

# KAYNAK ÜLKELERİN KENDİ ÇIKARDIĞI KANUNLARA DAYANARAK DEVLET MÜLKİYETİNE TABİ TUTTUĞU KÜLTÜR VARLIKLARININ DAVA YOLUYLA İADESİNİN BARAKAT KARARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(The Evaluation of the Recovery of Cultural Property by the Source  
Countries Based on Their Patrimony Laws in the Light  
of Barakat Case)

Sibel ÖZEL\*

## ÖZET

Kaynak ülkeden yasadışı olarak ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde karşılaşılan en önemli sorun eserler üzerindeki mülkiyet hakkının ispatlanmasıdır. Tescil ve tasnif edilmiş kültür varlıklarında (kamu ve özel koleksiyonlar) mülkiyetin kime ait olduğunun ispatı kolaydır. Ancak kaçak kazılarla ortaya çıkmış ve tasnif ve tescile tâbi tutulmamış arkeolojik objelerin iadesi davalarında mülkiyetin kime ait olduğunun ispatı büyük zorlukları beraberinde getirmektedir. Zira bu davalarda devletin mülkiyet iddiası kendi ülkesinde bulunan bütün kültür varlıklarının devlete ait olduğunu tespit eden kendi kanununa dayanmaktadır. Bu durumda mülkiyet hakkı devlete zilyetlik şartı olmaksızın geçmektedir. Bir başka ifadeyle kaynak ülke kültür varlığı bulunduğu (hatta bulunmadan önce) başka bir işleme gerek kalmaksızın kanunen mülkiyet hakkını elde etmektedir.

Bu bağlamda İngiliz Yüksek Mahkemesinin Barakat davasında verdiği karar çok önemlidir. Mahkeme bu kararda İran devletinin ülkesinde bulunan kültür varlıkları üzerinde devletin mülkiyet hakkı olduğunu öngören kanunlarını tanımıştır. Mahkeme ayrıca mülkiyet kanunları ile ihracat düzenlemeleri arasında ayırım yapmış ve kaynak ülkenin mülkiyet hakkı öngören kanunlarının tanınmasının yabancı kamu hukuku kuralının icrası anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almıştır. Zira mülkiyet hakkına dayanan talep egemenlik hakkı iddiası ya da icrası ile ilgili değildir. Barakat kararı şüphesiz diğer ülkelerin kararlarını etkileyecek ve kaynak ülkelerin kültür varlıklarına kavuşmalarına yardım edecektir.

**Anahtar kelimeler:** Kültür varlığı, iade, mülkiyet kanunları, kamu hukuku kurallarının uygulanması, barakat kararı, lex rei sitae

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD öğretim üyesi. Öğrencisi olmaktan gurur duyduğum Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a bilimsel çalışmalarla dolu, uzun ve sağlıklı bir ömür dilerim.

### Abstract

In the context of the return of illegally exported cultural property out of the country of origin, it is a major problem to prove ownership rights over the objects. For registered and classified objects (public or private collections) it is easy to prove who owns the cultural property. However clandestinely excavated archaeological objects which have not been registered or classified will cause great difficulties in the lawsuits regarding the replevin cases. Because, the state's claim will be based on its own blanket legislation vesting the state with ownership over the object found within its territory. This happens without the necessity of acquiring actual possession. In other words the country of origin will become owner ipso iure (by operation of law) when the object is found (even before it is found) without performing any further affirmative act of appropriation.

In this respect the English Supreme Court gave very important decision in Barakat case. The court has recognised the patrimony law of Iran which vest in the state with ownership of cultural property discovered in Iran's territory. Besides the court has made distinction between patrimony laws and export regulations and concluded that the recognition of state ownership based on the legislation of the country of origin will not be considered as enforcement of foreign public law in England. Because the claim based on state ownership does not involve the exercise or assertion of a sovereign right. The Barakat case will clearly effect other countries' jurisprudence and help source countries to recover their cultural heritage in lawsuits.

**Keywords:** Cultural property, recovery, patrimonial laws, enforcement of public law, barakat case, lex rei sitae.

### Giriş

Kültür varlıklarının iadesi amacıyla yabancı ülke mahkemelerinde açılan ve mülkiyet iddiasına dayanan davaların çoğu Devletler tarafından açılmaktadır<sup>1</sup>. Devletin bizzat kendisi ya da bir kamu kuruluşundan çalınan eserlerin iadesi için açılan davalarda mülkiyet iddiasının tanınması sorun oluşturmamaktadır. Zira malik sıfatı gerçek kişiler için nasıl kabul ediliyorsa devlet veya kamu kuruluşları için de o şekilde kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Dolayısıyla devlet müzelerinden veya dinî ya da laik kamu kuruluşlarından çalınan bir eser üzerindeki kamu mülkiyeti yabancı mahkemelerdeki iade davaları için yeterli olacaktır. Bu eserler envantere kayıtlıdır ve iadeleri 1970 Unesco Konvansiyonu<sup>3</sup> çerçevesinde de koruma altına alınmıştır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> PROTTE, Lyndel/O'KEEFE, Patrick: Law and the Cultural Heritage v. 3 Movement, Butterworths, London and Edinburg, 1989, s. 621.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 276 vd.

<sup>3</sup> 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili Unesco Konvansiyonu (1970) 10 ILM 289. Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 26.01.1981-17232.

<sup>4</sup> 1970 Unesco Konvansiyonu için bkz. ÖZEL, s. 105 vd.

Asıl sorun devletin çıkardığı bir kanunla kendisini malik ilan ettiği ve henüz devlet zilyetliğine ve kayıtlara geçmeden yurt dışına kaçırılan arkeolojik objelerde kendisini göstermektedir<sup>5</sup>. Zira bu durumda ülkede keşfedilen her kültür varlığı hukuken -ipso iure- devlet mülkiyetine tâbi olmakta ve bu eserlerin yurt dışına çıkarılması da devletin mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Devletin çıkardığı bir kanunla henüz keşfedilmemiş bile olsa kültür varlıkları üzerinde mülkiyet iddiası farklı görüşlere yol açmıştır: Bir görüşe göre devletin zilyetliği ele geçirmeden sadece çıkardığı kanun aracılığıyla elde ettiği mülkiyet hakkı yabancı mahkemede tanınmaz. Mülkiyet hakkı henüz elde edilmemiş objeler için geçerli değildir<sup>6</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise zilyetlik mülkiyet hakkının kurucu unsuru değildir ve devlet fiziksel olarak ele geçirmese de çıkardığı kanunla kültür varlığı üzerinde ipso iure mülkiyet hakkı elde edebilir<sup>7</sup>.

Amerikan mahkemeleri, yabancı devletin çıkardığı kanunlarla ülkesinde bulunan bütün kültür varlıklarını devlet mülkiyetine tâbi tutmasını mülkiyet tesisi için yeterli saymış ve tanımıştır<sup>8</sup>. Amerikan mahkeme kararları diğer ülkelerde de etkilerini doğurmuştur. Bu makalede ele alacağımız Barakat kararları kaynak ülkenin çıkardığı kanunlarla devlet mülkiyetini öngörmesi halinde kaçırılan eserlerin dava yoluyla iadesinde karşılaşılan sorunları göstermesi açısından ilgi çekici ve emsal niteliğinde kararlardır.

İlk derece mahkemesi kararı<sup>9</sup> İran kanunlarının ülkesinde bulunan kültür varlıkları üzerinde ipso iure devlet mülkiyeti öngörmediğini ve kamu hukuku karakterli yabancı kanunların İngiltere’de uygulanamayacağını hükme bağlarken; Yüksek Mahkeme kararın temyizi üzerine aksine karar vermiş<sup>10</sup> ve İran’ın mülkiyet hakkını

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: “Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. LV, S. 4 , (1997) s. 65 vd.

<sup>6</sup> BYRNE-SUTTON, Quentin: “The Goldberg Case: A Conferment of the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Object”1 International Journal of Cultural Property 151 (1992); DICKSON, Graham: “The Need For a National Registry of Cultural Objects” 11 Fordham International Law Journal, 839 (1988).

<sup>7</sup> MOORE, Jonathan: “Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market” 97 Yale Law Journal, 406 (1988) s. 481; PECORARO, Thomas: “Choice of Law in Litigation to Recover National Cultural Property” 31 Virginia Journal of International Law, 1 (1990) s. 37.

<sup>8</sup> Örneğin United States v. Hollinshead 495 F. 2d. 1154 (9th Cir. 1974); United States v. Mc Clain 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977); United States v. Schultz 333 F.2d 393 (2d. Cir. 2003); United States v. An Antique Platter of Gold 184 F.3d 131 (2d Cir. 1999)

<sup>9</sup> Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited (2007) EWHC 705 (QB)

<sup>10</sup> Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited (2007) EWCA 1374. Kararla ilgili bkz. FINCHAM, D: “Iran v. Barakat: Iran Wins Barakat Appeal” in Wit-

tanımış ve kamu karakterli kuralların İngiliz mahkemelerinde uygulanmasını kabul etmiştir.

Aşağıda sırasıyla iki mahkeme kararı açıklanacak ve kararlarda irdelenen iki sorun yani devletin ipso iure mülkiyet hakkı ile yabancı kamu karakterli kuralların uygulanması değerlendirilecektir.

### I. İlk Derece Mahkemesi Kararı

High Court of Justice Queen's Bench Division<sup>11</sup> kararına konu olayda İran devleti ulusal hazinesinin bir parçası olarak gördüğü oymalı kadehler, kâseler ve fincanlardan oluşan antikaların iadesi için sanat eseri taciri Barakat Galerisi aleyhine dava açmıştır. Antikalar İran'ın Jiroft bölgesinden gelmektedir. Bu bölge Güneydoğu İran'da Halil nehri vadisinde yer alan ve M.Ö 3. Milenyuma kadar giden dünyanın en eski edebiyat topluluklarından birinin merkezidir. Yakın zamanda keşfedilen Jiroft'da kazılar yeni başlamış ve sözkonusu antikaların İran'dan ihracına hiçbir koşulda İran devleti tarafından izin verilmemiştir<sup>12</sup>.

Mahkemeye göre davanın neticelenmesinde en önemli nokta davacı İran devletinin İran hukukuna göre antikalar üzerinde mülkiyet hakkı veya doğrudan zilyetlik hakkı var mı sorusunun cevabıdır. Zira İran devleti bunlardan birini ispatlayamadığı takdirde iade davasında başarılı olamayacaktır. Yine İran mülkiyet kanunlarının ceza hukuku ya da kamu hukuku karakterli olduğu tespit edilirse bu kuralların İngiliz mahkemelerinde uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>13</sup>.

Bu itibarla mahkeme İran kanunlarını incelemeye girişmiştir: İran'ın dayandığı ilk kanun 1928 tarihli Medeni Kanundur. MK m. 26 özel mülkiyete tâbi olmayacak malları belirlemekte ve bunların arasına kamu menfaati olan eşyaları da dahil etmektedir<sup>14</sup>.

Mahkemeye göre MK m. 26 menkul kültür varlıklarını devlet mülkiyetine tâbi kılan bir hüküm değildir. Mahkeme antikalar ile kaleler ve sayılan diğer varlıklar arasında bir benzerlik görmediğini ve menkul kültür varlıklarının kamu hizmeti için Hükümet tarafından kullanılan mallar kategorisine girmediğini vurgulamıştır. MK m. 26 devlet mülkiyeti öngörmemekte, sadece sayılan malların Devletin tasarrufu altında olduğuna işaret etmektedir<sup>15</sup>.

---

nesses to History, edited by Lyndel v. Prott, Unesco, 2009, s. 388-390; CHECHI, Alessandro/ CONTEL, Rafael/RENOLD, Marc-Andre: "Case Jiroft Collection-Iran v. Barakat Galleries Ltd" Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>) Art Law Centre, University of Geneva 2011. Ayrıca bkz. PALMER, Norman: Art, Adventure and Advocacy, Institute of Art&Law, 2015, s. 17.

<sup>11</sup> Bkz. dn. 9.

<sup>12</sup> 2007 EWHC 705 (QB) pr. 1.

<sup>13</sup> Id. pr. 3.

<sup>14</sup> Id. pr. 20.

<sup>15</sup> Id. pr. 40.

İran'ın dayandığı ikinci kanun 1930 tarihli Ulusal Hazinesinin Korunması Kanunudur. Kanunun amacı İran ulusal hazinesinin bir parçası olarak görülen kültür varlıklarının Devlet kontrolü altında korunmasıdır. Mahkemeye göre devlet kontrolü devlet mülkiyetinden farklı bir kavramdır. Kontrol kültür varlıklarının tescili yoluyla gerçekleşmektedir<sup>16</sup>. Kanunun çeşitli hükümlerini inceleyen mahkeme 1930 kanununun Devlete menkul kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı tesis etmediği sonucuna varmıştır<sup>17</sup>.

1930 kanununda yer alan menkul kültür varlıklarının zaptına ilişkin hükümleri de değerlendiren mahkeme bunu kaçak kazı ve hukuka aykırı ihracatın cezai bir sonucu olarak yorumlamıştır. Dolayısıyla 1930 kanununa göre kaçak kazı ve hukuka aykırı ihracat halinde kültür varlıklarının zaptedilmesiyle Devlet mülkiyet hakkı kazanmakta ve bu mülkiyet ceza mahkemelerinin verdiği kararın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır<sup>18</sup>.

Mahkeme kültür varlığı bulanlar için öngörülen ikramiye hükümlerini de devlet mülkiyeti için yeterli görmemiştir<sup>19</sup>.

İran'ın dayandığı bir başka kanun 1979 tarihli Kaçak Kazıları Önleme ile ilgili Kanundur. 1979 öncesi mevzuatta İran devletinin kültür varlıkları üzerinde ipso iure mülkiyet hakkı tesis etmediğini öngören mahkeme, 1979 Kanununun da açıkça İran'ın bütün kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ilan etmediği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre kanun kaçak kazıları cezalandırmak amacı taşımaktadır; buluntular üzerinde devlet mülkiyeti tesis etme hedefi yoktur<sup>20</sup>. Kanun henüz keşfedilmemiş kültür varlıkları üzerinde kimin mülkiyet hakkı vardır sorusuna cevap vermemektedir<sup>21</sup>. Görüldüğü üzere mahkeme İran kanununda belli sözcüklerin kullanılmasını aramış, İran hukukunda o kanunun nasıl yorumlandığı ve nasıl anlaşıldığı meselesi ile ilgilenmemiştir.

1979 İran Anayasası hükümleri (m. 45, 47, 83) de İran'a kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngörmemektedir<sup>22</sup>. Anayasanın 561 ve 562. Maddeleri kaçak kazı veya hukuka aykırı ihracatta kültür varlıklarına elkoyma veya müsadere etme imkânı getirmektedir. Mahkemeye göre bu hükümler de sözkonusu elkoyma veya müsadere den önce Devletin bu eserlere malik olmadığını göstermektedir<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Id. pr. 43.

<sup>17</sup> Id. pr. 45.

<sup>18</sup> Id. pr. 46.

<sup>19</sup> Id. pr. 49.

<sup>20</sup> Id. pr. 53.

<sup>21</sup> Id. pr. 55.

<sup>22</sup> Id. pr. 56.

<sup>23</sup> Id. pr. 58.

Sonuç itibarıyla mahkeme yaptığı değerlendirme ile İran mevzuatının ulusal mirası korumak ve kaçak kazı ve ihracatı cezalandırmak amacıyla hükümler getirdiği ancak mülkiyet hakkını öngören bir düzenleme tesis etmediği kanaatine ulaşmıştır<sup>24</sup>.

Mahkemeye göre İran kanunları devlete doğrudan zilyetlik hakkı da tanıma-maktadır<sup>25</sup>.

Kararda ele alınan ikinci hukuki mesele İran kanunlarının cezai ya da kamu hukuku karakterli olup olmadığı ve bunların İngiliz mahkemelerinde uygulanma kabiliyetidir.

Mahkeme 1930 kanunu da 1979 kanunu da kamu hakkı ile bağlantılı bir hukuk olarak görmüş, bu nedenle mülkiyet talebi olarak mütalaa etmemiştir<sup>26</sup>. Buna göre sözkonusu iade davası, yabancı bir devletin hiçbir zaman zilyetliğine sahip olmadığı kültür varlıkları için kendi hâkimiyet hakkını icra etmek amacıyla açılmıştır<sup>27</sup>.

Mahkeme yabancı devletin kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkının satın alma, hibe ya da benzer şekilde gerçekleşmişse tanınacağını, ancak 1979 kanununa dayanarak gerçekleşen talebin kamu hukuku karakterli yabancı hukukun icrası olarak kabul edildiğini vurgulamıştır<sup>28</sup>. Kanunun İran ulusal kültür mirasını korumak için getirdiği hükümler İran halkının kamu menfaati ya da İran devletinin menfaati ile ilgilidir ve act jure imperii egemenlik tasarrufudur<sup>29</sup>. Dolayısıyla İran devletinin kendi kanunlarına dayanarak yaptığı iade talebi bir egemenlik tasarrufunun ülke dışı icrası olarak yorumlanmış ve bu kamu hukuku karakterli kuralların İngiliz mahkemelerinde uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

## II. Temyiz Mahkemesi Kararı

Kararın İran devleti tarafından temyizi üzerine Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>30</sup>.

Yüksek Mahkeme hukuki incelemelerine başlamadan önce 2002 yılından beri İngiltere'nin de taraf olduğu 1970 Unesco Konvansiyonunun amacı ve taraflara yüklediği yükümlülüklerden söz etmiştir. Konvansiyonun önsözüne göre her devlet bütün ülkelerin kültür mirasına saygı göstermek konusunda ahlaki bir sorumluluğa

<sup>24</sup> Id. pr. 59.

<sup>25</sup> Id. pr. 75.

<sup>26</sup> Id. pr. 87.

<sup>27</sup> Id. pr. 89.

<sup>28</sup> Id. pr. 97.

<sup>29</sup> Id. pr. 98.

<sup>30</sup> The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited (2007) EWCA 1374.

sahiptir ve kültürel mirasın korunması ancak ulusal ve uluslararası anlamda devletlerarası işbirliği ile mümkün olabilir<sup>31</sup>.

Yüksek Mahkeme ilk olarak dava konusu kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet meselesinin lex situs kuralı uyarınca İran hukukuna göre karara bağlanacağını, dolayısıyla İran hukukunun mülkiyet veya doğrudan zilyetlik hakkı tanıyıp tanımadığının irdelenmesi gerektiğini belirlemiştir<sup>32</sup>.

Yüksek Mahkeme İngiliz hukukuna göre haksız fiile dayanan iade davalarının (conversion) koşullarını belirledikten<sup>33</sup> sonra Common Law sisteminde zilyetliğe dayalı hak ile mülkiyete dayalı hak arasında fark olmadığını, menkul eşyanın zilyetliğinin mülkiyet iktisabına işaret ettiğini belirtmiştir. Buna göre zilyetliğin hırsızlık, kayıp gibi irade dışı devrinde zilyetliği ilk elde eden şahsın hakkı, daha sonraki zilyetenden üstündür. Daha sonraki zilyet de başlangıçtaki zilyet hariç herkese karşı mülkiyet hakkını elde edebilecektir. Bir başka ifade ile her zilyet bu zilyetliğe müdahale eden üçüncü kişiye karşı doğrudan zilyetlik hakkını kullanabilecektir<sup>34</sup>.

Yüksek Mahkeme İran'ın kültür varlıkları ile ilgili mevzuat hükümlerini belirledikten<sup>35</sup> sonra ilk derece mahkemesinin konuya ilişkin hükmüne yer vermiş<sup>36</sup> ve ardından kanunların amacına göre yorumlanması ve kültür varlıklarıyla ilgili özel hükümlerin genel hükümlere kıyasla öncelik hakkına sahip olduğu saptamasında bulunmuştur<sup>37</sup>. Mahkemenin yaptığı önemli bir diğer saptama da şudur: İran hukukundaki bir hak, İngiliz hukukunda mülkiyete eşdeğerde ise, İngiliz hukuku kanunlar ihtilafının amacı açısından bu kuralları mülkiyet hakkı olarak mütalaa edecektir<sup>38</sup>. Buna göre İran hukukunda hakkın hangi isimle adlandırıldığı veya ilk derece mahkemesinin aradığı kavramların kullanılmamış olması da önemli olmayacaktır.

İran Medeni Kanunu ve 1930 tarihli kanunu inceleyen Yüksek Mahkeme pek çok noktada ilk derece mahkemesinin ulaştığı sonuçları kabullenmiş ve hukuki bir kazıda keşfedilen kültür varlıklarının tam olarak nasıl ve ne zaman İran devletinin mülkiyetine geçtiğinin açık olmadığını vurgulamıştır<sup>39</sup>.

Mahkeme ardından 1979 tarihli kanunu ele almıştır. Bu kanuna göre kültür varlığı bulanlar buluntu üzerinde mülkiyet iddiasında bulunamaz, sadece bir ikrami-

<sup>31</sup> Id. pr. 2.

<sup>32</sup> Id. pr. 7.

<sup>33</sup> Id. pr. 11 vd.

<sup>34</sup> Id. pr. 15.

<sup>35</sup> Id. pr. 32 vd.

<sup>36</sup> Id. pr. 47 vd.

<sup>37</sup> Id. pr. 54.

<sup>38</sup> Id. pr. 49.

<sup>39</sup> Id. pr. 62.

yeye hak kazanır. Kanun kapsamındaki kültür varlıkları İran devleti dışında kimsenin mülkü olamaz<sup>40</sup>. Bu noktada Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinde sorulmayan soruya cevap aramıştır: 1979 kanununa göre buluntular üzerinde başka biri mülkiyet iddiasında bulunabilir mi?<sup>41</sup>.

Kanunun 2. Maddesi tesadüfen bulunan kültür varlıkları ile ilgilidir. Bulan en kısa zamanda buluntuyu en yakın Kültür ve Yüksek Eğitim Ofisine teslim etmekte yükümlüdür ve bir ikramiyeye hak kazanır. Bulan kişi onu satma yetkisine sahip değildir. Eğer satma girişiminde bulunursa, alıcıya MK m. 36'a göre mülkiyet intikali gerçekleşmez. Ayrıca 1996 Ceza Kanununun 559. Maddesine göre cezalandırılır ve kültür varlıklarına elkonulur<sup>42</sup>.

Yüksek Mahkeme kültür varlığını bulan kişi üzerine yüklenen bu yükümlülükleri ve sınırlamaları değerlendirmiş ve bulanın kültür varlığı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı sonucuna varmıştır. 1979 Kanunu m. 165 ve 173-6 hükümleriyle uyuşmamakta ve 1930 kanununun da yerine geçmektedir. Bu durumda bulan kültür varlığını muhafaza etme ya da mülkiyetini bir başkasına devretme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla bulanın buluntu üzerinde mülkiyet hakkı bulunmamaktadır<sup>43</sup>.

Yüksek mahkeme bulan ile ilgili tespitini yaptıktan sonra İran devletinin duruma odaklanmış ve devletin mümkün olduğunca teslim edilmesi gereken buluntular üzerinde doğrudan zilyetlik hakkı olduğu sonucuna varmıştır. Teslim edilen buluntular tartışmasız İran devletinin mülkiyetindedir. Teslim edilmeyip bulan tarafından üçüncü kişiye devredilen kültür varlıklarına da el konulmakta ve üçüncü kişi mülkiyet hakkı elde edememektedir<sup>44</sup>.

Kültür varlıkları kaçak kazı esnasında bulunmuşsa, bulanın yine buluntuları muhafaza etmesi veya üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir. Bu eserlere de el konacaktır ve bulanın ikramiye hakkı yoktur. Dolayısıyla kaçak kazılarda bulunan kültür varlıkları de İran devletine aittir<sup>45</sup>.

Bu noktada Yüksek Mahkeme Farsça zapt kelimesinin anlamını açıklamıştır. Bu sözcük hem elkoyma<sup>46</sup> hem de müsadere<sup>47</sup> anlamına gelmektedir. Kanunda zapt kelimesi hem buluntular için hem de kazıda kullanılan araç gereç için kullanılmıştır. Davalı Barakat'a göre zapt kelimesi kültür varlıkları için başka, araç gereç için başka

<sup>40</sup> Id. pr. 64.

<sup>41</sup> Id. pr. 66.

<sup>42</sup> Id. pr. 69.

<sup>43</sup> Id. pr. 71.

<sup>44</sup> Id. pr. 74.

<sup>45</sup> Id. pr. 75.

<sup>46</sup> İngilizce seizure karşılığı kullanılmıştır.

<sup>47</sup> İngilizce confiscation karşılığı kullanılmıştır.



anlamda kullanılmış olamaz. Madde 1'deki müsadere, kültür varlığına sahip olan kişiden müsadere edilme izlenimini vermektedir<sup>48</sup>.

Yüksek Mahkeme bu savunmayı reddetmiş ve kendi bağlamında “zapt” kelimesinin hem kazıyı yapan kişinin sahip olduğu araç gerecin müsadere edilmesi hem de İran devletinin mülkiyet hakkı ile ilgili olarak buluntuların zilyetliğini ele geçirme anlamında kullanıldığını belirtmiştir<sup>49</sup>.

Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesince kabul edilen İran devletinin mülkiyet hakkını ancak cezai bir prosedür olan müsadere işleminden sonra elde edeceğine ilişkin argümanı da gereksiz bir mesele olarak nitelemiştir. Zira kültür varlığı bulan buluntu üzerinde mülkiyet hakkı kazanamadığına göre, iki ihtimal olacaktır: ya saphsız mallar İran zilyetlik elde ettikten sonra İran devletinin olacaktır ya da bulunduğu andan itibaren İran devletinin malıdır. Yüksek Mahkeme birinci ihtimali suni bulmuş ve İran'ın bulunan kültür varlıkları ile ilgili olarak sahip olduğu hakların son derece geniş ve münhasır olduğunu, bu nedenle İran'ın bulunan kültür varlıklarının maliki olarak mütalaa edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>50</sup>.

Bu itibarla Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin İran kanunlarının kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngörmediğine ilişkin kararının yanlış olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>51</sup>. Bu sonuç yabancı kanunların amaca uygun ve tarafsız yorumunun ne derece önemli olduğunu göstermektedir.

Davada ele alınan ikinci mesele İran kanunlarının İngiliz mahkemelerinde uygulanması mümkün olmayan ceza veya diğer kamu hukuku kurallarından olup olmadığı meselesidir. İlk derece mahkemesi İran kanunları devlet mülkiyeti öngörseydi bile bu kuralların kamu hukuku karakterli kurallar olması nedeniyle İngiliz mahkemelerinde tanınamayacağını ve uygulanamayacağını öngörmüştür. Yargılamayı yapan yargıç bu durumun üzücü olduğunu ancak çözümün uluslararası bir sözleşme ile sağlanabileceğini ifade etmiştir<sup>52</sup>.

Yüksek Mahkeme kararın bu bölümünde ayrıntısıyla doktrin ve mahkeme kararları eşliğinde İngiliz mahkemelerinde uygulanma kabiliyeti olmayan ceza hukuku, vergi hukuku ve diğer kamu hukuku kurallarını ele almıştır<sup>53</sup>. Mahkemeye göre ilk derece mahkemesi 1979 kanununu ceza hukuku karakterli görmekle hata yapmıştır. Kanunun bazı hükümlerinin kaçak kazılarla ilgili ceza hükümleri getirmesi diğer bütün hükümleri ceza hükmü haline getirmez. Kültür varlıklarının mülkiyeti ile ilgili

<sup>48</sup> Dn. 30'daki karar pr. 77.

<sup>49</sup> Id. pr. 78.

<sup>50</sup> Id. pr. 79-80.

<sup>51</sup> Id. pr. 84.

<sup>52</sup> Dn. 9'daki karar pr. 100

<sup>53</sup> Dn. 30'daki karar pr. 95 vd.

değişiklikler geçmişe etkili değildir ve kimseyi daha önce kurulmuş mülkiyet hakkından mahrum etmemektedir. Kanun henüz keşfedilmemiş kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı ile ilgili hükümleri değiştirmiştir ve bunları devlet mülkiyetine tâbi tutmuştur. Bu hükümler cezai hükümler değildir<sup>54</sup>.

Yüksek Mahkeme daha sonra diğer kamu hukuku karakterli kurallar kategorisini incelemeye başlamıştır. Kamu hukuku kuralları kavramı mahkeme kararları eşliğinde ele alınmıştır<sup>55</sup>. İngiliz mahkeme kararlarında yapılan tanımların değerlendirilmesi sonucu Yüksek Mahkeme “egemenlik hakkı icrası” kavramı üzerinde durmuştur. İngiliz mahkemelerinde uygulanmayacak olan kurallar, yabancı egemen bir otoritenin egemenlik hakkının icrasını gerektiren ya da devlet menfaatinin uygulanmasını hedefleyen kurallardır<sup>56</sup>. Bu noktada ihracat yasakları bu kategoriye girmektedir<sup>57</sup>. Oysa dava konusu olaydaki talep ihracat yasaklarını uygulamaya teşebbüsü değil, mülkiyet hakkı iddiasıdır. Bu aşamada Yüksek Mahkeme İran’ın mülkiyet iddiasının objeler üzerinde zilyetlik elde edemese bile savunulabilir olup olmadığını ele almıştır<sup>58</sup>.

Yüksek Mahkemeye göre menkul eşyalar üzerinde mülkiyet iddiası evrensel bir kural olan *lex situs* yani malın bulunduğu yer hukukuna tâbidir<sup>59</sup>. Dolayısıyla yabancı bir devlet kendi ülkesinde bulunan bir eşya üzerinde kendi kanunlarına binaen mülkiyet hakkı kazanmışsa, İngiliz mahkemesinin bu mülkiyeti genel prensiplere uygun olarak tanımaması için bir sebep bulunmamaktadır<sup>60</sup>.

Bu davada İran devleti mülkiyet iddiasını özel mülkiyetteki objelerin zorla devletleştirilmesi vakiasına dayandırmamaktadır. İran’ın ulusal kültür mirasının bir parçası olan kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı yaklaşık 30 yıldan beri yürürlükte olan kanuna dayanmaktadır. Bu kanuna dayalı talep kamu hukukunun icrası ya da egemenlik iddiası değildir. Mahkeme yabancı kanuna dayanan mülkiyet hakkının zilyetliğin elde edilmesine bağlı olmadığına da dikkat çekmiştir<sup>61</sup>. Mahkemeye göre yabancı devletin kültür varlığı üzerindeki mülkiyet hakkını zilyetlik koşuluna bağlamak, bu devletler için hukuka aykırı olarak ihraç edilen kültür varlıklarının iadesini imkânsız hale getirecektir<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> Id. pr. 111.

<sup>55</sup> Bkz. Id. pr. 112 vd.

<sup>56</sup> Id. pr. 126.

<sup>57</sup> Id. pr. 128.

<sup>58</sup> Id. pr. 131.

<sup>59</sup> Id. pr. 132.

<sup>60</sup> Id. pr. 133.

<sup>61</sup> Id. pr. 149.

<sup>62</sup> Id. pr. 163.

Yüksek Mahkeme İran kanunlarının kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı tesis ettiği ve İran'ın iade talebinin cezai veya diğer kamu karakterli kurallarının icrası amacını taşımadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>63</sup>.

### III. Değerlendirme

#### A. Devletin kendi çıkardığı kanunlarla kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması

Arkeolojik açıdan zengin ülkeler çıkardıkları bir kanunla<sup>64</sup> henüz keşfedilmemiş bile olsa bütün kültür varlıklarının devlet mülkiyetinde olduğunu ilan etmektedir. Bu durumda ülkede gerek kazılarda gerekse tesadüfen bulunan bütün kültür varlıkları devletin zilyetliğine geçme koşulu olmaksızın ipso iure devlet mülkiyetine tâbi olmaktadır. Böyle bir buluntunun yurt dışına kaçırılması, devlete ait bir eserin çalınması anlamına gelmektedir<sup>65</sup>. Bu durumda kaynak ülke yabancı ülkede kültür varlığını elinde bulunduran kişiye karşı açacağı iade davasında kendi kanunlarına binaen mülkiyet iddiasında bulunacaktır.

Amerikan mahkemeleri geniş kapsamlı kanunlarla tesis edilen devlet mülkiyetini tanımaktadır<sup>66</sup>. Ancak bunun için davacı Devletin üç hususu ispat etmesi gerekmektedir<sup>67</sup>:

- 1) Devlet açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde henüz keşfedilmemiş de olsa kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyetini öngören bir kanun çıkarmış olmalıdır.
- 2) İade talebine konu eserler talepte bulunan devletin ülkesinde bulunmuş ve kaçak olarak yurt dışına çıkarılmış olmalıdır.
- 3) İade talebine konu olan eserler devlet mülkiyetini tesis eden kanunun yürürlüğü esnasında bulunmuş ve yurt dışına çıkarılmış olmalıdır.

Kaçak kazılarda bulunmuş ve hiçbir surette kayda geçmeden yurt dışına kaçırılmış eserlerin davacı devletin topraklarında bulunduğu ispatı oldukça güçtür. Diğer yandan devlet mülkiyeti öngören kanunlar yeterince açık bir şekilde mülkiyet hakkı tesis etmiyorsa kaynak ülkenin yabancı mahkeme önünde başarı şansı düşük olacaktır.

<sup>63</sup> Id. pr. 164-165.

<sup>64</sup> Bu tür kanunlar için genel olarak "şemsiye kanun" nitelendirmesi yapılmaktadır. Bkz. ÖZEL, s. 277 dn. 89.

<sup>65</sup> ÖZEL, s. 276-277.

<sup>66</sup> Bkz. dn. 8'de zikredilen kararlar. Mc Clain kararında mahkeme açıkça kamu mülkiyetini ilan eden kanundan sonra yapılan ihracatın eserlerin çalıntı olduğunu ispatlamak için yeterli olduğunu belirtmiştir (545 F. 2d. 988, s. 1003). Mahkeme fiilen elde bulundurmanın mülkiyet hakkı için sine qua non olmadığının altını çizmiştir (545 F. 2d. 988, s. 992).

<sup>67</sup> ÖZEL, s. 277. Ayrıca bkz. ÖZEL (Devlet mülkiyeti) s. 70.

ABD'de karara bağlanan *Government of Peru v. Johnson*<sup>68</sup> davasında davacı Peru Devleti bu şartları ispatlayamamıştır. Mahkeme dava konusu Kolomb-öncesi objelerin Peru'dan geldiğine dair kesin delil bulunmadığını, Kolomb-öncesi Peru kültürünün sadece bugünkü Peru'da değil, Bolivya ve Ekvator'da da bulunduğunu belirlemiştir<sup>69</sup>. Ayrıca mahkeme eserler Peru kökenli olsa bile Peru kanunlarının devlet mülkiyeti öngörmediğini saptamıştır. Peru kanunlarını inceleyen mahkeme, bu kanunların sadece ihracat kısıtlaması getirdiği sonucuna varmıştır<sup>70</sup>.

Buna karşılık *Schultz* kararında<sup>71</sup> Amerikan mahkemesi 1983 sonrası Mısır'da bulunan bütün kültür varlıklarının Mısır devletine ait olduğunu öne süren Mısır kanununu incelemiş ve yaptığı değerlendirmede Mısır devletinin dava konusu eserler üzerinde mülkiyet hakkı olduğu sonucuna varmıştır.

Kaynak ülke kanununun mülkiyet hakkı mı yoksa ihracat yasağı mı tesis ettiği hususu çok önemlidir. Zira kaynak ülkenin mülkiyet hakkı ihdas eden kanunları Amerikan mahkemesinde tanınmakta, ancak mülkiyet tesis etmeden sadece ihracat yasakları getiren kanunlar, kamu hukuku karakterli kuralların yabancı ülkede icrası anlamına geldiği için uygulanmamaktadır.

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ABD'de açtığı davalardan da bahsetmek yerinde olacaktır:

*Lydian hazinesi* davasında<sup>72</sup> Türkiye 1966 yılında Türkiye'den kaçırılan M.Ö 6. Yüzyıla tarihlenen arkeolojik objelerin iadesi amacıyla New York Metropolitan Müzesine iade davası açmıştır. Metropolitan yetkilerinin sundukları belgeler müzenin eserleri alırken kaynağı bildiğini göstermektedir. Ayrıca eserleri Türkiye'de çalanların ifadeleri de hazinenin kaynağının Türkiye olduğunu işaret etmektedir<sup>73</sup>. Amerikan mahkemesi davanın reddine ilişki talebi reddederek<sup>74</sup> davanın esasına girmeye başla-

<sup>68</sup> 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989). Kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. MERRYMAN, John Henry: "Limits on State Recovery of Stolen Artifacts: *Peru v. Johnson*" 1 *International Journal of Cultural Property*, 169 (1992)b

<sup>69</sup> 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989) s. 812.

<sup>70</sup> *Id.* s. 814.

<sup>71</sup> *United States v. Schultz* 178 F. Supp. 2d. 445 (S.D.N.Y 2002), 333 F.3d. 393 (2d Cir. 2003). Bkz. GERSTENBLITH, Patty: "The Mc Clain/Schultz Doctrine: Another Step Against Trade in Stolen Antiquities" in *Witnesses to History* edited by Lyndel v. Prott, Unesco 2009, s. 346 vd.

<sup>72</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ROOSEVELT, Christopher/LUKE, Christina: "Looting Lydia: The Destruction of an Archaeological Landscape in Western Turkey" in *Archaeology, Cultural Heritage and the Antiquities Trade*, edited by Neil Brodie et al. (University Press of Florida, 2006) s. 173-187. Ayrıca bkz. ACAR, Özgen/ROSE, Mark: "Turkey's War on the Illicit Antiquities Trade" *Archaeology* 48/2 (1995) s. 46 vd.

<sup>73</sup> ACAR/ROSE, s. 46.

<sup>74</sup> *Republic of Turkey v. The Metropolitan Museum of Art* 762 F. Supp. 44 1990 US Dist. LEXIS 18771 (S.D.N.Y 1990)

dığı anda Metropolitan müzesi hazineyi Türkiye'ye iade etmeyi kabul etmiştir. Dava nihai kararlarla sonuçlanmamış, dava dışı sulh yoluyla çözümlenmiştir<sup>75</sup>. Metropolitan müzesi Türkiye'nin hazinenin Türkiye'den kaçırıldığını ispatladıktan sonra kendi kanunlarıyla mülkiyet hakkı tesis ettiğini de göstererek davayı kazanacağını öngördüğü için uzlaşma yoluna gitmiştir.

Elmalı hazinesi davasında ise Türkiye 1984 yılında Elmalı yakınlarında kaçak kazı sonucu bulunan ve kaçırılan 1800den fazla antik sikkenin iadesi için dava açmıştır<sup>76</sup>. Bu davada sikkelerin Türkiye kaynaklı olduğu çok açık olduğu için davalı, Türk kanunlarının mülkiyet hakkı öngörmediğini ileri sürmüştür. Davalıya göre 1983 kanunu<sup>77</sup> devlet mülkiyeti öngörmemektedir; zira m. 5 “devlet malıdır” terimi yerine “devlet malı niteliğindedir” terimini tercih etmiştir. Bu da kanunun devlet mülkiyeti yerine, sadece ihracat yasağı koyduğu anlamına gelmektedir<sup>78</sup>.

Amerikan mahkemesi Türk kanunlarını bütünüyle inceleyerek Türkiye'nin sikkeler üzerinde doğrudan, koşulsuz zilyetlik hakkı olduğu, bu itibarla da dava açma ehliyeti olduğu sonucuna varmıştır<sup>79</sup>. Bu karar mahkemenin Türk hukukunun kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngördüğüne karar vereceğini işaret ettiği için davalı sulh yoluyla uzlaşma yolunu izlemiş ve sikkeleri Türkiye'ye iade etmiştir<sup>80</sup>.

Türkiye'nin kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı Amerikan mahkemelelerinde tanınırken, İsviçre mahkemelerinde ısrarla reddolunmuştur.

Basel kararlarında Türkiye Cumhuriyeti Devleti antik Phrygia bölgesinden çıkarılan beş mezar taşının iadesi için İsviçre'de dava açmıştır. Mezar taşları Basel şehri Eski Eserler Müzesinde teşhir edilmektedir. Bu davada İsviçre ilk derece mahkemesi, temyiz mahkemesi ve Federal Mahkeme Türk kanunlarını yanlış yorumlayarak, kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngörülmediği sonucuna varmıştır<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Bkz. CHECHI, Alessandro/BANDL, Anne-Laure/RENOLD, Marc-Andre: “Case Lydian Hoard- Turkey and Metropolitan Museum of Art” Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>) Art-Law Centre, University of Geneva. Ayrıca bkz. ÖZEL, Sibel: “Under the Turkish Blanket Legislation: the Recovery of Cultural Property Removed from Turkey” in 381 International Journal of Legal Information, 177 (2010).

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, Özgen/KAYLAN, Malik: “The Hoard of Century” Connoisseur (July 1998) s. 74-83. Ayrıca bkz. ÖZEL (Blanket Legislation) s. 180 vd.

<sup>77</sup> 2583 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu. RG.

<sup>78</sup> Plaintiff's Memorandum of Law in Opposition to Defendant's Motion to Dismiss, 89-3061-5.

<sup>79</sup> The Republic of Turkey v. OKS Partners 797 F. Supp. 64 (D. Mass. 1992)

<sup>80</sup> VELİOĞLU, Ece/CHECHI, Alessandro/RENOLD, Marc-Andre: “Case Elmalı Hoard-Turkey and OKS Partners” Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>) Art-Law Centre, University of Geneva.

<sup>81</sup> Kararlarla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEL, Sibel: “Basel Decisions: Recognition of the Blanket Legislation Vesting State Ownership over the Cultural Property Found within the Country of Origin” 9 International Journal of Cultural Property, 315 (2000).

Bu davada İsviçre mahkemeleri 1906 Asar-ı Atika Nizamnamesi<sup>82</sup> ve 1973 tarihli Eski Eserler Kanununu<sup>83</sup> inceleyerek Türk kanunlarının kültür varlıkları üzerinde ipso iure mülkiyet hakkı tesis etmediği sonucuna varmıştır<sup>84</sup>. Federal Mahkemeye göre Türk kanunları devlet mülkiyetine benzer bir hak öngörmektedir<sup>85</sup>.

Bu kararlar İsviçre mahkemelerinin Türk kanunlarını nasıl yanlış ve taraflı bir şekilde yorumladıklarının örneğidir. Daha da ilginç olan husus İsviçre mahkemesinin 1926 Türk Medeni Kanunu m. 697 yerine mehzaz İsviçre Medeni Kanunu m. 724'ü İsviçre doktrinindeki azınlık görüş uyarınca yorumlaması ve maddenin devlete ipso iure mülkiyet hakkı değil, bir ihraz hakkı tanıdığı yönünde karar vermesidir. Buna göre devlet kendisine sunulan objeyi alıp almama konusunda karar verecek ve ancak bu karardan sonra mülkiyet hakkını elde edebilecektir<sup>86</sup>.

İsviçre mahkemelerinin Türk kanunlarına ilişkin bu yorumu Amerikan mahkemelerinin yorumundan çok farklıdır ve kaynak ülkelerin hiçbir koşulda kaçak kazı sonucu bulunup kayıtlara geçmeden yurt dışına kaçırılmış kültür varlıklarının iadesini mümkün kılmamaktadır. Böylesi bir yorum kültür varlıklarının hukuka aykırı ticaretini önlemeyeceği gibi tam tersi teşvik edecektir<sup>87</sup>.

İngiliz Yüksek Mahkemesi Barakat kararında tıpkı Amerikan mahkemeleri gibi kaynak ülke kanunlarını doğru ve o ülkede anlaşıldığı gibi yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinden farklı bir bakış açısıyla kaynak ülke kanunlarını ele almış, buluntular üzerinde İran devleti dışında başka bir özel kişi mülkiyet hakkı elde edebilir mi sorusunu sormuş ve bunun mümkün olmadığını tespit etmiştir. Kaynak ülke, kültür varlıklarıyla ilgili olarak mülkiyetin sağladığı bütün yetkileri devlete tanımışsa ve özel mülkiyete izin vermiyorsa kaynak ülkenin mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmelidir. Devletin kendisini malik olarak ilan etmediği veya kullandığı bazı kelimelerin mülkiyet ile bağdaşmadığı gerekçesinin ardına saklanarak devletin kültür

<sup>82</sup> 29 Sefer 1324-10 Nisan 1322 (Hazineyi Evrak no 3026).

<sup>83</sup> RG. 06.05.1973-14527.

<sup>84</sup> ÖZEL (Basel decisions) s. 317.

<sup>85</sup> Id. s. 322.

<sup>86</sup> Id. s. 316. Türk Medeni Kanunu ile Türk doktrin ve uygulamalarına bakmadan mehzaz kanunun ilgili maddesini uygulamak mahkemenin tarafsızlığı konusunda ciddi şüpheleri beraberinde getirmektedir.

<sup>87</sup> İsviçre 2000 yılından itibaren kültür varlıkları ile ilgili politika değişikliğine gitmiş ve 2003'de 1970 Unesco Konvansiyonuna taraf olmuştur. Bu amaçla uyum yasası olarak Kültür Varlıklarının Uluslararası Transferi ile ilgili Federal Kanunu yürürlüğe koymuştur. (bkz. admin.ch/kulturerbe/04371/04376/inc (erişim tarihi: 21.09.2014)). Ayrıca İsviçre MK m. 724 de değiştirilmiştir. Artık İsviçre'de bulunan kültür varlıkları ipso iure devlet mülkiyetindedir. SIEHR, Kurt: "Protection of Cultural Property Reforms and Developments in the Member States of the European Union and in Some Other Countries" in Cultural Property Protection edited by Eric C. Schneider-Rosean M Schneider, Dautsch-Türkische Rechtsstudien, Band 4 BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, s. 79.

varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı olmadığını savunmak, hukuka aykırı ticaretin gelişmesini destekleyecek ve hatta teşvik edecektir. Yüksek Mahkemenin ilk derece mahkemesinin kaynak ülke kanunlarını yorumlayışının yanlış olduğunu açıkça belirtmesi ve amaca uygun yorum yapması bundan sonraki kararlar üzerinde de etkili olacaktır.

Yüksek Mahkeme kaçak kazı sonucu bulunan eserlerin de İran'a ait olduğunu hükme bağlamıştır. Böylelikle kaynak ülke kanunlarının doğru ve amaca uygun yorumu gerçekleşmiş; zilyetlik olmadan da kanunen kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti kurulacağı kabul edilmiştir. Kararda doğrudan uygulanma kabiliyeti olmasa da 1970 Unesco Konvansiyonuna atıf yapılması, temel prensiplerin baz alınması ve kaynak ülke kanunlarının İngiliz mahkemelerinde tanınmasının, İngiliz kamu düzeninin bir parçası olarak görülmesi takdire şayandır.

## **B. Kamu hukuku karakterli kuralların yabancı mahkemelerde uygulanmaması**

Kaynak ülkenin kaçırılan kültür varlığının iadesi için yabancı ülkede açtığı davada bu eserler üzerindeki mülkiyet iddiası genel kabul gören *lex rei sitae* kuralı gereği malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır<sup>88</sup>. Kültür varlıkları kaynak ülkede bulunduktan sonra yurt dışına çıkarılıp yeni işlemlere konu olduğu için öncelikle ilk bulunduğu yer olan kaynak ülke hukukuna göre mülkiyet hakkının tespit edilmesi gerekmektedir. Kaynak ülke kendi kanunlarına göre devlet mülkiyeti iddiasında bulunduğu bu kanunların kamu hukuku karakterli olduğu şüphesizdir. Bu durumda yabancı kamu hukuku kuralları ile ilgili sınırların incelenmesi gerekmektedir.

Barakat kararında da inceleme konusu olan husus İngiliz mahkemelerine yabancı ceza, vergi ve diğer kamu hukuku kurallarının uygulanmayacağına ilişkin kuraldır<sup>89</sup>. Bu noktada yabancı hukukun kamu hukuku karakterinin vasıflandırılması *lex fori* İngiliz hukukuna göre yapılır<sup>90</sup>. Kuralın temel ögesi bir devletin egemenlik otoritesini bir başka ülkede kullanamayacağıdır<sup>91</sup>.

Bir devletin ceza hükmünün bir başka ülkede uygulanmasının talep edilmesi egemenlik yetkisinin ülke dışında kullanılması anlamına gelir. Bu yüzden yabancı

<sup>88</sup> MÖHUK m. 21/1. Kuralla ilgili bkz. TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 318 vd; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2013, s. 293 vd; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 298 vd; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014, s. 223 vd.

<sup>89</sup> DICEY/MORRIS/COLLINS: The Conflict of Laws, 14th ed. 2006, pr. 5R-019; NORTH/FAWCETT: Cheshire and North's Private International Law, 1999, s. 106 vd; BRIGGS, Adrian: The Conflict of Laws, Oxford, 2013, s. 200.

<sup>90</sup> BRIGGS, s. 201.

<sup>91</sup> NORTH/FAWCETT, s. 107.

ceza hükmünün doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanması kabul edilemez. Bu noktada yabancı hukukun cezaî niteliği, yabancı devlet tarafından kamu düzenini ihlal eden davranışlara getirilen müeyyideler ve para cezaları olarak tanımlanmıştır<sup>92</sup>.

Yabancı ceza hükmünün bir ceza kanunu içinde yer alması gerekmez. Önemli olan hükmün cezaî niteliğidir. Ortiz kararı<sup>93</sup> kaynak ülkenin kültür varlıklarıyla ilgili mevzuatının cezaî nitelikte görülmesi nedeniyle İngiliz mahkemelerinde uygulanmasının tipik örneğini oluşturmaktadır.

Karara konu olayda beş Maori tahta oyma pano Sotheby's'de satışa sunulmuştur. Panolar 1830 yıllarında Maoriler tarafından komşu kabile saldırılarından korunmak amacıyla Taranaki bölgesindeki bir bataklığa gömülmüştür. 1972 yılında bir kısım Maori yerlisi panoları çıkarmış ve İngiliz tacire satmıştır. İngiliz satıcı Yeni Zelanda Tarihi Eserler Kanununa göre ihracat izni almadan eserleri New York'a götürmüş ve burada koleksiyoncu Ortiz'e satmıştır. Ortiz 1977 yılında eserleri Londra'da Sotheby's'de satışa çıkarınca, Yeni Zelanda Hükümeti satışı durdurmak ve eserlerin kendisine ait olduğunu belirten bir karar almak üzere mahkemeye başvurmuştur. Yeni Zelanda kanunlarına göre izinsiz ihraç edilen kültür varlıkları elkonularak üzerinde devlet mülkiyeti tesis edilmektedir. İlk derece mahkemesi bu hükümleri mülkiyetin devlete intikali olarak yorumlarken, Temyiz Mahkemesi ve House of Lords mülkiyetin otomatik olarak devlete geçmediğini, eşyaya elkonulmasının şart olduğu sonucuna varmıştır. Maori oymalarına Yeni Zelanda sınırları içinde elkonulmadığı için mülkiyet devlete geçmemiştir ve Yeni Zelanda kanununun ülke dışında uygulanması Devletler Umumi Hukukuna aykırıdır<sup>94</sup>.

Ortiz kararında mahkeme yasadışı ihracat halinde esere elkonulup özel mülkiyetin kaldırılması ve devlet mülkiyetinin kurulmasını yasadışı ihracatın bir müeyyidesi olarak cezaî hüküm olarak nitelemiştir. Davanın bir özel hukuk davası olarak açılması ve devletin mülkiyet iddiasının bir özel hukuk talebi olması yabancı hükmün cezaî niteliğini bertaraf etmemektedir<sup>95</sup>. Önemli olan uygulanacak hükümlerin bir ceza kanununda yer alması cezaî hüküm olarak nitelendirilmesidir<sup>96</sup>.

Yabancı vergi kanunlarının uygulanmaması konusu yeterince açık olmasına rağmen diğer kamu hukuku kurallarının neler olduğu bazı belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. İthalat-ihracat yasakları, düşmanla ticaret kanunları, fiyat kontrol düzenlemeleri, anti-trust kanunları bu kategoriye örnek olarak verilebilir<sup>97</sup>. Ancak

<sup>92</sup> NORTH/FAWCETT, s. 111; BRIGGS, s. 200.

<sup>93</sup> Att.Gen. of New Zealand v. Ortiz (1984) AC 1. Kararla ilgili bkz. ÖZEL, s. 147 vd; 282.

<sup>94</sup> (1984) AC 1. s. 16 vd.

<sup>95</sup> Id. s. 32.

<sup>96</sup> Id. s. 33.

<sup>97</sup> NORTH/FAWCETT, s. 114-115.



kamu hukuku özel hukuk ayrımının çok net yapılmadığı Common Law sisteminde kamu hukuku kavramının bir tanımını bulmak oldukça zordur<sup>98</sup>. Ortiz kararında mahkeme bu duruma işaret etmiş ve diğer kamu hukuku kurallarını ceza ve vergi kurallarıyla aynı tür kurallar olarak ele almıştır. Devletin egemenlik hakkından kaynaklanan otoritesine hizmet eden kurallar kamu hukuku kurallarıdır ve bu kurallar ancak egemen devletin kendi ülke sınırları içinde uygulanabilir. Uluslararası hukuka göre egemenlik sınırlarının ötesinde bu tip kuralların uygulanması mümkün değildir<sup>99</sup>.

Bu noktada talebin niteliği önem kazanmaktadır. Talep yabancı bir devletin egemenlik hakkının icrası ya da iddiasıyla ilgili ise yabancı kamu hukuku İngiliz mahkemelerinde uygulanma imkânını sahip olmayacaktır<sup>100</sup>.

King of Italy v. Medici davasında<sup>101</sup> İtalyan devleti Medici Arşivlerinin satışını durdurmak için Medici ailesinden biri ve Christie's müzayede salonu aleyhine dava açmıştır. Mahkeme İtalyan devletine ait olan kitaplar için durdurma kararı vermiş ancak Medicilere ait olup yurt dışına çıkışı yasak olan kitaplar için satışın durdurulması talebini reddetmiştir. Zira ihracat yasakları kamu otoritesinin icrasını gerektiren kurallardır ve ancak o ülke sınırları içinde geçerli olurlar.

Yabancı kamu hukuku karakterli kuralların tanınması ya da uygulanması ile icrası arasındaki farkı İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu<sup>102</sup> m. 13(1) açık bir şekilde ortaya koyarak, yabancı hukukun bir hükmünün kamu hukuku karakterli olarak nitelendirilmesinin onun uygulanmasına engel olmadığını hükme bağlamıştır. Böylelikle lex causae yabancı hukukun konuya ilişkin hükümleri sırf kamu hukuku kuralı diye reddedilmeyecektir. Bu kuralların bertaraf edilmesi ancak kamu düzeni engeli ile mümkün olacaktır.

Barakat kararında Yüksek Mahkeme İran kanunlarının kamu hukuku karakterli kurallar olması nedeniyle İngiliz mahkemelerinde uygulanamayacağını belirten ilk derece mahkemesi kararını bozmuş ve yapılan nitelendirmenin yanlış olduğunu açıkça vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme İran'ın talebinin ihracat yasaklarını uygulatma talebi olmadığı için altını çizmiştir. Zira İran yasadışı ihracattan önce kanunla kazandığı mülkiyet hakkına dayanarak dava açmaktadır. Kanun kamu hukuku karakterli kanun olmasına rağmen, talep kamu otoritesinin İngiltere'de icrası değildir. İran'da elde edilen mülkiyet hakkının tanınması istenmektedir.

<sup>98</sup> Id. s. 115.

<sup>99</sup> Ortiz kararı (dn. 92) s. 21.

<sup>100</sup> President of the State of Equatorial Guinea v. Royal Bank of Scotland (2006) UKPC7, pr. 57.

<sup>101</sup> (1918) 34 TLR 623.

<sup>102</sup> İngilizce metin için bkz. Swiss Federal Act on International Private Law, Swiss –American Chamber of Commerce, 1989.

Yüksek Mahkeme Barakat kararında yabancı kamu hukuku kuralının tanınması ile icrası arasındaki ayrımı çok net bir şekilde belirlemiş ve kendi kanunlarına göre kazanılmış mülkiyet hakkının İngiliz mahkemelerinde de tanınacağını garanti altına almıştır.

Bu itibarla kaynak ülkenin devlet mülkiyetini öngören kanunlarının yabancı ülkede etkisi ile kaynak ülke ihracat yasaklarının etkisini ayırmamız gerekmektedir. Zilyetlik olmaksızın ülkede bulunan bütün kültür varlıklarının kanun gereği devlete ait olacağını öngören kamu hukuku kuralları yabancı mahkemelerde de tanınacaktır. Zir *lex rei sitae* gereği mülkiyet kazanımını temin eden bu kurallar, devlete kültür varlığı üzerinde mülkiyet hakkı tesis etmektedir.

Buna karşılık ihracat yasakları kültür varlığının ülke dışına çıkışını yasaklamaktadır. Bu hüküm kamu otoritesinin bir göstergesi olarak ancak kaynak ülke sınırları içinde geçerlidir. İhracat yasaklarına rağmen yurt dışına kaçırılan bir eserin iadesi talebi kaynak ülkenin kamu otoritesi kurallarının ülke dışında icrası talebi anlamına geleceği için kabul edilmeyecektir<sup>103</sup>. Dolayısıyla kaynak ülkenin kendi kanunuyla kazandığı mülkiyet hakkına dayanarak iade talebinde bulunması, kamu otoritesinin yabancı bir ülkede icra edilmesi anlamına gelmemektedir. Mülkiyet hakkına dayanan devlet bu hakkın gereği olarak kültür varlığının iadesini talep etmektedir. Bu mülkiyet hakkının tanınması ve buna göre kültür varlığının iadesine karar verilmesi yabancı egemenlik hakkının icrasına hizmet anlamına gelmemektedir.

Barakat kararı mülkiyet hakkı öngören kaynak ülke kanunlarının yabancı ülkelerde uygulanmasının kamu otoritesinin icrası anlamına gelmeyeceğini belirterek kaçırılan kültür varlıklarının kaynak ülkeye bu nedenle iade edilmemesinin sözde hukuki bahanesini ortadan kaldırmaktadır. Karar İngiltere dışında da etkisini gösterecek ve emsal teşkil edecektir.

<sup>103</sup> Bunun istisnası uluslararası sözleşmeyle tarafların birbirlerinin ihracat yasaklarını tanıma yükümlülüğü ya da ithalat ülkesinin kendi kanunuyla yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının kendi ülkesine ithalatının yasaklanmasıdır.