

ÖMER FARUK ŞENOL

**HUKUKİ AÇIDAN BANKALARIN
TEZGAHÜSTÜ PİYASADA
TARAF OLDUĞU
TÜREV İŞLEMLER**

onikilevha
TMMOB HUKUKU VE İKTİSADİ İLİMLER ENSTİTÜSÜ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR	XV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK TÜREV İŞLEMLER, BANKALARIN SERMAYE PİYASASI FAALİYETLERİ VE TÜREV İŞLEMLERİN KUMAR NİTELİĞİ

A. Türev İşlemlerinin Dünyada ve Türkiye’de Tarihsel Gelişimi	5
1. Genel Olarak	5
2. Avrupa’da Türev İşlemlerin Tarihsel Gelişimi	6
3. ABD’de Türev İşlemlerin Tarihsel Gelişimi	9
4. Türkiye’de Türev İşlemlerin Tarihsel Gelişimi	10
B. Tezgahüstü Türev İşlemlerin Fonksiyonu	17
1. Riskten Korunma (<i>Hedging</i>)	17
2. Spekülasyon	18
3. Arbitraj	20

C. Bankaların Bankacılık Faaliyetleri ile Sermaye Piyasası Faaliyetleri	21
1. Bankacılık Faaliyetleri ve Kredi İşlemleri	21
2. Bankaların Sermaye Piyasası Faaliyetleri.....	23
3. Bir Sermaye Piyasası Kurumu Olarak Yatırım Kuruluşları.....	24
4. Sermaye Piyasası Faaliyeti Olarak Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetler	25
a. Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri	25
b. Yan Hizmetler.....	26
5. Bankaların Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Kapsamında Yetkili Oldukları İşlemler	27
a. Emir İletimi Aracılığı Faaliyeti.....	28
b. İşlem Aracılığı Faaliyeti.....	29
c. Portföy Aracılığı Faaliyeti	30
d. Saklama Hizmeti	31
D. Bir Yatırım Hizmet ve Faaliyeti Olarak Tezgaahüstü Türev İşlemlerin Tanımı ve Türleri	31
1. Türev İşlemlerin Tanımı	31
2. Türev İşlemlerin Türleri.....	35
a. Forward İşlemleri	35
b. Futures İşlemleri.....	36
c. Opsiyon İşlemleri	38
(1) Konu Bakımından Opsiyon Sözleşmeleri.....	39
(a) Alım Opsiyonu (<i>call option</i>)	39
(b) Satım Opsiyonu (<i>put option</i>).....	41
(2) Vade Açısından Opsiyon Türleri	42
d. Swap İşlemleri	42
(1) Faiz Swapları	43
(2) Para Swapları	44
E. Türev İşlemlerinde Sözleşmeye Konu Dayanak Varlıklar	45
1. Pay	45

2. Emtia	46
3. Döviz	46
4. Endeks	47
5. Faiz.....	48
6. Diğer Dayanak Varlıklar	50
F. Türev İşlemlerinin Kumar ve Bahis Niteliği	50
G. Türev İşlemlerinde Pozisyon Kavramı.....	58
1. Uzun Pozisyon	58
2. Kısa Pozisyon	58
H. Piyasa Tanımı.....	59
1. Para Piyasası – Sermaye Piyasası	59
2. Spot Piyasalar – Türev Piyasalar.....	60
3. Teşkilatlanmış Piyasalar – Tezgahüstü Piyasalar	61
a. Teşkilatlanmış Piyasalar	61
b. Tezgahüstü Piyasalar	63
I. Tezgahüstü Türev Piyasasının Taşıdığı Riskler.....	64
1. Karşı Taraf Kredi Riski	65
2. Likidite Riski.....	66
3. Piyasa Riski.....	66
4. Saklama Riski	67
5. Sistemik Risk.....	68
6. Hukuki Risk.....	69
7. Pittsburgh Zirvesi'ndeki Gelişmeler, Bu Gelişmelerin ABD ve AB Sistemindeki Etkileri ve Riskler Açısından Toplu Değerlendirme	70
J. Teşkilatlanmış Piyasada Taraflar ve Sözleşmenin Kurulması	73
1. Teşkilatlanmış Piyasada Taraflar	73
a. Borsalar	73
b. Merkezi Karşı Taraf Kuruluşu.....	74

c. Merkezi Takas Kuruluşu.....	77
d. Borsa Üyeleri	77
e. Takas Üyeleri.....	78
2. Teşkilatlanmış Piyasada Sözleşmelerin Kurulması	80

İKİNCİ BÖLÜM

TEZGAHÜSTÜ PİYASADA TÜREV İŞLEMLERİNİN KURULMASI, HUKUKİ NİTELİKLERİ VE TARAFLARIN BORÇLARI

A. Tezgahüstü Türev İşlemlerinde Sözleşmenin Tarafları	87
B. Tezgahüstü Piyasada Bankaların Yapabilecekleri Türev İşlemler	88
1. Portföy Aracılığı Faaliyeti	89
2. İşlem Aracılığı Faaliyeti.....	94
C. Tezgahüstü Piyasada Sözleşmelerin Kurulması.....	100
1. Genel Olarak.....	101
a. Şekil Şartı	103
b. Sözleşmenin Kurulması	105
2. Müşterinin Sınıflandırılması ve Uygunluk Testi Yapma Yükümlülüğü.....	107
a. Müşterilerin Sınıflandırılması Yükümlülüğü	107
b. Uygunluk Testi Yapma Yükümlülüğü	113
3. Çerçeve Sözleşme Yapma Yükümlülüğü.....	117
a. Genel Olarak.....	117
b. Hukuki Niteliği.....	120
c. Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri	122
(1) İleride Kurulacak Sözleşmelere Temel Teşkil Etmesi....	122
(2) Münferit İşlemleri Tamamlayıcı Hükümler İçermesi ...	123
(3) Münferit İşlem Yapma Zorunluluğu	125
(4) Sürekli Nitelik Taşınması.....	129

D. Tezgahüstü Türev İşlemlerin Sona Ermesi	130
1. Ters İşlem Suretiyle İşlemin Kapatılması	131
2. Fiziki Teslimat ile İşlemin Sonuçlanması.....	135
3. Nakit Uzlaşısı ile İşlemin Sonuçlanması.....	135
4. Opsiyon Hakkının Kullanılmaması Nedeniyle İşlemin Sonuçlanması	137
E. Tezgahüstü Piyasada Yapılan Türev Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	137
1. Tezgahüstü Piyasada Yapılan Türev İşlemlerinin Unsurları.....	138
a. Forward Sözleşmesinin Unsurları.....	138
b. Opsiyon Sözleşmesinin Unsurları.....	139
c. Swap Sözleşmesinin Unsurları.....	141
2. Tezgahüstü Piyasada Yapılan Türev İşlemlerinin Genel Özellikleri	142
a. İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması	142
b. Borçlandırıcı İşlem Olması	142
c. Risk Barındıran Sözleşme Olması.....	143
d. Borcun İfasının Vadeye Bağlanmış Olması.....	143
e. Para Edimi İçeren Sözleşme Olması.....	144
3. Portföy Aracılığı Faaliyeti Kapsamında Tezgahüstü Türev İşlemlerinin Hukuki Niteliği.....	144
a. Forward Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	144
b. Opsiyon Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	145
(1) Ön Sözleşme Teorisi	146
(2) İcap Teorisi.....	147
(3) Şart Teorisi	148
(4) Yenilik Doğuran Hak Teorisi.....	150
c. Swap Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	151
(1) Faiz Swap Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	151
(a) Satım Sözleşmesi Görüşü	152

(b) Trampa (Mal Değişimi) Sözleşmesi Görüşü	154
(c) Çifte Karz (Tüketim Ödücü) Sözleşmesi Görüşü	155
(d) Karşılıklı Borç Üstlenilmesi Görüşü	156
(i) Borcun İç Üstlenilmesi Görüşü.....	157
(ii) Borcun Dış Üstlenilmesi Görüşü.....	158
(e) İsimsiz Sözleşme Olduğu Görüşü.....	159
(2) Para Swap Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	160
(a) Satım Sözleşmesi Görüşü	161
(b) Trampa (Mal Değişimi) Sözleşmesi Görüşü	162
(c) Çifte Karz (Tüketim Ödücü) Sözleşmesi Görüşü	162
(d) Vedia (Saklama) Sözleşmesi Görüşü	163
(e) İsimsiz Sözleşme Olduğu Görüşü.....	164
4. İşlem Aracılığı Faaliyeti Kapsamında Türev İşlemlerinin Hukuki Niteliği	165
a. Vekâlet Sözleşmesi	165
b. Alım Satım Komisyonu Sözleşmesi	170
F. Tarafların Borçları	172
1. Bankanın Borçları	172
a. Müşteriyi Aydınlatma ve Risk Açıklama	174
b. Münferit İşlemlerin Yerine Getirilmesi	179
c. Müşterinin Talimatına Uygun Hareket Etme.....	180
d. İş Sadakat ve Özen ile Yapma	183
e. Bilgi ve Hesap Verme	186
f. İade Borcu	188
g. Emirlerin Gizli Tutulması	191
2. Müşterinin Borçları	193
a. Avans Verme	194
b. Ücret Ödeme	195
c. Masrafları Ödeme	196
d. Teminat Verme.....	198

(1) Teminata Konu Varlıklar	200
(2) Teminat Türleri.....	201
(a) Başlangıç Teminatı.....	201
(b) Sürdürme Teminatı.....	201

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜREV İŞLEMLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR VE BUNLARIN ÇÖZÜM YOLLARINA İLİŞKİN GENEL BİR BAKIŞ

A. Türev İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar	204
1. Talimatsız İşlem Yapılmasından Doğan Uyuşmazlıklar.....	204
2. İrade Sakatlıklarından Doğan Uyuşmazlıklar	204
3. Banka Lehine Tek Taraflı Haklar Tanınmasından Doğan Uyuşmazlıklar	207
4. Bilgi Verme ve Risk Açıklama Yükümlülüğünden Doğan Uyuşmazlıklar.....	208
5. Sorumsuzluk Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıklar	209
6. Görevli ve Yetkili Mahkemeye İlişkin Uyuşmazlık	209
B. Türev İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına İlişkin Genel Bir Bakış	211
1. Talimatsız İşlem Yapılması Durumunda İşlemin Geçerliliği	211
2. İrade Sakatlıklarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü	215
a. Zihni Kayıt.....	216
b. Yanılma	216
c. Aldatma.....	221
3. Çerçeve Sözleşme Hükümlerinin Genel İşlem Şartı, Emredici Kurallar ve Aşırı Yararlanma Temelinde Değerlendirilmesi.....	224
a. Genel İşlem Şartları Temelinde Değerlendirme	224
b. Emredici Hukuk Kuralları Temelinde Değerlendirme	228

c. Aşırı Yararlanma Temelinde Değerlendirme.....	230
4. Bilgi Verme ve Risk Açıklama Yükümlülüğünün Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi	232
5. Sorumsuzluk Anlaşmalarının Hukuken Değerlendirilmesi.....	238
6. Mahkemenin Görev ve Yetkisine İlişkin Değerlendirmeler	240
SONUÇ	243
KAYNAKÇA	251