

Devredilebilir Elektronik Kayıtlar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu^(*)

UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records

Arş. Gör. Zeynep İSTEMİ^(**)

Öz

Devredilebilir elektronik kayıtlarla yapılan uluslararası ticarete farklı uygulama ve kuralların yaratacağı karışıklığın bertaraf edilebilmesi için, devletlere yol göstermek amacı ile UNCITRAL tarafından, 13 Temmuz 2017 tarihinde, "Devredilebilir Elektronik Kayıtlar Hakkında UNCITRAL Model Kanunu" kabul edilmiştir. Model Kanun' un amacı, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrak ile elektronik ortamdaki kayıt arasında işlevsel eşitliği sağlamaktır. Bunun yanında, Model Kanun'a hâkim olan ilkeler; "teknolojik tarafsızlık", "maddî hukuka müdahale edilmemesi", "devredilebilir elektronik kayıtlar aleyhine ayrımcılık yasağı" ve "sözleşme serbestisi"dir. Ayrıca, önemli noktalardan biri de sistemin işleyişinin güvenli olmasıdır. Güvenilir olmanın hangi özellik ve şartların varlığı hâlinde gerçekleşmiş sayılacağı Model Kanun'da düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler

UNCITRAL Model Kanunu, İşlevsel Eşitlik, Kıymetli Evrak, Devredilebilir Elektronik Kayıt, Kontrol.

Abstract

UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records is adopted on 13 July 2017 with the objective of avoiding the problems which may arise as a result of the legal diversities and the different practices in international trade in which the electronic transferable records take part. The Model Law aims to serve as a model, as it tries to provide the functional equivalency between the conventional transferable documents and instruments and the electronic transferable records. The general principles governing the Model Law are, "technological neutrality", "not to aim to affect the substantive law" "non discrimination against the electronic transferable records" and the "party autonomy". One of the crucial points of the Model Law, is the "reliability" of the working of the system. The Model Law includes the conditions and criteria of the "reliability".

Keywords

Model Law, Functional Equivalency, Transferable Documents and Instruments, Electronic Transferable Records, Control.

(*) Makale gönderim tarihi: 31.01.2020, Makale kabul tarihi: 24.02.2020.

(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: zeynepistemi@cankaya.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7498-1345>.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu¹ (*UNCITRAL*²), uluslararası ticarete uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma faaliyetinde bulunma amacıyla, 1966 yılında kurulmuştur³. Komisyon, uluslararası ticaret alanında çalışmalarını sürdürmektedir. Komisyonun, ticarî faaliyetlerin elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesine yönelik başlıca çalışmaları içinde; 16 Aralık 1996 tarihli 51/162 sayılı karar ile kabul edilen “*Elektronik Ticaret Model Kanunu*”⁴, 12 Aralık 2001 tarihli 56/80 sayılı karar ile kabul edilen “*Elektronik İmza Model Kanunu*”⁵ ve 23 Kasım 2005 tarihinde 60/21 sayılı karar ile kabul edilen “*Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*”⁶ yer almaktadır.

Elektronik ticari faaliyetlere ilişkin son metin, 13 Temmuz 2017 tarihinde kabul edilen “Devredilebilir Elektronik Kayıtlar Hakkında *UNCITRAL* Model Kanunu”dur (*UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records/ MLETR*)⁷.

Model Kanun kapsamında, elektronik kayıt, elektronik ortamda yer alan bilgiyi ifade etmek için kullanılır. Devredilebilir elektronik kaydın tanımı ise net bir şekilde yapılmamıştır fakat kıymetli evrakın elektronik olarak düzenlenmesi, depolanması ve iletilmesi anlamına gelir. Yani, elektronik kayıt ile bilgi, devredilebilir elektronik kayıt ile kıymetli evrak ilişkilidir. Kıymetli ev-

¹ Çalışmada, kısaca “Komisyon” olarak ifade edilecektir.

² “*United Nations Commission on International Trade Law*”

³ “A Guide to UNCITRAL, Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law” <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf>, s. 1, (Erişim: 19.12.2019, 08:15).

⁴ UNCITRAL Model Law On Electronic Commerce, General Assembly Resolution 51/162, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf (Erişim: 26.01.2020, 13:00).

⁵ UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, General Assembly Resolution 56/80, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf> (Erişim: 26.01.2020, 14:00).

⁶ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, United Nations, General Assembly Resolution 60/21, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf (Erişim: 26.01.2020, 16:00); bu sözleşmenin ayrıntılı bir incelemesi için, Bkz. Gülce Gümüşlü, “Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 63, No: 2, 2014, s. 329 - 363.

⁷ Model Kanun metni ve Açıklayıcı Not (*Explanatory Note*) için Bkz. (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf (Erişim: 22.01.2020 14:00); Model Kanun Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda da kabul edilmiştir (United Nations General Assembly A/RES/72/114, <https://undocs.org/en/A/RES/72/114> Erişim: 25.01.2020, 14:00).

Bu çalışmada ise, İngilizce kısaltmasının kullanılması yerine, sadece “Model Kanun” ifadesi ile yetinilecektir. Bu, ifadeden, aksi belirtilmediği sürece, “Devredilebilir Elektronik Kayıtlar Hakkında Model Kanun” anlaşılmalıdır.

rak, kâğıt üzerinde var olan, ifayı talep yetkisi veren ve evrakın devri ile hakkın da devredildiği evrak ve araçlardır.

Model Kanun, devletler için bağlayıcı mahiyette değildir. Genel olarak, Komisyon tarafından çıkarılan model kanunlar, milletlerarası alanda uyumluluk sağlanması adına devletlere yönelik tavsiye niteliğindedir⁸. Bunlar, yapıları itibarıyla, ulusal hukuk düzenlerinin modernleşmesi ve uyumlaştırılması için uygun bir araç olmalarına rağmen, katı bir yeknesaklık anlayışından uzaktırlar⁹. Şöyle ki, devletler ilgili Model Kanunu tamamen iktibas edebilecekleri gibi, kendi hukuklarına uygun değişiklikleri yaparak da kanunlaştırma faaliyetinde bulunabilirler¹⁰. Örneğin, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu¹¹, milletlerarası tahkim konusunu düzenleyen 21.06.1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu¹²'nda yer alan hükümlere benzer düzenlemeler içermektedir¹³. Sonuç olarak, çalışmaya konu olan Model Kanun, devredilebilir elektronik kayıtlar konusunda, uluslararası ticarete farklı uygulama ve kuralların yaratacağı karmaşanın bertaraf edilebilmesi için devletlere yol gösterici bir işleve sahiptir. Bugüne kadar sadece Bahreyn, Model Kanun'u esas alan bir kanunlaştırmaya gitmiş ve 29.11.2018 tarihinde söz konusu düzenlemeyi iç hukukunun bir parçası olarak benimsemiştir¹⁴.

Model Kanun'un hazırlanmasına esas olan en önemli sebep, sınır ötesi ticaretin önündeki engellerin ortadan kaldırılmasıdır¹⁵. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte, ülkeler, teknoloji ve hukukî işlemler arasındaki ilişkiyi ister istemez kendi hukuklarına göre farklı şekillerde düzenlemek durumunda olacaklardır. İşte bu iç hukuk düzenlemeleri arasındaki farklılıklar, uluslararası ticaretin önünde engeldir¹⁶. Bunun yanında, elektronik ticaretin hızlı bir şekilde ilerlemesi ve yaygınlaşması ile ticaretin unsurlarından biri olan, kambiyo senetlerinin

⁸ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C: 2, No: 4, 2011, s. 144.

⁹ A Guide to UNCITRAL, s. 14.

¹⁰ "A Guide to UNCITRAL, s. 14; Jake Herd, "Blocks Of Lading' Distributed Ledger Technology And The Disruption Of Sea Carriage Regulation", *Queensland University of Technology Law Review*, Volume: 18, General Issue: 2, s. 315, 316, <https://lr.law.qut.edu.au/article/view/755/715> (Erişim: 26.01.2020, 11:16).

¹¹ RG. S. 24453, T. 5.7.2001.

¹² https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Erişim: 15.01.2020, 19:48).

¹³ Detaylı bilgi için Feriha Bilge Tanrıbilir ve Banu Şit, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C: 22, S: 2, s. 823.

¹⁴ Detaylı bilgi için Bkz. <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2018/unisl269.html>, https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records/status.

¹⁵ Explanatory Note, par. 8.

¹⁶ Explanatory Note, par. 3, 8; Herd, s. 315.

veya konişmentonun¹⁷ da elektronik ortamda da var olmasını gerekli kılmaktadır. Böylece, klâsik ve kâğıt üzerinde düzenlenen senetlerin karşı tarafa ulaştırılmasındaki geleneksel ve yavaş usuller de ortadan kalkacaktır¹⁸.

Elektronik ve hukuk ilişkisinin, Türk Hukukunda da, çeşitli açılardan kabul edildiğini ve hukukî düzenlemelere konu olduğunu görmekteyiz. İlk olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁹ md. 199/1 hükmünde, “(...) elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları”nın, “belge” olduğu belirtilmektedir. İkinci olarak, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nda²⁰ yer alan “güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı sonuçları doğurur” (md.5) hükmüyle “imza ıslak olur” dogması yıkılmıştır. Günümüzde elektronik imza sistemi altyapısının mevcut olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. 2015 yılında yürürlüğe giren 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun da²¹, elektronik ortam ve hukukî işlem birlikteliği yolunda önemli bir adım olmuştur.

Model Kanun, devredilebilir elektronik kayıtların oluşturulması, devredilmesi ve depolanmasına, kısaca teknik altyapının işleyişine ilişkin bir düzenleme içermemekte, bu konudaki seçimi devletlere bırakmaktadır. Sistemin işleyişinde kullanılacak teknolojilerin incelenmesi çalışmanın sınırları dışında olmakla birlikte, metin içinde, teknolojik tarafsızlık bahsinde, kısa bir açıklama yapılacaktır.

Çalışmamızda, Model Kanun’un genel yapısı, kapsamı, Model Kanun’a hâkim olan genel ilkeler ve bu konuda belki de en kritik kavram olan “işlevsel eşitlik” üzerinde durulacaktır.

I. HAZIRLIK ÇALIŞMALARI, MODEL KANUNUN GENEL YAPISI VE GENEL İLKELER

A. Hazırlık Çalışmaları

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu’na, 2008 yılındaki 41. ve 2009 yılında gerçekleşen 42. oturumlarında, üye devletlerden

¹⁷ Özellikle konişmentonun elektronikleşmesinin yararları hakkında Bkz. Hakan Karan, *Elektronik Konişmento*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 97 vd.; Miriam Goldby, “Legislating to facilitate the use of electronic transferable records: A case study, Reforming the law to facilitate the use of electronic bills of lading in the United Kingdom”, Paper prepared for the UNCITRAL Colloquium on Electronic Commerce, New York, s. 2, 3, https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/Legislating_to_facilitate_the_use_of_electronic_transferable_records_-_a_case_study_.pdf (Erişim: 25.01.2020, 19:17); Elson Ong, “Blockchain Bills of Lading,” *CML Working Paper Series*, No. 18/07, August 2018, s. 2 vd., <http://law.nus.edu.sg/cml/wps.html> (Erişim: 29.12.2019, 21:30).

¹⁸ Herd, s. 315.

¹⁹ RG. S. 27836, T. 12.1.2011.

²⁰ RG. S. 25355, T. 23.1.2004.

²¹ RG. S. 29166, T. 5.11.2014.

devredilebilir elektronik kayıtlar hakkında çalışılması hakkında öneriler gelmiştir²². Şöyle ki, doktrinde, Komisyon'un 2009 yılı toplantısında, Amerika Birleşik Devletleri'nin, elektronik ticaret alanında, bir uluslararası hukukî sistem kurulmasını önermesinin²³, Model Kanun çalışmalarının başlangıç noktası olduğu belirtilmektedir²⁴. Başlangıç çalışmalarından sonra, Komisyon tarafından görevlendirilen Çalışma Grubu, hazırladığı Model Kanun Taslağı ve Açıklayıcı Not'u (*Explanatory Note*), Komisyon'un 2017 yılında gerçekleştirdiği 50. oturumda sunmuştur²⁵. Komisyon da, 13 Temmuz 2017 tarihinde Model Kanun ve Açıklayıcı Not'unu kabul etmiştir²⁶.

B. Model Kanunun Genel Yapısı

Model Kanun, toplam dört bölüm ve 19 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümde "Genel Hükümler" (md. 1 - 7) ana başlığı altında; Model Kanunun uygulama alanı, yorumu, tanımlar, sözleşme serbestisi ve sözleşmenin nisbiliği, doğru bilgi verme yükümlülüğü ve devredilebilir elektronik kaydın hukuken tanınması hususları düzenlenmektedir. İkinci bölümde (md. 8 - 11), işlevsel eşitlik kavramına ilişkin hükümler, üçüncü bölümde (md. 12 - 18) ise devredilebilir elektronik kayıtların kullanımına ilişkin kurallar yer almaktadır. Son bölüm (md. 19) ise, devredilebilir elektronik kaydın sınır ötesinde tanınması ve yabancı devredilebilir elektronik kayıtlar konusunda ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler içermektedir.

C. Genel İlkeler

İlgili başlık altında Model Kanun'a hâkim olan genel ilkeler incelenecektir. Bunlar arasında yer alan ve belirleyici ilke olan "işlevsel eşitlik" ilkesi ileride ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.²⁷

²² Explanatory Note, par. 1.

²³ UN, A/CN.9/681/Add1- Possible Future Work on Electronic Commerce- Proposal of the United States of America on Electronic Transferable Records, <https://digitallibrary.un.org/record/662332> (Erişim: 25.01.2020, 23:00).

²⁴ Henry D. Gabriel, "The UNCITRAL Model Law On Electronic Transferable Records", *Uniform Law Review*, Volume: 24, Issue: 2, 2019, s. 261, dn. 3; Zvonimir Šafranko, "The Notion of Transferable Records", *InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations*, Volume: 3, Issue: 2, December 2016, s. 6.

²⁵ Explanatory Note, par. 17.

²⁶ Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth session (3 - 21 July 2017) General Assembly Official Records Seventy-second session Supplement No. 17 <https://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/unc-50/A-72-17-E.pdf> (Erişim: 25.01.2020, 23:00).

²⁷ Bkz. aşağıda, III.

1. Teknolojik Tarafsızlık (*Technological Neutrality*)

Teknolojik tarafsızlık ilkesi, belli bir sistemin kullanılmasını zorunlu tutmamayı amaçlar ve kayıt defteri (*registry*)²⁸, token²⁹, dağıtık defter teknolojisine (*distributed ledger*)³⁰ veya başka teknolojilere bağlı olsun veya olmasın farklı sistemlerin kullanılabilmesini sağlar³¹. Model Kanun'un hiçbir hükmünde teknolojik sistem tercihi mevcut değildir. Bu kapsamda, her ne kadar Model Kanun'da teknolojik tarafsızlık ilkesine ilişkin bir düzenleme olmasa da Açıklayıcı Not'ta bu ilkeye yer verilmiştir³². Model Kanun'un tümüne hâkim olan³³ teknolojik tarafsızlık³⁴ ilkesi, gelişen teknoloji karşısında, Model Kanun'u belirli kaplara hapsetmekten kaçınmanın sonucudur.

Doktrinde, Açıklayıcı Not'da sayılan yöntemlere bakıldığında, Model Kanun'un *blockchain*³⁵ teknolojisinin kullanımını dışlamadığı ileri sürülmekte ve bu teknolojinin Model Kanun'un uygulanması bakımından uygun bir teknoloji olduğu kabul edilmektedir³⁶. *Blockchain* teknolojisi, Açıklayıcı Not'da sözü

²⁸ Kayıt defteri sistemi, Windows işletim sisteminde yer alan bütün ayarların saklandığı veri tabanını ifade eder. Bu sistemde yer alan veriler, sistem klasörünün içinde bulunan gizli dosyalara kaydedilmektedir. Detaylı bilgi için Bkz. <http://www.dijitalteknoloji.net/bilgisayar/registry-nedir-ve-nasil-kullanilir.html> (Erişim: 10.01.2020 19.54).

²⁹ *Token*, bir dijital varlık türüdür. Bu kavram, bir uygulama veya bir platformda (kısaca "servis" olarak da ifade edilebilir) yaratılır ve bu servisin bütün işlevlerinin yerine getirilmesi için kullanılır. Sahip olunan *token*, desteklediği servisin sunduğu bir hizmete erişmek için kullanılabilir. Bunun yanı sıra, *token*'ların devri mümkün olup, başka bir aktöre devredilmesine de bir engel yoktur. Serkan Doğantekin, "Token ve ICO: Kelime Dağarcığımızın Yeni Üyeleri", 2017, <https://medium.com/@sdogantekin/token-ve-ico-kelime-dagarcigimizin-yeni-uyeleri-3b257b7b113f> (Erişim: 10.01.2020 19.50).

³⁰ Dağıtık defter teknolojisi, merkezi otoriteye sahip olmayan bir ortamda çalışan, çok taraflı sistemleri belirlemek için kullanılan bir kavramdır. Bu sistem; verilerin, bilgisayarların ve kullanıcıların dağıtık bir ağda bulunduğu, paylaşıldığı veri tabanı türlerini ifade eder. Turgut Haspolat, "Blockchain ve Dağıtık Defter Teknolojisi", 2018, <https://medium.com/patikan/blockchain-ve-dagitik-defter-teknolojileri-4e76083d2c2f> (Erişim: 10.01.2020 19.40).

³¹ Explanatory Note, par. 18.

³² Explanatory Note, par. 15.

³³ Charles W. Mooney Jr., "Fintech and Secured Transactions Systems Of The Future", *Law and Contemporary Problems*, Volume: 81, Issue: 1, 2018, s. 8.

³⁴ Bu ilkeye UNCITRAL tarafından daha önce hazırlanan, "Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nde de rastlamaktayız; ayrıntılı bilgi için Bkz. Gümürlü, s. 336.

³⁵ Blockchain teknolojisi, kripto para sisteminin de alt yapısını oluşturmaktadır. En önemli özelliği, bir merkezi otorite veya güvenilir bir üçüncü kişi (banka, kredi kartı kuruluşu gibi) olmaksızın, kullanıcıların bire bir karşılıklı işlem yapabilmesine imkan vermesidir. Detaylı bilgi için Bkz. Benito Arrunada, "Blockchain's Struggle to Deliver Impersonal Exchange." *Minnesota Journal of Law*, Volume: 19, Issue: 1, 2018, s. 58; Sai Agnikhotram ve Antonios Kouroutakis, "Doctrinal Challenges for The Legality Of Smart Contracts: Lex Cryptografia or a New 'Smart' Way To Contract?", *Journal of High Technology Law*, Volume: 19, Issue: 2, 2019, s. 306; ayrıca, blockchain ve diğer teknolojik sistemlerin özellikleriyle elektronik konişmento konusundaki değerlendirilmesi için Bkz. Ong, s. 4 vd.

³⁶ Koji Takahashi, "Blockchain, Cryptocurrency, Crypto-asset and the Law" <http://www1.doshisha.ac.jp/~tradelaw/index.html> (Erişim: 21.12.2019, 19:20), (Blockchain).

edilen sistemlerden biri olan “dağıtık defter teknolojisi”nin bir türüdür. Ayrıca, özellikle bu teknoloji, elektronik kaydın tek gerçek versiyonu olduğunu garanti edebilecek yeterliliktedir³⁷.

2. İç Hukuka Müdahale Edilmemesi

Model Kanun, devletlerin Milletlerarası Özel Hukuk kuralları da dâhil olmak üzere, iç hukukta yer alan hiçbir hükmü değiştirme³⁸ veya yeni bir hak yaratma amacı taşımaz³⁹. Örneğin, Model Kanun’da kullanılan “devredilebilir evrak”⁴⁰, “borcun ifası”, “devredilebilir elektronik kaydın hamiline düzenlenmesi” kavramlarının tanımları devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır⁴¹. Ayrıca, Model Kanun, hiçbir şekilde, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evraka uygulanacak iç hukuk kurallarının “devredilebilir elektronik kayıtlar”a da uygulanmasını engellemeyecektir (md. 1/2). Örneğin, iç hukuklarda kabul edilen beyaz ciroya⁴² ilişkin düzenlemelerin devredilebilir elektronik kayıtlara da uygulanabileceği Açıklayıcı Not’ta örnek olarak verilmiştir⁴³.

3. Devredilebilir Elektronik Kayıt Aleyhine Ayrımcılığın Reddedilmesi (*Non-Discrimination Against Electronic Transferable Records*)

Model Kanun’un 7. maddesinde, bir kaydın geçerliliğinin, hukukî etkisinin veya icra kabiliyetinin sırf elektronik şekilde yapılmış olması gerekçesiyle etkilenmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen yazılı evrak ile devredilebilen elektronik kayıt arasında ayırım yapılması önlenmiştir.

4. Sözleşme Serbestisi ve Sözleşmenin Nisbiliği (*Party Autonomy and Privity of the Contract*)

Model Kanun’un 4. maddesinde, tarafların, Model Kanun’un bazı hükümlerinin, aralarındaki ilişkiye uygulanmamasını veya hükümleri değiştirebilecek-

³⁷ Koji Takahashi, “Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works”, https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/30-TAKAHASHI-Implications_of_the_Blockchain_Technology_and_UNCITRAL_works.pdf (Erişim: 20.12.2019, 18:26) (Implications).

³⁸ Explanatory Note, par. 11, 22, 51.

³⁹ Alba Manuel, “Transferability in the Electronic Space at a Crossroads: Is It Really about the Document?”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, Volume: 5, Issue: 1, 2013, s. 19.

⁴⁰ Bkz. aşağıda, II, B, 2.

⁴¹ Bu sayılanların tümü için, Bkz. Explanatory Note, par. 24.

⁴² Örneğin, Türk hukukunda beyaz ciroya ilişkin düzenlemeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 683/2’de yer almaktadır. RG. S. 27846, T. 14.2.2011.

⁴³ Explanatory Note, par. 24/c.

lerini kararlaştırabilirler. Ancak bunu kararlaştırabilmeleri için ilgili Devletin kanunlarında buna izin verilmesi gerekir. Şöyle ki Model Kanun, devletler için tavsiye niteliğindedir ve hükümlerinin uygulanabilmesi için devletler tarafından kanunlaştırma yoluyla kendi mevzuatlarına iktibas etmeleri gerekir. Model Kanun, hangi hükümlerin uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Bu, Model Kanun’u kendi hukuklarına iktibas eden devletlerin takdirindedir. Açıklayıcı Not’ta Model Kanun’un hükümlerinin değiştirilmesine ve uygulanmamasına izin veren devletlerin, Model Kanun’un bütünlüğünü bozmamaları ve Model Kanun’da yer alan ilkelere uygun hareket edilmesi gerektiği hatırlatılmıştır⁴⁴. Ayrıca Model Kanun md. 4/2’de belirtildiği üzere Model Kanun hükümlerindeki değişiklikler veya hükümlerden sapma üçüncü kişilerin haklarını etkilememelidir. Burada sözleşmenin nisbiliği ilkesi ile karşılaşmaktayız.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, Model Kanun’un 7. maddenin 2. ve 3. fıkralarının üzerinde durulması yerinde olacaktır. Buna göre, “hiç kimse, açık veya örtülü iradesi olmadan devredilebilir elektronik kayıt kullanmak zorunda değildir”. Model Kanun’un hiçbir hükmü, klâsik ve kâğıt üzerinde kıymetli evrak kullanmak isteyen kişiyi devredilebilir elektronik kayıt kullanması yönünde zorlayamaz; bu kişilerin isteğine bağlıdır. Örneğin Model Kanun’un kabul edilmiş olması, çek kullanmak isteyen kişiyi, bu imkândan mahrum bırakmaya vesile olmaz. Yine, “20.000 Türk Lirasından az bir miktar için sadece elektronik çek düzenlenebilir” yolundaki kural, yukarıda ifade edilen ilkeye aykırı olacaktır. “Geleneksel” çek kullanmak ile elektronik çek kullanmak tamamen kişinin tercihine bırakılmıştır⁴⁵. Fakat, bu yolda bir zorunluluk olmamasına rağmen devredilebilir elektronik kaydın devrinin, kıymetli evrakın devrinden daha süratli olması; kişilerin devredilebilir elektronik kayıtları tercih etmeleri için önemli bir nedendir.

II. KAPSAM

A. Genel Olarak

Günümüzde, devredilebilir elektronik kayıtların, sınır aşıcı kullanımı elektronik ticaret alanında, büyük öneme sahip olmaya başlamıştır⁴⁶. UNCITRAL’ın, bu gelişmelere duyarsız kalmayarak, hazırladığı Model Kanun ile, hangi kayıtların, hangi şartlar altında devredilebilir elektronik kayıt olarak kabul edileceği hususu düzenlenmektedir. Model Kanun kapsamında, devredilebilir elektronik

⁴⁴ Explanatory Note, par. 50, 52.

⁴⁵ Gabriel, s. 270.

⁴⁶ Explanatory Note, par. 8.

kayıtların, klâsik anlamda ve kâğıt üzerinde yazılı olan evrak ile işlevsel eşitlik⁴⁷ sağlanarak ulusal hukuk düzenlerinde aynı hükümlere tâbi olmasını ve aynı değeri taşımasını amaçlamaktadır⁴⁸.

Model Kanun, klâsik ve kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrak ile işlevsel eşitliği olan devredilebilir elektronik kayıtlara ilişkindir. Bunun mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, kâğıt ve yazı esaslı bir muadili olmayan, sadece elektronik ortamda var olan elektronik kayıtların Model Kanunun kapsamına girmemesidir⁴⁹. Model Kanunda yazılı evrak şeklinde eşiti olmayan bir “devredilebilir elektronik kaydın” yaratılmasına izin vermenin, bazı hukuk düzenlerinde geçerli olan kıymetli evrakın sınırlı sayıda olmasına (*numerus clausus*) ilişkin ilkenin ihlâli anlamına geleceğinden dolayı bu tür evrak kapsam dışında bırakılmıştır⁵⁰.

Öte yandan Model Kanun’un 1. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, hisse senedi, tahvil gibi araçlar ve diğer yatırım araçları Model Kanunun kapsamı dışındadır. Model Kanun’un kapsamında olan veya olmayan araçların neler olduğu hususu ise maddî hukuka bırakılmıştır⁵¹. Ayrıca Model Kanunu uygulayacak olan devletlerin takdirinde olmak üzere kredi mektubu gibi, bazı hukuk düzenlerinde “devredilebilir” olarak kabul edilmeyen evrak ile Cenevre Birlik Anlaşmaları⁵² kapsamına giren çek, bono ve poliçeler Model Kanunun uygulama-

⁴⁷ Kavram için Bkz. aşağıda, III.

⁴⁸ Adán Espino Jr., “The Next Frontier: Cyberspace in Current International Law”, *Interdisciplinary Journal of Student Research and Scholarship*, Volume: 3, Issue: 1, s. 13, <https://digitalcommons.tacoma.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=access> (Erişim: 27.12.2019, 19:00).

⁴⁹ Explanatory Note, par. 10.

⁵⁰ Explanatory Note, par. 23.

⁵¹ Explanatory Note, par. 23.

⁵² Cenevre Birlik Anlaşmaları, iki hukukî düzenlemeden oluşmaktadır. Bunlar, 1930 tarihli Bono ve Poliçeye İlişkin (*Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes*) ve 1931 tarihli Çek konusundaki (*Convention Providing a Uniform Law for Cheques*) Cenevre Birlik Anlaşmalarıdır (*Geneva Conventions*). Metin için bkz. treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf.

İlk Sözleşme bono ve poliçenin; ikinci Sözleşme çekin örneğinin düzenlenmesi, şekli, ciro edilmesi, kabulü ve ödemelerine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Cenevre Birlik Anlaşması, ortak ve yeknesak bir kambiyo mevzuatının oluşturulması amacını taşır. Anlaşma hakkındaki bilgi için bkz. Ali Ayli ve Didem Yardımcıoğlu, “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, Özel S: 2014, 2015, s. 3206.

Aslında, Model Kanunu uygulayacak ve aynı zamanda Cenevre Birlik Anlaşmasına da taraf olacak devletler bakımından ortaya çıkabilecek çelişkili uygulamaların önlenmesi amaçlansa da belli belgeleri kapsam dışında tutan devletlerin bulunması ciddi bir karmaşaya sebebiyet verebilir. Örneğin, o belgeler elektronik ortamda (A) devletinde geçerli, (B) devletinde (istisna getirdiği/hariç tuttuğu için) geçersiz olacak. Bu durumda, yeknesaklıktan bahsedilemeyecektir. Ayrıca, Model Kanun’un hazırlık aşamasında, söz konusu olası çelişki hakkındaki tartışma için Bkz. Explanatory Note, par.30 - 33.

masından hariçte bırakılabilir. Böylece kapsam dışı kalan araçları belirten hükümün ucu açık bırakılarak, Model Kanunu benimseyecek ülkelerin kendi istisnalarını da belirleyebilmelerinin önü açılmaktadır⁵³.

B. Model Kanun Kapsamında Temel Kavramlar

1. Genel Olarak

Model Kanun, devredilebilir elektronik kayıtlara ilişkindir. Devredilebilir elektronik kayıt, klâsik ve kâğıt üzerindeki kıymetli evrakın işlevsel eşiti olarak tanımlandığına göre, ilk olarak kıymetli evrak (*transferable document or instrument*) ve elektronik kayıt (*electronic record*) kavramları ele alınacaktır. Bu kavramlar incelendikten sonra devredilebilir elektronik kayıt kavramının tanımı konusundaki yaklaşımlar incelenecektir.

2. “Transferable Document or Instrument” Kavramının Türkçe Karşılığı Meselesi ve Kavramın İçeriği

Bu kavram, Model Kanun’da, kâğıt üzerinde var olan, ifayı talep yetkisi veren ve evrakın devri ile hakkın da devredildiği evrak ve araçlar olarak tanımlanmaktadır (md. 2/3). Böylece “devredilebilir olmak” ve “ifayı talep hakkı” bu kavramın iki unsurunu oluşturmaktadır⁵⁴. Hangi evrak veya araçların devredilebilir olduğu ve ifayı talep hakkı verdiği uygulanacak maddî hukuka göre tespit edilecektir. Yani, bu husus ulusal hukuk düzenlerine bırakılmıştır⁵⁵. Model Kanun ve Açıklayıcı Not’ta uygulanacak hukuka ilişkin açıklık olmadığı için “ulusal hukuk düzeni” ile uyumsuzluğu gören devlet mahkemesinin hukuku (*lex fori*) çerçevesinde hareket edileceği söylenebilir. Bu noktada, uyumsuzluğu gören mahkemenin tâbi olduğu devletin maddî hukuk kuralları mı, yoksa onun milletlerarası özel hukuk kurallarına göre yetkili kılan devletin maddî hukuk kuralları mı kastedildiği belirlenmemiştir. Ancak, Açıklayıcı Not’ta “*transferable document or instrument*” kavramının içerisine dâhil olabilecek şu senetler örnek olarak verilmiştir: poliçe (*bill of exchange*), çek (*cheque*), bono (*promissory note*), konişmento (*bill of lading*), emtia senedi (*warehouse receipts*) ve havayolu taşıma senedi (*air waybills*)⁵⁶.

Hukuk düzenlerinde kullanılan kavramların farklı olması nedeniyle Model Kanun’da genel olarak “*transferable document or instrument*” kavramı tercih

⁵³ Explanatory Note, par. 27.

⁵⁴ Explanatory Note, par. 37.

⁵⁵ Explanatory Note, par. 38.

⁵⁶ Explanatory Note, par. 38.

edilmiştir⁵⁷. Ayrıca, Model Kanun’da evrakı elinde bulunduran kişinin haklarının düzenlenmesi meselesini maddî hukuka bıraktığı için⁵⁸ iyiniyetli hamilin, defî ve itirazlardan korunması anlamına gelen⁵⁹ “*negotiable*” ifadesi kasıtlı olarak kullanılmamıştır⁶⁰.

Bu durumda, incelediğimiz kavramın kapsamına; yukarıda da belirttiğimiz üzere, konişmento, emtia senetleri, çek, bono ve poliçenin dahîl olacağı açıktır⁶¹. Model Kanun’da aranan “devredilebilirlik” ve ifayı talep hakkının senede bağlı olması da dikkate alındığında, “*transferable documents or instruments*” ifadesinin Türkçe karşılığının “kıymetli evrak” olabileceği kanaatindeyiz⁶². Yalnız unutulmamalıdır ki, Türk Hukukunda “kıymetli evrak” yukarıda sayılanlardan çok daha geniş bir anlama sahiptir⁶³. Hatta, Model Kanun’da açıkça kapsam dışında tutulmuş olan bazı yatırım araçları⁶⁴ da kıymetli evrak niteliği taşımaktadır. Bunun yanında nama yazılı kıymetli evrakın, Model Kanun tarafından vazgeçilemez olarak kabul edilen “devredilebilme” (*transferability*) özelliğini taşıdığı söylenecektir. Zira, her ne kadar, nama yazılı olan evrakın, alacağın devri yolu ile “devredilebileceği” akla gelse de, nama yazılı kıymetli evrak, tedavül amacı içermez⁶⁵. Böylece Model Kanun’un kapsamına girmemektedir.

Sonuç olarak “*transferable document or instrument*” ifadesi, Türk hukukunda açık bir şekilde karşılığı olamamasına rağmen, kanımızca kıymetli evrak kavramına karşılık gelmektedir. Bu noktada, Model Kanun’un iktibas edilmesi durumunda, kambiyo senetleri, makbuz senedi, varant, konişmento ve bunların yanında, ürün senetleri⁶⁶ “*Transferable Document or Instrument*” kavramına dahîl olacak-

⁵⁷ Şafranko, s. 12.

⁵⁸ Explanatory Note, par. 37.

⁵⁹ Şafranko, s. 12, dn. 42; Amerikan Hukukunda “negotiability” kavramı hakkında, Bkz. Jane K. Winn, “What is a Transferable Record and Who Cares?”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Volume: 7, Issue: 2, 2001, s. 205, <http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jstl7&i=209> (Erişim Tarihi: 20.01.2020, 18:07); James Steven Rogers, “The Myth of Negotiability”, *Boston College Law Review*, Volume: 31, Issue: 2, 1990, s. 266 vd.

⁶⁰ Alba, s. 2, dn. 4; Explanatory Note, par. 20; Winn, 205.

⁶¹ Şafranko, s. 2; Gabriel, s. 263.

⁶² Şafranko bu söylenenlerin İsviçre Hukukundaki “*wertpapier*” (kıymetli evrak) tanımına (OR Art. 965) uygun olduğunu ifade etmektedir Bkz. s. 13.

⁶³ Kıymetli evrak tanım, unsur ve türleri hakkında Bkz. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 9 vd.; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 8 vd.; Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2019, s. 5 vd.

⁶⁴ Bkz. yukarıda, II, A.

⁶⁵ Şafranko, s. 22.

⁶⁶ 5300 Sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu, md. 3/1-ı (RG. S. 25730, T. 10.2.2005).

tır⁶⁷. Öte yandan, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁶⁸ tarafından kıymetli evrak niteliğine sahip olduğu kabul edilmiş olan “taşıma senedi”ne, 6102 Sayılı TTK çerçevesinde (md. 856 - 858), sadece bir ispat gücü atfedilmiş, böylece, kıymetli evrak niteliği ortadan kaldırılmıştır. Model Kanun’un iktibas edilmesi durumunda taşıma senedi kapsam dışında kalacaktır⁶⁹. Çünkü bu kavramın içeriğini belirleme ulusal hukuk düzenlerine bırakılmıştır. Bunların dışında, her bir kıymetli evrak türünün Model Kanun ile uyum içinde olması hususu, kanun koyucu tarafından somut olarak değerlendirilmelidir⁷⁰. Ayrıca, her hukuk düzeninin bu kavramın içeriğini kendi hukukuna göre belirlemesine rağmen Model Kanun’da belirlenen kural ve ilkeleri mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, Türk hukukunda olası bir kanunlaştırma durumunda, Model Kanun’da olduğu gibi⁷¹ nama yazılı kıymetli evrakın kapsam dışında bırakılması yerinde olur.

3. Elektronik Kayıt (Electronic Record)

Devredilebilir elektronik kayıt, kıymetli evrakın elektronik ortamdaki dengidir. Bu kavramda geçen elektronik kayıt, Model Kanun’un, “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde; elektronik olarak oluşturulan, iletilen, alınan veya depolanan bilgi, olarak tanımlanmaktadır. “Elektronik kayıt” teknik bir deyim olup “yeni bir hukukî işlem türü olarak algılanmamalıdır”⁷². Elektronik kayıt, Model Kanun kapsamında kabul edilen bir kıymetli evrakın, elektronik ortamda var olmasını içeriyorsa, işte o zaman “devredilebilir elektronik kayıt” niteliğini kazanır. Başka bir deyiş ile “elektronik kayıt”, “devredilebilir elektronik kaydın” teknik unsurudur; büründüğü şekildir.

Türk Hukuku içinde de, elektronik ortamdaki verilerin bir nevi belge olarak nitelendirildiği hallere rastlanmaktadır. HMK md. 199/1 hükmünde; “... yazılı veya basılı metin, senet, çizim, ... gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ... belgedir” ifadesi yer almaktadır. Demek ki, “belge” her zaman “kâğıt esaslı” olmak zorunda değildir⁷³. Doktrinde, “varakasız kıymetli evrak” veya “evraksız kıymetli evrak” ibareleri kullanılmaktadır⁷⁴. İfadedeki çelişkili görünüm bir yana

⁶⁷ Can, s. 8.

⁶⁸ RG. S. 9353, T. 9.7.1956.

⁶⁹ Can, s. 14, 15.

⁷⁰ Model Kanun bu imkânı vermektedir (Explanatory Note, par. 38).

⁷¹ Explanatory Note, par. 21, 89.

⁷² Şafranko, s. 9.

⁷³ Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, c. 1, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 847; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.18.

⁷⁴ Bu konuda, ayrıntılı bilgi için, Bkz. Asuman Turanboy, *Varakasız Kıymetli Evrak*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 56 vd; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, s. 47.

bırakılırsa, asıl olarak, menkul kıymetler için kullanılsa da, bu ifadelerin en azından, kâğıt esaslı belge dogmasından sıyrılmak açısından anlam taşıdığı açıktır⁷⁵.

4. Devredilebilir Elektronik Kayıt (*Electronic Transferable Record*)

a. Genel olarak

“Devredilebilir (elektronik) kayıt” (*transferable record*) ifadesi ilk olarak Amerikan Hukukunda, Elektronik İşlemlere ilişkin Yeknesak Kanun (*UETA*)⁷⁶ ile gündeme gelmiştir. Adı geçen Kanun, devredilebilir elektronik kayıtları, sadece emtia senetleri ve bononun elektronik ortamdaki karşılıkları olarak tanımlamıştır⁷⁷. Model Kanun, Amerikan Hukukundaki bu tanımdan ayrılmaktadır. Model Kanun kapsamında, devredilebilir elektronik kayıt, kıymetli evrakın elektronik ortamdaki eşiti olarak, kıymetli evraka izafeten tanımlanmaktadır.

Model Kanun’da, “devredilebilir elektronik kayıt”; “10. madde şartlarını bünyesinde bulunduran elektronik kayıt” olarak ifade edilmektedir (md.2). 10. maddede ise, elektronik kaydın, kıymetli evrak ile eşit “devredilebilir elektronik kayıt” olarak kabul edilebilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda, Model Kanun’un, devredilebilir elektronik kaydı açıkça ve doğrudan tanımladığını söylemek mümkün değildir⁷⁸. Devredilebilir elektronik kaydın tanımı açısından doktrinde iki farklı yaklaşım söz konusudur.

b. Tanım konusundaki yaklaşımlar

aa. Maddî hukuk yaklaşımı (*Substantive approach*)

Bu yaklaşım, bir elektronik kaydın, devredilebilir elektronik kayıt niteliğini kazanabilmesi için hangi özellikleri bünyesinde bulundurması gerektiğini, klâsik ve kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evraka hiç atıf yapmadan doğrudan ifade edilmesi gerektiğini ileri sürer⁷⁹. Bir başka deyişle, bu yaklaşım dev-

⁷⁵ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, s. 47.

⁷⁶ Uniform Electronic Transactions Act, ilgili metin için Bkz. <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=d58fba5c-f1f5-40f6-8bc0-117c5379733c>.

⁷⁷ ABA Cyberspace Committee Working Group On Transferable Records, “Emulating Documentary Tokens In An Electronic Environment: Practical Models For Control and Priority of Interests in Transferable Records and Electronic Chattel Paper”, Volume: 59, Issue: 1, 2003, *The Business Lawyer*, s. 381; Šafranko, s.4; bu konuda fazla bilgi için, Bkz. Winn, s. 203 vd.

⁷⁸ Gabriel, s. 263.

⁷⁹ Šafranko, s. 14.

Bu yaklaşıma Rotterdam Kurallarında da rastlamaktayız.

Rotterdam Kuralları diye de bilinen, Tamamen veya Kısmen Deniz Yolu ile Uluslararası Mal Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*) md. 1/18, 19. İlgili metin için Bkz. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Rotterdam-Rules-E.pdf.

redilebilir elektronik kayda ilişkin hükümlerin, kıymetli evrak üzerinden değil; başlı başına, bağımsız bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini savunur. Örneğin, hakkın senetten ayrı olarak ileri sürülememesi hususu, “hak, devredilebilir elektronik kayıttan ayrı olarak ileri sürülemez” şeklinde ifade edilir.

Model Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında da bu yaklaşım ile yapılan tanım önerileri mevcuttur⁸⁰. Bu anlayışla yapılan bir tanıma göre; “devredilebilir elektronik kayıt, elektronik ortamda kullanılan ve devri neticesinde, kendisinde mündemiç olan borcun ifasını talep hakkının da devrini sağlayabilen kayıttır”⁸¹. Benzer bir tanımda da devredilebilir elektronik kayıt, “onu kontrol eden kişiye borcun ifasını talep yetkisi veren ve devri ile borcun ifasının talep yetkisinin de itikali sonucunu doğuran elektronik kayıt”⁸² olarak ifade edilmiştir.

bb. İşlevsel yaklaşım (Functional approach)

İşlevsel yaklaşım, maddî hukuka ilişkin şartları, özellikleri veya unsurları “devredilebilir elektronik kayıt”, tanımının içine dahil etmemektedir. Bunun yerine, maddî hukukta düzenlenmiş, şart, unsur ve özellikleri belirlenmiş klâsik ve kâğıt üzerinde düzenlenen evrak veya araçlara atıf yapar ve bunlar ile işlevsel olarak eşit olan elektronik kayıtları, “devredilebilir elektronik kayıt” olarak tanımlar⁸³.

Bu yaklaşımı, Model Kanun’da da benimsenen bu yaklaşımın kendi milli hukuklarında da kabul edilmesini savunan, Furrer/Müller, söze konu yaklaşımı şu şekilde açıklamaktadır:

“İsviçre Hukukunun, hukukî işlemlerin geçerliliğini veya hukukî bir kurumun varlığını maddî veya şekli koşullara bağladığı hallerde, bu koşulların altında yatan hukukî koruma amacı, dijital bir sistem ile işlevsel olarak eşit bir şekilde yerine getiriliyor ise, söz konusu maddî veya şekli koşullar da yerine getirilmiş sayılır”⁸⁴.

⁸⁰ Šafranko, s. 15. Bu yaklaşım ile yapılan tanımlara örnekler için Bkz. Šafranko, s. 15.

⁸¹ UN, DOC. A/CN.9/VG.IV/WP.124, Draft Provisions on Electronic Transferable Records, 30 September 2013, p. 4, <https://undocs.org/en/A/CN.9/VG.IV/WP.124>.

⁸² UN, DOC. A/CN.9/VG.IV/WP.128, Draft Provisions on Electronic Transferable Records, 14 February 2014, p. 4, <https://undocs.org/en/A/CN.9/VG.IV/WP.128>.

⁸³ Šafranko, s. 7; Elektronik konişmentonun işlevsel eşitliği hakkında Bkz. Karan, s. 114, 115.

⁸⁴ Andreas Furrer ve Luka Müller, “Functional equivalence” of Digital Legal Transaction, A Fundamental Principle for Assessing the Legal Validity of Legal Transactions Under Swiss Law, s. 4, https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/MME_Compact/2018/180619_Funktionale_AEquivaleanz.pdf (Erişim: 23.01.2020 18:35), bu kaynağın aslı Almanca olup, yazarlarınca İngilizce çevirisi web sayfasına koyulmuştur, Makalenin aslı: “Funktionale Äquivalenz digitaler Rechtsgeschäfte Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht”, in: Jusletter 18. Juni 2018; Furrer ve Müller, aslında, İsviçre Hukukunda, açık olarak adı konmasa da, “işlevsel eşitlik” örneklerine rastlandığını belirtmektedirler. Buna örnek olarak da, dolaylı zilyetliğin, doğrudan zilyetlik ile işlevsel olarak eşit olmasını göstermektedirler Bkz. s. 5.

cc. Değerlendirme ve Model Kanun'da kabul edilen yaklaşım

Model Kanun bu iki yaklaşım arasında işlevsel yaklaşımı esas almıştır. Böylece, devredilebilir elektronik kaydı, kıymetli evrak ile işlevsel olarak eşit kayıtlar olarak kabul etmektedir. Model Kanun'da işlevsel yaklaşımın kabul edilmesinin gerekçesi maddî hukuka ilişkin hükümlerin her ülkede farklı olmasıdır⁸⁵.

Maddî hukuk yaklaşımı açısından bakıldığında da, kıymetli evrak kavramının içeriğinin her hukukta aynı olmaması nedeniyle işlevsel eşitlik anlayışının uyum amacına hizmet etmeyeceği söylenebilir⁸⁶. Devredilebilir elektronik kayıt, kâğıt üzerindeki denginden bağımsız olarak tanımlanmalıdır. Böylece, sadece elektronik ortamda var olan devredilebilir elektronik kayıtlardan da bahsedilebilir⁸⁷. Bu söylenenlerden ayrı olarak, *Šafranko*, maddî hukuk yaklaşımına göre yapılan bir tanımın devamlı gelişen teknoloji ile daha kolay uyum sağlayabileceğini, çünkü, bu anlayışın, “gelecekteki yazılı karşılığı olmayan, elektronik kayıtlara kapıyı açık bıraktığını” belirtmektedir⁸⁸.

Model Kanun'un esas almış olduğu işlevsel yaklaşım daha isabetlidir. Çünkü maddî hukuk anlayışı, maddî hukuka ilişkin hususların Model Kanun'da yapılacak tanımda yer alması iç hukuka bırakılması gereken hususların Model Kanun'da düzenlenmesi anlamına gelecektir. Bu ise, iç hukuka müdahale edilmemesi ilkesi ile bağdaşmaz. Ayrıca, “maddî hukuk anlayışı” maddî hukuka ilişkin hükümlerin ülkelere göre farklılık arz etmesinin yaratacağı sakıncalı sonuçları önleyemeyecektir.

Türk Hukukunda, Model Kanun yolunda olası bir kanunlaştırma durumunda, geçerlilik şekline ilişkin emredici kurallar (örneğin kambiyo senetlerinde) hakkında gerekli düzenlemelerin yapılması, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁸⁹ bünyesindeki kıymetli evraka ilişkin hükümlerin⁹⁰, elektronik ortamda nasıl uygulanacağı meselesinin çözülmesi gerekecektir. Örneğin, TMK md. 429 hükmü gereğince kambiyo taahhüdü altına girme konusunda yasal danışmanın onayı veya TMK md. 462 tarafından kambiyo taahhüdü altına girme bakımından getirilen vesayet makamının izni şartlarının, elektronik ortamda nasıl yerine getirileceği veya bu şartlar ile ulaşılmak istenen amaca, hangi işlevsel olarak eşit yöntem ile varılacağı konularının açıklığa kavuşturulması kaçınılmaz olacaktır.

⁸⁵ Explanatory Note, par. 38; Gabriel, s. 263.

⁸⁶ Šafranko, s. 26.

⁸⁷ Šafranko, s. 27.

⁸⁸ Šafranko, s. 27.

⁸⁹ RG. S. 24607, T. 8.12.2001.

⁹⁰ Bu hükümler için, Bkz. Öztan, s. 6.

III. MODEL KANUN'DA DEVREDİLEBİLİR ELEKTRONİK KAYDIN VARLIĞI İÇİN 10. MADDE İLE GETİRİLEN ŞARTLAR

Elektronik bir kaydın, kâğıt üzerinde yazılı olarak var olan kıymetli evrakın eşiti sayılması - böylece “devredilebilir elektronik kayıt” olarak adlandırılabilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerekecektir. Model Kanun’un 2. maddesine göre, bir elektronik kaydın, devredilebilir elektronik kayıt olarak nitelendirilebilmesi için 10. maddede belirtilen şartları taşıması gerekir⁹¹. Bu şartları taşıyan devredilebilir elektronik kaydın varlığı hâlinde işlevsel eşitlik de sağlanmış olur. İşlevsel eşitlik ilkesinin amacı, iç hukuklarda, kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evraka ilişkin olarak kabul edilen hüküm ve sonuçların, devredilebilir elektronik kayıtlara da uygulanmasıdır⁹².

Model Kanun’un 10. maddesinin asıl hedefi, devredilebilir elektronik kaydın “özgün” (*unique*) olmasını sağlamaktır. Açıklayıcı Not’ta, aynı alacağı talep edilmesine yönelik birden fazla talebin mevcudiyetini engellemenin, ancak, bu hakkı veren tek bir kaydın tedavülde olması ile sağlanabileceği belirtilmektedir⁹³. Bu hedefe, “teklik” (*singularity*) ve “kontrol” (*control*) ilkeleri sayesinde ulaşılabilecektir⁹⁴. “Teklik”, kontrol eden kişiye, kayıta var olan alacağı talep etme yetkisi veren belirli bir “devredilebilir elektronik kaydın”, güvenilir şekilde⁹⁵ (*reliable*) teşhis edilebilmesi olarak tanımlanmaktadır⁹⁶. Aslında, teklikten kasıt, “tek talep”tir⁹⁷. Her ne kadar, Açıklayıcı Not’ta, “tek kaydın tedavülde olması gereğinden” bahsedilse de, burada cismani varlığı olan tek bir dokümanın elden ele geçmesi gibi bir durumun olamayacağı açıktır⁹⁸. Önemli olan, talep yetkisini veren kaydın (*authoritative copy*) tek, belli ve özgün olmasıdır⁹⁹. “Kontrol” ise, yine Açıklayıcı Not’ta, “devredilebilir elektronik kaydı kontrol eden kişinin güvenilir bir şekilde teşhis edilebilmesi” olarak belirlenmektedir¹⁰⁰.

⁹¹ Model Kanun’un 10. maddesinin lafzına birebir bağlı kalındığında, maddenin gerçek anlamına varmak mümkün olmamaktadır. Bu konudaki eleştiriler için Bkz. Ong, s. 15; Gabriel, s. 266, dn. 23.

⁹² Ong, s. 14.

⁹³ Explanatory Note, par. 81.

⁹⁴ Explanatory Note, par. 83.

⁹⁵ “Güvenilir” olmanın standardı ve ölçüsü Model Kanun’un 12. maddesinde genel olarak belirlenmektedir. Bkz. aşağıda, IV, C.

⁹⁶ Explanatory Note, par. 84.

⁹⁷ Gabriel, s. 275.

⁹⁸ Gabriel, s. 275; ABA Cyberspace Committee Working Group On Transferable Records, s. 383.

⁹⁹ ABA Cyberspace Committee Working Group On Transferable Records, s. 383; bu konuda Amerikan ve Kanada Hukukundaki durum hakkında özlü bilgi için Bkz. Gregory John, “Electronic Transferable Records” *Slaw*, <http://www.slw.ca/2011/03/01/electronic-transferable-records/>, (Erişim: 21.01.2020 19:00).

¹⁰⁰ Explanatory Note, par. 84.

Model Kanun açısından, devredilebilir elektronik kaydın varlığı için iki temel şart gerekmektedir (md. 10). Bunlar; elektronik kaydın, kıymetli evrakın içermesi gereken bilgiyi içermesi ve güvenilir bir yöntemin kullanılmasıdır.

A. Elektronik Kaydın Bilgiyi İçermesi

Kıymetli evraka eşit sayılabilmesi için, kıymetli evrakın içermesi gereken bilgiyi devredilebilir elektronik kaydın da içermesi gerekir. Örneğin, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen bir kambiyo senedi hangi bilgileri içermek zorunda ise, devredilebilir elektronik kayıt da bu bilgileri içermelidir. Model Kanun'un 6. maddesi ise devredilebilir elektronik kaydın, kıymetli evrakın içermesi gerekenden fazla bilgi içermesine gerek olmadığı hükmünü getirmektedir. Fakat ihtiyari olarak devredilebilir elektronik kaydın fazladan bilgi içermesi yolunda bir yasak da söz konusu değildir¹⁰¹.

B. Güvenilir Bir Yöntemin Kullanılması

Güvenilir bir yöntem, aşağıdaki amaçlar için kullanılmaktadır:

- i. Elektronik kaydı, belirli bir devredilebilir elektronik kayıt olarak tanımlamak
- ii. Elektronik kaydın yaratılmasından etkisi veya geçerliliğinin sona ermesine kadar kontrole tâbi tutulması
- iii. Elektronik kaydın bütünlüğünün korunması.

Model Kanun'un 10/1-b-i maddesi ile kastedilen, herhangi bir devredilebilir elektronik kaydın varlığının tespiti değil; elektronik kaydın, ferden belli bir devredilebilir elektronik kaydın teşhisidir. Bu husus, örneğin İngilizce metinde, "*the electronic transferable record*" ifadesinin başındaki "*the*" kelimesinden anlaşılabilir¹⁰² da (*an electronic (...)* değil), Türkçe'de, başa, bu hususu ifade eden bir açıklayıcı koymak gerekmektedir. Buradaki "belli bir" ibaresinin amacı budur.

Yine Model Kanun'un, 10/1 -b - ii maddesine göre, güvenilir bir yöntem, devredilebilir elektronik kaydın, ihdas edilmesinden, sona erişine (etkisini veya geçerliliğini kaybetmesine) kadar kontrol edilmeye elverişli olmasını sağlar. Burada, devredilebilir elektronik kaydın hayat döngüsü (*life cycle*¹⁰³) boyunca, ihdas edilmesi, devri ve ifa talebini içerecek şekilde¹⁰⁴, aynen kâğıt üzerindeki

¹⁰¹ Explanatory Note, par. 56, 57.

¹⁰² Bu hususta, Bkz. Explanatory Note, par. 96; Herd, s. 316, 317.

¹⁰³ "Hayat Döngüsü" (*Life Cycle*) kavramı, Açıklayıcı Not'ta birçok paragrafta yer alan yeni bir kavramdır (Gabriel, s. 267).

¹⁰⁴ Gabriel, s. 267.

kıymetli evrak gibi, kontrole elverişli olması aranmaktadır. Bu özellikle, “devredilebilir” açısından önem taşıyacaktır¹⁰⁵.

10. maddede son olarak, “güvenilir bir yöntem ile, elektronik kaydın bütünlüğünün (*integrity*) muhafaza edilmesi gerektiği” ifade edilmektedir. Takip eden fıkra olan md. 10/2’de ise “bütünlüğün” ölçüsü düzenlenmiştir. Buna göre, devredilebilir elektronik kaydın, yaratılmasından, etkisini veya geçerliliğini kaybetmesine kadar olan sürede (*life cycle*) yetki kapsamında yapılan (*authorized*) değişiklikler de dahil olmak üzere, içerdiği tüm bilginin tam ve değişmemiş olarak kalması halinde, bütünlük gerçekleşmiş demektir. İletişim, depolama ve görüntülemenin normal seyri içinde - sırf teknik sebeplerle gerçekleşen değişiklikler ise bütünlüğün bozulması anlamına gelmeyecektir.

IV. MODEL KANUN KAPSAMINDA İŞLEVSEL EŞİTLİĞİN SAĞLANMASI

Model Kanun, kapsamında işlevsel eşitliğin sağlanması çeşitli konularda düzenlenmiştir. Klâsik ve kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrakta mevcut olması gereken yazılı şekil şartı, imza ve zilyetliğin devredilebilir elektronik kayıta nasıl sağlanmış sayılacağı Model Kanun’da açıklanmıştır.

A. Zilyetlik Açısından İşlevsel Eşitlik

Kıymetli evrak konusunda zilyetliğin gördüğü işlevi, elektronik ortamda gerçekleştirecek bir sistemin gerekliliği açıktır. Bu ihtiyaç doğrultusunda, Model Kanun’un 11. maddesi, kıymetli evrak üzerindeki zilyetliğin, elektronik ortamdaki eşdeğerinin sağlanabilmesi için iki koşul öngörmüştür. Bu koşullardan ilki, kişinin elektronik kayıt üzerinde “münhasıran kontrol”¹⁰⁶ imkânının olmasıdır (md. 11/1/a). Diğer koşul ise, bu kişinin “kontrol eden” olarak belli olmasıdır (md. 11/1/b).

Bu sistem ile devredilebilir elektronik kayıt üzerindeki kontrol imkânının devri, zilyetliğin devrinin yerine geçecektir. Fakat, bu sistemin güvenilir bir yönetime dayanması gerektiği de açıktır. Böylece, kâğıt üzerindeki zilyetliğin devri ve/veya ciro, bir nevi, elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir¹⁰⁷.

Ancak, kontrolü elinde tutan kişinin ismen belirlenebilir olması şart değildir. “Model Kanun, devredilebilir elektronik kaydın hamiline yazılı olmasını kabul etmektedir”¹⁰⁸. Bu durumda da önemli olan, hamilin, kontrole yetkili ol-

¹⁰⁵ Explanatory Note, par. 98.

¹⁰⁶ “Münhasıran kontrol” kavramının, bu kapsamda hukukî açıdan doğru bir ifade tarzı olduğuna yönelik açıklama için Bkz. Goldby, s. 6.

¹⁰⁷ Mooney Jr., s. 8.

¹⁰⁸ Explanatory Note, par. 116.

duğunun belli olmasıdır. Kontrolü elinde tutan kişi; gerçek veya tüzel kişi olabilir¹⁰⁹.

İşte Model Kanun'un hazırlanışı sırasında Çalışma Grubunu en çok meşgul eden konu, zilyetliğin kıymetli evrak konusundaki işlevini elektronik ortamda nasıl tespit edilebileceği meselesi olmuştur¹¹⁰. Bunu tespit edebilmek için kabul edilen ölçüt, kimin devredilebilir elektronik kaydı "kontrol" ettiği'dir. Zilyetliğin kıymetli evrakta gördüğü işlevler, aleniyeti sağlamak ve hakkı kazandırmaktır. İşte, zilyetliğin bu işlevleri, elektronik ortamda, devredilebilir elektronik kaydı "kontrol" ile gerçekleştirilecektir¹¹¹. Zilyetliğin devri yerine de, "kontrolün devri" (gerekliyse ayrıca ciro) kazandırıcı etkiyi yaratacaktır. Ayrıca, Model Kanun açısından, örneğin varantın teslimi ile varılan sonuca, devredilebilir elektronik kayıt üzerindeki "kontrol"ün devri ile de varılabilmesinin önünde bir engel yoktur¹¹².

Model Kanun'un yanı sıra, devredilebilir elektronik kayda ilişkin ilk tanımın yer aldığı Amerikan Hukukunda da, *UETA* "kontrol" ölçütünü zilyetliğin elektronik ortamdaki işlevsel eşitini sağlamak için kabul etmektedir¹¹³. Böylece, kişinin, devredilebilir (elektronik) kayıt üzerinde kontrolü kanıtlandığında, "kontrol", zilyetliğin yerine geçecektir¹¹⁴. Yine Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (*UCC*)¹¹⁵ çerçevesinde, "kontrol" ün varlığı, devredilebilir elektronik kayıta var olan hakkın devrini kanıtlayan sistemin, kontrol eden kişiyi, kendisine kaydın devredildiği veya lehine düzenlendiği kişi olarak güvenilir bir şekilde belirleyebilmesine bağlıdır¹¹⁶.

Bu konuda, hukukumuzda var olan belki de en önemli örnek, 5300 Sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu¹¹⁷ ile düzenlenmiş olan "ürün senedi" dir. Adı geçen kanun, ürün senedini, "*Ürünlerin mülkiyetini temsil ve rehni ni temin eden, lisanslı depo işleticisince nama veya emre düzenlenmiş, teminat olarak verilebilen, ciro edilebilen veya edilemeyen ve bu Kanunda öngörülme yen durumlarda Türk Ticaret Kanununda düzenlenen makbuz senedi hükümlerine tâbi olan kıymetli evrak...*" şeklinde tanımlamaktadır (md. 3/1-1) Yine bu

¹⁰⁹ Explanatory Note, par. 115.

¹¹⁰ Gabriel, s. 273.

¹¹¹ Šafranko, s. 18.

¹¹² Explanatory Note, par. 108.

¹¹³ UETA, section 16-b; Winn, s. 205.

¹¹⁴ Agnikhotram ve Kouroutakis, s. 314.

¹¹⁵ Uniform Commercial Code, ilgili metin için Bkz. <https://www.law.cornell.edu/ucc>.

¹¹⁶ UCC, Article 7/ 106- a.

¹¹⁷ RG. S. 25730, T. 17.2.2005.

Kanunun 15. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Basılı ürün senetleri hükmünde olmak üzere elektronik ortamda da ürün senetleri oluşturulabilir...” ifadesi mevcuttur. Kanunun, ilgili hususların, yönetmelikle düzenleneceği hükmü gereğince, 12.11.2011 tarihinde çıkarılan ve yürürlüğe giren Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği’nin¹¹⁸, çok ayrıntılı bir düzenleme olmamasına rağmen, aslında, “devredilebilir elektronik kaydın” hukukumuzdaki ilk örneğini düzenlediği söylenebilir. Yönetmelikte yer alan, “*Elektronik ürün senetleri, basılı ürün senedi hükmünde olup, bu ürün senediyle aynı hak ve yükümlülükleri doğurur*” (md. 5/2) hükmü, bu kanaati desteklemektedir.

Elektronik ürün senetleri ile ilgili işlemler, elektronik kayıt kuruluşu tarafından kurulan ve işletilen veri tabanına (md. 4/1/j) bağlı bir sistem üzerinden gerçekleşir. Elektronik ürün senetlerine ilişkin bu sistemde, lisanslı depoların talebi üzerine Takasbank tarafından üretilen ISIN kodları kullanılmaktadır¹¹⁹. Elektronik ürün senetlerine ilişkin hukuki düzenlemelerin akabinde, bu yolda uygun ve güvenilir sistemler kurulmuştur. Elektronik ürün senedi için kurulan sistemlerin işlediği, elektronik ürün senetlerine ilişkin işlemlerin yapıldığı görülmüştür. Örneğin, Ankara Ticaret Borsası’nın kurduğu Ankara Elektronik Platformu; 2015 yılında ilk elektronik ürün senedi işlemini, ilk seansta 707 tonluk işlem hacmine ulaşarak gerçekleştirmiştir¹²⁰.

B. Yazılı Şekil Şartı, İmza ve Ciroya İlişkin İşlevsel Eşitlik

Model Kanun’un 8. maddesi, yazılı şekil şartı konusunda işlevsel eşitliğin sağlanmasına ilişkindir. İlgili hüküm; yazılı şekil şartının söz konusu olduğu hallerde, elektronik kaydın barındırdığı bilgiye erişmenin mümkün olması ve böylece sonraki başvurular için de kullanılabilir olabilmesi hâlinde, bu şartın, gerçekleşmiş sayılacağını belirtmektedir. Bu, devredilebilir elektronik kayıt ile ilgili diğer konularda da (örneğin ciro edilmesi) geçerlidir¹²¹. Model Kanun’un 8. maddesi, aynı kanunun 7. maddesinde ifadesini bulan, “(...) devredilebilir elektronik kayıt, sırf elektronik şekilde olması nedeni ile hükümsüz addedilemez” şeklinde özetlenebilecek ilke¹²² ile de uyum içindedir¹²³.

¹¹⁸ RG. S. 28110, T. 12.11.2011.

¹¹⁹ Detaylı bilgi için Bkz. <https://www.mkk.com.tr/file/Genel-Mektuplar-Dosyalari/Gm628-Ek-1>.

¹²⁰ Detaylı bilgi için Bkz. <https://www.haberankara.com/atbde-ilk-elektronik-urun-senedi-elus-islemi-yapildi/27182/>.

¹²¹ Explanatory Note, s. 74.

¹²² Bkz. yukarıda, I, C, 3.

¹²³ Gabriel, s. 272.

Ayrıca, Model Kanun'un 9. maddesi ile de, "imza"nın işlevinin elektronik ortamda nasıl sağlanacağı düzenlenmektedir. Buna göre, maddî hukukun açıkça veya üstü örtülü şekilde "imza"yı şart koştuğu hallerde veya zorunlu olmasa da, imzanın söz konusu olabildiği durumlarda "imza"ya yüklenen işlevin devredilebilir elektronik kayıt tarafından yerine getirilmiş sayılması için, "güvenilir" bir yöntemle, kişinin kimliğinin belirlenmesi ve kişinin iradesinin, devredilebilir elektronik kaydın içerdiği bilgi ile bağlantılı şekilde görülebilmesi gerekir.

Son olarak, ciro (*endorsement*) konusunda elektronik ortamda işlevsel eşitliğin nasıl sağlanacağı hususu, 15. maddede düzenlenmektedir. Buna göre, devredilebilir elektronik kayıt, ciro için gerekli bilgiyi içeriyor ve bu bilgi, yukarıda incelenen yazılı şekil ve imzaya ilişkin özelliklere de uygun ise, ciro ile hedeflenen işleve elektronik ortamda da ulaşılmış olacaktır. Bu düzenleme ile, işlevsel eşitlik hakkında zaten var olan, kuralların dışında, cironun tüm şekillerini de kapsayabilecek yeni bir kural getirmektedir¹²⁴.

Türk Hukuku'nda, TTK 1526. madde hükmü, poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetlerin düzenlenmesinde, kabul, aval ve ciro gibi işlemlerin yapılmasında güvenli elektronik imzanın kullanılmayacağını öngörmektedir. Fakat yine aynı maddede, konişmentonun elektronik imza ile düzenlenebileceği belirtilmektedir. Bu sayede, sınırlı da olsa uygulaması var olan elektronik konişmento gerçeği ile uyum sağlanmıştır¹²⁵.

C. Güvenilir Olmanın (*Reliability*) Genel Ölçüsü

Model Kanun'un farklı maddelerinde (md. 9, 10, 11, 13, 16, 17 ve 18) yer alan "güvenilir" ibaresi, yer aldığı hükümlerde, önemli - belki de temel bir şartın ifadesidir. Güvenilir olmak Model Kanun ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesinin ön şartı olarak da nitelendirilebilir. "Güvenilir" olması gereken ise, kullanılan yöntemdir (*reliable method*)¹²⁶. Model Kanun "güvenilir olmayı" aradığı her maddede, bundan kastın ne olduğunu ayrı ayrı açıklamamış, bunun yerine, 12. maddede, genel bir ölçü getirmiştir. Maddenin başlığı da buna uygun olarak, "Güvenilirliğin genel ölçüsü" (*General reliability standard*) şeklindedir.

Söz konusu madde, güvenilir olma konusunda, iki farklı standart getirmektedir. İlk önce, objektif olarak, hangi özellik ve şartların varlığı halinde, güvenilirliğin var olacağı önceden (*ex ante*) belirlenmekte, başka bir deyişle, güvenilirlik

¹²⁴ Explanatory Note, par. 151.

¹²⁵ Can, s. 6; elektronik konişmento hakkında fazla bilgi için Bkz. Ahmet Said Ber, *Elektronik Konişmento*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

¹²⁶ Explanatory Note, par. 122.

için “gerekli olan” “öngörülmektedir” (md. 12/a). Böylece, ilk standart, 9., 10., 11., 13., 16., 17. ve 18. maddelerde belirtilen amaçlara ulaşmak için kullanılan yöntemin, hangi amaca hizmet edecekse, ona uygun bir şekilde ve tüm ilgili şartların ışığında “güvenilir” olması gerektiği belirtilmektedir. Bundan sonra da, bu yolda mevcudiyeti gündeme gelebilecek özellik veya şartlar sıralanmaktadır. Bu sayılanlar sınırlı sayıda olmayıp sadece örnek niteliğindedir¹²⁷: “Güvenilirliğe” delalet edebilecek şartlar, maddede; (i) güvenilirliğin değerlendirilmesine ilişkin işletim kurallarının varlığı; (ii) veri bütünlüğünün temin edilmesi; (iii) yetkisiz olarak sisteme erişimi ve onu kullanmayı önleme yetisi; (iv) donanım ve yazılım emniyeti; (v) bağımsız bir kuruluş tarafından denetlenmenin sıklığı ile kapsamı; (vi) bir gözetim kuruluşu, bir akreditasyon kurumu veya gönüllü bir program tarafından, kullanılan yöntemin güvenilir olduğuna dair bir beyanın varlığı ve (vii) herhangi bir endüstri standardının varlığı olarak sayılmaktadır.

İkinci standart ise, kullanılan yöntemin, yukarıda belirtilen (ex ante tespit edilen) özellik ve şartları taşımamasına rağmen, somut bir çekişmede, sorunsuz bir şekilde işlevini yerine getirdiğinin sabit olması halinde, bu yöntemin de “güvenilir” kabul edileceği hükme bağlanmaktadır (md. 12-b). Şüphesiz, bu kabul, sadece söz konusu somut çekişme ile sınırlı olacak, genel bir kabul yaratmayacaktır¹²⁸.

V. DEVREDİLEBİLİR ELEKTRONİK KAYITLARIN SINIR ÖTESİ TANINMASI

Model Kanun’da, devredilebilir elektronik kayıtların sınır ötesi kullanımını kolaylaştırmak yolunda, diğer tedbirlerin yanında, özel bir hüküm de getirilmiştir¹²⁹. Buna göre, yabancı ülkede düzenlenen veya kullanılan devredilebilir elektronik kayıtların hukuki etkisine, geçerliliğine veya icra kabiliyetine sırf bu kayıtların yabancı ülkede düzenlendiği veya kullanıldığı gerekçesiyle halel gelmeyecektir (md.19/1). “Kullanılma veya düzenleme” den anlaşılması gereken ise devredilebilir elektronik kayıt ile ilgili olarak, ciro veya tadil edilmesi de dahil olmak üzere, baştan sona gerçekleşen her türlü işlemdir¹³⁰. Adı geçen maddenin birinci fıkrası, hükmün amacının, sadece, *sırf* “sınır ötesi” düzenleme veya kullanma nedeni ile “tanınmama” sonucunun önüne geçmek olduğunu belirtir¹³¹. Bunun yanında, adı geçen hüküm, milletlerarası özel hukuk kuralları

¹²⁷ Explanatory Note, par. 126; Bu şart veya özellikler hakkındaki açıklamalar için Bkz. Explanatory Note, par. 126 - 135.

¹²⁸ Explanatory Note, par. 136.

¹²⁹ Explanatory Note, par. 8.

¹³⁰ Explanatory Note, par. 184.

¹³¹ Explanatory Note, par. 185.

da dahil olmak üzere maddi hukuku etkilemez¹³². Sonuçta, Açıklayıcı Not' da belirtildiği üzere, sözü edilen hüküm, tek başına, devredilebilir elektronik kayıtların hukuki geçerliliğini kabul etmeyen bir ülkede düzenlenen kaydın tanınması için yeterli olmaz. Fakat, aynı zamanda, bu durum, tek başına, tanımayı reddetmek için de haklı bir sebep oluşturmaz¹³³.

19. maddenin ikinci fıkrasında ise, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen devredilebilir evrakın tâbi olacağı milletlerarası özel hukuk kurallarının, devredilebilir elektronik kayıtlara da uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Açıklayıcı Not'ta böyle bir hükme yer verilmesinin gerekçesi, ikili bir milletlerarası özel hukuk rejiminin kabul edilemeyeceği şeklinde açıklanmıştır¹³⁴. Bu düzenleme ile ortaya çıkan sonuç, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen evrakın geçerliliğine veya şekline uygulanacak hukukun devredilebilir elektronik kayıtların geçerliliğine veya şekline de uygulanacak olmasıdır. Kanaatimizce, aslında buna yine ulusal hukuk düzenleri karar vermelidir. Öte yandan doktrinde farklı bir yorum da yapılmış, klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrakın maddî mal (*tangible property*), devredilebilir elektronik kayıtların ise maddî olmayan mal (*intangible property*) oldukları, böylece bunlara uygulanacak hukukun da buna göre belirlenmesi gerektiği, iddia edilmiştir¹³⁵. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, devredilebilir kayıtların elektronik ortamda düzenlenmesi veya klâsik anlamda düzenlenmesi açısından hukukî niteliğinde ve bu kayıtlara uygulanacak hukukta farklılığa gidilebilmesi, Model Kanun açısından yapılabilecek bir tartışma olmayıp, ulusal devletlerin takdirindedir.

SONUÇ

Model Kanun'un hazırlanmasının esas amacı, sınır ötesi ticaretin önündeki engellerin ortadan kaldırılmasıdır.

Model Kanun'un odak noktasında, “devredilebilir elektronik kayıtlar” (*electronic transferable records*) kavramı yer almaktadır. Buna göre, devredilebilir elektronik kayıtlar, işlevsel olarak eşit olmaları şartı ile yazılı evrak ile aynı hüküm ve sonuçları doğuracak, başka bir deyiş ile aynı kıymeti haiz olacaktır. Bu yolda esas alınan temel ilkeler; “teknolojik tarafsızlık”, “maddi hukuka müdahale edilmemesi”, “devredilebilir elektronik kayıtlar aleyhine ayrımcılık yasası” ve “sözleşme serbestisi”dir.

¹³² Explanatory Note, par. 185.

¹³³ Explanatory Note, par. 185; Aksi görüş için Bkz. Gabriel, s. 277, 278.

¹³⁴ Explanatory Note, par. 187.

¹³⁵ Gabriel, s. 278, 279.

Model Kanun, devredilebilir elektronik kayıtlara ilişkin çoğu konuyu devletlerin maddi hukuk ve devletler özel hukuku kurallarına bırakmaktadır. Bu hâliyle sadece teknik şekilde işleyecek bir yapıya dönüşmektedir; kanun koyucuya yol göstermekten ziyade, devredilebilir elektronik kayıtların yapısını çizmektedir.

Açıklayıcı Not'ta "*applicable substantive law*" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir (örneğin, par. 38, 160, 185). Bu ifade ile neyin kastedildiği veya kapsamının ne olduğuna ilişkin bir açıklama ise mevcut değildir.

Türk hukukunda da elektronik ve hukuk ilişkisini içeren bazı düzenlemeler mevcuttur. Ancak, Model Kanun ile getirilen sistemin hukukumuzda kabulü önünde zorluklar mevcuttur. Zira, devredilebilir elektronik kayıtların oluşturulması, iletilmesi ve depolanması için öncelikle "güvenilir" elektronik ortamın ve altyapının kurulması gerekir. Bu sistemin kurulması için de devletlere yol gösterecek detaylı hükümlere ihtiyaç vardır. Model Kanun her ne kadar, belirli bir teknolojik sistem tercihi yapmamış ve kullanılacak sistemleri (kayıt defteri, dağıtık kayıt defteri gibi) örnek olarak saymış olsa da altyapıya ilişkin detaylı hükümlere yer vermemiştir. Bu durumda, Model Kanun'u sadece iktibas ederek devredilebilir elektronik kayıtlarla ilgili sistemin işlemesi sağlanamaz. Söz konusu altyapıya ilişkin çalışmaların tamamlanması gerekir.

KAYNAKÇA

- “A Guide to UNCITRAL, Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law” <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf> (Erişim: 19.12.2019, 08:15).
- ABA Cyberspace Committee Working Group on Transferable Records, “Emulating Documentary tokens in an Electronic Environment: Practical Models For Control and Priority of Interests in Transferable Records and Electronic Chattel Paper”, Volume: 59, Issue: 1, 2003, *The Business Lawyer*, s. 379 - 389.
- Agnikhotram Sai ve Kouroutakis Antonios, “Doctrinal Challenges for the Legality of Smart Contracts: Lex Cryptografia or a New ‘Smart’ Way To Contract?”, *Journal of High Technology Law*, Volume: 19, Issue: 2, 2019, s. 300 - 328.
- Alba Manuel, “Transferability in the Electronic Space at a Crossroads: Is It Really about the Document?”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, Volume: 5, Issue: 1, 2013, s. 1 - 28.
- Arrunada Benito, "Blockchain's Struggle to Deliver Impersonal Exchange." *Minnesota Journal of Law*, Volume: 19, Issue: 1, 2018, s. 55 - 106.
- Ayli Ali ve Yardımcıoğlu Didem, “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, Özel S: 2014, 2015, s. 3195 - 3239.
- Ber Ahmet Said, *Elektronik Konuşma*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Bozer Ali ve Göle Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- Bozkurt Yüksel Armağan Ebru, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C: 2, No: 4, 2011, s. 135 -172.
- Can Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2019.
- Doğantekin Serkan, “Token ve ICO: Kelime Dağarcığımızın Yeni Üyeleri”, 2017, <https://medium.com/@sdogantekin/token-ve-ico-kelime-dagarcigimizin-yeni-uyeleri-3b257b7b113f> (Erişim: 10.01.2020 19.50).
- Espino Jr. Adán, “The Next Frontier: Cyberspace in Current International Law”, *Interdisciplinary Journal of Student Research and Scholarship*, Volume: 3, Issue: 1, s. 1 - 24, <https://digitalcommons.tacoma.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=access> (Erişim: 27.12.2019, 19:00).
- Furrer Andreas ve Müller Luka, “ “Functional equivalence” of Digital Legal Transaction, A Fundamental Principle for Assessing the Legal Validity of Legal Transactions Under Swiss Law, s. 1 - 20, https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/MME_Compact/2018/180619_Funktionale_AEquivalenz.pdf (Erişim: 23.01.2020 18.35).

- Gabriel Henry D., “The UNCITRAL Model Law On Electronic Transferable Records”, *Uniform Law Review*, Volume: 24, Issue: 2, 2019, s. 261 - 280.
- Goldby Miriam, “Legislating to facilitate the use of electronic transferable records: A case study, Reforming the law to facilitate the use of electronic bills of lading in the United Kingdom”, Paper prepared for the UNCITRAL Colloquium on Electronic Commerce, New York, s. 1 - 22 https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/Legislating_to_facilitate_the_use_of_electronic_transferable_records_-_a_case_study_.pdf (Erişim: 25.01.2020, 19:17).
- Gregory John, “Electronic Transferable Records” Slaw, <http://www.slaw.ca/2011/03/01/electronic-transferable-records/>, (Erişim: 21.01.2020 19:00).
- Gümüşlü Gülce, “Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 63, No: 2, 2014, s. 329 - 364.
- Haspolat Turgut, “Blockchain ve Dağıtık Defter Teknolojisi”, 2018, <https://medium.com/patikan/blockchain-ve-dağıtık-defter-teknolojileri-4e76083d2c2f> (Erişim: 10.01.2020 19:40).
- Herd Jake, “Blocks of Lading’ Distributed Ledger Technology and the Disruption of Sea Carriage Regulation”, *Queensland University of Technology Law Review*, Volume 18, General Issue 2, s. 306 - 317.
- Karan Hakan, *Elektronik Konişmento*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Mooney Jr. Charles W., “Fintech and Secured Transactions Systems Of The Future”, *Law and Contemporary Problems*, Volume 81, Issue 1, 2018, s. 1 - 20.
- Ong Elson, “Blockchain Bills of Lading”, *CML Working Paper Series*, No. 18/07, August 2018, s.1 - 32, <http://law.nus.edu.sg/cml/wps.html> (Erişim: 29.12.2019, 21:30).
- Öztan Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Rogers James Steven, “The Myth of Negotiability”, *Boston College Law Review*, Volume: 31, Issue: 2, 1990, s. 265 - 283, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol31/iss2/2> (Erişim: 15.01.2020, 22:04).
- Šafranko Zvonimir, “The Notion of Transferable Records”, *InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations*, Volume: 3, Issue: 2, December 2016, s. 1 - 31.
- Tanrıbilir Feriha Bilge ve Şit Banu, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. XXII, S. 2, s. 819 - 838.
- Turanboy Asuman, *Varakasız Kıymetli Evrak*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.

Takahashi Koji, “Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works”, https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/30-TAKAHASHI-Implications_of_the_Blockchain_Technology_and UNCITRAL_works.pdf (Erişim: 20.12.2019, 18:26), (Implications).

Takahashi Koji, “Blockchain, Cryptocurrency, Crypto-asset and the Law” <http://www1.doshisha.ac.jp/~tradelaw/index.html> (Erişim: 21.12.2019, 19:20), (Blockchain).

Tanrıver Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, c. 1, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Ülgen Hüseyin, Helvacı Mehmet, Kaya Arslan ve Nomer Ertan N. Füsün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Winn Jane K., “What is a Transferable Record and Who Cares?”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Volume: 7, Issue: 2, 2001, s. 203 - 212.

