

## ÇALINTI KÜLTÜR VARLIKLARININ İADESİNE İLİŞKİN BAZI MAHKEME KARARLARI

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK\*

1. Ülkemizi de yakından ilgilendirmesi nedeniyle, bir ülkenin kültür varlığının yurt dışına kaçırılıp, "iyi" ya da "kötü" niyetli bir üçüncü kişiye satılması halinde yetkili ulusal mahkemenin davacının iade talebini "kabul" ya da "red" konusunda uyguladığı hukuk kurallarının olayın niteliği ve önemi gözönünde tutulduğunda, isabetliliği günümüzde tartışılmaktadır; kaldı ki, mahkemelerin özellikle anglo-saxon ve Avrupa hukukları karşılaştırıldığında, farklı kural ve prensiplerden hareket ederek, çözüme gitmeleri, "iyi niyetli" üçüncü kişinin iktisabının geçerli kılınmasında, zıt sonuçlar ortaya koymaktadır.

2. Kültür varlıklarının korunması açısından tarihi gelişmeye bakıldığında, bu kavrama ilk olarak, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde yer verildiği görülür (silahlı çatışmalarda kültür varlıklarının korunmasına dair). Bu sözleşme ile "kültür varlığı" kavramı ilk defa hukuki statüye kavuşmuştur<sup>(1)</sup>. Genelde, kültür varlıklarının hukuken korunması, 20. yüzyıl başlarına kadar, savaş hukuku dahilinde mütalâa edilmiştir.

Daha sonra, B. M. bünyesinde UNESCO'nun konuya eğildiği görülmektedir; 1970 tarihli, "kültür varlıklarının yasa dışı yollardan ülkeye sokulmasının, ülke dışına çıkarılmasının ve bunlar üzerindeki mülkiyet transferinin yasaklanmasına ve de önlenmesine dair tedbirlere ilişkin "UNESCO Sözleşmesi" ile uluslararası düzeyde, kültür mameleki'nin, menşei ya da bulunma yeri nazara alınmaksızın korunması amaçlanmıştır<sup>(2)</sup>.

(\*) İ. Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

(1) REICHELDT, G., La Protection Internationale Des Biens Culturels, UNIDROIT, Rome, s. 16 ve dev.

(2) R.G. 6.1.1980-16861.

UNIDROIT, 1974'de, "Taşınırın iyi niyetli iktisabına dair yeknesak hukuk'a ilişkin sözleşme" taslağını hazırlamıştır. Bu tasarıda, "iyi niyet" prensibinin, ilgili taraflar arasında dengeli biçimde tanımlanması yoluna gidilmiştir<sup>(3)</sup>.

Bu kısa gelişme hakkındaki bilgiye, Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün, 3 Eylül 1991 tarihli, "Kültür Varlığının Korunması Açısından Sanat Eserlerinin Milletlerarası Satımı"na dair kararını da eklemek isteriz<sup>(4)</sup>. Bu metinde, kavramların tanımlamaları yapılmakta, "iyi niyet" tesbitinde, zamanlama üzerinde durulmakta ve mülkiyetin intikali koşullarında, "menşe ülke hukuku"na yetki tanınmaktadır.

3. Çalıntı kültür varlıklarının iadesi konusunda, özel hukuk ve de devletler özel hukuku kuralları, mahkemelerin içtihadında uygulanmaktadır; bu açıdan bakıldığında, "alım-satım akdi"nin geçerliliği, "malik olmayandan iktisapta" (a non domino), iyi niyetli müktesebin korunmasında "değişken statü" (conflit mobile) ihtilâfları, "geri ödeme"nin mümkün olup olmadığı, kazandırıcı zaman aşımı gibi konularda, mahkeme hukukunun (lex fori), bu alandaki kural ve prensiplerinin rol oynadığı görülmektedir. Bunlara, "Milletlerarası Kanun Düzeni"nin, kültür varlıklarındaki etkisi de eklenince, sonuçların farklılığı kaçınılmaz olmaktadır<sup>(5)</sup>.

Biz çarpıcı örnek olarak, burada başlıca iki mahkeme kararına değineceğiz.

#### 4. A.B.D. Mahkemesi Kararı:<sup>(6)</sup>

A. Olay kısaca şöyledir:

Kuzey Kıbrıs'ta, eski çağlardan kalma bir kilisenin mozaik'leri 1974'den sonra arkeolojik çalışmalar sırasında bulunuyor ve Almanya'ya götürülüyor.

Bu mozaikler, Amerikalı iki vatandaş ve bir Hollandalı tarafından 1988 yılında, Amsterdam'da, A.B.D.'nin Indiana Eyaleti Sanat Galerisi yöneticisi Bayan Goldberg'e pazarlanmak isteniyor. Satıcı hazinenin kaynağını söylemiyor, ancak kendisine buluşmada, bu mozaiklerin Kuzey Kıbrıs'tan çıkarılmasına yetkili makamlarca izin verildiği yolunda beyanda bulunuluyor. Bu açıklamadan da kuşkulanan yönetici (G), 1.080.000 dolar mukabili mozaikleri almayı kabul ediyor ve anlaşma Indiana yasalarına tabi kılınıyor. Yönetici satım bedelini İndiapolis (A.B.D) bankasından kredi ile alıyor. Malların teslimi 7 Temmuz 1988'de İsviçre'nin Cenevre havaalanında vukubuluyor ve yönetici (G), malları, yeniden satışa hazırlarken ihbar üzerine, Rum Kıbrıs makamı ve bu yöredeki bir kilise ile birlikte, Indiana'da hazinenin iadesi için başvuruyor.

(3) REICHELT, op. cit., s. 56.

(4) Rev. Crit. 1992, 203.

(5) Bu konularda karşılaştırmalı hukuk açısından bkz. REICHELT, op. cit. 2. kitap, UNIDROIT, Rome.

(6) Federal Court of Appeal, 24 Ekim 1990 Rev. Crit. 1992, 1-34.

### B. Mahkeme Kararları:

Indiana Bidayet Mahkemesi talebi kabul ediyor. Davalının karara itirazı üzerine, dava Indiana Federal Mahkemesi'ne (Court of Appeals) intikal ediyor. Üst Mahkeme, aşağıdaki esasları içeren şu kararı veriyor (özetle):

a. Indiana'daki bir sanat galerisinin zilyetliğinde bulunan, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin (Rum Kıbrıs) Otosefal kilisesine ait Bizans mozaiklerinin iadesine;

b. Malı çalınan malik ile zilyet arasındaki ihtilafın sonucunun devleti hukukuna göze çözümlenmesine.

Lex Fori'ye göre (bu hukukun yetkisi, taraflardan birinin yabancı olması nedeniyle -federal diversity jurisdiction- doğuyordu), istihkak davası, "*haksız fiil*" nitelikli olup, bu nedenle haksız fiilin ika yeri hukukuna tabi oluyor. Aynı hukuka göre, iade amacına yönelik haksız fiil, istirdadı istenen şeye, haksız olarak zilyet olunmakla gerçekleşir. Ancak mozaikler iktisap edene İsviçre havaalanında teslim edilmiş olmasına rağmen, mahkeme, İsviçre hukukunun ihtilafı durumla ilişkisinin "*tesadüfi*" olduğu gerekçesiyle, ihtilaf konusu mozaiklerin ve de iktisap edenin müessesesinin buldukları yer devleti (Indiana) hukuku lehine onu bertaraf etmiştir. İşaret edelim ki, yasalar çatışması alanında, bu çözüm Common Law mahkemelerince mutaden uygulanandan farklıdır; şöyle ki bu uygulamada istirdadı istenen eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, eşyanın "malik olmayandan" (a non domino) iktisabı anında, onun bulunduğu yer hukukuna göre tesbit edilir (Rev. Crit. 1992, 10).

c. Yine Indiana hukukuna göre, istidat davası zaman aşımı, *gayretli* (uyanık) *bir malike karşı*, sonucunun şey'i halen elinde bulunduranın kimliğini teşhis etmesi anından başlamaktadır; diğer yandan malik olmayandan iktisap eden, şey'e iyi niyetle zilyet bulunduğunu geçerli olarak kanıtlayamamıştır. Dolayısıyla olay'da Kıbrıs Kilisesi'nin, kendisine ait şeylerin izini bulmak için enerjik atılımlar yapmış olmasının tesbiti ve Amerikan mahkemelerine, iktisap edenin kimliğini öğrenince, derhal başvuruda bulunmuş olması yeterli görülmüştür.

### 5. Kararın İncelenmesi:

#### A. Kanunlar İhtilafı Kuralları:

a. Federal Mahkeme davacıların (Kilise + Güney Kıbrıs Devleti) istihkak taleplerini, ki "*replevin*" (istirdat davası) esasına dayandırmışlardır, bu dava usulünün Indiana hukukunun öngördüğü kategorilerden birine dahil etme yoluna gitmiştir.

"*Replevin*", bu hukukta, malikinin rızası hilafına malı elinde bulundurandan onun iadesine ilişkin genel bir dava olup, tarihi nedenlerle, davaların sınıflandırılmasında bağımsız bir kategori oluşturup, "Tort" (haksız fiil) grubuna dahil edilmez. Ne var ki,

Federal Mahkeme yetkili hukuk seçimi ihtiyacını karşılamak için, bu davayı, "haksız fiil" kategorisine teşmil etmiştir. Indiana hukukunda bir kanunlar ihtilafı olayında bu konuda bir "emsal" (precedent) kararın bulunmaması nedeniyle dava "conversion", yani başkasının malını zaptetme nedenine dayanan, bir *haksız fiil davası* olarak sınıflandırılmıştır.

Dolayısıyla ikinci aşamada, haksız fiil kanununun saptanması gerekiyordu. Indiana milletlerarası özel hukuk kurallarına göre (ki, "Restatement second" ön planda ele alınmıştır), her ne kadar haksız fiil yeri kanunu yetkili ise de, bu hukuk aynı zamanda, olay'la en ziyade ilgili kanun olarak ele alınmaktadır; dolayısıyla koşulun gerçekleşmemesi halinde, ihtilafı durumla en yakın ve uygun kanunun tesbiti yoluna gidilecektir.

Bu saptamalar ışığında, mahkeme öncelikle, haksız fiilin türünü belirlemiştir; bu fiil, Indiana hukukuna göre, "Conversion" kapsamında, yani şey'in haksız olarak zilyedliğinin edinilmesiyle gerçekleşmektedir. Dolayısıyla mozaiklerin davalıya İsviçre Havaalanı'nda verilmesiyle, İsviçre hukuku prensip olarak yetkili olmalıydı.

İkinci aşamada ise mahkemece, bu hukuk ile açılan dava arasındaki irtibat incelenmiş ve yerin "tesadüfi ve geçici" olduğu, zira dava taraflarının bu hukukla ilişkilerinin yokluğu yanısıra, havaalanı gibi, açık bir bölgenin de "mahallî mekân"ı tamamen yansıtmadığı düşüncesinden hareketle, olayın Indiana eyaleti ile yakın irtibatla bulunduğu sonucuna varılmıştır (davalıların ikamet yerleri ve vatandaşlıkları, satın alımı için para temin eden finans kurumunun ve de 'ihtilafı şey'lerin buldukları yer gibi...)

b) "Conversion" (ki, "Replevin" bu dava yoluna teşmil edilmiştir), Common Law sisteminde eşyaya ilişkin haksız fiillere dahildir. Bu dava türünde davacı, davalının haksız fiilini kanıtlamakla yükümlüdür.

Ancak davalının malı iktisap nedenini, örneğin "iyi niyetle" iktisap etmiş olduğunu ileri sürmesi halinde, haksız fiil prosedürüne öncelik kazanan, bir "aynî hak" ihtilafının çözümü gerekli görülebilir ve Common Law hakimi, bu aşamada, taşınırlara özgü kanunlar ihtilafı kuralları dahilinde çözüme gitmiştir. Buna karşın Amerikan "Yüksek Mahkemesi (Court of Appeals)", değişik bir yol izlemiştir; davayı "haksız fiil" olarak nitelendirmesi sonucu, davalının haklı görülebilecek, geçerli bir nedene dayanan mülkiyet iktisabına ilişkin defini de, haksız fiil kanunu dahilinde değerlendirmiştir.

#### B. Maddi Hukuk Düzenlemesi:

a. Indiana iç maddi hukukuna göre, iade davasının kabul edilebilirliği zaman aşımı koşuluna bağlı olmakla, davalılar bu açıdan itiraz etmişlerdir.

Olaya uygulanan "*Statute of limitation*"a göre, "replevin" davası, dava hakkını doğuran nedenlerin meydana geldiği andan itibaren (accrual of the cause of action) altı yıl içerisinde açılmalıdır.

Dolayısıyla burada mahkeme için iki seçenek vardı: Kıbrıs Rum Kilisesi'nin, mozaiklerin çalındığını öğrendiği tarih (ki, 1979'a kadar geriye gidiyordu) mi nazara alınacak, yoksa, davacının bu çalıntı malları yedinde bulunduran kişinin ve de yerinin tespiti anı mı, süre başlangıcı olarak kabul edilecekti, (ki, bu ihtimalde süre 1988'den yürümeye başlıyordu). Olay'da, davacının, çalıntı malı bulma yolunda ki, maddi ve kayda değer girişimleri, zaman aşımı süresinin ileri tarihe alınma nedenini genelde oluşturmuştu<sup>(7)</sup>.

Yine bu hukukta "*fraud in the concealment*" prensibi uyarınca, malı elinden çalınan kişiye karşı süre, sonuncunun, çalınan malının yerini hasmının tutumundan ötürü saptayamaması gibi bir imkansızlıktan kaynaklanıyorsa, yine işlemiyor. Ve mahkemeler bu son koşulu çok geniş yorumlayarak, çalıntı malın kararlı biçimde saklan-maması halinde de, malı iktisap edenin, bunu kendisinden aldığı kişinin zilyedliğinin haksız olduğunu bilmesine rağmen gerçek maliki haberdar etmek veya onu teşhis etme yoluna gitmek gibi, bir faaliyete girişmemiş olması halinde de uygulamaktadır.

Olayda davalı Goldberg, antikalar konusunda yeterli araştırmaları yapmamış olması nedeniyle, "iyi niyetli müktesip" statüsünden yararlanma olanağına, açıklanan kurallar nedeniyle sahip olamamıştır.

b. Maddi hukuk açısından "*replevin*" davası, davacının şu üç hususu kanıtlamasını zorunlu kılıyordu: 1. Davacının şey üzerindeki mülkiyet hakkı; 2. Hasmin, mala haksız olarak zilyed bulunması; 3. Davalının mülkiyet hakkından (ya da meşru bir zilyedlikten) yoksun olduğu.

İstinaf hakimleri, malların kiliseye ait olduğu ve bunların ülke dışına çıkarılmalarına izin verilmediği konusunda, fazla tartışmaya girişmeden durumu benimsemişlerdir. Üçüncü koşul hakkında<sup>(8)</sup> ise, mahkeme davalının bu mallara bir satım akdi sonucu zilyed bulunduğunu, bu akdin ise bir hırsız ile yapıldığını, burada "*nemo dat quod non habet*" (kişi malik olmadığı şey'i veremez) prensibinin tüm katı koşullarıyla uygulanacağını kabul ederek, davalının "iyi niyeli" olup olmadığını nazara almadan sonuca gitmiştir.

(7) Bu konuda New York Eyaleti hukuku değişik bir kural içermektedir, "demand and refusal rule"a göre, dava açma süresi, malikin, zilyede iade için başvuruda bulunması ve sonuncunun reddetmesi tarihinden başlamaktadır. Rev Crit. 1992, 14, dn. 39.

(8) Bu prensip sonucu, iyi niyetli de olsa, iade ile yükümlü kılınan zilyede herhangi tazminat hakkı tanınmamıştır. Common Law (İngiliz Hukuku) sisteminde ise bu kural iyi niyetli müktesip hakkında yumuşatılmıştır. - The sale of Goods Act, 1979, m. 22: a non domino pazardan (market ovent) alınan şey için R. Crit: 1992, 15, dp. 40.

Davalı bu son karara karşı, yararlı görmediği için itirazda bulunmamış, dolayısıyla zilyedliğinin meşruluğunu kanıtlama yoluna gitmemiştir. Buna karşın davalı, Rum Kilisesinin, mozaikleri çalındığı anda, bunlar üzerinde mülkiyet hakkının bulunmadığını iddia etmiştir. Zira Kuzey Kıbrıs'ın Türk işgalinde bulunması nedeniyle, çalıntı olduğu ileri sürülen mozaiklerin yerel halkın kuzeyindeki kiliseye ait olup, Türk askerî otoritesinin bu bölgedeki dinî eşyaya ilişkin engelleyici bir tutumunun olmadığını, aksinin varit olduğunu, dolayısıyla güney Orosefal Rum Kilisesinin, kuzeydeki kilise üzerinde mülkiyet iddiasında bulunamayacağını, ileri sürmüştür.

Bu iddia iki yönden reddedilmiştir; birincisi, Amerikan hukukundaki "Act of State" teorisinden kaynaklanmaktadır; kuvvetler ayrılığı nedeniyle Amerikan hakimi, tanınmış yabancı bir devlet egemenliği alanında cereyan eden bu işlemin geçerliliği hakkında karar veremez<sup>(9)</sup>.

İkinci neden ise şöyledir; işgalci iktidarların fiilî durumları, ancak bunların "ultimate success", yani bir daha siyasal bir üstünlükten yararlanabilmeleri halinde, "tasvip" görebilir. Bu açıdan mahkeme, 1974'den bu yana Kuzey Kıbrıs'taki işgalin sürekliliğinin bu anlamda nihaî bir politik başarı sağladığı yolunda algılanamayacağını, kabul etmiştir.

6. Naklettiğimiz kararda görüldüğü gibi, "çalıntı kültür varlığı"nın iadesi konusunda "iyi niyetli" müktesibin korunması, önemli bir devletler özel hukuku sorununun değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle, şey'in "a non domino" iktisap edildiği yer ile, dava anında sonuncunun bulunduğu yer hukuklarının "iyi niyetli" müktesibi koruma konusunda farklı kural ve prensipler öngörmüş olması halinde, elde edilecek sonuç iyi niyetli müktesip aleyhine, dolayısıyla ilk malik lehine sonuçlanabileceği gibi, "vice versa", aksi bir sonuca da ulaşılabilecektir. Dolayısıyla burada sorun şöyle tanımlanacaktır: kültür varlığının uluslararası alanda bir ülkeden diğerine götürülüp, el değiştirmesi halinde, davalının geçerli bir satım akdine dayanarak malı iktisap ettiği yer hukuku ona mülkiyet hakkını doğuran bir zilyedlik bahşetmiyorsa, malın dava anında bulunduğu yer hukuku ile karşılaştırıldığında, "iyi niyetli" iktisabın sonuçları hangi yer hukukuna göre saptanacaktır?

Common Law mahkemeleri uygulamaları ile Kara Avrupa ülkeleri devletlerinin hukukları arasında, sorunun kaynağının tanımlanmasında farklılaşma derhal göze çarpmaktadır. Malik olmayandan iktisabın kaynağının iç hukuktaki değerlendirilmesi önem kazanmaktadır: sadece "iyi niyetle zilyed olma" vakıası bahis konusu ise, uluslararası alanda, bağlanma noktası olarak yeni "lex situs", yani dava anındaki zilyetlik mekânı nazara alınacaktır. Buna karşın, burada asli unsur, davalının geçerli bir

(9) Bu konuda, Herzog, La theorie de l'Act of state dans le droit des Etats-Unis, Rev. Crit. 1982, 617. Diğer yandan "Salimoll v. Standard Oil Co" (1933 262 NY 220) kararından bu yana, tanınmamış, ancak fiili bir durumdan yararlanan otoritenin yasası tanınmıştır, naklen, Rev. Crit. 1992, 16 ve dp. 43.

mülkiyet hakkını bir hukuki işleme (satım akdi) dayanarak, kazandığına inandığı noktada tecelli ederse, o zaman, şey'in akdin gerçekleştiği andaki bulunma yeri (ilk *lex situs*) önem kazanacaktır. Bu son uygulamada, "iyi niyetli" müktesip hakkında, "*conflit mobile*" (değişken statü) gözardı edilmiş olmakta, dolayısıyla; ilk iktisap yeri hukukunun mülkiyet hakkını tanımadığı bir taşınırın yeni "*lex situs*" da, iyi niyetli müktesibine, hemen ya da zaman aşımı sonucu mülkiyet hakkının tanınması (mülkiyet karinesi), sonuç sağlamayacak, dolayısıyla, "legem shopping" önlenmiş olacaktır<sup>(10)</sup>. Doğaldır ki, bu uygulamada, taşınırın, yeni situs'da ziyet tarafından yeniden satılmasında, sadece iyi niyetli muktesibin ilk malike hakları bahis konusu olabilecektir. Naklettiğimiz Amerikan Mahkemesi Kararında, Otosefal kilisesinin iddiası, "haksız fiil" davası olarak vasıflandırılarak, fiilin işlendiği yer olan İsviçre havalimanının, olay'la "en ziyade irtibatlı yer" olmaması nedeniyle, bu konudaki kanunlar ihtilafı kuralları gözönünde tutularak, (bu konuda bkz. Uluocak, N., M.Ö.H Dersleri, 1989, s. 213-215), mahkemenin hukuku uygulanmıştır; dolayısıyla, davanın aynî hak kapsamında mütalâa edilmesi halinde "iyi niyetli" müktesibin iddialarının geri çevrileceği düşünülebilir (bkz. dn. 10); nitekim mahkemenin "nemo dat quad non habet" prensibini uygulaması, her türlü aksi yöndeki durumu bertaraf etmektedir. Bu konuda İngiliz Mahkemesi bir kararında, "iyi niyetli" müktesibin, çalıntı sanat eserleri üzerindeki mülkiyet hakkını "*lex rei sitae*" kuralını uygulayarak, kabul etmiştir<sup>(11)</sup>, Winkworth v. Christie davasında, Japon antikalar Londra'da çalınmış ve de satılmıştır. İyi niyetli müktesip bunları Christie tarafından satımını temin için Londra'ya getirmiştir. Malik (Winkworth), koleksiyonunu tanıyınca, iadeyi ya da semenin tediyesini sağlamak amacıyla, İngiliz mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme, iyi niyetli iktisabın yeri hukuku olan İtalyan hukukunun, d.ö.h. kuralı "*lex Rei Sitae*"yi uygulayarak İtalyan Medeni Kanunu'nun, çalıntı malları hakkında da iyi niyetli iktisabı geçerli kılan hükümleri (m. 1153-1157) gereği, davacının taleplerini reddetmiştir. Mahkemenin, uluslararası trafikte, hukuki güvenin önemine de (important considerations of businens convenience) yer verdiği ayrıca görülmektedir. Zira, İngiliz hukukunda, çalıntı mallarda iyi niyet korunmamış ve de dava, bu hukukla daha sıkı irtibatlı olmasına rağmen, ilk *lex situs*'a yetki tanınması, bu açıdan değerlendirilebilir.

7. Diğer yandan, "iyi niyetli" müktesibin, ikinci *lex situs*'a göre, "iyi niyetli ziyed" olmasının kendisine tanıdığı haklardan yararlanabileceği, Batı Avrupa hukuklarında, uluslararası, kültür ve sanat eserleri trafiğinde kabul edilmiştir. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi 2 Temmuz 1990 tarihli kararında, İran devletinin Paris

(10) WATT, H. M., da revendication internationale des biens culturels, Rev. Crit 1992, 27. Ayrıca Amerikan hukuku açısından, Second Restatement, C. of Laws paragr. 246; Common Law hakkında, Dicey-Morris, C. of Laws, 11. Bası, Rule 20, Rev. Crit. dp. 76 (idem).

(11) All England Laws Reports, 1121 (Chancery Divisin) 1980 naklen, REICHEL, I, s. 82.

müzayede salonunda Liechtenstein şirketi tarafından arkeolojik eserlerin satışa çıkarılmasını engellemek amacıyla, açtığı davayı şu gerekçe ile reddetmiştir: kendilerini bu parçaların maliki zanneden şirket mensupları, Fr. M. K.nu 2279'dan yararlanabilirler; dolayısıyla, "menkullerde zilyedlik, mülkiyete karinedir" hükmü gereği, zilyedliğin, mülkiyeti iktisap ettirici sonucu, Fransa'da daima, yabancı hukukun uygulanmasına karşı kabul edilir. Fransız Yargıtayı da, karara karşı itirazı reddetmişti (4 Nisan 1991) Rev. Crit. 1992, 28, dp. 82).

8. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 13 Aralık 1958 tarihli Kararına (JdT 1970 1.176) konu olan olay şöyle gelişmiştir.

I. Goldschmidt (G), Berlin'de önemli sanat eserleri koleksiyonuna sahip, musevi bir Alman vatandaşıdır. Aynı şehirdeki bir bankaya, "garanti amaçlı mülkiyetin nakli" (Sicherungs Übereinigung Vertrag) sözleşmesi ile tüm sanat koleksiyonunun mülkiyetini devrediyor. Zilyedliğini korur.

Almanya'da nasyonal sosyalistlerin geleceği endişesiyle 1932'de (G) Berlin'deki evinde bulunan sanat koleksiyonunun büyük kısmını yurt dışına çıkarır ve 1933'de Almanya'yı terkeder. Ve Alman vatandaşlığından çıkarılır. Almanya'daki evi ve bu evde bulunan tabloları, aleni müzayede yoluyla satılır ve Alman Koerfer (K) Fransız ressama ait iki değerli tablo satın alıp, İsviçre'deki, bu devlet vatandaşı eşine hediye eder (1942) ve (K) nın eşi ölür (1944) ve (K) mirası reddeder, tereke, üç çocuğa kalır. (G) bir mektupla (1948), (K) dan, tablolarını iadesini ister. Gerekçesi, bu tabloların, nasyonal-sosyalist idare tarafından geçersiz işlemle satıldığı (hatta bu fiilin hırsızlık olarak tamamlanacağını) dolayısıyla (K) nin "kötü niyetli" muktesip olduğudur.

Federal Mahkeme'nin nihai kararı şu esaslara dayanmıştır: (çok özetle)

a. Tablolar üzerindeki aynı haklar sorunu prensip olarak Alman hukukuna göre düzenlenecektir.

b. Yapılan garanti sözleşmesi, İsviçre hukukuna da uygun olarak (İsv. M. K. 717, T.M.K. m. 690) mülkiyeti bankaya nakletmiştir.

c. Şayet yetkili görülen Alman hukukuna göre müzayede satışı geçersiz ise, davacıların "kazandırıcı zaman aşımı" yoluyla, malik olup olmadıkları incelenmelidir.

d. Davalılar tablolara 1944 Aralık tarihinden itibaren beş yıl süre ile İsviçre'de zilyed olmuşlardır; zilyedlik, gerçek hak sahibi hakkını dava yoluyla aramadıkça, İsv. M. K. nun 728. maddesi anlamında "nizasız" kabul edilmelidir.

e. (K) nın olay'da "iyi niyetli" muktesip olduğu kabul edilmelidir; zira (K) (G) nin tablolarını, borçlarına mukabil bankaya devrettiğine, nitekim bankanın,



bu mülkiyet hakkına dayanarak, bir süre nasyonal-sosyalistlerin tabloları üzerindeki taleplerine karşı koyabildiğine kanaat getirerek, iktisabının meşru olduğuna inanmış olduğu fikri reddedilemez.

Çok ana hatlarıyla naklettiğimiz bu kararda da görüldüğü gibi, sanat eseri sahibinin talebi, "iyi niyetli" müktesibin hukukunun dava anındaki "lex rei sitae" uygulanarak (kazandırıcı zaman aşımı) reddedilmiştir. Başka bir deyişle, "iyi niyetli zilyed" tanımlaması ön planda tutulmuştur.

9. Kültür varlıklarının korunmasında, yabancı devletin kanun düzeninin de, gözönünde tutulması gerektiği, bir Alman mahkemesi kararında kabul edilmiştir.

Olay şöyledir: Nijerya Devletince ülke dışına çıkarılması yasaklanmış olan kültür varlıklarının, bu ülkeden Hamburg'a nakli sonucunda, altı bronz heykeli ihtiva eden üç kolinin eksik çıkması nedeniyle, sigorta sözleşmesine dayanılarak, zararın tazmini için dava açılmıştır. Alman mahkemesi (Bundesgerichtshof), bu eşyaların, yasaya aykırı olarak ülke dışına çıkarıldıklarını, dolayısıyla davacının, bu olayda, korunmayı hak ettirecek bir çıkarının bulunmadığı gerekçesiyle, davacının talebini reddetmiştir. Mahkeme, UNESCO'nun 1970 tarihli Sözleşmesinin 2. maddesine kararında yer vermiştir: "Bu Sözleşmeye taraf olarak katılmış bulunan devletler, kültür varlıklarının kanunsuz ithal ve ihracını ve mülkiyet transferlerini ..... ellerindeki olanaklar ölçüsünde önlemek, zararların telafisine yardım etmek yoluyla mücadeleyi taahhüt ederler"<sup>(12)</sup>. Almanya bu sözleşmeye o tarihte taraf değildir<sup>(13)</sup>. Bu uygulama, bir anlamda, devletler özel hukukundaki, "milletlerarası kamu düzeni" kavramını çağrıştırmaktadır.

10. Kültür varlıklarının uluslararası alanda haksız trafiğinin önlenmesi için görülüyor ki, ulusal düzenlemelerle, bir yandan "hukuki güvence"den taviz vermemek, diğer yandan da "menşe ülkesi hukukunun korunması" gibi endişeleri nedeniyle tekdüze, tatmin edici bir sonuca ulaşabilme mümkün kılınmamaktadır. Bu nedenle, uluslararası sözleşmeler ve düzenlemelerle, bu alanda, özel bağlama kuralları önerilmiştir.

Bu konuda Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün, 3 Eylül 1991 tarihli kararına değinmek istiyoruz<sup>(14)</sup>: Kararın 2. maddesine göre, "Menşe ülkesinin kültür varlığına ait olan sanat eserlerinin mülkiyetinin intikaline, bu ülke hukuku tatbik edilir." ve "Menşe ülkesinin sanat eserlerinin ihracına dair kanun hükümleri uygulanır" (m. 3). Görülüyordu, yabancı "lex rei sitae" ve "kamu düzeni", ön planda yer almaktadır.

(12) R.G. 25 Ocak 1981-16232

(13) REICHEL, a.g.e., I, s. 92.

(14) Rev. Crit. 1992, 203.

Kararın 4. maddesinde ise, ulusal mahkemelerde tartışma konusu yapılan "iyi niyetli müktesip" kavramına açıklık getirilmektedir: "Bir ülkenin kültür varlığına ait sanat eserleri, 1. maddede öngörülen koşullarda menşe ülkesinden ihraç edilmişlerse, zilyed, "iyi niyet" karinesini ileri süremez. Menşe ülkesi, iyi niyetini kanıtlayan zilyede hakka-niyete uygun tazminat ödemelidir."

Ve m. 4/2'de "iyi niyet" tanımlaması getirilmektedir; "..... iyi niyetli zilyed, iktisap anında şey'de tasarruf eden kişinin, bu yetkisinin olmadığını veya tasarruf için sıfatının hukuku ifsad edici nedenlerle malûl bulunduğunu ya da eserin menşe ülkesinin sanat eserlerinin, ihracı konusundaki mevzuatın ihlâli yoluyla çıkarıldığı olayını bilmeyen ve makûl olarak bilmeyecek durumda bulunan kişidir. Bağışlama ve tevarüs durumlarında zilyed statüsünden daha elverişli bir durumdan yararlanamaz."

İyi niyetli alıcı, UNESCO Şözlşemesi'nde de korunmuş ve; "...bu varlıkları iyi niyetli alıcı sıfatı ile edinmiş olan sahibine, hakça bir giderin ödenmesi kaydı ile geri verme" (sözl. m. 6, b, ii) yükümlülüğü getirilmiştir.

**Sonuç:** Konumuzu çok ana hatlariyle ele almış bulunuyoruz; ülkemizi de çok yakından ilgilendiren ve son yıllarda New York Metropolitan Müzesi'nden çalınan kültür varlıklarımızın, ilgili devlet resmi ve özel yetkililerinin çok değerli girişimleriyle iadesinin sağlandığı, kültür varlıkları konusunda, uluslararası anlaşmaların, ulusal devletler özel hukukunun bu tür ihtilaflardaki kurallarını konunun amacına uygun düşecek biçimde, tekdüze kurallara dönüştürmesini ve "özel bağlama kuralları"nın dahi gerektiğinde öngörülmesini, haklı ve makûl görmekteyiz<sup>(15)</sup>.

(15) Etudes Suisses de d.i.p., e. 32, Zurich, 1988, s. 43: Byrne. Sullon- (Sonderan Knüpfung).