

Escrow Sözleşmesinin Eşya Hukuku Açısından İncelenmesi

Examination of the Escrow Agreement in Terms of Property Law

Sinan USTA *

Öz

Escrow sözleşmesi, bir temel sözleşmeye ilişkin borçların teminat altına alınması amacıyla, bu sözleşme ile ilgili taşınırın veya maddi değeri olan diğer hakların, sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan tarafsız ve yansız bir escrow aracı tarafından, sözleşmede belirlenen koşullar gerçekleşinceye kadar muhafaza edilmesi ile oluşur. Koşulların gerçekleşmesi ile escrow aracı kendisine teslim edilen escrow konusunu sözleşmenin taraflarından birine geri vermeyi üstlenmektedir. Böylece temel sözleşmede yer alan edimlerin teminat altına alınması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönü çalışmamızın esas konusunu teşkil etmektedir. Bu kapsamda ilk olarak escrow sözleşmesinin özelliklerine ilişkin genel konular üzerinde durulmuştur. Bir escrow ilişkisi kurulduğunda, eşya hukuku açısından çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkabilir. Aşağıda, ayrıntılı olarak ele alındığı üzere escrow konusunun kimi durumlarda zilyetliğinin ve kimi durumlarda ise mülkiyetinin devri söz konusu olur. Tüm escrow sözleşmeleri, escrow konusu nesne üzerindeki tasarruf yetkisinin borçludan nitelikli zilyetlik şeklinde escrow aracısına devredilmesiyle karakterize edilirken, yalnızca istisnai nitelikteki belirli escrow ilişkilerinde tasarruf yetkisi mülkiyetin devrini de içerir. Bu kapsamda, mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkileri ile mülkiyet devri olmayan escrow ilişkileri çalışmada ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Escrow Sözleşmesi, Eşya hukuku, Teminat, Mülkiyet, Zilyetlik

Abstract

Escrow agreement is an agreement used as a form of security where one or more parties in a transaction place or deposit something, usually property or other assets, with a neutral, disinterested third party until some specific conditions occurrence. With the occurrence of the conditions, the escrow agent undertakes to return the property, which has been delivered to him, to one of the parties of the contract. Thus, it is aimed to ensure that the obligations in the main contract are secured.

The property law aspect of the escrow agreement constitutes the main subject of our study. In this context,

Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 03.12.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 06.03.2025.

Atıf: Sinan Usta ‘Escrow Sözleşmesinin Eşya Hukuku Açısından İncelenmesi’ (2025) 3(2) TRÜHFD 212-240.

* Arş. Gör. Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sinanusta@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1605-720X.

firstly, general issues regarding the characteristics of the escrow agreement were examined. All escrow relationships are characterized by the fact that the power of disposal over the collateral object in the form of qualified possession is withdrawn from the debtor, while only in certain escrow relationships does the withdrawn power of disposal also include ownership. In this sense, the following analysis will treat escrow relationships with transfer of ownership to the escrow agent and those without transfer of ownership separately.

Keywords

Escrow Agreement, Property law, Guarantee, Ownership, Possession

GİRİŞ

Günümüzde birçok hukuki ilişkide edimlerin ifasının teminat altına alınması ve taraflar arasındaki güven unsurunun artırılması amaçlarıyla escrow sözleşmesi akdedilmektedir. Teknolojik gelişmelerle birlikte, ülkemizde ve diğer hukuk sistemlerinde escrow sözleşmesinin uygulama alanı genişlemeye devam etmektedir.

Escrow sözleşmesinin akdedilmesi ile bir temel ilişki çerçevesindeki tarafların ifa yükümlülüklerinin teminat altına alınması amaçlanmaktadır. Escrow işleminde temel ilişkinin tarafları dışında üçüncü bir kişi taraf olarak escrow aracısı bulunmaktadır. Temel ilişkinin taraflarının, bu hukuki ilişki kapsamındaki edim yükümlülüklerinin teminat altına alınması için escrow sözleşmesi ile belirlenen ve escrow konusu olarak adlandırılan para, kıymetli evrak, kaynak kod (*source code*) gibi şeyleri tevdi etmekle yükümlü olduğu escrow sözleşmesinde kararlaştırılmaktadır. Escrow aracısı, kendisine teslim edilen escrow konusunu sözleşmede belirlenen koşullar yerine getirilinceye kadar muhafaza etmeye devam etmekle yükümlüdür. Escrow sözleşmesinde belirlenen koşullar ise genellikle temel sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesi durumuna yöneliktir. Escrow konusunun escrow aracısına teslim edilmesiyle temel sözleşme taraflarının escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır; sözleşmede belirlenen koşulların gerçekleşip gerçekleşmemesine göre escrow aracısı escrow konusunu temel sözleşme (temel işlem) taraflarından birisine iade etmekle yükümlü kılınmaktadır. Belirtilen mekanizmaya dayalı olarak borcun ifası konusunda teminat sağlanmaya çalışılmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak escrow sözleşmesine ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Geniş bir uygulama alanı bulunan escrow sözleşmesinde, escrow aracısına tevdi edilen escrow konusunun zilyetlik ve mülkiyet durumu, söz konusu şey üzerinde ileri sürülebilecek haklara dayalı olarak teminat amacını tehlikeye sokabilir. Escrow sözleşmesinin tüm özelliklerinin ayrıntılı olarak incelenmesi bu çalışmanın kapsamını oldukça aşacağından, sözleşmeye ilişkin

genel açıklamaların ardından çalışmamızda temel olarak, teminat amacı açısından oldukça önemli nitelikte bulunan escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönleri incelenmiştir.

Escrow sözleşmesi kurulduğunda, eşya hukuku açısından çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkabilir. Özellikle taraflardan birinin iflas etmesi, escrow konusu üzerinde escrow aracısı tarafından yetkisiz olarak tasarrufta bulunulması, escrow konusu üzerinde üçüncü bir kişinin aynı hak iddiası gibi durumlarda escrow konusu üzerindeki mülkiyet ve zilyetlik durumu gibi hususlar önem kazanmaktadır. Escrow sözleşmelerinin çoğunda escrow konusunun mülkiyetinin devri söz konusu olmayıp nitelikli zilyetlik şeklinde borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması ile teminat amacının sağlanması söz konusuyken, uygulamada mülkiyet devrinin kararlaştırıldığı sözleşmelere de rastlanılmaktadır. Bu nedenle escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönlerine ilişkin kesin ve bağlayıcı bir açıklama yapmak mümkün değildir; zira bu hususların her bir escrow sözleşmesinde temel işlemle bağlantılı olarak ayrı ayrı analiz edilmesi gerekmektedir. Uygulamada yer alan escrow sözleşmelerinin çoğunluğu, eşya hukuku yönleri dikkate alınmadan hazırlandığı için, düzenleme bulunmayan hallerde somut olayın özelliklerine göre uygulanacak kurallar belirlenmelidir.

Çalışmamızda, escrow sözleşmesinde escrow konusu üzerinde zilyetlik ve mülkiyet durumuna bağlı olarak ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara odaklanılmıştır. Uygulamada akdedilen escrow sözleşmeleri göz önünde bulundurularak, escrow konusunun mülkiyetinin devredilip devredilmediği kriteri dikkate alınarak sözleşmenin devamı sırasında ve escrow konusunun iadesi durumunda zilyetlik ve mülkiyet durumları ayrı başlıklar halinde incelenmiştir.

I. ESCROW SÖZLEŞMESİ HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

Kökeni Anglo-Sakson hukuk sistemine dayanan¹ escrow sözleşmesinin eşya hukuku yönüne değinmeden önce sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesine yönelik olarak sözleşmenin tanımı, hukuki niteliği, özellikleri, unsurları ve türleri gibi temel konularda bu başlık altında bilgi verilmiştir.

A. Escrow Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Escrow sözleşmesinin tanımına, gerek 818 Sayılı Borçlar Kanunu gerekse de 6098 Sayılı

¹ İsmail Kırca, 'Escrow Sözleşmesi', 1997 19(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45, 59; Sinan Usta, *Escrow Sözleşmesi* (Yetkin Yayınevi 2024) 21; Ingraham Andrew William, 'Escrow Agreements Elements of an Escrow' (1953) 8(1) University of Miami Law Review 75, 75; Şerafettin Ekici, *Escrow Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2019) 16 vd.

Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Hukukumuzda herhangi bir özel kanun veya ilgili mevzuatta bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Ülkemizdeki durumun aksine kimi ülkelerde mevzuatta escrow sözleşmesinin tanımının ve özelliklerinin düzenlendiği görülmektedir². Escrow sözleşmesi ile alakalı doktrinde birçok tanım önerisine yer verilmiştir³.

Doktrinde Gerster'e göre⁴; escrow sözleşmesi, bir temel işlemin taraflarınca bir eşyanın teminat amacıyla, üçüncü bir kişi tarafından muhafaza edilmesinin kararlaştırıldığı hukuki işlemlere ilişkin sözleşme olarak tanımlanabilir.

Doktrinde Eisenhut ise escrow sözleşmesini, sözleşmenin bir tarafında temel işlemin borçlusu ile (çoğu işlemde alacaklı da taraf olur), sözleşmenin diğer tarafında tarafsız ve temel işleme göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı⁵ arasında kurulan, temel işlemde belirlenen amaçların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, bir taşınırın escrow aracısına devredildiği hukuki ilişki, şeklinde tanımlamıştır⁶.

Doktrindeki tanımlar dikkate alınarak, taraflar arasında daha önceden yapılmış olan bir temel sözleşmedeki borçların ifasını teminat altına almak amacıyla, ifaya konu olan eşya veya malvarlığı değerlerinin (belge, cd, taşınır gibi), sözleşmeye taraf olmayan, tarafsız ve güvenilir üçüncü bir kişiye devredilerek, üçüncü kişinin sözleşmede belirlenen şartın veya belli durumun gerçekleşmesine kadar ifa konusu şeyi (escrow konusunu) muhafaza etmesini, böylelikle tarafların bunlar üzerinde tasarrufta bulunmaları engellenerek ifaya ilişkin teminat oluşturmalarının amaçlanıldığı sözleşme, olarak tanımlanabilir⁷.

² Bkz. California Financial Code Section 17003, https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=17003.&lawCode=FIN Erişim Tarihi 10 Kasım 2024.

³ Bkz. Stefan Gerster, *Das Escrow Agreement als Obligationenrechtlicher Vertrag* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1991) 5; Ayşe Dilşad Keskin, 'Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi' (2012) 0(10) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 95, 96; Usta (n 1) 22 vd. Çalışmanın kapsamının genişlememesi adına bu tanımlardan yalnızca birkaçına çalışmamızda yer verilmiştir.

⁴ Gerster (n 3) 4.

⁵ Doktrinde yazılan eserlerde escrow konusunu muhafaza eden üçün kişi için "escrow tutan, escrow ajansı, escrow aracısı, escrow müdürü gibi" ifadeler kullanılmıştır. Ancak çalışmamızda "escrow aracısı" ifadesi tercih edilmiştir (Karen Lee Jacobsen, 'California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?' (1986) 17(1) Pacific Law Journal 309, 312; Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (10th Edition, Thomson Reuters 2014) 662; William (n 1) 78; Ekici (n 1) 41).

⁶ Stefan Eisenhut, *Escrow-Verhältnisse* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2009) 13.

⁷ Bkz. Kurt Blickenstrofer, 'Der Sourcecode-Escrow'in Felix Thomann and Georg Rauber (eds) *Softwareschutz* (Stämpfli 1998) 217; Matthias Kuster, 'Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien' (1996) SZW, 68; Prozesky Kuschke, 'Depositum and Escrow: Their Current Application in Computer Source Code in South African Law' (2003) 36(1) De Jure, 278, 281-282; Halil Berk Erdoğan, 'Escrow Sözleşmeleri' (2022) 17(186), Terazi Hukuk Dergisi 36, 38; Usta (n 1) 24; Ekici (n 1) 22;

Escrow sözleşmesi temel sözleşmedeki edimlerin ifası konusunda teminat oluşturulması amacıyla akdedilmektedir. Escrow aracısına teslim edilen escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi, temel sözleşmenin taraflarının ortak iradesine dayalı olarak belirledikleri bir şart gerçekleşinceye kadar sözleşmeye taraf olmayan, güvenilir ve tarafsız üçüncü bir kişiye (escrow aracısı) bırakılmaktadır⁸.

B. Escrow Sözleşmesinin Özellikleri

Escrow sözleşmesinin özelliklerine ve unsurlarına, Türk Borçlar Kanunu veya herhangi bir özel mevzuatta yer verilmediği için bu sözleşme, sözleşme özgürlüğü kapsamında oluşturulan isimsiz sözleşmeler sınıflandırması kapsamında olduğu değerlendirilmektedir⁹. İsimli sözleşmelerden olan escrow sözleşmesi, hukuki niteliği ve özelliklerinden dolayı bazı sözleşmelerle (genel saklama sözleşmesi, güvenilir kişiye bırakma sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi) benzerlik göstermektedir¹⁰. Escrow aracısı, taraflardan birinin veya her ikisinin vereceği ücret karşılığında, genel saklama sözleşmesinin unsuru olan saklama edimini, vekâlet sözleşmesinin unsuru olan iş görme edimlerini ve yine sözleşmede kararlaştırılan farklı sözleşmelere ait diğer edimleri üstleniyorsa oluşacak sözleşme; karma sözleşmelerin türlerinden biri olan kombine sözleşme olarak değerlendirilmelidir¹¹. Escrow sözleşmesine uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde, “kıyasen uygulama ve yaratma” görüşü benimsendiğinden, bu sözleşmelere ilişkin hukuki uyumsuzluklarda, benzer sözleşmelere (genel saklama sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, teminat için tevdi sözleşmesi gibi) ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır¹².

Escrow sözleşmesinin temel amacı, temel sözleşme adı verilen sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçların ifasının teminat altına alınmasıdır¹³. Teminat amacı, temel sözleşmenin taraflarının sözleşme konusu üzerinde tasarruf işleminde

Kırca (n 1) 45.

⁸ Usta (n 1) 25; Kırca (n 1) 50; Keskin (n 3) 96; Ekici (n 1) 22.

⁹ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17. Baskı Yetkin Yayınevi 2024) 79-80; Gerster (n 3) 92; Eisenhut (n 6) 93; Keskin (n 3) 118; Kırca (n 1) 59; Usta (n 1) 33; Ekici (n 1) 92-93; Erdoğan (n 7) 39.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 50 vd.; Aral/Ayrancı (n 9) 76.

¹¹ Usta (n 1) 34; Erdoğan (n 7) 50; Ekici (n 1) 93.

¹² Saibe Oktay Özdemir, ‘İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması’ (1995-1996) 55(1-2) İÜHF 263-296; Aral/Ayrancı (n 9) 89-90; Kırca (n 1) 80; Keskin (n 3) 118. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, E 2016/5065 K 2017/4098, 12.07.2017; Yargıtay HGK., E 2009/13-393 K 2009/452, 21.10.2009 (www.kazanci.com).

¹³ Eisenhut (n 6) 24; Keskin (n 3) 96; Usta (n 1) 40 vd.

bulunmalarının engellenmesi yoluyla sağlanmak istenilmektedir¹⁴.

Uygulamada akdedilen escrow sözleşmelerinin çoğunda, sözleşmenin bir tarafında escrow aracıları yer almaktayken; diğer tarafında temel ilişkinin tarafları bulunur¹⁵. Sözleşmenin alacaklı kısmında, temel ilişkinin tarafları olarak birden fazla kişi taraf sıfatıyla; borçlu kısmında ise escrow aracıları taraf olarak yer almaktadır. Belirtilen şekilde akdedilen escrow sözleşmelerinin üç taraflı sözleşme ilişkisi olduğu ifade edilebilir¹⁶. Uygulamada, escrow aracıları ile temel sözleşmenin tarafları arasında iki ayrı sözleşme yapılarak da escrow sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu ilişkilere rastlanılmaktadır¹⁷. Ayrıca escrow sözleşmesi, temel ilişkinin taraflarının ikisinin birden sözleşmenin kurulmasına katılmayıp; escrow aracıları ile temel ilişkinin taraflarından yalnızca birisi arasında kurulan hukuki ilişki şeklinde üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde de akdedilebilir¹⁸.

Escrow sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulmaktadır. Sözleşme, escrow konusu şeyin tesliminden önce kurulmuş olur ve teslim, sözleşmenin unsuru olarak değerlendirilemez. Bu açıdan sözleşmenin rızai nitelikte olduğu ifade edilebilir¹⁹.

Escrow sözleşmesinde tarafların yükümlülükleri; taraflardan birisi ücret ödeme ve escrow sözleşmesine konu olan şeyin (escrow konusunun) teslimi borcu altına girerken; sözleşmenin diğer tarafı olan escrow aracıları, teslim edilen escrow konusunu sözleşmeyle belirlenen durumların gerçekleşmesine kadar muhafaza borcunu üstlenmektedir. Escrow konusunun escrow aracılarına teslimi durumundaki eşya hukuku yönünden sonuçları çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır.

Escrow sözleşmelerinde, escrow aracısının muhafaza yükümlülüğü bulunduğu ve bu muhafaza faaliyeti devam ettiği “süre içinde” edim sonucu gerçekleştiği için sözleşmelerin zamana göre sınıflandırılması açısından sürekli edimli bir sözleşme niteliğinde olduğu söylenebilir²⁰.

¹⁴ Kırca (n 1) 45; Usta (n 1) 40; Ekici (n 1) 24.

¹⁵ Usta (n 1) 44.

¹⁶ Gerster (n 3) 53; Kuschke (n 7) 284; Eisenhut (n 6) 21; Usta (n 1) 44; Ekici (n 1) 34.

¹⁷ Keskin (n 3) 109; Gerster (n 3) 6; Usta (n 1) 45.

¹⁸ Gerster (n 3) 7; Eisenhut (n 6) 21. Üçüncü kişi yararına escrow sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 45 vd.

¹⁹ Usta (n 1) 42; Ekici (n 1) 117.

²⁰ Gerster (n 3) 125; Eisenhut (n 6) 125; Kırca (n 1) 111; Usta (n 1) 43. Sürekli borç ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 7.

C. Escrow Sözleşmesinin Unsurları

Doktrindeki hâkim görüşe göre; isimli sözleşmelerin unsurları; tipik sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin anlamlı bir bütün oluşturması için gereken ve sözleşmeye tipini veren unsurlardır²¹. Tarafların uygulamada yaptıkları sözleşmelerdeki unsurlar, süreç içerisinde yerleşik bir uygulamaya dönüşür. Bu uygulamalar dikkate alınarak, sözleşmelerin unsurları belirlenmektedir. Uygulamada akdedilen escrow sözleşmeleri dikkate alınarak sözleşmenin esaslı unsurları belirlenebilir. Yani geçerli bir escrow sözleşmesinin kurulması için; tarafların özel olarak belirlenen escrow konusunun teslimi, muhafaza edilmesi ve geri vermeye ilişkin koşullar konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması gerekli ve yeterlidir²².

İsimli sözleşmelerden olduğu ifade edilen escrow sözleşmesinde; bir temel sözleşmenin taraflarının, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifasının teminat altına alınması amacıyla, sözleşmede belirlenen şart gerçekleşinceye kadar sözleşme konusu şeylerin tarafsız ve sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısı tarafından muhafaza edilmesi öngörülmektedir. Buna göre escrow sözleşmesinin unsurları; temel sözleşme, escrow konusunun escrow aracısına devri, teminat amacı, koşullar, ücret ve anlaşma şeklinde belirlenebilir²³.

Escrow sözleşmesi akdedilebilmesi için öncelikle ortada “temel sözleşme” adı verilen bir hukuki ilişki bulunması gerekmektedir. Temel sözleşme, teminat altına alınmak istenen yükümlülüğün kaynaklandığı sözleşmedir²⁴. Taraflar arasında ayrı haklar ve borçlar doğuran iki çeşit sözleşme bulunur²⁵. Temel sözleşmenin tarafları bu sözleşmede, belirli haklar ve yükümlülükler kararlaştırmaktadır. Escrow sözleşmesinde, sözleşmenin bir tarafında escrow aracısı diğer tarafında temel sözleşmenin tarafları veya taraflarından biri yer almaktadır. Escrow aracısı, sözleşme konusu şeyi muhafaza edip, tarafların tasarrufla bulunmasını engelleyerek; temel sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin ifa edilmesi konusunda teminat sağlamaktadır.

Temel sözleşmeye bir “escrow klotu” eklenerek, sözleşmenin taraflarına escrow

²¹ Walter Schluep, *Innomatvertraege* (Separatdruck aus “Schweizerisches Privatrecht” 1979) 799; Aral/Ayrancı (n 9) 99.

²² Gerster (n 3) 114; Usta (n 1) 80.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 69 vd.

²⁴ Keskin (n 3) 100; Kırca (n 1) 51; Usta (n 1) 69.

²⁵ Gerster (n 3) 32; Eisenhut (n 6) 159.

sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilebilir²⁶. Ayrıca escrow sözleşmesinin tamamının temel sözleşmenin maddeleri arasında yer alması da mümkündür²⁷. Temel sözleşmede kararlaştırılmasa da taraflar arasında sonradan escrow sözleşmesi akdedilmesi de mümkündür²⁸.

Teminat amacının escrow sözleşmesini karakterize eden ve diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayan en önemli özellik olduğu söylenebilir²⁹.

Escrow sözleşmesindeki koşullar, escrow konusu ile aynı derecede önemli olup; bu koşullar olmaksızın escrow aracısının teminat fonksiyonunu yerine getirmesi mümkün değildir³⁰. Temel sözleşmenin türüne göre, taraflar arasında farklı ve kapsamlı koşulların belirlenebilir. Örneğin; kaynak kod escrow sözleşmesinde bilgisayar programcısının güncelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, temel sözleşmenin tarafının iflas etmesi, temel sözleşmenin tarafının yükümlüklerini ifa edemeyecek duruma gelmesi gibi koşulların uygulamada kararlaştırıldığı görülmektedir³¹. Sözleşmede kararlaştırılan koşulların gerçekleşmesi halinde; escrow aracısının geri verme (iade etme) yükümlülüğü doğmaktadır. Bu sebeple koşullar, escrow sözleşmesi açısından olmazsa olmaz bir konuma sahiptir³².

Uygulamada akdedilen escrow sözleşmelerinin neredeyse tamamında, escrow aracısının faaliyetine karşılık bir ücret ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Temel sözleşmenin her iki tarafının da katıldığı escrow sözleşmelerinde ücretin taraflar arasında eşit olarak paylaşıldığı görülmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan ücret; taraflardan birisine veya her ikisine birden farklı oranlarda yüklenebilir³³. Escrow sözleşmelerinde genellikle ücret kararlaştırılmakta olup; sözleşmenin ücretsiz olarak akdedilmesi istisnai durumlarda söz konusu olabilmektedir³⁴.

²⁶ Örneğin; “*Ek olarak, her iki tarafın da onayladığı, bu sözleşmeye göre bağımsız ve tarafsız konumda olan üçüncü bir kişi ile, bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin teminat altına alınması için bir escrow sözleşmesi yapılacaktır. Escrow sözleşmesinin detayları ayrı bir sözleşme ile düzenlenecektir.*”, şeklinde bir escrow kızı kararlaştırılabilir (Gerster (n 3) 33).

²⁷ Kırca (n 1) 51; Ekici (n 1) 50. Uyuşmazlık ve anlaşmazlıkları azaltmak için temel sözleşmede sadece ana noktaların bulunmasıyla yetinilmesi gerektiği ifade edilmelidir.

²⁸ Temel sözleşme ile escrow sözleşmesi arasındaki ilişkinin birbirine bağımlı (fer’i) nitelikte mi yoksa bağımsız nitelikte mi olduğu konusunda bkz. Usta (n 1) 71-72.

²⁹ Kırca (n 1) 50; Keskin (n 3) 102; Eisenhut (n 6) 79; Usta (n 1) 76.

³⁰ Helen Aaremäe, Alvo, Kivar and Sirli Pettai, *Legal Status and Liability of The Software Escrow Agent* (IT Lab Task: an innovative study 2018) 19; Gerster (n 3) 114.

³¹ Edward Freeman, ‘Source Code Escrow’ (2004) 13 (1) Information Systems Security 8, 9; Aaremäe/Kivar/Pettai (n 30), 19-20; Keskin (n 3) 111; Kuschke (n 7) 283.

³² Usta (n 1) 78.

³³ Usta (n 1) 79.

³⁴ Usta (n 1) 79.

Escrow sözleşmesinde, eğer ücret ödeme borcu bulunuyorsa ve bu borç, şartın gerçekleşmesiyle kendisine escrow konusu teslim edilecek olan temel sözleşme tarafına aitse; bu taraf ücret ödeme borcunu yerine getirmediği sürece escrow aracısı muhafaza faaliyetini sürdürebilecek olup, escrow konusunun iadesini reddedebilecektir. Bu durumda escrow konusu, giderleri ve zararları ödeme borcu olan tarafa geri verilecekse; bu masrafların ödenmemesi halinde escrow aracısının hapis hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.³⁵

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısına devredilecek olan şey için “escrow konusu” ifadesi kullanılmaktadır³⁶. Escrow konusu, temel sözleşmenin taraflarının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlerin ifasını teminat altına almak amacıyla, temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısına tevdi edilmektedir. Bir şeyin escrow konusu olduğunun söylenebilmesi için temel sözleşmede kararlaştırılan tarafların edimlerinden her ikisinin veya taraflarca kararlaştırılan edimin, escrow aracısına tevdi edilmesi konusunda anlaşılması gereklidir³⁷. Temel sözleşmeden doğan alacakların konusunu oluşturan eşyalar dışındaki sözleşmeye yabancı edimlerin, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir³⁸.

Escrow sözleşmesine escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan escrow konusunun, kural olarak bir taşınır eşya (elektronik aletler, para, mobilya vb.) niteliğini taşıması gerektiği belirtilmektedir³⁹. Taşınmazların escrow sözleşmesine konu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak mortgage sisteminde alınan gayrimenkullerin, emlak vergisi ve sigorta primlerinin ödenmesi için, escrow hesabı açılarak; escrow sözleşmesi akdedildiği uygulamada görülmektedir⁴⁰. Burada belirtilen hukuki ilişkide de escrow konusu para olarak belirlenmiş olup; escrow aracısına gayrimenkulün teslimi öngörülmemektedir⁴¹. Gelişen teknoloji ile birlikte; escrow sözleşmelerinin internet ortamında kullanımı, oldukça yaygın olarak tercih edilmektedir. Uygulamada görülen internet alan adlarının (domain names), kaynak kodun, bitcoinin devredilmesi durumunda da escrow sözleşmesi yapılmaktadır. Belirtilen şekilde bulut (cloud) sistemi üzerinde saklanan alan adları fikrî, sınai ve ticari mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁴². Burada belirtildiği gibi taşınır niteliğinde olmasa da maddi değeri olan

³⁵ Ekici (n 1) 176; Usta (n 1) 123.

³⁶ Bkz. Usta (n 1) 73.

³⁷ Kuster (n 7) 74-75; Kırca (n 1) 45; Keskin (n 3) 103.

³⁸ Usta (n 1) 73.

³⁹ Keskin (n 3) 103; Kırca (n 1) 45; Usta (n 1) 73.

⁴⁰ Usta (n 1) 74.

⁴¹ Usta (n 1) 74; Ekici (n 1) 223.

⁴² Bkz. Nurullah Bal, ‘İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla

diğer hakların da escrow sözleşmesine konu olması mümkün olabilir.

D. Escrow Sözleşmesinin Türleri

Günümüzde gelişen teknoloji ve iletişim, ulaşım araçlarının gelişmesiyle escrow sözleşmelerinin uygulama alanı genişlemeye devam etmektedir. Temel sözleşmenin türüne göre farklı biçimlerde escrow sözleşmeleri oluşturulabilmesi mümkündür.

Escrow sözleşmesi türlerinden en çok karşılaşılanlarından birisi olan kaynak kod escrow sözleşmesi akdedilerek, bilgisayar programcısının temel sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmemesi, programa olan; onarım, güncelleme, geliştirme gibi desteğini sağlamaya devam etmemesi, mali güçlükler içerisinde bulunması gibi durumlarda müşterinin korunması amaçlanmaktadır⁴³. Temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan bir escrow aracısına, kaynak kodun bir kopyasının teslim edilmesi ile bu amaca erişilmeye çalışılmaktadır. Kaynak kodun bir kopyasının muhafaza edilmek üzere escrow aracısına verilmesi nedeniyle, çeşitli sorunlar ortaya çıkabileceği düşünülebilir. Örneğin; aracıya teslim edilen kaynak kod başka bir programa ait olabilir veya derleme işlemi sonucu hatalar ortaya çıkabilir. Belirtilen örnekler gibi hususların ortaya çıkması durumunda, escrow sözleşmesi yapmanın herhangi bir anlamı bulunmamaktadır. Kaynak kodun yürütülebilir olup; müşteriye verilen programa ait olduğu konusunda escrow sözleşmelerinde doğrulama (verification) prosedürü kararlaştırılmaktadır⁴⁴. Doğrulama faaliyetini, escrow aracısı yapabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırılması durumunda; bu konuda uzman kişiler de yerine getirebilir. Bir diğer önlem olarak da ülkeler tarafından lisans verilmiş olan internet siteleri escrow aracısı olarak tercih edilmelidir⁴⁵.

Uygulamada temel sözleşmenin türüne göre; online escrow sözleşmesi, bitcoin escrow

Çözümlemesi' (2013) 17(1-2) GÜHFD 315-351; Fusun Nomer Ertan, 'İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar', *Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt-I* (Beta Basım Yayın 2001) 395-418.

⁴³ Kaynak kod escrow sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Walter Denson, 'The Source Code Escrow: A Worthwhile or Worthless Investment' (2002) 1(1), *Rutger Bankruptcy Law Journal* 3 vd.; Kaan Deviren, *Yazılım Projelerinde Kaynak Kod Escrow Sözleşmesi* (Seçkin Yayınevi 2024) 28 vd.; Keskin (n 3) 97 vd.; Usta (n 1) 85 vd.

⁴⁴ Grid Neumann and Jürgen Neumann, *The Escrow E-Book* (Security Advice from Experts for Decision Makers 2018) 33; Denson (n 43) 15-16; Gerster (n 3) 28; Usta (n 1) 90.

⁴⁵ Usta (n 1) 96; Ekici (n 1) 28. Amerika'da çeşitli eyaletlerde escrow aracısı olabilmek için lisans alınması gerekmektedir ve bu lisans genellikle kurumsal firmalara verilmektedir. Böylelikle tarafların büyük meblağlar harcayarak kurdukları temel ilişkideki edimlerinin teminat altına alınması konusunda güven sağlanmış olur (Ekici (n 1) 48; Usta (n 1) 96).

sözleşmesi, satış sözleşmesi hususunda düzenlenen escrow sözleşmesi ve escrow hesabı gibi escrow sözleşmesi çeşitlerine rastlanılmaktadır⁴⁶.

II. ESCROW SÖZLEŞMESİNİN EŞYA HUKUKU YÖNÜ

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısına devredilecek olan şey için “escrow konusu” ifadesi kullanılmaktadır⁴⁷. Escrow konusu, temel sözleşmenin taraflarının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimlerin ifasını teminat altına almak amacıyla, temel sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan escrow aracısına tevdi edilmektedir. Bir şeyin escrow konusu olduğunun söylenebilmesi için temel sözleşmede kararlaştırılan tarafların edimlerinden her ikisinin veya taraflarca kararlaştırılan edimin, escrow aracısına tevdi edilmesi konusunda anlaşılması gereklidir⁴⁸. Temel sözleşmeden doğan alacakların konusunu oluşturan eşyalar dışındaki sözleşmeye yabancı edimlerin, escrow sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir⁴⁹.

Escrow sözleşmesinde escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan escrow konusunun, kural olarak bir taşınır eşya (elektronik aletler, para, mobilya vb.)⁵⁰ niteliğini taşıması gerektiği belirtilmektedir⁵¹. Taşınmazların escrow sözleşmesine konu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir⁵². Ancak mortgage sisteminde alınan gayrimenkullerin, emlak vergisi ve sigorta primlerinin ödenmesi için, escrow hesabı açılarak; escrow sözleşmesi akdedildiği uygulamada görülmektedir⁵³. Burada belirtilen hukuki ilişkide de escrow konusu para olarak belirlenmiş olup; escrow aracısına gayrimenkulün teslimi öngörülmemektedir.

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde eşya hukukunda sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerlidir⁵⁴. Escrow sözleşmesinde escrow konusu üzerinde kanunda yer alan düzenlenenler dışında bir aynı hak oluşumu söz konusu olmadığı için bu ilkeye aykırılık teşkil etmemektedir⁵⁵.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usta (n 1) 85 vd.; Erdoğan (n 7) 45 vd.

⁴⁷ Bkz. Usta (n 1) 73.

⁴⁸ Kuster (n 7) 74-75; Kırca (n 1) 45; Keskin (n 3) 103.

⁴⁹ Usta (n 1) 73; Kırca (n 1) 58.

⁵⁰ Taşınır eşya, TMK 762'ye göre özüne zarar vermeden bir yerden bir yere taşınabilen eşyadır (M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası Filiz Kitabevi 2021) 13; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (4. Baskı Yetkin Hukuk Yayınları 2016) 11.

⁵¹ Keskin (n 3) 103; Kırca (n 1) 45; Usta (n 1) 73; Eisenhut (n 6) 87.

⁵² Aksi yönde görüşler için bkz. Eisenhut (n 6) 293 vd.

⁵³ Usta (n 1) 74.

⁵⁴ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 69 vd.

⁵⁵ Usta (n 1) 42; Eisenhut (n 6) 96.

Escrow sözleşmesinde alacaklının borçlar hukuku kapsamında bir talep hakkı bulunmaktadır⁵⁶.

Gelişen teknoloji ile birlikte; escrow sözleşmelerinin internet ortamında kullanımı, oldukça yaygın olarak tercih edilmektedir. Uygulamada görülen internet alan adlarının (domain names), kaynak kodun, bitcoinin devredilmesi durumunda da escrow sözleşmesi yapılmaktadır⁵⁷. Belirtilen şekilde bulut (cloud) sistemi üzerinde saklanan alan adları fikrî, sınai ve ticari mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁵⁸. Burada belirtildiği gibi taşınır niteliğinde olmasa da maddi değeri olan diğer hakların da escrow sözleşmesine konu olması mümkün olabilir⁵⁹.

A. Escrow Konusunun Mülkiyetinin Devredildiği Sözleşmeler

Escrow sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere, escrow aracısının escrow konusu üzerinde tasarrufta bulunma ve kontrol hakkı bulunmaktadır⁶⁰. Bu husus ya mülkiyetin devredilmesiyle ya da nitelikli zilyetliğin devri ile sağlanabilir⁶¹. Zilyetliğin devri yöntemlerinden birisi kullanılarak escrow konusu escrow aracısına devredilebilir⁶². Yalnızca escrow konusunun zilyetliğinin devredilmesi hususuna dayanılarak, escrow aracısının escrow konusu üzerinde zilyetlik hakkına mı yoksa zilyetlikle birlikte mülkiyet hakkına mı sahip olacağı tespit edilemez⁶³. Bu durumun aksine escrow konusunun zilyetliğinin veya zilyetlikle birlikte mülkiyetinin devri, temel sözleşmenin taraflarının iradesine bağlı olarak belirlenir.

Sebebe bağıllık ilkesine göre, mülkiyet ancak geçerli bir işleme dayalı olarak (borçlandırıcı işlem) devredilebilir ve böyle bir sebebin bulunmaması durumunda mülkiyetin geçerli olarak devredilmediği ifade edilebilir⁶⁴. Escrow aracısı, yasal olmayan bir işlem yoluyla, tarafların rızası olmaksızın, yani geçerli bir hukuki sebep bulunmaksızın, escrow konusunun mülkiyetini elde edebilir⁶⁵. Örneğin; escrow konusu olarak kendisine teslim edilen parayı kendi

⁵⁶ Kırca (n 1) 58-59.

⁵⁷ Deviren (n 43) 28 vd; Keskin (n 3) 95 vd.; Usta (n 1) 85 vd.

⁵⁸ Bkz. Bal (n 42) 315-351; Nomer Ertan (n 42) 395-418.

⁵⁹ Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku (Cilt: IV/1) (4. Baskı, Seçkin 2021) 57 vd.

⁶⁰ Tanım için bkz. yukarıda Başlık I-A.

⁶¹ Eisenhut (n 6) 197. Nitelikli zilyetlik, zora ve şiddete dayalı olarak ortaya çıkmayan, mahiyeti konusunda şüphe bulunmayan zilyetliktir. Temel sözleşme tarafının escrow konusunu münhasır olarak fiili egemenliğinden çıkartarak, escrow aracısına escrow konusu üzerinde fiili egemenliğini kullanmasını sağlayacak bir fiili iktidarın sağlanmasıyla oluşur (Bkz. Sirmen (n 50) 78).

⁶² Zilyetliğin devri yöntemleri için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 69 vd.

⁶³ Eisenhut (n 6) 197.

⁶⁴ Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 112 vd.; Sirmen (n 50) 483 vd.

⁶⁵ Eisenhut (n 6) 197.

parasıyla karıştırırsa paranın maliki olur. Diğer misli eşyaların karışması durumunda ise escrow aracısı ile birlikte malik sıfatına haiz olur (TMK m. 776/ZGB Art. 727)⁶⁶. Bu durumda, escrow aracısı temel sözleşmenin taraflarının iradesine aykırı olarak hareket ettiği için, escrow sözleşmesindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş olur⁶⁷.

Escrow konusunun nitelikli zilyetliğinin yanı sıra mülkiyetinin escrow aracısına devredilip devredilmediği sorusu, tarafların iradesiyle akdedilen sözleşmenin türüne veya sözleşme için seçtikleri isme göre cevaplanmamalıdır; belirleyici olan tarafların gerçek ve ortak iradeleridir (TBK m. 19/OR Art. 18)⁶⁸. Örneğin; tarafların misli bir eşyayı escrow konusu olarak belirlemesi ile usulsüz tevdi üzerinde anlaştıklarına inandıkları için, escrow konusunun mülkiyetinin fiilen escrow aracısına geçtiği sonucuna varılamamalıdır. İrade beyanlarının yorumlanması, tarafların iradesine göre misli eşya yerine özel bir türün bulunduğu ve bunun escrow aracısının mülkiyetine geçmemesi gerektiğini gösteriyorsa, mülkiyetin devri söz konusu olmamaktadır. Bu durum, taraf iradesinin veya sebebin yokluğundan kaynaklanmaktadır⁶⁹. Başka bir örnek vermek gerekirse, taraflar, misli olmayan parça borcu niteliğinde bir eşyaya ilişkin teminat ilişkisini bir escrow sözleşmesi olarak tanımlıyorlarsa, escrow aracısına escrow konusunun mülkiyeti olmadan yalnızca nitelikli zilyetlik verilmesi gerektiği sonucuna kesin olarak varılamaz⁷⁰. Bunun yerine mülkiyetin devri sorununun, sözleşmeye ne ad verilirse verilsin, tarafların gerçek iradesine dayalı olarak sözleşmenin yorumu yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir⁷¹.

Aşağıdaki incelemeler, escrow sözleşmesinin türünün, diğer hususların yanı sıra escrow aracısına devredilen tasarruf yetkisinin türüne bağlı olarak nitelendirilebileceğini ve diğer escrow ilişkilerinden farklılaştırılabileceğini göstermektedir.

Üç taraflı olduğunu ifade ettiğimiz escrow ilişkilerinde, para veya kıymetli evrakin escrow konusu olarak belirlenmesi durumunda, zorunlu olarak escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına devredilmektedir.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 866 vd.

⁶⁷ Gerster (n 3) 68.

⁶⁸ Eisenhut (n 6) 198; Gerster (n 3) 14.

⁶⁹ Eisenhut (n 6) 198.

⁷⁰ Eisenhut (n 6) 198.

⁷¹ Bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti' (2017) 8(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-55; Eisenhut (n 6) 198.

1. Kural: Escrow Konusunun Mülkiyetinin Devredende Kalması

Escrow sözleşmesinde genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi kural olarak escrow konusunun mülkiyeti, escrow konusunu devreden tarafta kalmakta; mülkiyet durumunda değişiklik olmamaktadır⁷². Tarafların sözleşmenin akdedilmesindeki amacı mülkiyet değişikliği olmayıp, temel ilişkideki borçların ifasının sağlanması amaçlanmaktadır. Kira sözleşmesi örneğinde mülkiyetin kiraya verende veya malikte kaldığı gibi, escrow sözleşmesinde escrow konusunun mülkiyeti sözleşmenin akdedilmesinden önce kimdeyse onda kalmaya devam eder.

Escrow sözleşmesinde mülkiyetin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa; escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devredilmediği ve mülkiyet üzerinde bir değişiklik bulunmadığı kabul edilmelidir⁷³. Aksi durum sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi sözleşme hükümlerinin yorumlanmasıyla da bu sonuca varılabilir.

2. İstina: Escrow Konusunun Mülkiyetinin Devri

Usulsüz tevdi sözleşmesinde olduğu gibi escrow sözleşmesinin tarafları, escrow konusunun muhafaza edilerek sözleşmede belirlenen şartın gerçekleşmesiyle, sözleşmede escrow konusu olarak belirlenen aynı kalemlerin değil, aynı tür ve nitelikteki, eşit miktardaki eşyanın iadesi konusunda anlaşılabilir⁷⁴. Bu durumda escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına geçer⁷⁵.

Escrow konusu olarak misli eşya dışında bir şeyin kararlaştırılması durumunda, mülkiyetinin escrow aracısına geçmesi taraflar arasında kararlaştırılabilir⁷⁶. Bu durumda escrow konusu, escrow aracısına teslim edildiğinde escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına geçer ve taraflar arasında inançlı işlem söz konusu olur⁷⁷. İnançlı işlem ilişkisinde; escrow aracısı “inanılan” konumunda olup; inananın (temel sözleşmenin tarafları) menfaatine uygun olarak hareket etmeyi ve escrow sözleşmesi ile belirlenen şartlar gerçekleştiğinde escrow konusunun mülkiyetini sözleşme ile belirlenen inanan tarafa devretmeyi yükümlülüğü

⁷² Eisenhut (n 6) 199; Usta (n 1) 74.

⁷³ Gerster (n 3) 72; Eisenhut (n 6) 31.

⁷⁴ Gerster (n 3) 75; Usta (n 1) 75.

⁷⁵ Doktrinde Ekici escrow konusunun mülkiyetinin temel ilişkinin taraflarında kalacağını; escrow aracısına mülkiyet devrinin hiçbir durumda söz konusu olmayacağını ifade etmiştir (Bkz. Ekici (n 1) 169). Ancak çalışmamızın genelindeki ifadelerden anlaşılacağı üzere uygulamada escrow konusunun mülkiyetinin devredildiği sözleşmelerin de akdedildiği dikkate alınmalıdır.

⁷⁶ Usta (n 1) 75; Eisenhut (n 6) 116; Keskin (n 3) 104.

⁷⁷ Eisenhut (n 6) 35; Gerster (n 3) 75; Usta (n 1) 75.

altındadır⁷⁸. Uygulamada bu tür escrow sözleşmelerine rastlanırsa da bu sözleşmeler çok fazla tercih görmemektedir.

Escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devri durumunda, temel ilişkinin tarafları yalnızca sözleşmeden doğan escrow konusunu geri isteme hakkına sahip olur⁷⁹. Escrow konusunun aynısı değil, kalite ve miktar olarak benzerinin iade edilmesi escrow aracısının yükümlülüğü kapsamındadır. Mülkiyetin devri için zilyetliğin devri işlemine ek olarak sebebe bağlılık ilkesine göre geçerli bir borç ilişkisi (temel ilişki(causa)) gerektirir. Bu durum eşya hukukunda geçerli olan sebebe bağlılık prensibinden doğmaktadır⁸⁰. Burada bahsedilen temel ilişki borçlandırıcı bir işlemdir. Escrow ilişkilerinde yalnızca belirli zilyetlik devir türleri mümkündür⁸¹. Escrow aracısı yalnızca temel ilişki kapsamında belirlenen escrow konusu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olur. Örneğin; kaynak kod escrow sözleşmesinde kaynak kodun kopyası ile gerekli olan teknik belgelerin mülkiyeti escrow aracısına devredilir. Bu durum telif hakkını etkilememektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça, kaynak kod üzerindeki telif hakkı yazılım tedarikçisinde kalır.

Escrow hesabı söz konusu olduğunda, escrow aracısına oldukça büyük miktarda meblağların tesliminden kaçınılarak, escrow aracısının tasarruf yetkisine sahip olduğu bir banka hesabı açılması tavsiye edilir. Bu durumda escrow aracısı bankadaki paranın ne zilyetliğine ne de mülkiyetine sahip olur⁸². Escrow aracısı, banka hesabındaki escrow konusu olarak kararlaştırılan paranın iadesi için bankaya karşı bir talep hakkına sahip olur. Escrow hesabı açılarak taraflara müşterek tasarruf yetkisi verilmesi durumunda ise escrow konusunun iadesi zorlaşmaktadır.

3. Escrow Konusu Üzerindeki Zilyetlik Durumu

Mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkileri söz konusu olduğunda, escrow aracısı, escrow konusunun nitelikli zilyetliğine sahip olmakla birlikte nesnenin malik sıfatıyla zilyeti haline gelir⁸³.

Escrow konusunun mülkiyeti üçüncü bir tarafa devredilirse, genellikle bu taraf nesnenin

⁷⁸ Hüseyin Altaş ve Leyla Müjde Kurt, 'İnançlı İşlemler' (2011) 2 (2) İnÜHFD, 1, 4; Eisenhut (n 6) 35; Gerster (n 3) 75; Usta (n 1) 75-76.

⁷⁹ Usta (n 1) 75.

⁸⁰ Eisenhut (n 6) 205.

⁸¹ Eisenhut (n 6) 205.

⁸² Gerster (n 3) 116; Usta (n 1) 76.

⁸³ Eisenhut (n 6) 206.

doğrudan zilyetliğine sahip olur. Bu durumda, dördüncü taraf malik sıfatıyla ve dolaysız zilyet olur⁸⁴.

Escrow aracısının, escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyeti kendisi ya da başkası tarafından kullanımına bağlı olarak, kendisi dolaylı veya dolaysız zilyet sıfatına sahip olur. Escrow konusunu mülkiyet hakkını koruyarak başka bir kişiye tevdi ettiyse dolaylı zilyet olur.

Aşağıda açıklandığı üzere escrow sözleşmesinde, escrow aracısının zilyet yardımcısı sıfatına sahip olması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir⁸⁵.

4. Escrow Aracısına Karşı İleri Sürülebilecek Talepler

Escrow konusunun iadesinde escrow aracısıyla olan güven ilişkisi oldukça önemlidir. Escrow sözleşmesinde yalnızca belirlenen koşullar meydana gelince, escrow konusu escrow aracısı tarafından taraflardan birisine iade edilir. Alacaklıya erken teslim veya yetkisiz bir üçüncü kişiye teslim teminatın amacını zedelerken, geç teslim durumunda hak sahibi taraf zarara uğrayabilir. Bu nedenle temel sözleşmenin tarafları escrow aracısına karşı belli bir güven duyar; escrow aracısı onlar için güvenilir olmalıdır⁸⁶. Buna göre, temel sözleşmenin tarafları escrow aracısının teslim şartlarına sıkı sıkıya bağlı kalacağına güvenebilmelidir, aksi takdirde sözleşme şartları ne kadar dikkatli şekilde formüle edilmiş olursa olsun pratikte sorunlarla karşılaşılabilir⁸⁷.

Escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına devredilirse; escrow konusu escrow aracısının iflas masasında yer alabilir ve hacze konu olabilir. Taraflar escrow aracısını seçerken bu hususu dikkate almalıdır ve güvenilir bir escrow aracısı belirlenmelidir⁸⁸. Escrow konusunu kaybetme olasılığı dikkate alınmalıdır.

Belirli istisnalar durumunda escrow konusunun iflas masasında yer almayacağı ifade edilebilir. Mülkiyetin devri bozucu şarta bağlandıysa, bu durum ortaya çıkarsa bir ayırma hakkı mevcut olabilir (TMK 683/ZGB Art. 641.2)⁸⁹. İcra İflas Kanunu m. 188'e göre, "sırf bedelini tahsil etmek için yahut tayin edilen ilerideki bir tediye karşılık olarak" devredilmiş olan hâmiline veya emre senetler söz konusu olması durumunda devredenlerin geri isteyebileceği

⁸⁴ Bkz. Sirmen (n 50) 50.

⁸⁵ Bkz. aşağıda Başlık II-B-2.

⁸⁶ Aaremäc/Kivar/Pettai (n 30) 14.

⁸⁷ Usta (n 1) 96.

⁸⁸ Eisenhut (n 6) 20.

⁸⁹ Eisenhut (n 6) 207.

düzenlenmiştir. Bu düzenleme istisnai bir karaktere sahiptir. Güvene dayalı inançlı işlem yoluyla mülkiyetin devrinde, her zaman inanan tarafından iflas masasından ayrılabilceği yönünde genel bir kural bulunduğu sonucuna varılamaz. İcra ve İflas hukukunda bu konuya yönelik tartışmalar şüphesiz çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkilerinde, escrow aracısı escrow konusunun mülkiyetini teminat amacıyla, yani kendi menfaati için değil, temel sözleşmenin taraflarının menfaati için elinde bulundurduğundan, escrow aracısı vekâlet sözleşmesindeki ilişkisindeki vekile benzer bir konuma sahip olarak kabul edilebilir⁹⁰. Buna göre, sözleşme hukukunda olduğu gibi aynı menfaatler ve değerlendirme durumu mevcuttur ve bu yasal hükmün gerekliliklerinin somut olayda karşılanması koşuluyla, vekilin iflasına ilişkin hükümler (TBK m. 509/OR Art. 401) escrow ilişkilerine benzer şekilde uygulanması uygun görünmektedir⁹¹. Vekilin iflası durumunda vekâlet veren, vekilin kendi adına vekâlet veren hesabına edindiği taşınırın iflas masasından ayrılarak iadesini talep edebilmelidir. Belirtilen durum escrow ilişkilerinde de niteliğine uygun düştüğü takdirde uygulanabilir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin bu hükmün yalnızca vekâlet sözleşmeleri söz konusu olduğunda uygulanabilir olduğu yönünde içtihadı söz konusudur⁹².

İflas durumunda escrow konusu escrow aracısının iflas masasından ayrılırsa, iflas idaresi temel ilişkinin taraflarına danışmalı ve özellikle escrow konusunun temel ilişkinin taraflardan birine mi yoksa yeni bir escrow aracısına mı teslim edileceği konusunda, açık ve tutarlı talimatlara uygun hareket etmelidir. Temel ilişkinin taraflarının çelişkili talimatları söz konusu olursa, escrow konusu TBK m. 107'deki düzenlemeye uygun olarak escrow konusu tevdi edilebilir⁹³. Tevdi yerini hâkim belirler.

Escrow aracısına yöneltilen hapis hakkı ve haciz durumlarında da yukarıda açıklanan hususlar geçerli olmalıdır.

5. Escrow Konusunun İadesi

Geri verme yükümlülüğü escrow aracısının en önemli borçlarından⁹⁴. Anglo-Sakson

⁹⁰ Ayırma hakkı konusunda Bkz. Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 206 vd.; Furkan Özdemir, *İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler* (Onikilevha Yayınevi 2019) 193 vd.

⁹¹ Bu konudaki yaklaşımlar için bkz. Özdemir (n 90) 199-200.

⁹² Bkz. BGH 117 II 431.

⁹³ Eisenhut (n 6) 210.

⁹⁴ Usta (n 1) 121; Keskin (n 3) 104; Aral/Ayrancı (n 9) 555.

hukuk sisteminde escrow sözleşmelerinde escrow konusunun mülkiyetinin devri teslim veya tesellüme bağlanmamıştır. Hâkim görüşe göre; escrow konusunun mülkiyeti escrow sözleşmesinde belirlenen tüm koşulların yerine getirilmesiyle kendiliğinden (*eo ipso*) borçludan alacaklıya devredilmiş olur⁹⁵. Bunun aksine Kıta Avrupası hukuk sisteminde escrow ilişkilerinde teslim koşulları yerine getirilince escrow konusunun zilyetlik ve mülkiyetinin kendiliğinden devredilmesi genellikle söz konusu değildir. Escrow aracısı koşul gerçekleşince escrow konusunun zilyetliğini ve mülkiyetini yetkili tarafa devretmelidir. Bunun için zilyetliğin devri yöntemlerini kullanabilir⁹⁶. Doğrudan zilyetlik devredilebileceği gibi escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyet sağlayacak araçların teslimi ile devir sağlanabilir (TMK m. 977)⁹⁷.

Zilyetliğin devriyle birlikte mülkiyetin devredilip devredilmeyeceği temel ilişkinin yapısına bağlı olarak belirlenir. Mülkiyetin devri için geçerli bir sebebin (*causa*) bulunması gereklidir; bu durum tıpkı teslimde olduğu gibi, mülkiyetin devri konusunda da taraf iradelerinin belirleyici olduğu anlamına gelmektedir⁹⁸. Nama veya emre yazılı senetlerde zilyetliğin devrine ek olarak yazılı devir beyanı veya ciro gerektiği unutulmamalıdır.

Kural olarak, tarafların Anglo-Sakson hukuk sistemindeki yasal duruma uygun olarak zilyetliğin ve varsa mülkiyetin otomatik olarak devrini teslimat koşullarının yerine getirilmesine bağlamaları mümkündür. Örneğin; sözleşmede belirlenen teslim koşulları yerine getirildiğinde yetkili tarafın dolaylı zilyet haline geleceği tedbirini içeren bir hüküm sözleşmede kararlaştırılabilir (TBK m. 766). Teslim koşulları gerçekleşmesine rağmen escrow aracısı escrow konusunu iade etmiyorsa; bu durumda haksız zilyet olarak değerlendirilmelidir⁹⁹.

Taraflar daha sonra escrow aracısına verilen yukarıda belirtilen zilyetlik havalesi talimatını, mülkiyetin hak sahibi tarafa geçici olarak devredilmesiyle birleştirebilir.

B. Escrow Konusunun Mülkiyeti Devredilmeden Akdedilen Sözleşmeler

1. Mülkiyet Devredilmeden Akdedilen Escrow Sözleşmelerinde Sınırlı Koruma

Escrow sözleşmelerinde escrow konusu muhafaza etmesi için teslim edildiğinde mutlaka

⁹⁵ Örnek için bkz. *Boatmen's Nat. Bank v. Dandy*; *Rushmore State Bank v. Kurylas, Inc.* 424 N.W.2d 649 (1988) (<https://casetext.com/case/boatmens-nat-bank-v-dandy> (Erişim Tarihi 11 Kasım 2024)).

⁹⁶ Zilyetliğin devri yöntemleri hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 69 vd.; Sirmen (n 50) 54 vd.

⁹⁷ Gül Okutan Nilsson, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık* (Onikilevha Yayınevi 2016) 84-85; Gerster (n 3) 72; Eisenhut (n 6) 31; Usta (n 1) 74.

⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 112 vd.

⁹⁹ Deviren (n 43) 111.

mülkiyetin devri gerekmemektedir¹⁰⁰. Aynı durum escrow konusunun misli eşya veya cins borcu niteliğinde olmasında da geçerlidir.

Escrow ilişkilerinde, escrow konusunun nitelikli zilyetliği her zaman escrow aracısına devredilir. Böylelikle mülkiyet devri olmaksızın escrow konusunu teslim edenin tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Escrow konusunun zilyetliği fiili olarak zilyetliğin devredilmesiyle veya diğer zilyetliğin devri yöntemleriyle escrow aracısına devredilmelidir. Zilyetlik anlaşması (*Constitutum possessorium*) veya uzun elden teslimde (*longa manu traditio*) nitelikli zilyetliğin devri söz konusu olmadığı için escrow sözleşmesinin niteliğine uygun düşmemektedir¹⁰¹.

Mülkiyetin devri söz konusu olmaksızın sadece nitelikli zilyetliğin escrow aracısına devredilmesine ilişkin anlaşma, taraflarca izlenen teminat amacının yerine getirilmesini tam olarak garanti etmeyebilir. Borçlar hukuku kapsamındaki tasarruf kısıtlamaları, escrow konusunun escrow aracısına teslim edilmesiyle güvence altına alınmamaktadır. Temel sözleşmenin tarafı yani escrow konusunun maliki, dolaysız zilyetliğe sahip olmaksızın, zilyetlik havalesi yoluyla (ZGB Art. 924) escrow konusunun zilyetliğini devredebilir¹⁰².

Escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devredilmediği durumlarda, temel sözleşmenin tarafının hakları kısıtlanmakla birlikte malik sıfatı korunur¹⁰³. Temel ilişkinin tarafının escrow sözleşmesinin akdedilmesiyle escrow konusu üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. Eğer temel ilişkinin tarafı iflas ederse escrow konusu iflas masasında yer alır¹⁰⁴. Escrow aracısı iflas durumunda hacze karşı ne mülkiyet iddiasında bulunabilir ne de kişisel bir hak ileri sürebilir. Bu durumda escrow aracısı escrow konusunu teslim etmekle yükümlüdür (İİK m. 219/2-SchKG Art. 232). Belirtilen teslimatın söz konusu escrow ilişkisinin amacını ortadan kaldıracığı söylenebilir. Bütünlüğü sağlamak adına, alacaklının rehlin paraya çevrilmesi hakkı bulunan escrow ilişkilerinde dahi teminat altına alınan nesnenin (escrow konusunun) iflas masasına eklenebileceği, ancak haciz hakkının saklı kaldığı ifade edilebilir¹⁰⁵.

Borçlunun iflasında olduğu gibi haciz ve hapis hakkı için de aynı durum geçerlidir: Borçlu, teminat altına alınan nesnenin (escrow konusunun) mülkiyetini elinde tutuyorsa, bu,

¹⁰⁰ Usta (n 1) 75.

¹⁰¹ Eisenhut (n 6) 200; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 56.

¹⁰² Eisenhut (n 6) 203; Ekici (n 1) 221; Deviren (n 43) 115; Antalya (n 58) 275; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 62.

¹⁰³ Eisenhut (n 6) 203.

¹⁰⁴ Eisenhut (n 6) 203.

¹⁰⁵ Gerster (n 3) 106; Eisenhut (n 6) 203.

icraya esas teşkil etmeye devam eder¹⁰⁶.

Doktrinde kimi yazarlar, escrow sözleşmesinde temel sözleşmenin tarafının escrow konusunun mülkiyetinden mahrum bırakılması gerektiği, aksi takdirde borçlunun nesneyi istihkak davasıyla (TMK 683/ZGB Art. 641 Abs. 2) uyarınca istediği zaman (herhangi bir gerekçe göstermeksizin) escrow aracısından talep edebileceği görüşündedir¹⁰⁷. Bu görüş kabul edilecek olursa, tüm escrow sözleşmeleri, temel sözleşmenin tarafı escrow konusunun mülkiyet hakkına sahip olmaya devam ettiği için (istisnai olarak, escrow konusu cins borcu niteliğinde bir taşınır olmadığı sürece) teminat amacını yerine getirmek konusunda tamamen başarısız olur¹⁰⁸. Bunun yerine, bugün genellikle escrow sözleşmeleri olarak akdedilen teminat işlemleri, her zaman escrow konusunun mülkiyetinin devrini sağlamalı, yani teminat yoluyla mülkiyetin üç taraflı devri şeklinde yapılandırılmalıdır¹⁰⁹.

Escrow konusunun temel sözleşmenin tarafının mülkiyetinde kaldığı escrow sözleşmelerinde, temel sözleşmenin tarafının escrow konusunun iadesini istihkak davası (TMK m. 992/ZGB Art. 641) yoluyla, istediği zaman escrow aracısından talep edip edemeyeceği veya veya elatmanın önlenmesi yoluyla escrow konusunun korunup korunamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Özellikle malik olan temel sözleşme tarafının zilyet olan escrow aracısına karşı ancak ve ancak zilyedin mülkiyet iddiasında bulunması, yani haksız zilyet olması halinde bir hak talebinde bulunabileceği tartışmasız olduğundan, bu görüş kesin olarak reddedilmelidir¹¹⁰. Yasa koyucunun kanundaki düzenlemede “*haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı*” ifadesinden bu sonuca varılabilir¹¹¹. Zilyetlik, aynı haklardan veya borçlar hukuku kapsamındaki şahsi haklardan doğabilir¹¹². Mülkiyetin devredilmediği escrow ilişkilerinde escrow aracısına escrow konusu üzerinde aynı bir hak tanınmasa bile, kira sözleşmesi, genel saklama sözleşmeleri örneklerinde olduğu gibi malikin rızasıyla kiralananın zilyetliğinin

¹⁰⁶ Eisenhut (n 6) 200. ABD’de escrow konusu escrow aracısında muhafaza edilirken, escrow konusunun hukuki olarak temel sözleşmenin tarafları arasında “askıda” olduğu ve temel sözleşmede belirlenen koşulun gerçekleşmesiyle geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğuracaktır. Belirtilen görüş kabul edilirse, escrow konusunun escrow aracısına tesliminden itibaren hacze konu olamayacağı belirtilmektedir (Ekici (n 1) 61; Eisenhut (n 6) 195-197).

¹⁰⁷ Bkz. Josef Gellis, *Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs* (Schulthess 2005) 448; Blickenstrofer (n 7) 235.

¹⁰⁸ Blickenstrofer (n 7) 235.

¹⁰⁹ Eisenhut (n 6) 203.

¹¹⁰ Eisenhut (n 6) 204; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 326.

¹¹¹ Bkz. TBK m. 683/II ve ZGB Art. 641.2.

¹¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 60.

devrinde borçlar hukuku uyarınca (nitelikli) zilyetlik devredilir¹¹³. Bu durum, malik olan temel ilişkinin tarafının (en azından) escrow ilişkisinin devamı süresince mülkiyet iddiasını ileri süremeyeceği anlamına gelir. Belirtilen durumda malik, escrow aracısına karşı sözleşmede yer alan yükümlülüklerle aykırılıktan doğan davaları açabileceği gibi escrow konusunun zarara uğraması durumunda haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat davası ve escrow aracısının fiilleri suç teşkil etmesi durumunda escrow aracısına karşı ceza davası açabilir¹¹⁴. Escrow konusu üzerinde malikin rızasıyla zilyetliğe sahip olan escrow aracısına karşı elatmanın önlenmesi davası açılmaz¹¹⁵.

2. Escrow Aracısının Zilyetlik Durumu

a. Escrow Aracısının Dolaysız-Fer'i Zilyet Olması

TMK m. 974 hükmünde; “*Zilyet, bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'i zilyettir.*”, taşınırlarda zilyetlik hususu düzenlenmiştir. Ayrıca TMK m. 975'e göre; “*Bir şeyde fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir*”, şeklinde dolaylı ve dolaysız zilyetlik ayrımı yapılmıştır¹¹⁶.

Escrow sözleşmesi taraflarınca veya taraflardan birisince escrow konusunun fiziki olarak escrow aracısına teslim edilmesi durumunda; escrow aracısı genel saklama sözleşmesindeki saklayanın zilyetliğinde olduğu gibi escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olur¹¹⁷. Bundan dolayı escrow aracısı, TMK m. 975'e göre (ZGB Art. 919.1) anlamında dolaysız (doğrudan) (*unmittelbarer Besitzer*) zilyettir¹¹⁸. Escrow aracısı, escrow konusunu temel ilişkinin bir tarafından teslim almaktadır ve TBK m. 974 (ZGB 920) anlamında fer'i zilyettir (*unselbstständiger Besitzer*)¹¹⁹. Teslim eden temel ilişkinin tarafının ise dolaylı-asli zilyet olduğu söylenebilir¹²⁰. Temel sözleşmedeki koşul gerçekleşinceye kadar bu zilyetlik devam

¹¹³ Zilyetliğin haklı olduğunun iddia edilmesi istihkak davasında davalı konumunda olan escrow aracısı açısından bir itiraz teşkil eder (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 317).

¹¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 317.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 326.

¹¹⁶ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 319 vd.; Sirmen (n 50) 48 vd.

¹¹⁷ Sirmen (n 50) 40.

¹¹⁸ Sirmen (n 50) 48-65; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 59; Antalya (n 58) 217 vd.; Gerster (n 3) 72; Eisenhut (n 6) 200; Ekici (n 1) 46; Usta (n 1) 75; Keskin (n 3) 104.

¹¹⁹ Eisenhut (n 6) 200; Ekici (n 1) 46.

¹²⁰ Gerster (n 3) 72; Ekici (n 1) 220.

eder; koşulun gerçekleşmesi durumunda aslî zilyetliği kaybeder¹²¹.

Belirtildiği şekilde dolaysız fer'i zilyet olan escrow aracısı emin sıfatıyla zilyet sayılacağından escrow aracısından, escrow konusu üzerinde iyiniyetle aynı hak edinenin bu hakkı TMK m. 988 uyarınca korunur¹²².

b. Escrow Aracısının Zilyet Yardımcısı Niteliğinde Olmaması

Zilyet yardımcılığında eşya üzerindeki fiili iktidar başkası için kullanılır ve bir tabiiyet söz konusudur¹²³. Zilyet yardımcısının (*Hizmet zilyetliği-Besitzdienerschaft*) şey üzerinde aynı bir hakkı bulunmadığı gibi şahsi bir hakkı da bulunmamaktadır¹²⁴.

Escrow aracısının temel ilişkinin taraflarıyla bir bağımlılık ve emir talimat ilişkisi bulunmamaktadır¹²⁵. Bağımsızlık unsuru escrow aracısının zilyet yardımcısı olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır¹²⁶.

Temel ilişkinin tarafları, yükümlülüklerinin yerine getirilmesi konusunda güvence oluşturulması amacıyla; escrow sözleşmesindeki hükümlere bağlı olan ve gerektiğinde sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için savunma araçlarına sahip olan özerk-bağımsız bir escrow aracısının bulunmasını isterler¹²⁷. Escrow aracısı, escrow ilişkisine dayalı olarak escrow konusu üzerinde fiili hâkimiyete sahiptir. Zilyet yardımcısı olarak escrow konusunun escrow aracısına teslimi teminat amacının yerine getirilmesi açısından elverişli nitelikte olmadığından, escrow aracısının zilyet yardımcısı olmasının kararlaştırılması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir¹²⁸.

¹²¹ Ekici (n 1) 220.

¹²² Ekici (n 1) 46.

¹²³ Sirmen (n 50) 51 vd. Zilyet yardımcısının zilyet olmadığına ilişkin bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 123.

¹²⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Eşya Hukuku Cilt-I (5. Bası, Filiz Kitabevi 1989) 64. “Başkası için zilyet” ile “zilyet yardımcılığı” kavramları hakkındaki tartışmalar konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 62 vd.; Antalya (n 58) 206.

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 62.

¹²⁶ Gerster (n 3) 85; Kırca (n 1) 55.

¹²⁷ Gerster (n 3) 72; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop (n 120), 62-63. Zilyet yardımcılığında fiili hâkimiyetin ne şekilde kullanılacağı konusunda karar verme yetkisi zilyede aittir. Malı kullanma biçiminin zilyet olan tarafın talimatına göre belirlenir. Zilyet, zilyet yardımcısına her zaman malı kullanma biçimi konusunda talimat verme yetkisine sahiptir. Belirtilen niteliklerin escrow sözleşmesinin teminat amacına uygun olmadığı açıktır (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 63; Antalya (n 58) 206 vd).

¹²⁸ Eisenhut (n 6) 201.

c. Zilyet Olarak Escrow Aracısının Yükümlülükleri

Genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi escrow aracısı escrow konusunun zilyetliğine müdahale durumunda aktif bir biçimde TMK 981-983'te (*ZGB Art. 931-933*) düzenlenen zilyetliğin korunması yöntemlerine) başvurmakla yükümlüdür¹²⁹.

Escrow aracısına karşı istihkak davası açılmadığı veya escrow konusuna el konulmadığı sürece, escrow konusu üzerinde escrow aracısının zilyetliği devam eder¹³⁰. Escrow aracısının TMK m. 988 uyarınca emin sıfatıyla zilyet olması nedeniyle, escrow aracısından mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanılmış olunması veya kazandırıcı zamanaşımını ile mülkiyet ya da başka bir ayni hak kazanılmış olunması halinde, istihkak davası reddedilmelidir¹³¹.

d. Escrow Konusunun Escrow Sözleşmesi Dışında Üçüncü Bir Kişi Tarafından Muhafaza Edilmesi

Uygulamada kimi escrow sözleşmelerinde, escrow aracısı bankadan bir kasa kiralayarak escrow konusunu bu kasa içerisinde muhafaza eder. Bu durumda kasanın sahibinin escrow konusu üzerinde zilyetliği söz konusu olmamaktadır. Taraflar arasındaki zilyetlik ilişkisi belirtilen durumdan etkilenmemektedir¹³².

3. Escrow Konusunun Sözleşme Dışında Bir Tarafça Muhafaza Edilmesi

Temel sözleşmenin taraflarının, escrow aracısına escrow konusunun muhafaza edilmesi ile bağlantılı olarak bunu aralarındaki ilişki dışında dördüncü bir tarafa tevdi etmesi konusunda talimat vermesi mümkündür¹³³. Örneğin; escrow konusu olarak kıymetli evrak kararlaştırıldığında bunun tasarruf yetkisine sahip tek yetkili olarak escrow aracısı adına bankada muhafaza edilerek, yalnızca escrow aracısının bankaya karşı teslim talebinde bulunabilmesi hakkına sahip olduğu sözleşmeler kararlaştırılmaktadır¹³⁴. Bu durumda, escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısı yerine sözleşme dışındaki üçüncü bir tarafa devredilmektedir. Escrow aracısı belirtilen tarafa karşı borçlar hukuku kapsamında bir alacak hakkına sahip olur. Uygulamada escrow aracısı escrow konusunu bir bankaya göndermekte veya temel ilişkinin taraflarından banka hesabına gönderilmesini istemektedir. Escrow

¹²⁹ Gerster (n 3) 72.

¹³⁰ Ekici (n 1) 169.

¹³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 318.

¹³² Gerster (n 3) 73; Sirmen (n 50) 51.

¹³³ Eisenhut (n 6) 200. Bankada kasada paranın saklanması durumunda bankanın zilyetliğinin niteliği ve zilyetliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Antalya (n 58) 212-213.

¹³⁴ Eisenhut (n 6) 200; Usta (n 1) 67.

aracısının escrow konusunu muhafaza edilmesi için harici bir saklayıcıya devredip devredemeyeceği ve bu durumda tarafların zilyetliklerinin değişip değişmeyeceği somut olay özelinde değerlendirilmelidir.

Temel ilişkinin tarafları ile banka veya sözleşme dışındaki taraf arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin tarafları doğrudan bankaya veya sözleşme dışındaki tarafa karşı talepte bulunamaz¹³⁵. Taleplerini escrow aracısına karşı ileri sürebilir.

Söz konusu durumda, alt kira sözleşmesi ve intifa hakkı verilmesine ilişkin sözleşme örneğine benzer şekilde escrow ilişkisi dışındaki escrow konusunu muhafaza eden taraf, escrow konusu üzerinde dolaysız fer'i zilyetliğe sahipken; escrow aracısı dolaylı zilyet konumundadır¹³⁶.

Escrow aracısı hangi tarafa, neyin ve ne zaman teslim edileceği konusunda yetkilendirilmelidir.

C. Escrow Konusunun İadesinden Sonra Zilyetlik ve Mülkiyet Durumu

Escrow sözleşmesinde belirlenen koşul gerçekleştiğinde, escrow aracısı escrow sözleşmesinde belirlenen tarafa (genellikle temel ilişkinin bir tarafına) escrow konusunu devretmelidir. Böylelikle escrow aracısı escrow konusu üzerindeki zilyetlik ve mülkiyeti kaybeder.

Uygulamada akdedilen bilgisayar programlarına ilişkin escrow sözleşmesinde bu konuda bir istisna belirlendiği görülmektedir. Bilgisayar programında bir sorunla karşılaşılması durumunda sorun çözülene kadar kaynak kod temel sözleşmenin taraflarından birine verilmektedir. Kaynak kod kullanılarak sorunun çözülmesinden sonra temel sözleşmenin tarafı kaynak kodu escrow aracısına iade etmekle yükümlü kılmaktadır¹³⁷. Escrow aracısına muhafaza etmesi için verilecek olan eşyalar, sadece kaynak koddan ibaret değildir. Depolanan şeyler; kullanım kılavuzu, programın fonksiyonları ile ilgili açıklamalar, kaynak kodun depolandığı araçlar (cd, dvd gibi), kaynak koda erişim için gerekli olan parola ve şifreler, şemalar, kaynak kodun derlenmesi ile nesne kodu oluşumunu sağlayacak olan derleyici (compile) programları, derleyici programının nasıl kullanılacağını açıklayan belgeler vb. olmak

¹³⁵ Eisenhut (n 6) 206; Usta (n 1) 74.

¹³⁶ Eisenhut (n 6) 200; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 318.

¹³⁷ Bkz. Kamil Mehdiyev, 'Kaynak Kod Escrow Sözleşmesi' iç Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz (edr) *Teminat Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 1365-1391; Usta (n 1) 88.

üzere; programın desteklenmesi, değiştirilmesini ve sürdürülebilmesini sağlamak üzere sayılanlar çoğaltılabilir¹³⁸. Belirtildiği şekilde usb, cd, dvd gibi cisimlendirilerek devredilen nesneler zilyetlik ve mülkiyete konu olabilirken; program içeriği fikri mülkiyet konusudur¹³⁹.

Escrow konusunun mülkiyetinin hangi tarafa geçeceği temel işlemdeki şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenir. Şart gerçekleşmesine ve zilyetliğin temel sözleşme taraflarından birine devri mecburiyeti doğmasına rağmen escrow aracısı tarafından geri verilmiyorsa; istihkak davası açılabilir bile escrow sözleşmesinde düzenlenen hükümler uygulanmalı veya sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda benzer sözleşmelerdeki hükümler (genel saklama sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi) uygulanmalıdır¹⁴⁰.

Escrow sözleşmesi sona erince escrow aracısının, escrow konusunu geri verme borcu bulunmaktadır. Bu durumda malik olan temel sözleşme tarafının zilyet olan escrow aracısına karşı istihkak talebi ile aralarındaki escrow sözleşmesinden doğan geri verme talebi yarışır. Belirtilen talepler bağımsız olarak doğarak varlıklarını sürdürmektedir¹⁴¹.

SONUÇ

İsimsiz sözleşme niteliğinde olan escrow sözleşmesi, taraflar arasında daha önceden yapılmış olan bir temel sözleşmedeki borçların ifasını teminat altına almak amacıyla, ifaya konu olan eşya veya malvarlığı değerlerinin, sözleşmeye taraf olmayan, tarafsız ve güvenilir üçüncü bir kişiye (escrow aracısına) devredilerek, üçüncü kişinin sözleşmede belirlenen şartın veya belli durumun gerçekleşmesine kadar ifa konusu şeyi (escrow konusunu) muhafaza etmesini, böylelikle tarafların bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarını engellenerek ifaya ilişkin teminat oluşturmalarının amaçlanıldığı sözleşme, olarak tanımlanabilir. Escrow sözleşmesinin temel amacı, temel sözleşme adı verilen sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçların ifasının teminat altına alınmasıdır. Uygulamada temel sözleşmenin türüne göre; kaynak koda escrow sözleşmesi, online escrow sözleşmesi, bitcoin escrow sözleşmesi, satış sözleşmesi hususunda düzenlenen escrow sözleşmesi ve escrow hesabı gibi escrow sözleşmesi çeşitlerine rastlanılmaktadır.

¹³⁸ Usta (n 1) 89-90.

¹³⁹ Eisenhut (n 6) 5; Usta (n 1) 90; Gerster (n 3) 59 vd.

¹⁴⁰ Zilyedin, eşya üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlayan bir hukuki ilişki içinde yani önceki zilyedin iradesi ile zilyetliği kazanan bir kimse ise ve kazanmaya yol açan hukuki sebebin sona ermesi sebebiyle zilyetliği geri verme mecburiyetinde kalırsa TMK m. 993-995 hükümlerinin uygulanmayacağı konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 130.

¹⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 50) 320.

Çalışmamızın esas konusunu escrow sözleşmesinin eşya hukuku açısından incelenmesidir. Escrow sözleşmesine escrow aracısına teslim edilmesi kararlaştırılan escrow konusunun, kural olarak bir taşınır eşya niteliğini taşıması gerektiği belirtilmekteyse de günümüzde bulut teknolojisi kullanılarak taşınır niteliği bulunmayan nesnelerin de escrow sözleşmesine konu olması mümkündür. Taşınmazlar ise istisnai hallerde (örneğin; mortgage sistemi gibi) escrow sözleşmesine konu olabilir.

Escrow sözleşmesinde, escrow aracısının escrow konusu üzerinde tasarrufta bulunma ve kontrol hakkı bulunmaktadır. Bu husus ya mülkiyetin devredilmesiyle ya da nitelikli zilyetliğin devri ile sağlanabilir. Escrow konusunun nitelikli zilyetliğinin yanı sıra mülkiyetinin escrow aracısına devredilip devredilmediği tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre belirlenmelidir. Escrow sözleşmesinde kural olarak escrow konusunun mülkiyeti, escrow konusunu devreden tarafta kalmakta; mülkiyet durumunda değişiklik olmamaktadır. Sözleşmesinde mülkiyetin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa; escrow konusunun mülkiyetinin escrow aracısına devredilmediği ve mülkiyet üzerinde bir değişiklik bulunmadığı kabul edilmelidir.

Escrow konusunun, escrow aracısına teslim edildiğinde mülkiyetinin escrow aracısına geçeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde taraflar arasında inançlı işlem söz konusu olur. Bu sözleşmelerde, escrow konusunun mülkiyeti escrow aracısına devredilirse; escrow konusu escrow aracısının iflas masasında yer alabilir ve hacze konu olabilir. Taraflar escrow aracısını seçerken bu hususu dikkate almalıdır ve güvenilir bir escrow aracısı belirlenmelidir. Mülkiyetin escrow aracısına devredildiği escrow ilişkilerinde, escrow aracısı escrow konusunun mülkiyetini teminat amacıyla, yani kendi menfaati için değil, temel sözleşmenin taraflarının menfaati için elinde bulundurduğundan, escrow aracısı vekâlet sözleşmesindeki ilişkisindeki vekile benzer bir konuma sahip olduğundan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler bu sözleşmelere kıyasen uygulanabilir. Escrow konusunun mülkiyeti escrow sözleşmesinde belirlenen tüm koşulların yerine getirilmesiyle kendiliğinden (eo ipso) borçludan alacaklıya devredilip devredilemeyeceği tartışmalıdır. Uygulamada bu tür escrow sözleşmelerine rastlanırsa da bu sözleşmeler çok fazla tercih görmemektedir.

Escrow ilişkilerinde, escrow konusunun nitelikli zilyetliği her zaman escrow aracısına devredilir. Böylelikle mülkiyet devri olmaksızın escrow konusunu teslim edenin tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır; temel ilişkinin tarafının malik sıfatı korunur. Borçlu, teminat altına alınan nesnenin (escrow konusunun) mülkiyetini elinde tutuyorsa, bu, icraya esas teşkil etmeye devam eder. Malik olan temel ilişkinin tarafının escrow ilişkisinin devamı süresince mülkiyet iddiasını

ileri süremeyecektir. Belirtilen durumda malik, escrow aracısına karşı sözleşmede yer alan yükümlülüklerle aykırılıktan doğan davaları açabileceği gibi escrow konusunun zarara uğraması durumunda haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat davası ve escrow aracısının fiillerinin suç teşkil etmesi durumunda escrow aracısına karşı ceza davası açabilir. Bu durumda, escrow aracısı dolaysız fer'i zilyettir. Escrow aracısı escrow konusunun zilyetliğine müdahale durumuna karşı zilyetliğin korunması yöntemlerine başvurmakla yükümlüdür. Escrow aracısının zilyet yardımcısı olmasının kararlaştırılması sözleşmenin niteliğine uygun düşmemektedir. Temel sözleşmenin taraflarının, escrow aracısına escrow konusunun muhafaza edilmesi ile bağlantılı olarak bunu aralarındaki ilişki dışında dördüncü bir tarafa (örneğin; banka) tevdi etmesi konusunda talimat vermesi mümkündür. Bu durumda zilyetlik durumlarının değişip değişmediği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.

Escrow konusunun mülkiyetinin hangi tarafa geçeceği temel işlemdeki şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenir. Şart gerçekleşmesine ve zilyetliğin temel sözleşme taraflarından birine devri mecburiyeti doğmasına rağmen escrow aracısı tarafından geri verilmiyorsa; istihkak davası açılrsa bile escrow sözleşmesinde düzenlenen hükümler uygulanmalı veya sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda benzer sözleşmelerdeki hükümler uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Aaremäe H, Kivar A and Pettai S, *Legal Status and Liability of The Software Escrow Agent* (IT Lab Task: an innovative study 2018).

Altaş H ve Kurt LM, 'İnançlı İşlemler' (2011) 2 (2) İnÜHFD 21-29.

Antalya G, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku (Cilt: IV/1) (4. Baskı, Seçkin 2021).

Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17. Baskı Yetkin Yayınevi 2024)

Bal N, 'İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi' (2013) 17(1-2) GÜHFD 315-351.

Black HC, *Black's Law Dictionary* (10th Edition, Thomson Reuters 2014).

Blickenstrofer K, 'Der Sourcecode-Escrow'in Felix Thomann and Georg Rauber (eds) *Softwareschutz* (Stämpfli 1998).

Dalcı Özdoğan N, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti', (2017) 8(1) 33-55

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-55

Denson W, ‘The Source Code Escrow: A Worthwhile or Worthless Investment’ (2002) 1(1), Rutger Bankruptcy Law Journal 1-16.

Eisenhunt S, *Escrow-Verhältnisse* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2009).

Ekici Ş, *Escrow Sözleşmesi* (Adalet Yayınevi 2019).

Erdoğan HB, ‘Escrow Sözleşmeleri’ (2022) 17(186) Terazi Hukuk Dergisi 36-52.

Freeman E, ‘Source Code Escrow’ (2004) 13 (1) Information Systems Security 8-12.

Gellis J, *Softwarelizenz: Die Stellung des Lizenznehmers bei Veräußerung des Schutzrechts durch den Lizenzgeber oder bei dessen Konkurs* (Schulthess 2005).

Gerster S, *Das Escrow Agreement als Obligationenrechtlicher Vertrag* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1991).

Jacobsen KL, ‘California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?’ (1986) 17(1) Pacific Law Journal 309-326.

Keskin AD, ‘Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi’ (2012) 0(10) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 95-128.

Kırca İ, ‘Escrow Sözleşmesi’ 1997 19(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45-62.

Kuschke P, ‘Depositum and Escrow: Their Current Application in Computer Source Code in South African Law’ (2003) 36(1) De Jure 278-289.

Kuster M, ‘Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien’ (1996) SZW 68-75.

Mehdiyev K, ‘Kaynak Kod Escrow Sözleşmesi’ iç Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz (edr) *Teminat Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 1365-1391.

Neumann G and Neumann J, *The Escrow E-Book* (Security Advice from Experts for Decision Makers 2018).

Nilsson GO, *Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık* (Onikilevha Yayınevi 2016).

Nomer Ertan F, ‘İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi

Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar', *Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt-I* (Beta Basım Yayın 2001) 395-418.

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası Filiz Kitabevi 2021).

Özdemir F, *İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler* (Onikilevha Yayınevi 2019).

Özdemir SO, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1995-1996) 55(1-2) İÜHFM 263-296.

Özsunay E, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968).

Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).

Schluep W, *Innomatvertraege* (Separatdruck aus "Schweizerisches Privatrecht" 1979).

Usta S, *Escrow Sözleşmesi* (Yetkin Yayınevi 2024).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku Cilt-I* (5. Bası, Filiz Kitabevi 1989).

William IA, 'Escrow Agreements Elements of an Escrow', (1953) 8(1) University of Miami Law Review 75-84.

Yazar Beyanı	
Yazarların Katkıları	Bu çalışma tek yazarlıdır.
Mali Destek	Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı Beyanı	Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi	Yazar, makalenin tüm süreçlerinde TRÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyulduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde TRÜHFD'nin, yayın ve editör kurullarının hiçbir sorumluluğunun olmadığını beyan etmektedir.