

**KÜLTÜR VARLIKLARININ İADESİNDE DOĞRUDAN
UYGULANMA KABİLİYETİ OLAN ULUSLARARASI
SÖZLEŞME: ÇALINAN YA DA YASADIŞI OLARAK
İHRAÇ EDİLEN KÜLTÜREL OBJELERLE İLGİLİ
1995 UNIDROIT KONVANSİYONU**

*(The Self-Executive International Convention on the
Recovery of Cultural Objects: Unidroit Convention on
Stolen or Illegally Exported Cultural Objects of 1995)*

Sibel ÖZEL*

ÖZET

1995 Unidroit Konvansiyonu, 1970 Unesco Konvansiyonunun tamamlayıcısı niteliğindedir. Unidroit Konvansiyonu çalınan kültür varlığının zilyedine iyiniyetli bile olsa bunu iade etme yükümlülüğü getirmiştir. Zilyet kültür varlığını iktisap ederken gerekli özeni gösterdiğini ispatlarsa, makul bir tazminata hak kazanacaktır. Bununla birlikte davacı kültürel objenin ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıl içinde ve her halükârda hırsızlık tarihinden itibaren 50 yıl içinde iade talebinde bulunmalıdır.

Konvansiyon ilk defa yasadışı olarak ihraç edilen kültür varlıklarının da kaynak ülkeye iadesini mümkün kılmıştır. Bir âkit devletin kültür mirasını korumak için getirdiği ihracat yasaklarını ihlal ederek yurt dışına çıkarılan kültür varlığı da iadeye konu olmaktadır. Söz konusu iade talebi dava zamanaşımı ve adil tazminat şartına bağlıdır.

Anahtar kelimeler: Kültür varlığı, Kültürel obje, Kültür varlıklarının iadesi, Uluslararası sözleşme

Abstract

The Unidroit Convention of 1995 has been considered as complementary to the Unesco Convention of 1970. The Unidroit Convention states that the possessor of a cultural object which has been stolen shall return it even though

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

he is in good faith. Where the possessor proves that he exercised due diligence when acquiring the object he will be entitled to have a fair compensation. However, the original owner should file the recovery of the object within three years from the time when he knew the location of the cultural object and the identity of its possessor and in any case within a period of fifty years from the time of the theft.

The Convention, for the first time, allows to return of illegally exported cultural objects to the country of origin. A contracting state may file an action for the return of illegally removed cultural property in the violation of its protective measures for the domestic cultural heritage. That action will also subject to same time limitation and a fair compensation.

Keywords: Cultural property, Cultural object, Recovery of cultural property, International convention.

I. Giriş

Kültür varlıklarının korunması meselesi, bu eserlerin gelecek kuşaklara sağ salim aktarılması için iyi muhafaza edilmesi yanında, hırsızlığa, kaçak kazılara ve ait olduğu ortamdan uzaklaştırılmasına karşı da korunma anlamına gelmektedir. Bununla birlikte kültür varlıklarının korunması kavramının her düzlemde aynı ele alınmadığı, bakış açısı farklılığına göre kültür varlıklarının korunması ile ilgili siyasetlerin bazı çatışmaları beraberinde getirdiği de yadsınamaz.

Kültür varlıkları tarih boyunca taşıdıkları büyük önem neticesi bütün insanlığın ortak mirasını oluşturmakta ve herkesin bunları görebilmesi için çok iyi korunması gerekmektedir. Kültür varlıklarının insanlığın ortak kültür mirasına ait olduğunu savunan evrensellik görüşü eserler nerede korunabilecekse o yerde muhafaza edilmesi gerektiğini savunmakta ve bu itibarla da milliyetçi görüş ile çatışmaktadır. Zira milliyetçi görüş kültür varlıklarının ait olduğu yerde korunması gerektiğini savunmakta ve onların yurt dışına kaçırılmasını ve serbest ticarete konu olmasını kültür varlıkları açısından bir tehdit olarak görmektedir. Zira kültür varlıkları piyasadaki talebi karşılamak için yağmalanmakta, kaçak kazılarla arkeolojik bilgiler yok edilmekte ve kaynak ülkeler kendi miraslarından yoksun kalmaktadır¹.

Kültür varlığı trafiğinde iki tip ülke karşımıza çıkmaktadır: Kültür mirası yönünden zengin, ekonomik açıdan fakir kaynak ülkeler ve kültür mirası yönünden fakir ancak ekonomik açıdan zengin pazar ülkeler. Dolayısıyla kültür varlığı yönünden zengin kaynak ülkeler milliyetçi görüşle kültür varlıklarının kendi ülkelerinde kalması yönünde hukuk kuralları geliştirirken, ekonomik açıdan zengin pazar ülkeleri de kültür varlıklarının serbest ticarete konu olmasını ve kaynak ülkelerin

¹ Evrensellik görüşü ile milliyetçi görüş arasındaki çatışma için bkz. ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 29 vd.

kısıtlayıcı hükümleriyle bağlı olmamayı hedeflemektedir. Ancak ekonomik refah seviyesinin artmasıyla başlangıçta kaynak ülke kategorisinde olan ülkelerin aynı zamanda pazar ülke haline geldikleri de bir gerçektir. Çin bu duruma en çarpıcı örnektir. Kültür varlıkları açısından zengin mirasa sahip olan ve bu mirasın yurt dışına kaçırılması tehdidini yaşayan Çin, kaynak ülke olmasının yanında son dönemlerde kültür varlıklarının satın alındığı bir pazar ülkesi konumuna da geçmiştir. Zira ekonomik açıdan zengin sınıf kültür varlığı satın almakta, koleksiyon oluşturmakta veya özel müze kurmaktadır. Bunun için çoğu kez soru sormadan veya kaynağı araştırılmadan kültür varlığı satın alınmakta ve piyasada talep olduğu sürece de kaynak ülkelerden kültür varlığı akışı sürmektedir.

İşte bu noktada serbest ticaretin sınırları tartışmaya açılmıştır. Kaynak ülkeden çalınan ya da illegal ihraç edilen bir kültür varlığı pazar ülkede meşru bir hukuki işleme konu olabilir mi? Hukuk sistemlerindeki farklılık, iyiniyetle ya da kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap ilkeleri, dava zamanaşımı sürelerinin kısılığı ve özellikle kaçak olarak çıkarılmış arkeolojik objeler üzerindeki mülkiyetin ispatındaki güçlükler kültür varlıklarını kaybeden asıl maliklerin önüne engel olarak çıkmakta ve kültür varlığının ait olduğu yere iadesini güçleştirmektedir. Bu noktada kaynak ülkelerle pazar ülkeler arasında işbirliği zorunludur. Ancak bu işbirliği bazı kavramlar ve etik kurallar üzerinde uzlaşmayı gerektirmektedir. Kültür varlıklarının kaynak ülkeden hukuka aykırı olarak ihraç edilmesinin, pazar ülkeler açısından da hukuka aykırı görülmesi ve buna göre hukuk kurallarının değişmesi önemlidir.

Barış zamanı kültür varlıklarının korunması açısından en önemli sözleşme 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle ilgili UNESCO Konvansiyonudur². Konvansiyona 123 ülke tarafı, fakat büyük bir çoğunluk kültür varlığı ihraç eden kaynak ülkeleridir. Diğer yandan konvansiyon doğrudan uygulama imkânına sahip değildir. Taraf devletlerin uygulama şartlarını gösteren uyum yasaları çıkarmaları gereklidir. Bu durumda da her üye ülkenin uyum yasası birbiriyle aynı olmamakta, bir başka ifadeyle yeknesaklık sağlanamamaktadır.

Kültür varlıklarının yasadışı ticaretinin önlenmesi ve her âkit ülkede doğrudan uygulanan kurallara sahip yeknesak bir düzenleme ihtiyacı, UNIDROIT'in bu konuya eğilmesine sebep olmuştur. Uzun tartışmalar ve uğraşlar sonucu kaynak ülkeler ile Pazar ülkelerin uzlaşabileceği bir metin hazırlanarak 1995 tarihli Çalınan ya da Yasadışı Olarak İhraç Edilen Kültürel Objelerle ilgili UNIDROIT Konvansiyonu ismiyle imzaya açılmıştır³.

² 10 ILM 289. Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 26.01.1981-17232. Konvansiyonla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 126 vd.

³ 34 ILM 1322. Sözleşmenin İngilizce metni için ayrıca bkz. The Spoils of War edited by Elizabeth Simpson, 1997, s. 308 vd. Konvansiyonun hazırlık aşamaları ve tarihçesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report

Konvansiyon, kültür varlıklarını kendi ülkelerinde tutmak isteyen ve bu amaçla çıkardığı hukuk kurallarına saygı gösterilmesini isteyen kaynak ülkelerle, kültür varlıklarının serbest ticaretinin garanti altına alınmasını savunan Pazar ülkelerinin uzlaşması sonucu oluşmuş bir metindir. Çatışan çıkarların orta yolda uzlaşması hedeflenmiştir. Konvansiyon Önsözünde kültürel objelerin iadesi için herkesin yararına kültürel mirasın korunması ve muhafazası için ortak, asgari hukuk kuralları tesisinin önemli bir adım olduğu ancak konvansiyonun tek başına yasadışı ticaretten doğan sorunları çözemeyeceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla önemli olan yasadışı kültür varlığı ticaretinde benimsenen temel ilkeler ve bunların uygulanması ve özellikle de yasadışı kavramına verilen anlamdır. Bir ülkeden o ülkenin kurallarına aykırı olarak ihraç edilen kültür varlığının meşru bir ticarete konu olamayacağı inancı yerleşmedikçe, kültür varlıklarının yasadışı trafiği ve bu bağlamda iade talebi sorunu varlığını sürdürecektir.

II. Konvansiyonun Uygulama Alanı

1995 tarihli Unidroit Konvansiyonu iki farklı grup kültür varlığının iadesi ile ilgili düzenleme yapmaktadır: İkinci bölüm Çalınan Kültürel Objelerin iadesi ile ilgili kurallar getirirken, Üçüncü bölüm Yasadışı İhraç Edilmiş Kültürel Objelerin iadesi ile ilgilidir. Dolayısıyla çalınan kültür varlığı ile yasadışı ihraç edilen kültür varlığı ayrımı yapılmıştır. Çünkü özel ya da kamu mülkiyetine ait olan bir kültür varlığının, sahibinin elinden rızası dışında çıkması ile yurt dışına çıkışı yasak olan bir eserin bu yasağa aykırı olarak yurt kaçırılması aynı bağlamda değerlendirilmemektedir. İlkinde hırsızlık, yani çalıntı eser sözkonusu iken, ikincisinde ise özel ya da kamu mülkiyetine ait bir eserin ihracat yasaklarına aykırı olarak yurt dışına kaçırılması sözkonusudur. Çalıntı eserin iadesi noktasında gösterilen hassasiyet, ihracat yasaklarına aykırı olarak yurt dışına kaçırılan eserlerin iadesinde gösterilmemektedir⁴. Kaynak ülke, yasadışı olarak ihraç edilmiş kültür varlığının iadesi talebinde bulunduğu anda, talep mülkiyet hakkından değil, ihracatı yasaklayan kamu hukuku kurallarının ihlalden kaynaklandığı için, yabancı mahkemelerin bu kamu hukuku kurallarına hukuki sonuç bağlayarak iade talebini kabul etmesi, buna imkân tanıyan bir anlaşma ya da iç hukuk hükmünün yokluğu halinde

prepared by Marina SCHNEIDER. *Unidroit Law Review* (2001-3), s. 476 vd. Konvansiyon 1 Temmuz 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. PROTTE, Lyndel: "The Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects-Ten Years On" *Rev. Dr. Unif.* 2009, s. 1.

⁴ Kültür varlıklarının serbest ticaretini savunan müellifler kültür varlıklarının ihracat yasaklarıyla yurt içinde tutulma girişimini kültür varlıklarının korunması kapsamında içinde görmemekte ve bu kuralların ihlalini yanlış bir davranış olarak değerlendirmemektedir. Bkz. BATOR, Paul: "An Essay on the International Trade in Art" 34 *STR*, 275 (1982) s. 293; MERRYMAN, John Henry: "A Licit International Trade in Cultural Objects" 4 *IJCP*, 13 (1995), s. 21 vd; MERRYMAN, John Henry: "The Unidroit Convention: "The Three Significant Departures from the Urtext" 5 *IJCP*, 11 (1996) s. 12-13.

mümkün olamamaktadır⁵. Bu noktada ilk defa 1995 Unidroit Konvansiyonu belli koşullarda yasadışı yollarla ihraç edilmiş kültür varlıklarının kaynak ülkeye iadesini mümkün kılmıştır.

1995 Unidroit Konvansiyonuna getirilen en önemli eleştirilerden biri de bu noktada olmuş ve iki farklı kategorideki kültür varlıklarının iadesinin aynı sözleşmede olmasının yerinde olmadığı ileri sürülmüştür⁶. Ancak kültür varlıklarının korunması kavramının sadece fiziksel anlamda kültür varlıklarının iyi muhafazası anlamına gelmediği, koruma kavramının ayrıca yasadışı ticarete ve arkeolojik sit alanlarının yağmalanmasına karşı da koruma anlamına geldiği hatırlanırsa, uluslararası bir konvansiyonun bütün bu halleri kapsayan bir düzenleme getirmesinin gerekliliği daha iyi anlaşılır. Bu itibarla Konvansiyonun hem çalınan eserler için hem de yasadışı ihraç edilen eserler için kurallar getirmesi son derece yerinde olmuştur.

Konvansiyon uluslararası nitelikteki iade taleplerine uygulanacaktır. Dolayısıyla bir âkit ülkeden çalınan ya da onun kültür mirasını koruma amacıyla getirdiği, kültürel objelerin ihracını düzenleyen hukuka aykırı olarak yurt dışına götürülen kültürel objelerin iadesi taleplerinde uygulanacaktır. Sözleşme çalınan kültür varlıkları ile ilgili herhangi bir tanım getirmemiş ve hırsızlığın bütün hukuk sistemlerinde cezalandırılmış bir eylem olduğunu kabul etmiştir. Hırsızlığın varlığını ya da yokluğunu, meselenin Sözleşme kapsamında olup olmadığını davaya bakan mahkeme belirleyecektir⁷. Kaynağı ne olursa olsun bir âkit devletin kültür mirasına ait bir objenin çalınması halinde konvansiyon uygulama alanı bulacaktır⁸. Aynı şekilde kaynağı ne olursa olsun bir âkit ülkeden yasadışı yollarla ihraç edilen kültür varlıkları da belli koşullarda iade talebine konu olabilecektir.

Konvansiyon makale şamil değildir. Buna göre konvansiyon hükümleri talebin yapıldığı ülke açısından yürürlüğe girdikten sonra çalınan objeler için uygulanacaktır. Bunun için obje bir âkit devlet ülkesinden o devlet için konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra çalınmış olmalı ya da obje bir âkit devlet için konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra bu ülkede bulunmuş olmalıdır (m. 10(1)). Dolayısıyla hırsızlığın gerçekleştiği veya objenin bulunduğu ülke konvansiyona taraf olmalıdır. Ancak ön koşul objenin davanın açıldığı ülkenin konvansiyona taraf olmasından sonra çalınmasıdır. Bir başka ifadeyle konvansiyon eserin çalındığı ülke ve davanın açıldığı ülke için yürürlüğe girdiği tarihten sonra çalınan objeler için geçerli olacaktır. Bir başka alternatif konvansiyonun talepte bulunulan ülke ve objenin bulunduğu ülke açısından yürürlüğe girdiği tarihten sonra bir âkit

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 146 vd, 401 vd.

⁶ Bkz. SIDORSKY, Emily: "The 1995 Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: The Role of International Arbitration" 5 IJCP, 19 (1996), s. 31; SIEHR, Kurt: "International Art Trade and Law" Academie de Droit International Recueil es Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 9 (1993-VI) s. 223.

⁷ Explanatory Report (dn. 3) s. 494.

⁸ SIDORSKY, s. 25.

ülkede bulunmasıdır. Bu durumda objenin âkit olmayan bir ülkeden çalınmasının da bir önemi yoktur⁹.

III. Bölüm hükümleri de hem talepte bulunan hem de talebin yapıldığı ülke için konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yasadışı olarak ihraç edilen kültür varlıkları için uygulanacaktır (m. 10(2)). Dolayısıyla her iki ülke için de konvansiyon yürürlüğe girdiği tarihten sonra yasadışı ihracat gerçekleşmelidir¹⁰.

Ancak âkit devletler m. 9 uyarınca daha elverişli hükümleri uygulayabilirler ve Konvansiyonun kendileri veya talepte bulunan devlet açısından yürürlüğe girmeden önce yasadışı ihraç edilen kültür varlıkları için uygulanabileceğini de deklere edebilirler¹¹.

III. Kültür varlığı tanımı

Konvansiyon amacı açısından kültürel objeleri, dini ya da laik nedenlerle, arkeolojik, tarih öncesi, tarihi, edebî, sanatsal ya da bilimsel açıdan önemli olan ve bu Konvansiyonun ekinde yer alan listedeki kategorilerden birine ait olan objeler olarak tanımlamıştır (m. 2).

Sözkonusu liste 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonunun¹² 1. Maddesinde yer alan liste ile aynıdır. İki sözleşmenin birbirini tamamlayıcı olma özelliği nedeniyle kültür varlığı tanımında paralellik kurulmuştur. Ancak 1970 UNESCO Konvansiyonu kültür varlıklarının tanımında âkit devletlerin iç hukukuna atıf yaparken, 1995 UNIDROIT Konvansiyonu iç hukuka herhangi bir atıf yapmamıştır¹³.

Kültür varlıklarının iadesi ile ilgili uluslararası bir düzenlemede iade kapsamındaki objelerin neler olduğunun açık olarak belirlenmesi çok önemlidir. Kaynak ülkeler tanımın iç hukuka bırakılarak genişletilmesini savunurken, pazar ülkeleri iç hukuklarca belirlenen geniş kapsamlı tanımlara sıcak bakmamıştır¹⁴. Bu nedenle iki farklı eğilimin uzlaşması neticesi kültürel objenin genel bir tanımı verilmiş ve 1970 UNESCO Konvansiyonunda yer alan liste tanım kapsamında 1995 UNIDROIT Konvansiyonuna da dahil edilerek yeknesaklık sağlanmıştır.

IV. Çalınan Kültürel Objelerin İadesi

A. Çalıntı eser kavramı

Konvansiyon m. 3(1) kuralı çok net biçimde ortaya koymuştur: “Çalınan kültürel objenin zilyedi bunu iade edecektir”.

⁹ Explanatory Report, s. 550.

¹⁰ Id, s. 550.

¹¹ Id. s. 550.

¹² Bkz. dn. 2.

¹³ Explanatory Report, s. 500.

¹⁴ Id. s. 500.

Konvansiyon çalıntı eserin neyi ifade ettiğini veya hangi hukuka göre böyle bir nitelendirmenin yapılacağını açıklamamıştır¹⁵. Dolayısıyla hırsızlığın olup olmadığını uyuşmazlığa bakan mahkeme ya doğrudan kendi hukukunu ya da kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuku uygulayarak karar verecektir¹⁶. Ancak hırsızlık vasıflandırması *lex fori*ye göre yapılsa bile, hırsızlığın ika edildiği yer hukuku haksız fiile uygulanan hukuk olarak uygulama imkânı bulacaktır. Bu durumda da ika edildiği yer hukukuna göre hırsızlık olmayan bir eylem *lex fori* açısından da hırsızlık olarak nitelendirilmeyecektir.

Konvansiyon kültür varlığı rıza dışı elinden çıkmış kişiyi kültür varlığının halihazır zilyedine karşı korumakta ve zilyedin eser üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasına hiçbir surette izin vermemektedir. Davacı hırsızlığı ispat ettiğinde halihazır zilyet çalıntı eseri iade etmek zorundadır. Böylelikle yasadışı kültür varlığı ticaretinde alıcılar açısından caydırıcı bir etki gerçekleşecektir¹⁷. Alıcının iyiniyetli olması da durumu değiştirmeyecektir.

Konvansiyon, mülkiyet iddiasında birden fazla talep olduğunda iadenin kime yapılacağı noktasında sessiz kalmıştır. Bu durumda davaya bakan mahkeme uygulanacak hukuka göre iadenin kime yapılacağına karar verecektir¹⁸.

Çalıntı eser kavramında ister özel ister kamu mülkiyetinde olsun bir müzeden ya da koleksiyondan çalınan objelerde herhangi bir sorun yoktur. Ancak devlet mülkiyetini öngören bir ülkeden kaçak kazı sonucu bulunarak yurt dışına kaçırılan bir arkeolojik objenin iadesi davasında davacı devletin mülkiyet hakkını ispatlaması bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Öncelikle kaynak ülke kaçırılan arkeolojik objeye hiçbir zaman fiilen zilyet olmamıştır ve tam olarak nelerin kaçırıldığı da bilinmemektedir. Zira bu objeler kayda geçmemiştir. Bu eserlerin çalıntı olduğunu iddia eden devlet, kendi kanunlarına dayanarak mülkiyet iddiasında bulunmaktadır¹⁹. İşte kaçak kazı sonucu devlet yetkililerinin bilgisi dışında bulunan ve yurt dışına çıkarılan eserler de çalıntı eser kategorisinde değerlendirilecek ve II. Bölüm kapsamında iadeye tâbi tutulacaktır.

1995 Unidroit Konvansiyonu kaçak kazılarla ortaya çıkmış arkeolojik objelerle ilgili özel bir düzenleme yaparak, bu objelerin de çalıntı eser olarak değerlendirildi-

¹⁵ Konvansiyonun hazırlık aşamasında hırsızlık eyleminin işlendiği yer hukuku önerilmiş, bu öneriye karşı da davaya bakan mahkemenin hukukunun uygulanması görüşü ileri sürülmüştür. Unidroit 1991, Study LXX-Doc. 23, s. 13.

¹⁶ Explanatory Report, s. 494.

¹⁷ Id, s. 502.

¹⁸ Id, s. 502.

¹⁹ Geniş kapsamlı kanunlarla tesis edilen devlet mülkiyeti kavramı ve bunun iade taleplerindeki etkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: "Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum" İÜHFD, c. LV, Sayı: 4, 1997, s. 65-84.

rilmesini hükme bağlamıştır. Madde 3(2)'ye göre "Bu konvansiyonunun amacı açısından, hukuka aykırı olarak kazılan veya hukuka uygun olarak kazılıp da hukuka aykırı olarak tutulan objeler, çalıntı olarak kabul edilecektir. Bu durumun kazının yapıldığı ülke hukukuyla ahenk içinde olması gerekmektedir". Konvansiyonun en tartışmalı maddelerinden biri olan bu hükümlerle²⁰ artık arkeolojik objeler üzerinde kaynak ülkenin mülkiyet hakkı mı vardır, yoksa sadece ihracat yasağı mı getirilmiştir tartışmasına girilmeden, iade talebi çalıntı eser kapsamında yapılacaktır. Çalıntı eser nitelemesi için kaynak ülke kanunlarının hırsızlık nitelemesini açıkça yapması zorunlu değildir. Kazılan arkeolojik objelerin halkın ya da kamunun malı olarak nitelendirilmesi de aynı kapsamda değerlendirilmektedir²¹.

Kültür varlığının sınırlamalara tâbi tutulmadan serbest ticaretini savunan görüş m. 3(2) hükmüne itiraz etmekte ve kaçak kazılarla çıkan arkeolojik objelerin iadesinin III. Bölüm kapsamında olması gerektiğini öne sürmektedir. Arkeolojik objelerle ilgili iade taleplerinde m. 5(3)'ün uygulanmayacağı, bu nedenle de ölü bir hüküm olduğu savunulmaktadır²². Ancak bu görüş yerinde değildir; zira m. 5(3) yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının hangi durumda iade talebine konu olacağını hükme bağlamaktadır. Madde kaçak kazılmış arkeolojik objelerle ilgili değildir. Çalınmayan sadece yasadışı yurt dışına çıkarılan -ki çoğunlukla çıkarılan malik durumundadır- objelerle ilgilidir. Madde 3(2) olmasaydı dahi devlet mülkiyetini öngören bir kaynak ülkede kaçak olarak çıkarılan arkeolojik objeler devlete ait olduğu için yurt dışına kaçırılması devlete ait eserlerin çalınması olarak nitelendirilecekti. Konvansiyon m. 3(2) ile bunu açık hükme bağlayarak aksi yorumların önüne geçmiş olmaktadır.

Madde 3(2) hükmü 1970 UNESCO Konvansiyonun boşluğunu doldurma konusunda da çok önemli bir aşamadır. Zira 1970 Konvansiyonu kaçak kazılarla ortaya çıkmış arkeolojik objelerle ilgili somut ve işlevsel maddelerden yoksundur²³. Madde 3(2) sayesinde menşe sertifikası olmayan bir arkeolojik obje çalıntı eser olarak kabul edilecektir²⁴. Bu itibarla UNIDROIT Konvansiyonunun arkeolojik objelerle ilgili bu somut hükmü büyük ihtiyaca cevap vermektedir.

Sonuç itibariyle çalınan kültür varlığı her halükârda iade edilecek, zilyedin iyiniyetle ve kazandırıcı zamanaşımıyla mülkiyet hakkını kazanması mümkün olmayacaktır. Ancak zilyedin iade yükümlülüğü bazı koşullara bağlanmıştır.

²⁰ Bkz. SIDORSKY, s. 26. Ayrıca bkz. PROTT, Lyndel: Commentary on the Unidroit Convention, IAL 1997, s. 33 (Commentary).

²¹ MERRYMAN (Unidroit Convention) s. 13-14.

²² Ibid, s. 14-15.

²³ Explanatory Report, s. 504; PROTT (Commentary) s. 33.

²⁴ SIEHR, s. 272.

B. Çalınan Kültür Varlıklarının İade Koşulları

1. Zamanaşımı

Çalınan kültür varlıklarının iadesi talebi bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu dava açma süresinin davalı tarafından ileri sürülmesi gereken ve hakkı ortadan kaldırmayan zamanaşımı mı yoksa hakkı tümüyle ortadan kaldıran hak düşürücü süre mi olduğu konusunda Konvansiyon bir belirleme yapmamıştır²⁵. Konvansiyonun saptadığı husus iade talebinin bir süreye bağlı olduğu ve bu sürenin başlangıç noktasıdır.

Çalıntı eserlerin iade talebi kültür varlığı rıza dışı elinde çıkan özel şahıs veya malik durumundaki devlet tarafından yapılabileceği gibi dava açma imkânı olmayan özel şahıs adına hareket eden devlet tarafından da yapılabileceği kabul edilmektedir²⁶.

Dava zamanaşımı süresi Konvansiyonun hazırlık aşamasında kaynak ülkelerle pazar ülkeleri arasında uzlaşmanın en zor olduğu konulardan biridir²⁷. Uzlaşılın nihai metne göre “Her türlü iade talebi, davacının kültürel objenin yeri ve zilyedinin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıllık bir zaman içinde ve her halükârda hırsızlık anından itibaren elli yıllık bir zaman içinde yapılacaktır” (m. 3(3)).

Konvansiyonun getirdiği en önemli yenilik zamanaşımının başlangıç noktasında temel aldığı andır²⁸. Zira buna göre üç yıllık zamanaşımı süresi hırsızlık anından itibaren değil, davacının kültür varlığının yerini ve kimin elinde olduğunu öğrendiği andan itibaren üç yıllık süre işlemeye başlayacaktır.

Benimsenen bu yaklaşım yasadışı kültür varlığı ticareti ile mücadelede önemli bir adımdır. Zira çalınan kültür varlıkları yer altına inerek “soğutma” döneminden geçmekte ve farklı hukuk sistemlerinde meşru hukuki işlemlere konu olarak iyiniyet iddiasındaki alıcılara satılmaktadır. Dolayısıyla eserin kayboluş tarihi ile tekrar günışığına çıkış tarihi arasında uzun süre geçmekte, eser uluslararası boyutta el değiştirmekte ve gerçek malikin tüm bu gelişmeleri hırsızlık tarihinden itibaren başlayan bir süre içinde takip etmesi mümkün olamamaktadır. Bu itibarla Konvansiyon Amerikan mahkeme kararlarında²⁹ esas alınan başlangıç anını kabul ederek

²⁵ O'KEEFE, Patrick: “Using Unidroit to Avoid Cultural Heritage Disputes: Limitation Periods” 14 *Willamette J. Int'l. & Disp. Resol.* 227 (2006), s. 231. Biz de zamanaşımı kavramını iç hukuktaki anlamı dışında Konvansiyon kapsamında dava açma süresi anlamında kullanmış bulunuyoruz.

²⁶ Explanatory Report, s. 506.

²⁷ Bkz. Unidroit 1991, Study LXX-Doc, 23, s. 15 vd; Unidroit 1993, Study LXX-Doc. 47, s. 23, 29; Unidroit 1994, Study LXX-Doc. 48, s. 15,18.

²⁸ Hukuk sistemlerinde zamanaşımının başlangıç anıyla ilgili farklılıklar ve kültür varlıklarının korunması üzerindeki etkisi ile ilgili bkz. ÖZEL, Sibel: “Kültür Varlıklarının İadesi Davalarında Davacı İçin Önemli Bir Engel: Zamanaşımı Meselesi” Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 277-293 (Zamanaşımı).

²⁹ Amerikan mahkeme kararları için bkz. ÖZEL, s. 305 vd; ÖZEL (Zamanaşımı) s. 280 vd.

klasik kıta Avrupası sisteminden ayrılmış ve hırsızlık anını değil, kültür varlığının nerede ve kimin elinde olduğunun davacı tarafından bilindiği anı esas alarak, üç yıllık sürenin bu noktadan sonra başlamasını kabul etmiştir.

Konvansiyonun ilk tasarısında zamanaşımının işlemeye başlaması anı, kültür varlığının yeri ve zilyedinin kimliğinin öğrenilmesi veya makul olarak öğrenilmesinin gerektiği an olarak belirlenmişti³⁰. Makul olarak öğrenilmesinin gerektiği an, davacı için ek bir yük getirmekte ve onu araştırma yapma ve çaba gösterme borcu altına sokmaktadır. Diğer yanda makul olarak öğrenme kıstasının içerdiği anlam da belirsizdir. Bu nedenle nihai metinde bundan vazgeçilmiş ve sadece davacının kültür varlığının yerini ve zilyedinin kimliğini bilme anı, başka hususlara bakılmaksızın esas alınmıştır.

Konvansiyon dava zamanaşımı konusunda bir üst sınır kabul etmiş ve bunu hırsızlık tarihinden itibaren 50 yıl olarak belirlemiştir. Ancak 50 yıllık bu üst sınır kamu koleksiyonuna ait veya belirli bir anıt ya da arkeolojik sit alanının tamamlayıcı parçasını oluşturan bir kültürel objenin iadesi için yapılan taleplerde uygulanmayacaktır. Bu tür talepler davacının kültürel objenin yerini ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren başlayan üç yıllık zamanaşımı süresinden başka bir süreye tâbi tutulmayacaktır (m. 3(4)). Dolayısıyla belirli bir anıt ya da belirli bir arkeolojik sit alanının tamamlayıcı parçasını oluşturan kültür varlıkları ile kamu koleksiyonuna ait olan eserler için hırsızlık tarihinden itibaren 50 yıldan fazla bir süre geçse bile iade talebi imkânı vardır, önemli olan eserin davacı tarafından yeri ve zilyedinin kimliğinin öğrenilme anıdır.

Belirlenmemiş sit alanları ve buradan çıkan objeler 50 yıllık genel zamanaşımı kuralına tâbidir³¹. Konvansiyon kapsamında kamu koleksiyonu m. 3(7)'de tanımlanmıştır:

“Bu konvansiyonun amacı açısından “kamu koleksiyonu”

- (a) Bir âkit devlet
- (b) Âkit devletin dini ya da yerel makamı
- (c) Âkit devlette bir dinî kuruluş; ya da
- (d) Âkit devlette esas olarak kültürel, eğitim ya da bilimsel amaçlar için kurulmuş olan ve o ülkede kamu hizmeti yaptığı kabul edilmiş olan bir enstitü

tarafından sahip olunan ve envanteri yapılmış ya da başka şekilde belirlenmiş bir grup kültürel objeden oluşmaktadır”.

³⁰ PROTT (Unidroit Convention) s. 168. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Unidroit 1991, Study LXX-Doc 23, s. 16; Unidroit 1993, Study LXX-Doc 47, s. 15; Unidroit 1994, Study LXX –Doc 48, s. 15.

³¹ Explanatory Report, s. 510.

Madde 3(8) hükmü kamu koleksiyonu kavramını aşağıdaki şekilde genişletmiştir:

“İlave olarak, bir âkit devlette, bir kabile ya da ilkel topluluğa ait olan ve geleneksel ya da ritüel açıdan kullanılan kutsal ya da topluluk açısından önemli kültürel objelerin iadesi talebi de kamu koleksiyonları için uygulanan zamanaşımı süresine bağlıdır”.

Maddedeki (a) ve (b) bentlerinde zikredilen kültür varlıklarının kamu koleksiyonu olduğu hususu tartışmasızdır. (d) bendindeki kültür varlıkları özel hukuk tüzel kişilerine ait olsa da kamu koleksiyonunun parçası sayılmıştır. Burada önemli olan kurumun kamu hizmeti yaptığı inancının kabulüdür. Bir kuruma Devlet ya da devlet organı tarafından kamusal finansman yapılıyorsa, bu durum kamu hizmeti ifası için karine teşkil etmektedir. Bir Üye Devlet Ülkesinden Hukuka Aykırı Olarak İhraç Edilen Kültür Varlıklarının İadesi Hakkında 15 Mart 1993 tarihli 93/7/AET nolu Konsey Yönergesi³² de kamu koleksiyonlarını tanımlarken devlet tarafından finanse edilme şartını da hükme ilave etmiştir³³.

Diğer yandan (c) bendinde tanımlanan dini kuruluşların sahip olduğu kültür varlıklarının kamu koleksiyonu sayılması hususu bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Roma Katolik Kilisesi çok sayıda kültür varlığını bünyesinde tutmaktadır. Ancak pek çok dini objenin dini kuruluşlarda tutulmadığı da bilinmektedir. Diğer yandan “dini” kelimesi bütün inançları kapsar şekilde yorumlandığında bir kimsenin bu amaçla kendi inancını tesis etmesi halinde kamu koleksiyonu kavramı o inancın kuruluşunu da kapsayacak mıdır tartışması gündeme gelecektir. Bu itibarla kamu koleksiyonu kavramının dini kuruluşlara ait eserleri de kapsaması fazla geniş ve belirsiz olarak yorumlanmaktadır³⁴.

Konvansiyon bir kabile ya da ilkel topluluğa ait olan kutsal ya da ritüellerde kullanılan kültürel objelerin iadesi için de genel zamanaşımı süresinden farklı bir sürenin kabulünü mümkün kılmıştır³⁵. Burada objenin kutsal veya topluluk açısından önemli sayılması gerekmektedir. Kutsal terimi kabile ya da ilkel topluluğun dini ile olan bağlantıyı ifade etmektedir. Ritüel terimi de dini ritüelleri kapsamaktadır. Bu bağlamda objenin batılı anlamdaki değeri önemli değildir. Bir taş veya bükülmüş odun parçası bile olsa ilkel kabile ya da topluluğun o objeye verdiği anlam ve saygı önem arz etmektedir. Topluluk açısından önemli olma ifadesi de bireysel kullanımı dışlamakta ve tüm topluluk açısından kullanımı ve önem işaret etmektedir³⁶.

³² OJ 27.03b1993 No. L74/74. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 121 vd.

³³ O'KEEFE, s. 237.

³⁴ Ibid, s. 238.

³⁵ İlkel topluluk ve kabilelerin listesi için bkz. PROT (Commentary) s. 111 vd.

³⁶ O'KEEFE, s. 240.

Kamu mülkiyetinde iyiniyetle ve kazandırıcı zamanaşımıyla iktisabın mümkün olmadığı hukuk sistemine sahip ülkeler, bu kategori eserler için hiç zamanaşımı süresinin olmaması gerektiğini savunmuşlardır. Özellikle pazar ülkeler buna karşı çıkararak belli eserler için bile olsa zamanaşımının kaldırılmasını kabul etmemişlerdir³⁷.

Bu nedenle Konvansiyon sözkonusu özel kategori kültür varlığı için her âkit devletin 75 yıl veya daha uzun bir zamanaşımı süresi belirleyebileceğini öngörmüştür. Madde 3(5) hükmüne göre:

“Önceki paragraf hükümlerine rağmen, her âkit devlet, kendi kanunlarında tesis edildiği üzere, talebin 75 yıl veya daha uzun süreye tâbi olduğunu deklere edebilir. Bu deklarasyonu yapan bir âkit devletteki bir anıttan, arkeolojik sit alanından ya da kamu koleksiyonundan alınan bir kültür varlığının iadesi için bir başka âkit devlette yapılan talep de aynı zamanaşımı süresine tâbi tutulur”.

Hüküm karşılıklılık ilkesini esas almıştır. Dolayısıyla 75 yıl sınırlamasında bulunan bir âkit devlet ülkesinden kaçırılan kültür varlığının iadesi davasında da 75 yıllık sınır talepte bulunulan ülke deklarasyonda bulunmasa bile uygulanacaktır³⁸.

Bu paragrafta zikredilen deklarasyonun Konvansiyonun imzası, onayı, kabulü, tasdiki ya da konvansiyona katılım esnasında yapılması gerekmektedir (m. 3(6))³⁹.

Böyle bir deklarasyonda bulunan ülkede iade talebinde bulunulduğunda, zamanaşımının üst sınırı 75 yıldır. Dolayısıyla Türkiye’den kaçırılan kamu koleksiyonu ya da arkeolojik objelerin iadesi davası, böyle bir deklarasyonda bulunan ülkede açıldığında zamanaşımı süresi herhalükârda 75 yıldır. Buna karşılık böyle bir deklarasyonda bulunan bir ülkenin kamu koleksiyonu veya anıtından çalınan bir kültür varlığının bir başka âkit devletteki iadesi davasında da 75 yıllık üst sınır uygulanacaktır. Bir başka ifade ile böyle bir deklarasyonda bulunan bir ülkenin Türkiye’de açtığı iade davası da o davacı için 75 yıllık bir üst sınıra tâbidir.

Sözleşmeye taraf olan devletlerden bazılarında kamu mallarının iadesinde zamanaşımı süresi öngörülmediği için, sözkonusu devletler, iade taleplerinin süreye tâbi olmadığı deklarasyonunda bulunmuşlardır. Dolayısıyla Türkiye’de, Sözleşmeye taraf olmaya karar verdiğinde katılım esnasında bu durumu deklere etmelidir.

Unidroit Konvansiyonunun tesis ettiği 50 yıllık üst zamanaşımı süresi kaynak ülkelerce eleştirildiği gibi pazar ülkelerce de eleştirilmektedir. Bu noktada İngiltere’nin tutumu örnek arz etmektedir. 2000 yılında İngiltere’de Güzel Sanatlar Bakanlığı Yasadışı Kültür Varlığı Ticareti ile ilgili Danışma Kurulu oluşturmuştur. Bu Kurul 2000 yılının Aralık ayında verdiği raporunda İngiltere’nin 1970 UNES-

³⁷ Explanatory Report, s. 510; O’KEEFE, s. 235.

³⁸ Explanatory Report, s. 510; O’KEEFE, s. 235.

³⁹ PROT (Commentary) s. 39.

CO Konvansiyonuna taraf olması ancak 1995 UNIDROIT Konvansiyonuna katılmaması yönünde görüş bildirmiştir. İngiltere bu görüşe uymuş ve 2002 yılında UNESCO Konvansiyonuna taraf olmuş ancak UNIDROIT Konvansiyonuna katılmamıştır⁴⁰.

Kurul Unidroit Konvansiyonunun zamanlaşımı ile ilgili hükümlerini Konvansiyonun kabulü önündeki en büyük engel olarak görmektedir⁴¹. Kurula göre 50 yıllık süre kanıtların varlığı ve devamlılığı açısından sorun doğurabilir. İngiltere’de sanat eseri tacirleri ve müzayede salonları ticari işlem kayıtlarını 6 yıldan fazla tutmamaktadırlar. Polis kayıtlarının da 50 yıldan sonra mevcut olması muhtemel değildir. Hukuken mevcut olmaları zorunlu tutulsa bile masrafları kimin ödeyeceği sorgulanmaktadır. Elektronik kayıtların da ancak sınırlı bir ömre sahip olduğu ve garanti tesis etmediği savunulmuştur. Diğer yandan 1979 tarihli İngiliz Menkul Eşya Satım Kanunu (English Sale of Goods Act 1979)’nun satıcının tekeffül borcu ile ilgili hükümlerinin ihlal edileceği de vurgulanmıştır. Zira kültür varlığını iade etmek zorunda kalan alıcı, 40 yıl önceki satıcısına başvurarak uğradığı zararın tazmini isteyecektir. Ancak bu süre kanuna göre 6 yıldır. Konvansiyonun zamanlaşımı kuraları bu kanun maddelerinin de değişmesini gerektirecektir⁴². Dolayısıyla İngiltere iç hukukunu bahane ederek Unidroit Konvansiyonuna yakın bir gelecekte katılmayı düşünmemektedir. Aslında temel motivasyon İngiltere’nin sanat eseri ticareti merkezi olmaya devam etmesi düşüncesidir.

2. İyiniyetli zilyedin tazminat hakkı

1995 Unidroit Konvansiyonu çalınan kültür varlıklarının iadesinde iyiniyetli alıcıya mülkiyet hakkını koruma imkânı getirmemiştir. Alıcı iyiniyetli de olsa eseri iade etmek mecburiyetindedir.

Buna karşılık alıcı iyiniyetli ise bir tazminata hak kazanacaktır. Madde 4(1) hükmüne göre:

“İade edilmesi istenen çalıntı kültürel objenin zilyedi, iade anında, objenin çalındığını bilmediğini ve makul olarak da bilebilecek durumda olmadığını ve eseri alırken makul dikkat gösterdiğini ispatlayabilmesi halinde, adil ve makul bir tazminata hak kazanacaktır”.

Konvansiyon zilyedin makul dikkat gösterdiğini ispatlaması koşuluyla adil ve makul bir tazminata hak kazanacağını öngörmektedir. Dolayısıyla Konvansiyonun getirdiği en önemli yenilik ispat yükünün yer değiştirmiş olmasıdır. Buna göre davacı alıcının iyiniyetli olmadığını ispat etmeyecek; tam tersi alıcı kültür varlığını alırken objenin çalıntı olduğunu bilmediğini ve bilebilecek durumda olmadığını

⁴⁰ O’KEEFE, s. 227.

⁴¹ Id. s. 228.

⁴² Id. s. 231. PROTT (Ten Years) s. 11-12.

ve ayrıca eseri alırken makul dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayacaktır. Ancak bu durumda kendisi bir tazminata hak kazanmaktadır.

Zilyedin makul dikkat gösterip göstermediğine karar verilirken bütün iktisap koşulları incelenecektir. Konvansiyon bakılacak bazı hususları m. 4(4)'de sıralamıştır. Buna göre:

“Zilyedin makul dikkat gösterip göstermediğine karar verilirken tarafların nitelikleri, ödenen fiyat, zilyedin makul olarak müracaat edebileceği bir çalıntı kültürel objeler siciline danışıp danışmadığı ve makul olarak elde edilebilecek diğer bilgi ve belgeler ve zilyedin başvurulabilecek kuruluşlara danışıp danışmadığı ya da makul bir kişinin olayın özelliklerine göre diğer işlemleri yapıp yapmadığı da dahil olmak üzere bütün iktisap koşulları dikkate alınacaktır”.

Dolayısıyla maddede belirlenen hususlar tahdidi değildir, kültür varlığı alıcısının yapması gerekenler hususunda fikir vermektedir. Tarafların konumuna göre makul dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünün sınırları değişmektedir. Uzman bir sanat eseri taciri ile deneyimsiz özel koleksiyoncunun konumu aynı değildir. Bir sanat eseri tacirinin konuyla ilgili bilgisi ve müracaat edebileceği kaynakların genişliği daha fazladır. Sadece bir sicile bakmış olması ve eseri orada görememiş olması makul özen yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmemektedir⁴³.

Mahkemeler iktisap işleminin bütün özelliklerini incelemek durumundadır. Kaçak kazı sonucu çıkmış bir objenin sicil kaydının olmaması çok doğaldır. Bu durumda kaynak ülkenin kimliği, işlemin gerçekleştiği yer, ödenen fiyat gibi unsurlara dikkat edilmelidir⁴⁴. Ödenen fiyatın pazar fiyatından düşük olması özel bir inceleme konusu olmalı ve alıcı bunun eserin mülkiyetindeki ayıptan kaynaklanmadığı hususundan emin olmalıdır⁴⁵.

Zilyet makul dikkat ve özeni göstermesine rağmen eserin çalıntı olduğunu anlayamadığını ispat ettiğinde makul bir tazminata hak kazanacaktır. Konvansiyonun hazırlık aşamalarında özellikle gelişmekte olan ülkeler bunun davacı için ağır bir yük olacağı ileri sürülmüştür⁴⁶. Tazminat hakkı kıta Avrupası hukukunda mevcuttur ancak Common Law sisteminde yer almamaktadır. Buna karşılık her iki hukuk sisteminde de alıcı, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı karşısında tekeffül borcu hükümlerine göre korunmuştur⁴⁷. Dolayısıyla alıcıya tazminat hakkı tanınmasa bile onun uğradığı zararı satıcıya başvurarak telafi etme imkânı vardır. Ancak buna rağmen Unidroit Konvansiyonu UNESCO Konvansiyonu gibi alıcı lehine bir tazminat hakkını hüküm altına alarak iyiniyetli alıcıları korumuştur.

⁴³ Explanatory Report, s. 522.

⁴⁴ Id. s. 522. PROTT (Commentary) s. 47.

⁴⁵ PROTT (Commentary) s. 49-50.

⁴⁶ Unidroit 1991, Study LXX-Doc. 23, s. 17 vd.

⁴⁷ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEL, s. 255 vd.

Adil ve makul bir tazminatın nasıl hesaplanacağı hususu Konvansiyonda belirlenmemiştir. Konvansiyon bu noktada ödenen fiyat ya da eserin ticari değeri gibi objektif kıstaslardan veya ritüel yada etnografik eserlerin değeri için kullanılabilircek subjektif kıstaslardan söz etmemektedir⁴⁸. Dolayısıyla mahkeme her olayda ayrı değerlendirme yaparak zilyedin iyiniyetini ve davacının ödeme kabiliyetini değerlendirerek tazminat miktarını belirleyecektir. Yapılan değerlendirmede tespit edilen miktar satış bedelinden daha az bir miktarı da işaret edebilir⁴⁹.

Konvansiyonun 9. maddesi çalıntı ya da yasadışı ihraç edilen kültürel objelerin iadesinde daha elverişli iç hukuk hükümlerinin Konvansiyon hükümlerine kıyasla öncelik kazanacağını öngörmektedir. Dolayısıyla iyiniyetli zilyede tazminat hakkı öngörmeyen bir Common Law ülkesi hâkimi Konvansiyonun 4. maddesi uyarınca makul bir tazminata hükmetmeden de iade kararı verebilecektir.

V. Yasadışı İhraç Edilmiş Kültürel Objelerin İadesi

A. Yasadışı İhraç Edilmiş Eser Kavramı

Konvansiyon yasadışı ihraç edilmiş kültürel objelerin iadesini III. Bölümde, çalıntı kültürel objelerden ayrı olarak düzenlemiştir. Buradaki kültürel objeler de m. 2 kapsamında tanımlanmış kültürel objelerdir⁵⁰.

Konvansiyon bir âkit devletin ihracat yasalarına aykırı olarak ülke dışına çıkarılmış kültürel objelerinin diğer bir âkit devlet mahkemesinden talep edilmesi imkânını getirmiştir. Burada iadesi istenen obje çalınmış değildir. Kaynak ülkenin kendi ülkesinde tutmak istediği bir kültür varlığı o ülkenin kamu hukuku karakterli ihracat yasalarına aykırı olarak yurt dışına çıkarılmıştır. Konvansiyon bu durumdaki kültür varlıklarının belirli koşullarda kaynak ülkeye iadesini garanti altına almıştır.

Madde 5(1) hükmüne göre:

“bir âkit devlet, diğer bir âkit devlet mahkemeleri veya yetkili diğer makamlarından, talepte bulunan devlet ülkesinden yasadışı olarak ihraç edilen kültürel objenin iadesini emretmesini talep edebilir”. Dolayısıyla bu kapsamda iade talebi kültür varlığının özel şahıs ya da kamu kuruluşuna ait olup olmadığı hususuna bakılmaksızın Devlet tarafından yapılacaktır. Devlet kendi inisiyatifi ile hareket edebileceği gibi özel bir şahsın talebi ile de hareket edebilir⁵¹.

⁴⁸ SIDORSKY, s. 28.

⁴⁹ PROT (Unidroit Convention) s. 165-166.

⁵⁰ SIEHR çalıntı kültür varlıkları ile yasadışı ihraç edilmiş kültür varlıklarının aynı şekilde tanımlanmasını eleştirmekte ve yasadışı ihraç edilmiş kültür varlıkları için daha dar kapsamda bir tanım yapılmasını öngörmektedir. Bkz. s. 213. Ancak unutulmamalıdır ki iki kategori de kültürel objelerin iadesi ile ilgilidir ve bu nedenle aynı kıstaslarla tanımlanması yerindedir. İki ayrı bölümde, farklı koşullarla iade hükümlerinin düzenlenmesi zaten iki kategorinin birbiriyle eşit olmadığını göstermektedir.

⁵¹ Explanatory Report, s. 526.

Bu hükümle kaynak ülkenin kamu hukuku karakterli kurallarının diğer âkit ülkelerde tanınması sağlanmıştır. Dolayısıyla bir âkit ülkenin kültür mirasını korumak amacıyla getirdiği ihracat yasaklarına aykırı olarak yurt dışına kaçırılan kültürel objeler iade konusu olabilecektir. Aynı şekilde bir âkit devlet ülkesinden, hukuka uygun olarak verilen bir ruhsata göre sergi, araştırma ya da restorasyon gibi amaçlarla geçici olarak ihraç edilen ve sözkonusu ruhsat hükümlerine göre iade edilmeyen kültürel obje de yasadışı ihraç edilmiş kabul edilecek ve III. Bölüm kapsamında iade konusu olacaktır (m. 5(2)).

B. Yasadışı İhraç Edilen Kültürel Objenin İade Koşulları

1. İade Talebine Konu Olacak Eserlerin Niteliği

Konvansiyon kaynak ülkenin ihracat yasaklarının yabancı bir devlet mahkemesinde tanınmasını kabul etmiş ve yasadışı ihraç edilen kültürel objenin kaynak ülkeye iadesini mümkün kılmıştır. Ancak bu durum yasadışı ihraç edilen her türlü kültürel obje için geçerli değildir. İade talebine konu olacak kültürel obje çalıntı kültürel objelerden farklı niteliklere sahiptir.

Madde 5(3) hükmüne göre:

“ Talepte bulunan devlet objenin talep eden devlet için önemli kültürel değere sahip olduğunu veya objenin ülkeden götürülüşünün aşağıda belirtilen menfaatlerden bir veya birkaçına büyük ölçüde zarar verdiğini gösterirse, kendisine başvurulmuş devlet mahkemesi ya da yetkili makam yasadışı ihraç edilen kültürel objenin iadesini emredecektir:

- (a) Objeye ve çevresinin fiziksel korunması,
- (b) Bileşik objenin bütünlüğü,
- (c) Bilimsel ya da tarihi karakterdeki bir bilginin korunması,
- (d) Kabile ya da ilkel topluluk tarafından objenin geleneksel ya da ritüel kullanımını⁵².

Görüldüğü üzere yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde talepte bulunan devlet bazı menfaatlerinin zedelendiğini ya da objenin kendisi için kültürel açıdan önemli olduğunu ispat etmek zorundadır. Her ülke kültür varlıklarının neler olduğunu belirleme ve hangilerinin ülkede kalmasına kendisi karar verme hakkına sahip olduğuna göre Konvansiyonun bu hükmü ulusal yetkiye bir müda-

⁵² Madde bentlerinin neyi işaret ettiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Explanatory Report, s. 529-530; PROT (Commentary) s. 56 vd.

hale olarak yorumlanmaktadır⁵³. İspat yükünün talepte bulunan devlete ait olması da eleştirilmiş ve talepte bulunulan devlete ait olması gerektiği öne sürülmüştür⁵⁴.

İadeye konu teşkil eden kültürel obje için aranan kıstaslar birbirine alternatif kıstaslardır. Sadece birinin varlığı yeterlidir. “Önemli kültürel değere sahip olma” kıstası tanımlanmamış ve açık bırakılmıştır⁵⁵. Buna göre diğer dört şart gerçekleşme bile talepte bulunan devlet eserin kendisi için önemli kültürel değere sahip olduğunu ileri sürerek iade talebinde başarılı olabilir. MERRYMAN’a göre bu durum “açık çek” niteliğindedir ve kaynak ülkenin ihracat yasakları bu şekilde geniş kapsamlı uygulama imkânı bulacaktır. Dolayısıyla diğer şartlar da önemini kaybetmiş olacaktır⁵⁶. Bize göre bu eleştiri haklı değildir ve talepte bulunan devletlere verilmiş bir açık çek de yoktur. İade talebi için sadece belirtilen dört kıstasla yetinilseydi sözleşmenin uygulama alanı fazlasıyla sınırlandırılmış olurdu. Devletlerin bu kıstaslar içinde değerlendirilmeyen ve onlar için çok önem arz eden kültür varlıkları olabilir. Bu varlıkları kendi kültür mirasının bir parçası olarak ülkede tutma düşüncesine saygı gösterilmelidir. Diğer yandan maddede yer alan “önemli kültürel değere sahip olma” kıstası bir kısıtlamadır ve her yasadışı ihraç edilen kültür varlığını kapsamaktadır.

Konvansiyon iade hükümlerinin iadenin talep edildiği tarihte kültür varlığının ihracı artık yasadışı değilse ve eser onu yaratan insanın sağlığında veya ölümünü izleyen 50 yıl içinde ihraç edilmişse uygulanmayacağını belirtmiştir (m. 7 (1)). Böylelikle Konvansiyon yaşayan sanatçıların eserlerinin serbest dolaşımını kabul etmiş ve ancak sanatçının ölümünden 50 yıl sonrası için ihracat yasağı konmasına izin vermiştir. Fakat bu şart kabile ya da ilkel topluluk üyeleri tarafından yapılan kültür varlıkları için geçerli olmayacaktır (m. 7 (2)). Kabile veya ilkel topluluklarca geleneksel olarak veya ritüellerde kullanılan objeler için yaratıcılarının hayatta olması veya ölümünden itibaren 50 yıl geçmemiş olması iade talebini etkilemeyecektir⁵⁷. Hüküm yaratıcısı belli olmayan etnografik eserler için kaleme alınmıştır ve özellikle 2. Bölüm kapsamında çalıntı eser olduğu ispatlanamayan objelerin iadesini hedeflemektedir⁵⁸.

2. Zamanaşımı

Yasadışı ihraç edilen kültürel objelerin iadesi davası da çalıntı objeler gibi bir süreye tâbi tutulmuştur. Bu sürenin uzunluğu ve başlangıç noktası çalıntı eserlerin

⁵³ GIMBERE, Sabine: (Netherlands Report) in ICC: International Art Trade and Law, 87, v. IV, 1993, s. 90.

⁵⁴ MUMGNUG, Reinhard: (German Report) in ICC: International Art Trade and Law, 63, v. IV, 1993, s. 70.

⁵⁵ SIDORSKY, s. 28.

⁵⁶ MERRYMAN (Unidroit Convention) s. 16.

⁵⁷ Bkz. Explanatory Report, s. 542.

⁵⁸ PROT (Commentary) s. 70.

iadesi talebiyle aynıdır. Dolayısıyla iade talebi, talepte bulunan devletin kültürel objenin yeri ve zilyedin kimliğini öğrendiği andan itibaren üç yıllık bir zaman içinde ve her halükârda ihracat tarihinden veya m. 5(2)'de bahsedilen ruhsat uyarınca objenin iade edilmesi gereken tarihten itibaren elli yıllık bir zaman içinde yapılacaktır (m. 5(5)).

Belli kategori çalıntı kültürel varlıklarla ilgili getirilen istisnai zamanaşımı kuralları yasadışı ihraç edilen kültür varlıkları için getirilmemiştir⁵⁹.

3. İyiniyetli zilyedin tazminat hakkı

Konvansiyon çalıntı eserlerin iadesinde olduğu gibi, yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde de iyiniyetli zilyet lehine tazminat hakkı öngörmüştür. Tazminatı talepte bulunan devlet ödeyecektir (m. 6 (1)). Zilyedin kültürel objenin yasadışı ihraç edildiğini bilip bilmediğine veya makul olarak bilebilecek durumda olup olmadığına karar verilirken, talep eden ülke hukukuna göre istenen ihracat sertifikasının yokluğu da dahil olmak üzere iktisap koşulları dikkate alınacaktır (m. 6 (2)).

Madde iyiniyetin ispatını alıcıya yüklemekle birlikte⁶⁰, çalıntı eserlerin iadesinde öngörülen makul dikkat ve özenin gösterilmesi ve bunun için yapılması gereken hususlar gibi sıkı şartlar öngörmemektedir. Diğer bir ifadeyle yasadışı ihracat halinde iyiniyetli zilyedin dikkat yükümlülüğü, çalıntı eserlerde olduğu kadar sıkı tarif edilmemiştir. PROTT bunun farklı bir değerlendirme konusu olması görüşünü reddetmekte ve mahkemenin tazminata hükmederken iktisabın bütün koşullarını tıpkı çalıntı eserlerde olduğu gibi incelemesi gerektiğini savunmaktadır. Maddelerde aynı koşulların birebir zikredilmemesi yasadışı ihraç edilen kültür varlığı iktisabında daha düşük standartta özen gösterilmesi anlamına gelmemektedir. Zilyedin yasadışı ihracatı bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasının tespiti, m. 4(4)'de belirlenen hususların da incelenmesini gerektirmektedir⁶¹.

Konvansiyon iade ile yükümlü zilyet için bazı seçenekler ortaya koymuştur. Kültür varlığını iade etmek zorunda olan iyiniyetli zilyet, talep eden devletle yapılan anlaşma üzerine, tazminat hakkından vazgeçerek objenin maliki olarak kalmaya veya mülkiyeti, talep eden ülkede ikamet eden ve kendi seçtiği birine ivazlı veya ivazsız olarak devretmeye karar verebilir (m. 6(3)).

Madde iyiniyetli alıcının haklarını koruma ve talepte bulunan devlete de tazminat ödemediği objeyi ülkesine getirme amacı gütmektedir.⁶² Talep eden devlet tazminat ödeyemeyecek durumda ise yaptığı anlaşma ile eserin kendi ülkesine geri

⁵⁹ Explanatory Report, s. 534; PROTT (Commentary) s. 62.

⁶⁰ SIEHR, s. 221.

⁶¹ PROTT (Commentary) s. 64.

⁶² Explanatory Report, s. 538.

getirilmesini temin etmiş olacaktır⁶³. Mahkeme mülkiyet hakkını Konvansiyona göre değil, uygulanacak hukuka göre talep eden devlet ile iyiniyetli alıcı arasındaki anlaşmaya göre belirleyecektir⁶⁴.

Tazminat ödenmeyen iyiniyetli alıcıya sağlanan ikinci seçenek eseri talep eden ülkede ikamet eden birine, ivazlı veya ivazsız olarak devretmesidir. Böylelikle alıcı, talep eden ülkede ikamet eden bir kişiye eseri satabilir, bağışlayabilir. Bu kişi gerçek kişi, tüzel kişi, özel veya kamu kuruluşu, müze de olabilir. Bunun için gerekli teminatların sağlanması gerekmektedir. Devlet kişinin ya da kurumun objenin iyi muhafazası ve güvenliği için asgari koşulları taşıdığıının garantisini verebilir⁶⁵.

VI. Yetkili mahkeme

Gerek çalınan gerekse yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iade talebi, objenin bulunduğu âkit devlet ülkesindeki mahkeme veya yetkili diğer bir makama yapılacaktır. Bunun dışında bir âkit devlet ülkesinde yürürlükte olan kurallara göre yetkili olan mahkeme veya diğer yetkili makama da talepte bulunmak mümkündür (m. 8(1)).

Kültür varlığının bulunduğu yerde dava açıldığında mahkeme ihtiyati tedbir kararı vererek objenin emniyetli bir yerde saklanmasını sağlayacak ve zilyedin eser üzerinde tasarrufta bulunmasına engel olacaktır. Ancak dava kültür varlığının bulunduğu mahkemede açılmadığı takdirde, yine de objenin bulunduğu ülke hukukuna göre koruyucu nitelikte geçici tedbir almak üzere başvuru yapılabilir (m. 8(3)). Böylelikle kültür varlığının fiziksel koruması sağlanmış ve zilyedin objeyi başka birine satması veya ülke dışına çıkarması engellenmiş olacaktır⁶⁶.

Konvansiyon taraflara yetki sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi yapma imkanı da getirmiştir. Buna göre taraflar istedikleri bir mahkemeye, diğer yetkili bir makama ya da hakeme başvurabilirler (m. 8(2)). Tarafların uyuşmazlığı hakeme götürmeleri özellikle tavsiye edilmektedir. Hakemin konunun uzmanı olması ve tahkim prosedürünün gizli yürütülmesi taraflar için teşvik edici nitelikte görülmektedir⁶⁷.

Sonuç

Kültür varlıklarının korunması kavramı hukuka aykırı kazıların ve kaçakçılığın önlenmesi meselesiyle yakından bağlantılıdır. Kültür varlıklarına talep olduğu sürece kaçak kazıların ve illegal kültür varlığı trafiğinin önlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kültür varlığı ithal eden ülkelerin bakış açılarını değiştirmeleri

⁶³ PROTT (Commentary) s. 66.

⁶⁴ Explanatory Report , s. 538.

⁶⁵ PROTT (Commentary) s. 66-67; Explanatory Report, s. 538.

⁶⁶ Explanatory Report, s. 544.

⁶⁷ Explanatory Report, s. 544.

ve sorunun varlığını kabul etmeleri önemlidir. Zira kültür varlıkları kaçak olarak kazılıp, illegal trafik akışına girdiğinde, aslında bütün insanlığın ortak kültür mirasına zarar verilmiş olmaktadır.

Bu büyük sorunun çözümünde karşılıklı işbirliği önem arz etmektedir. Zira kaynak ülkeler kültür varlıklarının korunması için ne kadar tedbir alırsa alsın, kültür varlığı ithal eden ülkeler bunu tanımadıkça etkili bir sonuç elde etmek mümkün değildir. Bu nedenle mahkemelerde doğrudan uygulanabilecek hukuk kuralları getiren bir uluslararası sözleşme ile çözüme gitmek gerekmektedir.

1995 Unidroit Konvansiyonu bu alandaki boşluğu doldurmak amacıyla ortaya çıkmış bir metindir ve UNESCO tarafından da 1970 Unesco Konvansiyonunu tamamlayıcı olarak nitelendirilmektedir⁶⁸. 1970 Konvansiyonu doğrudan uygulanma imkânı olmayan bir sözleşmedir. Dolayısıyla her âkit devlet kendi uyum yasasını çıkararak sözleşmeyi iç hukukunda etkin hale getirecektir. Her âkit ülkenin uyum yasası çıkarmadığı, çıkarılanların da birbirinden farklı şekilde uygulama alanı belirlediği dikkate alınır, bu noktada yeknesaklığın olmadığı gözlemlenecektir. Sözleşmenin uygulanması başvurulanan devletin sözleşme kapsamındaki hareket serbestisine göre değişmektedir.

Oysa 1995 Unidroit Konvansiyonu her âkit devlet mahkemesi veya yetkili makamında ya da hakem önünde aynı şekilde doğrudan uygulanan özel hukuk kuralları getirmektedir. Bu açıdan 1970 Unesco Konvansiyonunun eksikliklerini tamamlayacak ve bu sözleşme kapsamında iade edilemeyecek kültür varlıklarının dava yoluyla iadesini mümkün kılacaktır.

1995 Unidroit Konvansiyonu çalınan kültür varlıkları ile yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesini iki ayrı bölümde düzenlemiştir. Çalınan kültür varlıkları kapsamına kaçak olarak çıkarıldıktan sonra yurt dışına kaçırılan arkeolojik objeler de dahil edilmiştir. Böylelikle ülkesinde bulunan kültür varlıkları üzerinde ipso iure devlet mülkiyeti öngören âkit devletler ülkelerinden kaçırılan kayıt dışı arkeolojik objelerin iadesinde malik sıfatıyla başarılı olabilecektir.

Yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde de kaynak ülkelerin kamu hukuku karakterli ihracat yasalarının, pazar ülkelerde belli koşullarla tanınmasına hizmet edilmektedir. Böylelikle bir âkit devlet ülkesinden yasadışı olarak çıkarılan objenin bir başka âkit ülkeye girişi de yasadışı olarak nitelendirilmektedir.

Konvansiyon bir uzlaşma sonucu meydana geldiği için, bütünüyle kaynak ülkeleri memnun etmemiştir. İyiniyetli zilyede tazminat ödenmesi, zamanaşımında üst sınırın kabul edilmesi ve sözleşmenin geriye etkili olmaması eleştirilmektedir. Ancak bu hususlar kaynak ülkelerin sözleşmeye taraf olmasını engelleyecek nitelikte

⁶⁸ PROT (Ten Years) s. 11.

değildir. Konvansiyona 33 ülke taraftır⁶⁹ ve bunların büyük bir çoğunluğu kaynak ülkedir. Dolayısıyla kültür varlığı ithal eden pazar ülkelerin (İngiltere, ABD, Hollanda, İsviçre⁷⁰, Fransa, Rusya, Almanya gibi) halen sözleşmeye taraf olmaması, sözleşmenin, kaynak ülkeler lehine hükümler içermesinin açık göstergesidir.

1995 Unidroit Konvansiyonu kültür varlıklarının korunması alanında uluslararası işbirliğini gösteren önemli bir adımdır. Zaman içinde kamuoyu baskısıyla kültür varlığı ithal eden ülkeler de sözleşmeye taraf olduğunda özel hukuk bağlamında iade taleplerinde yeknesaklık ve etkinlik sağlanacaktır. Halihazırda kültür varlıklarının iadesinde ceza hukuku hükümleri daha etkindir. Ancak cezai normlarla iadenin temin edilmediği ve ceza hukuku alanı dışındaki mülkiyet ve ihracat yasalarının ihlalleri meselesinde doğrudan ve yeknesak uygulanma kabiliyeti olan özel hukuk düzenlemesine ihtiyaç vardır ve 1995 Unidroit Konvansiyonu bu ihtiyacı gidermektedir. Konvansiyona taraf olan ülke sayısı arttıkça, konvansiyon hükümleri ve dayandığı temel esaslar kültür varlıklarının korunması alanındaki uluslararası hukuk kurallarını tesis edecektir.

KAYNAKÇA

- BATOR, Paul: "An Assay on the International Trade in Art" 34 STR, 275 (1982).
- GIMBERE, Sabine: (Netherlands Report) in ICC: International Art Trade and Law, 87, v. IV, 1993, s. 90.
- MERRYMAN, John Henry: "A Licit International Trade in Cultural Objects" 4 IJCP, 13 (1995).
- MERRYMAN, John Henry: "The Unidroit Convention: "The Three Significant Departures from the Urtext" 5 IJCP, 11 (1996) s. 12-13.
- MUMGNUG, Reinhard: (German Report) in ICC: International Art Trade and Law, 63, v. IV, 1993, s. 70.
- O'KEEFE, Patrick: "Using Unidroit to Avoid Cultural Heritage Disputes: Limitation Periods" 14 Willamette J. Int'l. & Disp. Resol. 227 (2006).
- ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998.
- ÖZEL, Sibel: "Kültür Varlıklarının İadesi Davalarında Davacı İçin Önemli Bir Engel: Zamanaşımı Meselesi" Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 277-293 (Zamanaşımı).
- ÖZEL, Sibel: "Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum" İÜHFD, c. LV, Sayı: 4, 1997, s. 65-84. (Devlet mülkiyeti)

⁶⁹ Taraf ülkelerin listesi için bkz. www.unidroit.org (05.03.2013)

⁷⁰ Hollanda ve İsviçre sözleşmeyi imzaladıkları halde onaylamamışlardır.

PROTT, Lyndel: "The Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural objects-Ten Years On" Rev. Dr. Unif. 2009. (separate edition) (Ten Years)

PROTT, Lyndel: Commentary on the Unidroit Convention, IAL 1997, s. 33 (Commentary).

SIDORSKY, Emily: "The 1995 Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: The Role of International Arbitration" 5 IJCP, 19 (1996).

SIEHR, Kurt: "International Art Trade and Law" Academie de Droit International Recueil es Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 9 (1993-VI).

Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report prepared by Marina SCHNEIDER. Unidroit Law Review (2001-3), s. 476. (Explanatory Report).