

# LEGAL QUALITY OF VEHICLE PASS GUARANTEE IN BUILD-OPERATE-TRANSFER PROJECTS

YAP-İŞLET-DEVRET  
PROJELERİNDE ARAÇ  
GEÇİŞ GARANTİLERİNİN  
HUKUKİ NİTELİĞİ

ÇAĞLANUR ÖZHAN  
RABİANUR ÖZDEMİR

## ABSTRACT

In this article, in the first analysis, the legal definition and character of the build-operate-transfer ("BOT") model will be examined, and the leading parties and agreements of the build-operate-transfer agreement will be mentioned. In the final analysis, the legal character of the guarantee agreement will be examined within the scope of Article 128 of the Turkish Code of Obligations ("TCO"), and will be discussed within the scope of vehicle pass guarantees included in the implementation agreement of the BOT model.

## ÖZET

İşbu makalede ilk tahlilde, yap-işlet-devret ("YİD") modelinin hukuki tanımı ve niteliği incelenecek olup, yap-işlet-devret sözleşmesinin öncü tarafları ve sözleşmelerinden bahsedilecektir. Son tahlilde, Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 128. maddesi kapsamında garanti sözleşmesinin hukuki niteliği incelenecek ve YİD modeli kapsamında uygulama sözleşmesinin içerisinde yer alan araç geçiş garantileri kapsamında tartışılacaktır.



## KEYWORDS

BUILD-OPERATE-TRANSFER, GUARANTEE AGREEMENT, GUARANTEE OBLIGATIONS, SURETY-LIKE GUARANTEE AGREEMENT, TCO 128, UNDERTAKING THE PERFORMANCE OF A THIRD PARTY, VEHICLE PASS GUARANTEE.



## ANAHTAR KELİMELER

YAP-İŞLET-DEVRET, GARANTİ SÖZLEŞMESİ, GARANTİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ, KEFALET BENZERİ GARANTİ SÖZLEŞMESİ, TBK 128, ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EDİMİNİN ÜSTLENİLMESİ, ARAÇ GEÇİŞ GARANTİSİ.

## PART 4

Finally, in light of the information given, the legal character of the guarantee commitments of the highway projects implemented with the build-operate-transfer model will be evaluated within the scope of the vehicle pass guarantee.

Son olarak verilen bilgiler ışığında yap-işlet-devret modeli ile hayata geçirilen otoyol projeleri kapsamında verilen garanti taahhütlerinin hukuki niteliği araç geçiş garantisi kapsamında değerlendirilecektir.

## I. INTRODUCTION

The build-operate-transfer model, which is becoming more and more widespread in the world and in Turkey, as a result of developing technology and needs, enables high-budget public infrastructure projects to be undertaken by the private sector by taking the financial burden off the state. Since the projects made with the build-operate-transfer model require high capital financing, the joint venture companies that will enter the project require the Administration to ensure that the loan can be repaid with the revenues obtained from the project, in order to ensure that the project can be financed. In these projects, which are an extension of the state's public obligation, the state, which puts the public's interest in the forefront, makes a guarantee commitment to projects that will contribute significantly to the development of the country. Thus, the private sector will be encouraged to invest in the public sector, and the domestic-foreign investment market in the country will be revitalized, contributing to the economic development of the country.

In this article, after focusing on the private law character of the BOT model and its contracts, the debates in the doctrine about the legal qualities of guarantee agreements within the scope of TCO article 128 and the decisions of the Supreme Court will be given. Finally, in

## I. GİRİŞ

Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlar neticesinde dünyada ve Türkiye'de kullanımı gittikçe yaygınlaşan yap-işlet-devret modeli, yüksek bütçeli kamu altyapı projelerinin devlet üzerindeki mali yükünü alarak özel sektöre üstlenilmesini sağlar. Yap-işlet-devret modeliyle yapılan projeler yüksek sermaye finansmanı gerektirdiğinden, projeye girecek ortak girişim şirketleri, projenin finanse edilebilmesini sağlamak amacıyla kreditorlere projeden elde edilecek gelirlerle kredinin geri ödenebileceğinin idare tarafından temin edilmesini isterler. Devletin kamusal yükümlülüğünün bir uzantısı olan bu projelerde, kamunun menfaatini ön plana koyan devlet, ülkenin gelişmesine önemli derecede katkıda bulunacak projelere garanti taahhüdünde bulunur. Böylelikle özel sektör kamusal yatırıma teşvik edilecek ve ülkedeki yerli-yabancı yatırım pazarı canlanarak ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunacaktır.

İşbu makalede YİD modelinin ve sözleşmelerinin özel hukuk niteliği üzerinde durulduktan sonra TBK m.128 kapsamında garanti sözleşmelerinin hukuki nitelikleri hakkında doktrinde yer alan tartışmalara ve Yargıtay kararlarına yer verilecektir. Son olarak verilen bilgiler

## FOOTNOTE

1 13.06.1994 dated, 21959 numbered Official Gazette, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun (Yap-İşlet-Devret Kanunu).

2 Yap-İşlet-Devret Kanunu article 3.



light of the information given, the legal character of the guarantee commitments of the highway projects implemented with the build-operate-transfer model will be evaluated within the scope of the vehicle pass guarantee.

## II. BUILD-OPERATE-TRANSFER AGREEMENT

## A. Build Operate Transfer Model

The obligation of the state to carry out public services has come to a point where its resources cannot be met with the effect of developing technology, and alternative methods have been developed to finance high-budget technological projects. The build-operate-transfer model, which is one of these alternative methods, is defined in paragraph a) of Article 3 of the Law No. 3996<sup>1</sup> as follows; "a) It means a special financing model developed to be used in the implementation of projects that require high technology or high financial resources, and the investment value (including the profit to be obtained) is paid to the capital company or foreign company by purchasing the goods or services produced by the company during the operation period by the administration or the beneficiaries of the service."<sup>2</sup>

The build-operate-transfer model, which is generally preferred by developing coun-

light of the information given, the legal character of the guarantee commitments of the highway projects implemented with the build-operate-transfer model will be evaluated within the scope of the vehicle pass guarantee.

## II. YAP-İŞLET-DEVRET SÖZLEŞMESİ

## A. Yap İşlet Devret Modeli

Devletin sahip olduğu kamu hizmeti yürütme yükümlülüğü gelişen teknolojinin etkisiyle sahip olduğu kaynakları karşılayamayacak duruma gelmiş ve yüksek bütçeli teknolojik projelerin finansmanının sağlanması için alternatif yöntemler geliştirilmiştir. Bu alternatif yöntemlerden biri olan yap-işlet-devret modeli, 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesi a) fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır; "a) İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder."<sup>2</sup>

Genellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından tercih edilen yap-işlet-devret modeli,

## DİPNOT

1 13.06.1994 tarih, 21959 sayılı Resmi Gazete (RG), Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun (Yap-İşlet-Devret Kanunu).

2 Yap-İşlet-Devret Kanunu m.3.

## PART 4

tries, ensures that high-investment infrastructure projects that will take the financial burden off the administration in the financing of public investments and contribute significantly to the development of the country are made and operated by the private sector capital for a certain period of time. In this relationship, where the expertise and capital of the private sector and the audit and surveillance function of the public are at the forefront, the main purpose is to provide faster, more dynamic and high quality public services, which are the responsibility of the state, by stimulating the domestic and foreign investment markets.

The implementation process<sup>3</sup> of the build-operate-transfer model in Turkey starts with the taking of the administrative decision allowing the implementation of the relevant project with the build-operate-transfer method. Afterwards, capital companies or foreign companies make offers to the project, which is put out to tender, by bringing at least 20% equity<sup>4</sup>. The assignment commission determines the company that the agreement will be signed with by sealed tender<sup>5</sup>, and sends it to the higher authorities for approval. With the approval received, an agreement is signed between the public administration determined by the High Planning Council and the joint venture company. In line with this agreement, the scope of the project, investment and service cost, operating and transfer principles are determined in detail by taking into account the relevant law<sup>6</sup>, provided that the contract period is no longer than 49 years.

kamu yatırımlarının finansmanında idarenin üzerindeki finansal yükü alıp ülkenin gelişmesinde önemli derecede katkı sağlayacak yüksek yatırımlı altyapı projelerinin özel sektör sermayesi tarafından yapılmasını ve belli süreyle işletilmesini sağlamaktadır. Özel sektörün uzmanlığı ve sermayesinin, kamunun ise denetim ve gözetim işlevinin ön planda olduğu bu ilişkide asıl amaç, devletin yükümlülüğü olan kamusal hizmetlerin daha hızlı, dinamik ve kaliteli sunulmasını yerli ve yabancı yatırım pazarını da canlandırarak gerçekleştirmektir.

Türkiye’de yap-işlet devret modelinin uygulama süreci<sup>3</sup>, ilgili projenin yap-işlet-devret usulüyle uygulanmasına izin veren idari kararın alınmasıyla başlamaktadır. Ardından ihaleye çıkan projeye, sermaye şirketleri veya yabancı şirketler en az %20 oranında özkaynak getirerek teklifte bulunmaktadır<sup>4</sup>. Görevlendirme komisyonu, kapalı teklif usulüyle sözleşmenin yapılacağı şirketi belirleyerek, üst makamlara onaya yollamaktadır. Gelen onayla birlikte Yüksek Planlama Kurulu tarafından belirlenen kamu idaresi ile ortak girişim şirketi arasında sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşme doğrultusunda sözleşme süresi 49 yıldan uzun olmamak şartıyla ilgili proje kapsamı, yatırım ve hizmet bedeli, işletme ve devir esasları gibi hususlar ilgili kanun<sup>6</sup> dikkate alınarak detaylıca belirlenmektedir.



## FOOTNOTE

<sup>3</sup> Fırat Kalkınma Ajansı, “Yap İşlet Devret Modelinde Uygulanan Usul ve Esasların Kalkınma Ajansları Açısından Analizi”, Research Report, 2016 Malatya, p.23.

<sup>4</sup> 11.06.2011 dated, 27961 numbered Official Gazette, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar (Yap-İşlet Devret Kararı) article 17.

<sup>5</sup> Yap-İşlet-Devret Kararı article 14.

<sup>6</sup> Yap-İşlet-Devret Kanunu.

<sup>7</sup> Hüsnüye Akıllı, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap, İşlet Devret Yönetimine: Yasal Serüven (Yasal Serüven), Sayıştay Journal Number:89 /April-June 2013, p.102.

<sup>8</sup> Akıllı, Yasal Serüven, p.106.

## B. Legal Characteristics of the Build Operate Transfer Model

It has been a matter of debate for a long time whether the BOT model is a concession agreement based on administrative law provisions or a private law agreement based on private law provisions. The administration wanted to carry out the determined public services with private law contracts and many legal arrangements were made in this context. However, these regulations were annulled as unlawful by the Constitutional Court and the Council of State, based on the reasons that the nature of the executive consisted of public service, the

## B. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Niteliği

YİD modelinin; idare hukuku hükümlerine bağlı imtiyaz sözleşmesi mi olduğu, özel hukuk hükümlerine bağlı özel hukuk sözleşmesi mi olduğu uzun zaman boyunca tartışma konusu olmuştur. İdare, belirlenen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleriyle yürütmek istemiştir ve bu bağlamda birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi ve Danıştay; yürütmenin niteliğinin kamu hizmetinin oluşturduğu, sözleşme özelliklerinin imtiyaz usulünü kapsadığı ve Danıştay’ın

BOT contracts, which are in the character of private law contracts according to the investment subject of the project, will be subject to the Law of Obligations and the contract procedures and principles will be determined accordingly.

Projenin yatırım konusuna göre özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan YİD sözleşmeleri, Borçlar Kanunu’na tabii olacak ve sözleşme usul ve esasları ona göre belirlenecektir.

contract features comprise of the concession procedure and must be delivered on the opinion of the Council of State<sup>7</sup>. With the amendment made in Article 47 of the Constitution in 1999, the legislature has been given a discretionary power on which public services will be carried out through private law contracts. After this constitutional amendment, as the regulation<sup>8</sup> of Article 5 of Law No. 3996, “The agreement made between the administration determined by the High Planning Council and the capital company or a foreign company is subject to the provisions of private law.”, BOT contracts were made subject to private law provisions.

BOT contracts, which are in the character of private law contracts according to the investment subject of the project, will be subject to the Law of Obligations and the contract procedures and principles will be determined accordingly. Equality between the parties, which is one of the most important principles of the

görüşünün alınması gerektiğinden bahisle bu tür düzenlemeleri hukuka aykırı bularak iptal etmiştir<sup>7</sup>. 1999 yılında Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle yürütüleceği konusunda yasama organına bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu anayasa değişikliğinden sonra, 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yapılan, “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.” düzenlemesiyle<sup>8</sup>, YİD sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabii kılınmıştır.

Projenin yatırım konusuna göre özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan YİD sözleşmeleri, Borçlar Kanunu’na tabii olacak ve sözleşme usul ve esasları ona göre belirlenecektir. Borçlar Kanunu çerçevesinde kurulan sözleşmelerin en önemli prensiplerinden olan

## DİPNOT

<sup>3</sup> Fırat Kalkınma Ajansı, “Yap İşlet Devret Modelinde Uygulanan Usul ve Esasların Kalkınma Ajansları Açısından Analizi”, Araştırma Raporu, 2016 Malatya, s.23.

<sup>4</sup> 11.06.2011 tarih, 27961 sayılı Resmî Gazete (RG). Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar (Yap-İşlet Devret Kararı) m.17.

<sup>5</sup> Yap-İşlet-Devret Kararı m.14.

<sup>6</sup> Yap-İşlet-Devret Kanunu.

<sup>7</sup> Hüsnüye Akıllı, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap, İşlet Devret Yönetimine: Yasal Serüven (Yasal Serüven), Sayıştay Dergisi Sayı:89 /Nisan-Haziran 2013, s.102.

<sup>8</sup> Akıllı, Yasal Serüven, s.106.

## PART 4

contracts established within the framework of the Code of Obligations, will prevent the administration from putting unilateral clauses, and will provide assurance to the party opposing the administration and will encourage investor companies to make financial investments in public services with large budgets.

### C. Contracts Arising Between the Parties as a Result of Build Operate Transfer

While there are many parties to the contracts established within the framework of the BOT project, their leading parties are; the project owner public administration, the investor joint venture company, and the lender credit institution<sup>9</sup>.

Public administration means the institution that is authorized to make a contract with the joint venture company and is the main owner of the service<sup>10</sup>. The public administration is responsible for ensuring the supervision and surveillance of the project.

The joint venture company is the joint stock company to be established by the companies aiming to realize the investment in accordance with the laws of the host country. The joint venture company is responsible for providing the design, finance, construction, operation and maintenance of the project<sup>11</sup>.

Credit institution; means commercial banks, institutional investors and leasing companies that finance the project by lending money to the joint venture company<sup>12</sup>.

In the build-operate-transfer model, depending on the nature of the project, many contracts are made by the parties, but the leading contracts are; the implementation agreement, which is the main contract; the loan agreement, which is the providing financing; and the direct contract, which is the commitment.

#### 1. Implementation Agreement

In the contract made between the public administration and the joint venture company, all the principles to be applied such as the preparation of the project, determination of its fee, process, operation, maintenance, transfer and termination are determined. It is the main contract on which all other contracts to be made within the framework of the project are based. Therefore, it should be prepared carefully and in detail.

tarafar arasındaki eşitlik, idarenin tek yanlı maddeler koymasını engelleyerek, idarenin karşısında yer alan tarafa güvence sağlayacak ve yatırımcı şirketleri geniş bütçeli kamusal hizmetlere finansal yatırım yapma konusunda teşvik edecektir.

### C. Yap İşlet Devret Sonucunda Taraflar Arasında Doğan Sözleşmeler

YİD projesi çerçevesinde kurulan sözleşmelerin birçok tarafı bulunmakla birlikte, önde gelen taraflarını; proje sahibi kamu idaresi, yatırımcı ortak girişim şirketi ve borç veren kredi kuruluşu oluşturmaktadır<sup>9</sup>.

Kamu idaresi; ortak girişim şirketi ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan ve hizmetin asli sahibi olan kurumunu ifade eder<sup>10</sup>. Kamu idaresi, projenin denetim ve gözetimini sağlamakla yükümlüdür.

Ortak girişim şirketi; yatırımı gerçekleştirmeyi amaçlayan şirketlerin, ortak olarak ev sahibi ülke kanunlarına göre kuracağı anonim şirketi ifade eder. Ortak girişim şirketi; projenin tasarımını, finansını, inşaatını, işletmesini ve bakımını sağlamakla yükümlüdür<sup>11</sup>.

Kredi kuruluşu; ortak girişim şirketine borç para sağlayarak proje şirketini finanse eden ticari bankalar, kurumsal yatırımcılar ve leasing şirketlerini ifade eder<sup>12</sup>.

Yap-işlet-devret modelinde projenin niteliğine göre, taraflarca birçok sözleşme yapılmakla birlikte, önde gelen sözleşmelerini; temel sözleşme konumunda olan uygulama sözleşmesi, finansmanı sağlayan kredi sözleşmesi ve taahhüt niteliğindeki doğrudan sözleşme oluşturmaktadır.

#### 1. Uygulama Sözleşmesi

Kamu idaresi ve ortak girişim şirketi arasında yapılan bu sözleşmede; projenin hazırlanması, ücretinin belirlenmesi, işleyişi, işletmesi, bakımı, devri ve feshi gibi uygulanacak tüm esaslar belirlenir. Uygulama sözleşmesi, proje çerçevesinde yapılacak diğer bütün sözleşmelerin dayandırıldığı asıl sözleşmedir. Bu yüzden dikkatlice ve detaylıca hazırlanması gerekmektedir.

### 2. Loan Agreement

In the contract made between the joint venture company and the lending public institutions, loan money is provided to finance the project. The joint venture company, which puts at least 20% equity ratio for the financing of the project, draws loans from public institutions that provide loans for the remaining 80% share.

### 3. Direct Agreement

In the contract between the public administration, the joint venture company and the credit institution, if the joint venture company does not fulfill its obligations, the contract parties in the project make an agreement with the credit institutions in order not to cancel the contracts they have already signed<sup>13</sup>.

## III. GUARANTEE COMMITMENTS UNDER ARTICLE 128 OF THE TCO

The word "guarantee" literally means assurance, and it means that the other party is given the belief that it will happen no matter what. A contract of guarantee can be defined as "a contract in which the guarantor undertakes the risk of loss arising from the undertaking of the guarantor or the failure of the third party with whom he has entered into a debt relationship to fulfill his debt"<sup>14</sup>. The guarantee agreement, which is not specifically regulated in the law, has laid the groundwork for different definitions with various doctrines and Supreme Court decisions<sup>15</sup>. The legal basis of the discussions about the guarantee agreement is whether the independent agreements in question meet the guarantee agreement, which is regulated under the title of "Assumption of the Act of a Third Party" in Article 128<sup>16</sup> of the TCO. The agreement of guarantee, in a decision accepted by the Supreme Court and considered as a criterion in practice; is defined as contracts that are not of an auxiliary nature, in which the guarantor undertakes the risks of the undertaking or business in whole or in part, independently, not to gain an advantage from the warrantee, but to induce to undertake an enterprise or business<sup>17</sup>.

### 2. Kredi Sözleşmesi

Ortak girişim şirketi ve kredi veren kamu kuruluşları arasında yapılan bu sözleşmede, projenin finansmanı için borç para sağlanır. Projenin finansmanı için en az %20 'lik öz sermaye oranı koyan ortak girişim şirketi, geriye kalan en fazla %80'lik pay için kredi veren kamu kuruluşlarından kredi çekmektedir.

### 3. Doğrudan Sözleşme

Kamu idaresi, ortak girişim şirketi ve kredi kuruluşu arasında yapılan bu sözleşmede, ortak girişim şirketinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda; projedeki sözleşme taraflarının daha önce kendilerinin yapmış oldukları sözleşmelerin iptal edilmesini için kredi kuruluşlarıyla yaptıkları anlaşmadır<sup>13</sup>.

## III. TBK'NIN 128. MADDESİ KAPSAMINDAKİ GARANTİ TAAHHÜTLERİ

Garanti kelimesi sözlük anlamıyla güvence anlamını taşımakta, ne olursa olsun karşı tarafa gerçekleşeceğinin inancının verildiği anlamına gelmektedir. Garanti sözleşmesi, "garanti verenin, garanti alanın bir teşebbüse girişmesinden veya bir borç ilişkisine girdiği üçüncü kişinin borcunu ifa etmemesinden doğacak zarar tehlikesini üstlendiği bir sözleşme" olarak tanımlanabilmektedir<sup>14</sup>. Kanunda özel olarak yasal düzenleme ile hüküm altına alınmayan garanti sözleşmesi, çeşitli doktrin ve Yargıtay kararlarıyla farklı tanımlara zemin hazırlamıştır<sup>15</sup>. Garanti sözleşmesi hakkındaki tartışmaların kanuni dayanağını ise TBK'nın 128<sup>16</sup>. maddesinin "Üçüncü Kişinin Fiilinin Üstlenilmesi" başlığı altında düzenlenen söz konusu bağımsız sözleşmelerin, garanti sözleşmesini karşılayıp karşılamadığı noktası oluşturmaktadır. Garanti sözleşmesi, Yargıtay tarafından kabul gören ve uygulamada kıstas olarak dikkate alınan bir kararda; fer'i nitelikte olmayan, garanti verenin garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine aldığı sözleşmeler, olarak tanımlanmıştır<sup>17</sup>.

### DİPNOT

<sup>9</sup> Elif Acar, "Yap İşlet Devret Modeli, Tarafları, Önemli Sözleşme Unsurları ve Belirsizlikleri" (Yap-İşlet-Devret Modeli), The Journal of Academic Social Science Year: 3, Number 12, June 2015, p.301.

<sup>10</sup> Yap-İşlet-Devret Kanunu, m.3/d

<sup>11</sup> Acar, Yap İşlet Devret Modeli, s.301.

<sup>12</sup> Acar, Yap İşlet Devret Modeli, s.302.

<sup>13</sup> Gökalp Yılmaz, "Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu Projesi Örneği Çerçevesinde Yap-İşlet-Devret Modeli ile Karayolu Proje Geliştirme ve İşletme Modelinin Değerlendirilmesi", Ankara University Institute of Science and Technology Term Project, Ankara, February 2016, p.20.

<sup>14</sup> Haluk Tandoğan, "Garanti ve Ke-falet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde-ki Şahsi Teminatın Niteliği", TBB Journal, 2006, N. 66, p. 28.

<sup>15</sup> Kemal Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları" (Garanti Sözleşmesi), Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, S.5, s.101/134.

<sup>16</sup> 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazete (RG). https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm.

<sup>17</sup> Yargıtay 11. H.D., T. 15.10.1985, E. 1985/4169, K. 1985/ 561.; Yargıtay İBKE., T. 11.06.1969, E. 1969/4, K.1969/6.

### FOOTNOTE

<sup>9</sup> Elif Acar, "Yap İşlet Devret Modeli, Tarafları, Önemli Sözleşme Unsurları ve Belirsizlikleri" (Yap-İşlet-Devret Modeli), The Journal of Academic Social Science Year: 3, Number 12, June 2015, p.301.

<sup>10</sup> Yap-İşlet-Devret Kanunu, Article 3/d.

<sup>11</sup> Acar, Yap İşlet Devret Modeli, p.301.

<sup>12</sup> Acar, Yap İşlet Devret Modeli, p.302.

<sup>13</sup> Gökalp Yılmaz, "Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu Projesi Örneği Çerçevesinde Yap-İşlet-Devret Modeli ile Karayolu Proje Geliştirme ve İşletme Modelinin Değerlendirilmesi", Ankara University Institute of Science and Technology Term Project, Ankara, February 2016, p.20.

<sup>14</sup> Haluk Tandoğan, "Garanti ve Ke-falet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde-ki Şahsi Teminatın Niteliği", TBB Journal, 2006, N. 66, p. 28.

<sup>15</sup> Kemal Atasoy, "Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları" (Garanti Sözleşmesi), Journal of Anadolu University Faculty of Law, 2019, N.5, p.101/134.

<sup>16</sup> 4.02.2011 dated, 27836 numbered Official Gazette, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm.

<sup>17</sup> Yargıtay 11. H.D., T. 15.10.1985, E. 1985/4169, K. 1985/ 561.; Yargıtay İBKE., T. 11.06.1969, E. 1969/4, K.1969/6.

## PART 4

The guarantee agreement, which is not regulated as a special contract type in the Turkish Code of Obligations, finds a response in practice based on the "Assumption of the Act of a Third Party" provision in the TCO. According to the provision of this article, it is stated that "the person who undertakes the act of a third person against another is obliged to compensate the damage arising from the failure of this act". In the doctrine, three different theories have been developed in order to explain the legal relationship between the guarantee agreement and the undertaking of the performance of the third party<sup>18</sup>. In the most popular<sup>19</sup>; undertaking the performance of the third party and the guarantee agreement seem to be coinciding institutions. According to this view, Article 128 of the TCO meets all the elements of the guarantee agreement. According to the second theory<sup>20</sup>, which was accepted by the Supreme Court and accepted predominantly in the doctrine; the agreement of guarantee has been evaluated as a type of undertaking the act of the third party or undertaking the act of the third party in the context of Article 128 of the TCO, and the opinion has been adopted that undertaking the act of the third party constitutes<sup>21</sup> a type of the guarantee agreement. In this respect, the guarantee agreement should be examined in two types as a pure guarantee agreement and a surety-like guarantee agreement, and a surety-like guarantee agreement should be examined separately from Article 128 of the TCO<sup>22</sup>; because undertaking the act of the third party is a type of guarantee agreement. According to the third and minority opinion<sup>23</sup>, the guarantee agreement is a "sui generis" contract and should not be accepted as undertaking the act of a third party within the scope of the TCO Article 128. In this context, the aforementioned opinions will be examined in detail below.

### A. The Opinion that Article 128 of the TCO is a Guarantee Agreement

The widely accepted view in the doctrine<sup>24</sup> is that the relationship of undertaking the act of the third person is a guarantee agreement. The guarantor who undertakes the le-

Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir sözleşme türü olarak düzenlenmeyen garanti sözleşmesi, TBK'daki "Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme" hükmü temel alınarak uygulamada karşılık bulmaktadır. Bu madde hükmüne göre "üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür" denilmiştir. Öğretide de garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin edimini üstlenme ile arasındaki hukuki ilişkiyi açıklamak gayesiyle üç farklı teori geliştirilmiştir<sup>18</sup>. Hakim sayılabilecek görüşe göre<sup>19</sup>; üçüncü kişinin edimini üstlenme ile garanti sözleşmesi birbiriyle örtüşen kurumlar olarak görünmektedir. Bu görüşe göre TBK'nın 128. maddesi garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını karşılamaktadır. Yargıtay'ın da kabul ettiği ve Türk Hukuku'nda da ağırlıklı olarak kabul edilen ikinci görüşe göre<sup>20</sup>, garanti sözleşmesi; TBK m.128 bağlamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin bir türü olarak değerlendirilmiş ve üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturduğu<sup>21</sup> görüşü benimsenmiştir. Bu doğrultuda garanti sözleşmesi saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi şeklinde iki türde incelenmeli ve teminat amaçlı kefalet benzeri garanti sözleşmesi TBK'nın 128. maddesinden ayrı olarak irdelenmelidir<sup>22</sup>. Çünkü üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşmesinin bir türüdür. Üçüncü ve azınlıkta kalan bir diğer görüşe göre<sup>23</sup> ise, garanti sözleşmesi "sui generis" bir sözleşme olup TBK m. 128 kapsamında üçüncü kişinin fiilini üstlenilmesi olarak kabul edilmemelidir. Bu çerçevede, anılan görüşler aşağıda detaylı olarak irdelenecektir.

### A. TBK'nın 128. Maddesinin Garanti Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Doktrinde yaygın olarak kabul edilen görüş<sup>24</sup>, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ilişkisinin garanti sözleşmesi olduğu görüşüdür. Üçüncü kişinin ediminin üstlenildiği hukuki ilişki ile taahhüt altına giren ga-

ral relationship in which the act of the third party is undertaken, assures that the act of the third party will be fulfilled, and evaluates the damage caused by any risk that will prevent the performance of the act as a commitment of the "deed of the third party" within the guarantee agreement.

In view of this idea, those who consider the provision of undertaking the act of a third party to be equivalent to the guarantee agreement, accepts that all elements of the guarantee agreement are included in Article 128 of the TCO by making a teleological interpretation<sup>25</sup>. Thus, it has been concluded that contracts in which all kinds of risks arising from the act of the third party are guaranteed by the act of the guarantor in the guarantee agreement. When the core elements of the guarantee agreement are examined, one of the essential elements of the guarantee agreement, which is mentioned in the article, is the risk assumed by the act of the third party, and the undertaking of the risk arising from the debt relationship by connecting it to any type of action of the guarantor. Among the other important elements of the guarantee agreement, the elements of undertaking an enterprise and enterprise elements are also contained in the text of

ranti veren, üçüncü kişinin ediminin yerine getirileceğine güvence vermekte ve edimin yerine getirilmesine engel teşkil edecek her türlü rizikonun açtığı zararı "üçüncü kişinin fiili"nin taahhüdü olarak garanti sözleşmesi içerisinde değerlendirmektedir.

Bu fikir itibariyle; üçüncü kişinin fiilini üstlenme madde hükmünü garanti sözleşmesine eşdeğer sayanlar, TBK'nın 128. maddesi metninde amaçsal yorum yapılarak garanti sözleşmesinin tüm unsurlarının bu maddede bulunduğunu kabul etmektedir<sup>25</sup>. Böylece üçüncü kişinin fiilinin başkasına taahhüt edilmesi ile garanti alanın hareketinden doğan her türlü rizikonun güvence altına alındığı sözleşmelerin garanti sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır. Garanti sözleşmesinin esas unsurları incelendiğinde, madde metninde geçen, üçüncü kişinin fiili ile üstlenilen riskin geniş şekilde ele alınarak borç ilişkisinden doğacak rizikonun garanti alanın herhangi bir hareket tarzına bağlanarak üstlenilmesi garanti sözleşmesinin esas unsurundan birini teşkil etmektedir. Garanti sözleşmesinin diğer önemli unsurlarından teşebbüse sevk ve teşebbüs unsurları da madde

## FOOTNOTE

<sup>18</sup> Kemal Atasoy, Garanti Sözleşmesi, p.105.

<sup>19</sup> Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, 2. Edition, İstanbul 2009, p. 520.

<sup>20</sup> Yargıtay 11.HD., T. 29.11.2004, E. 2269/11663; YHGK, T. 15.2.1985, 15-7/108; Yargıtay 13.HD., T. 4.4.2003, 12569/3985.

<sup>21</sup> Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 23. Edition, İstanbul 2012, p. 393; Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, p.78; A. Özge Yenice, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul 2009, p. 12.

<sup>22</sup> Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, V. I-II, 16. Edition, İstanbul, 2018, p. 762; Melek Bilgin Yüce, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, p. 10-11.

<sup>23</sup> Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Özel Borç İlişkileri), C. II, 3. Edition, İstanbul 1987, p. 849 vd.; Arslan Kaya, "İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotünü İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, p.218.

<sup>24</sup> Fahrettin Aral, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, p.133-134.

<sup>25</sup> Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, 2. Edition, İstanbul 2009, p. 521.

## DİPNOT

<sup>18</sup> Kemal Atasoy, Garanti Sözleşmesi, s.105.

<sup>19</sup> Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 520.

<sup>20</sup> Yargıtay 11.HD., T. 29.11.2004, E. 2269/11663; YHGK, T. 15.2.1985, 15-7/108; Yargıtay 13.HD., T. 4.4.2003, 12569/3985.

<sup>21</sup> Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 23. Baskı, İstanbul 2012, s. 393; Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s.78; A. Özge Yenice, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 12.

<sup>22</sup> Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I-II, 16. Baskı, İstanbul, 2018, s. 762; Melek Bilgin Yüce, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, 2007 yılı Baskısı, İstanbul 2007, s. 10-11.

<sup>23</sup> Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Özel Borç İlişkileri), C. II, 3. Baskı, İstanbul 1987, s. 849 vd.; Arslan Kaya, "İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotünü İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.218.

<sup>24</sup> Fahrettin Aral, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, p.133-134.

<sup>25</sup> Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 521.



## PART 4

the article. In particular, while giving a guarantee to the performance of the third party, it aims to induce the guarantor to a course of action. All kinds of behaviors such as "establishing a commercial enterprise, investing, being a partner in companies, and making contracts"<sup>26</sup> are examined as enterprise elements. The fact that the guarantor directs the contracting party to a certain relationship with the risks he/ she undertakes constitutes the element of enterprise, which forms the basis of the guarantee contract. It has been argued that independence from the elements of the agreement of guarantee can be excluded from the text of the article, since it is within the scope of covering the loss arising from the guarantee agreement, even if the debt of the third party is not valid<sup>27</sup>. Another element that can be included in the guarantee contract is the element of gratuitousness.

The Supreme Court could not reach a clear decision about the legal nature of the guarantee agreement, but in many of its decisions it was emphasized that the commitment of the act of the third party constitutes the guarantee agreement. In a decisions, the General Assembly of the Supreme Court of Appeals ruled that "Even though the guarantee contract is not specifically regulated in the law, it accepts that it will be met/ covered by the provision of undertaking the act of the third party regulated in Article 128 of the TCO"<sup>28</sup>.

### B. The Opinion that Article 128 of the TCO is an Agreement of Guarantee with the Purpose of Guarantee (Surety-Like)

According to the prevailing view in Turkish Law, it is possible to examine the guarantee agreement as a pure guarantee agreement and a surety-like guarantee agreement. Guarantee contracts/agreements are regulated as contracts in which the risks arising from any behavior of the guarantor are secured, as it has been since the time of Rudolf Stammler<sup>29</sup>. The main point is to examine the damages arising from this relationships which the warranty is partially or completely undertaken independently by the warrantee to induce the warrantee to undertake a particular enterprise<sup>30</sup>. Thus, it is accepted that the element of enterprise to the undertaking constitutes the main element of the contract. However, in the definitions made for the guarantee agreement today, the view of the

metninde barınmaktadır. Şöyle ki, üçüncü kişinin edimine taahhüt veren, garanti verirken garanti alanı bir hareket tarzına sevk etmeyi amaçlamaktadır. Garanti alanının her türlü "ticari işletme kurmak, yatırım yapmak, şirketlere ortak olmak, sözleşme yapmak gibi davranışları teşebbüs unsuru olarak incelenmektedir"<sup>26</sup>. Garanti verenin üstlendiği rizikolarla taahhüt alanı belli bir ilişkiye yönlendirmesi ise garanti sözleşmesinin temelini oluşturan teşebbüse sevk unsurunu oluşturmaktadır. Garanti sözleşmesinin en temel unsurlarından bağımsızlık unsuru ise üçüncü kişinin borcunun geçerli olması da garanti sözleşmesinden doğan zararın karşılanması düzenlenmesini oluşturduğu için de madde metninden çıkarılabileceği savunulmuştur<sup>27</sup>. Garanti sözleşmesi içerisinde olabilecek diğer bir unsur, ivazsızlık unsurudur.

Yargıtay da garanti sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında net bir karara varamamış ancak birçok kararında üçüncü kişinin fiilinin taahhüdünün, garanti sözleşmesini oluşturduğu üzerinde durmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; garanti sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmemiş olsa da, TBK'nın 128. maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme hükmüyle karşılanacağını kabul etmektedir<sup>28</sup> şeklinde hüküm vermiştir.

### B. TBK'nın 128. Maddesinin Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Türk Hukuku'ndaki hakim görüşe göre, garanti sözleşmesini saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi şeklinde incelemek mümkündür. Rudolph Stammler'den bu yana başlangıçta genel kabul gören anlayış kapsamında, garanti sözleşmesinin garanti alanın herhangi bir davranışından doğan rizikoların güvence altına alındığı sözleşmeler olarak düzenlenmesidir<sup>29</sup>. Asıl üzerinde durulan nokta ise, garanti alanı belli bir teşebbüste bulunmaya sevk etmek amacıyla o ilişkiden doğan zararların kısmen veya tamamen garanti alan tarafından bağımsız olarak üstlenildiği ilişkiler olarak incelenmesidir<sup>30</sup>. Böylece teşebbüse sevk unsurunun, sözleşmenin asıl unsurunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Ancak günümüzde garanti sözleşmesi için yapılan

guarantee suggested by Stammler covers the pure guarantee agreement part of the guarantee agreement, therefore, the commitment of the act of the third party, which includes the risks of non-payment of the debt, should also be considered separately as a surety-like guarantee agreement<sup>31</sup>. Considering the view accepted as a doctrine, Article 128 of the TCO meets the commitment of the act of the third person. At thus point, it is accepted that guarantee contracts, such as surety-like guarantee contracts, established by giving a guarantee to the debt of the debtor in the main debt relationship, are actually a type of guarantee contract<sup>32</sup>. As can be seen, the distinctiveness guarantee contract reveals that the guarantee can be characterized in two different ways as pure guarantee and surety-like guarantee based on the basis of the assumed risk<sup>33</sup>.

A surety-like guarantee contract is a type of guarantee contract in which the guarantor undertakes the responsibility for the loss arising from the debtor's failure to pay the debt duly or on time in the basic debt relationship, in which the guarantee recipient and the third party are a party, regardless of the actual debt relationship<sup>34</sup>. Thus, "the guarantor fully or partially assumes the negative consequences of the risk of not realizing the act of performance or the performance of the debt "fully and correctly", which is separated from the basic debt relationship on which the debtor is based, and provides the guarantee holder with confidence and security against the risk of non-payment of the debt"<sup>35</sup>. At this point, the difference between a surety-like guarantee and a pure guarantee contract was initially seen as incentive to enterprise, but later on, the idea that the element of enterprise to the undertaking is also in the surety-like guarantee has developed. In light of these explanations, it can be said that; the main separation between with pure guarantee and surety-like guarantee is the type of enterprise to be undertaken by the guarantee holder<sup>36</sup>. In pure guarantee, the guarantor does not have a debt relationship with a third party, but the guarantor encourages him to undertake any economic, scientific, social or similar undertaking in which he undertakes to achieve success or profit in relations such as establishing an investment, business or partnership. In this way, the guarantor will establish the debt relationship by turning to the desired behavior with the commitment given<sup>37</sup>. Thus, the risk undertaken with the subject of the contract will be a matter of compensation for the loss-

tanımlarda, Stammler tarafından ileri sürülen garanti sözleşmesi görüşünün, garanti sözleşmesinin saf garanti sözleşmesi kısmını karşıladığı, bu nedenle borcun ödenmemesi rizikolarını içeren üçüncü kişinin fiilinin taahhüdü ilişkilerini de kefalet benzeri garanti sözleşmesi şeklinde ayrıca ele alınmaya başlanması görüşü yer edinmiştir<sup>31</sup>. Şuan doktrin olarak kabul edilen görüşe bakıldığında ise TBK'nın 128. maddesi üçüncü kişinin fiilinin taahhüdünü karşılamaktadır. Bu noktada asıl borç ilişkisinde borçlunun borcuna teminat verilmek suretiyle kurulan kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin, aslında garanti sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Görüleceği üzere garanti sözleşmesindeki ayırım üstlenilen rizikonun esasına dayanarak garantinin saf garanti ve kefalet benzeri garanti olarak iki ayrı şekilde nitelendirilebileceğini ortaya koymuştur<sup>33</sup>.

Kefalet benzeri garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alan ile üçüncü kişinin taraf olduğu temel borç ilişkisindeki, borçlunun borcunu gereği gibi ya da zamanında ödemesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan zararın sorumluluğunu asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak taahhüt ettiği garanti sözleşmesi türüdür<sup>34</sup>. Böylece "garanti veren, borçlunun dayandığı temel borç ilişkisinden koparıp soyutlanmış edim fiilinin veya borç ifasının "tam ve doğru olarak" gerçekleşmeme rizikosunun olumsuz sonuçlarını tamamen veya kısmen üzerine alarak, garanti alana borcun ödenmeme rizikosuna karşı güven ve teminat sağlamaktadır"<sup>35</sup>. Bu noktada, kefalet benzeri garanti ile saf garanti sözleşmesinin farkı, başlarda teşebbüse teşvik amacı olarak görülse de sonradan teşebbüse sevk unsurunun kefalet benzeri garantide de olduğu fikri ağırlık kazanmıştır. Bu açıklamalar ışığında söylenebilir ki; saf garanti ve kefalet benzeri garantideki ayırımın temeli garanti alan tarafından girilecek teşebbüsün biçimidir<sup>36</sup>. Saf garantide garanti alanın üçüncü bir kişiyle kurduğu borç ilişkisi bulunmamasıyla birlikte garanti verenin garanti alanı bir yatırım, işletme, ortaklık kurmak, gibi ilişkilerde garanti verilerek başarıya ulaşacağına veya kar elde edileceğinin taahhüt edildiği ekonomik, bilimsel, sosyal ya da benzeri herhangi bir teşebbüste bulunmaya nihai şekilde teşvik etme gayesidir<sup>37</sup>. Bu sayede garanti alan, verilen taahhütle istenen davranışa yönelerek borç ilişkisini kurmuş olacaktır. Böylece sözleşme konusuyla taahhüt altına alınan risk, üçüncü kişi ile girilmesi beklenen hukuki ilişkiden kaynaklı olarak bek-

## FOOTNOTE

<sup>26</sup> Sevgi Kayak, "Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt" (Hukuki Gelişim), Doctoral Thesis, Istanbul University, 2009, p. 41/136.

<sup>27</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, p. 41.

<sup>28</sup> YHGK, T. 4.7.2001, E.2001/19-534, K.2001/583.

<sup>29</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, p. 50.

<sup>30</sup> Reisoğlu, Genel Hükümler, p. 35.

<sup>31</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, p. 51.

<sup>32</sup> Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Edition, Ankara 2003, p. 35.

<sup>33</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, p. 50.

<sup>34</sup> Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Edition, İstanbul 2019, p. 843.

<sup>35</sup> Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 4. Edition, İstanbul 2019, p.587.

<sup>36</sup> Kayak, Hukuki Gelişim p.56.

<sup>37</sup> Yasemin Yılmaz, "Garanti Sözleşmesi", TAAD, October 2014 numbered 19, p.1080. (last Access date 27.11.2021) <https://docplayer.biz.tr/20012761-Garanti-sozlesmesi-contract-of-guaranty-yasemin-yilmaz.html>

## DİPNOT

<sup>26</sup> Sevgi Kayak, "Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt" (Hukuki Gelişim), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009, s. 41/136.

<sup>27</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, s. 41.

<sup>28</sup> YHGK, T. 4.7.2001, E.2001/19-534, K.2001/583.

<sup>29</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, s. 50.

<sup>30</sup> Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 35.

<sup>31</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, s. 51.

<sup>32</sup> Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003, s. 35.

<sup>33</sup> Kayak, Hukuki Gelişim, s. 50.

<sup>34</sup> Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul 2019, s.843.

<sup>35</sup> Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 4. Baskı, İstanbul 2019, s.587.

<sup>36</sup> Kayak, Hukuki Gelişim s.56.

<sup>37</sup> Yasemin Yılmaz, "Garanti Sözleşmesi", TAAD, Ekim 2014 sayı 19, s.1080. (son erişim tarihi 27.11.2021) <https://docplayer.biz.tr/20012761-Garanti-sozlesmesi-contract-of-guaranty-yasemin-yilmaz.html>

## PART 4

es incurred when the expected benefit is not provided or the loss is incurred due to the expected relationship with the third party<sup>38</sup>.

The legal relationship regulated under the title of undertaking the act of the third party in Article 128 of the TCO is the legal relationship in which the act of the third party is committed, and the concept that meets this is a surety-like guarantee agreement<sup>39</sup>. Guarantee debt is entered into by undertaking that the third party's debt will be fulfilled<sup>40</sup>. As a result, whether there is an existing debt relationship or not, the contracts in which the commitment is given that the damages arising from the basic debt relationship will be covered independently of the main debt relationship, that the pleas arising from this debt relationship cannot be used by the warrantee, and that he/she will be liable to cover the damage even if his strict liability<sup>41</sup> is mentioned, are called surety-like agreements.

Another point in the guarantee agreement is whether the pleas arising from the original debt relationship are used by the guarantee giver, regardless of whether the debt in the underlying debt relationship is established or not<sup>42</sup>. If the debtor in the basic debt relationship cannot perform his debt fully and properly, it is a legal relationship in which he/she is responsible for not performing this debt fully and properly, completely independent of the basic debt relationship. Thus, as a result of the guarantee contract, the guarantor undertakes to eliminate the objective impossibility in the basic debt relationship, the cogent grounds for the debtor's right of cancellation, and the performance of the act that terminates the debt relationship in cases where the debt relationship is null and

lenen faydanın sağlanamayıp veyahut zarara maruz kalındığında uğranılan zararların tazmini meselesi olacaktır<sup>38</sup>.

TBK m. 128'de üçüncü kişinin fiilini üstlenme başlığı altında düzenlenen hukuki ilişki, üçüncü kişinin ediminin taahhüt edildiği hukuki ilişki olup bunu karşılayan kavram, kefalet benzeri garanti sözleşmesi olmaktadır<sup>39</sup>. Üçüncü kişinin borcunun ifa edileceğinin taahhüt altına alınması ile garanti borcu altına girilmektedir<sup>40</sup>. Sonuç olarak, mevcut bir borç ilişkisi olsun ya da olmasın temel borç ilişkisinden doğacak olan zararların asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak karşılanacağı ve bu borç ilişkisinden doğan defilerin, garanti alan tarafından kullanılacaklarının ve kusursuz sorumluluğundan<sup>41</sup> bahsedilse dahi zararı karşılamakla yükümlü olunacağı, taahhüdünün verildiği sözleşmelere, kefalet benzeri sözleşmeler denilmektedir.

Garanti sözleşmesindeki bir diğer husus ise, temel borç ilişkisindeki borcun geçerli olarak kurulup kurulmadığına bakılmaksızın asıl borç ilişkisinden doğan defilerin garanti veren tarafından kullanılıp kullanılmadığıdır<sup>42</sup>. Temel borç ilişkisindeki borçlu, borcunu tam ve gereği gibi ifa etmediğinden, temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız şekilde sorumlu olduğu hukuki ilişkidir. Böylece garanti veren garanti sözleşmesi neticesinde temel borç ilişkisindeki kusursuz imkânsızlık hallerini, borçlunun iptal hakkının doğduğu haklı defi sebeplerini ve borç ilişkisinin hükümsüz olduğu durumlardaki borç ilişkisini sona erdiren hallerdeki edimin ifasını gidermeyi taahhüt etmiş olmaktadır<sup>43</sup>. Garan-

void<sup>43</sup>. The only factor that will invalidate the guarantee contract is the commitment to unlawful and immoral contracts, leaving the scope of freedom of contract.

In addition, it can be concluded that the terms and scope of the responsibility of the guarantee giver are also considered as a guarantee contract when the main debt relationship is analyzed abstractly from the guarantee agreement, separately from the main debt relationship. In order for the contractual relationship to be evaluated as a guarantee contract, it must be decided by the guarantee giver that a payment obligation will arise, provided that the guaranteed risk has arisen

ti sözleşmesini geçersiz kılacak tek unsur sözleşme özgürlüğü kapsamında çıkararak hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerin taahhüdünün verilmesidir.

Ayrıca, asıl borç ilişkisinin garanti sözleşmesinden soyut olarak irdelenmesi ile birlikte teminat verenin sorumluluğunun, koşulları ve kapsamının asıl borç ilişkisinden ayrı olarak değerlendirilmesinde de garanti sözleşmesi olduğu kanaatine varılabilmektedir. Sözleşme ilişkisinin garanti sözleşmesi olduğu yönünde değerlendirme yapılabilmesi için; garanti edilen rizikonun ortaya çıktığının garanti alan tarafından belgelerle ibraz edilmesi suretiyle veya belirlenen tarihe kadar ibraz edilmediği koşullarda garanti veren tarafından ödeme

The view we agree with is that the legal relationship in which the performance of the third party is undertaken constitutes a surety-like guarantee agreement.

Bizim de katıldığımız görüş, üçüncü kişinin ediminin üstlenildiği hukuki ilişkinin kefalet benzeri garanti sözleşmesini oluşturmasıdır.

with documents, or if it is not presented by the specified date<sup>44</sup>. Thus, in the event that a certain performance covered by the guarantee is not fulfilled, the provisions of the guarantee contract will be applied, in which the obligation to pay arises without any objection by the guarantee giver, and the justification of the payment request will be met without the need for questioning, with the first verbal or written<sup>45</sup> application of the warrantee that the risk has occurred.

The view we agree with is that the legal relationship in which the performance of the third party is undertaken constitutes a surety-like guarantee agreement. The view that the material facts that give rise to the responsibility of the undertaker constitute a surety-like guarantee agreement, with the declaration that the defenses arising from the basic relationship are waived against the payment request of the guarantee, should be considered as a guarantee agreement.

yükümlülüğünün ortaya çıkacağı kararlaş-tırılması unsurları bulunmalıdır<sup>44</sup>. Böylece garanti ile teminat altına alınmış belirli bir edimin yerine getirilmediği durumda garanti alanın rizikonun gerçekleştiğine dair ilk sözlü veya yazılı şekilde<sup>45</sup> başvurusuyla garanti veren tarafından hiçbir itiraz öne sürmeksizin ödeme yükümlülüğünün doğduğu ve ödeme talebinin haklılığının sorgulanmaya gerek duyulmaksızın karşılanacağı taahhüdü halinde garanti sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bizim de katıldığımız görüş, üçüncü kişinin ediminin üstlenildiği hukuki ilişkinin kefalet benzeri garanti sözleşmesini oluşturmasıdır. Taahhüt verenin sorumluluğunu doğuran maddi olguların, garanti alanın ödeme talebi karşısında temel ilişkiden doğan savunmalardan vazgeçildiğinin beyanı ile kefalet benzeri garantinin varlığı görüşü garanti sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

## FOOTNOTE

38 Kayak, Hukuki Gelişim, p. 57.

39 Yavuz, Özel Hükümler, p. 843.

40 Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, C: I, 1. Baskı, İstanbul 1988, p. 374.

41 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Edition, İstanbul 2006, p.1111-1112.

42 Atasoy, Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları p. 123.

43 Gümüş, Özel Hükümler, p.591.

44 Atasoy, Garanti Sözleşmesi, p.114.

45 Ferhat Canbolat, "Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler", Doctoral Thesis, Ankara University, 2008, p.37; Yargıtay 15. HD., T. 18.05.1999, E. 1999/2159, K.1999/4122.



## DİPNOT

38 Kayak, Hukuki Gelişim, s. 57.

39 Yavuz, Özel Hükümler, s. 843.

40 Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, C: I, 1. Baskı, İstanbul 1988, s. 374.

41 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul 2006, s.1111-1112.

42 Atasoy, Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları s. 123.

43 Gümüş, Özel Hükümler, s.591.

44 Atasoy, Garanti Sözleşmesi, s.114.

45 Ferhat Canbolat, "Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008, s.37; Yargıtay 15. HD., T. 18.05.1999, E. 1999/2159, K.1999/4122.

## PART 4

**C. The Opinion that Article 128 of the TCO is a Sui Generis Agreement**

Another legal opinion<sup>46</sup> put forward regarding the character of the guarantee agreements is that the undertaking of the third party's act, which is regulated by the provision of Article 128 of the TCO, cannot be described as a guarantee agreement and should be considered as an agreement with a unique structure. According to the supporters of this view, the validity of undertaking the act of the third party is mentioned in Article 128 of the TCO, but it is assumed that it is not related to the guarantee agreement.

One of the legal grounds on which this opinion is used is that the guarantee agreement is not only established with the element of undertaking the performance of the third party, but there are also contracts that attempt to enter into a legal relationship (pure guarantee) within the scope of the guarantee. Another justification<sup>47</sup> is that even if the factor of undertaking the performance of the third party is mentioned, these relations constitute relations in which there is no guarantee agreement institution such as contingent agreements, acting without authority. As a result, the sui generis view is of the opinion that guarantee agreements are not a contract made to cover the damage caused by the act of the third party. For this reason, even if it is accepted that the commitment of the third party's performance has common points with the guarantee agreement, they are of the opinion that "the guarantee contract is a contract with its own specific structure (sui generis) that has no connection with the undertaking of the act of the third party"<sup>48</sup>.

Other issues defended against the view that the doctrine constitutes the guarantee agreement in Article 128 of the TCO are; this article, which constitutes the guarantee agreement, is insufficient in terms of explaining the guarantee agreement, the legal nature of the agreement, its elements, the mutual rights and obligations of the parties and the expiration of the debt are not regulated. Secondly<sup>49</sup>, considering that the guarantee agreement is examined with Article 128 of the TCO, this provision should be regulated in the Special Debt Relations section of the TCO. However, it is a surety-like guarantee contract that only serves as a guarantee, regulated by Article 128 of the TCO, and there is no mention of an attempt to direct the person to a legal relationship.

**C. Garanti Sözleşmesinin Sui Generis Sözleşme Olduğu Görüşü**

Garanti sözleşmelerinin niteliği ile ilgili ileri sürülen bir diğer hukuki görüş<sup>46</sup> ise TBK'nın 128. maddesi hükmü ile düzenlenen üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesi hükmünün garanti sözleşmesi şeklinde tavsif edilemeyeceği ve kendisine özgü bir yapısı olan sözleşme olarak değerlendirmesi gerektiğidir. Bu görüş taraftarlarına göre, TBK'nın 128. maddesi ile üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinin geçerliliğinden bahsedilmiş ancak garanti sözleşmesiyle bağlantısı olmadığı varsayılmıştır.

Bu görüşün yararlandığı hukuki dayanaklar ise; garanti sözleşmesinin yalnızca üçüncü kişinin edimini üstlenme unsuruyla kurulmadığı, garanti alanı hukuki ilişkiye girmeye teşebbüs eden (saf garanti) sözleşmelerin de var olduğu hususudur. Bir diğer gerekçe<sup>47</sup> ise üçüncü kişinin edimini üstlenme unsurundan bahsedilse bile bu ilişkilerin koşula bağlanmış sözleşmeler, vekâletsiz iş görme ilişkileri gibi garanti sözleşmesi kurumunun bulunmadığı ilişkilerin varlığıdır. Sonuç olarak, garanti sözleşmelerinin sui generis olduğunu savunan görüş; üçüncü kişinin fiili neticesinde ortaya çıkan zararın karşılanması amacıyla yapılan bir sözleşme olmadığı düşüncesindedir. Bu sebeple, üçüncü kişinin ediminin taahhüdünün garanti sözleşmesi ile ortak noktaları olduğu kabul edilse dahi, "garanti sözleşmesinin, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile bağlantısı olmayan, kendisine özgü yapısıyla (sui generis)" bir sözleşme olduğu görüşündedirler<sup>48</sup>.

Doktrinin, TBK'nın 128. maddesinin garanti sözleşmesini oluşturduğu görüşüne karşı olarak savunulan diğer hususlar ise; garanti sözleşmesini meydana getiren bu maddenin, garanti sözleşmesini açıklama noktasında yetersiz kaldığı, sözleşmenin hukuki niteliği, unsurları, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ve borcun sona erme durumlarının düzenlenmediği hususudur. İkinci olarak<sup>49</sup>, TBK'nın 128. maddesiyle garanti sözleşmesinin incelendiği düşünüldüğünde; bu hükmün TBK'nın Özel Borç İlişkileri kısmında düzenlenmesi gerektiğidir. Oysa ki, TBK'nın 128. maddesi ile düzenlenen yalnızca teminat maksadı taşıyan kefalet benzeri garanti sözleşmesidir ve kişiyi hukuki ilişkiye yöneltme teşebbüsünden bahsedilmemektedir.

**IV. LEGAL QUALITY OF TRAFFIC GUARANTEES IN BUILD-OPERATE-TRANSFER PROJECTS**

Joint venture companies, which are investor parties in high-cost BOT projects, want to receive a guarantee from the administration that the loan used within the scope of the project can be repaid to the creditors with the income to be received in return for the goods/services they produce in the project they undertake. In this context, within the scope of the implementation contract concluded in highway transportation projects, such as highways, bridges and tunnels made within the framework of the BOT model, the public administration undertakes to cover the loss arising from the vehicle

**IV. YAP-İŞLET-DEVRET PROJELERİNDEKİ TRAFİK GARANTİLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yüksek maliyetli YİD projelerinde yatırımcı taraf olan ortak girişim şirketleri, üstlendikleri projede ürettikleri mal/hizmet karşılığında edinilecek gelirlerle proje kapsamında kullanılan kredinin kreditorlere geri ödenebileceği dair idareden garanti almak isterler. Bu bağlamda, YİD modeli çerçevesinde yapılan otoyol, köprü, tünel gibi karayolu ulaşım projelerinde akdedilen uygulama sözleşmesi kapsamında kamu idaresi, ortak girişim şirketine günlük bazda kararlaştırılan ücret bedeli ile belli

Vehicle pass guarantees in build-operate-transfer projects are an act of the public administration in the implementation contract made within the scope of the BOT project and covering the basic principles of the project.

Yap-işlet-devret projelerinde yer alan araç geçiş garantisi, YİD projesi kapsamında yapılan ve projenin temel prensiplerini kapsayan uygulama sözleşmesinde kamu idaresinin edimi niteliğindedir.

pass, by guaranteeing a certain number of vehicle passes with the fee determined on a daily basis to the joint venture company, if this number cannot be reached. With the undertaking of a toll vehicle guarantee by the public administration for the project carried out within the scope of the BOT project, it is guaranteed that the loan provided by the creditors within the scope of the project and used by the joint venture company can be repaid with the revenues covered from the service of the goods produced.

Vehicle pass guarantees in build-operate-transfer projects are an act of the public administration in the implementation contract made within the scope of the BOT project and covering the basic principles of the project. Within the scope of this contract, the

bir sayıda araç geçiş garantisi vererek, bu sayıya erişilemediği takdirde ücretli geçişten kaynaklanan zararı karşılamayı taahhüt etmektedir. YİD projesi kapsamında yapılan proje için kamu idaresince araç garantisi taahhüt edilmesi ile birlikte, proje kapsamında kreditorlerce sağlanan ve ortak girişim şirketince kullanılan kredinin üretilen malın hizmetinden karşılanan gelirlerle, geri ödenebileceği garanti edilmiş olur.

Yap-işlet-devret projelerinde yer alan araç geçiş garantisi, YİD projesi kapsamında yapılan ve projenin temel prensiplerini kapsayan uygulama sözleşmesinde kamu idaresinin edimi niteliğindedir. Bu sözleşme kapsamında, ortak girişim

## FOOTNOTE

46 Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, p.849.; Kaya, Garanti p.218.

47 Yılmaz, Garanti Sözleşmesi, p. 1087-1088.

48 Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, p.293.

49 Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, p.848,849.

## DİPNOT

46 Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.849.; Kaya, Garanti s.218.

47 Yılmaz, Garanti Sözleşmesi, s. 1087-1088.

48 Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.293.

49 Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.848,849.



## PART 4

WITH THE PROVISION OF THESE GUARANTEES, IT IS CERTAIN THAT JOINT VENTURE COMPANIES WILL BE MORE INTERESTED IN PUBLIC INVESTMENTS AND WILL BE ENCOURAGED TO INVEST IN SIMILAR PROJECTS.

joint venture company will implement the project, operate it for the specified period and assign to the public administration free of charge at the end of the period. The joint venture company, which must assume both profit and risk during the operation, may be reluctant to assume the risk. The public administration, which puts the public interest at the forefront, will make a daily paid toll vehicle pass commitment to the joint venture companies during the period they use the service, and will pay the fee under the specified number under the implementation contract.

Vehicle pass guarantees undertaken by the administration within the scope of build-operate-transfer projects should be examined in the surety-like guarantee agreement, which is one types of undertaking the performance of a third party within the scope of Article 128 of the TCO. Even if it is not agreed that the TCO Article 128 is a surety-like guarantee agreement in which the performance of a third party is undertaken, as a result of the decision<sup>50</sup> of the Supreme Court in 1979, it was decided that the provision of Article 128 of the TCO should be interpret-

şirketi projeyi hayata geçirecek, belirlenen süre ile işletecek ve süre sonunda bedelsiz kamu idaresine devredecektir. İşletim süresince karı da riski de üstlenmesi gereken ortak girişim şirketi, riski üstlenmek konusunda isteksiz davranabilmektedir. Kamusal yararı ön plana koyan kamu idaresi, ortak girişim şirketlerine hizmetten yararlandıkları süre boyunca günlük bazda belirledikleri ücretli araç geçişi taahhüdünde bulunacak ve belirlenen sayı altında kalan ücret tutarında uygulama sözleşmesi kapsamında ödeme yapacaktır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; yap-işlet-devret projeleri kapsamında idarenin taahhüt ettiği araç geçiş garantilerinin, TBK'nın 128. maddesi kapsamında üçüncü kişinin ediminin üstlenilmesinin türlerinden kefalet benzeri garanti sözleşmesi içerisinde incelenmesi gerektiğidir. TBK 128'in üçüncü kişinin ediminin üstlenildiği kefalet benzeri garanti sözleşmesi olduğu görüşüne katılmıyorsa dahi Yargıtay'ın 1979 yılında verdiği karar<sup>50</sup> neticesinde TBK'nın 128. maddesi hükmünün her hâlükârda geniş yorumlanarak verilen taahhütlerin garanti

ed broadly in any case, and that the commitments made should be considered as a guarantee agreement. As a matter of fact, a guarantee agreement can be concluded with the commitments of the guarantee giver to establish a legal relationship with the guarantee owner himself<sup>51</sup>. In a surety-like guarantee agreement, which is a type of guarantee agreement, the guarantor undertakes to indemnify the loss arising from the non-fulfillment of the performance subject to debt<sup>52</sup>. In this respect, with the guarantee of the daily toll vehicle pass planned within the framework of the BOT implementation contract, which is the main debt relationship, by the public administration, in case the daily toll vehicle pass cannot reach the sufficient number, the less-than-guaranteed number of vehicle passes will be covered by the public administration, within the scope of the performance obligation.

In the surety-like guarantee agreement, which creates the responsibility arising from the failure to perform the performance at all or properly, together with the risk of the invalidity of the principal debt relationship, the damages arising as a result of the performance not fulfilled by the debtor shall be compensated by the guarantee provider, free from the main contract. The damage to be compensated will be as much as the positive damage amount, which expresses the difference between the current state of the assets of the guarantee holder and the situation that would have occurred, had the performance been performed<sup>53</sup>.

Vehicle pass guarantees provided by the public administration in the implementation contracts included in the BOT projects play an important role in encouraging the private sector to finance public capital. With the provision of these guarantees, it is certain that joint venture companies will be more interested in public investments and will be encouraged to invest in similar projects.

sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği karara bağlanmıştır. Nitekim, garanti verenin garanti alana bizzat kendisiyle hukuki ilişki kurmaya yönelik verdiği taahhütlerle de garanti sözleşmesi kurulabilmektedir<sup>51</sup>. Garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturan kefalet benzeri garanti sözleşmesinde, garanti veren, bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini üstlenmektedir<sup>52</sup>. Bu doğrultuda, asıl borç ilişkisi niteliğindeki YİD uygulama sözleşmesi çerçevesinde planlanan günlük araç geçişinin kamu idaresince garanti edilmesiyle, günlük araç geçişi yeterli sayıya ulaşmadığı durumda, garanti edilen araç geçiş sayısından eksik kalan kısım ifa yükümlülüğü kapsamında kamu idaresince karşılanacaktır.

Asıl borç ilişkisinin geçersizliği rizikosuyla birlikte edimin hiç veya gereği gibi ifa edilememesinden kaynaklanan sorumluluğu doğuran kefalet benzeri garanti sözleşmesinde, borçlu tarafından ifa edilmeyen edim neticesinde ortaya çıkan zararlar, asıl sözleşmeden ari olarak garanti veren tarafından tazmin edilecektir. Tazmin edilecek zarar, garanti alanın malvarlığının mevcut durumu ile ifa gerçekleşmiş olsaydı sağlanacak ekonomik menfaat arasındaki farkı ifade eden olumlu (müspet) zarar miktarı kadar olacaktır<sup>53</sup>.

YİD projelerinde mevcut olan uygulama sözleşmelerinde kamu idaresinin sağladığı araç geçiş garantileri, özel sektörün kamu sermayesine finansman teşvikinde önemli rol oynamaktadır. Ortak girişim şirketlerinin, bu garantilerin sağlanması ile kamusal yatırımlara olan ilgisinin artacağı ve benzer projelere yatırım yapma konusunda teşvikinin sağlanacağı kuşkusuzdur.

ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETLERİNİN, BU GARANTİLERİN SAĞLANMASI İLE KAMUSAL YATIRIMLARA OLAN İLGİSİNİN ARTACAĞI VE BENZER PROJELERE YATIRIM YAPMA KONUSUNDA TEŞVİKİNİN SAĞLANACAĞI KUŞKUSUZDUR.

## FOOTNOTE

<sup>50</sup> In a decision made in 1979, the Supreme Court included the views in the doctrine and decided that "whatever opinion is adopted", the provision in question should be interpreted broadly and applied to the guarantee contract as well. (Atasoy, Garanti Sözleşmesi, p.106. via. Yarg. 11. HD., E. 1979/5075, K. 1979/ 5456, T. 27.11.1979)

<sup>51</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, p.808-809.

<sup>52</sup> Aydın Zevkililer, Özel Borç İlişkileri, 20. edition, İstanbul 2020, p. 706.

<sup>53</sup> Kemal Atasoy, Garanti Sözleşmesi s.125 via Eren, s.1159; Oğuzman, Öz, a.g.e., s., p.421.



## DİPNOT

<sup>50</sup> Yargıtay, 1979 yılında verdiği bir kararda doktrindeki görüşlere yer vererek, "hangi görüş benimsenirse benimsensin" söz konusu hükmün geniş yorumlanarak garanti sözleşmesine de uygulanması gerektiğini karara bağlamıştır. (Atasoy, Garanti Sözleşmesi, s.106'dan naklen. Yarg. 11. HD., E. 1979/5075, K. 1979/ 5456, T. 27.11.1979).

<sup>51</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.808-809.

<sup>52</sup> Aydın Zevkililer, Özel Borç İlişkileri, 20.Baskı, İstanbul 2020, s. 706.

<sup>53</sup> Kemal Atasoy, Garanti Sözleşmesi s.125'den naklen, Eren, s.1159; Oğuzman, Öz, a.g.e., s., s.421.

## PART 4

## V. CONCLUSION

The vehicle pass guarantee in the build-operate-transfer projects is an act of the public administration in the implementation contract made within the scope of BOT projects. A daily toll vehicle pass guarantee is given to the joint venture company by the public administration, and if this number cannot be reached, it is obliged to cover the loss resulting from the missing fee.

Vehicle pass guarantees in build-operate-transfer projects are in the character of a surety-like guarantee agreements, and the said agreement should be evaluated within the scope of the provisions of the third party's debt under Article 128 of the TCO. As a result of the evaluations made in this article, vehicle pass guarantees are in the character of a guarantee agreements independent of BOT agreements, which the administration undertakes to protect against the risk of not providing the number of vehicle passes determined per day to the joint venture company. Within the scope of this guarantee agreement, if the number of vehicle passes promised by the public administration in the BOT agreement cannot be reached, the contractual payment will be covered by the administration within the scope of the vehicle pass guarantee.

## BIBLIOGRAPHY

Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar" Official Gazette, 27961, July 2011.

"Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun". Official Gazette, 21959, Haziran 1994.

**ÖZGE YENİCE**, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, **İSTANBUL 2009**.

**ALPER GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 4. Edition, İstanbul 2019.

**ARSLAN KAYA**, "İlk Yazılı Talepte Ödeme Kiosunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu", Reha Poroy'a Armağan.

**AYDIN ZEVLİLER**, Özel Borç İlişkileri, 20. Edition, İstanbul 2020.

**CEVDET YAVUZ**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Edition, İstanbul 2019.

**ELİF ACAR**, "Yap İşlet Devret Modeli, Tarafları, Önemli Sözleşme Unsurları ve Belirsizlikleri", The Journal of Academic Social Science Year: 3, Number 12, July 2015.

**FAHRETTİN ARAL**, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.

## V. SONUÇ

Yap-işlet-devret projelerinde yer alan araç geçiş garantisi, YİD projesi doğrultusunda yapılan uygulama sözleşmesinde kamu idaresinin edimi niteliğindedir. Kamu idaresince ortak girişim şirketine günlük ücretli araç geçiş garantisi verilerek, bu sayıya erişilemediği takdirde eksik ücretli geçişten kaynaklanan zararın karşılanması taahhüt edilmektedir.

Yap-işlet-devret projelerinde araç geçiş garantileri, garanti sözleşmesi türlerinden kefalet benzeri garanti sözleşmesi niteliğinde olup, söz konusu sözleşmenin TBK'nın 128. maddesi kapsamında üçüncü kişinin borcunun üstlenilmesi hükümlerince değerlendirilmesi gerekmektedir. İşbu makalede yapılan değerlendirmeler sonucunda; araç geçiş garantileri, idare tarafından ortak girişim şirketine, günlük belirlenen sayıda araç geçişinin gerçekleşmemesi riskine karşı korumayı taahhüt ettiği, YİD sözleşmelerinden bağımsız nitelikte olan garanti sözleşmesidir. Bu garanti sözleşmesi kapsamında, YİD sözleşmesinde kamu idaresince taahhüt edilen araç geçiş sayısına ulaşamadığında, sözleşme konusu ödeme, araç geçiş garantisi kapsamında idarece karşılanacaktır.

## KAYNAKÇA

"Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar" Resmi Gazete, 27961, Haziran 2011.

"Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun". Resmi Gazete, 21959, Haziran 1994.

**ÖZGE YENİCE**, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009.

**ALPER GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 4. Baskı, İstanbul 2019.

**ARSLAN KAYA**, "İlk Yazılı Talepte Ödeme Kiosunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu", Reha Poroy'a Armağan.

**AYDIN ZEVLİLER**, Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020.

**CEVDET YAVUZ**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul 2019.

**ELİF ACAR**, "Yap İşlet Devret Modeli, Tarafları, Önemli Sözleşme Unsurları ve Belirsizlikleri", The Journal of Academic Social Science Yıl: 3, Sayı 12, Haziran 2015.

**FAHRETTİN ARAL**, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.

**FERHAT CANBOLAT**, "Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler", Doctoral Thesis, Ankara University, 2008.

Firat Kalkınma Ajansı, "Yap İşlet devret modelinde uygulanan usul ve esasların kalkınma ajansları açısından analizi", Research Report, Malatya 2016.

**FIKRET EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Edition, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

**GÖKALP YILMAZ**, "Gebze-Orhangazi-Izmir Otoyolu Projesi Örneği Çerçevesinde Yap-İşlet-Devret Modeli ile Karayolu Proje Geliştirme ve İşletme Modelinin Değerlendirilmesi", Ankara University Institute of Science and Technology Term Project, Ankara, February 2016.

**HALUK TANDOĞAN**, "Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği", TBB Journal, 2006, N. 66.

**HALUK TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, V. II, 3. Edition, İstanbul 1987.

**HÜSEYİN HATEMİ, EMRE GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

**HÜSNİYE AKILLI**, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap, İşlet Devret Yönetimine: Yasal Serüven, Sayıştay Journal Number:89 /April-June 2013.

**KEMAL ATASOY**, "Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları", Journal of Anadolu University Faculty of Law Volume 5-Number 1, Janu-ary 2019.

**KEMAL OĞUZMAN, TURGUT ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, V. II, 16. Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

**MELEK BİLGİN YÜCE**, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

**OKAN LEBLEBİCİER**, "Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği", Ankara University Institute of Social Sciences Department of Public Administration and Politics Master's Thesis, Ankara, 2005.

**SAFA REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Edition, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

**SEVGİ KAYAK**, "Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", Doc-toral Thesis, İstanbul University, 2009.

**SEZA REİSOĞLU**, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Edition, Ankara 2003.

**SEZA REİSOĞLU**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.

**ÜNAL TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, 2. Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

**ÜNAL TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, V. I, Beta Basım Yayım, İstanbul 1988.

**YASEMİN YILMAZ**, "Garanti Sözleşmesi", TAAD, S.19. (Ekim 2014) <https://docplayer.biz.tr/20012761-Garanti-sozlesmesi-contract-of-guaranty-yasemin-yilmaz.html>

Yargıtay 11. H.D., E. 1979/5075, K. 1979/ 5456, T. 27.11.1979

Yargıtay 11. H.D., T. 15.10.1985, E. 1985/4169, K. 1985/ 5613.

Yargıtay 11. H.D., T. 29.11.2004, E. 2269/11663.

Yargıtay 13. H.D., T. 18.4.1995, E. 1995/2878, K. 1995/3954.

Yargıtay 13. H.D., T. 27.4.1992, E. 1992/305, K. 1992/3896.

Yargıtay 13. H.D., T. 4.4.2003, E. 12569/3985.

Yargıtay 15. H.D., T. 18.05.1999, E. 1999/2159, K. 1999/4122.

Yargıtay 15. H.D., T. 9.7.2012, E. 2011/6750, K. 2012/5214.

Yargıtay İBK., T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6.

Yargıtay İBK., T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6.

YHGK T., 15.2.1985, E. 15-7/108.

YHGK T., 27.10.1982, E. 1979/11-1915, K.1982/865.

YHGK T., 4.7.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583.

**FERHAT CANBOLAT**, "Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.

Firat Kalkınma Ajansı, "Yap İşlet devret modelinde uygulanan usul ve esasların kalkınma ajansları açısından analizi", Araştırma Raporu, Malatya 2016.

**FIKRET EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

**GÖKALP YILMAZ**, "Gebze-Orhangazi-Izmir Otoyolu Projesi Örneği Çerçevesinde Yap-İşlet-Devret Modeli ile Karayolu Proje Geliştirme ve İşletme Modelinin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dönem Projesi, Ankara, Şubat 2016.

**HALUK TANDOĞAN**, "Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği", TBB Dergisi, 2006, S. 66.

**HALUK TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Baskı, İstanbul 1987.

**HÜSEYİN HATEMİ, EMRE GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

**HÜSNİYE AKILLI**, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap, İşlet Devret Yönetimine: Yasal Serüven, Sayıştay Dergisi Sayı:89 / Nisan-Haziran 2013.

**KEMAL ATASOY**, "Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 5-Sayı 1, Ocak 2019.

**KEMAL OĞUZMAN, TURGUT ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

**MELEK BİLGİN YÜCE**, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

**OKAN LEBLEBİCİER**, "Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

**SAFA REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

**SEVGİ KAYAK**, "Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009.

**SEZA REİSOĞLU**, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003.

**SEZA REİSOĞLU**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.

**ÜNAL TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

**ÜNAL TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, C: I, Beta Basım Yayım, İstanbul 1988.

**YASEMİN YILMAZ**, "Garanti Sözleşmesi", TAAD, S.19. (Ekim 2014) <https://docplayer.biz.tr/20012761-Garanti-sozlesmesi-contract-of-guaranty-yasemin-yilmaz.html>

Yargıtay 11. H.D., E. 1979/5075, K. 1979/ 5456, T. 27.11.1979

Yargıtay 11. H.D., T. 15.10.1985, E. 1985/4169, K. 1985/ 5613.

Yargıtay 11. H.D., T. 29.11.2004, E. 2269/11663.

Yargıtay 13. H.D., T. 18.4.1995, E. 1995/2878, K. 1995/3954.

Yargıtay 13. H.D., T. 27.4.1992, E. 1992/305, K. 1992/3896.

Yargıtay 13. H.D., T. 4.4.2003, E. 12569/3985.

Yargıtay 15. H.D., T. 18.05.1999, E. 1999/2159, K. 1999/4122.

Yargıtay 15. H.D., T. 9.7.2012, E. 2011/6750, K. 2012/5214.

Yargıtay İBK., T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6.

Yargıtay İBK., T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6.

YHGK T., 15.2.1985, E. 15-7/108.

YHGK T., 27.10.1982, E. 1979/11-1915, K.1982/865.

YHGK T., 4.7.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583.