

# KAYNAK KOD (SOURCE CODE) ESCROW SÖZLEŞMESİ

## Source Code Escrow Agreement

Yrd. Doç. Dr. Dilşad KESKİN\*

### ÖZET

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasında yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmenin unsurlarını temel sözleşme, teminat amacı ve kaynak kodun *escrow* aracısına teslim edilmesi oluşturur. Sözleşmeye göre kaynak kod, yazılım sahibi ile kullanıcı arasında yapılmış olan ve yazılımı kullanma hakkı veren sözleşmeye nazaran üçüncü kişi durumundaki *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilerek, taraflar arasında kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi durumunda kullanıcıya ya da duruma göre yazılım sahibine teslim edilir. Borçlar Kanununda ya da başka bir özel kanunda düzenlenmemiş olduğundan, kaynak kod *escrow* sözleşmesi, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinden doğan başlıca yükümlülükler, *escrow* aracısı için kaynak kodu güvenli bir şekilde muhafaza etmek, kaynak kodun okunabilir olup olmadığını incelemek, sır saklamak ve sözleşmede kararlaştırılan durumlardan biri gerçekleştiği takdirde kaynak kodu yazılım sahibine iade veya kullanıcıya teslim etmek olarak sayılabilir. Sözleşmenin karşı tarafı ise kaynak kodu uygun bir veri taşıyıcı içerisinde *escrow* aracısına teslim etmek, kararlaştırılan aralıklarla güncellemek ve sözleşmede belirlenen bir ücreti, faaliyetlerine karşılık olmak üzere *escrow* aracısına ödemekle yükümlüdür.

**Anahtar Kelimeler:** Yazılım, kaynak kod, güvenilir kişi, saklama, *escrow* sözleşmesi.

### ABSTRACT

The source code escrow agreement is an agreement between software owner and escrow holder. The elements of the contract are the underlying contract, the purpose of the guaranty and the release of the source code. According to this agreement the software source code is held by a third party -an escrow holder or agent- on behalf of the customer and the software owner or supplier. The escrow agent holds the software source code and related documents until the terms set out in the contract are fulfilled, and then releases them as directed. Because it is not regulated by the Obligation Law or any other special law, the source code escrow agreement is characterized as an unnamed contract. The main obligations of the escrow agent

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi - keskin@gazi.edu.tr

arising from the source code escrow agreement are to deposit the source code in a safe manner, examine whether the source code can be read and if the conditions agreed in contract occurs, release the source code. The duties of the other parties are to deliver the source code to the escrow agent, update it periodically and pay a fee to the escrow agent.

**Keywords:** Software, source code, trusted third party, escrow, escrow agreement.

\*\*\*

## GİRİŞ

*Escrow* sözleşmesi, bir temel sözleşmenin<sup>1</sup> borçlusu (ve gerektiğinde alacaklısı) ile *escrow* aracısı arasında yapılan ve temel sözleşmenin taraflarının ifa konusu taşınır şey üzerinde tasarruf etmelerinin önüne geçerek temel sözleşmeden kaynaklanan borçların ifasını teminat altına almak amacıyla, bu taşınır üzerindeki tasarruf yetkisinin borçludan *escrow* aracısına devredilmesini öngören sözleşmedir<sup>2</sup>.

Bir belgenin saklanmak amacıyla üçüncü bir kişiye tevdi biçiminde ortaya çıkan; ancak zamanla bir teminat işlemi olma yönünde gelişme gösteren *escrow* sözleşmesinin esası, hukuki bir işlemde doğan borçların ifasını teminat altına almak için, bu işlemin taraflarının ifa konusu taşınır üzerindeki tasarruf yetkilerinden mahrum etmektir. Sözleşmeyi karakterize eden özellik ise; *escrow* sözleşmesine konu şey üzerindeki tasarruf yetkisinin, sözleşmede kararlaştırılmış olan belirli bir durum ortaya çıkıncaya kadar güvenilir ve tarafsız bir üçüncü kişiye geçmesidir<sup>3</sup>.

*Escrow* sözleşmesi, kendisi ile ifası teminat altına alınmak istenen borçların kaynağını oluşturan temel sözleşmenin konusuna bağlı olarak, farklı biçimlerde ortaya çıkar. Bu çalışmanın konusunu oluşturan “kaynak kod (*source code*) *escrow* sözleşmesi”, temel sözleşmenin bir

---

<sup>1</sup> Escrow sözleşmesi ile ifası teminat altına alınmak istenen sözleşme için İsviçre ve Alman doktrininde “Grundgeschäft” ve “Hauptgeschäft” kavramları kullanılmıştır. Eisenhut’a göre; “Grundgeschäft” kelimesinin kullanılması, escrow sözleşmesi ile tarafların escrow sözleşmesini yapmakla ifasını teminat altına almayı amaçladıkları sözleşme arasındaki ilişkinin hukuki niteliği hakkında yanlış bir kanaate yol açacağı için isabetli değildir (Eisenhut, Stefan: Escrow-Verhältnisse Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, Helbing&Lichtenhahn 2009, 13). Biz bu çalışmada Grundgeschäft ve Hauptgeschäft kelimeleri arasındaki anlam farklılığının, bunların Türkçe karşılıkları bakımından tartışılmaya değer olmadığı düşüncesiyle, Türkçe literatürde daha önce de kullanılmış olan “temel sözleşme” kavramını kullanacağız (kavram için bkz. Kırca, İsmail: Escrow Sözleşmesi, Batider 1997, C. XIX, S. 1, 50).

<sup>2</sup> Eisenhut, 13; Gerster, Stefan: Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag, Zürich 1991, 5; Kırca, 45; Meyer, Lawrence J.: Escrow Agreements, Miami L.Q., 1953-1954, 75.

<sup>3</sup> Kırca, 50.

bilgisayar yazılımını (*software*) konu edinen ve taraflarından birine yazılımı kullanma hakkı veren, karşı tarafı ise yazılıma ilişkin güncelleme ve bakım-destek hizmetlerini sürekli olarak yürütme yükümlülüğü altına sokan bir sözleşme -çoğunlukla bir lisans sözleşmesi olduğu ve tarafların bu sözleşmeden doğan bir takım borçların ifasını teminat altına almak istedikleri durumda yapılan *escrow* sözleşmesidir<sup>4</sup>.

## I. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN AMACI, TANIMI VE UNSURLARI

### A. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN AMACI

Bilgisayar programları, temel olarak “amaç kod” (*object code*) ve “kaynak kod”dan (*source code*) oluşurlar. Kaynak kod, programcı tarafından belirli bir programlama dilinde yazılan ve yazıldığı programlama dilini bilen bir kimse tarafından okunabilen, yazılımı değiştirmek ya da geliştirmek için üzerinde çalışmanın mümkün olduğu koddur. Kaynak kodun, bilgisayar tarafından anlaşılması mümkün olmadığından, ek bir işlemle bilgisayarın anlayabileceği şekle dönüştürülmesi gerekir<sup>5</sup>. Amaç kod (*object code*) ise programın, derleyici veya yorumlayıcılar kullanılarak “0” ve “1”lerden oluşan makine diline dönüştürülmüş son halidir<sup>6</sup>. Amaç kod, kaynak kodun aksine, bilgisayar tarafından hemen uygulanabilir; ancak insanlar tarafından kolayca anlaşılabilir. Yazılımın esasını kaynak kod oluşturur. Kullanıcılar, kaynak kod olmaksızın yalnızca amaç kod ile yazılımın nasıl veri işlediğini, fonksiyonlarını ne şekilde yerine getirdiğini anlayamaz ve yazılımın işleyişini değiştiremezler<sup>7</sup>. Başka bir ifadeyle kaynak kod

---

<sup>4</sup> Eisenhut, 8. Escrow sözleşmeleriyle kaynak kod escrow sözleşmeleri arasında konusunu yalnızca yazılımın ve bununla ilgili diğer dokümanların değil yazılım dışındaki her tür teknoloji ürününün de oluşturabildiği bir escrow türü olarak “teknoloji escrow” (technology escrow) yer almaktadır (Bond, Robert T): Software Contract Agreements, Thorogood Publishing Ltd 2004, 83).

<sup>5</sup> Helms, Shawn&Cheng, Alfred: Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd?, February 25, 2008, [http://www.cio.com/article/187450/Source\\_Code\\_Escrow\\_Are\\_You\\_Just\\_Following\\_the\\_Herd\\_](http://www.cio.com/article/187450/Source_Code_Escrow_Are_You_Just_Following_the_Herd_) (erişim 18.11.2011 15:10); Swanson, James: Source Code Escrow, Parlee McLaws Edmonton, Alberta, Canada 2001, <http://www.innovasafe.com/doc/swanson.doc> (erişim 18.11.2011 13:33), 1.

<sup>6</sup> Yıldırım, Mustafa Fadıl: Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999, 31; Swanson, 3; Straub, Wolfgang: Der Sourcecode von Computerprogrammen im schweizerischen Recht und in der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, [http://www.advobern.ch/files/aufsaeetze/die\\_rechte\\_am\\_sourcecode.pdf](http://www.advobern.ch/files/aufsaeetze/die_rechte_am_sourcecode.pdf) (erişim 18.11.2011 13:35), 808; Silver, Judith: How a Software Escrow Agreement Protects You and Your Business, <http://escrow101.net/how-software-escrow-agreement-protects-you.php> (erişim 22.11.2011 11:00), 1.

<sup>7</sup> Yücel, Meriç/Üstündağ, Burak Berk: Sayısal Veri ve Kaynak Kodu Emanetçilik Sistemi, 4. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu - UYMS'09, 243.

bilinmeksizin yazılım üzerinde değişiklik yapmak; yazılımı güncellemek, yazılımdaki eksiklikleri gidermek ya da mevcut yazılımı kullanarak daha gelişmiş bir versiyon oluşturmak mümkün değildir. Bu sebeple yazılım sahipleri, eserlerinin kaynak kodlarını kullanıcılar ile paylaşmaz; bu şekilde kendilerine karşı yapılabilecek doğrudan ya da dolaylı rekabet yanında korsanlığı da önemli ölçüde engellemiş olurlar. Yazılımın kullanım hakkını devreden sözleşmeler de genellikle kaynak kodun ve ilgili teknik belgelerin teslimini öngörmez; zira bunların varlığı yazılımın kullanımını için gerekli olmadığı gibi, teslimi de yazılım sahibinin menfaatlerine aykırıdır<sup>8</sup>.

Kaynak kodun kullanıcı için önem arz ettiği husus yazılımın güncellenmesi gerekliliğidir. Yazılımların değişen donanım ve ihtiyaçlara cevap verebilmeleri için sürekli güncellenmeleri gerekir. Yazılım firmalarının çoğu, sürdürülebilir yazılımlar üretirler ve yazılımın güncellenmesi hizmetini de kendileri verirler. Yazılım sahibi yazılımın bakımı ve güncellenmesi ile ilgili hizmetleri sunmaya devam ettiği sürece, kullanıcının kaynak koda sahip olmayı istemesi için bir sebep yoktur<sup>9</sup>. Ancak yazılım sahibinin bu hizmeti vermektan vazgeçmesi, hizmeti gerektiği gibi yerine getirmekten kaçınması ya da hizmeti yerine getiremeyecek bir duruma gelmesi, örneğin yazılım piyasasından çekilmesi, iflas etmesi gibi durumlarda, düzenli olarak güncellenemeyecek olan yazılımın bir süre sonra kullanılamaz hale gelmesi ve iş sistemlerini bu yazılım üzerine kurmuş olan kullanıcının da önemli zararlara uğraması kaçınılmazdır<sup>10</sup>. Bu sebeple yazılımla birlikte kaynak koda da sahip olarak yazılıma ilişkin destek ve güncelleme

---

<sup>8</sup> Kırca, 49; Helms/Cheng, 1; Mezrich, Jonathan: Source Code Escrow An Exercise in Futility?, Marquette Intellectual Property Law Review 2001 (5), 118; Yücel/Üstündağ, 243; Meyer, Leonz: Source Code Escrow, in Softwareverträge, herausgegeben von Hans Rudolf Trüeb, Zürich 2004, 175.

<sup>9</sup> Gosau, Malte: Quellcode - Hinterlegung und Herausgabe im Handbuch IT-Recht Rechtliche Grundlagen für die Praxis, Hamburg@work 2006, 103.

<sup>10</sup> Bond, 83. Kaynak kod escrow sözleşmeleri genellikle bir işletmede kullanılan önemli sistemlerin korunması ve güvence altına alınması amacıyla yapılır. Örneğin web-siteleri tasarlayan bir firma, bir yazılım geliştirme firması ile kendisi için müşterilerine diğer tasarım firmalarına nazaran avantajlar sağlayacak bir yazılım tasarlaması hakkında bir sözleşme yapabilir. Böyle bir sözleşme uyarınca tasarlanacak yazılım, standart bir yazılım değil, müşterinin özel istekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda sipariş üzerine hazırlanmış, benzersiz bir yazılımdır. Yazılımı tasarlayan firma, yazılımla ilgili bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini sürdürdüğü sürece, yazılımı kullanan firma durumdan memnundur; ancak bu hizmetlerde söz konusu olacak bir aksaklık, kaynak koda sahip olmayan kullanıcı firmanın, tüm faaliyetlerini üzerine kurmuş olduğu yazılım üzerindeki hakimiyeti kaybetmesi anlamına gelecektir. İşte bu noktada kaynak kodun bir escrow sözleşmesiyle escrow aracısı nezdinde muhafaza edilmekte olup olmadığı son derece önem kazanır (Helms/Cheng, 3).

hizmetlerinin gerektiği gibi yapılmasını teminat altına almak isteyen kullanıcının menfaati ile çoğu zaman en önemli ticari sırrını oluşturan kaynak kodu kullanıcıyla paylaşmak istemeyen yazılım sahibinin menfaati çatışır<sup>11</sup>. Çatışan bu menfaatler arasında bir denge sağlanması zorunluluğu, tarafsız bir üçüncü kişi nezdinde muhafaza edilen kaynak kodu kullanıcı için de erişilebilir kılan *escrow* sözleşmelerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>12</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, bir yandan kaynak kodun yazılımla birlikte kullanıcıya devredilmesi yerine tarafsız bir üçüncü kişi nezdinde muhafazasını sağlayarak yazılım sahibinin menfaatini korurken diğer yandan da sözleşmede kararlaştırılan belirli şartların gerçekleşmesi ya da belirli bir durumun ortaya çıkması halinde kaynak kodun kullanıcıya teslimini öngörerek, yazılım sahibinin yazılıma ilişkin destek ve güncelleme hizmetlerini gereği gibi yerine getiremediği hallerde kullanıcının kaynak koda sahip olmamaktan doğabilecek muhtemel zararını önler<sup>13</sup>.

## B. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, yazılımın kaynak kodunu konu edinir. Sözleşmenin taraflarını yazılım sahibi ve kendisine yazılımı kullanma hakkı veren bir hukuki ilişki uyarınca yazılımı kullanan kimse ile *escrow* aracı ( *escrow agent* ) oluşturur. *Escrow* aracısının temel yükümlülüğü, söz konusu yazılıma ilişkin kaynak kodun güvenli bir şekilde muhafazasını sağlamaktır. Buna göre kaynak kod *escrow* sözleşmesi, kaynak kod ve teknik belgelerin, kaynak kodun ait olduğu yazılımın devrine ya da kullanılmasına ilişkin sözleşmeye nazaran üçüncü kişi

---

<sup>11</sup> Bilgisayar programları, fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma alanına dahildir. Fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunan hakları bünyesinde toplayan hukuki durumun, yani fikri hak sahipliğinin ve dolayısıyla bu eserler üzerindeki hak ve yükümlülüklerin ise tümüyle devri mümkün değildir. Gerçekten, FSEK 14-16 ve 57/1 hükümleri uyarınca, fikri hak, sahibine sağladığı tüm hak ve yetkilerle mutlak bir biçimde devredilemez. Bir fikri hakkın devrinden söz edildiğinde anlaşılması gereken, o hakkın konusu üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkisinin üçüncü bir kimseye bırakılmakta olduğudur (Erişgin, Nuri: "Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği", AÜHFD 2003, c. 52, 4, 46). Yazılım sahipleri kaynak kodu, bir yandan ticari sır niteliği taşıdığı için, bir yandan da yazılımın lisansını alan kullanıcılara bakım-destek hizmetlerini vermek suretiyle kazanç sağlamak amacıyla muhafaza etmek isterler. Yazılımın zaman içerisindeki gelişiminin kontrol altında tutulması isteği de yazılım sahibinin kaynak kod üzerindeki tasarruf hakkını elinde tutmak istemesinin önemli bir sebebidir (Landy, Gene K./Mastrobattista, Amy J.: The IT/Digital Legal Companion a Comprehensive Business Guide to Software, Internet and IP Law, New York 2008, 340)

<sup>12</sup> Straub, 809; Mezrich, 118; Yücel/Üstündağ, 243.

<sup>13</sup> Meyer, 75; Gosau, 103; Straub, 838.

durumundaki *escrow* aracısı nezdinde, sözleşmede kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi üzerine duruma göre yazılım sahibine ya da yazılımın kullanıcılarına teslim edilinceye kadar muhafaza edilmesini öngören sözleşmedir<sup>14</sup>.

### C. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, öncelikle yazılım sahibi ile kullanıcı arasında yapılan ve yazılımın kullanılması hususunda kullanıcıyı hak sahibi kılarken, yazılım sahibini de kullanıcıya yazılıma ilişkin güncelleme ve bakım-destek hizmetlerini sunma yükümlülüğü altına sokan bir sözleşmenin varlığını gerektirir. Her ne kadar icrası kaynak kodun *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilmesi ile gerçekleşiyorsa da, sözleşme, esas itibarıyla bir teminat sözleşmesidir. Kaynak kodun *escrow* aracısı nezdinde muhafazası ile, yazılım sahibinin kullanıcı ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan -yazılıma ilişkin- bakım ve güncelleme hizmetlerinin yürütülmesi yükümlülüğünü yerine getirmesinin teminat altına alınması amaçlanır. Böylece kaynak kod *escrow* sözleşmesinin unsurları; temel sözleşme, teminat amacı ve kaynak kodun *escrow* aracısına teslimi olarak tespit edilebilir.

100

#### 1. Temel Sözleşme

Temel sözleşme, kaynak kod *escrow* sözleşmesi ile teminat altına alınmak istenen yükümlülüğün kaynaklandığı sözleşmedir<sup>15</sup>. *Escrow* sözleşmesinin diğer görünüm biçimlerinde temel sözleşme, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kurulmuş herhangi bir sözleşme olabilirse de *escrow* ilişkilerinin esasını, çoğu zaman edim-karşı edim ilişkisinin bulunduğu (synallagmatik) sözleşmeler oluştururlar<sup>16</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde temel sözleşmenin özelliği, bu sözleşmenin, taraflardan birini, bir yazılımı kullanmak hususunda hak sahibi kılmasıdır<sup>17</sup>. Temel sözleşme, kullanıcıya yazılımı kullanma hakkını verirken yazılım sahibine de yazılımla ilgili bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini yürütme yükümlülüğünü yükler. Kullanıcı kaynak koda sahip olmadığı için bu hizmetlerin yürütülmesi konusunda yazılım sahibine muhtaçtır. Yazılım sahibinin söz konusu hizmetlerin

---

<sup>14</sup> Blickenstorfer, 217 (Eisenhut, 10'dan naklen).

<sup>15</sup> Gerster, 5; Kuhn, Rolf. Der Anwalt als Escrow Agent - Unterstellung unter das GwG?, Anwalts Revue De L'avocat, 5/2009, 231; Kırca, 50.

<sup>16</sup> Eisenhut, 53.

<sup>17</sup> Gerster, 26 dph. 67; Practice Aid: Software Escrow Agreement, Intellectual Property & Technology Law Journal, September 2001, 21.

yürütülmesine ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmemesi ise kullanıcının çok büyük zararlara uğramasına yol açabilir. Bu temel sözleşmeye dayalı olarak kurulan kaynak kod *escrow* sözleşmesi, bakım-destek ve güncellenmenin yapılabilmesi için varlığı zorunlu olan kaynak kodun tarafsız bir üçüncü kişi olan *escrow* aracısı nezdinde muhafazasını öngörmekle, gerektiğinde kullanıcının da kaynak koda ulaşabilmesini mümkün kılar ve böylece yazılıma ilişkin bakım-destek ve güncelleme hizmetlerinin sürdürülmesi de teminat altına alınmış olur<sup>18</sup>.

Temel sözleşme bir *escrow* sözleşmesinin kurulması için zorunlu unsur olmakla birlikte *escrow* sözleşmesi, temel sözleşmeden bağımsızdır<sup>19</sup>. Gerçekten de öncelikle temel sözleşmenin tarafları ile kaynak kod *escrow* sözleşmesinin taraflarının birbirinden farklı oldukları gözden kaçırılmamalıdır. Temel işlemin taraflarını yazılım sahibi ile kullanıcı oluştururlar; *escrow* aracısı temel işlem bakımından üçüncü kişi durumundadır<sup>20</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin tarafları ise sözleşmenin yapısına göre farklılaşmakla birlikte, temel sözleşmede taraf sıfatı bulunmayan *escrow* aracısı her halde bu sözleşmenin zorunlu tarafıdır<sup>21</sup>. Temel sözleşme ile kaynak kod *escrow* sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler de birbirinden tamamen bağımsız ve farklıdır. Temel sözleşme gereğince kullanıcı, yazılımı kullanma hakkını elde edecek ve sözleşmenin niteliğine göre bu hak karşılığında bir bedel ödeyecek, buna karşılık yazılım sahibi de kullanıcının yazılımdan gerektiği gibi yararlanabilmesini mümkün kılacak ve bu kapsamda olmak üzere yazılımın bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini yürütecektir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesi ise yazılım sahibine, kaynak kodu *escrow* aracısına teslim etmek ve *escrow* aracısının faaliyetlerine karşılık olmak üzere ona bir ücret ödemek yükümlülüğünü yükler. *Escrow* aracısı da,

<sup>18</sup> Gerster, 26; Kırca, 49; Straub, 838; Meyer (Leonz), 175; Yücel/Üstündağ, 243; Mezrich, 119.

<sup>19</sup> Escrow sözleşmesinin bağımsızlığına ilişkin bu tespitin, mevcut durumun belirlenmesinden ziyade olması gerekenin ifadesi niteliği taşıdığı belirtilmek gerekir. Uygulamada kaynak kod *escrow* sözleşmesi sıklıkla temel sözleşmede yer alan bir kayda dayanılarak ve temel sözleşmenin gereği olarak akdedilmekte, *escrow* sözleşmesinde de temel sözleşmeye atıflar yapılmakta, böylece iki sözleşme arasında gerektiğinden daha yakın bir ilişki oluşturulmaktadır. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin bu şekilde temel sözleşme ile ilişkilendirilmesi kabul edilebilirse de bunun sınırlı tutulmasında yarar vardır. Aksi takdirde örneğin temel sözleşmenin tarafı sıfatıyla yazılım sahibi, temel sözleşmeden kaynaklanan bir defa hakkını kullanarak, *escrow* sözleşmesindeki şartların gerçekleşmiş olmasına rağmen kaynak kodun kullanıcıya teslim edilmesini engelleyebilir (Eisenhut, 161). Buna karşılık kaynak kod *escrow* sözleşmesinin bir teminat ilişkisi niteliği taşımasına da bağlı olarak temel sözleşmeden doğan ve *escrow* sözleşmesi ile teminat altına alınmaya çalışılan alacağın ortadan kalkmasının *escrow* ilişkisinin amaçsız kalması sonucunu doğuracağı da açıktır (Eisenhut, 163).

<sup>20</sup> Landy/Mastrobattista, 341; Eisenhut, 17; Swanson, 4.

<sup>21</sup> Eisenhut, 17.

kendisine teslim edilen kaynak kodu güvenli bir şekilde muhafaza etmek ve sözleşmede kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi üzerine yazılım sahibine geri vermek ya da kullanıcıya teslim etmek zorundadır<sup>22</sup>. Temel sözleşme ile aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmayışının bir göstergesi ve sonucu olarak kaynak kod *escrow* sözleşmesinin, temel sözleşmeden önce, temel sözleşme ile birlikte ya da temel sözleşmeden sonra kurulması da mümkündür<sup>23</sup>.

## 2. Teminat Amacı

*Escrow* sözleşmesi ile amaçlanan, temel sözleşmenin taraflarının, ifa konusu taşınır eşya üzerinde tasarruf etmelerinin önüne geçerek bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifasını teminat altına almaktır<sup>24</sup>. Sözleşmenin bütün görünüm biçimlerinde, söz konusu olabilecek bütün diğer amaçların yanında teminat amacı, *escrow* ilişkisi için bir ayırt edici unsur olarak varlığını korur. Örneğin uygulamada sık rastlanan *escrow* sözleşmelerinden biri olan “*online-escrow*” sözleşmesinde, *escrow* aracısı internet üzerinden, bir alıcıdan ödemeyi tahsil etmeyi ve nezdindeki bu meblağı alıcı, satıcının yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi elde eder etmez derhal satıcıya iletmeyi üstlenir. Edimler arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunduğu böyle bir temel sözleşmeyle ilgili olarak yapılan *escrow* sözleşmesi, temel sözleşmenin ifa ile tasfiyesi amacına da hizmet eder; ancak asıl amaç hiç şüphesiz, tarafların temel sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa etmelerinin teminat altına alınmasıdır<sup>25</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde de durum aynıdır. Burada temel sözleşme, yazılım sahibi ile kullanıcı arasında yapılan ve kullanıcıya yazılımı kullanma hakkı veren bir sözleşmedir. Tarafların *escrow* sözleşmesi ile teminat altına almak istedikleri yükümlülük de yazılım sahibinin yazılıma ilişkin bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini sürekli olarak yürütme yükümlülüğüdür. Bakım-destek ve güncelleme hizmetlerinin sürekli olarak yürütülebilmesi için gerekli olan kaynak kodun, gerektiği takdirde kullanıcıya teslim edilmek üzere *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilmesi ile söz konusu hizmetlerin sürekliliği teminat altına alınmış olmaktadır<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Swanson, 4; Landy/Mastrobattista, 342; Eisenhut, 159; Siegel, Volker: Software-Escrow, Informatik Spektrum, 17 Oktober 2005, 403; Practice Aid, 21.

<sup>23</sup> Gerster, 32; Eisenhut, 159; Kırca, 51.

<sup>24</sup> Kırca, 45; Mezrich, 117; Swanson, 5; Meyer (Leonz), 176.

<sup>25</sup> Eisenhut, 53.

<sup>26</sup> Gerster, 26; Eisenhut, 55; Kırca, 49.



### 3. Kaynak Kodun Escrow Aracısına Teslimi

*Escrow* sözleşmesiyle güdülen teminat amacının gerçekleştirilebilmesi, önemli ölçüde, borçlunun, çoğu zaman temel sözleşme bakımından ifa konusunu oluşturan, taşınır eşya üzerinde tasarruf edebilme imkanının ortadan kaldırılmasına bağlıdır<sup>27</sup>. Örneğin *online-escrow* sözleşmesinde temeldeki satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ifasının teminat altına alınması amaçlanmakta ve bunun gerçekleştirilebilmesi için de - satım sözleşmesinde semenin ödenmesi açısından- ifanın konusunu oluşturan bir miktar para *escrow* aracısına teslim edilerek, semenin ödenmesiyle borçlu olan tarafın, ilgili meblağ üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılmaktadır<sup>28</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde de yazılım sahibinin bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini sürdürme yükümlülüğünü yerine getirmesinin sağlanması için kaynak kodun bir *escrow* aracısına teslimi söz konusudur<sup>29</sup>. Kaynak kod bir kere *escrow* aracısına teslim edilmekle, söz konusu hizmetlerin sürdürülmesi ile yükümlü olan yazılım sahibinin, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği ya da yerine getiremediği durumlarda, kullanıcının kaynak koda ulaşabilmesi mümkün kılınmış olmaktadır<sup>30</sup>.

*Escrow* sözleşmelerinde, *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilmesi öngörülen sözleşme konusu, her zaman bir taşınır eşya niteliği taşır. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde bu taşınır, dijital ortamda kaynak kodu taşıyan eşyadır. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte bu eşyanın *escrow* aracısına teslim edilmesi zorunludur<sup>31</sup>.

Eşyanın tesliminden anlaşılması gereken, eşya üzerindeki fiili hakimiyetin *escrow* aracısına verilmesi; yani *escrow* aracısının eşyaya zilyet kılınmasıdır. *Escrow* aracısına teslim edilecek taşınır eşyanın bizzat temel sözleşmenin ifa konusunu teşkil ettiği durumlarda, *escrow* aracısına

---

<sup>27</sup> Eisenhut, 35; Kırca, 50.

<sup>28</sup> Eisenhut, 53.

<sup>29</sup> Kırca, 49; Eisenhut, 55; Gerster, 25.

<sup>30</sup> Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin özellik gösterdiği bir husus olarak belirtmek gerekir ki burada temel sözleşmeden doğan edimlerin ifasını teminat altına almak amacıyla, bu edimlerle doğrudan ilgisi bulunmayan bir bilginin, bazı şartların gerçekleşmesiyle önceden tespit edilmiş kimselerin tasarrufuna bırakılmak üzere *escrow* aracısına tevdi söz konusudur (Kırca, 50). Kaynak kod, temel sözleşme gereğince ifası gereken ve *escrow* sözleşmesi ile de teminat altına alınmak istenen edimin konusu değildir. Ancak bu edimin yerine getirilebilmesi için varlığı zorunlu olan bir unsurdur. Kullanıcı, kaynak koda sahip olmakla, yazılım sahibinin bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini yürütemeyecek bir duruma gelmesi halinde bu faaliyetleri bizzat yürütme imkanı kazanmış olmakta ve böylece yazılım sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden doğabilecek muhtemel zararların da önüne geçilmektedir.

<sup>31</sup> Eisenhut, 34, 114; Kırca, 50; Siegel, 405.

eşya üzerinde fiili hakimiyet tanınması kadar, temel sözleşmenin taraflarının bu eşya üzerindeki tasarruf güçlerinin ortadan kaldırılması da önem arz ettiğinden, eşyanın vasıtasız zilyetliğinin *escrow* aracısına devredilmesi zorunludur. Buna bağlı olarak zilyetliğin devri için uygulanacak yöntemin de dikkatli seçilmesi gerekir. Zilyetliğin *escrow* aracısına bizzat eşyanın kendisinin ya da eşya üzerinde hakimiyet kurmaya yarayan araçların teslimi yolu ile devredilmesi mümkündür. Keza *escrow* aracısının halihazırda zaten eşyanın zilyetliğine sahip olduğu durumlarda, kısa elden teslim de söz konusu olabilir. *Escrow* sözleşmesinin karşı tarafının da vasıtasız zilyetliğe sahip bulunmadığı durumlarda ise zilyetliğin devri, zilyetliğin havalesi ile gerçekleştirilir. Böylece *escrow* aracısı vasıtalı zilyet olur ki; eşyanın halihazırdaki vasıtasız zilyedi, zilyetliğin devri kendisine ihbar edildikten itibaren artık eşyayı eski zilyede iade edemeyeceğinden, *escrow* aracısının zilyetliğinin vasıtalı olmasında sözleşmenin teminat amacını tehlikeye düşürecek bir sakınca yoktur<sup>32</sup>. Buna karşılık zilyetliğin devri yöntemlerinden hükmen teslim, üzerinde *escrow* aracısı lehine fiili hakimiyet sağlanması gereken taşınır eşyanın, zilyetliği devreden kendi iktidarında kalması sonucunu doğuracağından, *escrow* sözleşmeleri için uygun değildir<sup>33</sup>.

104

Taşınır eşyanın yalnızca zilyetliğinin *escrow* aracısına devri yerine ona bu eşya üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasına da uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır<sup>34</sup>. Burada *escrow* aracısının sahip olduğu mülkiyet hakkı, inançlı mülkiyettir; dolayısıyla nispi anlamda sınırlandırılmıştır. *Escrow* sözleşmesi gereğince “inanılan” durumundaki *escrow* aracısı, inananın talimatlarına uymak, onun aleyhine hareket etmemek, hukuki işlemlerde bulunmamak ve nihayet şartlar gerçekleştiğinde, mülkiyet hakkını tekrar inanan devretmekle yükümlüdür<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Ancak zilyetliğin devrinin vasıtasız zilyede ihbarından önce *escrow* aracısı ile zilyetliği devreden arasında zilyetliğin havalesine dair yapılan anlaşma, malı elinde bulundurana karşı hüküm ifade etmez. Zilyetliğin devrinin malı elinde tutana karşı hüküm ifade edebilmesi için zilyetliğin havalesinin ona, zilyetliği devreden tarafından bildirilmesi gerekir. Bu haber verilmeden önce malı elinde tutan malı eski zilyede iade ederse kural olarak bu yaptığından dolayı sorumlu olmaz (Oğuzman, Kemal: Eşya Hukuku, İstanbul 1997, 70; Eisenhut, 115).

<sup>33</sup> Eisenhut, 115.

<sup>34</sup> Meyer (Leonz), 178; Straub, 838 dph. 148; Eisenhut, 116.

<sup>35</sup> Eisenhut, 35. Kendisine kaynak kod üzerinde mülkiyet hakkının tanınmış olması durumunda *escrow* aracısının zorunlu olarak bu hakkı kullanmamakla yükümlü olduğu hakkında bkz. Eisenhut, 179.

## II. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, KURULUŞU, MUHTEVASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin ilgilileri *escrow* aracısı, yazılım sahibi ve yazılımın kullanıcısıdır. Sözleşmenin niteliği gereği her halde taraf sıfatını taşıyacak olan ilgili, “*escrow* aracısı”dır. *Escrow* aracısının karşısında ya tek başına yazılımı kullanma hakkı veren sözleşmenin taraflarından biri olan yazılım sahibi yer alır<sup>36</sup> ya da bu sözleşme gereğince yazılımı kullanma hakkına sahip olan “kullanıcı” da sözleşmenin kurulması aşamasında “taraf” sıfatıyla yazılım sahibinin yanında sözleşmeye dahil olur<sup>37</sup>. Standart yazılımlar söz konusu olduğu ölçüde yazılım sahibinin, kaynak kodun muhafazası hakkında *escrow* aracısı ile yaptığı sözleşmeyi, yazılımın mevcut ve gelecekteki tüm kullanıcıları lehine olacak şekilde düzenlemesi de mümkündür<sup>38</sup>. Bu takdirde yazılımın mevcut ve gelecekteki kullanıcılarından her biri, sözleşmede kararlaştırılan durumlar gerçekleştiğinde kaynak kodun kendilerine teslimi hususunda bağımsız olarak ileri sürülebilecek bir hakka sahip olurlar<sup>39</sup>.

#### 1. Temel Sözleşmenin Tarafları

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin dayandığı temel sözleşme, taraflarından birine kaynak kodun ait olduğu yazılımı kullanma hakkı veren ve diğer tarafa da bu yazılıma ilişkin bakım-destek ve güncelleme hizmetlerini sürekli olarak yürütme yükümlülüğünü yükleyen herhangi bir sözleşme olabilir. Bu temel sözleşmenin taraflarının isimlendirilmesi de, kaynak kod *escrow* sözleşmesine konu oluşturan yazılıma ilişkin bu sözleşmedeki durumlarına göre yapılmak gerekir<sup>40</sup>. Bu türden yazılımların konu edildikleri sözleşme hemen her zaman bir lisans

<sup>36</sup> Bu durumda üçüncü kişi lehine sözleşme yapısından yararlanılacağı yönünde bkz. Gerster, 7.

<sup>37</sup> Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde *escrow* aracısının karşısında yer alacak olan taraf, sözleşmenin niteliği gereği, hemen her zaman yazılım sahibidir. Sözleşmenin, *escrow* aracısı olmaksızın, yalnızca yazılımı kullanma hakkı veren sözleşme ilişkisinin tarafları arasında kurulması da -yine sözleşmenin niteliği gereği- mümkün değildir (Eisenhut, 17). Ayrıca literatürde sıklıkla “üç taraflı sözleşme” kavramının kullanılmış olmasına rağmen, kaynak kod *escrow* sözleşmesi esas olarak *escrow* aracısı ile yazılım sahibi arasında kurulan; fakat kullanıcının da yazılım sahibi ile birlikte “taraf” sıfatıyla -ve aynı tarafta; *escrow* aracısının karşısında- yer alabileceği -iki taraflı- bir sözleşme ilişkisidir (“Üç taraflı sözleşme ilişkisi” kavramının kullanımı için bkz. Gerster, 6; Eisenhut, 21; Landy/Mastrobattista, 341).

<sup>38</sup> Landy/Mastrobattista, 341; Meyer (Leonz), 176.

<sup>39</sup> Meyer (Leonz), 176.

<sup>40</sup> Gerster, 7.

sözleşmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple temel sözleşmenin tarafları için “lisans veren” ve “lisans alan” terimlerinin kullanılması yanlış değildir<sup>41</sup>. Yine de biz bu çalışmada mümkün olduğunca kapsamlı ve genel-geçer kullanım alanı kazanabilecek bir isimlendirme yapmanın isabetli olacağı düşüncesiyle temel sözleşmenin niteliğinden değil, tarafların yazılımla ilgili sıfatlarından hareket ederek “yazılım sahibi” ve “kullanıcı” isimlerini tercih ettik. “Yazılım sahibi” ifadesi, yazılım üzerinde fikri mülkiyet hakkına sahip olan ve bu hakka dayanarak yazılımın kullanılmasına ilişkin haklarını bir başkasına devreden kimseye işaret etmektedir. “Kullanıcı” ise yazılım sahibi ile aralarındaki hukuki ilişki gereğince yazılımı kullanma hakkını elde etmiş olan taraftır.

## 2. Escrow Aracısı

*Escrow* aracısı<sup>42</sup>, temel sözleşmenin taraflarından biri olan yazılım sahibinden *escrow* sözleşmesinin konusunu oluşturan kaynak kodu ve ilgili dokümanları alan ve *escrow* sözleşmesindeki hükümlere uygun olarak bunları, gerektiğinde kullanıcıya teslim ya da yazılım sahibine iade etmek üzere muhafaza eden taraftır<sup>43</sup>.

*Escrow* aracısının temel özelliği, temel sözleşmeye ve bu sözleşmenin taraflarına nazaran bağımsız ve güvenilir bir üçüncü kişi durumunda olmasıdır<sup>44</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, saikını kaynak kodu elinde tutarak bir yandan en önemli ticari sırrını korumak bir yandan da yazılıma ilişkin bakım-destek ve güncelleme hizmetleri için kendisine bağımlı durumdaki kullanıcıyla ticari ilişkilerini sürdürerek daha fazla gelir elde etmek isteyen yazılım sahibi ile kullanımına ilişkin tüm haklarını devraldığı yazılımın kaynak kodunu da elde ederek yazılım sahibine bağımlı kalmaktan kurtulmak isteyen kullanıcı arasındaki menfaat çatışmasında bulur. *Escrow* aracısının bu sahnedeki rolü, çatışan menfaatler arasında bir köprü oluşturmaktır. Kullanıcı, yazılımın bakımı ve güncellenmesine ilişkin haklarının teminat altına alınması için kaynak

<sup>41</sup> Temel sözleşmenin taraflarına ilişkin olarak “lisans alan” ve “lisans veren” terimlerinin kullanımına ilişkin örnekler için bkz. Practice Aid, 21; Silver, 1. Literatürde “lisans alan” ve “lisans veren” terimlerinin yanı sıra “alıcı” ve “satıcı” terimleri de kullanılmıştır. Bkz. Mezrich, 117; Swanson, 4; Siegel, 403.

<sup>42</sup> Escrow aracısı için, “escrow agent”, “escrow holder” ya da aracının güvenilir kişi özelliğini vurgulamak üzere “trustee” veya “fiduciary” terimleri de kullanılmaktadır (Meyer, 78).

<sup>43</sup> Gerster, 8; Meyer, 78.

<sup>44</sup> Meyer, 78; Gosau, 104. Escrow sözleşmesinin yapılması çoğu zaman temel sözleşmede yer alan bir kayda dayandığından, escrow aracısını temel sözleşmenin taraflarından hangisinin seçeceği meselesi de temel sözleşmeye konulacak bir hükümlerle çözümlenmektedir. Kullanıcı (lisans alan), çoğu zaman escrow ücretini de ödeyecek olan yazılım sahibinin (lisans verenin) bu seçimi yapmasına izin verir (Silver, 1).

kodu yazılım sahibinden almak ister. Yazılım sahibi içinse kaynak kodun kullanıcıya devredilmesi kesinlikle gereksiz ve aşırı bir tasarruftur. Tarafların birbirlerine olan karşılıklı güvensizlikleri, kaynak kodun her iki taraf bakımından da “güvenilir” olarak nitelendirilen *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilmesi ile ortadan kaldırılmış olur. Bunun gerçekleştirilebilmesi için, *escrow* aracısının taraflardan hiçbirinin direktifine tabi olmaması ve taraflardan hiçbirine “temsilci” ya da “vekil” gibi bir sıfatla bağımlı bulunmaması zorunludur<sup>45</sup>.

*Escrow* aracısının güvenilirliği yalnızca temel sözleşmenin her iki tarafından da bağımsız olmasını ifade etmez. Aracının, *escrow* sözleşmesine konu olan kaynak kodu gerektiği gibi muhafaza edeceği ve özellikle kaynak kod üzerinde sözleşmeye aykırı tasarruflarda bulunmayacağı hususlarında da tarafların ikna olmaları gerekir. Bunun yanı sıra *escrow* aracısının mali durumu da önemlidir. *Escrow* aracısına karşı bir cebri icra takibi yapılması, özellikle inançlı mülkiyetin *escrow* aracısına devredilmiş olduğu durumlarda, temel işlemin tarafları için, *escrow* sözleşmesinin konusu oluşturan taşınırın kaybedilmesi anlamına gelebilir<sup>46</sup>.

*Escrow* aracısının gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür. Sözleşmenin henüz yaygınlaşmaya başladığı dönemlerde ağırlıklı olarak avukatların ve yed-i eminlerin *escrow* aracısı olarak faaliyet gösterdikleri kaydedilmişse de bugün, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin özelliğine bağlı olarak, *escrow* araçları daha çok kurumsal kimlik taşıyan tüzel kişilerdir<sup>47</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde *escrow* aracısı, saklama ve sözleşmede kararlaştırılan durumların gerçekleşmesi halinde kaynak kodu teslim yükümlülüğüne ek olarak, *escrow* ilişkisinin teminat amacıyla doğrudan ilişkili olmamakla birlikte, kaynak kodun tam ve fonksiyonel olup olmadığını, okunabilirliğini, virüs taşıyıp taşımadığını

---

<sup>45</sup> Escrow aracısının temel sözleşmenin taraflarından birine bağımlı olması halinde, kurulan ilişkinin “escrow sözleşmesi” olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. Eisenhut, 19. Buna karşılık taraflardan birinin temsilcisinin, bir tarafın çıkarlarını diğerinin aleyhine olarak ön planda tutmadıkça escrow aracısı olarak hareket edebileceği de kabul edilmektedir (Meyer, 78).

<sup>46</sup> Eisenhut, 19.

<sup>47</sup> Amerika’da ve İngiltere’de escrow aracılığı faaliyetini 1999 yılına kadar yürüten Ulusal Bilgi İşlem Merkezi (National Computing Center), bu tarihte escrow servisini NCC Group’a devretmiştir (bilgi için bkz. <http://www.ncc.co.uk/escrow> ve <http://www.nccgroup.com/Services/software-escrow-and-verification/software-escrow-storage.aspx>). Türkiye’de ise 2007 yılında kurulan ve İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü’ne bağlı olarak hizmet veren, bilimsel nitelikli, tarafsız bir kuruluş niteliğiyle Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi escrow aracılığı hizmetini yürütmektedir (bilgi için bkz. [http://www.uysm.org/UYSM/UYSM\\_Tanitim.pdf](http://www.uysm.org/UYSM/UYSM_Tanitim.pdf)).

araştırmakla da yükümlüdür<sup>48</sup>. Gerçek kişi *escrow* aracısının tüm bu yükümlülükleri yerine getirebilecek donanıma sahip olması her zaman mümkün bulunmadığından, daha geniş imkanları ve gelişmiş donanımı bulunan, tüzel kişi şeklinde örgütlenmiş *escrow* araçlarına uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır<sup>49</sup>.

## B. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin Kuruluşu

*Escrow* sözleşmesi çoğu zaman temel sözleşmede yer alan bir kayda (*escrow close*) dayanılarak kurulur. Başka bir ifadeyle temel sözleşmenin taraflarından biri ile bir *escrow* aracısı arasında *escrow* sözleşmesinin kurulması, temel sözleşme gereğince ifası gereken yükümlülüklerden biridir<sup>50</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde de hemen her zaman, yazılım sahibi ile kullanıcı arasında kurulan lisans sözleşmesinde, tarafların *escrow* konusunda anlaşıklarını ve daha sonra aralarında kararlaştırdıkları hükümlere uygun olarak, bir *escrow* aracısı ile, ayrı bir *escrow* sözleşmesi kurulacağını gösteren bir kayıt bulunmaktadır<sup>51</sup>. *Escrow* sözleşmesinin kurulması yükümlülüğünü taşıyan tarafın, bu yükümlülüğü yerine getirmede, temel sözleşmeye dayanılarak bu hususta ifaya zorlanması mümkündür<sup>52</sup>.

108

Temel sözleşmede, ileride kurulacak *escrow* sözleşmesine ilişkin olarak iki farklı yöntem izlenebilir. Bunlardan birincisinde, taraflar sadece temel sözleşmeye *escrow* sözleşmesini kurma yükümlülüğünü kabul ettiklerini gösteren bir kayıt koymakla yetinirler. Böyle açık bir kayıt olmasa bile, temel sözleşmeden bu hususun anlaşılabilmesi de *escrow* sözleşmesi kurma yükümlülüğünün varlığını göstermek için yeterlidir. İkinci yöntem

---

<sup>48</sup> Mezrich, 130; Eisenhut, 19.

<sup>49</sup> Escrow aracısının sahip olması gereken imkanların ve donanımın niteliği, escrow sözleşmesinin konusuna göre değişeceğinden, bunların her münferit olay bakımından ayrıca tespit edilmesi zorunludur (Eisenhut, 19).

<sup>50</sup> Meyer (Leonz), 175; Schneider, Jochen/Kast, Christian R.: Zusammenfassung der Tagungsergebnisse des 1. OSE Symposiums "Software Escrow" vom 19.05.2006, 3; Kırca, 51; Gerster, 32.

<sup>51</sup> Kırca, 51; Gerster, 32; Feil, Thomas: Software-Hinterlegung, www.recht-freundlich.de, 05.03.2004, 1; Straub, 838.

<sup>52</sup> Eisenhut, 109. Böylece kaynak kod escrow sözleşmesi açısından temel sözleşme, ön sözleşme (TBK m. 29, BK m. 22) niteliği de taşıyabilir. Ön sözleşme, "tarafların, gelecekte borçlandırıcı bir sözleşme kurma konusunda yaptıkları anlaşma"dır (Ayrancı, Hasan: Ön Sözleşme, Ankara 2006, 40). Temel sözleşmeye ön sözleşme niteliği kazandıran husus, tarafları gelecekteki sözleşmeyi kurma yükümlülüğü altına sokmasıdır. Her ne kadar temel sözleşme gereğince ileriki bir tarihte kurulması yükümlenilen escrow sözleşmesinin taraflarından biri escrow aracısı olacağı da, ön sözleşme ile asıl sözleşmenin taraflarının farklı olması mümkündür (Ayrancı, 161).

ise *escrow* kaydı ile yetinilmeyerek temel sözleşmede, kurulacak *escrow* sözleşmesine ilişkin bir takım önemli noktaların da kararlaştırılmasıdır<sup>53</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin kuruluş aşamasında, sözleşmenin tarafları bakımından da farklı ihtimaller söz konusu olabilir. Kural olarak sözleşmede, *escrow* aracısının karşısında hemen her zaman yazılım sahibi yer alır<sup>54</sup>. Taraflarını *escrow* aracısı ile yazılım sahibinin oluşturduğu böyle bir sözleşmede, kullanıcının kaynak kodu talep hakkını doğuracak durumların gerçekleşmesi üzerine kodu talep etme hakkına sahip olabilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme yapısı ile sağlanır<sup>55</sup>. Buna karşılık kullanıcının yazılım sahibinin yanında taraf sıfatıyla sözleşmede yer almasına da bir engel yoktur. Bu durumda *escrow* sözleşmesi yine iki taraf arasında kurulmakta; ancak taraflardan birini yazılım sahibi ile birlikte kullanıcı oluşturmaktadır<sup>56</sup>. Yazılımın sipariş üzerine üretilmiş bir yazılım değil de standart bir yazılım olması halinde, yazılımı satın alacak çok sayıda kullanıcının, yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasında kurulan sözleşmeye dayanarak gerektiği takdirde kaynak kodu talep edebilmeleri, bunların tamamının sözleşmeye yazılım sahibinin yanında taraf olmaları ile de sağlanabilir<sup>57</sup>. Nihayet *escrow* aracısının yazılım sahibi ve kullanıcı ile hükümlerinin önemli bir kısmı özdeş olan iki farklı sözleşme yapması da mümkündür<sup>58</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi kanunla düzenlenmiş sözleşmelerden değildir. Bu duruma da bağlı olarak, tarafların iradelerini belirli bir kalıp içerisinde açıklamaları zorunluluğu bulunmamaktadır; sözleşme yazılı ya da sözlü olarak ya da bu iki şeklin bir arada kullanılmasıyla kurulabilir<sup>59</sup>. Uygulamada ise özellikle ispat kolaylığı açısından sözleşmenin yazılı şekilde yapılması tercih edilmektedir<sup>60</sup>. *Escrow* sözleşmesinin diğer türlerinde ve kaynak kod *escrow* sözleşmesinde de, her ne kadar

---

<sup>53</sup> Escrow sözleşmesinin taraflarından birini oluşturacak olan escrow aracısının temel sözleşmede taraf sıfatı taşımayışı dikkate alınarak, escrow sözleşmesine ilişkin detayların temel sözleşmede belirlenmesinden kaçınmak daha doğru bir yaklaşımdır (Eisenhut, 110; Gerster, 33; Kırca, 51).

<sup>54</sup> Swanson, 5; Kırca, 49; Schneider/Kast, 4; Meyer (Leonz), 176; Yücel/Üstündağ, 243.

<sup>55</sup> Gosau, 105; Meyer (Leonz), 176; Straub, 838, dpn. 147; Gerster, 51.

<sup>56</sup> Gerster, 6.

<sup>57</sup> Meyer (Leonz), 176; Landy/Mastrobattista, 341.

<sup>58</sup> Gosau, 105.

<sup>59</sup> Meyer, 76.

<sup>60</sup> Borçlar Kanununun genel hükümlerine de (bkz. TBK m. 19/1, BK m. 18/1) uygun olarak sözleşmenin kuruluşunda "escrow" kelimesinin kullanılmış olmasına gerek yoktur. Tarafların bir escrow sözleşmesi kurmak niyetiyle hareket etmiş olmaları, kurulan sözleşmenin escrow sözleşmesi olduğunun kabulü için gerekli ve yeterlidir (McFarland, Alex: Escrow-Intention of Grantor to Deliver-Admissibility in Evidence of Escrow Agent's Opinion, Mississippi Law Journal, 1937-1938 (10), 76).

sözleşme konusu şeyin *escrow* aracısına teslimi gerekmezse de, sözleşmenin kurulmasında bu teslimin bir rolü yoktur. Taraflar karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıkladıkları anda sözleşme kurulmuş olur ve bu andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlar. Kaynak kod üzerindeki doğrudan zilyetliğin *escrow* aracısına geçirilmesi, sözleşmenin kurulmuş olmasının bir sonucu olarak, yazılım sahibinin *escrow* sözleşmesinden doğan yükümlülükleri arasında yer alır<sup>61</sup>.

### C. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN MUHTEVASI

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde yer alacak hükümler, sözleşmenin tarafları arasında serbestçe kararlaştırılır. Bununla birlikte ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların mümkün olduğunca engellenebilmesi için sözleşmede mutlaka yer verilmesi gereken bazı önemli hususlar vardır. Sözleşmenin amacı, bunlardan ilkidir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesi ile kaynak kodun *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilmesinin kararlaştırılması, yazılım sahibinin temel sözleşmeden doğan edimini hiç ya da gerektiği gibi yerine getirmemesi ya da getirememesi durumunda, temel sözleşme dolayısıyla hak sahibi olan kullanıcıya söz konusu edimi bizzat icra etme imkanı vermektedir. Bu sebeple kaynak kod *escrow* sözleşmesi kurulurken, çoğunlukla bir giriş bölümü hazırlanır ve burada temel sözleşmeye atıfta bulunularak kaynak kod *escrow* sözleşmesinin yazılım sahibinin temel sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin temin edilmesi amacıyla kurulmuş olduğu açıkça belirtilir<sup>62</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin tarafları; yazılım sahibi, kullanıcı ve *escrow* aracısı olabilir. Bunun yanı sıra kaynak kod *escrow* sözleşmesinin, kullanıcı taraf sıfatıyla sözleşmeye dahil olmaksızın, yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasında kurulması da mümkündür<sup>63</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde, sözleşme gereğince *escrow* aracısına teslim edilecek taşınırın, başka bir ifadeyle “*escrow* konusu”nun ayrıntılı ve tam bir tarifinin yapılması da gerekir. *Escrow* aracısına teslim edilecek

---

<sup>61</sup> Belirtilmelidir ki bu esas, Kıta Avrupası ülkelerinin hemen hepsi bakımından geçerli olmakla birlikte Anglo-Sakson hukuk sistemine tabi ülkeler uygulamasında sapmalar görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde Florida dahil üzere pek çok eyalet, geçerli bir *escrow*’un söz konusu olabilmesi için sözleşme konusunun mutlak ve geri alınmaz bir şekilde *escrow* aracısına teslim edilmiş olmasını aramaktadır (Meyer, 76).

<sup>62</sup> Neuenschwander, Peter K./Schönberger, Daniel: Das Software Escrow Agreement-Rechtliche Aspekte Checkliste, <http://www.rwi.uzh.ch/oe/zik/archiv/ChecklisteSWEscrowAgreement.pdf>, (erişim 22.11.2011 12:00), 2.

<sup>63</sup> Practice Aid, 25; Neuenschwander/Schönberger, 1.



şey, her zaman bir taşınır eşyadır. Bu taşınır, yazılımın kaynak kodunu, yazılımın geliştirilmesiyle ilgili belgeleri (planlama, protokoller, karar belgeleri gibi) ve sistem belgelerini (teknik talimatlar ve uygulama talimatları, program açıklamaları gibi) içeren doküman veya bunların kaydedildiği bir cd, manyetik band ya da başka herhangi bir dijital taşıyıcı olabilir<sup>64</sup>.

Tarafların kaynak kod *escrow* sözleşmesinden doğacak yükümlülükleri de sözleşmede açıkça kararlaştırılmalıdır. Bu çerçevede olmak üzere kaynak koda ilişkin güncellemelerin hangi aralıklarla yapılacağı, *escrow* ücretinin miktarı, kaynak kodu inceleme yükümlülüğünün kapsamı sözleşmede belirtilir<sup>65</sup>.

*Escrow* aracısı, kaynak kod *escrow* sözleşmesindeki hükümler doğrultusunda kaynak kod üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilir. Bununla birlikte, *escrow* aracısının kaynak kod üzerinde malik sıfatıyla tasarrufta bulunması, sözleşmenin mahiyetine uygun değildir. Bu sebeple *escrow* aracısının kaynak kod üzerinde kullanma ve yararlanma hakkının bulunmadığının sözleşmede açıkça belirtilmesinde fayda vardır<sup>66</sup>.

*Escrow* aracısı, sözleşmede belirlenen durumlardan birinin gerçekleşmesi üzerine, kendisine teslim edilmiş olan kaynak kodu yazılım sahibine iade ya da kullanıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Bu husus kaynak kod *escrow* sözleşmesinin esasını oluşturur. Bu sebeple kaynak kodun teslimini gerektiren durumların taraflarca sınırlayıcı biçimde tek tek belirtilmesi gerekir. Uygulamada kaynak kodun teslimini gerektiren başlıca sebepler; yazılım sahibinin iflası, işletmesinin bir üçüncü kişi tarafından devralınması, kilit noktalarda bulunan personelin (mesela programcının) işten ayrılması, sözleşmenin karşı tarafında yer alan yazılım sahibinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi, sözleşmenin karşı tarafının bir tüzel kişi olması halinde tüzel kişiliğin kaybı, temel sözleşmeden doğan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, temel sözleşmenin taraflarının ortak talimatı ve nihayet kaynak kodun teslimini gerektiren durumlardan hiçbiri gerçekleşmeksizin belirlenen sürenin dolması ile *escrow* sözleşmesinin sona ermesidir<sup>67</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, taraflar arasında sürekli bir hukuki ilişki kurar. Bu ilişki, *escrow* aracısının sözleşmede belirlenen durumlardan

---

<sup>64</sup> Meyer (Leonz), 177; Gosau, 107; Neuenschwander/Schönberger, 2.

<sup>65</sup> Siegel, 406; Meyer (Leonz), 182.

<sup>66</sup> Feil, 4; Gosau, 107.

<sup>67</sup> Gerster, 120; Mezrich, 119; Neuenschwander/Schönberger, 2; Gosau, 108.

birinin gerçekleşmesi üzerine kaynak kodu yazılım sahibine iade veya kullanıcıya teslim etmesiyle sona erebileceği gibi, tarafların sözleşmede kararlaştıracakları belirli sürenin dolmasıyla da sona erebilir. Sözleşmeyi bir süreye bağlamak isteyen tarafların bu süreyi açıkça kararlaştırmış olmaları zorunludur<sup>68</sup>.

## **D. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin hukuki niteliği belirlenirken üzerinde durulması gereken üç husus vardır. Birinci olarak, sözleşmenin, bünyesinde barındırdığı hükümler sebebiyle benzerlik gösterdiği belli başlı hukuki ilişkiler karşısındaki durumunun belirlenmesi ve bu ilişkilerin tabi olduğu hükümlerin doğrudan doğruya *escrow* ilişkilerine de uygulanmasının mümkün olup olmadığının ortaya konulması gerekir. Taraflarını yazılım sahibi ve *escrow* aracısının oluşturduğu *escrow* ilişkilerinde, kullanıcının, tarafı olmadığı bu hukuki ilişki dolayısıyla hak elde edebilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme yapısına dayanmaktadır. Bu sebeple yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasındaki üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisi, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken üzerinde durulması gereken ikinci husustur. Sözleşmenin hukuki niteliğine dair zorunlu olarak ele alınması gereken üçüncü husus ise kaynak kod *escrow* sözleşmesinin isimsiz sözleşmeler arasında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

### **1. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Ayırt Edilmesi**

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, muhtevası ve özellikleri itibarıyla saklama (*vedia*), vekalet ve teminat için tevdi sözleşmeleriyle benzerlik arz eder. Aşağıda kaynak kod *escrow* sözleşmesiyle bu sözleşmeler arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya konularak, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin bu sözleşmelerden ayırt edilmesine çalışılacaktır.

#### **a. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin Saklama (*Vedia*) Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi**

Saklama (*vedia*) sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 561/I, BK m. 463/I). Saklatan, sözleşmenin ifasının zorunlu kıldığı bütün masrafları ödemek ve saklayanın saklamadan doğan

---

<sup>68</sup> Neuenschwander/Schönberger, 2; Gerster, 126.

zararlarını gidermekle yükümlüdür. Saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklanana kullanamaz (TBK m. 563/I, BK m. 465/I); sözleşmede bir süre belirlenmiş olması halinde, bu sürenin sona ermesinden önce saklanana geri vermesi de mümkün değildir (TBK m. 565/I, BK m. 467/I) . Bununla birlikte sözleşmede bir süre belirlenmiş olsa bile, saklatanın her zaman ileri sürebileceği geri alma talebi üzerine saklanana iade etmeye mecburdur (TBK m. 564, BK m. 466/I). Birden çok kişi saklanmak üzere bir şeyi verdikleri takdirde, saklayan, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça veya saklatanların hepsinin rızası olmadıkça, saklanana onlardan birine vermekle diğerlerine karşı sorumluluktan kurtulamaz (TBK m. 565/III)<sup>69</sup>.

Saklama sözleşmesi ile kaynak kod *escrow* sözleşmesinin ortak noktaları, sözleşmenin tanımında teknik anlamda “saklama” teriminin kullanılmasını haklı gösterecek kadar fazladır. Gerçekten saklama sözleşmesinde saklayanın yükümlülükleri ile kaynak kod *escrow* sözleşmesinde *escrow* aracısının yükümlülükleri hemen hemen aynıdır. Her iki sözleşmede de bir taşınır eşya, güvenli bir yerde saklanmak üzere, bir başkasına bırakılmaktadır<sup>70</sup>. Saklananın saklayan tarafından kullanılması -saklama sözleşmesinde kural olarak- mümkün değildir; *escrow* aracısı da kendisine bırakılan taşınırı kullanamaz. Saklama sözleşmesinde saklayanın, *escrow* sözleşmesinde de *escrow* aracısının, saklanmak üzere kendilerine bırakılan şeyi, kararlaştırılan şartların gerçekleşmesinden ya da sürenin dolmasından önce geri vermeleri de esas olarak söz konusu değildir<sup>71</sup>. Bu önemli benzerliklere rağmen iki sözleşmeyi birbirinden farklı kılan husus, hiç şüphesiz sözleşmelerin amacı ile ilgilidir. Saklama sözleşmesinde, taşınır eşyanın saklayana teslim edilmesinde asıl amaç saklama amacıdır ve bu unsur, sözleşmenin esaslı unsurudur. Temelde başka bir amacın bulunması, taraflar arasındaki ilişkiyi saklama sözleşmesi olmaktan çıkarır. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde ise temeldeki amaç saklama değil, teminat amacıdır. Bu yönüyle saklama sözleşmesi, *escrow* sözleşmesinden kesin olarak ayrılır<sup>72</sup>. Saklatan lehine öngörülmüş olan geri isteme hakkı da saklama sözleşmesinin, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin niteliği ile uyuşmayan önemli bir özelliğidir. Her ne kadar belirlenmiş olan sürenin

---

<sup>69</sup> Saklama (vedia) sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiftik, Mustafa: Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007.

<sup>70</sup> Straub, 838; Kirca, 54.

<sup>71</sup> Eisenhut, 55.

<sup>72</sup> Gerster, 80; Eisenhut, 25; Kirca, 54.

dolmasından önce saklanana geri veremezse de, saklama sözleşmesinde bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde bile, saklayan, saklatanın her zaman ileri sürebileceği talebi üzerine saklanana iade etmeye mecburdur. Buna karşılık *escrow* aracısı, sözleşmede belirlenen ve kaynak kodun iadesini ya da kullanıcıya teslimini gerektiren durumlar gerçekleşmedikçe, kodu muhafaza etmekle yükümlüdür. Bunun aksi, *escrow* sözleşmesinin teminat amacı ile bağdaşmaz<sup>73</sup>.

Türk Borçlar Kanununda “Genel Saklama Sözleşmesi” başlığı altında düzenlenmiş olması hasebiyle burada değerlendirilebilecek bir başka ilişki, “Güvenilir Kişiye Bırakma”dır. Kanuna göre güvenilir kişiye bırakma (yed-i emine tevdi), birden çok kişinin, haklarını korumak üzere, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan şeyi, bir güvenilir kişiye bırakmaları durumunu ifade eder (TBK m. 569, BK m. 471). Kanunun metninden açıkça anlaşıldığı üzere, güvenilir kişiye bırakma ilişkisi, öncelikle hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan bir şeyin varlığını gerektirir; böylece güvenilir kişiye bırakmanın esaslı şartı, bırakılan şey üzerinde bir ihtilafın bulunması veya hukuki durumun belirsiz olmasıdır<sup>74</sup>. *Escrow* sözleşmesinde ise muhafaza edilmek üzere *escrow* aracısına bırakılan kaynak kodun hukuki durumu üzerinde herhangi bir ihtilaf ya da belirsizlik söz konusu değildir. İki hukuki ilişki arasındaki bu esaslı farklılık, *escrow* aracısının genel saklama sözleşmesi anlamında “güvenilir kişi” ve *escrow* ilişkisinin de “güvenilir kişiye bırakma” olarak nitelendirilmesine manidir<sup>75</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin hukuki açıdan saklama (vedia) sözleşmesiyle nitelendirilemeyeşi, saklama sözleşmesinin hükümlerinin, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kaynak kod *escrow* sözleşmesine uygulanmasına engel teşkil etmez<sup>76</sup>.

## **b. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi**

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin hukuki niteliği itibarıyla bir vekalet sözleşmesinden ibaret olduğu da düşünülebilir. Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği

<sup>73</sup> Kırca, 54. Sözleşmede kaynak kodun iadesini ya da kullanıcıya teslimini gerektiren sebeplerin yeterince açık bir biçimde belirlenmemiş olması durumunda bile *escrow* aracısı ancak yazılım sahibi ile kullanıcının ortak talimatına dayanarak kodu bunlardan birine teslim edebilir (Eisenhut, 178).

<sup>74</sup> Yener, Mehmet Deniz: Vedia Sözleşmesi, İstanbul 2008, 21.

<sup>75</sup> İsviçre ve Alman hukukları bakımından benzer değerlendirme ve sonuç için bkz. Eisenhut, 167.

<sup>76</sup> Gerster, 80; Kırca, 54.

sözleşmedir (TBK m. 502/I, BK m. 386/I). Vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmek, üstlendiği iş ve hizmetleri vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmek ve vekalet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür (TBK m. 506, BK m. 389, 390).

*Escrow* aracısı, özellikle sadakat ve özen yükümlülüğü altında oluşu bakımından vekile benzer; tıpkı vekil gibi, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini karşı tarafın menfaatlerine uygun bir biçimde, sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır<sup>77</sup>. Vekilin vekalet veren karşısındaki bağımsızlığı da *escrow* aracısının durumu ile örtüşür<sup>78</sup>. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinden doğan borçlar, kaynak kod *escrow* sözleşmesine kıyasla çok daha geniş kapsamlıdır. Vekalet sözleşmesinde tarafların sahip oldukları, sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirmeye imkanının kaynak kod *escrow* sözleşmesi için aynen kabul edilmesi de mümkün değildir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde *escrow* aracısının sözleşmede belirlenen durumlardan biri ortaya çıkmadan kaynak kodu yazılım sahibine iade ya da kullanıcıya teslim etmesi, sözleşmenin mahiyetiyle bağdaşmaz<sup>79</sup>. Nihayet, iki sözleşme arasındaki en önemli farklılık ve kaynak kod *escrow* sözleşmesi açısından ayırt edici özellik olarak belirtmek gerekir ki, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin amacı, temel sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden doğan haklarının teminat altına alınmasıdır<sup>80</sup>. Yine de bu durum, vekalet sözleşmesi hükümlerinin gerektiğinde kaynak kod *escrow* sözleşmesine kıyasen uygulanmasına engel teşkil etmez<sup>81</sup>.

### **c. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin Teminat İçin Tevdi Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi**

Teminat için tevdi sözleşmesi, alacağın teminat altına alınması amacıyla bir taşınır eşyanın üçüncü kişiye teslim edilerek onun tarafından saklanmasını öngörür. Taşınır eşyayı saklayan üçüncü kişi (tevdi edilen), teminat altına alınmak istenen alacağın muaccel olması durumunda, sakladığı bu eşyayı alacaklıya verir ya da başka bir değerlendirme şekli için onun emrine hazır tutar<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Eisenhut, 35.

<sup>78</sup> Kırca, 55; Gerster, 85.

<sup>79</sup> Kırca, 60.

<sup>80</sup> Neuenschwander/Schönberger, 1; Eisenhut, 166.

<sup>81</sup> Eisenhut, 166.

<sup>82</sup> Kırca, 56.

Teminat için tevdi sözleşmesi, amacının saklama değil, teminat olmasıyla kaynak kod *escrow* sözleşmesine yaklaşır. Sözleşmelerin yapısı ve özellikle sözleşme ile ilgili olan kimseler itibarıyla da teminat için tevdi sözleşmesi ile kaynak kod *escrow* sözleşmesi arasında bir benzerlik söz konusudur. Her iki sözleşmede de, temel sözleşmenin tarafları ve taşınır eşyanın kendisine teslim/tevdi edildiği bir üçüncü kişi vardır. Teminat için tevdi sözleşmesinde “tevdi edilen”, kaynak kod *escrow* sözleşmesinde “*escrow* aracısı” olarak isimlendirilen bu üçüncü kişi, her iki sözleşmede de, kendisine tevdi olunan taşınır eşyayı teslim almak ve bunları sözleşmede öngörülen esaslar çerçevesinde muhafaza etmekle yükümlüdür. Nihayet her iki sözleşmenin de bir temel sözleşme ile farklı biçimlerde de olsa ilişki içerisinde bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Teminat için tevdi ferî nitelik taşır; varlığı, doğuşu ve sona erişî bakımından temin ettiği alacağa bağlıdır. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin bu şekilde ferî bir sözleşme niteliği taşıdığını genel bir kural olarak kabul etmek mümkün değilse de<sup>83</sup>, temel sözleşmede yer alan kayıtlar sebebiyle *escrow* sözleşmesi ile temel sözleşme arasında her halde bir bağlantı bulunduğu da inkar edilemez<sup>84</sup>.

116

İki sözleşme arasındaki benzerliklere rağmen kaynak kod *escrow* sözleşmesinin teminat için tevdi ile nitelendirilmesi de mümkün değildir. Teminat için tevdi sözleşmesinde alacaklı lehine rehin hakkı kurulmak istenmektedir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde ise *escrow* aracısına teslim edilen kaynak kodun rehin fonksiyonu yoktur. Bu sebeple taşınır rehinine ilişkin kurallar *escrow* sözleşmesine uygulanamaz<sup>85</sup>.

## 2. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Özelliği

Taraflarca ifanın üçüncü bir kişiye yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmeler “üçüncü kişi yararına sözleşme” olarak isimlendirilir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, bağımsız bir sözleşme tipi değildir; sözleşmede bir edimin, sözleşmenin taraflarından başka bir kimseye ifa edilmesinin üstlenildiği durumların tümünü kapsayan genel bir kavramdır. Böylece kanunda düzenlenmiş ya da düzenlenmemiş herhangi bir sözleşmenin, üçüncü kişi yararına sözleşme oluşturacak şekilde yapılması mümkündür<sup>86</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesi de, yazılım

---

<sup>83</sup> Eisenhut, 159.

<sup>84</sup> Kırca, 58.

<sup>85</sup> Kırca, 58.

<sup>86</sup> Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, 826.

sahibi ile *escrow* aracısı arasında kurulduğu ve kullanıcı taraf sıfatını taşımadığı takdirde, üçüncü kişi yararına sözleşme özelliği taşır. Taraflarını yazılım sahibi ile *escrow* aracısının oluşturduğu kaynak kod *escrow* sözleşmesinde, “kaynak kodun teslimi” şeklinde ifade edilebilecek edimin, bu sözleşmeye nazaran üçüncü kişi durumunda olan kullanıcıya ifa edilmesi kararlaştırılmaktadır<sup>87</sup>. Bu ilişkide, üçüncü kişi yararına sözleşmenin terminolojisi ile, yazılım sahibi vaadettiren, *escrow* aracısı vaadeden ve kullanıcı da üçüncü kişidir. Üçüncü kişiye ifa edilmesi kararlaştırılan edim, şarta bağlanmıştır; kaynak kodun teslimi, ancak sözleşmede kararlaştırılan belirli durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde talep edilebilir<sup>88</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde kararlaştırılan durumlardan birinin gerçekleşmesi üzerine kaynak koda erişiminin sağlanmasını bizzat kullanıcı da talep edebileceğinden, yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasındaki hukuki ilişkinin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu nitelendirme ile bağlantılı olarak, *escrow* sözleşmesinin teminat amacı açısından problem yaratabilecek bir husus, üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından, vaadettirenin bu sözleşmeden üçüncü kişi yararına doğan hak üzerinde sahip bulunduğu tasarruf imkanındır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulması, yararlanan üçüncü kişiye bir alacak hakkı kazandırır. Ancak üçüncü kişinin, taraf olmadığı bir sözleşmeden dolayı elde ettiği bu alacak hakkını kullanacağını vaadedene bildirmesine kadar geçecek sürede, vaadettiren bu hak üzerinde tasarruf edebilir. Vaadettirenin edimin yerine getirileceği hususunda ayrı bir sözleşme ile yararlanana karşı taahhütte bulunmuş olması, tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz<sup>89</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesi cephesinden bu, yazılım sahibinin *escrow* aracısı ile yaptığı sözleşmedeki taraf sıfatına dayanarak, kullanıcının bu sözleşmeden doğan alacak hakkı üzerinde tasarruf

---

<sup>87</sup> Eisenhut, 21.

<sup>88</sup> Kaynak kodun kullanıcıya teslimi için belirlenmiş olan şart gerçekleşmez, bunun yerine mesela kararlaştırılmış olan sözleşme süresi dolarsa, *escrow* aracısı kodu yazılım sahibine iade etmek zorundadır. Bu durum üçüncü kişi yararına sözleşmenin yapısıyla çelişmez; vaadettirenin, bazı durumlarda ifanın kendisine yapılmasını isteyebileceği, özellikle tarafların sözleşmeyi kurarken bu hususta anlaşmış olmaları halinde, kabul edilmektedir (Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, 112; Oğuzman/Öz, 831, dpn. 124).

<sup>89</sup> Oğuzman/Öz, 832.

edebileceği ve hatta *escrow* aracısını ibra ederek kaynak kodu teslim borcundan kurtarabileceği anlamına gelmektedir<sup>90</sup>.

Teminat amacının kaynak kod *escrow* sözleşmesinin esaslı bir unsuru olduğu dikkate alındığında, yazılım sahibinin kullanıcının alacak hakkı üzerindeki tasarruf imkanının sınırlanması zorunluluğu açıktır. Böyle bir sınırlama için yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasındaki sözleşmenin, amacına ve niteliğine uygun olarak, her zaman, yazılım sahibinin “yararlanma kaydını geri alma hakkı” şeklinde de ifade edilebilecek olan söz konusu tasarruf hakkından feragati altında yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu şekilde yazılım sahibi, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin kurulması ile kullanıcı lehine doğan alacak hakkı üzerinde tasarruf etme imkanından yoksun bırakılmış olacaktır<sup>91</sup>.

### 3. Kaynak Kod Escrow Sözleşmesinin İsimsiz Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, Borçlar Kanununda ya da bir özel kanunda düzenlenmemiş olduğundan, isimsiz sözleşme niteliği taşımaktadır<sup>92</sup>.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlar ile kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin herhangi birine ait olmayan bir unsurun bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulmuş bir sözleşmedir. Sözleşmenin isimsiz sözleşmeler arasında hangi gruba girdiği meselesi ise, isimsiz sözleşmelerin sınıflandırılması konusunda doktrinde bir birlik sağlanamamış olduğundan, tartışmalıdır. Bununla birlikte hakim görüş benimsenerek karma sözleşmelerin tabi olacağı hükümlerin tespitinde kıyasen uygulama ve yaratma görüşü

---

<sup>90</sup> Yazılım sahibi ile kullanıcı arasında akdedilmiş olan temel sözleşmede, yazılım sahibinin kullanıcıya, *escrow* aracısı ile yapacağı kaynak kod *escrow* sözleşmesinin yararlanacağı ve kararlaştırılan şartlar gerçekleştiğinde kodun kendisine teslimini sağlayacağını taahhüt etmiş olması da durumu değiştirmez. Ancak üçüncü kişi yararına sözleşme hükümleri gereği, yararlanan durumundaki kullanıcının, kaynak kod *escrow* sözleşmesinden lehine doğan hakkı kullanmak istediğine dair bildirimde bulunmasıyla, vaadeden yazılım sahibinin bu hak üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkar ve bildirim yapıldığı andan itibaren, vaadettirenin tek tarafı olarak veya vaadeden ile anlaşarak yapacağı her türlü tasarruf, yararlanan üçüncü kişinin alacak hakkını etkilediği oranda kendiliğinden geçersiz olur. Hukuki işlem benzeri bir fiil niteliği taşıyan ve alacağın muacceliyetinden önce de yapılması mümkün olan bu bildirim, şekle tabi değildir. Bildirimin kural olarak vaadedene yöneltilmesi gerekir; ancak bu yapılmamış olsa da, vaadeden yararlananın hakkını kullanmak istediğini başka bir yolla öğrenmiş bulunursa, dürüstlük kuralları gereği vaadettirenin geri alma hakkının ortadan kalkacağı kabul edilebilir (Oğuzman/Öz, 833).

<sup>91</sup> Eisenhut, 22.

<sup>92</sup> Gerster, 92; Eisenhut, 93; Kırca, 59.



uygulandığında, sözleşmenin nitelendirilmesi ile ilgili bu tartışmanın pratik önemi kalmamaktadır<sup>93</sup>.

### III. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### A. YAZILIM SAHİBİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kaynak kodu, sözleşmede belirlenen durumlardan biri gerçekleşinceye ya da *escrow* ilişkisi başka bir sebepten sona erinceye kadar muhafaza edilmek üzere *escrow* aracısına bırakan tarafın *escrow* sözleşmesinden doğan başlıca yükümlülükleri; kaynak kodu uygun bir veri taşıyıcı içerisinde *escrow* aracısına teslim etmek, karşılaştırılan aralıklarla güncellemek ve sözleşmede belirlenen bir ücreti faaliyetine karşılık olmak üzere *escrow* aracısına ödemektir.

#### 1. Kaynak Kodu Escrow Aracısına Teslim Yükümlülüğü

Kaynak kod *escrow* sözleşmesinde *escrow* aracısının karşısında yer alan tarafın temel yükümlülüğü, sözleşmenin amacına uygun biçimde, kaynak kodu içeren bir veri taşıyıcısını *escrow* aracısına teslim etmektir<sup>94</sup>. *Escrow* sözleşmesinin diğer türlerinden farklı olarak kaynak kod *escrow* sözleşmesi, yazılım sahibinin kaynak kod üzerindeki fiili hakimiyetinin sona erdirilmesini gerektirmez. Esasen *escrow* aracısına teslim edilen, kaynak kodun sadece bir kopyasıdır. Burada sözleşmenin amacı açısından önem arz eden husus, *escrow* aracısının ve dolayısıyla gerektiğinde kullanıcının kaynak koda erişebilmesidir<sup>95</sup>.

Yazılım sahibinin kaynak kodu okunabilir durumda ve virüs gibi zararlı yazılımlardan arındırılmış olarak teslim etmesi gerekir<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Kırca, 59; Eisenhut, 93. Kıyasen uygulama ve yaratma görüşü uyarınca, sözleşmeye ilişkin olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlıkta hakim, öncelikle sözleşmeyi ve taraf iradelerini dürüstlük kuralları çerçevesinde yorumlayacak, yorum faaliyeti sonucunda tarafların gerçek iradelerini tespit edemediği takdirde Borçlar Kanununun genel hükümlerine başvuracak, genel hükümlerin de ihtilafın çözümünde yetersiz kalması halinde ise örf ve adet hukuku kurallarını uygulayacaktır. Somut olaya uygulanacak bir örf ve adet hukuku kuralının da bulunmaması, Borçlar Kanununun özel hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektirir. Anılan yöntemlerin hiçbirinin çözüme götürmemesi, şüphesiz ihtilafın hakim in hukuk yaratması ile çözümlenmesinin zorunlu olduğu anlamına gelecektir (Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, 138; Kırca, 60).

<sup>94</sup> Landy/Mastrobattista, 342.

<sup>95</sup> Practice Aid, 22.

<sup>96</sup> Sonraki programcıların kaynak kodun yapısını anlayabilmeleri için yazılımın oluşumu ile ilgili diğer dokümanlar da teslim edilmeli; bunun yanı sıra yazılımın gerektiğinde kullanılabilmesi için hangi sistem ve programlara ihtiyaç duyulacağı da belirtilmelidir (Meyer (Leonz), 177).

## 2. Kaynak Kodu Güncelleme Yükümlülüğü

*Escrow* aracısı nezdinde muhafaza ediliyor olması, bir yazılımın sözleşme gereğince *escrow* aracısına teslim edildiği haliyle kalacağı anlamına gelmez. Yazılımda mevcut hataları ortadan kaldırmak için küçük düzeltmeler ve güncellemeler yapılabilir ve çoğu zaman bu tür çalışmaların sonunda yazılımın yeni bir versiyonu ya da bir üst sürümü oluşturulur. Kaynak kodun kendisine teslimi durumunda kullanıcının bu kodu kullanarak yazılım üzerinde çalışabilmesi için, her defasında kaynak kodun en yeni, en son güncellenmiş versiyonunun *escrow* aracısına ulaştırılması gerekir. Bu sebeple kaynak kod *escrow* sözleşmesi, yazılım sahibinin belirli aralıklarla kaynak kodu güncelleme yükümlülüğünü de içerir<sup>97</sup>.

## 3. Escrow Ücretini Ödeme Yükümlülüğü

*Escrow* aracısı, verdiği hizmet karşılığında bir ücret talep etme hakkına sahiptir. Bu ücretin miktarı ya bir yüzdelik oran şeklinde belirlenir ya da *escrow* aracısının yerine getirmekle yükümlü olduğu edimlere bağlı olarak sabit bir para miktarı kararlaştırılır. Bazı *escrow* araçlarının bunlara ek olarak bir yıllık ücret talebinde bulduklarına da rastlanmaktadır<sup>98</sup>. Bunun yanı sıra, her bir somut faaliyet için ek ücret talebi de söz konusu olabilir<sup>99</sup>.

## B. ESCROW ARACISININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*Escrow* aracısının kaynak kod *escrow* sözleşmesinden doğan yükümlülükleri; kaynak kodu güvenli bir şekilde muhafaza etmek, kaynak kodun okunabilir olup olmadığını incelemek, kaynak koda yetkisiz erişimi engellemek ve sözleşmede kararlaştırılan durumlardan biri gerçekleştiği takdirde kaynak kodu yazılım sahibine iade veya kullanıcıya teslim etmektir.

### 1. Kaynak Kodu Muhafaza Yükümlülüğü

*Escrow* aracısı, kaynak kod *escrow* sözleşmesi gereğince kendisine teslim edilen kaynak kodu ve ilgili belgeleri muhafaza etmek yükümlülüğü

---

<sup>97</sup> Landy/Mastrobattista, 342; Meyer (Leonz), 177. Escrow sözleşmelerinde yazılım sahibinden güncellenmiş kaynak kodu talep etme yükümlülüğünün *escrow* aracısına yüklendiğine de rastlanmaktadır (Eisenhut, 180).

<sup>98</sup> Meyer (Leonz), 182.

<sup>99</sup> Örneğin *escrow* aracısının bir güncelleme alması ya da sözleşmedeki durumlardan birinin gerçekleşmesi üzerine kaynak kodu yazılım sahibine iade ya da kullanıcıya teslim etmesi, ek ücret gerektirir (Meyer (Leonz), 182).

altındadır. Muhafaza yükümlülüğü esas olarak kaynak kodun gerektiğinde kullanıcının erişimine açılmak üzere hazır bulundurulmasına yöneliktir<sup>100</sup>. Bu sebeple *escrow* aracı öncelikle sözleşme konusu kaynak kodun ve ilgili belgelerin elverişli koşullarda saklanmasını sağlamak zorundadır. Kaynak kodun muhafazası amacıyla kullanılan tesisler çoğunlukla yeraltında ve merkezden uzak bölgelerde yer alan, modern teknolojiyle donatılmış yapılardır. Bununla birlikte özellikle disk ya da bant gibi manyetik depolama araçlarının zaman içerisinde bozulma eğilimi göstermeleri, *escrow* aracısının muhafaza yükümlülüğünü yerine getirmesini zorlaştırmaktadır<sup>101</sup>. Bu duruma bağlı olarak *escrow* aracı söz konusu tesislerde düzenli olarak ısı ve nem kontrolü yapmak ve bir yandan da kaynak kodu ve ilgili belgelerin hırsızlığa, şiddet eylemlerine, yangın ve sel gibi olağanüstü durumlara karşı korunmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür<sup>102</sup>.

Sözleşmede, kaynak kodun ve ilgili belgelerin zayi olmaları ya da zarar görmeleri durumunda, kaynak kod *escrow* sözleşmesiyle güdülen amaca uygun biçimde, yazılım sahibinin bir ikame kopya temin etmek zorunda olduğunu öngören hükümlere yer verilmektedir<sup>103</sup>.

## 2. İnceleme Yükümlülüğü

Kaynak kod genellikle kapalı bir kutu ya da zarf içerisinde *escrow* aracısına teslim edilir. Aracı tarafından muhafaza edilmek üzere teslim alınan bu kapalı kutu içerisinde gerçekten kaynak kodun mevcut olup olmadığı, mevcut ise bile sözleşmede belirlenen durumlardan biri ortaya çıkıp kaynak koda erişim sağlandığında kullanıcının kaynak kodu analiz edip edemeyeceği, sözleşmenin amacı açısından son derece önemlidir<sup>104</sup>. Bu sebeple kaynak kodun saklanmak üzere teslim edilmesi sırasında incelenmesi gerekir. Söz konusu incelemenin *escrow* aracı tarafından yapılması teorik olarak zorunlu değilse de yazılım sahibinin yapacağı inceleme kullanıcıyı tatmin etmeyeceğinden, kullanıcının kaynak kodu incelemesi ise yazılım sahibinin hakları bakımından güvenli olmayabileceğinden, uygulamada kaynak kodun incelenmesini *escrow* aracı gerçekleştirir<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> Meyer (Leonz), 179.

<sup>101</sup> Mezrich, 121; Eisenhut, 174.

<sup>102</sup> Feil, 4; Siegel, 406; Mezrich, 122; Meyer (Leonz), 179.

<sup>103</sup> Meyer (Leonz), 179.

<sup>104</sup> Eisenhut, 174.

<sup>105</sup> Siegel, 405; Eisenhut, 174.

Kaynak kodun incelenmesi sırasında öncelikle yazılımın virüs içerip içermediği tespit edilir. Bunun ardından yazılımın okunabilir olup olmadığı incelenmesi gerekir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesiyle gerçekleştirilmek istenen temel amaç, kaynak koda erişim hakkı elde eden kullanıcının, yazılım sahibinin müdahalesi ya da yardımı gereksiz koddan yararlanarak yazılım üzerinde çalışabilmesinin sağlanmasıdır. Hal böyle olunca yazılım sahibinin *escrow* aracısına okunabilir olmayan bir kaynak kod teslim etmesi, sözleşmenin henüz bu aşamada ihlali anlamına gelir. İncelemenin son aşaması, sıkıştırılmış verinin çözülebilir olup olmadığıdır. *Escrow* aracısının, bu temel incelemenin yanı sıra yazılıma ilişkin belgeleri ve taraflarca belirlenen özel bazı hususları da incelemekle yükümlü olduğu sözleşmede ayrıca kararlaştırılabilir<sup>106</sup>.

### 3. Sadakat Yükümlülüğü

*Escrow* aracısı ile yazılım sahibi arasında güvene dayanan bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Buna göre *escrow* aracısı, sır saklama yükümlülüğünün bir gereği olarak kaynak kodun kopyasını gizli tutmak ve yetkisiz erişime karşı korumak zorundadır. Aksi takdirde kaynak kod bir ticari sır niteliğini taşıdığından, yazılım sahibinin bu durumdan doğan zararlarını *escrow* aracısından talep etme hakkı doğacaktır<sup>108</sup>. *Escrow* aracısının bilgi verme ve özen gösterme yükümlülükleri de sadakat yükümlülüğünün kapsamına dahildir<sup>109</sup>.

### 4. Kaynak Kodu Kullanıcıya Teslim Yükümlülüğü

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, yazılıma ait kaynak kodun, kararlaştırılan durumlardan birinin gerçekleşmesine kadar *escrow* aracısı tarafından muhafaza edilmesini öngörür. Kararlaştırılan durumun gerçekleşmesinin ardından *escrow* aracısının yükümlülüğü, kullanıcının kaynak koda erişimini sağlamaktır<sup>110</sup>. Bu hususta uygulamada ortaya çıkan iki önemli problemden söz etmek gerekir. Bunlardan birincisi, sözleşmede kararlaştırılan durumun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak yazılım sahibi ile kullanıcı arasında ihtilafın söz konusu olmasıdır. İkinci problem ise kaynak koda erişim sağlanması için sözleşme

---

<sup>106</sup> Siegel, 406.

<sup>107</sup> Yeomans, Richard D.: Escrow Agent Liability: A Trial Lawyer's Perspective, State Bar of Texas, 32nd Annual Advanced Real Estate Law Course, Chapter 38, July 2010, San Antonio, 3.

<sup>108</sup> Meyer (Leonz), 182; Eisenhut, 179; Feil, 4; Mezrich, 128.

<sup>109</sup> Yeomans, 3.

<sup>110</sup> Landy/Mastrobattista, 343; Eisenhut, 175.

gereğince yazılım sahibinin onayına ihtiyaç duyulan hallerde, yazılım sahibinin onay vermekte gecikmesi ve böylece kullanıcının zarara uğramasıdır<sup>111</sup>.

Yazılım sahibi ile kullanıcı arasında ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilaflara ilişkin olarak belirtmek gerekir ki *escrow* aracısının kullanıcının kaynak koda erişimini gerektirecek bir durumun ortaya çıkmış olup olmadığına karar vermek yükümlülüğü ve yetkisi yoktur<sup>112</sup>. Böyle bir durumun ortaya çıkmış olduğunu *escrow* aracısına ispat etmesi gereken, kullanıcıdır<sup>113</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin taraflarını yazılım sahibi ile *escrow* aracısının oluşturduğu, dolayısıyla sözleşmede taraf sıfatına sahip olmadığı durumlarda kullanıcı, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin yararlananı olarak, söz konusu durumun gerçekleştiğini ispatlamak kaydıyla koda erişiminin sağlanmasını talep edebilir. Kullanıcının sözleşmenin taraflarından biri olduğu hallerde ise doğrudan doğruya taraf sıfatından doğan hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi söz konusudur<sup>114</sup>.

Yazılım sahibinin onay vermekte gecikmesi sebebiyle kullanıcının zarar görmesinin önlenmesi, kaynak kod *escrow* sözleşmesine bu yönde konulacak bir hükümle mümkün olabilir. Uygulamada yazılım sahibine kullanıcının erişim talebine itiraz etmesi için belirli bir süre tanınmakta, bu süre zarfında itiraz etmeyen yazılım sahibinin kaynak kodun kullanıcıya teslimini onayladığı kabul edilmektedir<sup>115</sup>.

Kaynak kodu teslim yükümlülüğünü doğuracak durumların bir kısmının (*harte Herausgabegründe*) belgelerle ispat edilmesi her zaman mümkündür. Yazılım sahibinin iflası, işletmesini devretmesi ya da ticareti terk etmesi gibi durumlar böyledir. Buna karşılık yazılım

---

<sup>111</sup> Mezrich, 125; Landy/Mastrobattista, 341.

<sup>112</sup> Meyer, 79.

<sup>113</sup> Yücel/Üstündağ, 246.

<sup>114</sup> Eisenhut, 21.

<sup>115</sup> Mezrich, 126. Yazılım sahibinin kaynak kodun teslimine itiraz edip etmemesi, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin tam ya da eksik üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde nitelendirilmesiyle ilgili değildir. Burada ihtilaf konusu mesele, kullanıcının kaynak kodun teslimini bizzat talep etme hakkının bulunup bulunmadığı değil, sözleşmede kararlaştırılan belirli durumun gerçekleşmesi erteleyici şartına bağlanmış bu hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurup doğurmadığı, başka bir ifadeyle kullanıcının yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasında akdedilen sözleşmede kendisine tanınmış olan kaynak koda ulaşımı talep etme hakkının bağlandığı erteleyici şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hususundadır. Kaynak kod *escrow* sözleşmelerinde yer alan ve yazılım sahibinin kullanıcının kaynak koda erişimini onaylamasını gerektiren hükümler, *escrow* aracısının, yazılım sahibi ile kullanıcı arasında doğabilecek uyumsuzluklarda kendi durumunu rahatlatma ihtiyacının sonucudur.

sahibinin bakım yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da yazılım üzerindeki tüm hakların bir üçüncü kişiye devredildiği hallerde devralanın yazılıma ilişkin bakım-destek hizmetlerini devam ettirmek konusunda istekli olmaması gibi durumların (*weiche Herausgabegründe*) ispatı daha zordur<sup>116</sup>.

#### IV. KAYNAK KOD ESCROW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, sözleşmede belirlenmiş olduğu takdirde sözleşme süresinin dolması<sup>117</sup> ile ya da taraflarca kararlaştırılan şartlardan birinin gerçekleşmesi üzerine kaynak kodun, duruma göre yazılım sahibine iadesi ya da kullanıcıya teslimi ile sona erer<sup>118</sup>. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin özelliği gereği, temel sözleşmenin taraflarını oluşturan yazılım sahibi ve kullanıcının ortak talimatı ile de her zaman kaynak kodun iadesi/teslimi talep edilerek sözleşme sona erdirilebilir<sup>119</sup>. Bunların yanı sıra kaynak kod *escrow* sözleşmesinin taraflar arasında kurduğu hukuki ilişkinin sürekli bir ilişki olduğu dikkate alınır<sup>120</sup>, taraflardan her birinin haklı bir sebebe dayanmak kaydıyla tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceğini de kabul etmek gerekir<sup>121</sup>. Ancak böyle bir kabulün, *escrow* sözleşmelerinin esasını oluşturan teminat amacını tehlikeye düşüreceği açıktır. Bu sebeple doktrinde, sözleşmenin haklı sebebe dayanılarak feshedilmesini mümkün kılan bu hakkın yalnızca haklı sebebin kişilik haklarının aşırı ölçüde sınırlandırılması biçiminde ortaya çıktığı durumlara hasredilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>122</sup>. Esasen kaynak kod *escrow* sözleşmesinin üçüncü kişi

<sup>116</sup> Siegel, 405; Feil, 5.

<sup>117</sup> Gerster, 126.

<sup>118</sup> Eisenhut, 121. Kaynak kodun kullanıcının erişimine açılmasını gerektiren durumlar, kaynak kod *escrow* sözleşmesi bakımından teknik anlamda "bozucu şart" niteliği taşımaz ve böylece kaynak kodun kullanıcının erişimine açılmasıyla sonuçlanan bu durumların gerçekleşmesi, sözleşmeyi sona erdiren sebepler olarak değerlendirilemez. Bunların gerçekleşmiş olması, sadece kullanıcının ya da duruma göre yazılım sahibinin kaynak kodun teslimine ya da iadesine yönelik geciktirici şarta bağlı talep hakkının tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortaya çıkmasını sağlar ve böylelikle *escrow* aracısının kaynak koda erişim sağlamak yükümlülüğünün yerine getirilmesini gerektirir (Eisenhut, 122). Sözleşme, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi üzerine ifa ile sona erer; yoksa salt kararlaştırılan durumun gerçekleşmiş olması, sözleşmeyi sona erdirmez. Bozucu şart kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, 54.

<sup>119</sup> *Escrow* sözleşmesinin amacı karşısında *escrow* aracısının menfaatinin sözleşme gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu edimlerin karşılığı olarak kendisine ödenecek ücret üzerinde olduğu açıktır. Bu sebeple *escrow* aracısının nezdinde muhafaza ettiği şeyi, temel sözleşmenin taraflarının ortak iradesi hilafına alıkoyma hakkına sahip olması kabul edilemez (Eisenhut, 133).

<sup>120</sup> Eisenhut, 177.

<sup>121</sup> Gerster, 127.

<sup>122</sup> Eisenhut, 152.

yararına sözleşme biçiminde oluşturulması halinde, kullanıcının sözleşmeden doğan alacak hakkını kullanacağını bildirmesinden sonra vaadettiren yazılım sahibinin, kullanıcıya ait bu hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığından, bu durumda sözleşmenin yazılım sahibi tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkün değildir<sup>123</sup>.

Sözleşmenin sona ermesi, kaynak kod *escrow* sözleşmesi bakımından iki noktada özellik arz etmektedir. Birinci olarak, kaynak kod *escrow* sözleşmesinde *escrow* aracısı nezdinde muhafaza edilen şeyin -kaynak kodun ya da bunu ihtiva eden dijital veri taşıyıcısının- ortadan kalkmış olması, sözleşmeyi sona erdirmez. Böyle bir durumda yazılım sahibi kaynak kodun başka bir kopyasını *escrow* aracısına sağlamakla yükümlüdür<sup>124</sup>. İkinci olarak, kaynak kod *escrow* sözleşmesinin temeldeki borç ilişkisinden -kullanıcıya yazılımı kullanma hakkını veren temel sözleşmeden- bağımsızlığının bir sonucu olarak, *escrow* sözleşmesinin sona ermesi, temel sözleşmeyi hiçbir şekilde etkilemez<sup>125</sup>.

## SONUÇ

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, kaynak kod ve teknik belgelerin, kaynak kodun ait olduğu yazılımın devrine ya da kullanılmasına ilişkin sözleşmeye nazaran üçüncü kişi durumundaki *escrow* aracısı nezdinde, sözleşmede kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi üzerine duruma göre yazılım sahibine ya da yazılımı kullanana teslim edilinceye kadar muhafaza edilmesini öngören sözleşmedir. Kaynak kod *escrow* sözleşmesinin unsurları temel sözleşme, teminat amacı ve kaynak kodun *escrow* aracısına teslim edilmesi olarak belirlenebilir. Temel sözleşme, kaynak kod *escrow* sözleşmesi ile teminat altına alınmak istenen yükümlülüğün kaynaklandığı sözleşmedir. Bu sözleşmenin taraflarını yazılım sahibi ile kullanıcı oluşturur. Esas itibarıyla bir teminat sözleşmesi niteliğini taşıyan kaynak kod *escrow* sözleşmesinin amacı, yazılım sahibinin, kullanıcı ile arasındaki bu -temel- sözleşmeden kaynaklanan -yazılıma ilişkin- bakım ve güncelleme hizmetlerinin yürütülmesi yükümlülüğünü yerine getirmesinin teminat altına alınmasıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi, sözleşmede kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi üzerine kaynak kodun kullanıcının erişimine açılması ve kullanıcının kaynak koddan yararlanarak yazılım sahibi tarafından yerine getirilmeyen bakım-destek hizmetlerini bizzat yerine getirmesi ile olur.

---

<sup>123</sup> Oğuzman/Öz, 835.

<sup>124</sup> Meyer (Leonz), 179; Eisenhut, 157.

<sup>125</sup> Eisenhut, 121.

Bunun için ise sözleşmenin konusunu oluşturan kaynak kodun *escrow* aracısına teslim edilmesi gerekir.

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi kural olarak yazılım sahibi ile *escrow* aracısı arasında kurulur. Bununla birlikte duruma göre *escrow* aracısının karşısında yazılım sahibi ile birlikte kullanıcının da taraf sıfatıyla yer alması ya da *escrow* aracısının yazılım sahibi ve kullanıcı ile, hükümlerinin önemli bir kısmı özdeş olan iki farklı sözleşme yapması da mümkündür.

Kaynak kodu, sözleşmede belirlenen durumlardan biri gerçekleşinceye ya da *escrow* ilişkisi başka bir sebepten sona erinceye kadar muhafaza edilmek üzere *escrow* aracısına bırakan tarafın *escrow* sözleşmesinden doğan başlıca yükümlülükleri; kaynak kodu uygun bir veri taşıyıcı içerisinde *escrow* aracısına teslim etmek, kararlaştırılan aralıklarla güncellemek ve yine sözleşmede belirlenen bir ücreti faaliyetine karşılık olmak üzere *escrow* aracısına ödemektir. Buna karşılık *escrow* aracısı; kaynak kodu güvenli bir şekilde muhafaza etmek, kaynak kodun okunabilir olup olmadığını incelemek, sır saklamak ve sözleşmede kararlaştırılan durumlardan biri gerçekleştiği takdirde kaynak kodu yazılım sahibine iade veya kullanıcıya teslim etmekle yükümlüdür.

126

Kaynak kod *escrow* sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlar ile kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin herhangi birine ait olmayan bir unsurun bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulmuş, ancak Borçlar Kanununda ya da başka bir özel kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmedir. Bu sebeple sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir.

\*\*\*

### KAYNAKÇA

**AKYOL, Şener;** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.

**AYRANCI, Hasan;** Ön Sözleşme, Ankara 2006.

**BOND, Robert TJ;** Software Contract Agreements, Thorogood Publishing Ltd, 2004.

**EISENHUT, Stefan;** Escrow-Verhältnisse Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, Helbing & Lichtenhahn 2009.



**ERİŞGİN, Nuri;** “Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukukî Niteliği”, AÜHFD 2003, C. 52, S. 4, s. 41-68.

**FEİL, Thomas;** Software-Hinterlegung, www.recht-freundlich.de, 05.03.2004, s. 1-8.

**GERSTER, Stefan;** Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag, Zürich 1991.

**GOSAU, Malte;** Quellcode - Hinterlegung und Herausgabe im Handbuch IT-Recht Rechtliche Grundlagen für die Praxis, Hamburg@work 2006, s.103-111.

**HELMS, Shawn/CHENG, Alfred;** Source Code Escrow: Are You Just Following the Herd?, February 25, 2008, [http://www.cio.com/article/187450/Source\\_Code\\_Escrow\\_Are\\_You\\_Just\\_Following\\_the\\_Herd\\_\(erişim\\_18.11.2011\\_15:10\)](http://www.cio.com/article/187450/Source_Code_Escrow_Are_You_Just_Following_the_Herd_(erişim_18.11.2011_15:10)).

**KIRCA, İsmail;** Escrow Sözleşmesi, Batider 1997, C. XIX, S. 1, s. 45-61.

**KUHN, Rolf;** Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GwG?, Anwalts Revue De L’avocat, 5/2009, s. 231-237.

**KUNTALP, Erden;** Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

**LANDY, Gene/MASTROBATTİSTA, Amy;** The IT/Digital Legal Companion a Comprehensive Business Guide to Software, Internet and IP Law, New York 2008.

**MCFARLAND, Alex;** Escrow-Intention of Grantor to Deliver-Admissibility in Evidence of Escrow Agent’s Opinion, Mississippi Law Journal, 1937-1938 (10), s. 76-79.

**MEYER, Lawrence;** Escrow Agreements Elements of an Escrow, Miami L.Q. 75 (1953-1954), s. 75-83.

**MEYER, Leonz;** Source Code Escrow, in Softwareverträge, herausgegeben von Hans Rudolf Trüeb, Zürich 2004, s. 175-184.

**MEZRİCH, Jonathan;** Source Code Escrow An Exercise in Futility?, Marquette Intellectual Property Law Review 2001 (5), s. 117-131.

**OĞUZMAN, Kemal;** Eşya Hukuku, İstanbul 1997.

**OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

**PRACTICE Aid;** Software Escrow Agreement, Intellectual Property & Technology Law Journal, September 2001, s. 21-26.

**SCHNEIDER, Jochen/KAST, Christian;** Zusammenfassung der Tagungsergebnisse des 1. OSE Symposiums "Software Escrow" vom 19.05.2006, s. 1-8.

**NEUENSCHWANDER, Peter K./SCHÖNBERGER, Daniel;** Das Software Escrow Agreement-Rechtliche Aspekte Checkliste, <http://www.rwi.uzh.ch/oe/zik/archiv/ChecklisteSWEscrowAgreement.pdf>, (erişim 22.11.2011 12:00), s. 1-4.

**SIEGEL, Volker;** Software-Escrow, Informatik Spektrum, 17 Oktober 2005, s. 403-406.

**SILVER, Judith;** How a Software Escrow Agreement Protects You and Your Business, <http://escrow101.net/how-software-escrow-agreement-protects-you.php> (erişim 22.11.2011 11:00).

**STRAUB, Wolfgang;** Der Sourcecode von Computerprogrammen im schweizerischen Recht und in der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, [http://www.advobern.ch/files/aufsaeetze/die\\_rechte\\_am\\_sourcecode.pdf](http://www.advobern.ch/files/aufsaeetze/die_rechte_am_sourcecode.pdf) (erişim 18.11.2011 13:35), s. 807-840.

**SWANSON, James;** Source Code Escrow, Parlee McLaws Edmonton, Alberta, Canada 2001, <http://www.innovasafe.com/doc/swanson.doc> (erişim 18.11.2011 13:33).

**YENER, Mehmet Deniz;** Vedia Sözleşmesi, İstanbul 2008.

**YEOMANS, Richard D.;** Escrow Agent Liability: A Trial Lawyer's Perspective, State Bar of Texas, 32nd Annual Advanced Real Estate Law Course, Chapter 38, San Antonio, July 2010.

**YILDIRIM, Mustafa Fadıl;** Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999.

**YÜCEL, Meriç/Üstündağ, Burak;** Sayısal Veri ve Kaynak Kodu Emanetçilik Sistemi, 4. Ulusal Yazılım Mühendisliği Sempozyumu - UYMS'09, s. 243-247.