

Le Contrat de Garantie Pure en Droit Turc

*Asst. Dr. Sevgi Kayak**

I. En Général

La doctrine récente étudie le contrat de garantie en opérant une distinction entre deux types : La garantie pure (reine Garantie) et la garantie similaire au cautionnement (bürgschaftsähnliche Garantie)¹.

* Assistante à la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul.

¹ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt: II, Tümü Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, p. 804; Ünal Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, Cilt: I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1988, N. 72-73-74; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 7. bsk., 7. baskı'yı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007, p. 872 ss.; Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi, Özellikleri-Kuruluşu-Türleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, p. 25; Hüseyin Murat Develioğlu, **Les Garanties Indépendantes Examinées à la Lumière des Règles Relatives au Cautionnement**, Berne, Stämpfli Editions SA, 2006, N. 33 et 34; Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, p. 15-16; Nami Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Ed. by. Abuzer Kendigelen, Cilt: II, İstanbul, Beta, 2002, p. 949 (p. 937-989); Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları**, Yenilenmiş 3. bası, Ankara, Seçkin, 2005, p. 62; Emin Cem Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996, p. 22; Seza Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. baskı., Ankara, w. place, 2003, p. 35 ss.; Ferhat Canbolat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin, 2009, p. 72; Melek Bilgin Yüce, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, p. 9 ss.; A. Özge Yenice, **Taahhüt Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri: Kefalet Sözleşmesinde Rücu, Garanti Sözleşmesinde Rücu, İpotekte Rücu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, p. 12-13.

L'objet du contrat de garantie pure est un résultat de garantie sans rapport avec une obligation déterminée². Quand il s'agit de la garantie pure il n'y a pas de contrat de base entre le bénéficiaire et le tiers, car aucune obligation à la charge du tiers n'existe, le garant promet un résultat indépendamment de tout autre rapport d'obligation. Il s'agit seulement d'un rapport qui existe entre le garant et le bénéficiaire. Le garant s'engage au stipulant à réparer le préjudice au cas où n'importe quel risque se réaliserait³. En d'autres termes dans la garantie pure le garant entend encourager une attitude déterminée du stipulant ou promouvoir le succès de l'une de ses activités⁴.

Par contre, le contrat de garantie similaire au cautionnement est un contrat en vertu duquel une personne promet le fait d'un tiers à une autre et de réparer le dommage au cas où ce fait ne s'accomplirait pas de la part de ce tiers⁵. Dans un tel contrat le garant est tenu à des dommages-intérêts à titre principal. La validité de la promesse n'est pas subordonnée à l'existence d'une obligation à la charge du tiers. Le contrat est indépendant de contrat de base entre le bénéficiaire et le tiers⁶.

² Silvia Tevini Du Pasquier, **Commentaire Romand, Code des Obligations I art. 1-529**, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Ed. by. Luc Thévenoz, Franz Werro, Genève, Bâle, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, art. 111 CO N. 3; Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, p. 15; Georges Scyboz, **Traité de Droit Privé Suisse**, Tome VII/2, Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1979, p. 13; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", p. 949; Tekinalp, **op. cit.**, p. 73; Yavuz, **op. cit.**, p. 875 ss.; Özen, **op. cit.**, p. 25; Canbolat, **op. cit.**, p. 72; Yüce, **op. cit.**, 17.

³ Tekinalp, **op. cit.**, N. 73; Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 33.

⁴ Scyboz, **op. cit.**, p. 13; Tandoğan, **op. cit.**, p. 806; Yavuz, **op. cit.**, p. 875-876; Özen, **op. cit.**, p. 25.

⁵ Tekinalp, **op. cit.**, N. 72; Tandoğan, **op. cit.**, p. 804; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", p. 948-949; Özen, **op. cit.**, p. 21 ss.; Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, p. 35; Pierre Tercier, **Le Droit des Obligations**, 3. éd. (revue et corrigée), Zurich, Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, § 26 N. 1248.

⁶ Pierre Engel, **Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO**, 2.éd., Berne, Stämpfli Editions SA, 1997, p. 430 ss.; Pierre Tercier, **La Partie Spéciale du Code des Obligations**, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, § 59 N. 3660; Edouard Béguelin "Porte-fort", **FJS**, N. 769, p. 2; **Commenta-**

En droit Turc on ne dispose d'aucune définition légale de la garantie pure. A ce propos la législateur a établi la seule disposition qui nous fournit le principe dans l'article 110 du Code des Obligations Turc. L'article cité est rédigé comme ci-dessous :

Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers.

Pour les promesses conclues pour une durée déterminée, la clause concernant l'invalidité de la promesse est valable en cas de ne pas recourir au promettant par écrit jusqu'à la fin de la durée⁷.

Dans la doctrine Turque, la plupart des auteurs acceptent la disposition de l'article 110 du Code des Obligations Turc une espèce des contrats de garanties⁸ et l'espèce citée n'est qu'une garantie similaire au cautionnement⁹. Pourtant la disposition de l'article a été fait l'objet de discussions pendant longtemps par la doctrine. L'article surtout a été critiqué au motif qu'il reste insuffisant pour régir les contrats de garanties et

ire Romand, Du Pasquier, art. 111 CO N. 22; Sahir Talat Akev, "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", **Travaux de la 5^{ème} Semaine Juridique Turco-Suisse**, La Forme dans les actes Juridiques, Les Journées d'Istanbul 13-20 avril 1975, Istanbul, Istanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını (Publication de l'Institut de Droit Comparé de l'Université d'Istanbul), p. 329.

⁷ Le législateur Turc a ajouté le dernier alinéa le 8 Juillet 1981. Voir Resmi Gazete 10.7.1981 t., Sayı: 17396.

⁸ Tekinalp, **op. cit.**, N. 86; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, p. 800-801; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. bası, İstanbul, Beta, 2006, p. 1107; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, p. 228-229; Nisim Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK m. İBK m. 111)", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, I, İstanbul, Beta, 2001, p. 576 (p. 567-597); Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, p. 179; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, p. 287.

⁹ Tekinalp, **op. cit.**, N. 86.

la question de savoir si on se trouve une type de garantie dans cet article a été discutée¹⁰.

Ce qui nous intéresse dans le contenu de ce travail, c'est surtout l'identité du contrat de garantie pure; par contre la problématique de notre travail n'est pas d'expliquer la promesse de garantie pure d'une manière approfondie et détaillée. Pour cela nous allons étudier dans un premier temps la définition et les sources classiques du contrat de garantie pure à la lumière des interprétations de la doctrine. Par la suite, nous ferons quelques réflexions sur la nature juridique de cette relation juridique.

II. La Définition

Le contrat de garantie pure ne dispose pas d'une définition légale dans le droit des Obligations Turc. Selon la doctrine la garantie pure est un contrat par lequel le garant promet à un bénéficiaire une prestation indépendante avec effet immédiat, mais pour le cas où surviendrait ou ne surviendrait pas, un événement déterminé, mais incertain, espéré ou redouté, qui présente pour le bénéficiaire un intérêt patrimonial¹¹.

¹⁰ Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 7. Malgré tous les besoins de la vie économique pour le contrat de garantie, celle-ci n'est pas régie par le législateur d'une manière détaillée. Pour cela comme la doctrine Turque, la jurisprudence Turque tente aussi de rattacher tous les contrats de garanties à l'article 110 du Code des Obligations Turc. Voir Develioğlu, **Garanties Indépendantes** N. 52. Pour les exemples voir Yarg. 11. HD, 29.11.2004 t., E. 2004/2269 K. 2004/11663 [http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp (16 Temmuz 2009)]; Yarg. 11. HD, 21.09.2004 t., E. 2003/12386 K. 2004/8668 (www.kazanci.com.tr); Yarg. HGK, 24.6.1981 t., E. 1980/4-1282 K. 529 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl: 21, Sayı No: 250, s. 605); Yarg. 13. HD., 27.4.1992 t., E. 1992/305 K. 1992/3896 [http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp (16 Temmuz 2009)]; Yarg. HGK, 28.11.2001 t., E. 2001/19-998 K. 2001/1088 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 11. HD, 27.02.1979 t., E. 79/346 K. 79/906 (BATİDER, Cilt:10, Sayı N. 3, 1980, s. 817-818); Yarg. 13. HD, 4.4.2003 t., E. 2002/12569 K. 2003/3985 [http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKarar_n.jsp (16 Temmuz 2009)].

¹¹ Scyboz, **op. cit.**, p. 13; Develioğlu, **Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, p. 34; Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 71.

Dans une telle situation, le garant assume une certaine responsabilité en garantissant un risque. L'objet du risque est un fait quelconque. Ce fait s'agit notamment d'un fait quelconque de l'homme, positif ou négatif, d'un comportement, d'un geste, d'une présence, d'une absence, d'une action juridique, d'un acte juridique¹². Le terme de fait qui a un sens large contient aussi une prestation au sens technique. Car le risque de l'article 110 du Code des Obligations Turc dépend de l'accomplissement ou du non accomplissement du fait d'un tiers. Donc, si l'on donne à la notion du fait une aussi large signification, l'objet du risque peut tantôt n'importe quel fait de l'homme tantôt le cas d'inexécution de la prestation par le tiers. Dans cette situation, la garantie pure renfermerait à la fois la garantie similaire au cautionnement¹³.

Pourtant il faut distinguer la garantie pure de la garantie similaire au cautionnement. Le contrat de garantie pure contient tous les risques qui restent en dehors du risque de l'inexécution de la prestation par un tiers¹⁴. La garantie pure se caractérise notamment par l'absence d'une dette à la charge du tiers, dans un tel contrat on ne peut pas parler de la prestation d'un tiers. Les cas suivants représentent, par exemple, des contrats de garantie pure: une commune promet un rendement annuel minimum à une entreprise privée d'intérêt général, telle qu'une usine à gaz non rentable; une société anonyme promet à une firme de combler un déficit; une firme industrielle incite des tiers à souscrire des actions de son entreprise en promettant l'allocation d'un dividende annuel de 5 %¹⁵.

¹² Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 76.

¹³ Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 71; Oscar Daepfen, **Le Code Fédéral des Obligations (Articles 1 à 551)**, Edition Français Charles Reymond, Zürich, Editions Polygraphiques, 1937, p. 210.

¹⁴ Tandoğan, **op. cit.**, p. 806; Tekinalp, **op. cit.**, N. 73; Yavuz, **op. cit.**, p. 875-876; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", p. 948-949; Özen, **op. cit.**, p. 25.

¹⁵ Théo Guhl, **Le Droit Fédéral des Obligations, Le Droit Commercial, Le Droit de Change et le Droit Privé des Assurances**, Traduit de l'Allemand d'après la troisième éd. par René des Gouttes, Zurich, Editions Polygraphiques SA, 1947, p. 122; Engel, **Traité**, p. 432; Pierre Engel, **Contrats de Droit Suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du code des obligations de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés**, Berne, Editions Stämpfli + Cie SA, 1992, p. 581; Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel

III. Les Fondements Classiques

On doit suivre des sources de droit romain pour voir les premières traces du contrat de garantie. En droit romain on rencontre fréquemment des institutions de garanties parmi lesquelles on peut voir fondamentalement les caractéristiques principales du régime de garantie pure¹⁶.

Bien qu'il est difficile d'établir une distinction très nette entre les différents types de garantie¹⁷, les sources de droit Romain permettent de voir certains types de garantie pure. Dans certains cas déterminés le garant promet au garanti de payer un montant au cas où n'importe quel risque se réaliserait. D'autres part, nos sources de connaissance à propos du contrat de garantie pure sont peu nombreuses. Surtout, il est possible de trouver quelques sortes de garantie pure dans les textes concernant le sénatusconsulte Velléien qui interdisait l'intercession aux femmes et dans

Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", p. 949; Özen, **op. cit.**, p. 25. On voit nettement le caractère de garantie pure dans certains cas: par exemple: une banque ou communauté publique couvre la perte que subirait une entreprise sans que des tiers doivent quoi que ce soit au bénéficiaire. JdT 1988 I 187. En outre par exemple, une banque fait une promesse publique et déclare que le gagnant d'une loterie organisée par un journal quotidien peut être récompensé par n'importe laquelle de ses succursales. Yarg. HGK., 25.11.1987 t, E. 1987/3-309 K. 870 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Cilt: 28, Sayı N. 28, 1988, p. 5598-5599). De plus voir Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 33.

¹⁶ Heinz Priester, **Garantievertrag**, Inaugural-Dissertation, Berlin, y.y., 1935, p. 2.

¹⁷ Cette situation correspond aux structures juridiques des sociétés primitives. Car dans les sociétés archaïques, toute obligation doit être assumée et tout le groupe est solidairement responsable faute d'organisme représentatif spécialisé. Toutes les institutions de garanties sont intimement liées, de telle façon qu'on définit souvent l'un par l'autre. Pour cela on ne peut pas établir définitivement une distinction parmi les sûretés personnelles. Annie Dorsinfaing-Smets, "Les Sûretés Personnelles dans les Sociétés Dites Archaïques", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, Cilt: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaïques, Antiques, Islamiques et Orientales, 1974, p. 131, (p. 129-146); Philippe Godding, "Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux du XI. au XVIII. siècle", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, Cilt: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, p. 270 ss., (p. 263-364); John Gilissen, "Esquisse d'un Histoire Comparée des Sûretés Personnelles, Essai de Synthèse Général", **Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions**, Cilt: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaïques, Islamiques et Orientales, 1974, p. 33, (p. 5-128).

le Digest 17.1.32¹⁸. Puisque les textes qui se trouvent dans le sénatusconsulte Velléien sont plus importants, dans notre travail nous préférons d'étudier cette disposition.

Le sénatusconsulte Velléien est une disposition qui défendait à la femme de s'obliger pour autrui d'une manière absolue¹⁹. Le sénatusconsulte Velléien se rattache aux autres régularisations à propos de capacité de contracter des femmes²⁰. Car pendant longtemps la femme romaine resta dans l'état de dépendance. Lorsqu'elle n'était pas soumise à la puissance paternelle ou à la *manus*, elle devenait *sui iuris* et avait un patrimoine, la tutelle perpétuelle l'empêchait d'aliéner les choses, de s'obliger et de tester, sans l'auctoritas du tuteur. Pourtant à la fin de la République, l'usage de la *manus* devint plus rare et disparut à l'époque de Claude. La femme conquit, dans une certaine mesure, la liberté. Mais cette liberté donnait matière à certains inconvénients. Ceux-ci furent en rapport avec sa situation nouvelle et visèrent ses relations avec le tiers. Le législateur intervint pour décréter contre la femme d'autres incapacités. De cette manière on lui interdit les actes contraires à la réserve qui convient à son sexe, les *officia virilia*, et l'on rangea dans cette catégorie toute immixtion dans les affaires d'autrui²¹.

Le sénatusconsulte Velléien paraît comme l'une de mesures prises dans le but de régler le statut de la femme et sauvegarder les intérêts de la société romaine²². Mais il ne faut surtout pas oublier le fait qu'il a apporté certains règles dans le domaine des contrats de garantie. En effet

¹⁸ Tous ces contrats qui paraient les conventions de dommages-intérêts, on a été réunit par la doctrine de droit commun sous le titre de « *promissio indemnitas* ». Priester, **op. cit.**, p. 2.

¹⁹ Türkan Rado, **Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyula Islahı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, p. 37 ss.

²⁰ Sur ce sujet voir Eugène Petit, **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 348.

²¹ Petit, **op.cit.**, p. 348-349.

²² Le sénatusconsulte Velléien eut un double motif: Un raison d'ordre public et l'idée de la protection de la femme. Petit, **a.g.e.**, p. 348. Pour les discussions à propos du motif sénatusconsulte Velléien voir Rado, **a.g.e.**, p. 49 ss.

certains textes transférés au Digeste s'occupe directement du contrat de garantie. Parmi ces textes²³ D. 16.1.19 pr. est comme suit:

D. 16. 1. 19. pr Africanus libro quarto quaestionum

Tutor pupilli decesserat herede instituto Titio : cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, perseuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari. si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatus consulti locum esse...

Le tuteur d'une pupille est mort ayant institué pour héritier Titius. Titius qui doute de la mauvaise gestion de la tutelle hésitait sur l'acceptation de la succession. La mère de la pupille est allée à Titius et a promis à lui de réparer le préjudice. Si Titius est condamné à la pupille à payer quelque chose, il intente une action à la mère de la pupille. Elle ne pourra pas opposer l'exception du sénatusconsulte...

Dans ce cas, la mère de la pupille promet à Titius de s'engager à couvrir les risques résultant d'accepter la succession. De cette manière si l'héritier Titius subit des pertes, la mère du pupille s'obligera à l'indemniser en vertu de sa promesse ; en d'autres termes, Titius intentera un procès contre la mère et lui demandera le paiement d'une somme d'argent.

Nous trouvons un autre texte presque identique dans ce livre :

D. 16. 1. 19. 4 Africanus libro quarto quaestionum

Quid ergo si cum propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier hoc ipsum repromisit, ut, quanto minus a quoquo eorum servari posset, ipsa praestaret ? prope est, ut sit intercessio.

²³ On a été partiellement utilisée cette source pour traduire les textes: «M. Hulot, **Les 50 Livres du Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien**, Behmer et Lamort, 1803-1805».

Dans ce texte, Titius hésitait à accepter la succession, car il s'inquiétait à propos de la capacité de paiement des débiteurs. La femme du défunt, pour le déterminer à accepter, lui ait promis de lui fournir elle-même ce qu'il ne pourrait pas toucher de chaque débiteur. Il paraît qu'ici la femme a voulu assumer une responsabilité personnelle.

D'une manière similaire, on rencontre une femme qui a contracté la convention de garantie dans le texte 16.1.19.2 de Digest. L'intention de la femme a été de garantir le tuteur contre la pupille.

D. 16. 1. 19. 2 Africanus libro quarto quaestionum

In proposita specie et illud tractandum est, an is, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, senatus consulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam senatus consultum locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet, sed tutoris adversus pupillum et ceteros forte creditores indemnem heredem praestaret.

Il faut ici de plus mentionner le texte D. 16.1.19.1 :

D. 16. 1. 19. 1 Africanus libro quarto quaestionum

Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatum. Cum quidam vir praetorius decessisset duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset et alter legitimus tutor fratri esset et eum paterna hereditate abstinere vellet, mandatu uxoris defuncti, quae mater pupillo esset, abstento pupillo solum se hereditati miscuisse : ubi similiter se respondiisse Iulianus ait, si ex causa argente pupillo damnum eo nomine passus esset, non impediri eum senatus consulto, quo minus a muliere rem servaret.

Dans ce texte d'après Julianus, si le frère tuteur, actionné par son frère pupille en conséquence de son acceptation, avait été condamné à lui payer une somme qu'il n'aurait pas dû, s'il eût renoncé suivant sa première

intention et sans que celle-ci puisse opposer l'exception du sénatusconsulte Velléien, il reviendra contre la mère pour s'en faire indemniser²⁴.

IV. La Nature Juridique

Le Code des Obligations Turc ne contient aucune disposition relative au contrat de garantie pure. L'article 110 du Code des Obligations Turc qui régleme la promesse du porte-fort et qui est la seule disposition en la matière, a été critiqué pour cause d'insuffisance par la doctrine²⁵. D'autre part, malgré toutes ces critiques dans le droit Turc la majorité des juristes ont plutôt choisi comme référence cet article pour régir tous les contrats de garanties²⁶.

L'article 110 alinéa 1 du Code des Obligations Turc est comme suit :

Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers.

Selon cette règle, une personne qui promet le fait d'un tiers à autrui est tenu à des dommages-intérêts au cas où le tiers n'accomplirait pas ce fait promis.

Dans la doctrine Turque une opinion interprète largement cet article. D'après cette opinion, la garantie se définit comme un contrat par lequel le garant promet le fait d'un tiers au garanti et assume une responsabilité personnelle pour cause d'inexécution. Dans ce sens large, l'article renfermerait à la fois la garantie pure et la garantie similaire au

²⁴ Voir Hulot, **op.cit.**, p. 422.

²⁵ Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, p. 178-179; Seza Reisoğlu, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası**, (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, Birinci Kısım, Ankara, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962, p. 152.

²⁶ Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 7; Tekinalp, **op. cit.**, N. 86; Oğuzman, Öz, **op. cit.**, p. 800-801; Eren, **op.cit.**, p. 1107; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **op. cit.**, p. 228-229; Franco, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK m. İBK m. 111)", p. 576; Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, p. 179; Feyzioğlu, **op.cit.**, p. 287.

cautionnement²⁷. Donc, l'article 110 du Code des Obligations Turc nous fournit la règle générale à propos de contrat de garantie.

En revanche en droit Turc selon la doctrine dominante l'article 110 du Code des Obligations Turc contient seulement la garantie similaire au cautionnement, le contrat de garantie pure reste en dehors du contenu de l'article²⁸. Car il faut interpréter le mot « fait » comme la notion de « prestation ». Par prestation, on entend le comportement que le créancier peut exiger du débiteur conformément à une obligation²⁹. La présence du mot « tiers » fait entendre « la prestation » de celui-ci. Pour cela le comportement promis doit dépendre de la volonté du tiers³⁰ et présenter pour le bénéficiaire un intérêt appréciable en argent³¹.

Nous sommes de même avis avec la doctrine dominante, en effet l'article 110 du Code des Obligations Turc constitue seulement le contrat de garantie similaire au cautionnement. Parce que la disposition de l'article exige l'existence de deux éléments : Le fait promis doit dépendre de la volonté de ce tiers et la nature du fait promis doit fournir un intérêt appréciable en argent au bénéficiaire. Sans ces deux éléments on ne peut pas parler du « fait d'un tiers » et pour cette raison, l'article 110 du Code des Obligations Turc dispose seulement la garantie similaire au cautionnement³².

²⁷ Sur ce sujet voir Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 71.

²⁸ Tekinalp, **op. cit.**, N. 86.

²⁹ **Commentaire Romand**, Du Pasquier, art. 111 CO N. 1.

³⁰ Il en résulte l'inapplicabilité de l'article 110 du Codes des Obligations Turc (l'article 111 du Codes des Obligations Suisse) lorsqu'on ne promet que son propre fait, même s'il est en relation avec le fait d'un tiers ou lorsque le fait promis dépend exclusivement de la volonté d'une autre personne, ou du hasard. Béguelin, "Porte-fort", p. 5.

³¹ Scyboz, **op. cit.**, p. 18.

³² Le contrat de garantie similaire au cautionnement pose plusieurs problèmes de qualification dus à sa ressemblance avec le cautionnement. Il est particulièrement difficile de tracer une limite entre le contrat de garantie et le cautionnement. Pour les problèmes de qualification et les critères de distinction voir Akev, "La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc", p. 328 ss.; Develioğlu, **Garanties Indépendantes**, N. 447 ss.

D'autre part l'article 110 du Code des Obligations Turc ne correspond pas au contrat de garantie pure. Parce que la disposition de l'article prévoit l'existence du fait d'un tiers, mais l'élément de tiers n'existe pas dans le contrat de garantie pure. A notre avis le contrat de garantie pure n'a pas pour but de fournir une sûreté au créancier. Il faut opérer une distinction entre les termes de garantie et de sûreté. La garantie sert à désigner toute espèce de moyen juridique d'éviter une perte ou de réparer un dommage. En revanche la sûreté est une garantie fournie en vue de l'exécution d'une dette. Tandis que le concept de garantie est très large, la notion de sûreté est une notion plus étroite. La sûreté peut donc se définir comme le moyen d'assurer l'exécution d'une obligation par une règle de droit³³. La garantie pure ne porte pas l'idée de garantir l'exécution d'une obligation. Par la garantie pure, le garant assume les risques qui restent sauf l'exécution d'une dette. Donc, on doit examiner le contrat de garantie pure sauf le contenant de l'article 110 du Code des Obligations. Le contrat de garantie pure au sens de la conception générale actuelle, est en vérité un contrat aléatoire par la condition légale du dommage éventuel à l'avenir.

Conclusion

En raison de ne pas se rattacher à la disposition d'une manière détaillée, ce sujet du domaine de sûreté personnelle, se transforme en une matière problématique. La doctrine dominante préfère de qualifier l'article 110 du Code des Obligations Turc qui est la seule disposition en la matière de contrat de garantie similaire au cautionnement. Le texte de l'article cité ne contient pas le contrat de garantie pure.

Il faut distinguer le contrat de garantie pure de contrat de garantie similaire au cautionnement. Tandis que la garantie similaire au cautionnement comporte toujours l'idée de garantir l'exécution d'une obligation à la charge du tiers, la garantie pure est privé de l'élément de tiers. On peut citer les garanties qui assurent la distribution d'un dividende ou le succès

³³ Sur ce sujet voir en détail Pierre A. Gilliéron, **Les Garanties Personnelles en Matière Bancaire**, 2. éd., Genève, Librairie Droz, 1969, p. 51 ss.

d'une émission comme exemple pour le contrat de garantie pure. Le but essentiel du contrat est l'idée de garantir les risques d'une entreprise, sinon il ne vise pas à protéger le stipulant contre le risque d'inexécution d'une obligation. Donc il ne serait pas faux de dire que le but essentiel de la garantie pure n'est pas l'idée de fournir une sûreté. Le but de fournir la sûreté est plus dominant dans la garantie similaire au cautionnement. Malgré les garanties pures apparaissent comme un mode de garantie, elles ne sont pas des contrats de garantie au sens strict du mot. Pour cette raison, il convient d'utiliser l'expression de « garantie pure » pour désigner le contrat de garantie similaire au cautionnement. Quant au contrat de garantie pure, pour l'expliquer, c'est mieux de préférer les autres termes au lieu de la garantie pure au sens actuel du terme.

Bibliographie

- Akey, Sahir Talat: “La Forme dans les Contrats du Cautionnement et de Garantie dans les Droits Suisse et Turc”, **Travaux de la 5 ème Semaine Juridique Turco-Suisse**, La Forme dans les actes Juridiques, Journées d’İstanbul 13-20 avril 1975, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını (Publication de l’Institut de Droit Comparé de l’Université d’İstanbul), p. 327-346.
- Barlas, Nami: “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani**, Ed. by. Abuzer Kendigelen, Cilt: II, İstanbul, Beta, 2002, p. 937- 989.
- Béguelin, Edouard: “Porte-fort”, **FJS**, N. 769.
- Canbolat, Ferhat: **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin, 2009.
- Daepfen, Oscar: **Le Code Fédéral des Obligations (Articles 1 à 551)**, Edition Français Charles Reymond, Zürich, Editions Polygraphiques, 1937.
- Develioğlu, Hüseyin Murat: **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009 (Bağımsız Garanti Sözleşmeleri).
- Develioğlu, Hüseyin Murat: **Les Garanties Indépendantes Examinées à la Lumière des Règles Relatives au Cautionnement**, Berne, Stämpfli Editions SA, 2006 (Garanties Indépendantes).
- Doğan, Vahit: **Banka Teminat Mektupları**, Yenilenmiş 3. bası, Ankara, Seçkin, 2005.
- Dorsinfang-Smets, Annie: “Les Sûretés Personnelles dans les Sociétés Dites Archaïques”, **Recueils de la Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions**, Cilt: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaïques, Antiques, İslamiques et Orientales, 1974, p. 129-146.

- Du Pasquier, Silvia Tevini: **Commentaire Romand, Code des Obligations I art. 1-529**, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Ed., Luc Thévenoz, Franz Werro, Genève, Bâle, München, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- Engel, Pierre: **Contrats de Droit Suisse, Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations de la Vente au Contrat, de Société Simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés**, Berne, Editions Stämpfli +Cie SA, 1992, (Contrats).
- Engel, Pierre: **Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO**, 2.éd., Berne, Stämpfli Editions SA, 1997, (Traité).
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Franco, Nisim: “Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK m. İBK m. 111)”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, I, İstanbul, Beta, 2001, p. 567-597.
- Gilissen, John: “Esquisse d’une Histoire Comparée des Sûretés Personnelles, Essai de Synthèse Général”, **Recueils de la Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions**, Cilt: XXVIII/I, Synthèse Générale, Civilisations Archaiques, İslamiques et Orientales, 1974, p. 5-128.
- Gilliéron, A. Pierre: **Les Garanties Personnelles en Matière Bancaire**, 2. éd., Genève, Librairie Droz, 1969.
- Godding, Philippe: “Les Sûretés Personnelles dans les Pays-Bas Méridionaux du XI. au XVIII. siècle”, **Recueils de la Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions**, Cilt: XXIX/2, Moyen Age et Temps Modernes, 1971, p. 263-364.

- Guhl, Théo: **Le Droit Fédéral des Obligations, Le Droit Commercial, Le Droit de Change et le Droit Privé des Assurances**, Traduit de l'Allemand d'après la troisième éd. par René des Gouttes, Zurich, Editions Polygraphiques SA, 1947.
- Kahyaoğlu, Emin Cem: **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.
- Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Özen, Burak: **Kefalet Sözleşmesi, Özellikleri-Kuruluşu-Türleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Petit, Eugène: **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- Priester, Heinz: **Garantievertrag**, Inaugural-Dissertation, Berlin, y.y., 1935.
- Rado, Türkan: **Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Reisoğlu, Seza: "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası**, (10-18 Mayıs 1961) Bildiriler-Tartışmalar, Birinci Kısım, Ankara, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962
- Reisoğlu, Seza: **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. baskı., Ankara, w. place, 2003.
- Reisoğlu, Seza: **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.
- Scyboz, Georges: **Traité de Droit Privée Suisse**, Tome VII/2, Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1979.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt: II, Tümü Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.

- Tekinalp, Ünal: **Banka Hukukunun Esasları**, Cilt: I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre: **La Partie Spéciale du Code des Obligations**, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.
- Tercier, Pierre: **Le Droit des Obligations**, 3. éd. (revue et corrigée), Zurich, Schulthess § Médias Juridiques, 2004.
- Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 7. bsk., 7. baskı'yı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007.
- Yenice, A. Özge: **Taahhüt Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri: Kefalet Sözleşmesinde Rücu, Garanti Sözleşmesinde Rücu, İpotekte Rücu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Yüce, Melek Bilgin: **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

