borcun yüklenilmesinden farklı olarak borca katılma sözleşmesinin borca katılan ile escrow sözleşmesinin kalan her iki alacaklı tarafı arasında yapılmasına gerek yoktur. Alacaklı taraflardan sadece bir tarafı ile yapılan borca katılma sözleşmesi de geçerli olmalıdır. Zira borca katılma sözleşmesi, alacaklıların borç ilişkisindeki durumunu ağırlaştırıcı bir sözleşme olmayıp, tam tersine alacaklıların durumunu iyileştiren bir sözleşmedir. Ancak bu durumda hangi alacaklı ile katılma sözleşmesi yapılmışsa, katılana karşı talepte bulunma hakkı da yalnız ona ait olacaktır. Diğer taraf ise sadece asıl borçluya müracaat edebilecektir.

Sözleşmenin devri⁷⁰⁷, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte

⁷⁰⁶ Kılıç, s. 32; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 622; Eren, Borçlar Genel, s. 1279; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 474;

Borca katılma ve sözleşmenin devri arasındaki farklar için Bkz. Ayranacı, s. 75 – 77.

⁷⁰⁷ Sözleşmenin yüklenilmesinin yapısını açıklayan teorilerden;

“Kombinasyon teorisi”ne göre, karşılıklı sözleşme ilişkileri alacak ve borçların bir araya gelmesinden oluşmakta olup, bunun dışında başka bir unsur taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin devri ancak alacağın temlik ve borcun yüklenilmesi işlemlerinin kombinasyonu ile sağlanabilir.

“Birlik teorisi”ne göre ise, sözleşme ilişkisi, haklardan, borçlardan, yükümlülüklerden, hukuki durumlardan ve külfetlerden oluşan bir bütündür. Bu nedenle sözleşmenin devri, kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmeli ve taraf değişiklikleri de sadece sözleşmenin devri işlemi ile gerçekleştirilmelidir. Yani her borç ve alacak için ayrı ayrı alacağın temlik ve borcun nakli işlemlerini yapmaya gerek yoktur.

bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır (TBK. m. 205)⁷⁰⁸.

Sözleşmenin devri anlaşması üç taraflı bir hukukî işlemdir. Sözleşmenin devri, devreden taraf açısından tasarruf işlemi niteliğindedir⁷⁰⁹. Zira, devreden tarafın mal varlığı bu sözleşmenin yapılması ile birlikte doğrudan etkilenecektir. Devralan taraf açısından; sözleşmenin yüklediği borçlar bakımından borçlandırıcı işlem, kazandığı haklar açısından kazandırıcı işlemdir. Sözleşmede kalan diğer taraf açısından ise değiştirici yenilik doğuran bir hukukî işlemdir⁷¹⁰.

Sözleşmenin devrinde hem devreden taraf hem devralan taraf ve hem de sözleşmede kalan taraf devir sözleşmesine katılmalıdır. Ancak, borcun yüklenilmesinde olduğu gibi sözleşmenin devrinde de escrow sözleşmesinde herhangi bir tarafın değişmesi için diğer tüm tarafların bu işlemi onaylaması ve rıza vermesi gerekmektedir. Taraflardan herhangi bir tanesinin onayının olmaması durumunda escrow sözleşmesinin devri yapılamaz. Yani normal şartlarda sözleşmenin devri için üç taraf gerekirken, escrow sözleşmesinin devrinde dört taraf gerekmektedir. Örneğin, escrow tutan sözleşmeyi kendi açısından üçüncü bir kişiye devredecekse, bu devir sözleşmesinin tarafları mevcut escrow tutan, sözleşmeyi devralacak olan üçüncü kişi, mevcut escrow sözleşmesindeki devreden taraf ve mevcut escrow sözleşmesindeki devralan taraf olacaktır.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmenin sadece devreden tarafı değişir. Onun dışında sözleşme tüm hükümleri ile birlikte değişmeden kalır. Sözleşmeyi devreden taraf sözleşmeden kaynaklanan hakları kaybeder ve borçlardan da kurtulur.

Her iki teorisinin detayları, bu teorileri destekleyen yazarlar ve teorilerin eleştirisi için Bkz. **Ayrancı**, s. 39 – 53.

⁷⁰⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1280 – 1281; **Ayrancı**, s. 112 – 113; **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 630 – 631.

⁷⁰⁹ **Ayrancı**, s. 64.

⁷¹⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 2, s. 631; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1280 – 1281.

Sözleşmeyi devralan taraf devreden tarafın tüm hak ve borçlarına halef olur⁷¹¹. Escrow sözleşmesinde de devir hangi taraf açısından gerçekleşmişse, escrow sözleşmesinde sadece o taraf değişecek, diğer taraflar ise aynı kalacaktır.

Avukatlık ve doktorluk gibi vekalet ilişkilerini konu alan bazı sözleşmeler, bu sözleşmelerin tarafını oluşturamayacak yani avukat, doktor ve ilgili mesleğe dahil olmayan kişilere devredilemez⁷¹². Ancak, kişi avukat, doktor ya da izin ve yetkiyle yürütülen bir meslek sahibi olsa dahi escrow sözleşmesindeki görevi avukatlık, doktorluk ya da izin ve yetkiyle yürütülen bir hizmet değildir. Bu nedenle, tarafı avukat ya da doktorluk gibi özel yetki ve izinle yürütülen mesleklere mensup kişiler olan escrow sözleşmesinin, avukat ya da doktor olmayan kişilere devri mümkündür.

⁷¹¹ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 634 – 635.

⁷¹² Oğuzman / Öz, C. 2, s. 633.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN BİRLİKTE UYGULANABİLECEĞİ BAZI TEMEL HUKUKÎ İLİŞKİLER

Yukarıda⁷¹³ belirtildiği üzere, escrow sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için mutlaka bir temel hukukî ilişkinin bulunması şarttır. Temel hukukî ilişki bulunmaksızın escrow sözleşmesinin kurulabilmesi mümkün değildir. Zira escrow sözleşmesinin varoluş amacı, temel hukukî ilişkinin edimlerinin güvenli şekilde ifa edilmesidir.

Temel hukukî ilişki borcun niteliği açısından devir borcu doğuran bir sözleşme, kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşme, iş görme sözleşmesi, şahsi teminat sözleşmesi ya da isimsiz bir sözleşme olabilir. Adı ya da türü ne olursa olsun, niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilecek bir edimi konu alan her türlü sözleşme ile birlikte escrow sözleşmesinin uygulanabilmesi mümkündür.

Biz bu çalışmamızda, escrow sözleşmesinin kanunda yer alan sözleşme tiplerinden uygulamada en sık birlikte kullanıldığı sözleşmeler olan satış, eser, hizmet ve vekalet sözleşmesi ile escrow sözleşmesinin nasıl uygulanacağını ve özellikle uluslararası ticarete çok sık uygulama alanı bulan escrow hesabını incelemeye aldık.

I. SATIŞ SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Satış sözleşmesi escrow sözleşmesinin en çok kullanıldığı hukukî ilişkidir. Yukarıda⁷¹⁴ açıklandığı üzere, escrow sözleşmesinin ABD’de kullanılmaya başlaması ve yayılması taşınmaz satışı sözleşmesi ile birlikte gelişmiştir. Bu nedenle, escrow sözleşmesi uygulamalarında, escrow sisteminin gelişmesinde, yargı kararlarıyla

⁷¹³ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, II, B”

⁷¹⁴ Bkz. Yuk. “I. Bölüm, I”

escrow sözleşmesinin yorumlanmasında ve escrow sözleşmesinin tanımlanmasında çoğunlukla satış sözleşmesi esas alınmıştır.

Satış sözleşmesi; “*satıcının bir malvarlığı hakkını alıcıya geçirmeyi ve alıcının da satıcıya kararlaştırılmış değerini para olarak ödemeyi borçlandığı bir sözleşme*” şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹⁵. TBK da satış sözleşmesinin tanımı olarak 207. Maddede; “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” hükmünü içermektedir⁷¹⁶. Her ne kadar anılan maddedeki ifadelerin satış sözleşmesinin tanımı olmadığını ve TBK’da satış sözleşmesinin tanımının yapılmadığını iddia eden yazarlar⁷¹⁷ varsa da; Kanun’un açık lafzı incelendiğinde bunun bir tanım olduğunu kabul edebilmek mümkündür⁷¹⁸. Ancak, tanımın sadece maddî malları göz önüne aldığı, marka, patent, alacak hakkı gibi maddî olmayan malların satışının bu tanımda eksik kaldığı yönündeki eleştiri⁷¹⁹ de haklı görünmektedir. Bu haklı eleştiri ile birlikte satış sözleşmesi TBK’daki tanımdan farklı olarak şu şekilde tanımlanmaktadır; “*Alıcının ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında, satıcının satılan bir mal üzerindeki hakkı ona devretmeyi borçlandığı sözleşmeye satış sözleşmesi denir*”⁷²⁰.

Satış sözleşmesinde, satım konusu malı satana “satıcı”, alana ise “alıcı” denilmektedir. Öyle ise escrow sözleşmesi satış sözleşmesi ile birlikte uygulanırken, escrow sözleşmesinin tarafları “alıcı”, “satıcı” ve “escrow tutan” olacaktır.

⁷¹⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 51; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 26; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 29.

⁷¹⁶ Eski BK m. 182/1’de satım sözleşmesi şöyle düzenlenmişti; “*Satım (beyi) bir akittir ki, onunla satıcı (bayi) satılan malı alıcının (müşterinin) iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya (müşteriye) teslim ve mülkiyeti ona naklelemek borcunu tahammül eder*”.

Aynı yönde Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, s. 78.

⁷¹⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 26.

⁷¹⁸ Aynı yönde; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 51; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel Dersleri, s. 26; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 29; **Aral / Ayrancı**, s. 65.

⁷¹⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 27.

⁷²⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 27.

Satış sözleşmesi, karşılıklı borç yükleyen⁷²¹ (tam iki tarafa borç yükleyen) bir sözleşmedir⁷²². Satış sözleşmesi ile satıcı, satılan şeyin mülkiyetini alıcıya geçirmeyi, alıcı ise bunun karşılığında satış bedelini ödemeyi borçlanmaktadır⁷²³. Satış sözleşmesinde, alıcı ve satıcının yüklendiği edim ve karşı edim, birbiriyle karşılıklılık içerisinde, birbirinin sebebini oluşturmaktadır⁷²⁴. Para ile tedavülü mümkün ve mali değeri olan bütün maddî ve maddî olmayan varlıklar satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Satış sözleşmesine konu olan mal, maddî bir mal (araç, arsa, makine vb.) olabileceği gibi maddî olmayan (elektrik, fikrî haklar) bir mal, ferden ya da nev'an muayyen şeyler de olabilir⁷²⁵.

Satış sözleşmesi ile her iki taraf da hem alacaklı hem borçlu olduğundan, sözleşme konusu malın fizikî ve hukukî niteliği elverdiği sürece sözleşme taraflarından birinin yahut her iki tarafın ediminin (Satış konusu mal ve satış bedeli) escrow sözleşmesine konu olabilmesi mümkündür.

Satış bedeli, satış sözleşmesinde alıcının yüklendiği bir miktar paradan oluşan karşı edimdir⁷²⁶. Satış bedeli mutlaka bir miktar para olmak zorundadır. Paranın millî para yahut döviz olması bu anlamda fark oluşturmaz. Aynı şekilde peşin nakit para yerine taksitle ya da çek ile de ödeme yapılabilir. Eğer mal karşılığında para değil de

⁷²¹ TBK. m. 97 bu tarz sözleşmeler için “karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler” terimini kullanmaktadır. Böylece eski BK 1. Maddede yer alan “iki taraf” yerine “taraflar” ibaresinin kullanılması ile aynı yönlü bir düzenleme yapılmıştır.

⁷²² Tandoğan, C. I/1, s. 78; **Oğuzman / Öz**, s. 333; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 55; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 30; **Aral / Ayrancı**, s. 70.

⁷²³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 68; Tandoğan, C. I/1, s. 93; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 29; **Aral / Ayrancı**, s. 69.

⁷²⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 28; **Oğuzman / Öz**, s. 333; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 55; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 40 – 41; **Aral / Ayrancı**, s. 70.

⁷²⁵ **Tandoğan**, C. I/1, s. 78 – 84; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 56 – 57; **Eren**, Borçlar Özel, s. 31; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 34; **Aral / Ayrancı**, s. 73.

⁷²⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 36; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 59; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 35; **Tandoğan**, C. I/1, s. 84.

başka bir mal veriliyorsa trampa (Mal değişim) sözleşmesi, hizmet veriliyorsa isimsiz bir sözleşme söz konusu olur⁷²⁷.

Satış bedeli her zaman bir miktar para olduğuna göre; satış sözleşmesi ile birlikte uygulanan bir escrow sözleşmesinde paranın escrow tutana bırakılması mümkündür. Bu fiziken mümkün olduğu gibi, hukuken de mümkündür. Zira para fiilen el değiştirmesi mümkün olan, maddî ve taşınır bir mal niteliğindedir.

Satış sözleşmesinde, escrow tutana teslim edilmiş olan paranın mülkiyeti, tüketim ödücünden⁷²⁸ farklı olarak escrow tutana geçmez. Zira tüketim ödücü sözleşmesinin aksine escrow sözleşmesinin amacı teslim edilen parayı tüketmek suretiyle kullanarak faydalanması⁷²⁹ değil, teslim edilmiş olan edimin koşul yerine getirilinceye kadar saklanmasıdır. Escrow tutanın, kendisine teslim edilmiş olan parayı – belirli bir faiz yahut komisyon karşılığında dahi – kullanma ve tüketme hakkı yoktur. Bu anlamda escrow tutana bırakılan paranın durumu, tüketim ödücünden daha çok saklama sözleşmesine konu olan taşınır eşyaya yakındır.

TBK. m.282 – 284. Arasında düzenlenmiş olan “Mal Değişim (Trampa) Sözleşmesi”⁷³⁰ de satış sözleşmesi ile çok yakın bir ilişki içerisinde ve birbirine çok benzeyen edimler içermektedir⁷³¹. Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, mal değişim sözleşmesine de uygulanır; buna göre taraflardan her biri, vermeyi üstlendiği şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi üstlenilen şey bakımından alıcı durumundadır (TBK. m. 283)⁷³². Bu nedenle satış sözleşmesi ile escrow sözleşmesinin

⁷²⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 59; **Eren**, Borçlar Özel, s. 37; **Tandoğan**, C. I/1, s. 84; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 36.

⁷²⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 733; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 384; **Aral / Ayrancı**, s. 345; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 298.

⁷²⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 736; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 385 – 386; **Aral / Ayrancı**, s. 345; **Tandoğan**, C. I/2, s. 299.

⁷³⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 343 – 344; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 159.

⁷³¹ Mal değişim (Trampa) sözleşmesinin, BK’daki düzenleme biçimi bakımından satımın bir çeşidi sayılmakta olduğuna dair Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, s. 335.

⁷³² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 345; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 159.

uygulanmasına yönelik olan tüm açıklamalar mal değişim sözleşmesi için de söz konusudur. Mal değişim sözleşmesi ile birlikte de escrow sözleşmesi uygulanabilecek ve taraflardan biri yahut her ikisinin edimi escrow acentasına teslim edilebilecektir.

Ancak, karşılıklı olarak değiştirilen mallardan her ikisinin de taşınmaz mal olması halinde, mal değişim sözleşmesi ile birlikte escrow sözleşmesi uygulanamayacaktır. Zira taşınmazların escrow acentasına teslimi fiilen mümkün değildir.

B. Taşınır Satışı Sözleşmesi İle Birlikte Escrow Sözleşmesinin Uygulanması

Türk Borçlar Kanunu'nun 209. Maddesinde taşınır satışı; *“Taşınır satışı, Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışudur. / Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünüleyici parçaların satılması da taşınır satışudur.”* Şeklinde tanımlanmıştır⁷³³.

Yargıtay ise taşınır satışını şu şekilde tanımlamıştır; *“Menkuller (taşınırlar) Medeni Kanununun 686. Maddesinde; Bir yerden diğer yere nakledilebilen eşya ile gayrimenkul mülkiyetine dahil olmayan ve temellüke salih bulunan tabii kuvvetler olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan bir yerden diğer bir yere bağımsız olarak taşınabilen her türlü maddi eşya (örneğin otomobil, çanta, koltuk, sandalye, buğday, arpa vs.) satımı taşınır satımı niteliğinde olduğu gibi, taşınmaz mülkiyetine dahil olmayan ve temellüke (mülk edinmeye) elverişli bulunan elektrik, su, havagazı, doğalgaz, elektrik gibi tabii kuvvetlerin satımı da taşınır satımı niteliğindedir. Bu bakımdan taşınır (menkul) satımını taşınmaz (gayrimenkul) olmayan her şeyin satımıdır şeklinde tanımlamak daha isabetli olur”*⁷³⁴.

⁷³³ Zevkliler / Gökyayla, s. 54; Aral / Ayrancı, s. 60; Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 83.

⁷³⁴ Yarg. HGK, E. 2002/4-608, K. 2002/643, T. 25.09.2002, (Sinerji MİP. / 13.04.2018)

Buna göre; Türk Medenî Kanunu'nun taşınmaz olarak saydığı (TMK. m.704) arazi, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ve kanunların taşınmaz olarak belirledikleri dışındaki her şey, kanunlardaki emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla ve niteliği de elvermek şartıyla taşınır satışına konu olabilir⁷³⁵.

1. Escrow Sözleşmesine Konu Olabilecek Taşınır

Taşınır satış sözleşmelerinde hem satış bedeli hem de niteliği elverdiği ölçüde satılan mal escrow tutana bırakılabilir. Bu nedenle, taşınır satışına konu olabilen her şey, escrow sözleşmesine de konu olabilir. Bilgisayar yazılımları, lisanslar⁷³⁶, ve gazlar dahi depolanması durumunda escrow sözleşmesine konu olabilir.

Taşınır satışında, sadece satış konusu mal escrow tutana bırakılabileceği gibi, satış bedeli de escrow tutana bırakılabilir. Hatta bu karşılıklı edimler birlikte escrow tutana bırakılabilir.

Taşınır satışının konusunu oluşturmasına rağmen, niteliği gereği teslim edilemeyecek durumda olan şeyler ve haklar⁷³⁷ escrow sözleşmesine konu olabilirse de, bu gibi durumlarda sadece satış bedeli escrow tutana bırakılabilir. Örneğin, edebî bir eser üzerindeki fikrî haklar taşınır satış sözleşmesinin konusunu oluşturur. Ancak

⁷³⁵ **Esener / Güven**, s. 311 – 318; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 83 – 84; **Ertaş**, s. 483 – 484; Taşınır satışına dair hükümlerin uygulanacağı bazı alacak ve haklar için Bkz. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 55; **Aral / Ayrancı**, s. 78 – 81.

TBK. m. 207'de zikredilen taşınır satışı ile TMK. m. 762'de sözü geçen taşınır eşya deyimlerinin örtüşmemekte olduğu; zira, taşınmaz dışında kalan diğer tüm satış konusu şeyler borçlar hukuku bakımından taşınır satışı sayılmakta olduğunda dair Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, s. 100 – 102.

⁷³⁶ Shupak'a göre; "Yazılımcının yazılım üzerinde başka bir şirkete lisans verdiği hallerde, lisans sahibi bir escrow tutana tevdi edilmek üzere yazılımın bir kopyasını çıkarabilir. İlgili yazılım özellikle belirli bir şirket için geliştirilmiş ısmarlama bir yazılım olduğunda, yalnızca yazılım bağlamında bir escrow sözleşmesi söz konusu olacaktır. Ancak bir yazılımcı genel olarak pazarlamak üzere bir yazılım paketi yaptığında, lisans alan herkesin bağlı olacağı çok taraflı escrow düzenlemeleri yapabilir." **Shupak**, agm, s. 147.

⁷³⁷ Bu nitelikteki haklar için Bk. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 54 – 55; **Aral / Ayrancı**, s. 80.

bu fikrî haklar genellikle nitelikleri gereği teslim edilebilmeleri mümkün olmadığından escrow sözleşmesi ile escrow tutana bırakılamaz. Buna karşılık bu hakların satış bedeli hiç şüphesiz escrow tutana bırakılabilir.

Tapuya tescil edilmemiş olan arazi satışları da yerleşik içtihatlar gereği taşınır satışı hükümlerine tabidir⁷³⁸. Ancak tapusuz dahi olsa arazi niteliği gereği taşınabilir bir eşya değildir. O nedenle escrow tutana bırakılabilmesi mümkün değildir. Bu durumda da sadece satış bedeli escrow tutana bırakılabilecektir.

2. Escrow Sözleşmesi İle Birlikte Uygulanan Taşınır Satışına Konu Olan Taşınırın Zilyetlik Durumu

Taşınır satış sözleşmesi anî edimli sözleşmedir. Satıcının borcu olan zilyetlik ve mülkiyeti geçirme borcu, bir defada ve ani olarak yerine getirilir⁷³⁹.

⁷³⁸ “Tapusuz mallara ilişkin satış vaadi, gerçek anlamda bir gayrimenkul satış vaadi sözleşmesini teşkil etmez. Ancak, geçerli olmasına da engel değildir. Zira, tapusuz taşınmazlara ilişkin satımın gerçek hukuksal niteliği zilyetlik hakkının devri amacını güden satımdan ibarettir. Bu sebeple davacının dayanağı olan satış vaadi senedinin, zilyetliğin devir senedi olarak yorumlanıp, delillerin bu şekilde değerlendirilmesi gerekir. Noter huzurunda yapılmamış bir satış vaadi sözleşmesi söz konusu olacağı için geçerli, yok eğer tapuda kayıtlı değil ise, bu takdirde bahis konusu olan "gayrimenkul satış vaadi" değil "zilyetlik hakkının devri vaadi" olduğu için geçerlidir.” Yarg. İBK. S. 27/32, T. 22.11.1944, Yarg. 8. HD; E. 1996/ 9378, K. 1997 / 4125, T. 26.06.1997, (Sinerji MİP. / 13.04.2018);

Yavuz / Acar / Özen, Borçlar Özel, s. 239 – 240; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 64; **Tandoğan**, C. I/1, s. 101; **Esener / Güven**, s. 219.

⁷³⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 93; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 58; **Eren**, Borçlar Özel, s. 29; **Aral / Ayrancı**, s. 71.

Taşınır satışlarında mülkiyetin geçmesi için zilyetliğin devri şarttır (TMK. m. 763)⁷⁴⁰. Yani taşınır satışında mülkiyet, aynî sözleşme ve teslim ile alıcıya geçer⁷⁴¹. Bir şey üzerinde fiilî hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedir (TMK. m. 973). Yani zilyetlik, bir şey üzerinde fiilî hakimiyet kurulmasıdır⁷⁴².

Escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanan taşınır satışında, bir veya daha çok tarafın edimi escrow tutana bırakılmaktadır. Hangi taraf ya da tarafların edimi bırakılmış olursa olsun, escrow tutan bu edimlerin ferî ve doğrudan zilyedi durumundadır. Escrow tutana bırakılan malın aslî zilyedi ise malın malikidir.

Taşınır satış sözleşmesinde, satış konusu malı escrow tutana teslim eden satıcının zilyetliği artık doğrudan zilyetlikten çıkıp dolaylı zilyetlik haline gelmektedir. Koşul yerine getirilinceye kadar (örneğin satış bedeli ödeninceye kadar) satıcı dolaylı ve aslî zilyet olarak kalmaya devam edecektir. Belirlenen sürede koşulun yerine getirilmesi halinde ise, koşul yerine getirildiği andan itibaren malik yani aslî zilyet sıfatını kaybedecektir.

Benzer şekilde, satış bedelini escrow tutana bırakan taraf ise, koşul yerine getirilinceye (örneğin satış konusu taşınır eşya teslim edilinceye) kadar, satış bedelinin maliki yani aslî zilyedi olarak kalmaya devam edecektir. Koşul yerine getirildiği andan itibaren ise malik sıfatı sona ereceğinden, aslî ve dolaylı zilyetliği de sona erecektir.

⁷⁴⁰ ABD’de, kişinin tasarruf hakkını devretmeden gerçek bir teslim gerçekleştiremeyeceğini öngören, tasarruf edilen şeyin fizikî olarak teslimini malik sıfatıyla zilyetlik için şart koşan ve temellük kuralı (law of seisin) olarak adlandırılan görüş artık önemini kaybetmiş, malın mülkiyetinin devri için teslim resmî olarak şart olmaktan çıkmış olduğunda ancak yine de devir iradesinin ispatı açısından teslimin önemini korumakta olduğunda dair Bkz. **Gavit**, agm. s. 1147.

⁷⁴¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 61; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 89; **Aral / Ayrancı**, s. 89; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 742; **Esener / Güven**, s. 320.

⁷⁴² **Esener / Güven**, s. 61; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 47; **Ertaş**, s. 28.

3. Escrow Sözleşmesi İle Birlikte Uygulanan Taşınır Satışı Sözleşmesinde Teslimsiz Devir (Hükmen Teslim) ve Zilyetliğin Havalesi

Taşınır satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde teslimsiz devir (hükmen teslim) de söz konusu olabilir. Hükmen teslim, zilyetliği devreden kişinin, özel bir hukukî nedene dayanarak malın kendisinde alıkoyup, kazanana sadece dolaylı bir zilyetlik tanınmasıdır (TMK m. 979/1)⁷⁴³. Örneğin; (A) ile (B), (A)'ya ait olan aracın (B)'ye satılması ve satış sonrasında (A)'nın kiracı olarak altı ay daha aracı kullanarak (B)'ye kira bedeli ödemesi konusunda anlaşmışlardır. Ancak noterde devir işleminin yapılması için satış bedelinin escrow tutana teslimini şart koşmuşlardır. Bunun üzerine (A), (B) ve escrow tutan (E) escrow sözleşmesi yapmışlardır. Satış bedeli (B) tarafından escrow tutana teslim edildikten sonra noterde devir işlemi yapılmıştır. Noterde satış yani aracın mülkiyetinin devri işleminin yapıldığı an itibariyle (B) aslî ve dolaylı zilyet haline gelmiş, (A) ise ferî ve doğrudan zilyet haline gelmiştir. Bu örnekte (A) aslî zilyetliğini (B)'ye hükmen teslim yoluyla devretmiştir. (A) daha sonra (E)'ye başvurarak satış bedelinin kendisine teslimi talep edecektir. Satış bedelinin (E) tarafından (A)'ya teslim edilmiş olup olmaması ise (B) açısından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir.

Taşınır satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde zilyetliğin havalesi de söz konusu olabilir. Zilyetliğin havalesi, dolaylı zilyedin zilyetliğini başka bir dolaylı zilyede devretmesidir⁷⁴⁴. Örneğin; (A)'nın (Ü) tarafından kiralanmış bulunan arabasını (B)'ye satması için (A) ve (B) anlaşmış ve noterde satış sözleşmesinin yapılması öncesinde satış bedelinin escrow tutana yatırılması koşulu kabul edilmiştir. Bunun üzerine (A), (B) ve escrow tutan (E) escrow sözleşmesi yapmışlardır. Sonrasında (B) satış bedelini (E)'ye teslim etmiş ve taraflar noterde satış sözleşmesini yaparak gerekli devir işlemi gerçekleştirmiştir. Noterde satış sözleşmesinin

⁷⁴³ **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 71; **Sirmen**, s. 60; **Esener / Güven**, s. 77; **Ertaş**, s. 41.

⁷⁴⁴ **Sirmen**, s. 62; **Esener / Güven**, s. 78; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 73; **Ertaş**, s. 41.

yapılması ile birlikte kirada bulunan satış konusu aracın mülkiyeti (B)'ye geçmiştir. Yani (B) yeni aslî ve dolaylı zilyettir. (Ü) ise halen kiracı yani doğrudan ferî zilyettir. Bu durumda (A) satış bedelini (E)'den talep edecektir.

Bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur (TMK. m. 980). Bu nedenle taşınır satışıyla birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde, taşıyıcıya veya umumî mağazaya, bırakılmış olan emtianın kendisi yerine, bu emtiayı temsil eden evrakların da escrow tutana bırakılması mümkündür⁷⁴⁵. Bu durumda escrow sözleşmesinin hükümleri, bizzat emtia yani satış konusu olan taşınır eşya escrow tutana bırakılmış olması gibidir.

Ancak düzenlenmiş olan her evrak bu hukukî etkiye sahip değildir. Bu evrakın yasal şartlarına uygun olarak düzenlenmiş olan bir kıymetli evrak olması gerekir. Bu özelliği taşıyan kıymetli evraklar makbuz senedi ve varanttır. Makbuz senedi ve varant sadece usulünce kurulmuş olan umumî mağazalar (antrepolar) tarafından verilebilir⁷⁴⁶.

C. Taşınmaz Satış Sözleşmesi İle Birlikte Escrow Sözleşmesinin Uygulanması

Taşınır satışının aksine, taşınmaz satışının tanımı TBK'da yer almamaktadır. Zira, TBK'daki satış sözleşmesine ilişkin hükümler taşınır satışı esas alınarak

⁷⁴⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 89; **Aral / Ayrancı**, s. 89; **Tandoğan**, C. I/1, s. 118; **Sirmen**, s. 63; **Ertaş**, s. 43.

⁷⁴⁶ Makbuz senedi ve varant verme karşılığında serbest veya gümrüklenmemiş mal ve hububatı, saklama sözleşmesi uyarınca kabul etmek ve tevdi edenlere de bu senetlerle tevdi olunan mal ve hububatı satabilmek veya rehnedebilmek imkânı vermek amacıyla kurulan mağazalara "umumi mağaza" denir. Umumi mağazalar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın izniyle kurulur (TTK. m. 832). Makbuz senedi ve varantın taşınması gereken şekil şartları TTK. 834 ve 835. Maddelerde düzenlenmiştir. Tevdi edilmiş şeyler karşılığında verilen ancak, kanunun makbuz senedi ve varant için aradığı şekil şartlarına uymayan senetlerle, bu şekil şartlarına uygun olup da izin almamış olan kurumlar tarafından verilen senetler, kıymetli evrak olmayıp teslim alma makbuzları veya ispat belgeleri hükmündedir (TTK. m. 833/2).

Ayrıca TTK m. 856 ve devamında düzenlenmiş olan taşıma senedi (konşimento) de bu anlamda kıymetli evraktır.

düzenlenmiştir⁷⁴⁷. Bu nedenle taşınmaz satışının tanımını TMK hükümlerine göre belirlemek gerekmektedir⁷⁴⁸.

TMK. m. 704'e göre; taşınmaz mülkiyetinin konusu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğünde kayıtlı bağımsız bölümlerdir. Bunlar aynı zamanda tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek olan hususlardır (TMK. m. 998)⁷⁴⁹.

Taşınmaz satışı ise; taşınmaz mal niteliğindeki malların satışı olan satış sözleşmesidir^{750,751}. Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır (TBK. m. 237)⁷⁵².

Taşınmazın mülkiyeti tescille birlikte (tescilin yapılması anında) alıcıya geçer (TMK. m. 705)⁷⁵³.

⁷⁴⁷ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 57.

⁷⁴⁸ **Tandoğan, C. I/1**, s. 223; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 227; **Aral / Ayrancı**, s. 185.

⁷⁴⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 227; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 66; **Aral / Ayrancı**, s. 78; **Tandoğan, C. I/1**, s. 223 – 226; **Ertaş**, s. 265.

⁷⁵⁰ Taşınmaz satışı vaadi, ön alım, geri alım ve alım sözleşmeleri de taşınmaz satışı sonucunu doğurur. Bunlardan ön alım sözleşmesi yazılı şekle, diğerleri ise resmi şekle tabidir (TBK. m. 237). Aynı yönde Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 243 – 256; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 66 – 72; **Aral / Ayrancı**, s. 186;

Ancak, bunların bir şekilde escrow sözleşmesine konu olmaları halinde de escrow sözleşmesi şekle tabi olmayacaktır.

⁷⁵¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 228; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 58; **Aral / Ayrancı**, s. 185 – 186.

⁷⁵² **Zevkliler / Gökyayla**, s. 59; **Tandoğan, C. I/1**, s. 226 – 227; **Esener / Güven**, s. 206; **Ertaş**, s. 268;

Taşınmaz satış sözleşmesinin resmî şekilde yapılması şart olmasına rağmen, taşınmaz satışını konu alan bir escrow sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasına gerek olmadığına yönelik Bkz. Yuk. “I. Bölüm, IV”.

⁷⁵³ Satış sözleşmesi dışında miras, mahkeme kararı, cebri icra, kamulaştırma, işgal, yen arazi oluşması, arazi kayması vd yollarla da mülkiyetin kazanılması söz konusu ise de, escrow sözleşmesi üç taraflı borç yükleyen bir hukukî ilişki olup niteliği gereği bu durumlarda escrow sözleşmesi uygulanamayacağından bu çalışmamız kapsamında o konulara değinilmeyecektir.

Taşınmaz satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmelerinde sadece satış bedeli escrow tutana bırakılabileceğinden, bu edimin karşı tarafa teslimi ancak karşı tarafın taşınmazın mülkiyetini alıcıya devri ile birlikte söz konusu olabilir. Taşınmaz mülkiyetinin devri tescille olacağından, taşınmaz satış sözleşmesinde satış bedelinin satıcıya devrinin ilk koşuludur. Tescil olgusu burada hukukî anlamda geciktirici koşul (TBK. m. 170) niteliğindedir. Bu koşul sözleşmenin tümünün geçerliliği için değil, sadece escrow tutanın kendisine bırakılan edimi satıcıya teslimi borcunun doğması içindir.

Taşınmazın alıcı adına tescili ile birlikte, satış bedelinin mülkiyeti de satıcı lehine el değiştirir. Bu andan itibaren; satış bedeli olarak kendisine bırakılmış olan edimin teslimini escrow tutandan talep hakkı sadece satıcıya aittir. Satıcının bu hakkı, mülkiyet hakkına dayanan bir haktır. Alıcının ise artık satış bedeli üzerinde herhangi bir hakkı söz konusu olmayacaktır.

II. ESER SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Escrow sözleşmelerinden sık sık istifade edilen sözleşmelerden biri de eser sözleşmesidir⁷⁵⁴. Eser sözleşmesi⁷⁵⁵, TBK. m. 470’te şu şekilde tanımlanmaktadır; *“Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser⁷⁵⁶ meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Sloane, agm.

⁷⁵⁵ Eser sözleşmesi yerine kullanılan başka isimler ve bu isimlerin tartışılması konusunda Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 985; Dn. 6; **Tandoğan**, C. II, s. 1 – 2.

⁷⁵⁶ Eser kavramının içerisine, objektif olarak tesbiti mümkün olan, belirli bir maddî veya maddî olmayan sonucun meydana getirilmesinin girdiğine dair Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 987 – 988; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 464 – 468;

Eser kavramının içine maddî olmayan şeylerin girip girmeyeceğine dair görüşler, bu görüşlerin tartışılması ve savunan yazarlar için Bkz. **Tandoğan**, C. II, s. 2 – 22.

⁷⁵⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 984; **Aral / Ayrancı**, s. 359; **Tandoğan**, C. II, s. 1.

TBK'nın bu tanımından hareketle tarafların edimleri de göz önüne alınarak eser sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür; eser sözleşmesi, iş sahibinin ödeyeceği bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği sözleşmedir⁷⁵⁸. Yani eser sözleşmesi, tam iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen, rızaî, ivazlı ve ani edimli ve şekle tabi olmayan bir sözleşmedir⁷⁵⁹. Eser sözleşmesinde taraflar, yüklenici ve iş sahibidir⁷⁶⁰. Öyle ise eser sözleşmesi ile birlikte uygulanacak escrow sözleşmesinde taraflar; iş sahibi, yüklenici ve escrow tutan olacaktır.

İş sahibi, yükleniciden bir eser meydana getirmeyi bir başkasına tevdi eden ve bu esere karşılık bir bedel ödemeyi taahhüt eden kimsedir. Eser sözleşmesinde gerçek kişiler iş sahibi olabileceği gibi, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri de iş sahibi olabilir⁷⁶¹. Aynı şey hiç şüphesiz yüklenici için de geçerli olup, yüklenicinin de gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu hukuku tüzel kişisi olabilmesi mümkündür. Yüklenici, kendisine ödenecek bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi üstlenen kişidir⁷⁶².

Eser sözleşmesinde yüklenicinin en temel borçları; bir eser meydana getirme borcu, işi doğrudan doğruya kendisinin yapması borcu, işi sadakat ve özenle yapma borcu, araç, gereç ve malzeme sağlama borcu, ihbar yükümlülüğü, işe zamanında başlama ve devam ettirme borcu, eseri teslim borcu, mülkiyeti geçirme borcu ve ayıptan sorumluluk olarak sıralanabilir⁷⁶³. Bu borçlar arasında eser sözleşmesini ifade eden en temel borçlar (aslî edim borçları) hiç şüphesiz eser meydana getirme, eseri teslim ve mülkiyeti geçirme borçlarıdır. Bunun karşılığında iş sahibinin borçları ise bedel ödeme, talimat verme, ayıpsız malzeme ve arsa sağlama, eseri teslim alma

⁷⁵⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 583; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 463.

⁷⁵⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 994; **Eren**, Borçlar Özel, s. 585 vd; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 479 – 481; **Aral / Ayrancı**, s. 359 – 360.

⁷⁶⁰ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 476; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 985.

⁷⁶¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 985; **Eren**, Borçlar Özel, s. 605; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 476.

⁷⁶² **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 985; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 476.

⁷⁶³ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1000 – 1040; **Eren**, Borçlar Özel, s. 607 – 655; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 485 – 536; **Aral / Ayrancı**, s. 369 – 413; **Tandoğan**, C. II, s. 48 – 233.

ve sır saklama borçları vardır. Ancak en temel borcu (aslî edim borcu) bedel ödeme borcudur⁷⁶⁴.

Eser sözleşmesinde, satış sözleşmesinden farklı olarak var olan bir şeyin karşı tarafa devri değil, bizzat iş sahibi için bir eser meydana getirme⁷⁶⁵ söz konusudur. Bu eser meydana getirme fiili az ya da çok bir süre alacağından ilk bakışta eser sözleşmesi ani edimli değil sürekli edimli bir sözleşme gibi algılanmaktadır. Ancak, özellikle teslim ve mülkiyeti geçirme işlemlerinin bir anlık işlemler olması nedeniyle, eser sözleşmesinin anî edimli bir sözleşme olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁶.

Eser sözleşmesi her ne kadar anî edimli bir sözleşme olsa da, sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi uzun ya da kısa bir zaman dilimi boyunca sürmektedir. Bu zaman dilimi bazen bir duvarın boyanması gibi birkaç saatte tamamlanabileceği gibi bir bina, otoyol ya da köprü inşası gibi yıllarca da sürebilir⁷⁶⁷.

Özellikle uzun süren eser meydana getirme borcu içeren eser sözleşmelerinde, eserin meydana getirilmesi belirli aşamalara bölünmekte ve bunun karşılığında ödenecek bedel de hakediş diye isimlendirilen bölümlere ayrılmaktadır. Böylece eserin belirlenmiş olan bir kısmı tamamlandığında o kısım için belirlenmiş olan bedel de hakediş şeklinde ödenmektedir (TBK. m.479/2)⁷⁶⁸. Bu duruma en çok kamu kurum ve kuruluşları tarafından ihale ile özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılan

⁷⁶⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 655; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1042; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 536 – 567; **Aral / Ayrancı**, s. 414 – 422.

⁷⁶⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 655; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 991; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 464; **Aral / Ayrancı**, s. 369;

Tandoğan'a göre; "*Meydana getirme (imal)*" deyiminden mutlaka yeni bir şeyin ortaya çıkarılması anlaşılmalı, mevcut bir şeye parça ilave etmek, tamir etmek ve şeklini değiştirmek de bu kapsamda değerlendirilmelidir. **Tandoğan**, C. II, s. 23.

⁷⁶⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 994; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 479 – 481; **Aral / Ayrancı**, s. 360.

Eser sözleşmesinin anî edimli fakat bazı hallerde uzun süreli bir sözleşme olduğunda dair Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 655.

⁷⁶⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 991; **Eren**, Borçlar Özel, s. 655.

⁷⁶⁸ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 560 – 561; **Aral / Ayrancı**, s. 422.

kamu yatırımlarında rastlanmaktadır⁷⁶⁹. Örneğin; bir otoyol inşaatı söz konusu olduğunda, otoyol belirli kesimlere ayrılmakta, her kesim için “kesim kabulü” yapıldığında, o kesime ait olan ödeme serbest bırakılmaktadır⁷⁷⁰.

B. Eser Sözleşmesinde Taraf Edimlerinin Escrow Tutana Teslimi

Eser sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, niteliği elverdiği ölçüde her iki tarafın da ediminin escrow tutana bırakılabilmesi mümkündür.

İş sahibinin temel borcu (aslî edim borcu) bedel (ücret) ödemektir⁷⁷¹. İş sahibinin edimi olan bir miktar para, niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilecek bir malvarlığıdır. Eserin bedeli olarak ödenecek olan paranın tamamının en başta escrow tutana teslim edilmesi kararlaştırılabileceği gibi, yüklenicinin bir sonraki bölümle yapma ediminin doğması için parça parça olacak şekilde escrow tutana teslimi de öngörülebilir. Örneğin; teslim hazır hale getirilmiş olan bir bölümün teslimi, o bölümle ilgili kısma tekabül eden bedelin escrow tutana teslim edilmiş olması koşuluna bağlanabilir.

Escrow sözleşmesi ile iş sahibinin bedeli escrow tutana teslim etmesi öngörülmüş olan hallerde, taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece bedelin escrow tutana tesliminden önce yüklenicinin eserin yapımına başlama borcunun doğmadığı kabul edilmelidir (geciktirici koşul). Ancak, bedel escrow tutana bırakıldıktan sonra bu bedelin yükleniciye ödenmesi borcunun doğumu ise ancak eserin teslimi anında söz konusu olabilir. Zira TBK. m. 479 uyarınca; “*İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. / Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur*”⁷⁷².

⁷⁶⁹ Eser sözleşmesine ilişkin, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ve 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde yer alan hükümler için Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 985; **Tandoğan**, C. II, s. 306 – 310.

⁷⁷⁰ **Tandoğan**, C. II, s. 306.

⁷⁷¹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1042; **Aral / Ayrancı**, s. 414; **Tandoğan**, C. II, s. 24.

⁷⁷² **Zevkliler / Gökyayla**, s. 559; **Aral / Ayrancı**, s. 422; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1050.

Yüklenicinin ediminin yani meydana getirdiği eserin de niteliği el verdiği ölçüde escrow tutana bırakılabilmesi mümkündür. Örneğin; kendisine sipariş edilmiş ancak bedeli teslimde ödenecek olan bir takım elbise diken terzi, elbiseyi escrow tutana teslim edebilir. Bu durumda elbisenin bedeli taraflar arasındaki sözleşmeye göre bizzat terziye yahut escrow tutana bırakıldığında elbise iş sahibine teslim edilecektir.

Tarafların edimlerinden herhangi biri tek başına escrow tutana bırakılabileceği gibi, her iki tarafın edimi de escrow tutana bırakılabilir. Her iki tarafın ediminin escrow tutana teslim edilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece, her iki tarafın edimi tam ve eksiksiz olarak escrow tutana bırakıldıktan sonra, escrow tutan her bir tarafın edimini, edimin karşı tarafına devredecektir.

Escrow tutanın edimi karşı tarafa teslim borcu ise, taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece; kendi üzerine düşen edimi yerine getirdiğini iddia eden tarafın, karşı tarafın ediminin kendisine teslimini istemesiyle yani başvurusuyla birlikte doğacaktır⁷⁷³.

III. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI

TBK. m. 393'ün tanımına göre; “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir*”⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Başvuru yapan tarafın şartları yerine getirmiş olup olmadığının incelenmesi, şartların yerine getirilmemiş olmasına rağmen escrow tutanın edimi teslim etmesi halinde ortaya çıkacak sorumluluğu, şartlar yerine gelmiş olmasına rağmen edimi teslim etmeyen escrow tutanın sorumluluğu için Bkz. “Üçüncü Bölüm / I / C. Escrow Tutanın Hak ve Borçları”

⁷⁷⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 534; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 426; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 214.

Hizmet sözleşmesinin tarafları; işçi ve işverendir⁷⁷⁵. Bu nedenle escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanan hizmet sözleşmesinde taraflar; işçi, işveren ve escrow tutan olacaktır.

Niteliği gereği, herhangi bir sonuç ortaya koyma ya da bir malvarlığının devri veya benzeri bir nitelik arz etmediğinden ve bu nedenlerle iş görme borcunun escrow tutana teslimi söz konusu olamayacağından, işçinin edimi escrow sözleşmesine konu olamaz.

Hizmet sözleşmesinde iş verenin aslî edim yükümlülüğü olan ücret adı altında ödenecek bir miktar para, niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilecek bir malvarlıdır. Escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanan hizmet sözleşmesinde, ücret olarak ödenecek olan paranın tamamının en başta escrow tutana teslim edilmesi kararlaştırılabileceği gibi, işçinin bir sonraki bölümle iş görme borcunun doğması için parça parça olacak şekilde escrow tutana teslimi de öngörülebilir. Örneğin; toplamda beş günlük bir iş ilişkisi için anlaşılmış olan ücret işin başında escrow tutana bırakılabilir. Ya da dört bölüm halinde görülecek olan bir işin her bölümüne başlamadan önce iş verenin ücreti escrow tutana teslim etmiş olması koşul olarak belirlenebilir.

IV. VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI

Vekalet sözleşmesinin tarafları vekil ve vekalet verendir. Öyleyse vekalet sözleşmesi ile birlikte uygulanacak olan escrow sözleşmesinin tarafları; vekil, vekalet veren ve escrow tutan olacaktır.

Vekalet sözleşmesinde vekilin aslî edim borcu “iş görme” olup, karşı tarafa bir şey verilmesi söz konusu değildir. Yani verme edimi değil, yapma edimi söz konusudur⁷⁷⁶. Bu nedenle teslimi mümkün olmayan bir edimin escrow sözleşmesine

⁷⁷⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 453; **Eren**, Borçlar Özel, s. 534.

⁷⁷⁶ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 600; **Aral / Ayrancı**, s. 435; **Tandoğan**, C. II, s. 356; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1188.

konu olabilmesi de düşünülemez. Yapmama edimleri ise vekalet sözleşmesine konu olamayacağından⁷⁷⁷ ve teslimi de mümkün olmayacağından escrow sözleşmesine de konu olabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tek tarafa “yapma” borcu yükleyen ivazsız vekalet sözleşmesi ile birlikte escrow sözleşmesi uygulanamayacaktır.

İvazlı vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir⁷⁷⁸. Burada vekilin aslî edim borcu yine iş görme, vekalet verenin aslî edim borcu ise ücret ödemedir. Ücret bir miktar para olup, niteliği gereği teslimi mümkün olduğundan, escrow sözleşmesine konu olabilir.

Tarafların anlaşmasına bağlı olarak, ücretin miktarı ile ne zaman ve nasıl vekile ödeneceği değişiklik gösterebilir⁷⁷⁹. Hiç şüphesiz vekilin ücretinin ödenmesinde escrow ilişkisi de kullanılabilir. Örneğin; avukat ile müvekkili arasındaki vekalet sözleşmesinde, vekalet ücretinin ilk kısmı davaya başlamadan önce peşin olarak ödenecek, kalan kısımlar escrow tutana teslim edilecek ve ilk duruşmaya girildiği zaman vekalet ücretinin ikinci kısmı ödenecek, ilk derece mahkemesinden nihai karar çıktığında ise son kısım ödenecektir şeklinde bir anlaşma yapılabilir. Böyle bir anlaşma durumunda, avukat vekalet görevini yerine getirdiğinde ücretini tam olarak ve zamanında almayı garanti altına almakta, müvekkil ise hizmet almaması durumunda boş yere avukatlık ücreti ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Burada edimin devrinin bağlandığı koşul ise belirlenmiş olan işlemin yapılması ya da davanın belirlenmiş olan aşamaya gelmiş olmasıdır.

Vekalet sözleşmesi ise escrow sözleşmesinin uygulanmasını mümkün kılan bir diğer senaryo ise, vekilin aldıklarını verme borcuna karşılık escrow tutanın ücret ve masraflarının ödenmiş olmasının koşul olarak belirlenmesi şeklinde olabilecektir.

⁷⁷⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1156; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 605; **Aral / Ayrancı**, s. 436; **Tandoğan**, C. II, s. 356.

⁷⁷⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 706; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1169; **Başpınar**, s. 79.

⁷⁷⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1166; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 631; **Tandoğan**, C. II, s. 574 – 575.

Bilindiği üzere vekilin alınanları verme borcu, bir verme borcudur⁷⁸⁰. Bu nedenle, verilecek olan şeylerin escrow tutana teslimi mümkündür.

V. DİĞER SÖZLEŞMELER İLE ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASI

Adı ya da türü ne olursa olsun, niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilecek bir edimi konu alan her türlü sözleşme ile birlikte escrow sözleşmesinin uygulanabilmesi mümkündür. Bu sözleşmelerin kanunda düzenlenen isimli sözleşmeler olması mümkün olduğu gibi isimsiz sözleşmeler olması da mümkündür. Karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ve sui generis sözleşmelerle dahi escrow sözleşmesinin uygulanabilmesi mümkündür.

Ancak hiç şüphesiz sözleşmenin hukuken sakat olmaması gerekmektedir. Edimin konusunun fiilen escrow tutana teslimi mümkün olsa bile, konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olan ve imkânsız olan temel hukukî ilişkilerle birlikte escrow sözleşmesi yapılmış olsa bile, temel hukukî ilişki geçersiz olduğundan escrow sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Örneğin; bir kölenin satımı konusunda yapılmış olan bir sözleşme emredici hukuk kurallarına ve kişilik haklarına aykırı olduğundan kesin hükümsüz durumdadır. Bu sözleşme ile birlikte satış bedeli ödeninceye kadar kölenin escrow tutana teslim edileceği kararlaştırılmış olsa, edimin fiilen escrow tutana teslimi mümkün olmasına rağmen temel hukukî ilişki ile birlikte escrow sözleşmesi de geçersiz olacaktır.

Escrow sözleşmesinin sıkça uygulandığı diğer bazı temel hukukî ilişkiler şu şeklide sayılmaktadır⁷⁸¹:

Holding Escrows: Holding escrow, escrow tutanın rolünün “hisseleri tutma” olduğu klasik bir escrow örneğidir. Klasik örneğinde, escrow tutan belirli şartlar yerine getirilinceye kadar hisseleri tutar. Şartlar yerine getirildiğinde ise ilgili tarafa hisseleri devreder.

⁷⁸⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 1209; **Tandoğan**, C. II, s. 490.

⁷⁸¹ **Reyburn**, s. 259 – 275.

Güvenli fon ve kredi satışları: Bugün ABD’de, kurumsal kredilerin büyük bir çoğunluğu, kredilerin ödeme süresi boyunca ikinci el mortgage piyasasında ve bunun gibi ikinci el piyasalarında birçok kere el değiştirmektedir. Bütün bu el değiştirme işlemleri escrow sistemiyle yapılmaktadır.

Kiralama sözleşmeleri: Gerek arsa gerek konut ve gerekse diğer eşya kiralalarının tamamında, özellikle teminat için alınan fonların (para, teminat mektubu vb.) escrow tutan aracılığıyla saklanması sıkça rastlanan türlerdendir. ABD’de sıkça rastlanan ve Kaliforniya’da yasal dayanağa⁷⁸² da sahip olan taşınır ve prefabrik ev kiralama işlemleri de bu kapsamda sayılabilir.

Mal değişim sözleşmeleri: Tarafların mallarını karşılıklı olarak değiştikleri, bazen taraflardan birinin üste bir miktar para yahut başka bir şey de vermeyi vadettiği mal değişim sözleşmelerinde, yine satış sözleşmesinde olduğu gibi her iki tarafın ya da taraflardan sadece birinin ediminin escrow tutana bırakılması ve tüm işlemlerin bu şekilde tamamlanması söz konusu olabilir.

VI. ESCROW HESABI

Escrow sözleşmesinin uygulamada en çok kullanıldığı alanlardan biri de escrow hesabıdır.

Taraflardan birinin ediminin bir miktar paradan oluştuğu herhangi bir hukukî ilişkide, bu nakit paranın escrow tutan durumundaki bir geçek kişi ya da şirkete bırakılması her zaman için güvenli ya da pratik olmayabilir. Örneğin, escrow tutan sıfatıyla bir gerçek kişiye bırakılmış olan nakit paranın çalınma ya da kaybolma riski söz konusu olduğu gibi, escrow tutanın da bu parayı güvenli bir yerde saklaması her zaman mümkün olmayabilir.

Bankaların sürekli iştiğal konularını nakit para ve likit varlıklarla ilgili işlemler oluşturmakta olduğundan, bankalar gerçek kişilere nazaran nakit paranın saklanması, hesaplanması ve korunması adına çok daha güvenli ve tecrübelidir. İşte

⁷⁸² Mobilehomes-Manufactured Housing Act of 1980; Health and Safety Code Sections 18000 vd.

bu nedenle başlangıçta gerçek kişilerden atanan escrow tutanlar yerine, nakit paranın saklanması söz konusu olan durumlarda, zamanla bankalar daha sık escrow tutan olarak atanmaya başlanmıştır. İşte bankaların escrow işlemleri için açmış oldukları özel tanımlı hesaplara escrow hesabı denilmektedir.

Escrow hesabı; *taflardan birinin edimini bir miktar para oluşturan herhangi bir hukukî ilişkide, bu hukukî ilişkinin taraflarınca açılan ve bu hesaba yatırılan paranın tarafların anlaşmasında belirtilen koşulların yerine getirilmesi halinde sözleşmeye uygun olarak taflardan birine verilmesi şart koşulan hesaptır*⁷⁸³.

Escrow hesabının, escrow sözleşmesinin bir türü olup, temel işlemde doğan para edimlerinin ifasının banka hesabı yardımıyla teminat altına alınmasına ilişkin modeli içerdiği ve teminat bloke hesabı denilen şeyden farklı bir şey olmadığı belirtilmektedir⁷⁸⁴.

Escrow hesabı, temel hukukî ilişkinin taraflarınca birlikte açılacağı gibi, karşı tarafın kendisine verdiği yetkiye istinaden taflardan biri tarafından da açılabilir. Örneğin; satış sözleşmesinde satış bedelinin taraflarca birlikte açılacak escrow hesabına yatırılması kararlaştırılabileceği gibi, alıcı tarafından açılacak escrow hesabına yatırılması da kararlaştırılabilir. Ancak escrow hesabını kim açarsa açsın, hesabın lehdarları (devreden ve devralan taraf), koşulların yerine getirilmesi halinde hesaptaki paranın karşı tarafa aktarılması koşul olarak kabul edilmiş ve bu aktarımın koşullarının net olarak belirlenmiş olması gerekmektedir.

Bilindiği üzere bankalarda bulunan müşterilere ait nakit paralar⁷⁸⁵, ayrı ayrı bölümlerde değil ancak tüm müşterilere ait nakit paralar aynı kasada ve birlikte

⁷⁸³ Escrow hesabı konusunda yapılmış olan diğer tanımlardan bazıları şu şekildedir:

“Escrow hesabı, belirlenmiş olan bir paranın, paranın kullanılması için belirlenmiş olan şartların yerine getirilmesine kadar saklanacağı özel bir hesap türüdür” Black’s Law Dictionary,;

“Escrow hesabı, bir teminat borçlusunun, teminat alacaklısı lehine, kendi ve escrow aracısı adına açtığı banka hesabı olarak tanımlanabilir”. **Kırca**, agm. s. 46. Dn.6.

⁷⁸⁴ **Kırca**, agm. s. 46. Dn.6.

⁷⁸⁵ Ban. K. m. 3; *“Mevduat: Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere*

saklanmaktadır. Ancak bankalar her müşterisi için ayrı bir cari hesap açmakta ve yatan ve çekilen paraların tamamının eksiksiz kaydını tutmaktadır.

Bankalar tarafından kabul edilen bu nakit para “mevduat” olarak adlandırılmış ve Bankacılık Kanununda (Ban. K. m. 3); “*Mevduat: Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı,.. ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

Günümüzde bankacılık faaliyetlerinin tamamı izne tabi ve sıkı denetim altındadır. Bankalar izinle kurulmakta ve yasaların kendisine açıkça izin vermediği alanlarda faaliyet gösterememektedir. Ülkemizde bu alandaki temel yasa Bankacılık Kanunu’dur (Ban. K.). Ban. K.’da (m. 4) bankaların yapabilecekleri iş ve işlemler açıkça tanımlanmıştır⁷⁸⁶. Ban. K.’da ayılan iş ve işlemler arasında açıkça escrow tutan, escrow acentalığı, escrow aracılığı veya benzer bir ibare yer almamaktadır.

kabul edilen parayı,.. ifade eder.”

⁷⁸⁶ Ban. K. m. 4; “*Bankalar, diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla aşağıda belirtilen faaliyetleri gerçekleştirebilirler:*

- a) *Mevduat kabulü.*
- b) *Katılım fonu kabulü.*
- c) *Nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri.*
- d) *Nakdi ve kaydi ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dahil her türlü ödeme ve tahsilat işlemleri.*
- e) *Çek ve diğer kambiyo senetlerinin iştirası işlemleri.*
- f) *Saklama hizmetleri.*
- g) *Kredi kartları, banka kartları ve seyahat çekleri gibi ödeme vasıtalarının ihracı ve bunlarla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi işlemleri.*
- h) *Efektif dahil kambiyo işlemleri; para piyasası araçlarının alım ve satımı; kıymetli maden ve taşların alımı, satımı veya bunların emanete alınması işlemleri.*
- i) *Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı; vadeli işlem sözleşmelerinin, opsiyon sözleşmelerinin, birden fazla türev aracı içeren basit veya karmaşık yapıdaki finansal araçların alımı, satımı ve aracılık işlemleri.*
- j) *Sermaye piyasası araçlarının alım ve satımı ile geri alım veya tekrar satım taahhüdü işlemleri.*
- k) *Sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık işlemleri.*
- l) *Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık maksadıyla alım satımının*

Maddede sayılan bankaların yapabileceği iş ve işlemler arasında mevduat kabulü ve saklama hizmetleri sayılmakta ancak mevduatın yukarıda aktarılan tanımı escrow sistemi ile uyuşmamaktadır. Zira mevduatı kim yatırırsa ona ait olmasına rağmen, escrow hesabına yatırılan para sözleşme şartlarına ve bu şartların yerine getirilmesi durumuna göre taraflardan herhangi birine ait olabilir. Yine aynı durum saklama hizmetleri için de söz konusudur.

Kanaatimizce; Türk hukuku açısından şu an itibarıyla bankaların escrow hesabı açmalarının ve escrow tutan olarak işlem yapmalarının yolu kapalı görünmektedir. Oysa ki; bankalara bu yetki verildiğinde bankalarda ciddi bir fon birikimi sağlanacak ve ülke ekonomisi açısından çok faydalı olacaktır. Bu nedenle, bankaların yapabilecekleri işlemlerin sayıldığı Bankacılık Kanunu'nun 4. Maddesine ayrı bir bent olarak "*Escrow acentelik hizmetleri ve escrow hesabı işlemleri*" ibaresinin eklenmesi yerinde olacaktır.

yürütülmesi işlemleri.

- m) *Başkaları lehine teminat, garanti ve sair yükümlülüklerin üstlenilmesi işlemleri gibi garanti işleri.*
- n) *Yatırım danışmanlığı işlemleri.*
- o) *Portföy işletmeciliği ve yönetimi.*
- p) *Hazine Müsteşarlığı ve/veya Merkez Bankası ve kuruluş birlikleri nezdinde oluşturulan bir sözleşme kapsamında üstlenilen yükümlülükler çerçevesinde alım satım işlemlerine ilişkin piyasa yapıcılığı.*
- r) *Faktöring ve forfaiting işlemleri.*
- s) *Bankalararası piyasada para alım satımı işlemlerine aracılık.*
- t) *Finansal kiralama işlemleri.*
- u) *Sigorta acenteliği ve bireysel emeklilik aracılık hizmetleri.*
- v) *Kurulca belirlenecek diğer faaliyetler.*

Mevduat bankaları birinci fıkranın (b) ve (t), katılım bankaları (a), kalkınma ve yatırım bankaları (a) ve (b) bentlerinde belirtilen faaliyetleri gerçekleştiremezler."

BEŞİNCİ BÖLÜM

ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Sözleşmenin sona ermesi, geniş anlamda taraflar arasında var olan borç ilişkisinin sona ermesi anlamına gelir. Borcu sona ermesi⁷⁸⁷ ise sözleşmenin sona ermesinden farklıdır. Borcun sona ermesi, bir edimi yerine getirme borcunun hukuken ortadan kalkması demektir. Borcun sona ermesi ile birlikte alacaklının bu borçla ilgili hakkı sona erer, borçlu da borcundan kurtulur⁷⁸⁸. Aşağıda öncelikle escrow sözleşmesini sona erdiren sebepler, sonrasında ise escrow sözleşmesinden doğan borçları sona erdiren sebepler incelenecektir.

I. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. İfa İle Sona Erme

İfa borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesi yoluyla ve borcun sona erdirilmesidir⁷⁸⁹.

İfanın borcu sona erdirmesi için alacaklı, borçlu, yer ve zaman bakımından borcun konusuna uyguna olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Alacaklı, borçlu,

⁷⁸⁷ “Borcun sukutunu müstelzim olan haller Borçlar Kanunu’nun 113. ve müteakip maddelerinde zikr ve tadat edilmiştir. Bu maddelere göre tediye, ibra, tecdit, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borcun ifası mümkün olmaması, takas ve mahsup ve müruruzaman gibi sebepler, borcu ıskat eden hallerdendir. Ölümüne gelince, ölüm kaideten borcu ıskat eden sebepler meyanında zikredilmemiştir. Yalnız Borçlar Kanunu’nun 305, 347, 371, 384, 397. maddeleri bu kaidenin istisnasını teşkil eder. Filhakika ariyet, hizmet akdi, istisna, neşir mukavelesi, vekalet gibi akit ve tasarruflarda ölümle akit nihayet bulmaktadır. Fakat faiz borcu bu müstesniyat meyanına dahil değildir.” Yarg. BGK. E. 1939/5, K. 1941 / 4, T. 12.02.1941, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

⁷⁸⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 537; **Ayan**, s. 409.

⁷⁸⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 928; **Ayan**, s. 360;

İfanın her zaman bir hukukî işlemle mi olması gerektiği ya da maddî fiille mi olması gerektiği yoksa her ikisinin de mümkün olup olmadığı konusundaki görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 256.

yer ve zaman bakımından borcun konusuna uygun olmayan bir ifa borcu sona erdirmez⁷⁹⁰.

İfa ilke olarak tüm borç ilişkisini değil, sadece dar anlamda borçları sona erdirir. Ancak, borç ilişkisine dahil olan tüm borçların ifa edilmiş olması, borç ilişkisini de sonlandırır⁷⁹¹. Escrow sözleşmesi de, sözleşmenin taraflarının borçlandığı tüm edimlerin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesi ile birlikte sona erer. Escrow sözleşmesi uygulamalarında tüm edimlerin ifa edilip borçların sona ermesine “kapanış” denilmektedir⁷⁹².

Escrow sözleşmesinin kapanışının yapılması için tüm borçların ifa edilmiş olması gerekmektedir. Bu borçlar genellikle taraflar arasındaki borçlar olmakla birlikte, üçüncü kişilere tanınmış olan haklar varsa, kapanış yapılabilmesi için bu hakların da tasfiye edilmesi gerekmektedir⁷⁹³.

B. Bozma Anlaşması (İkale) İle Sona Erme

TBK m. 26’da; “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” şeklinde ifade edilmiş olan sözleşme özgürlüğü prensibi, sadece bazı hukukî ilişkilerin kurulmasını değil, aynı zamanda değiştirilmesi ve sonlandırılması hakkını da içerir⁷⁹⁴. Bir sözleşmeyi kurmak ve içeriğini belirlemek konusunda hak sahibi olan tarafların, borcu sona erdirmek konusunda hak sahibi olmadığını kabul etmek mümkün değildir⁷⁹⁵.

⁷⁹⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 944.

⁷⁹¹ Eren, Borçlar Genel, s. 929; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 286.

⁷⁹² Bowman / Milligan, s. 108; Turnbloom, s. 17.

⁷⁹³ Bowman / Milligan, s. 108.

⁷⁹⁴ Bu yönde Bkz. Muhittin Astarlı, İş Hukukunda İkale, 2. Bası, Tuhaf Kitabevi, Ankara 2016, s. 16; Korkusuz, s. 38; Eren, Borçlar Genel, s. 1017; Antalya, C. 1, s. 74; Ayan, s. 410.

⁷⁹⁵ “Türk-İsviçre hukukunda kural, sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşmeyi kurma ve değiştirme özgürlüğü kadar sözleşme ile bağlı kalmama özgürlüğünü de içerir.” Yarg HGK. E. 2011/11-693, K.2012/88, T.22.02.2012, (Sinerji MİP. / E.T. 31.03.2018)

Taraflar, her zaman aralarında anlaşarak mevcut hukukî ilişkiyi tamamen veya kısmen ortadan kaldıracırlar. Bunun için, tıpkı sözleşmenin kurulmasında olduğu gibi bozulmasında da her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı gerekecektir. TBK’da ayrı olarak düzenlenmemiş olsa da, öğretide ve uygulamada sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla yapılan işlem “ikale”⁷⁹⁶ olarak adlandırılmaktadır⁷⁹⁷. Diğer bir deyişle, borçlar henüz sona ermemişken, tarafların borç ilişkisini sona erdirmek için yaptığı anlaşmaya ikale denilmektedir⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ İkalenin hukukî niteliği ve benzer işlemlerden ayrılması konusunda Bkz. **Astarlı**, s. 28 – 50.

⁷⁹⁷ Aynı yönde Bkz. **Astarlı**, s. 6; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1284; **Ayan**, s. 410;

“Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi mümkündür. Sözleşmenin, doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak adlandırılır.

İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.” Yarg. 9. HD. E. 2016/ 29473, K. 2017 / 17057, T. 31.10.2017, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

⁷⁹⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 537. Dn.1;

“İş sözleşmesinin tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi bir sona erme nedeni olarak düzenlenmediği gibi sözleşmeyi sona erdiren bir sözleşme türü olarak ikale 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda da tanımlanmamıştır. Bu nedenle özel bir sözleşme türü olarak tanımlanmış ve düzenlenmiş ikale sözleşmesi mevzuatımızda bulunmamaktadır. Yasal bir tanım bulunmamakla birlikte, bir sözleşmenin ve bu sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanan yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılması bozma, buna ilişkin sözleşme de bozma (ikale) sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır.

Bir sözleşme olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen genel hükümleri ikale sözleşmesi bakımından da geçerlidir. İkale sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu karşılıklı irade beyanlarından zaman olarak önce olana icap, ikincisine de kabul denilmektedir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, tarafların iradelerinin birbiri ile karşılıklı ve uygun olması gerekir. Bu uygunluk sözleşmenin tüm objektif ve subjektif esaslı noktaları üzerinde olmalıdır. İkale sözleşmesinin objektif esaslı noktası, iş ilişkisinin belirli bir tarihte anlaşmayla bozulması ortadan kaldırılmasıdır (Astarlı, age, s. 53). Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında

Geçerli bir sözleşmenin ikale yoluyla sonlandırılabilmesi açısından sözleşmenin süreli ya da süresiz olması bir fark oluşturmaz. Her halükârda ikale sözleşmesi de TBK. m. 26 ve devamında düzenlenen sözleşme özgürlüğü prensibine tabi olacaktır⁷⁹⁹.

Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir (TBK. m. 12). Dolayısıyla ikale sözleşmesi de herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak, esas sözleşmenin yapılması herhangi bir şekle tabi tutulmuş ise, ikale sözleşmesi de aynı şekle tabi olmalıdır⁸⁰⁰.

Escrow sözleşmesi de tarafların anlaşması ile her zaman ortadan kaldırılması mümkündür. Fakat, escrow sözleşmesinin üç taraflı yapısı nedeniyle, escrow sözleşmesini ortadan kaldırmaya (bozmaya) yönelik ikale sözleşmesinin de tıpkı escrow sözleşmesinin kurulmasında olduğu gibi her üç tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla yapılması şarttır. Taraflardan herhangi birinin bu ikale sözleşmesine katılmaması durumunda escrow sözleşmesi ortadan kalkmayacaktır.

Escrow sözleşmesinin tamamının ortadan kaldırılması için üç tarafın birlikte irade beyanına ihtiyaç bulunmakta ise de escrow sözleşmesinin herhangi iki tarafı arasında doğmuş olan dar anlamda borcun ortadan kaldırılması için üçüncü tarafın da bunu onaylamasına gerek bulunmamaktadır. Örneğin, escrow tutanın masraf, zarar ve ücretleri için devreden ve devralan taraf kendi payları oranınca borçlu durumdadır. Escrow tutan ile diğer iki taraftan birinin anlaşarak kendi payına düşen borcun sonlandırılması için üçüncü tarafın da onayı, muvafakati ya da bu sözleşmeye katılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

uyuşmuşlarsa, ikinci derecede noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m. 2/f.1)..." Yarg. HGK. E. 2016/ 2632, K. 2018 / 107, T. 24.01.2018, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

⁷⁹⁹ **Korkusuz**, s. 39; **Antalya**, C. 1, s. 74.

⁸⁰⁰ Bu yönde Bkz. **Korkusuz**, s. 40; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1284.; **Astarlı**, s. 116 – 122.

C. Tek Taraflı Sona Erdirme

Sözleşmelerin ifa dışında sonlandırılması çoğu zaman tarafların anlaşmasıyla değil, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşir. Sözleşmenin tek taraflı olarak sonlandırılabilmesi bu irade haller sözleşmeden dönme ve fesihdir⁸⁰¹.

TBK’da sözleşmeden dönme teriminin tanımı yapılmamıştır. Ancak dönmeyi genel olarak; *Sözleşmenin geriye etkili olacak şekilde tek taraflı irade beyanıyla hükümsüz kılınmasıdır*, şeklinde tanımlamak mümkündür⁸⁰².

TBK’da dönmenin tanımı yapılmamış olsa da, genel ve özel kısımda birçok farklı yerde sözleşmeden dönme hakkında⁸⁰³ bahsedilmiş⁸⁰⁴ olup, Türk Borçlar

⁸⁰¹ Belirsiz süreli bir sözleşmesinin herhangi bir sebep gösterme ihtiyacı duyulmaksızın tek taraflı olarak sona erdirilmesine “Olağan fesih”, belirsiz ya da belirli süreli bir sözleşmenin haklı nedenlerin varlığına dayanarak tek taraflı olarak son erdirilmesine ise olağanüstü fesih denileceğine dair Bkz. **Pınar Altınok Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 90 – 94.

Aynı yönde; “*Fesih, olağan (süreli) ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesih sözleşme ilişkisi, fesih beyanının muhataba ulaşmasının üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Bu nedenle, olağan fesih de denilmektedir.*

Olağanüstü fesih ise, sürekli sözleşme ilişkisi fesih beyanının muhataba ulaşmasıyla derhal sona erer. Olağanüstü feshi, adı da verilmektedir.

Fesih, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, geçmişe etkili hüküm doğurmaz. Fesih ister olağan, ister olağanüstü olsun, daima, geçmişe değil, ileriye etkili sonuçlar doğurur”. Yarg. HGK. E. 2011/11-693, K. 2012/88, T.22.02.2012. (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

⁸⁰² **Buz**, dönme hakkını şöyle tanımlamaktadır; “*Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran haktır.*” **Buz**, s. 65.

⁸⁰³ Dönme hakkının yenilik doğuran hak olduğuna dair Bkz. **Serozan**, s. 451; **Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 66 – 67;

Sözleşmeden dönme hakkının tarihî gelişimi için Bkz. **Vedat Buz**, Borçlunu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 45 – 52.

⁸⁰⁴ Dönme hakkı, TBK’nın genel hükümlerinde alacaklı açısından ifanın borçlunun ifa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmesi konusunda TBK. m. 98’de ve borçlu temerrüdü ile ilgili olarak TBK. m. 106/2-3’te düzenlenmiş, alacaklı temerrüdü konusunda TBK. m. 110’da ve borcun ifasına engel

Kanunu'nun özel kısmında bahsedilen dönme hallerinde de, özel bir hüküm olmadıkça dönmeye dair genel hükümde bahsedilen hükümler uygulama alanı bulacaktır⁸⁰⁵.

Fesih teriminin de TBK'da tanımı yapılmamıştır ancak sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla ileriye etkili olacak şekilde sonlandırılmasına fesih denildiği konusunda öğretide ve uygulamada neredeyse tam bir fikir birliği vardır⁸⁰⁶.

Fesih kavramının hukuksal niteliği olarak sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir. Feshi ihbar (feshin ihbarı, bildirilmesi) ise, yenilik doğuran, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanı olarak kabul edilmektedir. Fesih, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, geçmişe etkili hüküm doğurmaz daima ileriye etkili (exnunc) sonuçlar doğurur⁸⁰⁷.

sebeplerle ilgili olarak TBK. m. 111'de, borçlu temerrüdünde seçimlik haklarla ilgili olarak TBK. m. 125'te düzenlenmiştir. TBK'nın özel kısmında ise, satışla ilgili olarak TBK. m. 218, 227, 228, 229, 230, 235, 236 mal değişim sözleşmesine ilişkin olarak TBK. m. 284 ve eser sözleşmesine ilişkin olarak TBK. m. 473, 475, 480 ve 482'de düzenlenmiştir.

“... davacı, yanlar arasında yapılan taşınmaz satış sözleşmesi konusu bağımsız bölümde sonradan ortaya “gizli ayıplar” çıktığını ileri sürerek öncelikle satış sözleşmesinden döndüğünü bildirmiştir. Dava konusu bağımsız bölümün gizli ayıplı olduğu delil tespiti dosyasına sunulan bilirkişi raporu ve mahkemece yapılan keşif sonrası düzenlenen bilirkişi raporuyla sabittir. Davacı da gizli ayıp nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 202 inci maddesinden kaynaklanan seçim hakkını sözleşmeden dönme yolunda kullanmıştır. Hal böyle olunca mahkemece, davacının öncelikli talebi olan dönme isteminin değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken gizli ayıptan davalının sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” Yarg. HGK. E. 2017/664, K. 2017 / 573, T. 29.03.2017, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

CISG uyarınca sözleşmeden dönme hakkı verilen haller için Bkz. **Işıl Yelkenci**, MilletlerARASI Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, 32 – 69.

⁸⁰⁵ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 438.

⁸⁰⁶ Bu yönde Bkz. **Altınok Ormancı**, s. 172 – 173; **Serozan**, s. 115; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 440; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 182; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1286; **Ayan**, s. 411.

⁸⁰⁷ “Fesih kavramının hukuksal niteliği konusuna gelince: Öğretide fesih; sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. Feshi ihbar (feshin ihbarı, bildirilmesi) ise, yenilik doğuran, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması

Diğer bir deyişle; bir irade beyanıyla sözleşmeyi geçmişe etkili ve baştan itibaren hükümsüz (extunc) kılacak şekilde⁸⁰⁸ sona erdirmeye hakkına sözleşmeden dönme⁸⁰⁹, ileriye etkili olarak sona erdirmeye hakkına ise fesih adı verilmekte olduğu uygulamada ve öğretide kabul edilmektedir⁸¹⁰.

gereken bir irade beyanıdır. Bazı hallerde yasa, haklı nedenlere dayalı fesih yolundan farklı olarak, sadece devamlı borç ilişkilerine mahsus olmak üzere, herhangi bir haklı nedene dayanılması gerekmeksizin, ihbar sürelerine uyulması koşuluyla taraflardan birine sözleşmeyi sona erdirecek bir fesih ihbarında bulunma olanağı tanır. Fesih, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, geçmişe etkili hüküm doğurmaz.

Fesih, olağan (sürelî) ve olağüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesihle sözleşme ilişkisi, fesih beyanının muhataba ulaşmasının üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar.

Fesih ister olağan, ister olağüstü olsun, daima, geçmişe değil, ileriye etkili sonuçlar doğurur.”
Yarg. HGK. E. 2003/ 13-66, K. 2003 / 38, T. 29.01.2003, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

Altınok Ormancı, s. 172 – 173; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 181 – 182; **Serozan**, s. 115; **Ayan**, s. 411.

⁸⁰⁸ Dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından üç teori ileri sürülmektedir:

Klasik teoriye göre; dönme bildirimini bozucu yenilik doğuran bir hak olup sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır. İfa edilmiş edimlerle ilgili tarafların iade borcunun kapsamı ise sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenir.

Yasal borç ilişkisi teorisine göre; sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi ortadan kalkar ancak bu sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hükümsüz olması anlamına gelmez. TBK. m. 125/3 uyarınca edimlerin ifası yasal bir borca dönüşmüştür. Bu nedenle 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.

Yeni dönme teorisine göre ise; dönme beyanı değiştirici yenilik doğuran bir haktır ve dönme borç ilişkisini ne geçmişe ne de geleceğe etkili olarak ortadan kaldırmaz. Onu bir tasfiye ilişkisi içine sokar. Genel alacak zamanaşımı olan 10 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

Teoriler ve savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 517 – 521; **Buz**, s. 117 – 125.

Sözleşmeden dönmenin borçlanma sözleşmesine etkisi ve tasarruf sözleşmesine etkisi konusunda Bkz. **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 59 – 111.

⁸⁰⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 181; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1286; **Ayan**, s. 410; **Harun Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 66.

Sözleşmeden dönme hakkı veren dar ve geniş anlamda ifa engelleri için Bkz. **Serozan**, s. 237 – 379.

⁸¹⁰ Bu yönde Bkz. **Serozan**, s. 115; **Altınok Ormancı**, s. 172 – 173; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 437; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1285; **Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 67; **Ayan**, s. 411; Dönme ve

Sözleşmeden dönme ve fesih bozucu yenilik doğuran haklar olup⁸¹¹ bir irade beyanıyla gerçekleşir. Kural olarak bu irade beyanı ile sözleşmeden dönme veya fesih hakkının kullanılması için dava açılması gerekmemekle birlikte, fesih ve dönme hakları dava açarak da kullanılabilir⁸¹². Dönülecek ya da feshedilecek sözleşme şekle

fesih kavramlarının karşılaştırılması için Bkz. **Buz**, s. 80 – 86.

“Bilindiği gibi fesih bildirimini tek taraflı bir irade beyanı olup, bu beyan belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde süre verilerek sözleşmenin sona erdirilmesinde kullanılabilmesi gibi belirli ya da belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedene dayanarak, işçi veya işveren tarafından süre verilmeksizin sona erdirilmesinde de kullanılmaktadır. Bu ... fesih bildirimini, sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesiyle ya da derhal sona erdiren karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olup muhataba ulaşması ile sonuç doğurur. İş sözleşmelerinde fesih bildiriminde bulunma hakkı, kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Hukuki niteliği itibarıyla fesih bildirimini yenilik doğuran bir hak olduğundan beyanın karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuracağından karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olan fesih bildirimini ile iş sözleşmesi sona ereceğinden, bildirim belirlili ve açık şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle fesih bildiriminde bulunan tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye isteğinin bildirimden açıkça anlaşılması gerekmektedir. Bunun için sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi açıkça anlaşılmayan teklif veya soru şeklindeki beyanlar fesih bildirimini sayılamaz.” Yarg. HGK. E. 2016/ 2632, K. 2018 / 107, T. 24.01.2018, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

⁸¹¹ Bu yönde Bkz. **Buz**, s. 71 – 77; **Altınok Ormancı**, s. 187; **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 181; **Serozan**, s. 58; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1285 – 1287; **Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 66 – 67.

⁸¹² Bu yönde Bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, Borçlar Özel, s. 181.

İstisnai olarak adi şirketin haklı sebeple feshi ve TBK. m. 352 uyarınca kiraya verenin haklı nedenle fesih hakkının dava yoluyla kullanılması gerektiğine dair Bkz. **Altınok Ormancı**, s. 188 – 189.

CISG. m. 26 uyarınca sözleşmeden dönülebilmesi için açık bir dönme beyanının bulunması şarttır. Bu yönde Bkz. **Yelkenci**, s. 139 – 158.

TBK. m. 352; *“Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği halde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir. Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir.*

tabi olsa dahi sözleşmeden dönme ve fesih hakları herhangi bir şekilde tabi olmaksızın kullanılabilir⁸¹³.

Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır (TBK. m.138/1. Son cümle). Ancak istisnaen sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde dönmeye izin verildiği⁸¹⁴ ve tam tersi anî edimli sözleşmelerde feshe izin verildiği de olmaktadır⁸¹⁵.

Bütün sözleşmelerin olduğu gibi escrow sözleşmesinin de tek taraflı olarak sonlandırılabilmesi mümkündür. Türk hukuku açısından isimsiz sözleşme olan escrow sözleşmesinin dönme ile mi yoksa fesih ile mi tek taraflı olarak sonlandırılabilmesine dair yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle escrow sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesiyle ilgili olarak taraflar arasında bir anlaşma varsa bu anlaşmanın hükümlerinin uygulanması, taraflar arasında bir anlaşma yoksa TBK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁸¹⁶.

Escrow sözleşmesi hukukî nitelik olarak karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran (sürekli edimli) sözleşmelerdendir. Bu nedenle TBK. m. 125'te düzenlenen sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümler niteliğine ters düşmediği oranda diğer tüm sözleşmeler gibi ve escrow sözleşmesine de uygulanmalıdır. Ayrıca taraflar sözleşme ile dönmeye başkaca sonuçlar bağlamış ise, bu sonuçlar da genel hükümlerle birlikte

Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren, kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyorsa, sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilir.”

⁸¹³ **Serozan**, s. 467; **Altınok Ormancı**, s. 187; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 437; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1285 – 1287; **Yelkenci**, s. 141.

⁸¹⁴ Örneğin; ölünceye kadar bakma sözleşmesi sürekli edimli sözleşme olmasına rağmen dönme hakkının kullanılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bu yönde Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 440.

⁸¹⁵ Eser sözleşmesi ani edimli sözleşme olmasına rağmen TBK. m. 484 uyarınca fesih mümkündür. Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığına dair tartışmalar için Bkz. **Altınok Ormancı**, s. 188

⁸¹⁶ Borçlar Kanunu'nun alacaklı ve borçlu temerrüdüne ilişkin 94, 106 ve 82. maddelerinin bütün karşılıklı sözleşme ilişkileri için geçerli olduğu konusunda Bkz. **Serozan**, s. 230.

uygulanacaktır. Buna göre; eğer sözleşmenin ifasına hiç başlanmamış ise sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirecek olan taraf dönme hakkını kullanmalıdır (TBK. m. 125). Sözleşmenin ifasına başlanmıştır ise artık dönme değil ileriye etkili olacak şekilde fesih hakkının kullanılması gerekmektedir (TBK. m.126)⁸¹⁷.

Uygulamada “Uyarılma” adı verilen bir genel sözleşmeden dönme hali ise TBK. m. 138’de düzenlenmiştir. Aşırı ifa güçlüğü başlığını taşıyan bu madde ile borçlunun temerrüdünde alacaklıya dönme ve fesih yetkisi tanınmış olması durumunun aksine, borcunu ifa edemeyecek olan borçlunun bizzat kendisine dönme ve fesih hakkını tanınmaktadır. Buna göre şartlar gerçekleştiğinde⁸¹⁸ borçlu öncelikle hâkimden uyarılma talep edecektir. Ancak borç uyarılmaya uygun değilse veya borcun uyarlanması karşı taraf açısından borcu çekilmez hale getirecekse, borçlu sözleşmeden dönme hakkını kullanacaktır. Uyarılmaya hâkim karar vermesine rağmen dönme hakkının kullanılması açısından hâkim kararına gerek bulunmamaktadır. Ancak, borçlunun dönme hakkını kullanmakta haklı olmadığı durumlarda borcu ifa etmemenin sonuçlarına katlanması gerekecektir⁸¹⁹. Uyarılmada da sürekli borç ilişkisi varsa ve ifasına başlanılmışsa dönme değil fesih hakkı kullanılacaktır.

TBK. m. 138’in escrow sözleşmesinin de uyarılması açısından uygulanması mümkündür. Buna göre; escrow sözleşmesinin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve escrow sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın

⁸¹⁷ Dönme işleminin yerine getirilmemiş edimlerden kurtarıcı etkisi ve yerine getirilmiş edimleri geri sağlayıcı etkisi için Bkz. **Serozan**, s. 451 – 494; CISG uyarınca sözleşmeden dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi, borçlardan kurtarıcı etkisi ve ifa edilmiş edimlerin ve elde edilen yararların iadesini sağlayıcı etkisi konusunda Bkz. **Yelkenci**, s. 161 – 203; Ayrıca ifasına başlanmamış sözleşmele ilgili dönme hakkının kullanılacağına dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 527.

⁸¹⁸ Aşırı ifa güçlüğü kavramı ve TBK. m. 138’in uygulanmasının şartları için Bkz. **Başoğlu**, s. 207 – 215.

⁸¹⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 570.

aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden escrow sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde escrow sözleşmesinden dönme hakkına sahiptir.

Diğer taraftan escrow sözleşmesi vekalet sözleşmesine ait iş görme ve saklama sözleşmesine ilişkin saklama edimlerini bir arada bulunduran bir sözleşme olarak “*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*” (TBK. m. 502/2) ilkesi gereği vekalet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin escrow sözleşmesi açısından da uygulanması mümkündür. Buna göre; vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir⁸²⁰. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 512)⁸²¹. Bu kapsamda da escrow sözleşmesinin taraflarca her zaman tek taraflı olarak sonlandırılması mümkündür. Ancak, diğer taraflardan herhangi biri yahut her iki içinde uygun olmayan zamanda escrow sözleşmesini fesheden taraf, diğer tarafların uğradığı zararı da gidermek zorunda olacaktır⁸²².

⁸²⁰ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu yetki mutlak bir yetki olup, bu yetkiyi düzenleyen TBK. m. 512 bu anlamda emredici niteliktedir. Aksinin kararlaştırılması da kesin hükümsüzlüğü doğurur. Diğer görüşe göre ise, olağan vekalet ilişkileri için emredici nitelikte olan bu hüküm, isimsiz, atipik vekaletler yönünden emredici nitelikte değildir. İleri sürülen görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 716.

⁸²¹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 715 ve 743; sözleşmeden dönme halinde talep edilebilecek zarar kalemleri ve sınırlandırılması için Bkz. **Buz**, s. 239 – 284.

⁸²² “*Somut olayda, davalı tarafın, azil iradesinin bildirimine ilişkin ihtarnamesinde açıkladığı azil sebebiyle bağlı bulunmadığı, görülmekte olan davada yeni ve başkaca azil sebeplerini bildirebileceği, azlin haklı olduğu yönündeki savunmasını da bu sebeplere dayandırabileceği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, Anayasa’da düzenlenip güvence altına alınmış olan savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Esasen bu yorum tarzı, vekalet sözleşmesinin hukuksal niteliğine, özellikle de vekalet ilişkisinin kurulmasının adeta ön koşulunu oluşturan ‘karşılıklı güven’ unsuruna, dahası bu unsurla yakın bir ilgisi bulunan, kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte öğretide ve yargısal uygulamalarda vekilin borçlarından biri olarak kabul edilen ve vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi varlığını devam ettireceği benimsenen ‘sır saklama yükümlülüğü’ne de uygun bir sonucu ortaya koymaktadır. O halde*

Sözleşmeden dönme hakkının kanundaki şartları taşımayan haller için sözleşme ile verilmesi de mümkündür⁸²³. Buna sözleşmesel dönme hakkı denilmektedir. Ancak sözleşmesel dönme hakkında sözleşmenin ortadan kalkmayacağı, bunun yerine tarafların birbirlerine karşı sözleşmenin tasfiyesini borçlanmış olacağı kabul edilmektedir⁸²⁴. Bu kapsamda kanunda yazan dönme ve fesih halleri ile bu hallere bağlanan sonuçlar dışında escrow sözleşmesi taraflarının sözleşme özgürlüğü (TBK. m. 26 vd.) prensibi kapsamında, başkaca sözleşmeden dönme ve fesih halleri kabul etmesi ve bunlara başta ceza koşulu olmak üzere farklı sonuçlar bağlamaları da mümkündür.

Escrow sözleşmesi çok taraflı sözleşmedir ve en az üç taraf escrow sözleşmesi ile borç altına girmekte ve haklar kazanmaktadır. Bu nedenle; escrow sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesinde de dönme veya fesih bildirimini diğer tüm taraflara gönderilmesi gerekmektedir. Aksi halde fesih veya dönme bildirimini kendisine gönderilmemiş olan taraf açısından sözleşme halen yürürlükte kabul edilecektir.

ABD’de öğretide bazı yazarlar ve escrow sözleşmesinin özellikle sözleşme konusu şeyin tesliminden sonra artık dönülemez bir nitelik arz ettiği görüşündedir⁸²⁵. Nitekim Indiana Yüksek Mahkemesi de 1881 tarihli “*Freeland v. Charnley*” kararında ifadan önce herhangi bir zaman diliminde sözleşmeden dönülebileceğini, ancak sözleşme konusu şeyin teslim edilmesinden sonra artık escrow sözleşmesinden dönülemeyeceğini kabul etmiştir⁸²⁶.

mahkemece, taraflar arasındaki öncelikli uyumsuzluk konusu olan, "azlin haklı olup olmadığı" hususu ile ilgili, davalının iş bu davada ileri sürmüş olduğu tüm azil nedenleri incelenip, değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile aksi şekilde hüküm kurulmuş olması, bozma sebebidir.” Yarg. 13. HD. E. 2015/2405, K. 2016/3644, T. 09.02.2016. (Sinerji MİP. / 15.04.2018).

⁸²³ Sözleşmesel dönme hakkı ve özellikleri için Bkz. **Serozan**, s. 193 – 228; **Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 66.

⁸²⁴ Bu görüş ve savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 443.

⁸²⁵ **Ballantine**, agm, s. 829; **Corbin**, agm, s. 453.

⁸²⁶ **Aigler**, agm, s 571.

Kanaatimizce; kural olarak her sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi söz konusu olduğu gibi, escrow sözleşmesinin de tek taraflı olarak sonlandırılması mümkündür. Ancak, ifade edildiği üzere bu sonlandırma diğer tarafa zarar verdiği ölçüde, escrow sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdiren taraf bu zararı gidermek zorundadır. Diğer taraftan, escrow sözleşmesinin amaçladığı işlem güvenliğinin ve temel hukukî ilişki taraflarının korunması için, sözleşme konusu şey escrow tutana teslim edildikten sonra escrow sözleşmesinden dönülemezdir. Ayrıca, yukarıda izah edildiği üzere, teslim edilen şeyin devrinin bağlandığı koşul gerçekleştiği anda, teslim edilen şeyin mülkiyeti devralan tarafa geçmektedir. Bu nedenle, koşul gerçekleştikten sonra yapılan fesihte, escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan şeyi devreden tarafa değil devralan tarafa iade etmelidir.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN SONA ERMESİ

A. İbra

İbra, borç henüz ifa edilmeden önce alacaklı ile borçlunun anlaşarak borcu sona erdirmesidir. Diğer bir deyişle, alacaklının borçluyla anlaşarak borçluyu borcundan kurtarmasıdır⁸²⁷.

Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir (TBK. m. 132). İbra borcu sona erdiren sebeplerden biridir⁸²⁸. İbranın söz konusu olabilmesi için borcun henüz ifa edilmemiş

⁸²⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 543; **Tuhr**, s. 646; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1296; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 400; **Ayan**, s. 412; **Hatemi / Gökyayla**, s. 327.

⁸²⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1299; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 401; **Ayan**, s. 414;

“Ödeme ya da ibra borcu sona erdiren işlemlerden olup, hüküm kesinleşinceye kadar taraflarca her zaman ileri sürülebilir.” Yarg. 17. HD. E. 2017/ 1138, K. 2017 / 11035, T. 28.11.2017. (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

olması gerekmektedir. Borç ifa edilmişse, taraflar ibra sözleşmesi adı altında bir belge düzenlemiş olsa bile borç ibra ile değil, ifa ile sona ermiştir.

Elbette ibranamenin geçerli olması için sözleşmelerin genel geçerlilik şartlarına sahip olması gerekmektedir. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve kişilik haklarına ibranameler kesin olarak hükümsüzdür. Ancak bu ibranamelerin makbuz olarak değerlendirilebilmesi mümkündür⁸²⁹.

Escrow sözleşmesinde de taraflardan herhangi birinin borcu henüz ifa edilerek sona ermeden önce, taraflar anlaşarak ibra sözleşmesi ile borcu sona erdirebilirler. Ancak escrow sözleşmesinin üçlü yapısı nedeniyle bazı borçların iki farklı alacaklısı bulunmaktadır. Örneğin, escrow tutanın saklama ve muhafaza borcu hem devreden hem de devralan tarafa karşı söz konusudur. Bu gibi alacaklarda borçlunun borcundan tamamen kurtulmuş olması için her iki alacaklının da borçluyu ibra etmiş olması gerekmektedir.

Bazı borçlar ise sadece iki taraf arasında söz konusudur. Örneğin; escrow tutanın ücretinden devreden ve devralan taraf paylı olarak sorumludur. Bunlar arasında bir teselsül yoktur ve her bir taraf ücretin kendisine düşen kısmından sorumludur. Bu nedenle escrow tutan ile taraflardan herhangi biri anlaşarak ibra sözleşmesi yoluyla bu tarafa düşen ücret ödeme borcunu sonlandırabilir.

⁸²⁹ “İş ilişkisinde borcun ibra yoluyla sona ermesi ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420 inci maddesinde öngörülmüştür. Sözü edilen hükme göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması gerekir.” Yarg. 9. HD. E. 2014/ 35709, K. 2016 / 12356, T. 24.05.2016, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

B. Yenileme

Yenileme, yeni bir borç meydana getirerek önceki bir borcun sona erdirilmesidir⁸³⁰.

Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur (TBK. m. 133/1). Yenileme için tarafların açık iradesinin bulunması şarttır. Örtülü şekilde borcun yenilendiğinin kabul edilmesi mümkün değildir⁸³¹. Özellikle mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılamaz (TBK. m. 133/2).

Yenileme, borcun konusunun değiştirilmesi, borcun tâbi olduğu hükümlerin değiştirilmesi, borcun sebebinin değiştirilmesi veya borcun taraflarının değiştirilmesi şeklinde olabilir⁸³².

Escrow sözleşmesinde, taraflar birbirleri arasındaki tek bir borcu yenileyebilecekleri gibi borç ilişkisini de tamamen yenileyebilirler. Örneğin, devreden tarafla escrow tutan anlaşarak bu ikisi arasındaki ücret ödeme borcunu yenileyebilir. Ayrıca sözleşmenin üç tarafı birlikte anlaşarak, escrow tutanda bulunan edime devreden ve devralan tarafın birlikte malik olmasını ve escrow tutanın da bu birlikte malikler adına edimi saklama sözleşmesi kapsamında saklamasını kararlaştırabilirler.

Yenilemeyle birlikte önceki borç ve bu borca bağlı ferî haklar ile saklı tutulmamışsa faiz alacağı da sona erer. Önceki borcun yerine ise tamamen yeni bir borç doğmuş olur⁸³³. Yukarıdaki örnekte escrow sözleşmesi tüm hükümleri ile sona

⁸³⁰ Tuhr, s. 653; Ayan, s. 414; Eren, Borçlar Genel, s. 1289; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 402; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 546.

⁸³¹ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 548; Ayan, s. 415; Eren, Borçlar Genel, s. 1291; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 403.

⁸³² Oğuzman / Öz, C. 1, s. 547.

⁸³³ Eren, Borçlar Genel, s. 1293; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 550; Ayan, s. 416.

ererken yerine saklama sözleşmesi (TBK. m. 561 – 568.) kurulmuş ve taraflar da saklama sözleşmesinde yer alan edimleri yüklenmiş olurlar.

Cari hesap⁸³⁴ ilişkisinde de çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması yahut cari hesap sözleşmesi yapılmadan daha önce doğmuş olan bir borcun cari hesaba kaydedilmesi borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez (TBK. m. 134/1, TTK. m.90/1-b)⁸³⁵. Özellikle escrow sözleşmesi taraflarından bazıları veya hepsinin tacir olması ve bunlar arasında sürekli ve sık sık tekrarlanan ticari ilişkiler olması halinde, bunlar arasında genellikle cari hesap ilişkisi kurulacaktır⁸³⁶. Bu cari hesap ilişkisi kapsamında, tarafların birbirinden doğan karşılıklı alacak ve borç kalemleri cari hesaba alacak ya da borç olarak kaydedilecektir. Bu durumda cari hesaba yazılmış olan her alacak kalemi yenilenmiş sayılamaz. Ancak, hesabın kesilmiş

⁸³⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1292;

TTK. m. 89; “İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir.”

⁸³⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1292.

⁸³⁶ TTK. m. 90; “Türk Borçlar Kanunu'nun 134 üncü maddesiyle 143 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere cari hesap sözleşmesinin hükümleri şunlardır:

a) Aksi kararlaştırılmadıkça, cari hesaba alacak veya borç kaydedilmesi, tarafların, alacağı veya borcu doğuran sözleşme veya işleme ilişkin dava ve savunma haklarını düşürmez. Sözleşme veya işlem iptal edilirse bunlardan kaynaklanan kalemler hesaptan çıkarılır.

b) Cari hesap sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş bulunan bir alacak, tarafların onayıyla cari hesaba kaydedilirse, aksi kararlaştırılmamışsa bu alacak yenilenmiş olmaz.

c) Bir ticari senedin cari hesaba kaydı, bedelinin alınmış olması halinde geçerli olmak şartıyla yapılmış sayılır.

d) Her hesap devresi sonunda alacak ve borcu oluşturan tutarlar birbirinden çıkarıldıktan sonra tanınan veya hükmen belirlenen bakiye, yeni hesap devresine ait bir kalem olmak üzere hesaba geçirilir; sözleşme sona ermiş veya artan tutar haczedilmiş ise onun ödenmesi gerekir.

e) Cari hesabın alacak sütununa yazılan tutarlar için, sözleşme veya ticari teamüller gereğince, kaydoldukları tarihten itibaren faiz işler.”

ve hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda, borç yenilenmiş olur (TBK. m. 134/2)⁸³⁷.

C. Alacaklı Ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcu sona erdiren nedenlerden biridir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer (TBK. m. 135/1, c.1)⁸³⁸.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi çeşitli nedenlerle olabilir. Taraflardan birinin diğerine mirasçı olması, alacaklı tarafın alacağını borçluya devretmesi, alacaklı şirket ile borçlu şirketin birleşmesi, alacaklının borçlu işletmeyi devralması durumlarında ve kanunda izin verilen diğer hallerde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olur⁸³⁹.

Escrow sözleşmesinde de, miras, alacağın devri, işletmenin devralınması, alacaklı şirket ile borçlu şirketin birleşmesi, alacaklının borçlu işletmeyi devralması durumlarında, sadece iki taraf arasında var olan dar anlamda borçlar sona erecektir⁸⁴⁰.

Ancak, escrow sözleşmesinde özellikle diğer iki tarafın da alacaklı durumda olduğu borç sona ermez. Bu borcun escrow sözleşmesindeki tipik örneği olan escrow tutanın saklama borcu, hem devreden hem de devralan tarafa karşı söz konusudur. Escrow tutan durumunda olan şirket, escrow sözleşmesinde devreden durumunda olan şirketle birleşse ya da işletmeyi devralsa dahi, escrow sözleşmesinin devralan tarafıyla escrow tutan arasındaki borç ilişkisi devam edecektir. Aynı durum alacaklı ile borçlu sıfatını birleştiren diğer durumlar için de söz konusu olacaktır. Nitekim, alacaklı ve

⁸³⁷ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 552; **Tuhr**, s. 657 – 659; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1292.

⁸³⁸ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 553; **Tuhr**, s. 662; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 404; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1294; **Ayan**, s. 416.

⁸³⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 553.

⁸⁴⁰ Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür (TBK. m. 135/2). Örneğin, tek mirasçı olan kişinin mirası reddetmesi, bozucu koşulun gerçekleşmesi, hukukî işlemin kesin hükümsüzlük nedeniyle iptal edilmesi gibi durumlarda eski borç taraflar arasında yeniden doğar. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 554.

borçlu sıfatı birleşen iki taraf dışındaki üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez (TBK. m. 135/1, c.2)⁸⁴¹.

D. Borçlunun Sorumlu Olmadığı İfa İmkânsızlığı

Borcun geçerli şekilde doğmuş olmasına rağmen, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer (TBK. m. 136/1)⁸⁴². Borcu sona erdiren imkânsızlık, borç geçerli şekilde doğduktan sonra ortaya çıkan imkânsızlıktır. Bu anlamda imkânsızlığın objektif imkânsızlık ya da sübjektif imkânsızlık⁸⁴³ olması arasında fark yoktur⁸⁴⁴. Oysa başlangıçtaki imkânsızlık⁸⁴⁵ halinde borç hiç doğmaz. Doğmamış olan bir borcun sona ermesi de söz konusu olamayacağından, başlangıçtaki imkânsızlık borcu sona erdiren nedenlerden biri değildir⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ TBK. m. 135/3'te taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Adi alacaklardaki alacağın sona ermesi durumunun tersine, kıymetli evraklarda emre yazılı kıymetli evrak ciro yoluyla, hamiline yazılı kıymetli evrak ise teslim yoluyla borçluya geçtiğinde alacak sona ermez. Borçlu kıymetli evraki ciro ve teslim yoluyla yeniden başkalarına devredebilir. Aynı yönde Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 554; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1295.

⁸⁴² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1325; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 555; **Ayan**, s. 422; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 405.

⁸⁴³ İmkânsızlık ölüm gibi doğal olaylardan veya bir kişinin fiilinden meydana gelebilir. Meydana gelen bu imkânsızlığın maddî bir imkânsızlık olabileceği gibi hukukî bir imkânsızlık da olabileceğine dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 554; **Ayan**, s. 422; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1325;

⁸⁴⁴ **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 406; TBK. m. 136'nın kapsamına sadece objektif imkânsızlığın girdiği görüşü ile sübjektif imkânsızlığın da bu kapsama girdiği görüşleri ve bu görüşleri savunan yazarlar için Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 554; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1326.

⁸⁴⁵ Edimin başlangıçtaki imkânsızlığının türleri için Bkz. **Altunkaya**, s. 178 – 232.

⁸⁴⁶ Başlangıçtaki imkânsızlığa bağlanan hukukî sonuçlar için Bkz. **Altunkaya**, s. 233 – 250; Aynı yönde Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 555; **Ayan**, s. 422; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 405;

“İmkânsızlık, ifa engeli sebeplerinden birini oluşturur. Gerçekten de, imkânsızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir. Bu niteliği ile imkânsızlık, temerrüdün karşıtıdır. İmkânsızlığın pratik önemi borçluya karşı aynen ifanın zorla sağlanamamasında ortaya çıkar.

Diğer bir ifadeyle imkânsızlık, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim olarak tarif edilebilir.

İmkânsızlık, bir veya birden çok edimi kapsayabilir. Ayrıca, edimin ifasının imkânsızlığı, asli edimler yanında yan edimler için de söz konusu olabilir. İmkânsızlık genellikle edim sonucuna ilişkin olmalıdır. Ancak, bazı durumlarda imkânsızlık, edim fiiline ilişkin de olabilir. İmkânsızlık bir insan fiilinden veya tabiat olayından doğması yanında, mantıki, hukuki veya fiili sebeplerden de kaynaklanabilir.

BK'nun 20. maddesine göre, bir akdin konusu mümkün değilse, o akit imkânsızdır. Burada söz konusu olan imkânsızlık, başlangıçtaki, yani sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan imkânsızlıktır (objektif imkânsızlık). Bu halde, konusu hukuki veya fiili sebeplerden dolayı imkânsız olan sözleşme butlan yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren geçersizdir. Burada geçerli olan butlan yaptırımından bahsedebilmek için, imkânsızlık sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve yalnız borçlu bakımından değil, objektif mahiyette ve herkes için söz konusu olmalıdır. Batıl bir sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Fakat, sözleşme yapılırken taraflardan biri imkânsızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen diğer tarafı bundan haberdar etmemişse, bu durumda karşı tarafın uğradığı menfi zararı karşılamakla yükümlüdür.

BK'nun 117. maddesine göre, edimin yerine getirilmesi sözleşme yapıldıktan sonra imkânsız olursa ve bu imkânsızlıkta borçlunun kusuru bulunmazsa, borçlu borcundan kurtulur. Burada sözleşme, başlangıçtaki imkânsızlık gibi butlan yaptırımına tabi olmamakla birlikte, borçlu borcundan kurtulmaktadır. Borçluyu borcundan kurtaran imkânsızlığın objektif veya sübjektif olması önemli değildir. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık ister objektif ister sübjektif olsun, borçlunun kusuruna dayanmadıkça, borçlu borcundan kurtulur. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık, borçlunun kusuruna dayanıyorsa, borçlu bundan sorumlu olur. Sonraki imkânsızlık ister objektif ister sübjektif mahiyette olsun, borçlunun kusuru söz konusu olursa, borçlu bundan sorumlu olur. Bu takdirde, borca aykırılığı konu alan BK'nun 96. maddesindeki genel hüküm uygulama alanı bulur.

İmkânsızlık; objektif-sübjektif imkânsızlık, başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık, tam-kısmi imkânsızlık, sürekli-geçici imkânsızlık, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık şeklinde çeşitli türlere ayrılabilir.

Objektif imkânsızlık, BK'nun 20, 96. ve 117. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Objektif imkânsızlık-sübjektif imkânsızlık ayrımı baştaki imkânsızlık halinde önem kazanmaktadır. Sonraki imkânsızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar açısından, objektif imkânsızlık ile sübjektif imkânsızlık arasında bir fark bulunmamaktadır. BK'nun 20. maddesine göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık bir butlan sebebidir. Önemli olan, edimi sadece borçlunun mu, yoksa herkesin mi yerine getirip getiremeyeceğidir. Buna göre, eğer edim, borçlu da dahil üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilemiyorsa, imkânsızlık objektiftir.

...

İmkânsızlık, borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir. Nitekim, BK'nun

Escrow sözleşmesinde de daha sözleşmenin en başında borcun konusu imkânsız ise borç hiç doğmaz. Buna karşın, borç geçerli bir şekilde doğduktan sonra imkânsızlaşırsa borç sona erer. Yukarıda⁸⁴⁷ belirtildiği üzere escrow sözleşmesi, tüm tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Kurulduğu andan itibaren de hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu anlamda sözleşmenin konusunu oluşturan edimin escrow tutana teslimi sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade etmesi için zorunlu değildir. Bu nedenle son kabul haberinin de diğer iki tarafa ulaştığı an itibariyle kurulmuş olan escrow sözleşmesinde tarafların borçları da aynı anda doğmaktadır. Bu andan itibaren taraf edimlerinden herhangi birinin, ilgili tarafa yükletilemeyecek bir sebeple imkânsız hale gelmesi escrow sözleşmesini de sona erdirecektir. Örneğin, escrow sözleşmesi ile birlikte uygulanacak olan satış sözleşmesinin konusu olan bir araç, escrow sözleşmesi kurulduktan sonra, gerek henüz escrow tutana teslim edilmemiş olup devredecek tarafın elinde bulunsun gerekse escrow tutana teslim edilmiş olsun, daha devir teslim gerçekleşmeden önce borçluya yüklenemeyecek bir nedenle yangında yanarsa escrow sözleşmesi de sona erecektir.

Borcun sona ermesi, sadece borçlunun sorumlu tutulamayacağı durumlarda söz konusu olur. Borçlu imkânsızlığın ortaya çıkmasından kusuru nedeniyle sorumlu tutulabiliyorsa borç sona ermez⁸⁴⁸. Yukarıdaki araç örneğinde, araç henüz devredecek tarafın elindeyken onun kusuruyla yahut escrow tutanda iken escrow tutanın kusuruyla yanmış olursa borç sona ermeyecek aynı şekilde devam edecektir.

Borcun ifası kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer

117.maddesinde kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır.” Yarg. HGK. E. 2011/13-528, K. 2011/571, T. 28.9.2011, (Kazancı MİP / 07.05.2018)

⁸⁴⁷ Bkz. “Birinci Bölüm / II. Escrow Sözleşmesinin Kurulması”

⁸⁴⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1325; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 404;

Aksi görüşü savunan **Oğuzman / Öz**'e göre; her türlü imkânsızlık borcu sona erdirir. Ancak imkânsızlıktan borçlu sorumlu tutulabiliyorsa borçlunun alacaklının zararını tazmin borcu ortaya çıkar. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 558 – 559.

(TBK. m. 137/1)⁸⁴⁹. Burada TBK. m. 27/2'de düzenlenen kısmî imkânsızlık düzenlemesine paralel bir düzenleme yapılmıştır.

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 (TBK. m. 136/2)⁸⁵⁰. Escrow sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen değil çok taraflı bir sözleşme olmakla birlikte, aynı esasın kıyas yoluyla escrow sözleşmesi açısından uygulanmasında bir sakınca yoktur. Örneğin, yine yukarıdaki araç örneğinde escrow tutanın ücretinin yarısı sözleşme yapıldığı anda peşin ödenmiş, kalan kısmın ise aracın escrow tutana tesliminden sonraki bir tarihte ödeneceği kararlaştırılmış olmasına rağmen, araç daha escrow sözleşmesine teslim edilmeden önce yangında yok olsa, escrow tutan peşin aldığı ücreti iade edecek ve ücretin kalan kısmını da talep edemeyecektir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi escrow sözleşmesinde de, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır (TBK. m. 137/2)⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 563.

⁸⁵⁰ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 558; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1329.

⁸⁵¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1331; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 563; **Ayan**, s. 425; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 406.

E. Takas

Birbirine karşı takası mümkün ve muaccel olan para veya özdeş (aynı cins)⁸⁵² alacağına sahip olan kişilerden birinin tek taraflı bir beyanla⁸⁵³, bu alacakları az olanı tutarında sona erdirmesidir (TBK. m. 139/1)⁸⁵⁴.

Mahsuptan⁸⁵⁵ farklı bir kavram olan takas, hem tarafları borçlarını ayrı ayrı ifa etme külfetinden kurtarır hem de alacağın tahsil edilememe tehlikesini bertaraf ederek alacağın tahsil edilmiş olmasını sağlar.

Takas, hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır; aynı cins borcun taraflarına, karşılıklı alacakları azı oranında sonlandırma yetkisi verir⁸⁵⁶.

Escrow sözleşmesinde de tarafların karşılıklı olan alacakları arasında takas mümkündür. Escrow sözleşmesi her ne kadar çok taraflı bir sözleşme olsa da, sözleşmenin tarafları arasında karşılıklı alacak ve borçlar doğmaktadır. Bu borçlar takas edildiği anda sonlanacaktır. Örneğin, devreden taraf escrow tutana ödemek zorunda olduğu masraf, zarar ve ücret borçlarına karşılık, kendisinin escrow tutandan olan alacağı ile ilgili takas beyanında bulunabilir.

Ancak escrow tutanın masraf, zarar ve ücret alacaklarına karşı kendisine escrow tutan olarak saklamak üzere teslim edilmiş olan eşya veya bedeli üzerinde takas

⁸⁵² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1302; Buna takasta türdeşlik (mümaselet) şartı denilmektedir. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 574; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 415.

⁸⁵³ Öğretide ileri sürülen akdî takas denilen yöntemde, taraflar daha en baştan birbirlerine karşı olan alacaklarının kendiliğinden takas edilmesi konusunda anlaşma yapmaktadır. Böylece her alacak için ayrı ayrı takas beyanında bulunmaya gerek kalmamaktadır. Akdî takas yöntemine dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 572; **Tuhr**, s. 684; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1301.

⁸⁵⁴ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 571; **Ayan**, s. 417; **Tuhr**, s. 664; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1300; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 413.

⁸⁵⁵ Bazı sebeplerle alacak miktarında indirim yapılması anlamına gelen mahsubun, genellikle takas ile karıştırılıyor olsa da takastan farklı bir hukukî kurum olduğuna dair Bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 585.

⁸⁵⁶ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 571; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1300; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 417; **Tuhr**, s. 680.

hakkının olmaması gerekir. Zira tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir (TBK. m. 144/1., b.1)⁸⁵⁷.

Muaccel olan alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir (TBK. m. 139/1). Escrow sözleşmesinde özellikle escrow tutanın ücret hakkı olup olmadığı, masraf veya zararının olup olmadığı tartışmalı olduğu hallerde, escrow tutanın (karşı tarafın rızasını gerektiren durum dışında) takası ileri sürülebilmesi mümkündür. Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası ise, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir (TBK. m. 139/3)⁸⁵⁸.

Üçüncü kişi yararına borçlanan kişi, bu borcu ile sözleşmenin diğer tarafından olan alacağını takas edemez (TBK. m. 141). Escrow sözleşmesinin üçüncü kişi yararına yapılması mümkündür. Örneğin, escrow tutana teslim edilmiş olan edimin karşı tarafa devrinin bağlandığı koşul, devralacak tarafın üçüncü kişiye bir edimde bulunması olabilir. Bu durumda üçüncü kişiye edimde bulunacak olan devralan taraf, devreden taraftan ya da escrow tutandan olan alacağı ile üçüncü kişiye bulunacağı edimi takas edemez.

Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Takas beyanının karşı tarafa varması ile birlikte takas gerçekleşmiş olur. Takasın gerçekleşmesi için kural olarak karşı tarafın rızası şart değildir. Takas beyanının karşı tarafa varmasıyla birlikte her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç

⁸⁵⁷ **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 417.;

TBK. m. 144; “Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:

1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.”

⁸⁵⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1304; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 577; **Tuhr**, s. 671; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 416; **Ayan**, s. 419.

tutarınca sona erer (TBK. m. 143/1)⁸⁵⁹. Escrow sözleşmesinde takas beyanında bulunacak olan taraf, diğer taraflardan hangisinden olan karşılıklı alacağını takas edecekse sadece ona karşı takasta bulunması yeterlidir. Sözleşmenin takas ilişkisinin dışında olan diğer tarafına herhangi bir beyanda bulunması gerekmemektedir.

Borçlu, diğer sözleşmelerde olduğu gibi escrow sözleşmesinde de takas hakkından önceden de feragat edebilir (TBK. m. 145)⁸⁶⁰. Bu feragat bizzat escrow sözleşmesi ile yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ya da beyanla da yapılabilir.

F. Escrow Tutanın Ölümü İle Sona Erme

İş görme sözleşmeleri açısından çatı sözleşme durumunda olan vekalet sözleşmesinde tarafların ölümünü düzenleyen TBK. m.513'e göre; *“Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekalet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır (f.1). Vekaletin sona ermesi vekalet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekalet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekaleti ifaya devam etmekle yükümlüdür (f.2).”*

Escrow sözleşmesinde escrow tutanın aslı edim borcu, kendisine teslim edilmiş olan edimin saklanması ve koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre ilgili tarafa teslim edilmesidir. Escrow tutan bu borcunu, diğer taraflardan bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirecektir. Aslen escrow tutanın diğer taraflar arasındaki temel hukukî ilişkinin bir yerine dahil edilmiş olmasının altında yatan temel neden, escrow tutan olarak seçilmiş olan kişinin tarafsız bir şekilde bu görevi yerine getirebileceğine olan iki taraflı güven duygusudur. Bu güven duygusu yoksa bir kişinin escrow tutan olarak seçilmesi de mümkün değildir. Yani bir kişinin escrow tutan seçilmesinde, seçilecek olanın kişiliği çok önemli bir unsurdur. Diğer taraftan bu

⁸⁵⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 583; **Tuhr**, s. 679; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1305; **Ayan**, s. 421; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 417.

⁸⁶⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1305; **Ayan**, s. 420.

güven duygusu nedeniyle escrow tutan da saklama borcunu bizzat yerine getirmek zorundadır⁸⁶¹.

Escrow tutanın kişiliği göz önüne alınarak yapılmış olan ve escrow tutana saklama işini bizzat yerine getirme borcu yükleyen escrow sözleşmesinin, escrow tutanın ölümü ile birlikte sona ereceğini kabul etmek gerekir. Ancak sözleşmenin devreden ve devralan tarafı açısından bunu net olarak söyleyebilmek mümkün değildir. Zira, devreden ve devralan taraf arasındaki temel hukukî ilişki her zaman karşı tarafların kişiliği göz önüne alınarak kurulan bir hukukî ilişki değildir. Temel hukukî ilişkide, eser sözleşmesi niteliğinde olan ünlü bir ressama tablo yaptırılmasında⁸⁶² olduğu gibi tarafların kişiliği ve diğer bazı özellikleri göz önüne alınmıyor olabileceği gibi, menkul mal satışındaki gibi karşı tarafın kişilikleri ve özelliği hiç önem arz etmiyor da olabilir.

Kanaatimizce; diğer taraflardan birinin ölmesinin escrow sözleşmesini sona erdirip erdirmeyeceği konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekecektir; eğer devreden ve devralan taraf arasındaki temel hukukî ilişki devreden ya da devralan taraftan birinin ölmesi ile sona eriyorsa escrow sözleşmesi de sona ermelidir. Aksi halde yani devreden ya da devralan taraftan biri ölmesine rağmen temel hukukî ilişki sona ermeyip halefleri tarafından devam ettirilebiliyorsa escrow sözleşmesinin de devam ettiği kabul edilmelidir.

G. Zamanaşımı

Kanunda öngörülen bir süre içerisinde alacaklının alacağını almak hususunda hareketsiz kalması nedeniyle borçluya tanınan ifadan kaçınma hakkına zamanaşımı düşürücü zamanaşımı) denir⁸⁶³.

⁸⁶¹ Bkz. Yuk. “III. Bölüm, I, 1”

⁸⁶² Yüklenicinin ölmesinin eserin onun tarafından tamamlanmasını imkânsız kılan bir sebep olduğu, bu nedenle sözleşmeyi sona erdireceğine dair Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 701.

⁸⁶³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1307; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 586 – 587; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 418. Zamanın geçmesiyle bir kimsenin aynî hak sahibi olmasını sağlayan zamanaşımına kazandırıcı zamanaşımı; geçmesiyle hakkın sona ermesine yol açan süreye hak düşürücü süre adı verilir.

Geniş anlamda borç ilişkisi değil, bu geniş anlamdaki borç ilişkisinden doğan dar anlamda borç ilişkileri zamanaşımına tabidir. Yani sözleşme değil sözleşmeden doğan her bir alacak için zamanaşımı söz konusudur⁸⁶⁴. Bu nedenle escrow sözleşmesinin herhangi bir şekilde zamanaşımına uğraması söz konusu olmaz ve zamanaşımı nedeniyle escrow sözleşmesinin sona ermesi mümkün değildir. Ancak escrow sözleşmesinde tarafların birbirlerine karşı olan borçları zamanaşımına uğrayabilir. Bu nedenle her alacak türüne göre, alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerekmektedir.

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir (TBK. m. 146)⁸⁶⁵. Ancak TBK. m. 147’de sayılan alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır⁸⁶⁶.

Escrow sözleşmesinde, devreden ve devralan taraf arasındaki temel hukukî ilişkiden doğan alacaklar kendi türüne göre TBK. m. 146 yahut m. 147’ye tabi olabileceği gibi diğer bir kanunla belirlenmiş olan zamanaşımı süresine de tabi olabilir. Ancak bizzat escrow sözleşmesinden kaynaklanan zamanaşımına konu ilgili alacak TBK. 147’deki hallerden birine girmesi halinde alacak beş yıllık zamanaşımına tabi olacak, aksi halde ise TBK. m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına (genel alacak zamanaşımı) tabi olacaktır.

Burada bizzat escrow sözleşmesinden kaynaklanan zamanaşımına konu olan alacağın, özellikle TBK. m. 147/5 hükmünün yani “*Vekalet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar*” tanımının içerisine girip girmediği TBK. m. 502/2’nin; “*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*” hükmü gereği tartışılabilir ise de, istisnaların dar yorumlanması prensibi gereği beş yıllık zamanaşımı süresinin escrow

⁸⁶⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1308; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 587.

⁸⁶⁵ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 591; Tuhr, s. 690; Eren, Borçlar Genel, s. 1314; Ayan, s. 428; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 422.

⁸⁶⁶ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 592; Tuhr, s. 690 – 691; Eren, Borçlar Genel, s. 1314 – 1315; Ayan, s. 428; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 423.

sözleşmesinden kaynaklanan alacaklara uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira, aslanan on yıllık zamanaşımı olup, beş yıllık zamanaşımına tabi olan alacaklar sınırlı sayıdadır. Bunların örnekleme ya da kıyas yoluyla genişletilebilmesi mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay tarafından saklama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların da on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu ifade edilmiştir⁸⁶⁷. Bu nedenle bizzat escrow sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar da on yıllık zamanaşımına tabidir.

Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hallerde, zamanaşımı bu bildirimle fiilen yapıldığı değil yapılabileceği günden işlemeye başlar (TBK. m. 149). İfası derhal talep edilebilecek alacaklar ise zamanaşımı alacağın doğumu ile birlikte işlemeye başlar⁸⁶⁸. Escrow sözleşmesinde peşin menkul satışında olduğu gibi tüm tarafların bir arada bulunduğu ve sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alacakların ifasının derhal talep edilebilir olduğu durumlarda, zamanaşımı da sözleşmenin kurulduğu anda işlemeye başlayacaktır. Ancak, edimin talep edilmesinin koşula bağlı olduğu durumlarda, bu koşul geciktirici koşul niteliğinde olduğundan zamanaşımı koşulun gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁸⁶⁹.

Zamanaşımından feragat, zamanaşımın ileri sürülmesi, zamanaşımın durması, kesilmesi veya uzaması, asıl alacak ve feri alacaklar üzerindeki etkileri gibi konular, diğer sözleşme tiplerine nazaran escrow sözleşmesinde özel bir nitelik arz

⁸⁶⁷ “ ...somut olayda, davacının sigortalısına ait araç davalı tarafa ait otoparka bırakılmış olduğundan sigortalı ile davalı yan arasında 6098 Sayılı BK'nun 561 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan vedia (saklama) sözleşmesi ilişkisi kurulmuş ve araç davalı tarafın sorumluluğunda iken davalı işyeri çalışanının aracı kullanması sırasında meydana gelen kazada hasarlanmıştır. Bu durumda, dava 6098 Sayılı BK'nun 146 vd. maddesine göre on yıllık zamanaşımına tabi olup islahın zamanaşımı süresi içerisinde yapılmış olmasına göre davalılar vekillerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle ... karar verildi.” Yarg. 17. HD. E. 2013 / 10069, K. 2013 / 13792, T. 21.10.2013, (Sinerji MİP. / 15.04.2018)

⁸⁶⁸ **Tuhr**, s. 693; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1311; **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 593; **Ayan**, s. 430.

⁸⁶⁹ **Oğuzman / Öz**, C. 1, s. 594; **Reisoğlu**, Borçlar Genel, s. 425.

etmemektedir. Bu nedenle çalışmamızın kapsamı ve gereksiz uzatmama hassasiyeti nedeniyle bu konulara ayrıca değinilmemiştir.



SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız başlıca sonuçları ve olması gereken hukuk bakımından önerilerimizi şu şekilde özetleyebiliriz:

1. İlk uygulamaları milattan önce 2000’li yıllara kadar dayanmakta olan escrow sözleşmesi, taşınmaz mal alım satım işlerinde tarafsız bir temsil ilişkisi şeklinde, taşınmaz sigortasına yardımcı bir prosedür olarak, 1890’lardan başından itibaren resmî olarak uygulanmaya başlanmıştır. ABD’nin Kaliforniya eyaletinin Finansal Kanunu’nun altıncı bölümünü oluşturan Escrow Agents (Escrow Acenteleri - aracıları) bölümü 1947 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiş olup, bazı değişikliklerle birlikte halen yürürlüktedir.
2. Türk hukuku ile Amerikan hukuku arasındaki fark da göz önüne alınarak, escrow sözleşmesini; *“Escrow sözleşmesi; saklanması hukuken ve fiziken mümkün olan bir şeyin belirli bir koşulun yerine getirilmesi halinde devralacak kişiye devredilmesi, koşulun yerine getirilememesi halinde ise devredecek kişiye iade edilmesi koşuluyla tarafsız bir üçüncü kişiye bırakıldığı; tarafsız üçüncü kişinin ise escrow sözleşmesi uyarınca kendisine teslim edilen şeyi saklamayı ve tarafların belirlediği koşullar uyarınca sakladığı şeyi ilgili kişiye teslim etmeyi borçlandığı, üç tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.”* şeklinde tanımlamak mümkündür.
3. Escrow sözleşmesinin temel amaç ve fonksiyonları yedieminlik, devir koşullarının teminat alınması, işlem taraflarının korunması, uzmanlık ve hesap verilebilirliktir.
4. Escrow sözleşmesinin kurucu unsurları olan; 1) Devreden taraf, devralan taraf ve escrow tutan olmak üzere birbirinden bağımsız borç altına giren üç tarafın bulunması, 2) Escrow sözleşmesinin dayanağını oluşturan bir temel hukukî ilişki bulunması, 3) Escrow tutana teslim edilecek bir taraf edimi olması, 4) Edimin devrinin belli koşulların gerçekleşmesine bağlanması, unsurlarının bulunması kaydıyla escrow sözleşmesinin

konusu Türk Borçlar Hukukunda geçerli olan “Sözleşme özgürlüğü” ilkesi kapsamında belirlenebilir.

Ancak, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturacak olan edimin, escrow tutana teslim edilebilir nitelikte olması şarttır. Bu nedenle teslimi mümkün olmayan iş görme, yapma ve yapmama şeklindeki edimlerin escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir.

5. Devralan ve devreden tarafın escrow sözleşmesindeki isimleri, temel hukukî ilişkiye göre değişecektir.
6. Escrow tutan, kendisine teslim edilmiş olan şeylerin maliki değil, doğrudan ve ferî zilyedir. Bu haliyle escrow tutan kendisine teslim edilmiş olan şeylerin emin sıfatıyla zilyedi durumunda olup, escrow tutandan bu şeyler üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi korunacaktır.
7. Taraflar başka şekilde anlaşmadığı sürece, edimin devrinin bağlandığı koşulun gerçekleştiği anda, escrow sözleşmesine teslim edilmiş olan şeyin mülkiyeti devralan tarafa geçecektir. Bunun için ayrıca teslim gerekmecektir. Koşulu gerçekleştiren taraf, doğrudan escrow tutana başvurarak aynî hakkına dayanan teslim talebinde bulunacaktır.
8. Escrow sözleşmesinde edimin devrinin bağlandığı koşul; kurulmuş olan sözleşmedeki bir edimin karşı tarafa devrinin bekletici koşulu olabileceği gibi temel hukukî ilişkinin tamamının kurulması ve hüküm ifade etmesinin de koşulu olabilir. Fakat her halükârda bu koşul Türk hukuku açısından geciktirici koşul niteliğinde olup, gerçekleşeceği şüpheli her türlü olay hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuş olmaması şartıyla koşul olarak kabul edilebilir.
9. Üç taraflı bir hukukî ilişki olan escrow sözleşmesinin kurulması için, birbirinden bağımsız edimler yüklenen üç tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir. Sözleşmesinin

kurulması için, sözleşmenin her bir tarafının açıkladığı irade beyanının, sözleşmenin diğer taraflarına ulaşması (onların hakimiyet alanına girmesi) gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin devrine yönelik en son iradenin diğer taraflara ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

10. Sözleşmelerdeki şekil serbestisi ilkesi kural olarak escrow sözleşmesi için de geçerlidir. Ancak, escrow sözleşmesinin ve özellikle devrin bağlandığı koşulun ispatı açısından yazılı şekle ihtiyaç duyulmaktadır.
11. Temel hukukî işlem için verilecek olan temsil yetkisi bir şekle tabi olsa dahi, temel hukukî ilişki ile escrow sözleşmesi birbirinden tamamen farklı iki sözleşme olduğundan escrow sözleşmesi için temsil yetkisi verilmesi hiçbir şekle tabi değildir. Taşınmaz satışını konu alan escrow sözleşmeleri dahi, doğrudan doğruya taşınmaz devrini sağlamadığı için resmî şekle tabi değildir.
12. Escrow sözleşmesi kanunda düzenlenmiş olup olmama bakımından; isimsiz sözleşmelerdendir. Sui generis bir sözleşme olduğu da söylenebilirse de, escrow sözleşmesi, genel saklama sözleşmesi ve vekalet sözleşmelerine ilişkin edimleri kanunun öngörmediği şekilde bir arada bulundurmakta olduğundan karma sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Konusu ve amacı bakımından; Türk Hukuku açısından escrow sözleşmesi, bir tarafta saklama sözleşmesine ait olan “saklama” edimi ile vekalet sözleşmesine ait olan “bir işini görme” edimlerinin borçlanıldığı yani saklama ve iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir.

Borç altına giren taraf bakımından; escrow sözleşmesinin hem tarafları birbirinden ayrı ve bağımsız, hem de tarafların hakları ve yükledikleri borçları birbirinden tamamen ayrı ve bağımsızdır. Bu nedenlerle, escrow sözleşmesi klasik ayrımın dışına çıkan zorunlu olarak “çok taraflı (üç taraflı) bir sözleşme”dir.

Hukukî sonuçları bakımından; taraf iradelerinin tamamı bir borç ilişkisinin doğumu yönünde olduğundan escrow sözleşmesi aynı sözleşme olmayıp, bir borçlandırıcı sözleşmedir.

Sözleşme ilişkisinin süresi bakımından; hem escrow tutanın ediminin belli bir zaman sürmesi, hem devreden ve devralan tarafların menfaatinin edimin escrow tutanda tutulması süresince devam ediyor olması nedeniyle escrow sözleşmesi de sürekli edimli sözleşmelerdendir.

Karşılıklı (İvazlı) olup olmama bakımından; escrow sözleşmesi, vekalet ve saklama sözleşmesine ait hükümlerin kıyasen uygulanması ile kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Ancak, kanun, sözleşme veya teamüllerle belirlenmişse veya durum ve koşullar gerektiriyorsa escrow sözleşmesinde de ücret söz konusu olabilecektir.

Sözleşmenin kurulması için bir şeyin teslimi gerekip gerekmemesi bakımından; escrow sözleşmesi devreden, devralan ve escrow tutan olmak üzere üç tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla meydana gelen bir sözleşme olup, escrow sözleşmesinin kurulması için, sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığının escrow tutana teslim edilmiş olması şart olmadığından escrow sözleşmesi real bir sözleşme olmayıp, rızaî bir sözleşmedir.

13. Escrow sözleşmesi, içerdiği iş görme edimi ve saklama edimi nedeniyle genel hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, vekaletsiz iş görme, havale, akreditif, saklama sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, simsarlık ve acentelik sözleşmesi ve alım satım sözleşmesi ile benzerlikler göstermesine ve bunlarla benzer edimleri içermesine rağmen, tüm bu sözleşme ve hukukî ilişkilerden birçok açıdan farklılık göstermektedir. Bu farklılıkların temelinde ve odağında yer alan husus, temel hukukî ilişki konusu edimin tarafsız ve bağımsız nitelikteki escrow tutana teslim ediliyor olması ve bu teslimle birlikte edimin devri ile ilgili hakların escrow tutana geçiyor olmasıdır. Diğer taraftan, sözleşme niteliğinde olmayan havale, akreditif ve vekaletsiz iş görme gibi hukukî

ilişkilerle ayrıldığı bir başta temel nokta ise, escrow sözleşmesinin bir sözleşme olmasıdır.

14. Escrow sözleşmesinde devreden tarafın; edimi escrow tutana teslim etme, koşulun gerçekleşmesi halinde devre razı olma, escrow tutanın masraf, zarar ve varsa ücretini ödeme ve koşul yerine getirilmezse edimi iade alma borçları vardır.

Devralan tarafın; belirlenen koşulu yerine getirme, koşulu yerine getirdikten sonra edimi teslim alma ve escrow tutanın masraf, zarar ve varsa ücretini ödeme borçları vardır.

Escrow tutanın; bağımsız ve tarafsız olma, sözleşme konusu edimi saklama, kendisine teslim edilen edimi kullanmama, özen, sır saklama ve sözleşme konusu edimi ilgili tarafa teslim etme borcu vardır. Escrow tutanın bu borçlarının yanında, özellikle sürekli ve ticari olarak bu işle uğraşanlar başta olmak üzere, tıpkı vekalet sözleşmesinde ve genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme, teamüller, işin gereği ya da yasa uyarınca ücret ödenmesi gereken hallerde ücret talep etme hakkı ve sözleşmeden kaynaklanan alacakları için, saklanmak üzere kendisine teslim edilmiş olan edim üzerinde TBK. 950 ve devamı maddelerine göre hapis hakkı bulunmaktadır.

15. Escrow sözleşmesinde, escrow tutan devreden ve devralan tarafın tanıdığı ve tarafsızlığına ve bilgisine güvendiği kişi olduğundan, vekalet sözleşmesinde olduğu escrow tutma işinin bizzat escrow tutan tarafından yerine getirilmesi diğer iki tarafın özel arzudur. Bu nedenle devreden ve devralan taraf, escrow tutma işinin bizzat escrow tutan tarafından yerine getirilmesini talep etme hakkına sahiptir.

16. Escrow sözleşmesinin tarafları yaptıkları sözleşme ile neyi borçlanmışsa onu ifa etmek zorundadır. Bu kapsamda escrow tutan, saklanmak üzere kendisine teslim edilmiş olan edimi, koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre diğer taraflardan birine teslim etme borcunu yerine

getirirken, kendisine saklanmak üzere ne teslim edilmişse kendisi de diğer taraflardan ilgisine tam olarak onu teslim etmek zorundadır.

17. Tarafların kanunda öngörülen sınırlara uyarak açıkça veya örtülü şekilde belirledikleri bir ifa yeri olması durumunda, escrow sözleşmesinden kaynaklanan edimler belirlenmiş olan bu yerde ifa edilecektir. Ancak borcun niteliği gereği belirli bir yerde ifası zorunlu ise borç zorunlu olarak orada ifa edilecektir. Yahut ifa yeri kanun hükmüyle belirlenmişse, borç kanunen belirlenmiş olan bu yerde ifa edilecektir. Bu anlamda saklama sözleşmeleri için geçerli olan “*saklanan şey saklanması gereken yerde iade olunur (TBK. m. 566)*” kuralı escrow sözleşmesinde de kıyasen uygulanabilir. Tarafların ifa yeri konusunda bir açık ya da örtülü bir anlaşması yoksa, edimin niteliği gereği bir yerde ifa edilmesi zorunlu değilse ve bu konuda başka bir kanun hükmü de yoksa, ifa yeri artık TBK hükümlerine göre belirlenecektir.

18. Escrow sözleşmesinde, tarafların borçlarının ne zaman muaccel olacağı ve ne zaman ifa edileceği konusunda herhangi bir kanun hükmü olmadığından, escrow sözleşmesinde ifa zamanı tarafların anlaşması yahut işin niteliğine göre belirlenecektir.

19. Devreden ve devralan taraf, borç muaccel ve ifası mümkün olduğu müddetçe, borcun ifasını her zaman talep edebilir. Ancak, i) Sözleşmeden dönme veya tazminat talep etmek yerine devredecek tarafın teslim etmeye mahkûm edilmesini talep etmek dürüstlük kuralına aykırı ise, ii) Sözleşmeden dönme veya tazminat talep etme haklarından birini kullandıktan sonra, iii) Edim teslim edilmiş olmasına rağmen, ana edime nazaran önemsiz durumdaki bazı yan haklar kalmışsa, devralacak taraf devredecek tarafın ifaya mahkûm edilmesini talep edemeyecek, sadece tazminat ödemeye mahkûm edilmesini talep edebilecektir

Escrow tutan ise, edimin kendisine teslimini talep edemeyecek ancak, sözleşmenin yapılmasından sonra, sözleşme konusu edimin saklanmasına hazırlık için bir kısım masraflar yapmışsa bunları devreden taraftan talep

edebileceği gibi, sözleşme ifa edilmişse masraf, zarar ve ücret kararlaştırılmış olan hallerde ücret de talep edebilecektir.

20. Edimi saklama borcunun ifa edilmemesi durumlarında, devreden ya da devralan taraftan herhangi biri yahut her ikisi birlikte açacakları dava ile her türlü tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla, masrafı escrow tutana ait olmak üzere, escrow sözleşmesine konu olan şeyin başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilecek yani nama ifa davası açabilecektir.
21. Escrow tutanın, koşulun gerçekleşip gerçekleşmeme durumuna göre edimi devreden yahut devralan tarafa teslim borcunu yerine getirmemesi durumunda, eğer koşul gerçekleşmişse devralan taraf, koşul gerçekleşmemişse devredecek olan taraf aynen ifayı talep edebilecek ve bu ifa talebi mülkiyet hakkına dayanacaktır.
22. Tazminatı gerektiren sebep ne olursa olsun, taraflardan birinin tazminat talep edebilmesi için borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması nedeniyle bir zarar doğmuş olması ve bu zarardan borçlunun sorumlu olması şarttır.
23. Devredecek tarafın edimini escrow tutana teslim etmemesi halinde, edimin aynen ifası mümkün olmaması nedeniyle istenecek olan tazminat davasında, devralacak taraf olumlu zararlarının tazminini isteyebilir. Escrow tutanın kendisine teslim edilmiş olan edimi ilgisine teslim etmemesi durumunda da aynı şekilde olumlu zararın tazmini talep edilebilecektir.
24. Şartların oluşması halinde, taraflar maddî tazminatın yanında manevî tazminat da talep edebilecek, gerek maddî tazminatın gerekse manevî tazminatın miktarının belirlenmesinde haksız fiillere ilişkin kurallar kıyasen uygulanacak, devreden ve devralan tarafın karşılıklı borçları açısından zararın hesabı açısından fark teorisi uygulanabilecek, soyut ve somut yöntemler kullanılabilir.

25. Escrow sözleşmesinde devreden tarafın aslî borcunun sözleşme konusu edimin escrow tutana teslimi olduğu durumlarda, teslim borcunun yerine getirilmesi için süre belirlenmiş olan hallerde, devreden tarafın teslim borcu açısından temerrüde düşmesi için ayrıca bir ihtara gerek bulunmamaktadır. Ancak süre belirlenmemiş olan hallerde devreden tarafın teslim borcu açısından temerrüde düşmesi için ihtar şarttır.
26. Escrow tutana teslim edilmiş olan edimin devrinin bağlandığı koşulun, teslim için belirlenmiş olan sürede yerine getirilememesi halinde temel hukukî ilişki hiç kurulmayacaktır. Bu nedenle, temel hukukî ilişkinin kurulmasının koşulun yerine getirilmesine bağlandığı durumlarda borçlunun temerrüdüne ilişkin kurallar uygulanamayacaktır.
27. Escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişkinin kurulmasının değil ancak kurulmuş olan temel hukukî ilişkinin ediminin karşı tarafa devrinin koşula bağlandığı durumlarda ise, koşulun yerine getirilmesi için belirlenmiş olan sürede koşulun yerine getirilmemesi durumunda devralacak tarafa ihtar gönderilerek düşürülmesi durumunda borçlu temerrüdüne ilişkin kurallar uygulanabilecektir.
28. Escrow sözleşmesinde, temel hukukî ilişkinin kurulmasının koşula bağlandığı durumlarda, devredecek taraf edimini escrow tutana teslim etmiş olmasına rağmen, devralacak tarafın dürüstlük kuralına aykırı şekilde kendi edimini yerine getirmekten imtina etmesi durumu başta olmak üzere Culpa in Contrehendo sorumluluğu da uygulama alanı bulacaktır.
29. Escrow sözleşmesinde, alacağın ve borcun devri ile, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devri mümkündür. Ancak, escrow sözleşmesinin üç taraflı yapısı nedeniyle, karşı tarafın onayına tabi olan hallerde diğer iki tarafın da onayı gerekecektir.

30. Escrow sözleşmesinin, adı ya da türü ne olursa olsun, niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilecek bir edimi konu alan her türlü sözleşme ile birlikte uygulanması mümkündür.

Escrow sözleşmesinin ABD’de en çok uygulandığı hukukî ilişkiler, fikrî haklar, lisanslar, şirket hisseleri de dahil olmak üzere taşınır ve taşınmaz satışı, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesidir. Tüm bu sözleşmelerle birlikte uygulanabilen escrow sözleşmesinin özel bir uygulaması ise escrow hesabıdır.

31. Taşınır satışı ile birlikte uygulanan escrow sözleşmesinde, niteliği gereği escrow tutana teslim edilebilecek durumda olan her şey escrow sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek ve her iki tarafın edimleri birlikte ya da ayrı ayrı escrow tutana teslim edilebilecektir.

Taşınmaz satışlarında, taşınmaz malların hem fiilen escrow tutana saklanmak üzere teslimi mümkün olmadığı hem de taşınmaz malın mülkiyetinin ABD sisteminden farklı olarak tescille geçiyor olması nedeniyle, sadece karşı tarafın ediminin escrow tutana teslimi mümkün olacaktır.

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin edimi olan eserin bedelinin escrow tutana teslimi mümkündür ancak yüklenicinin edimi olan eserin teslimi her zaman fiziken mümkün olmayabilir.

Hizmet sözleşmesinde işçinin edimi olan iş görme, yapma edimi olup escrow tutana teslimi mümkün olmadığından, sadece işverenin edimi olan ücret escrow sözleşmesine konu olabilir.

32. Escrow hesabı ise, sözleşme taraflarından birinin ediminin bir miktar para olduğu durumlarda, bu paranın escrow tutan sıfatıyla bir banka nezdinde açılmış olan hesaba yatırılması şekilden yürüyen escrow işlemidir.

33. Escrow sözleşmesi geniş anlamda tüm borçların ifası ile, tarafların sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde yapacakları bozma (ikale) sözleşmesi ile veya dönme ve fesih ile sonlandırılması mümkündür.

Dar anlamda escrow sözleşmesinden kaynaklanan borçlar ise, ibra, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığı, takas, escrow tutanın kişiliğinin önemli olduğu durumlarda escrow tutanın ölümü ve zamanaşımı ile sona erebilmektedir.

34. Escrow sözleşmesinde, devreden ve devralan taraf arasındaki temel hukukî ilişkiden doğan alacaklar kendi türüne göre TBK. m. 146 yahut m. 147'ye tabi olabileceği gibi diğer bir kanunla belirlenmiş olan zamanaşımı süresine de tabi olabilir. Escrow tutanın devreden ve devralan taraftan olan alacakları ise on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacak, vekaletle ilişkin TBK. m. 147/5 hükmü escrow tutanın alacakları açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

KAYNAKLAR

I. KİTAP VE MAKALELER

- Aigler, Ralph W. : “Is A Contract Necessary To Create An Effective Escrow”, Michigan Law Review, Vol. 16, No. 8, (June 1918), s. 569 – 588.
- Akhmetov, Zhassulan : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Sözleşmenin Kurulması, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Akyol, Şener : Türk Medenî Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Altaş, Hüseyin : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Altınok Ormancı, Pınar : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Altunkaya, Mehmet : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Antalya, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1. Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Antalya, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2. Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Antalya, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.3. Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Aral, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara/2015.
- Astarlı, Muhittin : İş Hukukunda İkale, 2. Bası, Tuhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Ayan, Mehmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016.
- Ayan, Mehmet / Ayan, Nurşen : Medenî Hukuka Giriş, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016.
- Aydıncık, Şirin : Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukukî Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Ayrancı, Hasan : Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Ayrancı, Hasan : Türk Hukukunda Munzam Zarar, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Ballantine, Henry W. : “Delivery In Escrow And Parol Evidence Rule”, Yale Law Journal, Vol. 29, No.8, (June 1920), s. 827 – 840.
- Başoğlu, Başak : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Başpınar, Veysel : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Bettauer, Ronald J. : “Introductory Note To United Nations Security Council Resolutions 1956 – 1958 on Iraq”,

- International Legal Materials, Vol. 50, No. 2 (2011), s. 172 – 180.
- Bigelow, Harry A. : “Conditional Delivery of Deeds of Land”, Harvard Law Review, Vol. 26, No. 7, (May. 1913), s. 565 – 587.
- Bowman, Arthur G./ Milligan, William D. : Real Estate Law In California, Fifth Edition, Prentice-Hall Series In Real Estate, USA.
- Börü, Şafak Parlak : Mülkiyetin İnançlı İşleme Devri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, Ocak – Şubat 2017, s. 231 – 272.
- Buz, Vedat : Borçlunu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998
- Caron, David D. : “United Nations Compensation Commission: Report With Decisions Of The Governing Council”, International Legal Materials, Vol. 31, No. 5 (September 1992), s. 1009 – 1070.
- Corbin, Arthur L. : “Conditional Delivery Of Written Contracts”, Yale Law Journal, Vol. 36, No. 4, (Feb. 1927), s. 443 – 463.
- Çayan, Gökhan : Sözleşmenin Devri, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Çetiner, Bilgehan : Hapis Hakkı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Çetiner, Bilgehan : Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Demirbaş, Harun : Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Demirbaş, Harun : 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Hizmet Sağlayıcıları

Ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri,
Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Demircioğlu, Huriye Reyhan : Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki
Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In
Contrehendo Sorumluluğu, Yetkin Yayınları,
Ankara 2009.

Dinar, Refik Cem : Türk Medenî Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı,
Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Doğan, Vahit : Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif,
4. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

Dural, Mustafa / Sarı, Suat : Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve
Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, 10. Bası,
Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan : Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 15. Bası,
Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Cilt
III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.
419

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin
Yayınları, Ankara/2017.

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin
Yayınları, Ankara/2017.

Ertaş, Şeref : Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş
13. Baskı, Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir
2016.

- Esener, Turhan / Güven, Kudret : Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Esener, Turhan/Gündoğdu, Fatih: Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Fine, James : “The Iraq Sanctions Catastrophe”, Middle East Report, No. 174, Democracy in the Arab World (Jan. - Feb., 1992), s. 36 – 39.
- Garrison, Roger K. : “Agency and Escrow”, Washington Law Review, Vol. 26 No. 46, (1951), s. 46 – 54.
- Gavit, Bernard C. : “The Conditional Delivery of Deeds”, Columbia Law Review, Vol. 30, No.8, (Dec. 1930), s. 1145 – 1158.
- Gertner, Robert H. / Miller, Geoffrey P.: “Settlement Escrows,” The Journal Of Legal Studies, Vol. 24, No. 1, (Jan. 1995),- s. 87 – 122.
- Göğer, Erdoğan : Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.
- Gullifer, Louise : Goode On Legal Problems of Credit and Security, 5th Edition, Thomson Reuters Ltd. Publish, İngiltere 2013.
- Güner, Cemil : Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Hansu, Esra : Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Helvacı, Serap : Gerçek Kişiler, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya : Medenî Hukuk Medenî Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 5. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2018.
- İnal, H. Tamer : Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2017.
- İpek, Eyüp : Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Jaletzke, Matthias / Henle, Walter: M&A Agreements in Germany, München 2011.
- Jalili, Mahir : “Claims Against Iraq: The Current Status”, The Arab Law Quarterly, Vol. 7, No.1, s. 64 – 68.
- Karaege, Özge : Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Kılıç, Mehmet : Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Kırca, İsmail : Escrow Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 1997, C. 19, S. 1, s. 45 – 61.
- Kocaman, Arif B. : Türk Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001.
- Korkusuz, Mustafa Halit : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve

4857 Sayılı İş Kanununa Tabi İşçilere Etkisi, Beta
Yayınevi, İstanbul 2017.

Kulaklı, Emrah : Taşınmaz Satışında Hasarın Geçişi, Türkiye Adalet
Akademisi Dergisi, S. 29, Ocak 2017, s. 113 – 133.

Lewis, Jeremy / Moore, Andrew : “Ensuring IP Protection Through Escrow”,
Entertainment and Sports Lawyer Vol. 21, No.1,
(Spring 2003), s. 8 – 10.

Maimone, Claudio : Lextray (Suisse) SA, İngiliz Hukuku Kaynaklı Trust
Hukukunun Temel İlkeleri Trust Hukuku, Legal
Yayınevi, İstanbul 2013

Nomer, Haluk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta
Yayınevi, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1,
Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık,
İstanbul 2017.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2,
Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık,
İstanbul 2017.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İkinci Bası,
Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe : Eşya Hukuku, Gözden
Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe : Kişiler Hukuku, 15. Bası,
Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami : Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Olivier, Jeanne C. : “Complexities Of Addressing Interest Arrears In A Brady Transaction: The Case Of The Republic Of Argentina 1992 Financing Plan”, Law and Contemporary Problems, Vol. 73, No. 4, A Modern Legal History of Sovereign Debt (Fall 2010), s. 241 – 249.
- Oruç, Murat : Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Özbilen, Arif Barış : Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet : Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Reisoğlu, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- Reisoğlu, Seza : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Reyburn, Stanley S. : Escrows Principles and Procedures, Third Edition, Published by Anthony Schools, California/USA 1998.
- Roberts, William Lewis : “Wrongful Delivery Of Deed In Escrow”, Kentucky Law Journal, No. 17, 1928 - 1929, s. 31 – 40.
- Saruhan, Utku : Gerçek Vekaletsiz İş Görme, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

- Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Shupak, Harold R. : “Escrow Agreements in Technology Transactions”, International Business Lawyer, April 2002, No. 30., s. 147 – 149.
- Sirmen, A. Lale : Eşya Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Sloane, Leonard : “Wathcing Your Finances”, The American Journal of Nursing, Vol.76, No. 3 (March 1976), s. 458.
- Somuncuoğlu, Ünal / Bumin, Gaye / Varlık, Ender / Çakalır, Ayberk : Türk Hukukunda Akreditif, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Şahin, Turan : Uygulamada Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993. C. I ve II.
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

- Tiftik, Mustafa : Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Tollen, David W. : The Tech Contracts Handbook, Amerikan Bar Association 2015.
- Turnbloom, Diana : Escrow Coordination Secrets, Providence Publishing, Californiya (USA) 2002.
- von Tuhr, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C. 1 - 2, Çeviren Avukat Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Olguç Matbaası, Ankara 1983.
- Yalçınduran, Türker : Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Yates, Madeleine / Montagu, Gerald : The Law of Global Custody, Third Edition, Tottel Publishing, İngiltere 2009.
- Yavuz, Cevdet : Türk-İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Yelkenci, Işıl : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

- Yüce, Melek Bilgin : Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Yücer Aktürk, İpek : İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

II. DERGİLER

- Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19, S. 1. (Mart 1997)
- California Law Review, Vol.16, No. 5 (July 1928)
- California Law Review, Vol.43, No. 1 (Mar. 1955)
- Columbia Law Review, Vol. 30, No.8, (Dec. 1930)
- Columbia Law Review, Vol. 68, No.3 (Mar 1968)
- Democracy in the Arab World (Jan. - Feb., 1992)
- Entertainment and Sports Lawyer Vol. 21, No.1, (Spring 2003)
- Foreign Affairs, Vol. 20, No. 505, (1941 – 1942)
- Harvard Law Review, Vol. 26, No. 7, (May. 1913)
- Harvard Law Review, Vol 50. No 2 (Dec. 1936)
- International Business Lawyer, Vol. 30, No: 47 (Apr. 2002)
- International Legal Materials, Vol. 20, No. 1 (Jan. 1981)
- International Legal Materials, Vol. 22, No. 3 (May 1983)
- International Legal Materials, Vol. 31, No. 5 (Sep.1992)

International Legal Materials, Vol. 35, No. 4 (July 1996)

International Legal Materials, Vol. 42, No. 3 (May 2003)

International Legal Materials, Vol. 50, No. 2 (2011)

Kentucky Law Journal, Vol. 17. No. 31, (1928 – 1929)

Law and Contemporary Problems, Vol. 73, No. 4, A Modern Legal History of
Sovereign Debt (Fall 2010)

Michigan Law Review, Vol. 15. No. 7, (May 1917)

Michigan Law Review, Vol. 16, No. 8, (June 1918)

Michigan Law Review, Vol. 25. No.2 (Dec. 1926)

Stanford Law Review, Vol. 9, No.1 (Dec. 1956)

Stanford Law Review, Vol. 10. No. 3, (May 1958)

The American Law Register (1852 – 1891), Vol. 25, No. 3, New Series Vol. 16, (Mar.
1877)

The American Journal of International Law, Vol. 75, No. 2 (Apr., 1981)

The American Journal of International Law, Vol. 101, No. 1 (Jan. 2007)

The American Journal of Nursing, Vol.76, No. 3 (March 1976)

The Arab Law Quarterly, Vol. 7, No.1 (1992)

The Journal Of Legal Studies, Vol. 24, No. 1, (Jan. 1995)

The University Of Chicago Law Review, Vol. 13. No. 2 (Feb. 1946)

The Virginia Law Register, Vol. 11, No. 1, (May. 1905)

The Virginia Law Register, Vol. 11, No. 4, (Aug. 1905)

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 29, (Ocak 2017)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, (Ocak – Şubat 2017)

Washington Law Review, Vol. 26 No. 46, (1951)

Yale Law Journal, Vol. 29, No.8. (June 1920)

Yale Law Journal, Vol. 36, No.4. (Feb. 1927)

III. İNTERNET SİTESİ VE PROGRAMLAR

<http://www.jstor.org>

<https://www.escrow.com>

<https://leginfo.legislature.ca.gov>

<https://en.oxforddictionaries.com>

<http://www.dergipark.gov.tr>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.dw.com>

<https://www.taputakas.com.tr>

<http://tr.wikipedia.org>

<http://www.sinerji.com.tr> (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<http://www.kazanci.com.tr> (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı)

EK. YAZILIM LİSANSI SATIŞI ESCROW SÖZLEŞMESİ

(ÖRNEK)

Bir tarafta adresinde yerleşik Şti. (Bu sözleşmenin kalan kısımlarında kısaca “Satıcı” olarak anılacaktır) ile diğer tarafta Adresinde yerleşik Şti. (Bu sözleşmenin kalan kısımlarında kısaca “Alıcı” olarak anılacaktır) arasında yapılacak olan “Lisans Satım Sözleşmesi” ile belirlenmiş olan karşılıklı edimlerin ifa edilmesine dair usul ve esasları belirlemek üzere aşağıdaki şartlar uyarınca işbu “Escrow Sözleşmesi” düzenlenmiştir.

Buna göre;

1. TARAFLAR

1.1. SATICI

Ünvanı : Şti.
Adresi : İstanbul
Yetkili kişi :
Vergi Dai. ve No :
Banka hesabı : TR
E posta :
Telefon :

1.2. ALICI

Ünvanı : Şti.
Adresi : İstanbul
Yetkili kişi :
Vergi Dai. ve No :
Banka hesabı : TR
E posta :
Telefon :

1.3. ESCROW TUTAN

Ünvanı : Şti.
Adresi : İstanbul

Yetkili kişi :
Vergi Dai. ve No :
Banka hesabı : TR
E posta :
Telefon :

2. TARAFLARIN BORÇLARI

- 2.1. Satıcı, Alıcı'ya "..... Programı"nın süresiz lisans ve kullanım hakkını devretmeyi, Alıcı ise lisans satış tutarı olarak TL ödemeyi kabul ve taahhüt etmektedir.
- 2.2. Alıcı, lisans satış bedelinin tamamı işbu "Escrow Sözleşmesi"nin imzalanmasını müteakiben 5 (beş) gün içerisinde "Escrow Tutan"ın yukarıda belirtilen banka hesabına havale edecek; Satıcı ise aynı süre içerisinde "..... Programı"nın tam sürümünün kurulum dosyasını içeren bir adet CD'yi ve programın kullanım klavuzunu Escrow Tutan'a kapalı bir zarf içerisinde teslim edecektir.
- 2.3. Zarfın teslim edilmesinden itibaren 3 (üç) gün içerisinde tüm taraflar Alıcı'nın yukarıda belirtilen adresinde hazır bulunarak, Alıcı tarafından görevlendirilecek bilgi işlem uzmanı nezaretinde, Alıcı'nın iş yerindeki bir adet bilgisayara programın kurulumunu yapacaktır. Satıcı'da dilerse kendi kurulum uzmanını sürece dahil etmekte serbesttir.
- 2.4. Programın tam kurulumunun yapılmasını müteakiben, Alıcı'nın görevlendireceği bilgi işlem görevlisi tarafından program test edilecek ve EK-1'de yer alan broşürdeki teknik özellikleri taşıyıp taşımadığı ve programın sorunsuz çalışıp çalışmadığı bir tutanak ile tespit edilecektir. Programda eksik ya da çalışmayan bir özellik bulunması durumunda bu husus da tutanağa geçirilecektir.
- 2.5. Programın tamamen veya kısmen çalışmaması durumunda yahut herhangi bir eksiklik olması durumunda, Satıcı bu eksikleri 3 (üç) iş günü içerisinde gidermek zorundadır.

- 2.6. Belirlenen süreler içerisinde programın eksiksiz olarak kurulması halinde, Escrow Tutan satış bedelini Satıcı'nın yukarıda belirtilen banka hesabına havale edecektir. Belirlenen sürelerde program tam ve sorunsuz olarak kurulup teslim edilememesi halinde ise satış bedeli Alıcı'nın yukarıda belirtilen banka hesabına havale ile iade edilecektir.
- 2.7. Tam ve eksiksiz olarak kurulumu müteakip, satış bedelinin Satıcı'ya ödenmesinden sonra ortaya çıkacak ayıplar "Gizli ayıp" olarak addedilecek ve Satıcı'nın Türk Borçlar Kanunu (TBK) uyarınca ayıptan sorumluluğu devam edecektir.
- 2.8. Escrow Tutan, satılan "..... Programı"nın herhangi bir özelliğini garanti etmemekte olup, hiçbir şekilde ayıptan sorumluluğu söz konusu değildir.

3. ESCROW ÜCRETİ

- 3.1. Escrow ücreti olarak TL kararlaştırılmış olup, escrow ücreti bu sözleşmenin imzalanması ile birlikte tahakkuk edecektir. Satıcı veya Alıcı "..... Programı"nın satışından vazgeçse (sözleşmeden dönse yahut feshetse) dahi escrow ücretini ödemekten imtina edemez.
- 3.2. Satıcı ve Alıcı bu tutardan escrow tutana karşı ½ oranında sorumludurlar.
- 3.3. Satıcı, kendi payına düşen escrow ücretini en geç programın CD'sini Escrow Tutan'a teslim ettiği anda, Escrow Tutan'ın yukarıda belirtilen banka hesabına havale edecektir.
- 3.4. Alıcı ise, kendi payına düşen escrow ücretini en geç programın kurulumuna başlamadan önce havale edecektir.
- 3.5. Satıcı yahut Alıcı'dan herhangi birinin sözleşmeden dönmesi yahut sözleşmeyi feshetmesi durumunda, Escrow Tutan tarafından gönderilecek yazılı bildirimden itibaren en geç 3 (üç) gün içinde escrow ücreti Satıcı ve Alıcı tarafından Escrow Tutan'ın banka hesabına ödenecektir.

- 3.6. Escrow ücretinin belirlenen sürelerde ödenmemesi halinde, TBK'nın para Borçlarında temerrüdün sonuçlarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca Escrow Tutan kendisine teslim edilmiş olan CD üzerinde Türk Medenî Kanunu'nun 950. Maddesi uyarınca "Hapis hakkı"na sahip olacaktır.
- 3.7. Tarafların tüm borç ve yükümlülüklerinin ifa edilmesi yahut herhangi bir nedenle sözleşmenin hükümsüz kalması halinde, Escrow Tutan tarafından bir "Kapanış Raporu" 3 (üç) nüsha halinde düzenlenerek imzalanacak ve bir sureti kendisinde saklanacak, diğer iki suretini ise Satıcı ve Alıcı'ya elektronik posta yoluyla ile gönderilecektir.

4. CEZÂİ ŞART

- 4.1. Alıcı ve Satıcı'dan her biri, bu sözleşmede yer alan yükümlülüklerini haklı bir gerekçe olmaksızın yerine getirmemesi durumunda yahut karşı tarafın sözleşmeyi haklı nedenle feshine ya da dönmesine sebep olması halinde, satış bedelinin ½'si oranında bir cezai şartı karşı tarafa ödemeyi, bu cezai şart miktarında indirim talep etmeyeceğini, cezai şart miktarının ekonomik mahfına sebep olmayacağını kabul ve taahhüt eder.
- 4.2. Tarafların uğrayacakları diğer maddî ve manevî zarar tutarlarından cezai şart miktarı hiçbir şekilde indirilemez.

5. BİLDİRİMLER

- 5.1. Taraflar bu sözleşmede yer alan adreslerinin resmî tebligat adresini olduğunu, bu adreslere yapılacak olan bildirimlerin kendilerine yapılmış sayılacağını kabul beyan ve taahhüt ederler.
- 5.2. Taraflar arasında yapılacak olan her türlü bildirim iadeli taahhütlü mektupla yahut elektronik posta yoluyla yapılacaktır. Ancak, sözleşmeden dönme, fesih ve cezai şartın ödenmesine dair bildirimler noterden yapılmak zorundadır.

6. UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HÜKÜMLER

- 6.1. Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Hakem sayısı 3 (üç) olacaktır. Tahkim yeri İstanbul, tahkim dili Türkçe ve uygulanacak kanunlar Türkiye Cumhuriyeti Kanunları olacaktır.
- 6.2. Bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde öncelikle TBK'nın özellikle satış sözleşmesi, vekalet ve genel saklama sözleşmesine ilişkin hükümleri, uyuşmazlığın bünyesine uyduğu oranda kıyas yoluyla uygulanacaktır.

7. SON HÜKÜMLER

- 7.1. Taraflardan herhangi biri, bu sözleşme yahut kanunların kendisine tanıdığı bir hakkı kullanmamış olması, ilgili haktan feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz.
- 7.2. Bu sözleşmenin tüm tarafları, Türk Ticaret Kanunu (TTK) anlamında "Tacir" durumunda olduğunu, TTK'nın 18. Maddesi uyarınca basiretli birer tacir olarak sözleşmenin tüm hüküm ve maddelerini teker teker incelediğini, sonuçlarını kabul ettiğini beyan kabul ve taahhüt eder.

7 (Yedi) ana maddeden oluşan işbu Escrow Sözleşmesinin her bir maddesi taraflarca müzakere edilerek kabul edilmiş ve Tarihinde Beşiktaş/İstanbul'da imza altına alınmıştır.

Satıcı

..... Şti.

Alıcı

..... Şti.

Escrow Tutan

..... Şti.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı	Şerafettin	Soyadı	Ekici
Doğum Yeri	Göksun	Doğum Tarihi	21.03.1980
Uyruğu	T.C.	TC Kimlik No	11132833732
M-mail	serafettinekici@gmail.com	Tel	0533 270 1341

Eğitim Düzeyi

	Mezun Olduğu Kurumun Adı	Mezuniyet Yılı
Doktora	İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk	2018
Yüksek Lisans	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı	2009
Lisans	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2001
Lise	Göksun İmam Hatip Lisesi	1997

İş Deneyimi

Görevi	Kurum	Süre (Yıl – Yıl)
1. Kurucu ortak (Avukat)	Lexist Hukuk Bürosu	01/2016 – 10/2018
2. Kurucu ortak (Avukat)	Ekici&Kul Hukuk Bürosu	04/2005 – 01/2016

Yabancı Dil

Yabancı Dilleri	Okuduğunu anlama	Konuşma	Yazma
İngilizce	İyi	İyi	İyi

Yabancı Dil Sınavı

KPDS	YDS	IELTS	TOEFL
	67,25		