

Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri

Avrupa Hukuk Enstitüsü Raporu



Translation into Turkish of the official version of the ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security published by the European Law Institute (ELI)* - The translators gratefully acknowledge the permission to translate the text given by the ELI on 21 September 2022. Turkish not being a working language of the ELI, the ELI assumes no liability for any errors, omissions, or ambiguities in the translation.

* ELI - Schottenring 16, Top 175, 1010 Vienna, Austria - <<https://www.europeanlawinstitute.eu/>> - secretariat@europeanlawinstitute.eu

Translated by Hilal Selin SARGIN (Research Assistant, MEF University).

Resmi versiyonu, Avrupa Hukuk Enstitüsü (European Law Institute) (ELI)* tarafından yayımlanan Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri'nin Türkçe çevirisi - Çevirmenler; ELI tarafından, 21 Eylül 2022 tarihinde metnin çevirisi için izin verildiğini minnetle beyan eder. Türkçe, ELI'nin çalışma dillerinden biri olmadığından ELI; çevirideki hatalar, eksiklikler ya da belirsizlikler nedeniyle hiçbir bir sorumluluk kabul etmemektedir.

* ELI - Schottenring 16, Top 175, 1010 Viyana, Avusturya - <<https://www.europeanlawinstitute.eu/>> - secretariat@europeanlawinstitute.eu

Hilal Selin SARGIN (Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi) tarafından tercüme edilmiştir.



ELI

EUROPEAN
LAW
INSTITUTE

Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri

Avrupa Hukuk Enstitüsü Raporu

Avrupa Hukuk Enstitüsü (The European Law Institute)

Avrupa Hukuk Enstitüsü (ELI), Avrupa hukukunun gelişimi alanında araştırma başlatmak, yürütmek ve araştırmaya olanak sağlamak, önerilerde bulunmak ve uygulamaya dönük rehberlik sağlamak için kurulan, kâr amacı gütmeyen bağımsız bir kuruluştur. Farklı hukuk geleneklerinin zenginliği üzerine inşa edilen ELI'nin misyonu, Avrupa'da daha iyi hukuk yaratmaya (law-making) yönelik arayış ve Avrupa hukuk entegrasyonunun geliştirilmesidir. ELI, çalışmalarıyla; çeşitli hukuk kültürlerinin kazanımlarını bir araya getirerek, karşılaştırmalı bilginin değerini destekleyerek ve gerçek anlamda pan-Avrupa bakış açısını benimseyerek daha güçlü bir Avrupa hukuk topluluğu oluşturulmasına katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, ELI'nin çalışmaları hukukun tüm alanlarını kapsamaktadır: maddi hukuk ve usul hukuku; özel hukuk ve kamu hukuku.

ELI, kapsayıcılık ve işbirliği içinde çalışma ilkelerine bağlıdır, bu nedenle; farklı hukuk kültürleri arasında, kamu hukuku ile özel hukuk arasında ve öğreti ile uygulama arasında da sıklıkla fark edilen uçurumu kapatmak için çabalamaktadır. Bu bağlılığını daha ileri taşımak için, Avrupa genelinde bulunan hukuk geleneklerinin, hukuk disiplinlerinin ve mesleki yapıların zenginliğini yansıtan, çeşitli kişileri dâhil etmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca ELI, farklı yöntemsel yaklaşımların kullanımına ve kendi vizyonunu paylaştan mümkün olduğunca geniş kitlenin, görüşlerini ve bakış açılarını değerlendirmeye açıktır.

Başkan: Pascal Pichonnaz
Birinci Başkan Yardımcısı: Lord John Thomas
İkinci Başkan Yardımcısı: Anne Birgitte Gammeljord
Sayman: Pietro Sirena
Senato Sözcüsü: Reinhard Zimmermann
Genel Sekreter: Vanessa Wilcox

Bilimsel Yönetici: Christiane Wendehorst

Avrupa Hukuk Enstitüsü
Schottenring 16/175
1010 Viyana
Avusturya
Tel: + 43 1 4277 22101
E-posta: secretariat@europeanlawinstitute.eu
Web sitesi: www.europeanlawinstitute.eu

ISBN: 978-3-9505192-2-8
© European Law Institute 2022

Bu yayın, Avrupa Birliği Adalet Programı (European Union's Justice Programme), İspanya Sicil Memurları (the Colegio de Registradores de España (Spanish Land Registrars)) ve Uluslararası Adli Memurlar Birliği (International Union of Judicial Officers) ile birlikte finanse edilmiştir. Ayrıca 2011 yılından beri, ardışık Çerçeve İş Birliği Anlaşmaları (Framework Cooperation Agreements) kapsamında ELI Sekreterliği'ne cömertçe ev sahipliği yapan Viyana Üniversitesi'ne de teşekkür borçluyuz.



İçindekiler

İçindekiler	7
Teşekkürler	8
Özet	10
Proje Raportörlerinin Önsözü	11
Kısaltmalar Listesi	13
Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri – İlke Metinleri	14
Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri, Tanımlar ve Şerhler	17
Tanımlar	17
İlke 1: Kapsam ve Amaç	22
İlke 2: Teminat Olarak Dijital Varlıklar	24
İlke 3: Dijital Varlıklar Üzerinde Teminat Haklarının Tesisi ve Uygulanacak Hukuk	25
İlke 4: Dijital Varlıklar Üzerindeki Teminat Haklarının Üçüncü Kişiler Karşısında Etkisi ve Uygulanacak Hukuk	30
İlke 5: Dijital Varlıklar Üzerinde Tesis Edilen Teminat Haklarının İcrası ve Sona Ermesi	32
Kaynaklar ve Son Notlar	34

Teşekkürler

Proje Ekibi

Dijital Varlıklara Erişim (Access to Digital Assets) Proje Raportörleri

Sjef van Erp (Profesör (em), Hollanda)

Jos Uitdehaag (Adli Memur, Hollanda)

Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI

İlkeleri'ni Hazırlayanlar (Drafters)

Phoebus Athanassiou (Danışman (Legal Counsel) ve Doçent, Almanya)

Teemu Juutilainen (Doçent, Finlandiya)

Denis Philippe (Avukat, Profesör, Belçika)

Proje Ekibi'nin Diğer Üyeleri

Gabriele Della Morte (Profesör, İtalya)

Wian Erlank (Profesör, Güney Afrika)

Sabine Heijning (Milletlerarası Özel Hukuk Danışmanı, Hollanda)

Paul Matthews (Avukat, Fahri Profesör, Birleşik Krallık)

Thomas Meyer (Hukuk Reformu Uzmanı (Law Reform Specialist), Almanya)

Christopher Mondschein (Araştırmacı, Hollanda)

Christopher K Odinet (Profesör, ABD)

Radim Polčák (Profesör, Çek Cumhuriyeti)

Albert Ruda (Profesör, İspanya)

Teresa Touriñán (Sicil Memuru (Land Registrar), İspanya)

Danışma Komitesi

Değerlendirenler (Assessors)

Reiner Schulze (Profesör, Almanya)

Christiane Wendehorst (Profesör, Avusturya - Kasım 2021'e kadar)

Aneta Wiewiórowska-Domagalska (Akademik Danışman, Almanya)

Diğer Üyeler

Suzanne Brown Walsh (Avukat, ABD)

Sergio Cámara Lapuente (Profesör, İspanya)

José Antonio Castillo Parrilla (Doktora sonrası Araştırmacı, İspanya)

Richard Frimston (Danışman (Consultant), Birleşik Krallık)

José Llopis Benlloch (Noter, İspanya)

Peter Lown, QC (Profesör (em), Danışman (Consultant), Kanada)

Donna Molzan, QC (Avukat (Barrister and Solicitor), Kanada)

Üyeler Danışma Komitesi (Members Consultative Committee)

Jason Allen (Doktora sonrası Araştırmacı (Post-doctoral Fellow), Birleşik Krallık)

Avusturya Noterler Odası (Austrian Chamber of Civil Law Notaries) (Stephan Matyk-d'Anjony (Avusturya) tarafından temsil edilmiştir.)

Arvind Babajee (Avukat, Morityus Cumhuriyeti)

Macaristan Yüksek Mahkemesi (Curia of Hungary) (Mónika Gáspár (Macaristan) tarafından temsil edilmiştir. - Haziran 2021'e kadar)

Moustapha Ebaid (Araştırmacı (Legal Researcher), Mısır)

Avusturya Avrupa Hukuk Öğrencileri Birliği (European Law Students' Association Austria) (Anh Nguyen (Avusturya) tarafından temsil edilmiştir.)

Avrupa Ticari Dava Yargıçları Birliği (European Union of Judges in Commercial Matters) (Rainer Sedelmayer (Fransa) tarafından temsil edilmiştir.)

Karen Lynch Shally (Öğretim Görevlisi (Lecturer), İrlanda)

Lineke Minkjan (Danışman (Consultant), Hollanda)

Dimitrios Moustakatos (Avukat, Yunanistan)

Cécile Sainte-Cluque (Noter, Fransa)

Hull Üniversitesi Hukuk Fakültesi (School of Law, University of Hull) (Gonzalo Vilalta Puig (Birleşik Krallık) tarafından temsil edilmiştir.)

Trust ve Estate Uygulamacıları Topluluğu (Society of Trust and Estate Practitioners) (Leigh Sagar (Birleşik Krallık) tarafından temsil edilmiştir.)

Ferenc Szilágyi (Öğretim Görevlisi (Lecturer), Macaristan)

Aura Esther Vilalta Nicuesa (Kıdemli Öğretim Görevlisi (Senior Lecturer), İspanya)

Latonya Üniversitesi (University of Latvia) (Vadims Mantrovs (Letonya) tarafından temsil edilmiştir.)

Western Üniversitesi 'Vasile Goldis' Arad - Romanya, Hukuk Fakültesi (Western University 'Vasile Goldis' Arad - Romania, Faculty of Law) (Christian Alunaru (Romanya) tarafından temsil edilmiştir.)

Gözlemciler

İspanya Sicil Memurları (Spanish Land Registrars) (Silvino Navarro (İspanya) tarafından temsil edilmiştir.)

Avrupa Komisyonu (European Commission) (Maria Vilar Badia ve Veronica Williams (Belçika) tarafından temsil edilmiştir.)

ELI Proje Sorumlusu

Katja Kolman (Kıdemli Proje Sorumlusu, Avusturya)

Özet

İlkeler; dijital varlıkların, özel hukuk kişilerince (gerçek ya da tüzel) alacak (credit) için teminat olarak kullanılmasına değinmektedir. İlkeler, özellikle tarafların sözleşmesel olarak (İlkeler anlamında) dijital varlıklar üzerinde teminat hakkı (security interest) tesis etmesine odaklanmaktadır. Bu teminat hakkının tesisıyla birlikte, teminat verenin veya teminat altına alınan borcun başka bir borçlusunun ifasını güvence altına almak amaçlanmaktadır. İlkeler, sözleşme ile dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesis edilmesini o varlık üzerinde sınırlı bir hak tesis etmek olarak ele almaktadır. Böylece teminatlı alacaklı, teminat veren veya diğer borçlu tarafından taleplerinin yerine getirilmesine hak kazanır. Tesis edilen hak; teminatlı alacaklıya teminat verenin diğer alacaklılarına nazaran öncelik sağladığından, *ayni* (a right *in rem*) veya işlevsel olarak aynı hakka denk bir hak (a functionally equivalent right) olarak değerlendirilmektedir. İlkeler, dijital varlıkların teminat olarak kullanılması bağlamında ana kavramların tanımlarını sunmaktadır. Buna 'dijital varlık' tanımı da dahildir, bu tanım İlkeler'in amaçlanan uygulama alanı kapsamındaki varlıkların temel nitelikleri üzerine inşa edilmiştir. Bir teminat sözleşmesi yolu ile teminat hakkı tesisine genellikle objektif bağlama noktası üzerine inşa edilmiş bir kanunlar ihtilafı kuralı uygulanır. İlkeler; dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisine uygulanacak hukukun, teminat verenin iş yerine veya merkezi yönetiminin olduğu yere veya mutad meskenine göre belirlenmesini önermektedir. İlgili dijital varlık ve bir yerin hukuku arasında, varlığın; nitelikleri ve oluşturulduğu ile elde bulundurulduğu (holding) ortam dolayısıyla açıkça ve kolaylıkla belirlenebilir bir bağlantı mevcut ise; İlkeler, o dijital varlık üzerindeki teminat hakkı tesisine uygulanacak hukukun o yerin hukuku, yani dijital varlığın hukuku olmasını önermektedir. Ek olarak, İlkeler teminat olarak kullanılan dijital varlığın gerçek dünyadaki cismani ya da cismani olmayan bir varlığı temsil ettiği durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesi meselesine de değinmektedir. İlkeler, teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkisine (diğer taleplere olan önceliği de dahil) uygulanacak hukukun belirlenmesi ile ilgili olarak, dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisine uygulanacak hukukun belirlenmesine benzer bir yaklaşım izlemeyi önermektedir. Hem hakkın tesisi hem de üçüncü kişilere karşı etki bakımından İlkeler, uygulanacak hukukun şartlarına uygunluğun var olduğunu farz etmektedir. Ancak bu şartlar, daha geleneksel varlıkların (conventional assets) niteliklerini yansıtıyor ve dijital varlığa anlamlı bir şekilde uygulanamıyorsa İlkeler gerekli uyarlamaları sağlamaktadır. Son olarak İlkeler uyarınca teminat hakkı, ödemenin tamamen gerçekleşmesi veya teminat altına alınan tüm borçların başka şekilde yerine getirilmesi ile sona erer.

Proje Raportörlerinin Önsözü

Dijital Varlıklara Erişim Projesi (The 'Access to Digital Assets' Project), 2015 yılında ABD Yeknesak Hukuk Komisyonu (Uniform Law Commission (ULC)) tarafından yayımlanan (gözden geçirilmiş) Dijital Varlıklara Güvenilen Kişilerce Erişim Kanunu'nun ((revised) Fiduciary Access to Digital Assets Act (the 'ULC Model Law')) Avrupa için de uygulanabilir bir model olup olmadığını belirlemek için yapılan bir çalışma olarak başlamış¹ ancak bu hususun güç olduğu anlaşılmıştır. ABD'de başarılı olan ve birçok eyalette uygulamaya konulan ULC Model Law, güvenilen kişiler (fiduciaries) ile sınırlıdır.² Bu sınırlama, fiduciaries kapsamında yer alan; murisin terekesinin temsilcileri, kısıtlıların vasileri, avukatlık vekaletnamesi uyarınca hareket eden temsilcilerinden ve trust ilişkisi kapsamındaki güvenilenlerden (trustee) oluşmaktadır. ULC Model Law'un amacı iki yönlüdür: Fiduciary'ye mümkün olduğu kadarıyla, fiziki varlıklar (physical assets) üzerindeki yetkilerine eşit şekilde dijital varlıklara ilişkin olarak da yönetim/idare yetkileri vermek, aynı zamanda kullanıcının mahremiyetine ve iradesine itibar etmek. Dijital Varlıklara Erişim Projesi Ekibi (The Access to Digital Assets Project Team), fiduciary (ve özellikle trust) kurumunun Anglo Amerikan hukuk (common law) geleneğine özgü fakat Kıta Avrupası hukuk (civil law) geleneğinde daha az gelişmiş olduğunu dikkate almıştır. Dahası; Dijital Varlıklara Erişim Projesi Ekibi, Dijital Varlıklara Erişim Projesi'nin en nihayetindeki farklı odağını da göz önünde bulundurmıştır. Bu odak kapsamında; teminat hakları, icra (enforcement) ve olası miras, evlilik ve kayıtlı birliktelik (registered partnership) malları incelenmiştir. Proje Ekibi aynı zamanda; kıyaslanabilir bir model olan, Kanada Yeknesak Hukuk Kongresi (Uniform Law Conference of Canada) tarafından 2016 yılında yasalaştırılan, Dijital Varlıklara Güvenilen Kişilerce Erişim Yeknesak Kanun'u (Uniform Access to Digital Assets by Fiduciaries Act of 2016) da yakından incelemiş ve karşılaştırmalı hukuk incelemelerinin sonuçları ile hem Avrupa'daki hem de diğer yerlerdeki bilimsel tartışmaları göz önünde bulundurmıştır.³ Amerika ve Kanada modellerinin başarısı, bu alanda rehberlik için bariz bir pratik ihtiyaç olduğunu ortaya koymuştur. Bu nedenle, çalışmanın ileriye dönük bir projeye sonuçlanmasına karar verilmiş ve Council Decision CD 2019/4 uyarınca ELI Projesi olarak onaylanmıştır.

Nihai olarak onaylanan Dijital Varlıklara Erişim Projesi, dijital varlıklar üzerinde hak iddia edenlerin ve özellikle hâkimler, avukatlar, noterler, sicil memurları ve icra organları olmak üzere günlük meslek pratiklerinde dijital varlıklarla giderek daha fazla ilgilenmek zorunda kalan herkesin durumunu netleştirmeyi ve kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Proje'nin amacı, dijital varlıklara erişim ile ilgili mevcut yasalara ve kavramlara tutarlılık kazandırmaya yardımcı olmak ve bunların uyumlaştırılmasını teşvik etmektir. Proje, bu amaçlara ulaşmak için hem esasa yönelik hem de kanunlar ihtilafı kurallarına yönelik ilkeler önermektedir. Dijital varlıkların kullanımıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan uygulamaya yönelik hukuki sorunlara ilişkin çözümlere şimdiden ihtiyaç duyulurken, yeknesaklaştırma bir yana, esasa yönelik uyumlaştırma karmaşık ve uzun bir süreç olacaktır. Bu doğrultuda Proje, mevcut hukuk sistemlerinin maddi hukuk çözümlerinden bağımsız olarak model kanun tarzında bir çözüm sunmayı amaçlamamaktadır. Bunun yerine; ulusal hukuk sistemlerinin, dijital varlıkların kullanımının ortaya çıkardığı zorlukları ele alabileceği bir rehberlik sağlamayı amaçlamaktadır. Genel olarak ulusal hukuk sistemlerinin; *ilgili hukuki sorunlara hangi maddi hukukun uygulanacağını belirlenmesi* ve *mevcut kurallar* (geleneksel varlıklar göz önünde bulundurularak oluşturulduğundan) *bakımından hangi uyarlamaların gerekli olduğu* ile ilgili hususlarda önerilen çözümden yararlanılması ile bu zorlukların üstesinden gelmek için iyi bir donanıma sahip olduğu düşünülmektedir. Proje, esasa ilişkin kuralların ve kanunlar ihtilafı kurallarının birlikteliği yoluyla bu tür bir rehberlik sağlamayı amaçlamaktadır.

Proje'nin temeli oldukça geniştir. Başlangıçta; dijital varlıkların çeşitli kategorilerini, dijital varlıkları kullanmak isteyebilecek veya ihtiyaç duyabilecek kişileri ve erişim sorunlarının ortaya çıkabileceği bağlamları belirlemek hedeflenmiş; ardından dijital varlıkların alacak karşılığında teminat olarak kullanılmasına, mirasçılık bağlamında dijital varlıklara, dijital varlıklara uygulanabilir mal veya kayıtlı birliktelik rejimine ve uygulanacak yaptırımlara odaklanan, daha kategoriye özgü bir yaklaşım benimsemiştir.

¹ Bakınız <www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22>.

² Bakınız <www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.aspx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>, s 1.

³ Bakınız <www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf>.

Proje Ekibi'nin çalışmaları olgunlaştıkça, örneğin bir kredi için teminat olarak sunulan kripto varlıklara erişmek isteyen bir finans kurumu söz konusu olduğunda; ölen bir kişinin terekesinin bir parçası olan kripto varlıklara veya diğer değer arz eden dijital nesnelere erişmek isteyen bir mirasçının veya bir kararı uygulamak isteyen memurun durumuna kıyasla farklı bir yaklaşıma ihtiyaç duyulduğu ortaya çıkmıştır. Proje üzerindeki çalışmaların ilerledikçe gelişmelerin hız kazanması sonucunda Proje raporunun tamamının sunulmaması, bunun yerine sonuçların bölümler halinde sunulması kararlaştırılmıştır.

Yayınlanan ilk bölüm; Phoebus Athanassiou, Teemu Juutilainen ve Denis Philippe'den oluşan uzman küçük bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış ve sonrasında ELI prosedürlerine uygun olarak, daha geniş nitelikteki Proje Ekibi ve harici katılımcılar arasındaki tartışmalarla şekillendirilmiştir. Bu bölüm, finansal bağlamda dijital varlıklara erişim (access to digital assets in a financial setting) ile ilgilidir.⁴ 'Erişim (access)' teriminin henüz açık ve kesin bir anlamı olmadığından Proje Ekibi de herhangi bir hukuki tanım ileri sürmekten kaçınmıştır. İlk bölümde önerilen ülkeler, dijital bir varlığın alacak için teminat olarak kullanılmasının ve bununla ilgili işlemlerin tüm ana yönlerini kapsamaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, uygulanacak hukuka ilişkin sorunlar da, bu husustaki önemli belirsizliğe rağmen; en azından başlangıç seviyesinde bir hukuki rehberlik ihtiyacı göz önüne alındığında, ülkeler'de ele alınmaktadır.⁵

Dijital Varlıklara Erişim Projesi'nin asıl amaçları zaman içinde değişmemiştir. Bu Rapor'da sunulan ülkelerin, uluslararası kuruluşlar ve ulusal yasama organları tarafından dijital varlıklar alanında içtihat ve mevzuatın daha da geliştirilmesi için bir ilham ve rehberlik kaynağı olması amaçlanmaktadır. Ayrıca ülkeler'den; icra memurları, kamu makamları, (Kıta Avrupası anlamında) noterler ve ticari tahkim ile uğraşan hakemler tarafından, dijital varlıklara erişim ile ilgili meseleler üzerinde çalışmaları gerektiğinde yararlanılabilir. Proje, dijital varlıkların 'üzerinde hakimiyet kurulan' (possessed) veya 'sahip olunan' (owned) varlıklar olup olmadığına dair hukuki nitelendirmeye ilişkin meselelerle ilgilenmemektedir. Bu nedenle mevcut ülkeler; anlamı ilgili ulusal hukuka bağlı olarak ortaya çıkacak, genel bir teminat hakkı kavramı üzerinde durmaktadır.

Dijital Varlıklara Erişim Projesi, Amerika Hukuk Enstitüsü (American Law Institute (ALI)) ve ELI tarafından ortaklaşa yürütülen Veri Ekonomisi Projesi (Data Economy Project) ile yakından ilişkilidir ancak ikisi farklı amaçlara hizmet etmektedir. ALI-ELI Projesi, verileri büyük miktarda bilgi kayıtları olarak ele alıp veri üzerindeki işlemlere ve haklara odaklanırken; Dijital Varlıklara Erişim Projesi, bir dizi benzer dijital varlığa belli bağlamlarda odaklanmaktadır: teminat ve cebri icra (judicial enforcement). Gelecekte; miras, evlilik ve kayıtlı birliktelik (registered partnership) malları bağlamlarında da göz önüne alınabilir. Başlangıçta ALI-ELI Projesi, veri üzerindeki teminat haklarına ilişkin taslak bir Bölüm içermektedir; sonrasında bu bölüm, diğer hususların yanı sıra iki Proje arasındaki tutarsızlıkları önlemek amacıyla ALI-ELI Projesi'nden çıkarılmış ve Proje Ekibi'ne bir ilham kaynağı olmuştur.

Proje dünya çapında önemli ölçüde ilgi çekmiştir. Proje süresince Proje Raportörleri; Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Bankası, Trust ve Estate Uygulamacıları Topluluğu (Trust and Estate Practitioners Society (STEP)) ve Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi (Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)) ile temasta bulunmuştur. Ayrıca Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (UNIDROIT) ve Uluslararası İcra Memurları Birliği (International Union of Judicial Enforcement Officers (UIHJ-IUJO)) tarafından bu alanda yapılan çalışmalara da katılmışlardır. Diğer kuruluşlar da projeye büyük ilgi göstermiştir.

Proje; ELI, Avrupa Birliği (EU), Uluslararası İcra Memurları Birliği (International Union of Judicial Enforcement Officers) ve İspanya Arazi, Ticaret ve Taşınır Mal Sicil Memurları Konseyi (Council of Land, Commerce and Movable Property Registrars of Spain) tarafından finansal olarak desteklenmiştir.

⁴ Gelecek bölümler, cebri icra (judicial enforcement) bağlamında dijital varlıklara erişim ile ilgili olacak ve miras veya evlilik veya kayıtlı birliktelik (registered partnership) mal rejimleri bağlamında erişimi de içerebilecektir.

⁵ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'ndaki (HCCH) ilgili gelişmeler için bakınız <<https://assets.hcch.net/docs/f787749d-9512-4a9e-ad4a-cbc585bddd2e.pdf>>.

Kısaltmalar Listesi

ALI	American Law Institute (Amerika Hukuk Enstitüsü)
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision (Basel Bankacılık Denetim Komitesi)
CCBE	Council of Bars and Law Societies of Europe (Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi)
DeFi	decentralised finance (merkeziyetsiz finans)
DLT	distributed ledger technology (dağıtık defter teknolojisi)
ELI	European Law Institute (Avrupa Hukuk Enstitüsü)
ESMA	European Securities and Markets Authority (Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Otoritesi)
EU	European Union (Avrupa Birliği)
FATF	Financial Action Task Force (Mali Eylem Görev Gücü)
FCD	Financial Collateral Directive (Finansal Teminatlar Yönergesi)
FMLC	Financial Markets Law Committee (Mali Piyasalar Hukuk Komitesi)
G7	Group of Seven (Yediler Grubu)
HCCH	Hague Conference on Private International Law (Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı)
IMF	International Monetary Fund (Uluslararası Para Fonu)
MiCA	Markets in Crypto-Assets (Proposal for a Regulation) (Kripto Varlık Piyasaları (Tüzük Önerisi))
MiFID II	Markets in Financial Instruments Directive II (Finansal Araç Piyasaları Hakkında Yönerge II)
NFT	non-fungible token (gayri misli jeton/nitelikli fikri tapu)
PIL	private international law (milletlerarası özel hukuk)
PREMA	primary residence of the encryption private master keyholder (şifreli özel ana anahtar sahibinin birincil ikametgahı)
PROPA	place of the relevant operating authority/administrator (ilgili işletme yetkilisinin/yöneticisinin yeri)
RUFADAA	Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (Dijital Varlıklara Güvenilen Kişilerce Erişime Dair Gözden Geçirilmiş Yeknesak Kanun)
STEP	Society of Trust and Estate Practitioners (Trust ve Estate Uygulamacıları Topluluğu)
UCC	Uniform Commercial Code (Yeknesak Ticaret Kanunu)
UIHJ-IUJO	International Union of Judicial Enforcement Officers (Uluslararası İcra Memurları Birliği)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law (Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü)
ULC	Uniform Law Commission (Yeknesak Hukuk Komisyonu)

Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri - İlke Metinleri

1

Kapsam ve Amaç

1. İlkeler; dijital varlıkların gerçek veya tüzel özel hukuk kişileri tarafından, teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca teminat olarak kullanılmasında uygulanacaktır. İlkeler'in, başlıca AB olmak üzere farklı hukuk çevrelerinde kullanılması amaçlanmaktadır.
2. İlkeler, rızai şekilde tesis edilmeyen teminat haklarına, bir başka ifadeyle iradi tasarruf (voluntary disposition) (anlaşma) yerine kanun gereği tesis edilen teminat haklarına uygulanmaz.
3. İlkeler, kamu kuruluşlarının kamu güçlerini kullanarak el koydukları dijital varlıklara uygulanmaz.
4. İlkeler, ulusal hukuka ve (uygulanabilir ise) AB hukukuna veya diğer uluslararası hukuka göre halihazırda finansal araç olarak düzenlenmiş dijital varlıklara ilişkin uygulamaya halel getirmez ve bu hukuklardan sapmayı amaçlamaz. Buna göre, İlkeler ile diğer bir hukuk arasında uyumsuzluk olması halinde diğer hukuk geçerli olacaktır.

2

Teminat Olarak Dijital Varlıklar

1. Dijital varlık, teminat veren ile teminatlı alacaklı ('Taraflar') arasındaki teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca teminat olarak kullanılabilir.
2. Dijital varlığın teminat olarak kullanılması, İlke 3 uyarınca teminat hakkının tesisine uygulanan hukuk ve İlke 4 uyarınca teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkisine uygulanan hukuk ile uygunluğuna bağlıdır.

3

Dijital Varlıklar Üzerinde Teminat Haklarının Tesisi ve Uygulanacak Hukuk

1. Bir dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisi için, teminat sözleşmesinin taraflarının, tesis edilmek istenen teminat hakkı türüne uygulanacak hukukun koşullarına uyması gerekir.
2. İlke 3(1) anlamında 'uygulanacak hukuk'; teminat verenin, teminat hakkının tesis edildiği andaki işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya birden fazla işyeri var ise merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukudur.
3. İlke 3(2)'nin istisnası olarak, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda, o yerin hukuku 'uygulanacak hukuk' kabul edilir.

4. Eğer teminat olarak kullanılacak dijital varlık gerçekteki (cismani ya da cismani olmayan) bir varlığı temsil ediyorsa; dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin, aynı zamanda dijital varlığın temelini oluşturan gerçekteki varlık üzerinde teminat hakkı tesis edilmesi sonucunu doğurup doğurmadığı veya hangi şartlar altında doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarına göre belirlenecektir.
5. Eğer uygulanacak hukuk, varlıkların üzerinde teminat hakkı tesisi için varlığın teminatlı alacaklıya teslimini şart kılıyorsa; teminat hakkının dijital varlık üzerinde tesis edildiği durumda, teminatlı alacaklıya gerçekteki varlık fiziken teslim edilmemiş olsa bile teminat veren teminatlı alacaklıyı ilgili dijital varlık üzerinde kontrol kullanabilecek konuma getirmiş ise bu şart yerine getirilmiş sayılır.
6. Dijital varlık üzerinde geçerli bir teminat hakkı tesisi, teminat verenin o dijital varlık üzerindeki haklarına ve özellikle teminat tesis etme yetkisine ve teminat sözleşmesinde teminatla yüklenen dijital varlığın türünün makul bir şekilde belirlenebilmesine (specification) bağlıdır. Teminat hakkı tesisinin teminat verenin dijital varlık üzerinde hak sahibi olmaya bağlanması, iyi niyetli teminatlı alacaklıların veya diğer üçüncü kişilerin haklarına hanel getirmez. İyi niyetli teminatlı alacaklıların veya diğer üçüncü kişilerin hakları, teminat haklarının üçüncü kişiler karşısında etkisini ve önceliğini düzenleyen İlke 4'ün konusunu teşkil eder.
7. Dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin geçerliliği, teminat verenin teminat ile yüklenen dijital varlığın fikri mülkiyet haklarından yararlanmasına bağlı değildir. Dijital varlığa fikri mülkiyet hukuku kapsamında sağlanan hukuki koruma; o varlık üzerinde, İlkeler'de daha önce belirlenmiş şartlara uyulması şartıyla, teminat veren tarafından geçerli bir teminat hakkı tesisini engellemez.
8. Teminat sözleşmesinin tarafları teminatla yüklenen dijital varlığın değerindeki dalgalanmalar için hüküm öngörebilir. Bu hükümler teminat hakkının geçerliliğini etkilemez. Meğerki; ulusal hukuk veya ticari teamül uyarınca, teminat amacıyla devredilen dijital varlığın değerinin, dalgalanmalar yüzünden teminatlı alacaklıya olan borcu aşan kısmı fahiş olarak nitelendirilsin veya aşkın teminatlandırmanın (over-collateralisation) bir türü olarak yasaklanmış olsun.

4

Dijital Varlıklar Üzerindeki Teminat Haklarının Üçüncü Kişiler Karşısında Etkisi ve Uygulanacak Hukuk

1. Dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi ve üçüncü kişilerin haklarına nazaran öncelikten yararlanabilmesi için, uygulanacak hukuk kapsamındaki teminat hakkı türü özelinde üçüncü kişilere karşı etkili olma koşullarını taşıması gerekir.
2. İlke 4(1) kapsamında 'uygulanacak hukuk'; teminat verenin, teminat hakkının tesis edildiği andaki işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya birden fazla işyeri var ise merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukudur.
3. İlke 4(2)'nin istisnası olarak, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda, o yerin hukuku 'uygulanacak hukuk' kabul edilir.
4. Eğer teminat olarak kullanılacak dijital varlık gerçekteki (cismani ya da cismani olmayan) bir varlığı temsil ediyorsa; dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiğinin, aynı zamanda dijital varlığın temelini oluşturan gerçekteki varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği sonucunu doğurup doğurmadığı veya hangi şartlar altında

doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarına göre belirlenecektir.

5. Kanunen, cismani olmayan varlıklar üzerinde teminat hakkı tesisi için işlem kütüğü veya bildirim sistemi (transaction filing or notice filing system) mevcut olan hukuklarda, dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği ve teminat verenin diğer teminatlı alacaklıları ve alacaklıları da dahil olmak üzere hak iddia edenlere karşı önceliği o sisteme (gerekli uyarlamalara tabi şekilde) uyum ile temin edilebilir.
6. Kanunen, cismani olmayan varlıklar için işlem kütüğü veya bildirim sistemi (transaction filing or notice filing system) veya üçüncü kişilere karşı etkililiği ve önceliği sağlayan herhangi bir başka sistem mevcut olmayan hukuklarda, dijital varlık üzerindeki teminat hakkı üçüncü kişilere karşı, teminatlı alacaklı dijital varlığın etkin kontrolünü kazandığında geçerli olur. Bu kontrolün; teminat verenin, bağımsız olarak dijital varlığı elden çıkarmasını önlemeyi sağlaması gerekir.

5

Dijital Varlıklar Üzerinde Tesis Edilen Teminat Haklarının İcrası ve Sona Ermesi

1. Borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda; teminatlı alacaklı, teminat olarak kullanılan dijital varlığı teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca icraya konu edebilir. İcra, ilgili hukukun izin verildiği yerde ve İlke 5(4)'e de uygun olmak koşulu ile mahkemeler dahil olmadan da gerçekleşir.
2. Borçlunun borcunu yerine getirmemesinin, borçlunun İlke 5(3) anlamında aczinden (insolvency) ya da teminatlı alacaklıya karşı sözleşmesel yükümlülüklerine uymamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın; teminatlı alacaklı, dürüstlük kuralına uygun hareket eder ve İlke 5(1) uyarınca haklarını kullanırken ticari açıdan makul şekilde davranır.
3. İlke 5(1) uyarınca 'borçlunun borcunu yerine getirmemesi' ('default') kavramı, ilgili hukuk uyarınca tanımlanan borçlunun aczini (insolvency) de kapsar.
4. Borçlunun borcunu yerine getirmemesinin, İlke 5(3) anlamında aczine dayandırıldığı durumlarda, teminatlı alacaklı; teminat olarak kullanılan dijital varlık üzerindeki haklarını, uygulanacak hukukun (aciz ve icra) kurallarına uygun olarak kullanır.
5. Bu İlke'deki hiçbir hüküm, üçüncü bir kişinin dijital varlık ile ilgili olarak teminat verene veya teminatlı alacaklıya karşı bir yükümlülük altında olup olmadığını belirlemeyi amaçlamaz.
6. Teminat hakkı, teminat sözleşmesinde aksi belirtilmemişse, teminat altına alınan tüm borçlar yerine getirildiğinde sona erer.

Dijital Varlıkların Teminat Olarak Kullanılması Hakkında ELI İlkeleri, Tanımlar ve Şerhler

Tanımlar

İlkeler bakımından kavramlar, aşağıdaki tanımları çerçevesinde kullanılmıştır:

- a. dijital varlık bağlamında ‘kontrol’; gerçek veya tüzel kişilerin, somut olaya göre, dijital varlıkları ticarete konu edebilmesine ve/veya ortadan kaldırabilmesine ilişkin hukuki yetkisini yahut fiili iktidarını ifade eder;
- b. ‘dijital varlık’ bir kıymeti kaydi yahut temsili olarak ifade eder. Öyle ki bu kıymet aşağıdaki ölçütleri karşılar:
 - (i) gerçek dünyada, ticarete konu varlıkların kaydi yahut temsili de dahil olmak üzere, doğrudan bulundurma veya aracı ile hesapta bulundurma fark etmeksizin, sanal platform yahut veri tabanında veya sanal platform yahut veri tabanı aracılığı ile, münhasır olarak elektronik şekilde depolanma, gösterilme ve yönetilme;
 - (ii) mutlak etkili malvarlıksal (proprietary), sözleşmesel yahut başka türlü hukuki vasıflandırılmasına bakılmaksızın; kontrol, yararlanma ve kullanma haklarına konu olabilme; ve
 - (iii) iradi tasarruf (voluntary disposition) da dahil olmak üzere, bir kişiden diğer kişiye devredilebilir olma.

Bu tanım bakımından; ilgili platformun yahut veri tabanının tasarımı ve işlevsel özellikleri, ilgili dijital varlığın usulsüz çoğaltma, aktarma ve kullanılmasına karşı korumanın kriptografi kullanılmasına bağlı olup olmadığı yahut ilgili dijital varlığın; arz eden (issuer), muhafaza eden (custodian) ya da kontrol eden gibi teşhis edilebilir taraftan parasal bir talebi (ve buna bağlı olarak sorumluluğu) temsil edip etmediği veya dijital varlığın paranın ya da para biriminin işlevlerini karşılayıp karşılamadığı önem arz etmez.

- c. ‘aracı’, dijital varlığı piyasaya sürüp onun yönetimi ve/veya elde bulundurulması (holding) ile ilgili hizmet sağlayan ve dijital varlığın yönetimine ve/veya hak sahipliğine dahil olan her üçüncü taraf muhafaza eden (custodian) kişiyi ifade eder;
- d. ‘İlkeler’, Rapor’da belirlenen ilkeleri ifade eder;
- e. ‘teminatlı alacaklı’, borçluya karşı olan alacağı, teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca bir ya da birden fazla dijital varlık ile teminat altına alınmış olan teminat sözleşmesi tarafını ifade eder;
- f. ‘teminat sözleşmesi’, şekline bakılmaksızın, teminat veren ve teminatlı alacaklı arasında, bir ya da birden fazla dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesis eden ya da etmeyi amaçlayan, her sözleşmesel düzenlemeyi ifade eder;
- g. ‘teminat hakkı’, borçlunun; teminatlı alacaklıya karşı sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, teminatlı alacaklının dijital varlığa başvurmasına olanak sağlayan; teminat verenin, teminatlı alacaklıya dijital varlık üzerinde tanıdığı hakkı ifade eder.
- h. ‘teminat veren’, teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca, teminatlı alacaklıya bir ya da birden fazla dijital varlık üzerinde teminat hakkı tanıyan, gerçek veya tüzel kişi, teminat sözleşmesi tarafını ifade eder.

Şerh:

Somut tanımı İlkeler'e esas teşkil eden 'dijital varlıklar'a ilişkin modern anlayış, dijital varlıklar nispeten yeni ortaya çıkan dağıtık veri depolama teknolojileri (distributed data storage technologies) ve bu teknolojilerin çeşitli uygulanış biçimleriyle ilişkilendirmektedir. Sahaya ilişkin bir gözlem; hem 'dijital varlık' konseptinin önemli ölçüdeki genişliğine hem de, daha az önemli olmamak üzere, dijital varlıkların çok geniş ölçüde birçok farklı türünün olması veya bu alandaki sürekli gelişim nedenleriyle evrensel şekilde kabul edilebilir bir 'dijital varlıklar' tanımlaması yapmanın objektif zorluğunu doğrulamaktadır.⁶

Örneğin bir IMF yayını, dijital varlıkların şu şekilde tanımlanmıştır: 'kriptografideki gelişmeler ve dağıtık defter teknolojisi (distributed ledger technology) sayesinde mümkün hale gelmiş, kıymetin dijital temsilleridir. Kendi hesap birimleri cinsinden ifade edilir ve bir kişiden diğerine bir aracı olmaksızın aktarılabilir.'⁷ IMF tanımının odak noktasını; belirleyici özelliği, taşıdıkları kıymetin kendi platformundaki veya veri tabanındaki kriptografik doğrulama ile emniyet altına alınmış olmak olan - dijital varlıkların bir alt türü - kripto varlıklar (kripto paralar da dahil) oluşturmaktadır. Mali Eylem Görev Gücü (Financial Action Task Force (FATF)), 'sanal varlığı' (virtual asset) 'dijital olarak ticareti yapılabilen (traded) veya devredilebilen ve ödeme ya da yatırım amaçlarıyla kullanılabilen, kıymetin dijital bir temsili' olarak tanımlanmıştır. 'FATF Tavsiyeleri'nde yer verilen sanal varlıklar; halihazırda düzenlemeleri mevcut olan itibari para birimlerinin (*fiat* currencies), menkul kıymetlerin ve diğer finansal varlıkların dijital temsilini içermez'.⁸ FATF'nin tanımı; IMF yayınında önerilenden, (IMF tanımının içerdiği görülmekte olan) merkezi ihracı olan itibari paranın (*fiat* money) dijital karşılıklarını dışarıda

tutması ve aynı zamanda finansal olmayan varlık-türü dijital varlıklara (non-financial asset-type digital assets) vurgu yapması yönüyle ayrılmaktadır. İlginç biçimde, Basel Bankacılık Denetim Komitesi (Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)), bir tanım önermekten tamamen kaçınmış, 'günümüzde tek ve genel olarak kabul gören kripto varlık tanımının mevcut olmadığı' yönünde görüş bildirmiş ve 'kripto para (cryptocurrencies), sanal para (virtual currencies), jetonlar (tokens) ve misli dijital varlıkların (coins) farklı bağlamlarda bazı ya da tüm kripto varlıkları ifade etmek için kullanıldığını' vurgulamıştır.⁹ İlkeler açısından referans noktalarından biri olan 2015 tarihli Dijital Varlıklara Güvenilen Kişilerce Erişime Dair Gözden Geçirilmiş Yeknesak Kanun (The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015) (RUFADAA)); 'dijital varlık' kavramının, 'bireyin bir hakkının veya menfaatinin olduğu elektronik kayıt' anlamına geldiğini hükme bağlamıştır. 'Bu kavram, varlığın ya da yükümlülüğün kendisi elektronik kayıt olmadıkça arka planda herhangi bir varlığa (underlying asset or liability) karşılık gelmemektedir'.¹⁰ Son olarak; Avrupa Komisyonu (European Commission), Kripto Varlık Piyasaları Tüzüğü (Markets in Crypto-Assets (MiCA)) önerisinde, 'kripto varlıkları'; 'dağıtık defter teknolojisi (distributed ledger technology) veya benzer teknoloji kullanılarak devredilebilen ve elektronik olarak depolanabilen, değer veya hakların her dijital temsilini' kapsar şekilde tanımlanmıştır.¹¹

Uygulama alanı, kripto varlıkları ve kriptografik olmayan şekilde doğrulanan dijital varlık benzerlerini (non-cryptographically authenticated digital assets alike) kapsayan ve bunlara aynı şekilde uygulanan İlkeler'de önerilen tanım, dijital varlıkların şu üç ana özelliğinden yararlanmaktadır: *İlk olarak*, gerçek hayattaki cismani bir varlığı temsil etmeleri ihtimalinde dahi yalnızca elektronik olarak depolanma, gösterilme

⁶ Bazı yazarlar, dijital şekilde depolanan çoğu veriyi 'dijital varlık' olarak ele alarak geniş ve kapsayıcı tanımlar önermiştir. Diğer yazarlar kripto paraları farklı bir kavram olduğunu düşünerek dijital varlıklara dahil etmekte direnmişlerdir. Başka yazarlar ise 'dijital varlığı' kripto paralara indirgerek ikisini eş anlamlı olarak ele almıştır.

⁷ Donge He, 'Monetary Policy in the Digital Age' IMF Finance & Development, June 2018, Vol 55, No 2

<www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/central-bank-monetary-policy-and-cryptocurrencies/he.pdf>. Bu tanımın temeli Commission proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final (MiCA) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0593&from=EN>> m. 3 (1)(1) ve (2) anlamında 'dağıtık defter teknolojisi' ve 'kripto varlık' tanımlarının temeline benzemektedir.

⁸ FATF, 'International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Recommendations', October 2020 <www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

⁹ BCBS, 'Designing a Prudential Treatment for Cryptoassets', December 2019 <www.bis.org/bcbs/publ/d490.htm>.

¹⁰ RUFADAA'ya <www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0> adresinden ulaşılabilir.

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final (MiCA) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0593&from=EN>>.

ve/veya yönetilmede kendisini gösteren *gayricismani doğası*; *ikinci olarak*, dijital varlığın ihtiva ettiği geleneksel olmayan formdaki değere erişme ve yararlanma olarak tanımlanan *kontrol, yararlanma veya lato sensu kullanma hakkında (right of control, enjoyment or use, lato sensu)* kendisini gösteren; varlıkların dijital formatıyla kesişim halinde olan özünün, devrini ve devrini izleyen kullanımı teknik olarak mümkün ve ticari olarak cazip kılan hale getirmesi; *üçüncü olarak*, devredilebilirlikleri (ihdas edildikleri kanun dikkate alınarak belirlenmesi gerekebilir.¹²) Dijital varlıkların teminat olarak kullanılmaya uygunluğu *değerinden (value)* kaynaklanır. Değer, ekonomik anlamıyla anlaşılmalıdır. Değer; varlığın kendisine (örneğin: kripto para ya da salt dijital menkul kıymet (digital-only security)), bir ayrıcalığa veya kendisiyle ilişkilendirilmiş bir hizmete (örneğin: sosyal ağ kullanıcı hesabı, online oyun hesabı ya da fayda/hizmet jetonu (utility token)) veya maddi ya da dijital varlığın temelini teşkil eden ya da fiyat istikrarını garantileyen diğer gerçek hayattaki varlığa (örneğin: varlığa dayalı jeton (asset-backed token) veya sabit özellikte misli dijital varlık (stablecoin)) bağlı olabilir.

İlkeler, dijital varlığın hukuki nitelendirilmesinde; özellikle ilgili varlığın sözleşmesel (contractual), mutlak etkili malvarlıksal (proprietary) veya diğer *sui generis* bir hak içerip içermediği noktalarında bağlayıcılık arz etmez. Gerçekten de, dijital varlıkların yeniliği onlara klasik eşya ya da sözleşme hukukunu uygulamayı zorlu kılmaktadır. Hukuki nitelendirme sorunu *soyut olarak* (farklı tür dijital

varlıklarda çeşitlilik gösteren, kendine has özellikleri göz önünde bulundurulmadan) ele alınamasa da, elektronik doğalarına karşın dijital varlıkların münhasır kontrolün (exclusive control) konusu olabileceğine dair gittikçe artan bir görüş birliği bulunmaktadır. Münhasır kontrol, hukuki ya da fiili olabilir. Dolayısıyla dijital varlıklar üzerinde teminat hakkı (security interest) tesis edilebilir. Bunun nedeni, bazı veri formlarının aksine, dijital varlıkların belirlilik (certainty) özelliğine sahip olabilmesidir. Şöyle ki: Dijital varlıklar, münhasır ve esaslı kontrole (exclusive and substantial control) tabidir ve devredilebilirler.

Önerilen tanım kapsamında yer alan dijital varlık türleri arasında; *ölçülebilir bir değer (measurable value)* içermeleri ve devredilmeleri önünde aşılması güç bir engel (örneğin: geçerli bir kullanıcı sözleşmesinde aksi yönde hüküm bulunması) olmaması kaydıyla *sosyal medya ve diğer çevrimiçi hesaplar*¹³ (hesaptaki münferit kişisel veri değil), *kripto paralar (cryptocurrencies)*¹⁴ ve *sabit özellikte misli dijital varlıklar (stablecoins)*¹⁵, yalnızca elektronik şekilde var olan senede bağlanmamış finansal varlıklar (uncertificated financial assets); *jetonlar (tokens)*, örneğin: aracılara hesapta tutulanlar da dahil olmak üzere *menkul kıymet jetonları (security tokens)*, *finansal olmayan varlık özelliği gösteren jetonlar (non-financial asset-type tokens)* (*fayda/hizmet (utility tokens)*)¹⁶ ve bazı *ödeme jetonları (payment tokens)*¹⁷ da dahil

¹² Dijital varlıkların bir alacağı (claim) temsil ettiği durumda uygulanacak hukuk, Roma I Tüzüğü (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)) m. 14(2)'ye göre belirlenir.

¹³ Sosyal medya ve diğer çevrimiçi hesaplar, kişisel marka değeri olan ünlülere veya kamuya mal olmuş kişilere ait olduğu durumlarda ölçülebilir bir değere sahip olabilir. Çevrim içi aktiviteler, hesaplar vasıtasıyla bu değere katkı sağlar. Örneğin: Düşüncelerini, fikirlerini, sanatsal veya diğer kültürel üretimlerini yaymak veya belirli mal veya hizmetlerin reklamını yapıp destekleyerek 'takipçilerinin' tüketim seçimlerini etkilemek.

¹⁴ Merkezi arz otoritesinden (merkez bankası, kredi kurumu veya e-para arz eden gibi) ziyade; kriptografi kullanımına bağlı, resmi para statüsünden yoksun (devoid of legal tender status), değer her sanal temsili kastedilmektedir. Özel hukuk ilişkilerinden doğan borçların ifası için bir hak sahibinden diğerine devredilebilir. Örneğin: Piyasa değerine bakıldığında en popüler kripto paralardan olan Bitcoin ve Ether.

¹⁵ Özel olarak yayımlanan kripto para türleri kast edilmektedir. 'Bu türde kripto paraların değerini o havuzdaki varlıklara bağlayarak kıymetlerini istikrarlı hale getirmeyi', 'ödeme ve tasarruf aracı olarak hizmet etmeye daha uygun hale getirmeyi' ve 'mevcut sistemlere nazaran daha hızlı, ucuz ve kapsayıcı küresel ödeme sistemlerinin gelişimine katkı sağlamayı' amaçlamaktadır. (Bakınız G7 Working Group on Stablecoins, 'Investigating the Impact of Global Stablecoins' October 2019, ii <www.bis.org/cpmi/publ/d187.pdf>). Facebook'un *Diem*'i (öncesinde *Libra*) sabit özellikte misli dijital varlığa (stablecoin) örnek olabilir.

¹⁶ Programlanabilir dijital varlığın, ürünler veya hizmetler karşılığında gelecekte sahibine kullanma (exchange) hakkı veren türü kastedilmektedir. Bu ürünler veya hizmetler; jetonu arz eden tarafından sağlanır (veya sağlanması amaçlanır) ve mevcut veya geliştirilme aşamasında, dijital veya fiziki olabilir. Fayda/hizmet jetonları; arz edenin, arz işlemine konu olan hakkın değerini ölçmesine katkı sağlar ve jetonun devrini kolaylaştırır.

¹⁷ Ödeme jetonu kavramı ile *itibari* paranın özelliklerini karşılayan fakat resmi para statüsünden yoksun dijital varlıklar kastedilmektedir. Burada kastedilen ödeme jetonları, itibari para niteliğinin yanında finansal varlık (financial asset) niteliği olmayan ödeme jetonlarıdır.

olmak üzere) ve *karma özellikli jetonlar (hybrid tokens)*¹⁸ bulunmaktadır. Bu dijital varlıkların sahip olduğu ortak yan, bir taraftan rekabetçi doğaları¹⁹ ve diğer yandan yenilikleri, bu nedenle de kural olarak teminat ya da daha geniş kapsamlı kullanım şartları ile ilgili AB veya ulusal hukuk mevzuatının konusu olmamasıdır. Ayrıca, yukarıdaki dijital varlık örneklerinden de anlaşılacağı üzere, önerilen tanım hem 'safi' dijital varlıkları (pure digital assets) (dijital dünyada yaratılan ve yalnızca dijital dünyada var olan, jetonların formunda, birtakım kendine özgü değerli özellikleri temsil eden; kripto paralar, menkul kıymet jetonları ve sosyal medya hesapları gibi dijital varlıklar), hem *varlığa dayalı jetonları (asset-backed tokens)* (tokenize menkul kıymetler veya senetler (bonds), tokenize altın, tokenize gayrimenkul veya patentler gibi zaten var olan, fiziki varlıkların dijital temsilleri) hem de tokenize sanat eserleri veya koleksiyon gibi sözde 'gayri misli jetonları'/nitelikli fikri tapuları (NFT ('non-fungible tokens')) kapsamaktadır.²⁰

Özellikle sosyal medya ve diğer çevrimiçi hesap (oyun hesapları gibi) örneklerinin, İlkeler'in uygulama kapsamına sokulmasının arkasındaki nedenler şu şekilde sıralanabilir: Her ne kadar diğer dijital varlık türlerinde olduğu gibi bir değer kaydı ya da temsili olmasalar ve hukuki mahiyetleri itibarıyla temelde sözleşmesel olsalar da, bu tür hesaplar İlkeler'de önerilen 'dijital varlık' tanımındaki ölçütleri karşılayabilir. Bilhassa; münhasıran dijital dünyada var olurlar, bir değeri bünyesinde taşıyabilirler, esaslı (veya münhasır) kontrole tabidirler ve hesap sahibi ile hesap sağlayıcı arasındaki sözleşmesel düzenlemenin şartlarına ve ilgili düzenlemelerin geçerliliği ve uygulanabilirliği (enforceability) hakkındaki yargısal anlayışa göre bir taraftan diğer tarafa devredilebilirler. Önerilen İlkeler, çevrimiçi hesaplardan yalnızca bu şartları taşıyanlara uygulanacaktır.²¹ Sosyal medya ve çevrimiçi hesapların teminat olarak kullanımının birçok karmaşık hukuki

soruna sebep²² olacağına kabul edilmesi bu kullanımı, hukuken imkansız olmasa da istenmeyen hale getirmektedir.

Rapor'da kullanılan 'kontrol' kavramına ilişkin olarak zıt yönde bazı görüşler mevcuttur. İlkeler'de, bir dijital varlığın üzerinde karma bir kontrol anlayışı tercih edilmiştir. Teminat verenin hukuki 'hakimiyetini' (legal 'possession') içine almakla (örneğin: teminat verenin dijital varlığı kontrol için bir hakkını kullanması, ki bu durumda bir hukuk sisteminde eşya hukukunun bir nesnesi olarak tanınmıştır veya benzer bir hukuki korumadan yararlanır) birlikte teminat olarak kullanılan dijital varlık üzerindeki salt fiili kontrolü de kabul edilmiştir (örneğin: belirli bir hukuk sisteminde mülkiyet hakkının nesnesi olarak hukuki tanımadan yararlanmayan dijital varlıklar da dahil olmak üzere hukuki hakimiyetin haricindeki herhangi bir kontrol hali). Hukuki ya da fiili kontrol, dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisi için yeterli olacaktır/olabilir. Fakat dijital varlık üzerinde tesis edilen teminat hakkının, üçüncü kişiler karşısında etkilerini meydana getirmesi için gerekli şartların tamamlanması (perfection of a security interest) hususuyla ilgili yegane kontrol hali fiili kontroldür. Bunun yanı sıra fiili kontrol, İlke 3(5)'in ve 4(6)'nın uygulaması ile ilgili olarak da iyi niyetli (*bona fide*) kredi sağlayanın menfaatlerinin korunması için caziptir. Bu kişiler, teminat verenin dijital varlık üzerindeki hakkını tespit etmeye yarayan araçlardan yoksun olabilirler. Fiili kontrol, aynı zamanda belirli özellikleri nedeniyle dar anlamda mutlak etkili malvarlıksal hakların (proprietary rights) mevcut olmadığı dijital varlıklar açısından da gereklidir. Ulusal hukuklar, bu türden dijital varlıkları eşya hukukunun yerleşik ilkeleriyle bağdaşmaz addedebilir.

Bir örnek ile açıklamak gerekirse: Üye Devlet X'in hukukuna tabi olarak oluşturulmuş olan ve izne tabi dijital deftere (permissioned digital ledger) kaydedilmiş tokenize menkul kıymetin sahibi

¹⁸ Karma özellikli jetonlar, birden fazla dijital varlık türünün (örneğin: hem varlık hem fayda/hizmet jetonlarının özellikleri) özelliklerini taşıyan dijital varlıklardır. Örneğin: bir ortaklıkta hem sahiplik payını temsil eden hem de sahibine söz konusu ortaklığın ürettiği ilk malı veya hizmeti alma yetkisi veren dijital varlık, karma özellikli jetona bir örnek teşkil edebilir.

¹⁹ Arzı veya değeri olumsuz yönde etkilenmediği sürece, yalnızca kısıtlı sayıda insan tarafından kullanılabilen veya tüketilebilen belirli varlıkların veya malların ekonomik niteliği kastedilmektedir. Bu ekonomik değer, münhasır kullanma ve tüketmeye yönelik yoğun rekabeti açığıklayan arzın ve değer azalması riskidir.

²⁰ NFT'ler gerçek veya dijital dünyadaki nesnelere (örneğin: sanat eserleri veya koleksiyon) temsil eden ve sahiplik haklarını (ownership rights) bünyesinde bulundurabilen (fakat bulundurma zorunlu olmayan) kriptografik dijital varlıklardır. Oluşumu ve doğrulanması çoğunlukla Ethereum blokzinciri kullanımına bağlıdır. Benzersizliklerini ve bölünmezliklerini (aynı zamanda ikame edilemezliklerini) güvence altına almak için dijital imzalarla faydalanılır. Uzun yıllardır mevcudiyetlerine rağmen, talebin katlanarak artmasıyla birlikte bu Rapor'un yayınlanma zamanına yakın bir zamanda öne çıkmaya başlamıştır.

²¹ Aynı hususun çevrimiçi oyun hesapları kapsamındaki sanal araç gereçler ve nesnelere bakımından da uygulanacağı ileri sürülmektedir (ekonomik değere sahip ve teminat amacı dahil bir oyuncudan diğerine de devredilebilir oldukları kadarıyla).

²² Bu sorunlar; sosyal medya ve/veya çevrimiçi hesap sahibi ve sosyal medya ve/veya çevrimiçi hesap sağlayıcı arasındaki sözleşmesinin şahsiliği, hesap sahibinin kişilik hakları (mahremiyet ve kimliği de dahil olmak üzere) ve hesap sahibinin veya sağlayıcının her türlü fikri mülkiyet hakkı ile ilgili sorunları bünyesinde bulundurmaktadır.

tokenize menkul kıymet üzerinde hukuki kontrolden yararlanacaktır (doğrudan doğruya ya da muhafaza eden aracılığıyla). Bu hususun dijital defterin temsil ettiği doğrulanabilir kayıtla (verifiable record) kanıtlanması mümkündür. Buna karşılık, herhangi bir ilgili yerde eşya hukukunun konusu olarak hukuki tanımadan yararlanamayan, merkeziyetsiz izne tabi olmayan deftere (decentralised, non-permissioned ledger) kaydedilmiş kripto para sahibi, kripto para üzerinde salt fiili kontrolden yararlanacaktır. Bu, hak sahibinin; teminat olarak kullanılan kripto paraların tutulduğu hesabın özel anahtarı (private key) üzerindeki (fiili) kontrolü ile aynıdır.

Şüpheye yer bırakmamak adına, Rapor'da kullanılan kontrol kavramının 'karma özellikte' olması, dijital varlık üzerindeki 'kontrolün' aynı anda hem hukuki hem de fiili kontrolün özelliklerini taşımasını ifade etmemektedir. İkisinden biri dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesis etmek için yeterli olacaktır/olabilir. Hukuki kontrol çoğu zaman fiili kontrolle bir arada olsa da fiili kontrol, dijital varlıklar üzerindeki teminat hakkının, üçüncü kişiler karşısında etkilerini meydana getirmesi için gerekli şartların tamamlanması (*perfection of security interest*) ve İlke 3(5) ve 4(6) uygulamasında gerekli ve/veya yeterli olacak kontrol türüdür.

Dijital varlıklar tipik olarak belirli bir amaç veya belirli bir kişi etrafında toplanan dijital 'veri'lerden oluşsa da, İlkeler'de üzerinde durulan veriden ziyade dijital varlıkların kendisi ve teminat olarak kullanılması meselesidir. Veri; eğer AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (Regulation (EU) 2016/679 (GDPR)) m. 4(1) anlamında *kişisel* ise, bazı AB üyesi devletlerin mahkemeleri son yıllarda verinin eşya kavramı ile ilişkilendirilen özellikleri sergiledikleri yönünde karara varmalarına rağmen,²³ mülkiyet hakkının konusunu oluşturamayabilir.

İlkeler'de önerilen dijital varlık tanımı, teknolojik açıdan tarafsız bir tutum sergilemektedir (*technology neutral*). Bu durum dijital varlıkların saklanması, görüntülenmesinin ve yönetiminin teknolojiye bağlı olmamasından kaynaklanmamaktadır. Önerilen tanım kapsamındaki dijital varlıklar, merkezi ya merkeziyetsiz platformlarda veya veri tabanlarında (veya bunlar aracılığıyla) saklanabilir, görüntülenebilir ve yönetilebilir. Buna veri doğrulama teknolojileri (data validation technologies) olarak tanımlanan, blokzincir türü teknolojileri kullanan platformlar da dahildir. Bu platformlarda doğrulanmış bir dizi işlem (veya 'güncellemeler') zincirler halinde düzenlenerek sıralı şekilde kriptografik araçlar vasıtasıyla, varlık üzerinde gerçekleşen işlemlerin tüm geçmişini muhafaza etmek amacıyla birbirine bağlanır. Sonuç olarak dijital varlıklar blokzincir üzerinde saklanabilir/depolanabilir ve bir akıllı sözleşme²⁴ ile desteklenebilir veya alternatif olarak herkes tarafından erişilebilir bulut hizmeti (publicly accessible cloud service) yahut kısıtlı erişimli 'veri havuzu' (restricted access 'data repository') da dahil olmak üzere blokzincir olmayan veritabanında da saklanabilir.

İlkeler'de önerilen; 'aracı', 'teminatlı alacaklı', 'teminat veren', 'teminat hakkı' ve 'teminat sözleşmesi' kavramlarının tanımı belirli bir hukuk çevresine özgü terminolojiden uzak durularak genel ve işlevsel şekilde yapılmıştır. Benzer terminoloji, Proje Ekibi'nin de çalışmalarında yararlandığı teminatlı işlemler alanındaki çeşitli uluslararası belgelerde de kullanılmaktadır.

²³ Bu mesele üzerinde, ALI ve ELI tarafından ortak olarak geliştirilen Veri Ekonomisi Projesi İçin İlkeler (Principles for a Data Economy Project) kapsamında durulmuştur: < [https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ALI-](https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ALI-ELI_Principles_for_a_Data_Economy_Final_Council_Draft.pdf)

ELI_Principles_for_a_Data_Economy_Final_Council_Draft.pdf>. Birlikte üretilmiş veri (co-generated data) üzerindeki mülkiyet veya diğer haklar meselesi ile ilgili baskın görüş, kişisel ve kişisel olmayan veri arasında *esaslı* bir ayrım yapılmaması gerektiğidir. Ancak; verinin, veri koruma hukukuna konu olması teminat olarak kullanılabilirliği bakımından bir kısıtlama teşkil eder. Önceki proje ve mevcut proje arasındaki ilişki için bakınız: Önsöz. Daha detaylı inceleme için bakınız: Ivan Stepanov, 'Introducing a Property Right over Data in the EU: The Data Producer's Right - an Evaluation' (2020) 34 (1)International Review of Law, Computers & Technology, 65-86.

²⁴ Kodlama dilinde yazılmış kendiliğinden ifa olan sözleşmeler olarak tanımlanan akıllı sözleşmeler, blokzincir teknolojisi üzerine inşa edilebilir.

İlke 1:

1

Kapsam ve Amaç

1. İlkeler; dijital varlıkların gerçek veya tüzel özel hukuk kişileri tarafından, teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca teminat olarak kullanılmasında uygulanacaktır. İlkeler'in, başlıca AB olmak üzere farklı hukuk çevrelerinde kullanılması amaçlanmaktadır.
2. İlkeler, rızai şekilde tesis edilmeyen teminat haklarına, bir başka ifadeyle iradi tasarruf (voluntary disposition) (anlaşma) yerine kanun gereği tesis edilen teminat haklarına uygulanmaz.
3. İlkeler, kamu kuruluşlarının kamu güçlerini kullanarak el koydukları dijital varlıklara uygulanmaz.
4. İlkeler, ulusal hukuka ve (uygulanabilir ise) AB hukukuna veya diğer uluslararası hukuka göre halihazırda finansal araç olarak düzenlenmiş dijital varlıklara ilişkin uygulamaya hâle getirmez ve bu hukuklardan sapmayı amaçlamaz. Buna göre, İlkeler ile diğer bir hukuk arasında uyumsuzluk olması halinde diğer hukuk geçerli olacaktır.

Şerh:

Odak noktası (gerçek ya da tüzel) özel hukuk kişilerinin, iktisadi özgürlükleri uyarınca²⁵ işlemlerinde dijital varlıkları teminat olarak kullanması olan İlkeler'in amacıyla uyumlu olarak; kamu kuruluşlarının kamusal güçlerini kullanarak, kamu makamlarının alacaklarının tatmini amacıyla; genellikle vergi, harç veya resim (taxes, duties, imposts or excises) ödemesi için, el koydukları dijital varlıklar, İlkeler'in uygulama kapsamında yer almamaktadır. İlkeler, geleneksel kredi (conventional credit) ile ilgili olmakla birlikte (zorunlu olmasa da) merkezizsiz finans platformlarının (decentralised finance ('DeFi') platforms) sağladığı kredileri de kapsayabilir. DeFi platformlar, (zorunlu olmamakla birlikte) ödünç işlemlerini (lending transactions) (teminat veren ve teminat alan arasında doğrudan gerçekleşmesinden ziyade) otomatik şekilde ifa eden akıllı sözleşme protokolleri temelinde çalışırlar ve teminatlı ödünce (krediye) (secured lending) ek fakat İlkeler'in kapsamında yer almayan hizmetler sunabilirler.

Ayrıca, İlkeler halihazırda var olan hukuki çarelerin yerine geçmeyi değil, onları tamamlamayı ve onlardan hareketle yeni bazı yapılar inşa etmeyi amaçladığı için İlkeler ile ulusal veya (uygulanabilir ise) uluslararası hukuk (taraflar ve/veya ilgili sözleşme veya diğer tür hukuki ilişkiler konusunu oluşturabilir) arasında bir uyumsuzluk olması halinde ulusal hukuk veya uluslararası hukuk geçerli olacaktır.

İlkeler'in, dijital varlıklar üzerindeki teminat hakkının kanun gereği kendiliğinden doğduğu (örneğin: kanundan doğan rehin hakkına (statutory lien)) yani iradi olmayan (teminat sözleşmesinin bağlamı dışında) durumlara uygulanması amaçlanmamıştır.

Son olarak; İlkeler, ulusal hukuka ve (uygulanabilir ise) AB hukukuna veya diğer uluslararası hukuka göre halihazırda finansal araç olarak düzenlenmiş dijital varlıklara hâle getirmez ve bu hukuklardan sapmayı amaçlamaz. Bu nedenle, aşağıda belirtilen ve halihazırda AB hukuku veya düzenlemeleri kapsamındaki varlıklar, yukarıda özelliklerine yer verilen 'dijital varlıklar'ın esas unsurlarını taşısa da İlkeler kapsamında değildir:

²⁵ Çalışmanın odağında özel hukuk kişileri olan taraflar yer alsa da İlkeler, kamu tüzel kişilerinin (kamunun sahibi olduğu özel şirketler de dahil) özel hukuk uyarınca girdikleri sözleşmesel ilişkileri bakımından da uygulanabilir.

Finansal Araç Piyasaları Hakkında Yönerge II (Markets in Financial Instruments Directive (MiFID II))²⁶ m. 4(1)(15) anlamında ‘finansal araçlar’ (‘financial instruments’), İkinci E-Para Yönergesi (Second E-Money Directive)²⁷ m. 2(2) anlamında ‘e-para’ (tokenize olmamış ise), Mevduat Garanti Programları Yönergesi (Deposit Guarantee Schemes Directive)²⁸ m. 2(1)(3) anlamında ‘mevduatlar’ (‘deposits’), MiFID II m. 4(1)(43) anlamında ‘yapılandırılmış mevduatlar’ (‘structured deposits’), Menkul Kıymetlendirme Tüzüğü (Securitisation Regulation)²⁹ m. 2(19) uyarınca her menkul ‘menkul kıymetlendirme pozisyonları’ (‘securitisation positions’) (menkul kıymetlendirme sürecinden geçerek ortaya çıkan menkul kıymetler). Dahası; İlkeler, Finansal Teminatlar Yönergesi’ne (Financial Collateral Directive (FCD))³⁰ tabi finansal teminat sözleşmeleri bağlamında dijital varlıklar üzerinde teminat hakkı tesis edilmesi durumunda ve finansal araçlara ilişkin taleplere ve haklara uygulanmaz. Burada, dijital varlıkların kendisi MiFID II m. 4(1)(15)³¹ anlamında ‘finansal araç’ niteliğindedir. Finansal işlemin taraflarının menfaati ve Mutabakat Kesinliği Yönergesi (Settlement Finality Directive (SFD))³², anlamında dahil olunan ‘sistemler’in sağlamlığının muhafazası açısından İlkeler’in, borçlunun aczine (insolvency) ilişkin (uyumlaştırılmamış) ulusal hukuklardan ayrılan FCD ve SFD’ye özel rejimlerle çatışmaması zaruridir.³³

²⁶ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, OJ L173/349. Belirtmek gerekir ki MiCA’nın taslak 6(1) maddesi AB hukuku bağlamındaki ‘finansal araç’ tanımına, açıkça kapsamı alanında olabilmek için değişiklik getirmektedir: ‘dağıtık defter teknolojisi aracılığıyla çıkarılan (finansal) araçlar’ (‘(financial) instruments issued by means of distributed ledger technology’) (vurgu bize aittir).

²⁷ Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, OJ L267/7.

²⁸ Directive 2014/49/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on deposit guarantee schemes, OJ L173/149.

²⁹ Regulation (EU) 2017/2402 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 laying down a general framework for securitisation and creating a specific framework for simple, transparent and standardised securitisation, and amending Directives 2009/65/EC, 2009/138/EC and 2011/61/EU and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 648/2012, OJ L347/35.

³⁰ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, OJ L168/43.

³¹ Bu bağlamda ayrıca bakınız.: European Securities and Markets Authority, ‘Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets’ 9 January 2019, para 163. (MiCA’nın uygulama alanının belirlenmesindeki Komisyon yaklaşımında kilit rol oynamıştır.) Avrupa Komisyonu’nun da bağlı kaldığı ESMA önerisinde, kripto varlığı, MiFID II anlamında ‘finansal araç’ olma özelliğini taşıdığı durumlarda, uygulanabilir diğer AB kuralları ile birlikte (Prospectus Directive, CSDR ve SFD dahil olmak üzere) MiFID II’ye tabi kalmaktaydı.

³² Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, OJ L166/45.

³³ Yine de FCD’nin, jeton formundaki dijital varlığın temsil ettiği gerçek dünyadaki varlığa uygulanabileceği kabul görmektedir. Finansal araç olan gerçek dünyadaki varlığın hukuki nitelendirmesine bağlı olarak yukarıda belirtilen çakışma kaçınılmazdır ve İlkeler tarafından çözüme kavuşturulamamaktadır.

İlke 2:

2

Teminat Olarak Dijital Varlıklar

1. Dijital varlık, teminat veren ile teminatlı alacaklı ('Taraflar') arasındaki teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca teminat olarak kullanılabilir.
2. Dijital varlığın teminat olarak kullanılması, İlke 3 uyarınca teminat hakkının tesisine uygulanan hukuk ve İlke 4 uyarınca teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkisine uygulanan hukuk ile uygunluğuna bağlıdır.

Şerh:

Yukarıda açıklandığı üzere İlkeler'in odak noktasını dijital varlıkların, özel hukuk kişilerinin iktisadi özgürlükleri kapsamında, işlemlerinde teminat olarak kullanılması oluşturmaktadır.

İlke 2(1) niteliği gereği açıklayıcıdır. Amaç; dijital varlık sahiplerinin, dijital varlıklarını bu Rapor'da belirtilen İlkeler'e istinaden teminat olarak kullanma imkanlarının var olduğuna dikkat çekmektir.

Dijital varlıklar çoğu zaman kayda değer bir ekonomik potansiyel içerir. İlkeler, tarafların ortaya çıkarmak istediği ekonomik potansiyele ilişkin dijital varlıkların alacağı karşılık teminat olarak kullanımı ile elverişli yollar önermektedir. Dijital varlıklar teminat olarak kullanma imkanının, en azından bazı dijital varlık sahiplerinin zihninde yer alması ihtimali uzak görünmektedir. Bunun nedeni, dijital varlıkların görece olarak yeni ortaya çıkmış olmaları ve ödünç işlemlerinde teminat olarak kullanılmalarının etrafındaki hukuki belirsizliktir. İlkeler'in en önemli amaçlarından bir tanesi, dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasına ilişkin farkındalık yaratmaktır. Böylece, dijital varlıkların kullanılmayan bazı ekonomik potansiyelinden, sahipleri istiyorsa yararlanmış olur. Şüpheye yer bırakmamak adına, Proje Ekibi

dijital varlıkların teminat olarak kullanılmasının tavsiye edilebilirliği, İlkeler'de önerilen tanımlar kapsamında yer alan belirli tür dijital varlıkların münferit özellikleri göz önüne alındığında bunların teminat olarak kullanımının yerindeliği ve özellikle değerlerinin değişkenliği (volatility) hususlarında bir tarafta yer almamaktadır. Dijital varlıkların değerlerinin değişkenliği bazı durumlarda cismani veya cismani olmayan daha geleneksel varlıklarını aşabilir.

İlke 2(2), metin içinde sonrasında belirtilen esasa ilişkin ilkeleri ve kanunlar ihtilafı ilkelerini takdim etmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, dijital varlıkların teminat olarak kullanılmalarının, İlke 3 uyarınca teminat hakkının tesisine uygulanacak hukuk ve İlke 4 uyarınca teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkisine uygulanacak hukuk ile uygunluğuna bağlı bulunduğu ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu varlıkların kendilerine uygulanacak hukuk teminat olarak kullanıma ilişkin ek engeller öngörmüş olabilir. Bu bakımdan dijital varlıkların teminat olarak kullanımının elverişliliğine karar verirken bu varlıkların kendilerine uygulanacak hukuk da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu; örneğin, dijital varlığın bir alacağı (claim) temsil ettiği durumlarda karşımıza çıkabilir.³⁴

³⁴ Belirtilmelidir ki; Roma I Tüzüğü (Rome I Regulation) m. 14(2) uyarınca devredilen alacağı uygulanacak hukuk alacağın 'devredilebilirliğini de belirler', m. 14(3) uyarınca 'alacağın teminat amacıyla devri ve alacaklar üzerindeki rehin hakkı veya diğer teminat hakları' da m. 14 kapsamına dahildir.

İlke 3:

3

Dijital Varlıklar Üzerinde Teminat Haklarının Tesisi ve Uygulanacak Hukuk

1. Bir dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisi için, teminat sözleşmesinin taraflarının, tesis edilmek istenen teminat hakkı türüne uygulanacak hukukun koşullarına uyması gerekir.
2. İlke 3(1) anlamında 'uygulanacak hukuk'; teminat verenin, teminat hakkının tesis edildiği andaki işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya birden fazla işyeri var ise merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukudur.
3. İlke 3(2)'nin istisnası olarak, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda, o yerin hukuku 'uygulanacak hukuk' kabul edilir.
4. Eğer teminat olarak kullanılacak dijital varlık gerçekteki (cismani ya da cismani olmayan) bir varlığı temsil ediyorsa; dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin, aynı zamanda dijital varlığın temelini oluşturan gerçekteki varlık üzerinde teminat hakkı tesis edilmesi sonucunu doğurup doğurmadığı veya hangi şartlar altında doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarına göre belirlenecektir.
5. Eğer uygulanacak hukuk, varlıkların üzerinde teminat hakkı tesisi için varlığın teminatlı alacaklıya teslimini şart kılıyorsa; teminat hakkının dijital varlık üzerinde tesis edildiği durumda, teminatlı alacaklıya gerçekteki varlık fiziken teslim edilmemiş olsa bile teminat veren teminatlı alacaklıyı ilgili dijital varlık üzerinde kontrol kullanabilecek konuma getirmiş ise bu şart yerine getirilmiş sayılır.
6. Dijital varlık üzerinde geçerli bir teminat hakkı tesisi, teminat verenin o dijital varlık üzerindeki haklarına ve özellikle teminat tesis etme yetkisine ve teminat sözleşmesinde teminatla yüklenen dijital varlığın türünün makul bir şekilde belirlenebilmesine (specification) bağlıdır. Teminat hakkı tesisinin teminat verenin dijital varlık üzerinde hak sahibi olmaya bağlanması, iyi niyetli teminatlı alacaklıların veya diğer üçüncü kişilerin haklarına halel getirmez. İyi niyetli teminatlı alacaklıların veya diğer üçüncü kişilerin hakları, teminat haklarının üçüncü kişiler karşısında etkisini ve önceliğini düzenleyen İlke 4'ün konusunu teşkil eder.
7. Dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin geçerliliği, teminat verenin teminat ile yüklenen dijital varlığın fikri mülkiyet haklarından yararlanmasına bağlı değildir. Dijital varlığa fikri mülkiyet hukuku kapsamında sağlanan hukuki koruma; o varlık üzerinde, İlkeler'de daha önce belirlenmiş şartlara uyulması şartıyla, teminat veren tarafından geçerli bir teminat hakkı tesisini engellemez.
8. Teminat sözleşmesinin tarafları teminatla yüklenen dijital varlığın değerindeki dalgalanmalar için hüküm öngörebilir. Bu hükümler teminat hakkının geçerliliğini etkilemez. Meğerki; ulusal hukuk veya ticari teamül uyarınca, teminat amacıyla devredilen dijital varlığın değerinin, dalgalanmalar yüzünden teminatlı alacaklıya olan borcu aşan kısmı fahiş olarak nitelendirilsin veya aşkın teminatlandırmanın (over-collateralisation) bir türü olarak yasaklanmış olsun.

Şerh:

Dijital varlıkların ihdası ve bunlar üzerinde teminat hakkı tesisi, hukuk sistemlerinin daha geleneksel varlıklara uygulanacak kurallardan esinlenmesiyle birlikte, farklı hukuk sistemleri arasında dikkate değer ölçüde farklılık gösteren alanlardandır.³⁵ Bu nedenle, farklı hukuk sistemlerinin teminat hakkı tesisi meselesine yaklaşımı da farklılık göstermektedir. Bazı sistemler, teminat hakkının tesisi ve üçüncü kişiler karşısında etkisine ilişkin şartlar arasında ayırım yaparken bazı sistemler ikisine de aynı şartları uygulamaktadır (üçüncü kişiler karşısında etki ile ilgili olarak bakınız: İlke 4).

Bir varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin koşullarını tespit edebilmek için öncelikle teminat hakkının tesisine uygulanacak hukuku tespit etmek gerekir. Varlığın türü ve özellikle hukuki nitelendirmesi uygulanacak hukuku tespit etmede kilit rol oynar. Ayrıca tespit edilen hukukun uygulanmasıyla, varlık üzerinde tesis edilebilecek teminat türleri ve aynı zamanda hakkın tesisi için gerekli şartlar (örneğin: yazılı olma ve/veya tescil edilme) belirlenmiş olur. Dijital varlığın nitelendirilmesi, ulusal hukuk yaklaşımlarına bağlıdır: Kripto para örneğini ele almak gerekirse, farklı hukuklar kripto parayı ‘para birimi’, ‘menkul kıymet’, ‘yatırım sözleşmesi’, ‘emtia/mal’ veya *sui generis* dijital (cismani olmayan) varlık olarak nitelendirmiştir.³⁶ Teminat hakkı tesisine ilişkin meseleler belirli bir hukuka özgü olduğu (jurisdiction specific) için ilkeler bu bakımdan tarafsız (jurisdiction neutral) olmayı amaçlamaktadır. İlke 3(1)’in temelinde, uygulanacak (ulusal) hukukun şartlarına, mümkün olduğunca, uygunluk yer almaktadır.

Uygulanacak hukukun tespiti ile ilgi olarak başlangıç noktası, AB üyesi devletlerin hukuku bakımından teminat sözleşmelerinin Roma I

Tüzüğü (Rome I Regulation) kapsamında yer aldığıdır (Rome I Regulation m. 3 uyarınca taraflar uygulanacak hukuku seçebilir). Fakat teminat sözleşmesi uyarınca teminat hakkı tesisi genellikle objektif bağlama kuralına dayanan kanunlar ihtilafı kuralı kapsamında yer alır. Örneğin: *lex rei sitae* (malın bulunduğu yerin hukuku) (sonuç olarak, tarafların genelde teminat hakkının tesisine uygulanacak hukuku seçmelerine izin verilmez). *Lex rei sitae* kuralı cismani varlıklar için genel kanunlar ihtilafı kuralıdır ve uygulanacak hukuk olarak teminat olarak teklif edilen varlığın yeri hukukunu işaret eder. Tartışmaya açık olmakla birlikte, dijital varlıklar için de *lex rei sitae* kuralı tarzında bir çözüm oluşturmak mümkün olabilir. Bu durumda, ilgili çözüm için dijital varlığın ‘yeri (location)’ tayin edilerek belirli bir hukuk sisteminde ‘mekanla bağlantısını kurmak (localising)’ gerekir. Fakat böyle bir uygulama dijital varlıkların genellikle fiziksel konumu bulunmadığından zorluk gösterir. Dijital varlıkların farazi ‘yeri’ (notional ‘location’) elde bulundurma yöntemi de dahil olmak üzere çoğu kez çeşitli değişkenlere bağlıdır. Bitcoin örneğini ele almak gerekirse; doğrudan Bitcoin kayıt sisteminde (Bitcoin ledger) veya çevrimiçi cüzdan (online wallet) aracılığıyla (gözetimli (custodian) ya da gözetimsiz (non-custodian)) veya ‘soğuk depolama’ cihazında (‘cold storage’ device) (genellikle Bitcoin elinde bulunduranın kişisel bilgisayarı ya da diğer bir ‘uzaktan’ donanımsal depolama cihazında (‘remote’ hardware storage device)) tutulabilir. Çeşitli elde bulundurma seçenekleri aynı tür dijital varlığın farklı olarak ‘mekanla bağlantısının kurulması’ sonucunu doğurabilir. Diğer objektif bağlama kurallarının mevcudiyeti düşünüldüğünde, dijital varlığın ‘yeri’ üzerine kanunlar ihtilafı kuralı oluşturmak gerekli değildir ve büyük olasılıkla çoğu durumda tavsiye edilmemektedir.³⁷

³⁵ Bakınız Hague Conference on Private International Law (HCCH), ‘Developments with Respect to PIL Implications of the Digital Economy, including DLT’, Prel Doc No 4 of November 2020 <<https://assets.hcch.net/docs/8bdc7071-c324-4660-96bc-86efba6214f2.pdf>>. Dijital varlıkların, bir ticari işletme bedeli veya diğer ‘değişken (floating)’ (veya ‘tüm varlıklar (all-assets)’) türde bir teminat hakkının kapsadığı bir varlık grubunun bir parçasını oluşturup oluşturamayacağı belirsiz olabilir. Bu tür teminat haklarına ilişkin hukuk kurallarının (bu tür hakların tesisinin mümkün olduğu yargı alanlarında) dijital varlıkların ortaya çıkışından önceye dayanıyor olması, dijital varlıkların ‘değişken’ teminat hakları kapsamına girmesini engellemelidir.

³⁶ Kriptoparaların farklı hukuk sistemlerindeki hukuki durumu ve düzenleniş biçimini ayrıntılı olarak incelemek için bakınız: *ex multi*, Phoebus Athanassiou, *Digital Innovation in Financial Services - Legal Challenges and Regulatory Policy Issues* (Kluwer Law International 2018), Ch 4; ve HCCH, ‘Report on the PIL Implications of the Digital Economy, including DLT’ (November 2020), § 27 ve beraberindeki dipnotlar.

³⁷ Milletlerarası özel hukuk alanındaki çalışmaların doğasında olan zorlukların dijital varlıklarla ilişkili olanları HCCH tarafından şu şekilde belirlenmiştir: ‘Bu tür varlıkların, anlaşmaları ve işlemleri içeren durumlara ilişkin MÖHUK meseleleri çözümsüz kalmıştır. Örneğin, ne dijital varlıklara ve ilgili devirlere uygulanacak hukuk ile ilgili olarak ne de DLT protokollerine irade serbestisi ve hukuk seçimi dahil etme olasılığı ile ilgili olarak netlik yoktur. Ayrıca, uyuşmazlığın tüm düğümlerinin bir devlette (tek yargı yetkisi, izne tabi sistemler) bulunduğu işlemlerle ilgili olduğu çok nadir istisna dışında, ortaya çıkabilecek ilgili anlaşmazlıkları çözmek için hangi devletin yargı yetkisine sahip olduğu açık değildir. Buna ek olarak, dijital varlıkları içeren yetki seçimi anlaşmalarının uygulanabilirliği ve icra edilebilirliği meselesi de bulunmaktadır.’ (bakınız HCCH (n 36), § 14).

Teminat olarak sunulan dijital varlığı elde bulundurmaya ilişkin şartları her bir durum özelinde değerlendirme gerekliliğinden kaçınmak için (ki teminat sözleşmesinin süresi boyunca bu şartlar değişebilir) İlke 3(2); uygulanacak hukuku, teminat verenin işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya mutad meskeninin bulunduğu yerin hukuku olarak belirlemeyi önermektedir. İlke'de, cismani olmayan varlıklar üzerindeki teminat haklarına ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı bakımından şu düzenlemelerden yararlanılmıştır: UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions) (m. 86 ve 90); Avrupa Komisyonu'ndan Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne, bir alacağın devrinin veya halefiyetin üçüncü kişiler karşısında etkisi ve temlik edilen veya halef olunan alacağın başka bir kişinin hakkına önceliği meseleleri hakkında rapor (Report from the European Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over the right of another person),³⁸ Alacağın temlikinin üçüncü taraflar üzerindeki etkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü için Avrupa Komisyonu Önerisi (European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims).³⁹ İlke 3(2)'de önerilen kuralın olası alternatiflerine göre birçok avantajı bulunmaktadır: *ilk olarak*; uygulaması açık, görece olarak istikrarlı ve teminat alan kişi bakımından nettir. *İkincisi*, birden fazla alacaklının yarıştığı durumlarda İlke 3(2)'de önerilen kural, yarışan taleplerden görece olarak önceliği olanı belirlemekte

referans noktası sağlama avantajına sahiptir. *Üçüncüsü*, teminat verenin bulunduğu yerin hukukunun aynı zamanda borçlunun aczine ilişkin usule (insolvency proceedings) de uygulanması olağandır. Teminat sözleşmesine uygulanacak hukuk ve borcun ödenmemesine ilişkin usule uygulanacak hukuk kesiştiğinden bu husus avantajlı görünmektedir. *Dördüncüsü*; önerilen kural, aynı teminat veren tarafından yapılan eşzamanlı ('toplu') devirlerde (simultaneous ('bulk') assignments) (İlke 3(2)'de önerilen kuralın yokluğunda farklı hukuklar uygulanabilirdi.)⁴⁰ yararlı olacaktır. Proje Ekibi'nin üyeleri İlke 3(2)'de önerilen kanunlar ihtilafı kuralına yönelik destekte hemfikir olunmadığının farkındadır.⁴¹ Bununla birlikte; Proje Ekibi, yukarıda belirtilen gerekçelerle ve dijital varlıkların kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda önerilen çözümün makul ve genel olarak diğer çözümlerle karşılaştırıldığında pratik uygulaması bakımından daha avantajlı olduğu kanısındadır.

Dijital varlık ile belirli bir yerin hukukunun bağlantısının, o varlığın nitelikleri ile oluşumu ve elde bulundurulması açısından kolaylıkla belirlenebildiği durumlarda; İlke 3(3), dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesis edilmesine uygulanacak hukukun o yerin hukukunun, diğer bir ifadeyle dijital varlığın kendisine uygulanacak hukuk olmasını önermektedir. Bu hukuku belirlemek en azından bazı durumlarda görece olarak kolaydır ve 'kolaylıkla belirlenebilir bağlantı'nın ne olabileceğine ilişkin birçok örnek düşünülebilir. Örneğin: izne tabi (permissioned) dağıtık defter teknolojisi (DLT) sisteminin kullanıldığı durumda sistem; belirlenebilir bir arz eden (veya arz edenler) tarafından belirlenebilir bir yerde kurulmuştur, o yerin hukukuna tabi olarak faaliyet gösterir ve izinli katılımcıların da bilgisi dahilinde, baştan beri bir hukuk sistemi kapsamında faaliyet

³⁸ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over the right of another person COM/2016/0626 final.

³⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims COM/2018/096 final - 2018/044 (COD).

⁴⁰ Belirli dijital varlık türleri bakımından, örneğin: izne tabi olmayan, tamamen merkezsizleştirilmiş DLT sistemlerindeki, taraf iradesi dışlanmış ise başka bağlama noktası belirlemek zor olabilir. Bu hususa dolaylı olarak FMLC tarafından da değinilmiştir (bakınız FMLC, 'Distributed Ledger Technology and Governing Law: Issues of Legal Uncertainty' March 2018 <http://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/05/dlt_paper.pdf>, para 7.6, 22).

⁴¹ HCCH çalışmasına özellikle atıfta bulunulmuştur. HCCH, teminat verenin iş yerinin veya işinin merkezi idaresinin veya mutad meskeninin bağlama noktası olarak önemini kabul etmesine rağmen potansiyel kısıtlamalarına da dikkat çekmiştir (bakınız HCCH (n 36), Annex I, 10). HCCH'nin, hazırladığı Rapor'da Annex I'de listelenen 12 muhtemel bağlama noktası içinden bir tercihte bulunmadığını önemle belirtmek gerekir. Bu listeye, şifreli özel ana anahtar sahibinin birincil ikametgahı (the primary residence of the encryption private master keyholder (PREMA)), ilgili işletme yetkilisinin/yöneticisinin yeri (place of the relevant operating authority/administrator (PROPA)) ve seçimlik *situs* hukuku (law of the elective *situs*) da dahildir.

göstermesi planlanmıştır. O sisteme özgü dijital varlıklar üzerinde teminat hakkı tesisine uygulanacak hukukun, teminat verenin hukuku olmasındansa sisteme uygulanacak hukuk olması mantıklı görünmektedir. Bu şartları yerine getiren dijital varlıklara örnek olarak; sabit özellikte misli dijital varlıklar (stablecoins), sanal paralar, NFT'ler ve fayda/hizmet jetonları verilebilir (izne tabi defterlerde yer aldığı, belirlenebilir işletmeciler tarafından işletildiği kadarıyla). Yukarıda açıklanan örnek 'aracılık edilen' ('intermediated') dijital varlıkla karşılaştırılırsa: aracılık edilen dijital varlık, muhafaza eden (custodian) veya başka bir aracı yoluyla tutulmaktadır. Bu durumda, aracılık edilen dijital varlığın teminat olarak kullanılmasını içeren teminat sözleşmesi ile en sıkı ilişkili olan hukuk belirlenirken muhafaza edenin veya aracının hukuku da gündeme gelebilir.^{42,43} Mali Piyasalar Hukuk Komitesi (Financial Markets Law Committee (FMLC)), DLT sistemine özgü dijital varlıkların ortaya çıkardığı milletlerarası özel hukuk sorunlarına ilişkin görüşlerinde, DLT sistemine özgü dijital varlıkların mutlak etkili malvarlıksal yönüne (proprietary aspect) uygulanacak hukuku belirlemek için 'seçimlik (elective) situs' fikrini de tartışmıştır.⁴⁴ Bu yaklaşım, Proje Ekibi'ne de makul görünmüştür.

İlke 3(4), dijital varlıkların (cismani ya da cismani olmayan) gerçek dünyadaki varlıkları temsil ettiği özel duruma işaret etmektedir. Dijital varlık üzerinde teminat hakkı tesisinin aynı zamanda dijital varlığın dayanağını oluşturan gerçek dünyadaki varlık üzerinde teminat hakkı tesis edilmesi sonucunu doğurup doğurmadığı veya

hangi şartlar altında doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukuku uyarınca tespit edilecek hukuka göre çözülecektir (örneğin: *lex rei sitae* kuralı veya *lex registrationis* (tescil yeri hukuku) kuralı). Bir örnekle açıklamak gerekirse: Ülke Y'de faaliyet gösteren defterde oluşturulan ve Ülke Y'nin hukukuna tabi olan gerçekteki varlığı (örneğin: taşınmaz) temsil eden jetonu (token) elde bulunduran, jetonu Ülke Z'de bulunan alacaklıya teminat olarak teklif etmiştir. Bu durumda jeton üzerindeki teminat hakkı tesisinin taşınmaz üzerinde de teminat hakkı tesisini sonucunu doğurup doğurmayacağı Ülke Y'nin hukukuna (diğer bir ifadeyle taşınmazın bulunduğu yerin hukukuna göre) belirlenecektir. Bu çözüm, hukuki belirlilik ve yeni teknolojiler tarafından oluşturulan varlıkların kullanımına olanak tanımak arasında bir denge kurmaktadır. Ayrıca öğretilde, sözde 'harici jetonlar'ın ('exogenous tokens')⁴⁵ kanunlar ihtilafı hukukunda ele alınış biçimiyle ilgili olarak yapılan jetonun hukuku ve jetona dayanak oluşturan esas varlığın hukuku ayırımını da göz önünde bulundurmaktadır.

İlke 3(5), dijital varlıkların kendine özgü (*sui generis*) niteliğine tanınan bir istisna olarak ve cismani olmamalarını göz önünde bulundurarak, bazı ulusal hukuk sistemlerinde teminat hakkı tesisini için varlığın (fiziken) teslimi (physical delivery) şartını katı yorumlamamayı önermektedir.⁴⁶ Bu nedenle İlke'de tarafların, teminat olarak teklif ve kabul edilen dijital varlık üzerinde, teminatlı alacaklının teminat hakkıyla uyumlu olacak şekilde etkin (doğrudan ya da dolaylı) kontrolünü sağlayabildiği her yöntemle yetinilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki,

⁴² Bu yaklaşım UNIDROIT tarafından sözde 'yabancı' ('non native') dijital varlıklar (dijital dünya dışında da oluşturulan ve var olan dijital varlıklar) bakımından da çekinceli şekilde benimsenmiştir. UNIDROIT'a göre: 'Yabancı (non-native) dijital varlıklar, dijital jetonu oluşturan bir aracı kuruluş gibi bir arayüz gerektirir. Bu noktadan itibaren, MÖHUK incelemesi, yabancı dijital varlıklara ilişkin hakların nasıl anlaşıldığına bağlıdır (aracıya karşı ileri sürülen bir talep mi?). Uluslararası özel hukuk şu yolu izleyecektir: örneğin, bu hak aracıya karşı bir talep olarak kabul edilirse, seçilen hukuk veya bunun yokluğunda ilgili yedek kurallar tarafından belirlenen hukuk uygulanacaktır. Bu bağlamda göz önünde bulundurulması gereken en önemli senaryo, dayanak varlığın aracının malvarlığından çıkması ve sonrasında aracının acze düşmesidir. Bu koşullar altında, dayanak varlığı edinen ile dijital varlığı edinen arasında, potansiyel olarak iki farklı yasaya tabi olan bir uyumsuzluk ortaya çıkabilir ...' (bakınız UNIDROIT, Digital Assets and Private Law Working Group, Issues Paper, June 2021, 55-56).

⁴³ Çeşitli bağlama noktalarına ilişkin kapsamlı tartışmalar için özellikle bakınız Christiane Wendehorst, 'Digitalgüter im Internationalen Privatrecht' (2020) 40 (6) IPRax, 490-499 (Wendehorst 2020); ve Matthias Lehmann, 'National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration' (2021) Uniform Law Review, 1-32 <<https://academic.oup.com/ulr/advance-article/doi/10.1093/ulr/unab004/6314582>>.

⁴⁴ Bakınız FMLC, 'Distributed Ledger Technology and Governing Law: Issues of Legal Uncertainty' March 2018 <http://fmlc.org/wp-content/uploads/2018/05/dlt_paper.pdf>, FMLC'ye göre 'DLT sistemindeki katılımcılar, bu yaklaşıma göre, varlıkların sahipliğini, devrini ve kullanımını düzenleyen hukuku sözleşme ile seçebileceklerdir', böylece 'sistem üzerindeki tüm işlemlerin mülkiyete ilişkin etkileri aynı hukuka tabi olacaktır' (ibid, paras 6.5-6.6, 15). FMLC tarafından önerilen çözüm bir noktaya kadar taraf iradesini kapsıyor ise de teminat sözleşmesinin taraflarının, üçüncü kişiler ile olan ilişkilere uygulanacak hukuku seçmelerini kabul etmemektedir. Böyle bir seçim, eşya hukukunun bazı temel ilkeleri ile tutarsızlık arz edebilirdi.

⁴⁵ Özellikle bakınız Wendehorst 2020 (n 43), 496-497.

⁴⁶ Farklı hukuk sistemleri aynı varlığa dijital veya klasik varlık muamelesi yapabilir. Örneğin: bir jetonun gerçek dünyadaki bir varlığı temsil etmesi durumunda bu husus söz konusu olabilir. Bir hukuk sistemi, jetonu dijital varlık olarak ele alır iken başka bir hukuk sistemi gerçek dünyadaki varlığı göz önünde bulundurarak jetonu yalnızca bir dijital temsil olarak ele alır ancak başlı başına hak unsuru olan bağımsız bir dijital varlık olarak görmez. Bu nedenle, 'İlkeler'de dijital varlık olarak tanımlanmış varlıklar bakımından da (fiziki) teslimin gündeme geleceği durumlar söz konusu olabilir. Zira burada ilgili hukuk sistemindeki kanun koyucu, o varlığı dijital varlık olarak ele almaz ve üzerinde teminat hakkının tesisini için varlığın (fiziki) teslimini şart koşar.

İlke 3(5)'in amacı doğrultusunda teminatlı alacaklının kontrolü doğrudan ya da dolaylı (örneğin: yediemin (escrow agent) kullanılması) olabilir. Üçüncü kişi yedieminin, (third-party escrow agent) teminat hakkı tesisi sürecinde teminat olarak kullanılması planlanan dijital varlığın güvenilir elde bulunduranı (trusted holder) olarak dahil olduğu durum da dolaylı kontrole örnek olarak verilebilir.

Dijital varlıklar telif hakkı, marka ve patent dahil olmak üzere fikri mülkiyet haklarının konusunu oluşturabilir. Bazı durumlarda teminat verenin dijital varlık üzerindeki hakları bir lisans sözleşmesi (veya muadili) ile sınırlanabilir. Diğer kişilerin, değerli bir ivaz karşılığında dijital varlığa erişimi sağlanır. Lisans verenin dijital varlık üzerinde kalan haklarının da bir değer arz etmesi onu, teminat sözleşmesinin hükümleri kapsamında ilgili dijital varlığın fikri mülkiyet hukuku korumasından da yararlanıp yararlanmamasından bağımsız, teminat olarak elverişli kılar. Bu, lisans sahibinin dijital varlık üzerindeki hakkının çerçevesini sınırlayabilir (örneğin, lisans sahibinin alt-lisans verme yetkisinin kısıtlanması). İlke 3(7) uyarınca, teminat verenin dijital varlık üzerinde bir hakkı mevcutsa, dijital varlık üzerinde fikri mülkiyet hakkı olup olmadığına bakılmaksızın, dijital varlık teminat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Diğer bir ifadeyle, teminat verenlerin dijital varlıklar üzerinde teminat tesis edebilmeleri için fikri mülkiyet haklarından yararlanmaları gerekli değildir (meğerki, NFT'lerde olduğu gibi, teminat olarak kullanılan dijital varlık, lisans şartlarında belirlenmiş olsun. NFT'yi elinde bulunduran kişi (holder), NFT'ye yatırım yapmak ile NFT'ye dayanak olan çalışmanın üzerindeki fikri mülkiyet haklarına ilişkin ticari olmayan, yalnızca kendi kullanımına münhasır bir *lisans* edinir).

Teminat olarak teklif edilen varlıkların değerlendirilmesi, özellikle dijital varlıkların durumunda olduğu gibi cismani olmadıklarında zorluklar gösterir. Teminat olarak kullanılan dijital varlıkların, cismani olmamaları ve nitelikleri nedeniyle, teminat sözleşmesinin süresi boyunca değerlerinde artma veya azalma meydana gelebilir. Dijital varlıkların cismani olmamaları ve nitelikleri, daha 'geleneksel' varlıklara göre, değerlerinde daha yüksek dalgalanmalara neden olabilir. İlke 3(8), teminat sözleşmesinin taraflarının dijital varlığın değerindeki dalgalanmalar için hüküm öngördüğü durumlarda, böyle bir hükmün teminat sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade etmektedir.

Teminat sözleşmelerinde genelde teminat olarak kullanılan varlık veya eşya türü, miktarı ve özellikle değeri de dahil olmak üzere ayrıntılarıyla belirtilir. Teminat sözleşmelerine, potansiyel değer dalgalanmalarına karşı (teminat olarak teklif edilen ve kabul edilen dijital varlığı ya da varlıkları) bir değerlendirme mekanizmasının dahil edilmesi; sözleşmenin muğlak, anlaşılmaz veya belirsiz olduğu şeklinde yorumlanarak hukuki geçerliliğini ve bağlayıcılığını etkilememelidir. İlke 3(8), teminat sözleşmesine uygulanacak hukuk kapsamındaki aksi yöndeki hükümlere veya doktrine halel getirmez.

İlke 4:

4

İlke 4: Dijital Varlıklar Üzerindeki Teminat Haklarının Üçüncü Kişiler Karşısında Etkisi ve Uygulanacak Hukuk

1. Dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi ve üçüncü kişilerin haklarına nazaran öncelikten yararlanabilmesi için, uygulanacak hukuk kapsamındaki teminat hakkı türü özelinde üçüncü kişilere karşı etkili olma koşullarını taşıması gerekir.
2. İlke 4(1) kapsamında 'uygulanacak hukuk'; teminat verenin, teminat hakkının tesis edildiği andaki işyerinin bulunduğu yerin hukuku veya birden fazla işyeri var ise merkezi idaresinin yapıldığı yerin hukuku veya işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukudur.
3. İlke 4(2)'nin istisnası olarak, dijital varlığın kendisinin açıkça belirli bir yerle ilişkili olduğu durumlarda, o yerin hukuku 'uygulanacak hukuk' kabul edilir.
4. Eğer teminat olarak kullanılacak dijital varlık gerçekteki (cismani ya da cismani olmayan) bir varlığı temsil ediyorsa; dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiğinin, aynı zamanda dijital varlığın temelini oluşturan gerçekteki varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği sonucunu doğurup doğurmadığı veya hangi şartlar altında doğurduğu meseleleri gerçekteki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarına göre belirlenecektir.
5. Kanunen, cismani olmayan varlıklar üzerinde teminat hakkı tesisi için işlem kütüğü veya bildirim sistemi (transaction filing or notice filing system) mevcut olan hukuklarda, dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği ve teminat verenin diğer teminatlı alacaklıları ve alacaklıları da dahil olmak üzere hak iddia edenlere karşı önceliği o sisteme (gerekli uyarlamalara tabi şekilde) uyum ile temin edilebilir.
6. Kanunen, cismani olmayan varlıklar için işlem kütüğü veya bildirim sistemi (transaction filing or notice filing system) veya üçüncü kişilere karşı etkililiği ve önceliği sağlayan herhangi bir başka sistem mevcut olmayan hukuklarda, dijital varlık üzerindeki teminat hakkı üçüncü kişilere karşı, teminatlı alacaklı dijital varlığın etkin kontrolünü kazandığında geçerli olur. Bu kontrolün; teminat verenin, bağımsız olarak dijital varlığı elden çıkarmasını önlemeyi sağlaması gerekir.

Şerh:

Karşılaştırmalı çalışmalar, teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkisine ilişkin şartların Avrupa'da dahi hukuktan hukuka büyük ölçüde farklılık gösterdiğini ortaya koymuştur.⁴⁷ Bu şartlar çoğunlukla teminat hakkının aleniyeti gerekliliği ile ilgilidir. Çoğu hukuk sistemi teminat anlaşmalarının aleni

yapılmasını şart koşsa da hem bu şarta tabi teminat türleri hem de bu şartın yerine getirilme araçları hukuk sistemleri arasında farklılık göstermektedir. Bu araçlar genelde teminat verenin teminatla yüklü varlığı üzerindeki hakimiyetini sona erdirmek (dispossessing), teminat hakkının varlığına dair belirli bir kişiye bildirimde bulunma ve tescildir.

⁴⁷ Genel olarak bakınız Eva-Maria Kieninger (ed), Security Rights in Movable Property in European Private Law (Cambridge University Press 2004).

İlke 4: Dijital Varlıklar Üzerindeki Teminat Haklarının Üçüncü Kişiler Karşısında Etkisi ve Uygulanacak Hukuk

Tescil sistemleri farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Varlığa ya da kişiye göre dizili olabilir ve işlem kütüğü veya bildirim (transaction filing or notice filing) içerebilir. Tescil sistemleri, ilgili sicile kaydedilen bilgilerin ayrıntısı ve kapsamına göre farklılık gösterir.⁴⁸ Bazı hukuk sistemlerinde hem teminat hakkı tesisi hem de teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği aynı şartlara tabi iken, bazı hukuk sistemlerinde teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği, belirli ek adımların yerine getirilmesine bağlı olabilir. Bu husus, bazen (Amerika Birleşik Devletleri) Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code (UCC))⁴⁹ m. 9'daki terminoloji uyarınca, 'tamamlama' ('perfection') olarak anılır.

İlke 4, 'uygulanacak hukuk' uyarınca teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiğine ilişkin şartlara uyumluluğu varsaymaktadır. Uygulanacak hukuk, İlke 3 uyarınca dijital varlıklar üzerinde teminat hakkı tesisine uygulanacak hukuka benzer şekilde belirlenir. Anlaşılabilirlik ve pratikliğin sağlanması amaçlarıyla ve farklılaşmayı gerektirecek önemli nedenler görünmediğinden aynı kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması kararlaştırılmıştır.⁵⁰

Uygulanacak hukuk uyarınca, teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiğine ilişkin şartlar ile uyumluluk aranmış (İlke 4(1)) ve gerekli uyarlamalara tabi kılınmıştır (İlke 4(5)). Bu şartların daha geleneksel varlıklar göz önünde bulundurularak düzenlendiği ve dijital varlıklara anlamlı bir şekilde uygulanmadığı durumlarda taraflar, teminat sözleşmesinde bu şartları, ilgili dijital varlığın niteliklerine uygun olması için uyarlayabilir. İlkenin temelinde yatan anlayış; uyarlanan şartların, daha geleneksel varlıklara uygulanacak şartlara benzer şekilde işlev göstermesidir.

Örneğin; ilgili hukuk sistemindeki uygulanacak şartın

esas işlevi, teminat olarak sağlanan varlığın mevcut fiili hakimiyetini (actual physical possession) devrederek (güvenilen bir kişinin muhafazasına (custody of a trustee) bırakmak da dahil) teminat hakkı süresi boyunca (diğer bir ifadeyle borcun ödenmesinden öncesinde) teminat verenin varlığı elinden çıkarmasını önlemek ise, bu şarta uygun uyarlama taraflarca alternatif bir kontrol aracı kullanılması olabilir. Teminatlı alacaklıya dijital varlık üzerinde bir ölçüde tanınan kontrol, esasen cismani varlıklar üzerinde fiziki kontrolü (physical control) bırakmaya karşılık gelmektedir. İlke 4(6)'nın temelinde yatan hususlar bunlardır.

İlke 4(4), İlke 3(4) ile aynı düşüncüyü yansıtmaktadır ve İlke 3(4)'ün temelinde yatan aynı kamu düzeni ve uygulanabilirlik düşünceleriyle gerekçelendirilmektedir. Bu nedenle İlke 3(4)'te olduğu gibi, İlke 4(4) de jeton (token) ile temsil edilen gerçek hayattaki varlığın mülkiyet yönünü ilgilendiren olağan kanunlar ihtilafı kurallarını işaret etmektedir. Bu kurallar, örneğin jeton üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiğinin, gerçek hayattaki varlığın üzerindeki teminat hakkının üçüncü kişiler karşısında etkililiği ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağı ve hangi şartlara tabi olacağı hususlarında belirleyici rol oynamaktadır. Örneğin: Ülke X'teki borçlu gerçek hayattaki cismani varlıkları temsil eden jetonları rehnettiğinde, ilgili kanunlar ihtilafı kuralı *lex rei sitae* ise ve varlıklar Ülke Y'de bulunuyorsa; jetonların rehnettiğinde üçüncü kişiler karşısında etkililiğinin, cismani varlıklar üzerindeki rehnin üçüncü kişiler karşısında etkililiği ile paralel özellik gösterip göstermeyeceği ve hangi koşullara bağlı olduğu Y ülkesinin hukukuna göre belirlenecektir.

⁴⁸ Bakınız Sjeff van Erp, 'The Cape Town Convention: A Model for a European System of Security Interests Registration?' (2004) 12 European Review of Private Law, 91.

⁴⁹ Belirtilmelidir ki, UCC m. 9'da yer alan tamamlama (perfection) yöntemleri şunlardan oluşur: dosyalama (zorunlu bildirim sicili) (filing (statutory notice registration)), hakimiyet (possession) ve kontrol (control).

⁵⁰ Bu bağlamda ayrıca bakınız UNCITRAL, 'Legislative Guide on Secured Transactions' 2010, X. Conflict of Laws, para 18; ve UNCITRAL, 'Model Law on Secured Transactions' 2016, m. 85-86.

İlke 5:

5

Dijital Varlıklar Üzerinde Tesis Edilen Teminat Haklarının İcrası ve Sona Ermesi

1. Borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda; teminatlı alacaklı, teminat olarak kullanılan dijital varlığı teminat sözleşmesi hükümleri uyarınca icraya konu edebilir. İcra, ilgili hukukun izin verildiği yerde ve 5(4)'e de uygun olmak koşulu ile mahkemeler dahil olmadan da gerçekleşir.
2. Borçlunun borcunu yerine getirmemesinin, borçlunun İlke 5(3) anlamında aczinden (insolvency) ya da teminatlı alacaklıya karşı sözleşmesel yükümlülüklerine uymamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın; teminatlı alacaklı, dürüstlük kuralına uygun hareket eder ve İlke 5(1) uyarınca haklarını kullanırken ticari açıdan makul şekilde davranır.
3. İlke 5(1) uyarınca 'borçlunun borcunu yerine getirmemesi' ('default') kavramı, ilgili hukuk uyarınca tanımlanan borçlunun aczini (insolvency) de kapsar.
4. Borçlunun borcunu yerine getirmemesinin, İlke 5(3) anlamında aczine dayandırıldığı durumlarda, teminatlı alacaklı; teminat olarak kullanılan dijital varlık üzerindeki haklarını, uygulanacak hukukun (aciz ve icra) kurallarına uygun olarak kullanır.
5. Bu İlke'deki hiçbir hüküm, üçüncü bir kişinin dijital varlık ile ilgili olarak teminat verene veya teminatlı alacaklıya karşı bir yükümlülük altında olup olmadığını belirlemeyi amaçlamaz.
6. Teminat hakkı, teminat sözleşmesinde aksi belirtilmemişse, teminat altına alınan tüm borçlar yerine getirildiğinde sona erer.

Şerh:

Dijital varlıklar üzerindeki teminat haklarının icrası göz önünde bulundurularak hazırlanan bu İlke, hakkın yerine getirilmesi sürecinde esnekliği ve etkililiği desteklemeyi amaçlamaktadır. Buna uygun olarak 5(1)'de, uygulanacak hukuktaki herhangi bir kısıtlamaya da bağlı olmak şartıyla, örneğin: sürecin tertipli şekilde yürütülmesi, hakkın adli makamlar dahil olmadan yerine getirilebilmesi (extra-judicial enforcement) öngörülmektedir. Aynı zamanda 5(2)'de teminatlı alacaklının, borçlunun borcunu yerine getirmemesi sonrası haklarını adli makamlar dahil olmaksızın kullanımını dürüstlük kuralına uygunluk ve ticari açıdan makul olma yükümlülüklerine bağlanmıştır. İlke'de her ne kadar teminatlı alacaklının, borçlunun borcunu yerine getirmemesi sonrası haklarının adli makamlar dahil olmaksızın kullanımından doğan bir uyuşmazlığın çözümü için bir mahkemeye ya da diğer yargısal bir organa başvurulması açıkça belirtilmemiş olsa da; her iki taraf da diğer tarafın sözleşmesel veya diğer ilgili yükümlülüklerine uymaması halinde bu yola başvurabilir.

İlke 5(4) uyarınca borçlunun borcunu hiç yerine getirmemesinin (default), aczine (insolvency) dayandığı durumlarda, teminatlı alacaklı; teminat olarak kullanılan dijital varlık üzerindeki haklarını, uygulanacak hukukun kurallarına uygun olarak kullanır. Cismani özellikte olmamaları nedeniyle dijital varlıklara, cismani varlıklarda olduğu şekliyle el konulamaz ve bunlar icraya konu edilemez. Teminatlı alacaklının dijital varlık üzerindeki haklarının icrası tarzı dijital varlığın niteliğine bağlıdır. Örneğin: teminat olarak kullanılan dijital varlık, teminatlı alacaklıya (hakimiyet kurulmayan (non possessory)) teminat olarak verilen jetonlar (tokens) ise, teminatlı alacaklının rehinli jetonlara erişim sağlayabilmesi ve onları paraya dönüştürebilmesi için borçlunun özel anahtarına (private key) erişiminin olması gerekir. Bu durumda doğal olarak borçlunun anahtara erişimi reddetme riski mevcuttur. Bu riski bertaraf etmenin bir yolu teminat sözleşmesinde borçlunun girişinin üçüncü bir tarafla sağlanması-

nın öngörülmesi (yedieminlik sözleşmesinde (escrow agreement)) ve jetonların özel anahtarının üçüncü kişiye devredilmesidir. Borçlunun borcunu ödememesi durumunda; üçüncü kişi, alacaklının teminat hakkının icrası için yediemin (escrow) sıfatıyla hareket ederek teminatlı alacaklı ile işbirliği yapar. Örneğin: Teminatlı alacaklının borcunun karşılanması için jetonların cebren satılması.⁵¹

Teminat sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkinin sözleşmesel niteliği göz önünde bulundurulduğunda; İlke 5(5), üçüncü kişilerin teminat olarak kullanılan dijital varlıklarla ilgili tabi olabileceği yükümlülükleri kapsamı dışında bırakmaktadır (örneğin: Sosyal ağ platformlarının hesap sahiplerine karşı olan gizlilik yükümlülükleri).

Son olarak, Proje Ekibi'nde temsil edilen hukuk sistemlerinin mutad uygulamasına uygun olarak İlke 5(6)'da, tam ödeme (full payment) yapıldığında veya teminat altına alınan tüm borçlar (diğer yöntemlerle) yerine getirildiğinde teminat hakkı sona erer. Bu; teminat altına alınan borçları yerine getirmeyen borçlunun alacaklıya, teminat olarak kullanılan dijital varlığın alınması, elde tutulması ve elden çıkarılması için hazırlanılması sırasında ortaya çıkan masraflar ve (teminat sözleşmesinde öngörülmüşse) hukuki giderler (legal expenses) de dahil olmak üzere toplam miktarı ödemeyi kabul ettiği durumlarda uygulanır.

⁵¹ Başka alternatifler düşünülebilir. Bir örnek olarak ödünç veren ile ödünç alan arasındaki, blockzincir veya DLT ile çalışan diğer bir platform üzerinde yer alan akıllı sözleşmeye başvuru imkanı verilebilir (cüzdan sağlayan (wallet provider) da dahil). Burada akıllı sözleşmenin amacı; ödünç alanın ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda teminatın paraya çevrilmesi veya ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi durumunda teminatın kaldırılması (release) sürecini kendiliğinden işler hale getirmektir.

Kaynaklar ve Son Notlar

(Cismani veya cismani olmayan) menkul varlıklar (movable assets) üzerindeki teminat haklarının türleri, tesis edilebilmeleri ve (teminat verenin teminatlı olan veya olmayan diğer alacaklıları da dahil) üçüncü kişiler karşısında etkisi için öngörülen şartlar Avrupa hukuklarında büyük ölçüde çeşitlilik göstermektedir. Aynı husus menkul varlıkların hukuki nitelendirmesi bakımından da geçerlidir.

AB, İlkeler'in yazımı sırasında, ABD'deki UCC gibi, teminatlı işlemler için ortak bir çerçeve sisteme sahip değildir.⁵² Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın IX. kitabı (Taşınır varlıklar üzerinde aynı teminat) (Book IX (Proprietary security in movable assets) of the Draft Common Frame of Reference) bu tür bir ortak çerçeve sağlamamakta ve *de jure* veya *de facto*, yakın gelecekte sağlaması da pek mümkün görünmemektedir.

İlkeler, AB'de teminatlı işlemlere ilişkin hükümlerdeki farklılıklar göz önünde bulundurularak geniş ve işlevsel terimlerle hazırlanmış, mümkün olduğu kadarıyla bir hukuk sistemine özgü terminolojiden kaçınılmaya çalışılmıştır. Dahası; İlkeler, tarafların teminat sözleşmesi hükümlerine dayanabilmelerini sağlamak ve dijital varlıkların alacak karşılığı teminat olarak kullanımını kolaylaştırmak için mümkün olduğu kadar, uygulanacak ulusal hukukla koordine olma hedefiyle hazırlanmış; dijital varlıklar üzerindeki hakların, aynı hak (*rights in rem*) - nisbi hak (*rights in personam*) olarak nitelendirilmesinden kaçınılmıştır.

Proje Ekibi, İlkeler'in hazırlanmasında esas olarak şu kaynaklardan yararlanmıştı: (a) Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın IX. kitabı (Taşınır varlıklar üzerinde aynı teminat) (Book IX (Proprietary security in movable assets) of the Draft Common Frame of Reference) (b) UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions) Bölüm I-III ve VII (c) ABD Yeknesak Hukuk Komisyonu'nun (Uniform Law Commission (ULC)) Dijital Varlıklara Güvenilen Kişilerce Erişim Kanunu (Gözden geçirilmiş, (2015)) (Uniform Law Commission's Fiduciary Access to Digital Assets Act (Revised, (2015))); (d) UCC; (e) RUFADAA (f) FMLC'nin, DLT ile MÖHUK'un kesişimi üzerine

Çalışması (Mart 2018) (g) HCCH'nin, DLT de dahil, dijital ekonominin MÖHUK etkileri üzerine çalışması (Kasım 2020); (h) UNIDROIT'nin ilgili çalışmalarını (Haziran 2021) ve (i) Alacağın temlikinin üçüncü taraflar üzerindeki etkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü için Avrupa Komisyonu Önerisi (European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims).⁵³

⁵² Bakınız Kristin Johnson, Sarah E Hsu Wilbur and Stanley Sater, '(Im)Perfect Regulation: Virtual Currency and Other Digital Assets as Collateral' (2018) 21 Science and Technology Review, 115, Yazar, ABD'deki tartışmanın odak noktasının, dijital varlıkların m. 9'daki veya diğer hükümlerdeki varlık kategorilerine girip girmediği ve tamamlama (perfection) sorunu olduğunu ileri sürmektedir.

⁵³ Bakınız <www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/06/07/assignments-of-claims-council-approves-mandate-for-negotiations/>.

Avrupa Hukuk Enstitüsü (ELI), Avrupa hukukunun gelişimi alanında araştırma başlatmak, yürütmek ve araştırmaya olanak sağlamak, önerilerde bulunmak ve uygulamaya dönük rehberlik sağlamak için kurulan, kâr amacı gütmeyen bağımsız bir kuruluştur. Farklı hukuk geleneklerinin zenginliği üzerine inşa edilen ELI'nin misyonu, Avrupa'da daha iyi hukuk yaratmaya (law-making) yönelik arayış ve Avrupa hukuk entegrasyonunun geliştirilmesidir. ELI, çalışmalarıyla; çeşitli hukuk kültürlerinin kazanımlarını bir araya getirerek, karşılaştırmalı bilginin değerini destekleyerek ve gerçek anlamda pan-Avrupa bakış açısını benimseyerek daha güçlü bir Avrupa hukuk topluluğu oluşturulmasına katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, ELI'nin çalışmaları hukukun tüm alanlarını kapsamaktadır: maddi hukuk ve usul hukuku; özel hukuk ve kamu hukuku.



ELI

EUROPEAN
LAW
INSTITUTE