

KÜLTÜR VARLIKLARININ İADESİNE İLİŞKİN MÜZAKERELERİN ULUSLARARASI HUKUK IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA**

Öz

Sadece Afrika'dan 100.000'i aşkın obje, bunlar arasında kültür objeleri, aletler, kap, kacak, sanat eserleri ve müzik enstrümanları, ölenlerin vücutlarının parçaları Avrupa müze ve koleksiyonlarında yer almaktadır. Kısa bir süre önce Fransız hükümetinin görevlendirmesi üzerine hazırlanan bilirkişi raporu (*Savoy/Sarr – Raporu*) Avrupa'ya sömürgelerden getirilen objelerin restitüsyonunu (*iadesini*) ele almıştır. Birçok Avrupa başkentinde bu rapor ışığında iade planları yapılmaktadır. Restitüsyon müzakereleri çerçevesinde bu objelerin o zamanki sömürgelerdeki hangi aktöre iadesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda farklı aktörler olarak menşe ülke, menşe topluluk ve münferit bireyler arasında rakip iddialar ortaya çıkabilmektedir. Makalede kültür objelerinin hangi koşullarla kimlere iade edileceği konusunda Avrupa'da ortaya çıkan gelişmeler ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Yerli halk, kültür objeleri, insanlığın ortak kültür mirası, menşe devlet, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısı*

Evaluation of the Negotiations on the Return of Cultural Properties in the Light of International Law

Abstract

More than 100.000 objects from Africa alone, including cultural objects, tools, pottery, artistic works and musical instruments, parts of the bodies of the deceased, are found in European museums and collections. The expert

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 11.05.2023

** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 2275-7664.

report (*Savoy/Sarr – Report*) prepared a short while ago upon the assignment of the French government examined the restitution (*return*) of the objects brought to Europe from the colonies. In many capital cities of Europe, return plans are made in the light of this report. Within the framework of the restitution negotiations, the problem arises to which actor in the colonies of that time these objects should be returned. Within this scope, competing claims may arise between the country of origin, the community of origin and individuals as different actors. This article examines the developments in Europe to whom and under which conditions the cultural objects will be returned

Keywords: Indigenous people, cultural objects, common cultural heritage of mankind, state of origin, draft articles on international responsibility of states

Giriş

Sömürgeci devletlerin yaptıkları haksızlıkların onarılması konusu günümüzde siyasi ve toplumsal tartışmaların gündemine girmiştir. Sömürgecilik döneminde sadece Afrika'dan 100.000'i aşkın obje Avrupa müze koleksiyonlarına gelmiştir. Avrupa başkentleri eski sömürgelerin bu objelerin iadesi talebini 40 yılı aşkın bir süre görmezlikten gelmiştir. Bu durum son yıllarda büyük ölçüde değişmiştir. Berlin'deki Humboldt-Forum'da ortaya çıkan tablo Almanya'da post-kolonyal yapılanmaya ilişkin kamusal bilincin ne şekilde değiştiğini ortaya koymaktadır.

Fransa Devlet Başkanı Macron tarafından Benedicte Savoy ve Felwine Sarr'a hazırlatılan rapor açıkça sömürge döneminde Avrupa müzelerine getirilen tüm objelerin iadesini öngörmektedir.¹ Sömürge döneminde Afrika'daki sömürgelerden Avrupa'ya getirilen objeler hukuka aykırı bir tasarrufla (transgressive act) müzelere gelmiştir. Münferit objelerin menşei bu bağlamda önem taşımamaktadır. Sömürge döneminde gerçekleşen bu tasarruflar için prensip olarak restitüsyon (eski yerine iade) gerekli addedilmektedir.

Fransa Devlet Başkanı Macron şimdiye dek örneği olmayan bir adım atarak bu tasarrufları Nürnberg davaları ile Uluslararası Hukuka giren insanlığa karşı bir suç olarak (crimes against humanity) kategorize etmiştir.² Sömürge dönemine ilişkin yapılan bu genel kategorik değerlendirme çok kapsamlı olmakla beraber, o dönemin somut soykırım eylemleri çerçevesinde ışığında doğru gözükmemektedir. Bu bağlamda sömürge

¹ SAVOY, Benedicte/SARR, Felwine: The Restitution of African Cultural Heritage. Toward a New Relational Ethic, 21 November 2018, Publisher Philippe Rey/Seuil, Paris

² SAVOY/SARR: s.1 vd.

dönemindeki (Avrupa) Uluslararası Hukukun birçok konuyu medeni olmayan toplumlar bakımından ayrımcı bir şekilde ele aldığı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Avrupalıların kendi hukuki yaklaşımlarına göre sömürgelerle yapılan savaşta yağmalama hakkı söz konusuydu. Avrupa Uluslararası Hukuku'nun bugünkü restitüsyon talepleri bakımından bu nedenle bir dayanak oluşturması mümkün değildir. Alman Kültür Bakanlığı tarafından hazırlanan raporda aynı paralelde bugün için hukuken yahut etik olarak savunulması mümkün olmayan kazanımlar bakımından restitüsyon yapılmasının uygun olduğu dile getirilmiştir.³ Restitüsyon konusundaki bu genel talep Uluslararası Hukuktaki dayanağından bağımsız olarak sömürge dönemine ait objelerin restitüsyonu için yeni bir dönem başlatmaktadır. Sadece Fransa'da değil, tüm Avrupa'da gelecek yıllarda çok sayıda restitüsyon yapılacaktır. Savoy ve Sarr raporu restitüsyonu kültür mirasına ulaşmayı sağlayan yeni, post-nasyonal, diyalog yaklaşımını benimseyen bir yol, yöntem olarak görmektedir.⁴ Post-kolonyal teorisyen Achille Mbembe gibi Savoy/Saar raporu da Avrupa müzelerine getirilen objelerin iadesinin Avrupa için sadece bir başlangıç olduğuna, yağma ile zarar gören ilişkilerin de bu yolla onarılacağına işaret etmektedir.⁵

Kısa bir süre önce Namibya Devlet Başkanı'na sona eren müzakereler etesinde ünlü Nama ulusal kahramanlarından Witbooi'nin incilinin ve kamçısının iadesi, Namibya'da iade koşullarının kiminle müzakere edilmesi gerektiği ve iade edilen objenin akıbetinin takibi konularını gündeme getirmiştir. Hendrik Witbooi tarafından el yazısı ile yazılan incilin ve kamçının iadesi Baden-Württemberg eyaletinde herhangi bir şekilde tartışma konusu yapılmamıştır. Witbooi'nin mensup olduğu Nama ulusal grup temsilcisi ise yargı üzerinden incilin ve kamçının Namibya'ya iadesini önlemek istemiştir. Nama ulusal grubu bu objelerin kendi ulusal gruplarına ait olduğunu, ancak restitüsyon müzakerelerine yeterli şekilde dahil edilmediklerini iddia etmiştir.⁶ Bu örnekte de görüldüğü üzere restitüsyon durumlarında menşe ülkesinde kimin muhatap alınacağı ve objenin kime iade edileceği tartışmaları bağlamında, hangi temsilci ile diyalog kurulacağı, geri getirilmesi mümkün olmayan sembolik ve dini değerlerin kaybının ne şekilde telafi edileceği konularının 100 yıl kadar sonra yine Avrupa ölçülerine ve Avrupa'nın objelere ve konulara yükledikleri anlama göre müzakere edildiği görülmektedir.

³ Das Deutsche Museumsbund (DMB), Mai 2018, 71 vd.

⁴ THIEMEYER, Thomas Restitution und Kolonialismus: Zeitschrift für Volkskunde, Ausgabe 2/2019, Jahrgang 115, Waxmann:Münster-New York

⁵ MBEMBE, Achille: Restitution ist nicht genug, gazete makalesi, 9.10.2018 tarihli Frankfurter Allgemeine Zeitung, s.11; SAVOY/SARR: s.40 vd.

⁶ verilen kararda yürütmenin durdurulması talebi reddedilmiştir, bkzn.: Baden-Württemberg Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2019 tarihli basın açıklaması

Makalede restitüsyon yapan devletin menşe ülkede seçtiği müzakere partneri ile ilişkilerinde Uluslararası Hukuk çerçevesi analiz edilmektedir. Restitüsyon uygulamasında menşe ülke hükümeti, yerel yahut bölgesel menşe ülke toplulukları temsilcileri ve bireyler (özel mirasçılar) arasında ayırım yapılmaktadır. Mayıs 2018 tarihli Alman Müzeler Birliği'nin (Museumsbund) Federal Kültür ve İletişim bakanı ile birlikte yayınladığı sömürge menşeli koleksiyonlara ilişkin yönlendirici ilkeler metninde restitüsyon taleplerinin gerek menşe ülkesinden, gerekse münferit kişilerden, gruplardan yahut menşe ulusal gruplarından gelmesinin mümkün olduğuna işaret edilmektedir.⁷

Yönlendirici İlkeler Metni kültür objesine ilişkin çatışan çıkarlar ve menşe topluluklarının açık olmayan temsil yetkisi bağlamında menşe ülke hükümet temsilcisinin muhatap alınması tavsiyesi yapmaktadır.⁸ Uluslararası Müze Konseyi'nin Code of Ethics'inde de müzeler kültür objelerinin gerek menşe ülkesine, gerekse menşe topluluğuna iade konusunda diyaloga hazır olmaları tavsiyesi yapılmaktadır.⁹ Bunun dışında her iki doküman da çıkar sahibi aktörlerin kültür objelerinin restitüsyon müzakerelerinde yer almalarının meşruiyet dayanağı konusunda herhangi bir açıklama içermemektedir. Savoy/Sarr raporu buna karşılık özellikle ilgili ulusal devletin egemenlik çıkarlarına vurgu yapmaktadır. Bu nedenle iade prosedürünün önce taraf devletlerin hükümetleri arasında yürütülmesi gerekmektedir.¹⁰ Makalede ayrıca hangi aktörlerin Uluslararası Hukuka göre restitüsyon bağlamında dikkate alınması gereken çıkarlarının olduğu ve Uluslararası Hukukun restitüsyon yapan kamu birimlerinin takdir alanını ne ölçüde sınırladığı konuları ele alınmaktadır. Makalede önce hükümet temsilcilerinin (Federal Devlette, Birlik yahut Eyalet) ve resmi müzelerin menşe ülke ile müzakerelerde müzakere partnerlerini seçme bağlamında Uluslararası Hukuk esaslarına bağlılığı konusu, daha sonra restitüsyon yapan devletin menşe ülkedeki kimi aktörleri müzakere dışı bırakma olanağı ele alınarak elde edilen sonuçlar ışığında bir değerlendirme yapılmaktadır.

I – Restitüsyon Bağlamında Hangi Aktörlerle Restitüsyon Müzakereleri Yapılacaktır?

Sömürge yönetimi döneminde kazanılmış kültür objelerinin iadesine ilişkin müzakerelerde, menşe devlet yanı sıra, münferit kişiler, gruplar

⁷ Leitfaden zum Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten des Deutschen Museumsbunds (DMB), Mai 2018, s.71 vd.

⁸ DMB-Leitfaden, s.102 vd.

⁹ International Council of Museums, Code of Ethics for Museums, 8.10.2004, bkzn.: Internal Rules, §6.2 Membership, §6.3 Establishing a National Committee

¹⁰ SAVOY/SARR: s.82 vd.

yahut menşe ülke ulusal grupları çıkar sahibi aktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür kültür objelerine sahip olan devletler, diğer bir ifade ile onların resmi mercileri restitüsyon bağlamında diyalog partnerlerini seçme konusunda prensip olarak kapsamlı bir takdir hakkına sahiptir. Devletlerin dış ilişkilerini şekillendirme konularında Uluslararası Hukukun öngördüğü gereklilikler yahut kurallar çerçevesinde takdir hakları bulunmaktadır.¹¹ Bu çerçevede kültür objelerinin kendine iadesini isteyen, bu nedenle de restitüsyon müzakerelerinde yer almak isteyen bir devletin, ulusal grubun, özel kişinin muhatap alınmasında bu aktörün söz konusu objenin kaderi ve kendisinde kalması konusunda Uluslararası Hukuk tarafından korunan bir çıkar iddia etmesinin mümkün olup olmadığı en temel kriter olarak değerlendirilmektedir. Objeye ile ilgili kültürel yahut tarihi bir çıkarın olması halinde söz konusu aktör restitüsyon müzakerelerine katılabilmektedir.

II – Menşe Devletin Restitüsyon Müzakerelerine Katılması

Restitüsyon müzakerelerine katılacak menşe ülkenin belirlenmesi kültür objelerinin üretim yahut kullanılma yeri esas alındığı nispete zor olmamaktadır. Bununla beraber iki farklı devletin kültür objeleri konusunda aidiyet iadesi yapması ikisinin de restitüsyon müzakerelerinde yer alma talebi yapmasına yol açabilir. Alman Müzeler Birliği Yönlendirici İlkeler metni kültür objesinin coğrafi durum esas alınarak kategorize edilmemesini, ancak eski mal sahibinin tereddütsüz şekilde bugünkü devlet olması halinde coğrafi yerin esas alınmasını tavsiye etmektedir.¹² Post-kolonyal dönemde söz konusu olabilecek böyle durumlarda objeyi iade etmek isteyen devletin restitüsyon müzakerelerine, müzakereye katılmak isteyen tüm devletleri davet etmesi en iyi çözüm olarak görülmektedir.

Kültür varlıklarının caiz olmayan şekilde ithali, ihracı ve devredilmesini yasaklayan ve önleyen önlemler alınmasına ilişkin 1970 tarihli Kültürel Varlıkların Yasadışı Şekilde İhracatı, İthalatı ve Mülkiyetinin Devrinin Yasaklanmasına ve Engellenmesine İlişkin UNESCO Konvansiyonu,¹³ Uluslararası Hukuka göre devletlerin tarihine ilişkin objeleri, ulusal liderlerinin yaşamına ilişkin objeleri, ulusal önemi olan olaylara ilişkin objeleri (m. 1, bent-b) yahut devletin kurucularına ait (m. 4) objeleri devletlerin korunmaya değer çıkarları olarak kabul etmiştir.¹⁴ Kültürel mirasın korunmasına ilişkin olarak Fransa ve Fas arasında yapılan iki taraflı

¹¹ VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Auflage 1984, s.300

¹² DMB-Leitfaden, s.102

¹³ <http://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and-transfer-ownership-cultural>, Resmi Gazete No.17232,26.01.1981

¹⁴ PROT, Lyndel V./O'KEEFE, Patrick J.: Law and the Cultural Heritage, Vol.3: Movement, 1989, London Butterworths, s.737 vd.; Patrick J.: O'Keefe, Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic, 2. Aufl. 2007, s.45 vd.

anlaşmada objelerin kategorize edilmesinde objelerin ulusal önemi esas alınmıştır. Anlaşmaya göre kültür mirası objelerinin satılması durumunda müzayedede devletlerin öncelikli satın alma hakkı kabul edilmiştir.

Her devlet egemen olarak yukarıdaki esaslara göre kategorize edilebilen kültür varlıklarının kaderini kendi sorumluluğu ile belirleyecektir.¹⁵ 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu'nun kurallarına göre her devletin hangi kültür objelerinin korunacağını kendisinin belirlemesi gerekmektedir.¹⁶ Yine konvansiyonun 13.maddesi, d-bendine göre her devletin ulusal olarak özel önem taşıyan objelerini devredilemez ilân etme hakkı bulunmaktadır. Bu şekilde kategorize edilen objelerin ihraç edilmesi "ipso facto" mümkün değildir. Kültürel objelerin menşe devletlerin egemenlik alanıyla ilgili olduğu Uluslararası Adalet Divanı tarafından Preah Vihear tapınağı davasında kabul edilmiştir.¹⁷ Davada Divan restitüsyondan sonra kendi toprağından uzaklaştırılan kültür varlıklarının iade talebinin egemenlik hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiştir. Uyuşmazlık konusu tapınağın bulunduğu toprağı Divan Kamboçya'nın egemenlik alanı olarak tespit etmiş ve restitüsyon talebini egemenlik hakkının doğal ve otomatik bir sonucu olarak kabul etmiştir.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi uluslararası camiada her devletin kendi kültürel mirasını koruma hakkının tartışmasız olarak tanındığını tespit etmiştir; bu hak söz konusu hakkı ihlâl eden uygulamalarla mücadele bakımından da geçerlidir.¹⁸ Kültür varlıklarının menşe devletinin ulusal yasalarına rağmen ülkeden çıkarılması sanat eserlerinin uluslararası dolaşımında ahlaki esaslara riayet mükellefiyeti muvacehesinde yasaktır. Uluslararası Hukuk kültür varlıklarını menşe devletlerin egemenlik alanlarında mütalâa etmektedir. Devletlerin egemen eşitliği dayanağında devletlerin kültür varlıkları kendilerine aidiyetleri kanıtlandığı nispette Uluslararası Hukukun teminatı altındadır. Menşe devletlerin bu çerçevede kabul edilen egemenlik hakları restitüsyon müzakerelerine katılımları bakımından bir gereke teşkil etmektedir.

Kültür varlıklarını insanlığın ortak mirası (*common heritage of mankind*) olarak nitelendiren ve bu nedenle kültür varlıklarının korunması konusunda uluslararası işbirliğini altını çizen yaklaşımın kültür varlıklarının menşe devletlerin ellerinden alınmasına yahut bu varlıklar üzerinde menşe

¹⁵ STREINZ, Rudolf: Handbuch des Museumsrechts 4: Internationaler Schutz von Museumsgut 1998, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, s.69

¹⁶ UNESCO Konvansiyonu'nun 1, 5 ve 14. m.

¹⁷ Case Concerning the Temple of Preah Vihear, Merits, ICJ Reports 15 June 1962, p.6

¹⁸ BGH'nin 22.6.1972 tarihli kararı için bkzn.: BGH II ZR 113/70, NJW 1972, Heft 35, Jahrgang 25, s.1575

devletlerin egemenlik iddialarının engellemesine izin verecek şekilde yorumlanması kabul edilmemektedir.¹⁹ Kültür varlıklarının korunması konusunun uluslararasılaşması menşee devletlerin kültürel miras haklarını etkilememektedir. 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu ulusal kültür mirasının yasadışı şekilde sınır ötesine çıkarılmasını önleme hedefi gütmektedir. Bununla beraber Konvansiyon sömürge döneminde kaçırılan eserlerin iadesini kapsamamaktadır.

III – Menşee Ülke Topluluklarının Restitüsyon Müzakerelerine Katılması

Menşee ülke topluluklarının sömürgeci devlete götürülen kültür varlıklarına ilişkin restitüsyon müzakerelerine bağımsız aktör olarak katılması Uluslararası Hukuk tarafından dikkate alınması mümkün olan bir çıkarlarının bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Bu çıkar özellikle insan hakları ve yerli halkların haklarına istinat etmektedir.

Menşee ülke toplulukları kavramı Alman Müzeler Birliği'nin yönlendirici ilkeler metninden kaynaklanmaktadır. Uluslararası Hukukta devlet dışı toplulukların uluslararası ehliyeti sınırlıdır.²⁰ Devletler yanı sıra Uluslararası Hukukta azınlıklar ve yerli halklar konu bağlamında çok sınırlı olarak muhatap kabul edilmektedir. Bu çerçevede menşee ülke toplulukları Uluslararası Hukukta iki farklı bağlamda ortaya çıkmaktadır. İlk durumda yerli halkların hakları ve halkların SDR bağlamında olduğu gibi yerli halklar Uluslararası Hukukta ehliyeti olan kolektif bir entiti olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci durumda ise Uluslararası Hukukun bugünkü gelişimi içinde insan hakları olarak temin edilen azınlık haklarında olduğu gibi yerli halklar münferit üyeleri bireysel hak sahibi topluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu son durumda azınlık mensuplarının münferiden sahip oldukları insan haklarını yerli halkların kolektif olarak kullanmaları yasak değildir. Bu durum BM anlaşmalarının denetim organları tarafından da tanınmıştır.²¹ Her iki durumda da menşee toplulukları için özellikle kültürel objenin topluluk mensupları bakımından geleneksel ve tarihi

¹⁹ WOLFRUM, Rüdiger: Common Heritage of Mankind, bknz.. MPEPIL (2009), §§1, 10; DOLZER, Rudolf: Die Deklaration des Kulturguts zum "common heritage of mankind, bknz.: Rudolf Dolzer/Erik Jayme/Reinhard Mußnug, Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994; FECHNER, Frank: Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Eine Einführung, bknz.: Frank Fechner/Thomas Oppermann/Lyndel E.Prott, Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht, 11, 34 vd.)

²⁰ DAHM, Georg/DELBRÜCK, Jost/WOLFRUM, Rüdiger: Völkerrecht, Bd.2: Der Staat und andere Völkerrechtssubjekte 2012, De Gruyter Verlag, s.268 vd.; ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s.29 vd; s.105 vd.; AKİPEK, Serap: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları, Turhan Yayınevi, Ankara 1999, s.1-382

²¹ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27.maddesine ilişkin İnsan Hakları Komitesi raporu bknz.: General Comment No.23, Rights of Minorities (Article 27), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1 (8.4.1994), 2f

bakımdan taşıdığı önem esas alınmaktadır.²² Topluluk yahut onun kimliği bakımından önem taşıyan veya o ülkedeki kültürün temsili bakımından önem taşıyan objeler literatürde kültürü simgeleyen, temsil eden objeler olarak nitelendirilmektedir.²³

1- Uluslararası Seviyede Temin Edilmiş İnsan Hakları Koruması:

İnsan hakları bireylere veya kolektif entiteye uluslararası seviyede temin edilmiş haklarını egemen güce karşı iddia etme garantisi vermektedir.²⁴ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin²⁵ ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin²⁶ tarafları sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerle bağlıdır. Bu sözleşmeler taraf devletlerin tüm mercilerini bağlamaktadır; dolayısı ile restitüsyon talepleri onlar için de sonuç doğurmaktadır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. madde, 1.fıkra, a-bendi herkesin kültürel yaşama katılma hakkını temin etmektedir. Bu hükümden kimliği simgeleyen, kültürel bakımdan önem, değer ve anlam taşıyan objelere ulaşma, onları denetleme ve onları kullanma hakkı istihraç edilmektedir. Kültürel objelere ulaşma ve kullanma hakkı fiilen gerçekleştiği nispette anlaşma hükmünün gereğinin yerine gelmesi mümkündür.²⁷ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin denetim organı olarak Komite genel olarak yapmış olduğu açıklamada kültürel hakların bireysel olarak ve diğer bireylerle birlikte bir topluluk içinde kullanılabileceğini vurgulamıştır. Kültürel yaşama katılma insan hakkı olarak yerli halklar için çok önemlidir. Kolektif hak olarak kullanılan bu haklar yerli halkların haklarının korunmasını ve kültürel miraslarının zarar görmemesini temin etmektedir.²⁸ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi anlaşma tarafı devletlere etnik azınlık mensuplarının kültürel yaşamlarına saygı gösterme ve onları bireysel yahut kolektif olarak kullandıkları bu haklardan mahrum etmeme mükellefiyeti getirmiştir. Bu hak kültürel kurumlara ve objelere ulaşma hakkını da içermektedir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi öncelikli olarak bireysel hakları temin etmekle beraber bu hakların kolektif boyutunu da vurgulamaktadır. Azınlık mensubu bireylerin bireysel haklarını kullanmaları kültürlerini koruma bağlamında sahip oldukları kolektif kapasiteye bağlıdır. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin

²² BLAKE, Janet: International Cultural Heritage Law, 2015, Oxford University Press, s.289,291

²³ SCHORLEMER, Sabine: von Internationaler Kulturgüterschutz, 1992, Duncker&Humblot Berlin, s.43; RUDOLF, Walter: Über den internationalen Schutz von Kulturgütern, bkzn.: Kay Hailbronner/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring, 1989, 853,865 vd.

²⁴ KÄLIN, Walter/ KUNZLI, Jörg: Universeller Menschenrechtsschutz, 4.Aufl. 20193, s.33

²⁵ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr.pdf>, Resmi Gazete No.25142, 18.06.2003

²⁶ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr.pdf>, Resmi Gazete No.25196, 11.08.2003.

²⁷ WSK-Ausschuss, General Comment No.21, s.3

²⁸ WSK-Ausschuss, General Comment No.21, s.9

27. maddesi bu boyutu ile azınlıkların ve yerli halkların kültürlerini kolektif olarak korumaktadır.²⁹ Söz konusu insan hakları teminatlarının muhatabı öncelikle hak sahibi olarak bireylerdir. Denetim organlarının uygulaması ancak bu hakların menşee toplulukların mensupları bakımından kolektif olarak düşünüldüğünü ve kültürel hakların kolektif boyut taşıdığını göstermektedir.

2 – Yerli Halklar İçin Özel Koruma Boyutu:

Alman İmparatorluğu'nun sömürge geçmişinin bir sonucu olarak Alman müzeleri özellikle Afrika menşeli toplulukların ve onların şimdiki devletlerinin restitüsyon taleplerine muhatap olmaktadır. Afrika menşee topluluklarının taleplerinin muhatabı olan merciler bakımından yerli halkların bu bağlamda sahip oldukları haklar tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.³⁰ Menşee topluluklarının yerli halk olarak nitelendirilmesi özellikle uzaktan oldukça zordur. Afrika Birliği'nde etnik grupların haklarının korunması için yetki kullanan Afrika insan hakları ve halkların hakları Komisyonu'nun görüşüne göre yerli halk kavramının mutlak bir tanımı ne gereklidir, ne de böyle bir tanım sorunun çözümünde yarar sağlama potansiyeline sahiptir.³¹ Yerli halklar ancak kimi ana özellikleri ile belirlenebilir. Yerli halk olarak nitelendirilmede özellikle belli bir toprağa, onun doğal kaynaklarına aidiyet duygusu içinde olma ve diğer toplumlardan kültür, dil ve yaşam tarzı bakımından farklılığın ve kimliğin bilincinde olma önem taşımaktadır.³² ACHPR buna ilave olarak yaşadıkları ülkedeki hâkim yaşam modelinden sapan kültürleri nedeniyle dışlanma veya ayrımcı muameleye maruz kalınma kriterine vurgu yapmaktadır. Bugün alan olarak büyük ölçüde eski Alman sömürgesi Güneybatı Afrika'yı içine alan çok uluslu Namibya bu çerçevede bir örnek oluşturmaktadır. Makalenin başında verilen Hendrik Witbooi'nin incilinin ve kamçısının iade talebi Alman müzeleri bakımından menşee toplulukların bilinmesinin ne ölçüde önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

International Work Group for Indigenous Affairs'in "The Indigenous World 2019" raporu Namibya yerli halklarının halkın toplamda %8'ini oluşturduğunu ortaya koymuştur.³³ Bu %8 oran içinde Ovahimba yanı sıra Nama da yer almaktadır. Afrika devletlerinin çoğu bağımsızlıklarını

²⁹ KUPRECHT, Karolina: Indigenous Peoples' Cultural Property Claims, 2013, Springer Verlag, s. 85, 140

³⁰ ANAYA, Stephen James: International Law and Indigenous Peoples, 2003, Oxford University Press

³¹ Afrika Commission on Human&Peoples' Rights (ACHPR), Advisory Opinion on the United Nation Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007, s.3 vd.

³² KINGSBURY, Benedict: Indigenous Peoples, bknz.: MPEPIL (2006), Oxford University Press, §§ 3 vd.

³³ International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), the Indigenous World 2019, 534; krş.: ACHPR, Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, 2003

kazanmaları ertesinde ülkelerindeki yerli halkları ve onların haklarını tanımaktan imtina etmiştir. ACHPR'ın yerli halklarla ilgili bir çalışma grubu kurması ile birlikte yerli halkların çıkarlarının Afrika hükümetleri tarafından artan bir şekilde dikkate alındığı ve tanındığı görülmektedir.³⁴

Afrika'da bir halkın yerli olarak nitelendirilmesi Amerika kıtasına nazaran daha çok önem taşımaktadır. Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı (Banjul Şartı)³⁵ hiçbir başka insan hakları enstrümanında söz konusu olmadığı şekilde açıkça halklara ve gruplara hak sahibi olarak insan hakları teminatları öngörmektedir. Yerli ulusal grup Endorois ve Kenya arasında ulusal grup haklarının ihlâli nedeniyle doğan uyuşmazlıkta ACHPR önemli bir karar vermiştir. Kararda ACHPR Kenya'nın Endorois'in zenginliklerini, yeraltı zenginliklerini serbest olarak kullanım hakkını (Banjul Şartı'nın 21. madde) ihlâl ettiğini tespit etmiştir. Bu hak ihlâlinin yol açtığı sınırlamalar grup mensuplarının ulusal grubun kültürel tesislerine, dolayısıyla topluluğun kültürel yaşamına katılma hakkını ihlâl etmiştir.³⁶ Komisyon ve Divan'ın uygulamasında Banjul Şartı'nda yer alan kolektif haklar yerli halkların korunmasında dayanak olmaktadır.

Kendi kaderini tayin etme hakkı³⁷ yerli halklara kültürel yaşamlarını, gelişmelerini serbestçe belirleme hakkı vermektedir.³⁸ Yerli Halklar Deklarasyonu'nun 11. ve 12. maddeleri yerli halkların kültürel haklarını içermektedir. Yerli Halklar Deklarasyonu'nun 31. maddesine göre kültürlerine sahip çıkma, kültürlerini yönetme ve geliştirme hakkına sahiptir. Beyanname ayrıca yerli halklara kendilerine ilişkin karar prosedürlerinde temsilcileri yahut kurumları ile yer alma hakkı tanımıştır. Yerli Halklar Deklarasyonu dibacesinde açık bir şekilde yerli halkların kültürel amaçlarla bir araya gelmelerinin yerli halkların kendilerine ilişkin gelişmeleri takip etmelerine ve kültürel haklarının güçlenmesine imkân sağlayacağı vurgulanmıştır (Yerli Halklar Deklarasyonu dibacesi, 9,10 nolu paragraflar). Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Yatama Nikaragua davasında devletlerin ilgili topluluğun değerlerinin, örf ve adetlerinin ve uygulamalarının dikkate alınmasını teminen onların davaya katılımını temin etme mükellefiyetinde olduklarını tespit etmiştir.

³⁴ GENUGTEN, Willem van: Protection of Indigenous Peoples on the African Continents, AJIL Vol.104, Issue 1 (2010), s.29-65

³⁵ https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter-on_human_and_peoples_rights_e.pdf.

³⁶ Banjul Şartı'nın 17.md, 2. ve 3.fıkrası; ACHPR, 276/03, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 27 AAR, Nov.2009; CERONE, John: Endorois Welfare Council vs. Kenia, International Legal Materials, Vol.49,No.3 (2010), s.858,960

³⁷ BM Genel Kurulu'nun 13.9.2007 tarihli (A/61/295) Yerli Halkların Hakları Deklarasyonu, 3.m.; https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_61-295/ga_61-295-ph_e.pdf

³⁸ KUPRECHT, Karolina: s.82

Yerli Halklar Deklarasyonu'na göre (m. 31) devletler yerli halklarla ilişkilerde şeffaf olmaya ve mutabakat sağlamaya özen gösterecektir. Bunun dışında kültür alanındaki Uluslararası Hukuk dokümanları da yerli halkların ve ulusal grupların çıkarlarının dikkate alınmasını öngörmektedir. Somut olmayan kültür mirasının korunmasına ilişkin UNESCO Konvansiyonu'nun dibacesi³⁹ yerli halkların ve diğer toplulukların somut kültür mirası objelerinden (maddi) ayrılması mümkün olmayan, somut olmayan (manevi) kültür mirasının korunmasında Konvansiyonun 15. maddesine göre somut kültür mirası kuralları uygulanacaktır. Konvansiyonun 15. maddesi Anlaşma tarafı devletleri söz konusu toplulukların bu çerçevedeki faaliyetlere katılımını temin etmekle mükellef kılmıştır.

Kültürel çeşitliliğin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin 20.10.2005 tarihli UNESCO Konvansiyonu⁴⁰ azınlıkların ve yerli halk gruplarının kültürel miraslarının korunmasının global kültürel çeşitlilik için önemine dikkat çekmektedir.⁴¹ Çalınan veya yasal olmayan şekilde ihraç edilen kültür varlıklarına ilişkin 24.06.1995 tarihli Konvansiyon bireylere ve gruplara ulusal mahkemelerde hukuki destek garanti etmektedir. Bu düzenleme açıkça ulusal grupların, yerli halkların ve diğer toplulukların çıkarlarına ilişkindir.⁴² Konvansiyonun 3. madde (8) restitüsyon talepleri bağlamında önemli kültür objeleri için özel düzenlemeler öngörmektedir.

Yerli halklara ilişkin sözleşmelerle insan hakları koruması ve SDR onlar için öngörülen özel haklarla güçlendirilmiştir. Sözleşmelerde temin edilen insan hakları koruması ve SDR ile yerli halklara temin edilen özel haklar karşılıklı etkileşim içindedir. Teamül hukuku olarak geçerliliği tartışmalı yerli halklar deklarasyonu BM Genel Kurul (bağlayıcı niteliği olmayan) çözümü ile kabul edilmiştir. Deklarasyon bununla beraber her iki BM sözleşmesinin hükümlerinin yorumunda esas alınmaktadır. Bu durum yerli halkların spesifik haklarının güçlenmesine yol açmaktadır.⁴³ İnsan hakkı olarak kültürel yaşama katılım hakkı bu gelişmeler ışığında geniş yorumlanarak menşe topluluklarının kimlikleri bakımından önem taşıyan objelere ilişkin restitüsyon toplantılarına menşe topluluklarının katılmalarına imkân tanınmıştır. Bu durum yerli halklar ve ulusal gruplar bakımından onların özel hakları için önem taşımaktadır. Uluslararası

³⁹ UNESCO Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, Paris 17.10.2003, 2268 UNTS 53

⁴⁰ UNESCO Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 20.10.2005, 2440 UNTS 311, BGBl. 2007 II, 234

⁴¹ m. 2(3), 7(1)(a)

⁴² UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 24.6.1995, 2421 UNTS 457

⁴³ BM Sözleşmesi'nin 15.maddesine ilişkin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin yorumu için bknz.: General Comment No.21, Right of Everyone to take Part in Cultural Life (Art.15), UN Doc E/C.12/GC/21 (21.12.2009), 3

Hukuk dokümanlarına ilişkin bu tablo Uluslararası Hukuk muvacehesinde menşe toplulukların hangi kapsamda kültürel yaşama katılım olanağına sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Münferit kişilerin veya heyetlerin menşe toplulukları temsil yetkisi Uluslararası Hukuk tarafından düzenlenmemiştir. Bu kurallar menşe devletin hukukuna, bölgesel topluluğun hukukuna göre belirlenmektedir. Baden-Württemberg Anayasa Mahkemesi Witbooi-İncili iade talebi bağlamında hukuki uyumsuzluğun Baden-Württemberg eyalet anayasa hukuku ile bir bağlantısı olmadığını, uyumsuzluğun Namibya’da görülmesi gerektiğini karara bağlamıştır.⁴⁴ Yerli Halklar Deklarasyonu, yerli halkların karar almada muhtar ve kendi prosedürlerine göre belirledikleri temsilcilerle müzakerelere katılım sağlayabileceklerini öngörmektedir. Yerli halklar aynı zamanda kendi karar alma prosedürlerini koruyabilir ve geliştirebilirler. Yerli halkların müzakerelere katılım hakları temsil yetkileri bağlamında karar prosedürlerini bağımsız organize etme hakkını da beraberinde getirmektedir. Menşe topluluklarda münferit kişi yahut grupların kültür objesine ilişkin rakip çıkarlar iddia etmesi durumunda bir gerilimin ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. İnsan haklarının ve yerli halkların korunmasına ilişkin Uluslararası Hukuk kuralları bireylerin ve menşe toplulukların çıkarları arasında bir hiyerarşi öngörmemektedir. Kalan yegâne çare somut duruma ilişkin çıkarların dengelenmesidir.

3 – Özel Kişilerin Katılımı:

Uluslararası Hukuk belli bir kültür objesine ilişkin olarak özel kişilerin çıkarlarının olabileceğini reddetmemektedir.⁴⁵ Böyle bir durumda kültür objesinin özel mülk olarak kategorize edilmesi ve konunun öncelikle ulusal hukuka göre ele alınması gerekmektedir. Özel kişilerin bu tür çıkarlarının menşe devletinin yahut topluluğunun Uluslararası Hukuka istinat eden restitüsyon taleplerinin meşruiyetini etkileyecek bir tarafı bulunmamaktadır. Özel kişilerin restitüsyon prosesine katılımı şüphesiz kültür objesi ile inandırıcı bir bağının olmasına bağlıdır.

IV – Restitüsyon Müzakerelerinin Dışında Bırakılma

Restitüsyon müzakerelerine katılma olasılığı olan aktörlerin belirlenmesinden sonra iade talebi muhatabının tüm bu aktörleri müzakereye davet etmekle mükellef olup olmadığı konusunun ele alınması gerekmektedir. Konu, Witbooi-İncili örneğinde olduğu gibi menşe ülkenin çıkarları ve menşe topluluğun çıkarlarının çatışması durumunda problemlili bir hal almaktadır.

⁴⁴ VerfGH-BW, Beschluss vom 21.2.2019, I VB 14/19, 3

⁴⁵ Alman Müzeler Birliği Yönlendirici İlkeleri, m. 103

Menşe devletin müzakerelere katılımı ve menşe topluluğun müzakerelere katılımı kural olarak karşılıklı şekilde birbirini engellememektedir. Bir kültür objesinin her iki taraf için de kültürel bir bağ teşkil etmesi mümkündür. 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu'nda yer verilen esaslar ışığında bir kültür objesinin tarihi bir nedenle bir liderin hayatı ile yahut ulusal bir olay nedeniyle önem taşıması yanı sıra, menşe topluluk için de önem taşıması mümkündür.

1 – Menşe Devletin Müzakere Dışı Bırakılması:

Bir kültür objesinin menşe devletinin restitüsyon müzakerelerinin dışında bırakılması objeyi elinde tutan devletin onun egemenlik alanına müdahalesi olarak görülmektedir. Devletlerin egemen eşitliği devletlerin birbirinin iç işlerine karışma yasağını beraberinde getirmektedir. 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu anlaşma taraflarını birbirlerinin kültür mirasına, medeniyetlerinin temel unsurlarına ve ulusal kültürlerine saygı göstermekle yükümlü kılmaktadır.⁴⁶

Uluslararası nezaket kuralları (courtoisie) objeye sahip olan devletin menşe devletin restitüsyon müzakerelerine katılmasına izin vermesini icap ettirmektedir. "Courtoisie" nezaket ve geleneklere istinat eden uluslararası ilişki kurallarını ifade etmektedir. Bu kurallar bağlayıcı olmamakla beraber genelde kabul gören, uygulamada etkisi olan, uluslararası ilişkilerde riayet edilmesi beklenen kurallardır.⁴⁷ Uluslararası Adalet Divanı'nın courtoisie kurallarını dikkate alması bu kuralların pratik önemini teyit etmektedir.⁴⁸ Gerek devletlerin kültür mirası konusunda açılan müzakerelere daveti, gerekse müzakerelerin yürütülmesi bağlamında uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde bu kurallardan doğan beklentiler esas olmaktadır. Diplomatik ilişkiler courtoisie kurallarına gö're yürütülmektedir. Courtoisie kuralları diğer devletlerin çıkar alanlarının dikkate alınmasını ve tüm çıkar sahibi devletlerin önemli kararlarında en azından bilgilendirilmesini gerektirmektedir.⁴⁹

Fransa'nın Uluslararası Hukuk uygulamasında menşe devletin müzakerelere katılması Fransa'nın çıkarına ters düşse dahi menşe devletin çok taraflı müzakerelere daveti courtoisie gereği olarak kabul edilmektedir. Aynı durum literatürde temsil edilen kimi görüşlere göre uyuşmazlığın çözümü için

⁴⁶ 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu dibacesi §§ 3,5

⁴⁷ PETERS, Anne: Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2016, Schulthess Verlag, Zürich, s.78,91

⁴⁸ Asylum Case, ICJ Reports 1950, 266,286; North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports 1969, 3,44

⁴⁹ STOERK, Felix: Völkerrecht und Völkerrechtcourtoisie, bknz.: Wilhelm van Calcker (Hrsg.), Saatlige Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion 1908, 95,129

gerçekleştirilen iki taraflı müzakereler için de geçerlidir.⁵⁰ Bunun dışında devletlerin işbirliğine ilişkin Uluslararası Hukuk kuralları insan haklarının temini ve kültürel gelişme alanında işbirliği yapılmasını öngörmektedir.⁵¹

Devletlerin kültür mirası bağlamında uluslararası ilişkilerde nezaket kurallarına saygı gösterme geleneği ulusal mahkemeler tarafından da teyit edilmiştir. İngiltere Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Yeni Zelanda hukukuna göre koruma altında olan Maori sanat eserlerinin iade talebinin yapıldığı Attorney General of New Zealand v. Ortiz davasında uluslararası ilişkilerde devletlerin ulusal kültür mirasına saygı gösterilmesi gerektiğini kabul etmekle beraber, Maori eserlerinin kaynak ülkeye iade talebini reddetmiştir.⁵² Davada mülkiyet ile ilgili kuralların hukuki nitelikleri esas alınarak karar verilmiştir. Kültür objesi menşe devlet bakımından büyük bir öneme sahip olduğu takdirde menşe devletin restitüsyon müzakerelerinin dışında bırakılması devletlerin iç işlerine müdahale, egemenlik alanına müdahale yasağının ihlali olarak kabul edilmektedir. Uluslararası ilişkilerde geçerli courtoisie kuralları da aynı paralelde menşe devletinin müzakereler dışında tutulmasına izin vermemektedir.

2 – Menşe Topluluğun Müzakerelerin Dışında Bırakılması:

Uluslararası Hukuk kültürel objeye sahip olan devletin özellikle insan haklarına ve yerli halkların haklarına istinat eden düzenlemeler muvacehesinde menşe topluluğu müzakerelerin dışında bırakma yönünde takdir hakkı kullanma olanağını sınırlamaktadır. Restitüsyon müzakerelerinin menşe topluluğu dışarda bırakılarak gerçekleştirilmesi ve bu müzakereler ertesinde objenin iadesi objeyi elinde bulunduran devletin Uluslararası Hukuk mükellefiyetinin ihlali anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda kural olarak kültür objesiyle bağlantılı menşe topluluğunun kültür objesine sahip olan devletin toprakları dışında yaşadığı dikkate alındığında (kültür objesi restitüsyon talebi esnasında prensip olarak müzakereleri açan devletin ülkesinde bulunmaktadır) insan hakları ihlallerinin extraterritorial (kendi sınırları dışında olan) sonuçlar doğurması gibi bir durumla karşılaşılmaktadır.

Devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında extraterritorial mükellefiyetlerine ilişkin 2011 tarihli Maastricht prensiplerine göre

⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: The Construction of a Humanized International Law, A Collection of Individual Opinions (1991-2013), Leiden;Boston: Brill Nijhoff, [2015], 1232

⁵¹ UN-Generalassembly, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation, A/RES/25/2625, Principles 4(b) and (c), 1970

⁵² Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others, Urteil vom 1.7.1981, The Weekly Law Reports 10, 31 (High Court, Queen's Bench Division)

(8a prensibi) ülke dâhilinde yahut ülke dışında gerçekleştirilen devlet tasarrufları tasarrufun gerçekleştirildiği alandan bağımsız olarak insan hakları bakımından sonuçlar doğurmaktadır.⁵³ Bir önlemin extraterritorial sonuç doğurması etkilene durumuna istinat etmektedir. Menşe ülkesinin restitüsyon müzakerelerine katılması ve bunun sonunda kültür objesinin ülke merciine iadesi restitüsyon müzakerelerinin insan hakları muvacehesinde doğurduğu sonuç olarak değerlendirilmektedir. Kültür objesine sahip olan devletin müzakereye davetle ilgili tasarrufu extraterritorial sonuç doğurmaktadır. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi sözleşme taraflarına sözleşmede yer alan teminatları ülkesinde bulunan ve egemenliğine tabi herkese sağlama mükellefiyeti getirmektedir (m. 2, fık. 1). Bu yükümlülüğün sözleşme taraflarının ülkeleri dışında doğması sözleşme tarafı devletin ilgili kişiler üzerinde etkin kontrol ve egemenlik yetkisi kullanması halinde mümkündür.⁵⁴ BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi sözleşmenin uygulanma alanıyla ilgili herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesinin görüşüne göre sözleşme hükümlerinin sözleşme tarafı devletlerin ülkesi dışında uygulanması sözleşme tarafı devletin söz konusu ülkede işgal benzeri bir hâkimiyet kurması durumunda mümkündür⁵⁵ 9(b) nolu Maastricht prensibine göre devletlerin kendi ülkeleri dışında ekonomik, sosyal ve kültürel hakları temin etme mükellefiyeti sorumlu mercilerin insan hakları ihlallerinin etkilerini öngörmeleri yahut öngörebilmeleri koşuluna bağlıdır.⁵⁶ İnsan hakları mükellefiyetlerinin extraterritorial yerine getirilmesi sorunu Uluslararası Hukukun dinamik gelişimi çerçevesinde ele alınan ve henüz tam açıklığa kavuşmamış konularından biridir.⁵⁷ Yabancı bir ülkede henüz etkin kontrol sağlanmadan insan hakları ihlallerinin öngörülebilmesinin ne ölçüde mümkün olduğu güncel Uluslararası Hukuk muvacehesinde tartışma konusudur. Menşe topluluğunun objeyi elinde bulunduran devletin iurisdiction alanında (*fiilen veya hukuken etkin otorite kullanılan alan*) bulunmaması nedeniyle extraterritorial sorumluluk bağlamında şimdiye dek en önemli kriter olarak kabul edilen bireyler üzerinde etkin denetim kriterinin sağlandığını iddia etmek mümkün değildir.

⁵³ SCHUTTER, Oliver de/EIDE, Asbjorn/KHALFAN, Ashfaq/ORELLANA, Marcos/SALOMON, Margot/SEIDEMAN, Ian: Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, HRQ 34 (2012), 1084,1103; COUMANS, Fons: Coumans: Die Verortung der Maastrichter Prinzipien, Zeitschrift für Menschenrechte, Vol. 6(2012), s.33 vd.

⁵⁴ Bknz.: İnsan Hakları Komitesi, General Comment No.31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (29.3.2004), §10

⁵⁵ COOMANS, Fons: The Extraterritorial Scope of the ICESCR in the Work of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, HRLR Vol 11, Iss.1 (2011), s.7vd.

⁵⁶ SCHUTTER de, O. et al.: 1109

⁵⁷ BERNSTORFF, Jochen von: Extraterritoriale Menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility: Wie weit geht die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für das Verhalten eigener Unternehmer im Ausland?, AVR Jahrgang 49 (2011), s.34 vd.

Kültür objesinin sahibi devletin bununla beraber Uluslararası Hukuk mükellefiyetini ihlâl ettiği bazı istisnai durumlarda kabul edilmektedir. Devletlerin Uluslararası Hukuk sorumluluğu Uluslararası Hukuka aykırı eylemler yapan devletin tasarruflarına yardım ve destek sağlanması halinde de doğmaktadır⁵⁸ Uluslararası Hukuka aykırı eylemi mümkün kılan yahut kolaylaştıran eylemler sorumluluğa yol açan destek tasarrufları olarak kabul edilmektedir.⁵⁹

Kendisine kültür objesi verilen menşe devletin kendisi gibi restitüsyon müzakerelerine katılma hakkı olan bir menşe topluluğa bu olanağın verilmediğini bilmesine rağmen sessiz kalması bu devletin de insan hakları mükellefiyetlerinin ihlâlüne yol açmaktadır. Gerek Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. madde, 1. fıkra, a-bendi, gerekse BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi münferit bireylere ve topluluklara kendi kimlikleri bakımından hayati bir öneme sahip olan kültür objelerine erişme hakkını temin etmektedir. Uluslararası Hukuk ihlâlüne destek veren bir devletin sorumluluğunun kabul edilmesi subjektif bir unsur olarak devletlerin Uluslararası Hukuka aykırılığı bilmesi ve bu ihlalleri kendi iradesine istinaden yapmaları halinde kabul edilmektedir.⁶⁰ Bu subjektif koşul yerine geldiği takdirde kültür objesine sahip olan devletin insan hakları ihlâlüne destek veren devletin Uluslararası Hukuk sorumluluğu doğacaktır. Kültür objesine sahip olan devletin kültür objelerinin restitüsyonuna ilişkin müzakereleri hazırlama mükellefiyeti yanı sıra Kültür Objesinin İade Koşulları ve Objenin Korunması Anlaşması'na uygun davranma mükellefiyeti bulunmaktadır. Aksi bir durum kültür objesine sahip olan devletin Uluslararası Hukuka aykırılık nedeniyle uluslararası sorumluluğuna yol açabilir. Aynı durum menşe topluluklarının açık ve gerekçeli şekilde kültür objesine ilişkin hak iade etmesine rağmen restitüsyon müzakerelerinde onların taleplerinin göz ardı edilmesine ilişkin olarak da geçerlidir.

SONUÇ

Uluslararası Hukuk gerek hükümetlerin, gerekse menşe topluluk temsilcilerinin restitüsyon müzakerelerine katılma bakımından dikkate alınması gereken çıkarları bulunduğunu kabul etmektedir. Menşe devletlerin kültür objelerinin iadesi taleplerine kültür objesine ilişkin kayda değer bağlarına istinaden Uluslararası Hukuk muvacehesinde saygı

⁵⁸ BERNSTORFF, J.von: s.34 vd..

⁵⁹ International Law Commission (ICC), Draft Articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts, A/RES/56/83, Art.16 (28.1.2002); ILC, Commentary on the Draft Articles on State Responsibility (2001), 66 vd.)

⁶⁰ ILC, Commentary on the Draft Articles on State responsibility, (2001), 66 vd.

gösterilmektedir. Ancak menşe topluluklarının da Uluslararası Hukuk tarafından korunan, bu nedenle de onların restitüsyon müzakeresine katılmasını haklı kılan çıkarlarının bulunması mümkündür. Ancak onların restitüsyon müzakerelerine katılma taleplerinin kabul görmesi kültür objelerinin onların kimliği bakımından dikkate alınacak hayati bir öneme sahip olması halinde mümkündür. Bu durum menşe toplulukları yanı sıra yerli halklar için de söz konusudur.

Kolektif hakların ve azınlık haklarının son yirmi yıldaki dinamik gelişmesi sonucu günümüzde restitüsyon konusunun artık pür devletler arası bir konu olmadığı kabul edilmektedir. Restitüsyon müzakereleri bağlamında bu nedenle ilgili topluluğun Uluslararası Hukuk tarafından menşe devlette belli bir kültür objesi için hak iddia edebilecek kolektif bir entite olarak kabul edilmesi önem taşımaktadır. Kategorik bir insan topluluğu olarak menşe topluluklarının kültür objelerine ilişkin restitüsyon müzakerelerine katılma hakkı günümüzde artık Uluslararası Hukukta tereddüt bırakmayan bir konu olarak değerlendirilmektedir.

Kısaltmalar:

ACHPR	African Commission on Human and Peoples' Rights
AJIL	American Journal of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
CCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
DMB	Deutscher Museumsbund
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
HRLR	Human Rights Law Review
HRQ	Human Rights Quarterly
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICOM	International Council of Museums
MPEPIL	Max Planck Encyclopedias of Public International Law
MRG	Minority Rights Group
UNTS	United Nations Treaty Series
vd.	ve devamı
WSK	Ausschuss für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte

Kaynakça

[1] AKİPEK, Serap: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları, Turhan Yayınevi, Ankara, 1999, s.1-382

[2] ANAYA, Stephen James: International Law and Indigenous Peoples, 2003, Oxford University Press

[3] BERNSTORFF, Jochen von: Extraterritoriale Menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility: Wie weit geht die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für das Verhalteneigener Unternehmer im Ausland?, AVR Jahrgang 49 (2011), s.34 vd.

[4] BLAKE, Janet: International Cultural Heritage Law, 2015, Oxford University Press, s.289,291

[5] CERONE, John: Endorois Welfare Council vs. Kenia, International Legal Materials, Vol.49, No.3 (2010), s.858-960

[6] COUMANS, Fons: Die Verortung der Maastrichter Prinzipien, Zeitschrift für Menschenrechte, Vol. 6(2012), s.33 vd

[7] COUMANS, Fons: The Extraterritorial Scope of the ICESCR in the Work of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, HRLR Vol 11, Iss.1 (2011), s.7vd.

[8] DAHM, Georg/DELBRÜCK Jost/WOLFRUM: Rüdiger Völkerrecht, Bd.2: Der Staat und andere Völkerrechtssubjekte 2012, De Gruyter Verlag, s.268 vd

[9] DOLZER, Rudolf: Die Deklaration des Kulturguts zum “common heritage of mankind, bkz.: Rudolf Dolzer/Erik Jayme/Reinhard Mußnug, Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994

[10] FECHNER, Frank: Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Eine Einführung, bkz.: Frank Fechner/Thomas Oppermann/Lyndel F.Prott, Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996, Tübinger Schriften zum internationalen und europâischen Recht, 11, 34 vd.

[11] GENUGTEN, Willem van: Protection of Indigenous Peoples on the African Continents, AJIL Vol.104, Issue 1 (2010), s.29-65).

[12] KÄLİN, Walter/KÜNZLI, Jörg: Universeller Menschenrechtsschutz, 4.Aufl. Basel 2019

[13] KINGSBURY, Benedict: Indigenous Peoples, bknz.: MPEPIL (2006), Oxford University Press, §§ 3 vd.

[14] KUPRECHT, Karolina: Indigenous Peoples' Cultural Property Claims, 2013, Springer Verlag, s. 85, 140

[15] MBEMBE, Achille: Restitution ist nicht genug, gazete makalesi, 9.10.2018 tarihli Frankfurter Allgemeine Zeitung, s.11

[16] O'KEEFE, Patrick J.: Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic, 2.Aufl. 2007, s.45

[17] PETERS, Anne: Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2016, Schulthess Verlag, Zürich, s.78,91

[18] PROT, Lyndel V./O'KEEFE,Patrick J.: Law and the Cultural Heritage, Vol.3: Movement, 1989, London Butterworths, s.737 vd.

[19] ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkim Yayınları, İstanbul 1998, s.29, 105

[20] RUDOLF, Walter: Über den internationalen Schutz von Kulturgütern, bknz.: Kay Hailbronner/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring, 1989, 853,865 vd.

[21] SAVOY, Benedicte/SARR, Felwine: The Restitution of African Cultural Heritage. Toward a New Relational Ethic, 21 November 2018, Publisher Philippe Rey/Seuil, Paris

[22] SCHORLEMER, Sabine von: Internationaler Kulturgüterschutz, 1992, Duncker&Humblot Berlin, s.43

[23] SCHUTTER,Oliver de/EIDE, Asbjorn/KHALFAN, Ashfaq/ORELLANA,Marcos/SALOMON, Margot/SEIDEMAN, Ian: Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, HRQ 34 (2012), 1084,1103

[24] STOERK, Felix: Völkerrecht und Völkerrechtcourtoisie, bknz.: Wilhelm van Calker (Hrsg.), Staatliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion, 1908, 95,129

[25] STREINZ, Rudolf: Handbuch des Museumsrechts 4: Internationaler Schutz von Museumsgut 1998, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, s.69

[26] THIEMEYER, Thomas: Restitution und Kolonialismus, Zeitschrift für Volkskunde, Ausgabe 2/2019, Jahrgang 115, Waxmann:Münster-New York

[27] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: The Construction of a Humanized International Law, A Collection of Individual Opinions (1991-2013), Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, [2015], 1232

[28] VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3.Auflage 1984, s.300

[29] WOLFRUM, Rüdiger: Common Heritage of Mankind, bkz.. MPEPIL (2009), §§1, 10