

**KÜLTÜR VARLIKLARI ÜZERİNDE
GENİŞ KAPSAMLI KANUNLARLA
TESİS EDİLEN DEVLET MÜLKİYETİ ve
TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM**
Sibel ÖZEL*

I. Genel Olarak

En genel ifadesiyle tarihi, sanatsal, arkeolojik, bilimsel yada kültürel açıdan büyük öneme sahip eserler olarak tanımlayabileceğimiz kültür varlıkları geçmişle gelecek arasında bir köprü oluşturmaktadır. Ait olduğu dönem ve topluma ışık tutan bu nadide eserler bütün insanlık için bir değer ifade etmektedir. Bu açıdan insanlığın ortak kültür mirasının bir parçasını teşkil etmektedirler.

Sahip oldukları büyük değer neticesi, kültür varlıklarının gelecek kuşaklara aktarılması gerekmektedir. Bu da ister istemez kültür varlıklarının korunması problemini ortaya koymaktadır. Kültür varlıklarının korunması herşeyden önce onların fiziksel devamlılığının sağlanmasını hedeflemektedir.¹ Dolayısıyla mevcut obje tahribattan, parçalanmaktan, yağma ve talandan korunmalıdır. Fakat tarihin her devrinde kültür varlığı açısından zengin ülkeler bu eserlerin yağma ve talan edilmesi hadisesiyle karşılaşmışlardır.² Kültür varlığı açısından zengin ülkelerin karşılaştığı bir başka sorun, milli kültür mirasının yurt dışına kaçırılmasıdır. Kültür varlıklarının üzerinde inceleme yapılabilmesi, geçmişe ait bilgilerin öğrenilmesi ancak ait oldukları mekanda kalmalarıyla mümkün-

* Yard. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Protte, Lyndell; "Problems of Private International Law For the Protection of Cultural Heritage" 217 *Academie de Droit International Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 219, (1989-V), s. 235.

2 Dicke Christian : "The Instruments and the Agencies of the International Protection of Cultural Property" in *international protection of cultural property*, Council of Europe, proceedings of the Thirteenth Colloquy on European Law, Delphi, 20-22 September 1983, s. 17, Strasbourg 1984, s. 25.

dür. Dolayısıyla koruma kavramı kültür varlıklarının fiziksel açıdan iyi muhafazası yanında, illegal kültür varlığı trafiğinin önlenmesi anlamına da gelmektedir.³ Bunun için hırsızlık, kaçak kazılar ve illegal ihracatın caydırılması için gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Kültür varlığın korunması meselesi çoğu kez mülkiyet meselesi ile bağlantı halindedir. Zira kültür varlığının kimin elinde daha iyi korunacağı bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.⁴ Bu nedenle kültür varlığı üzerindeki mülkiyet hakkı çeşitli sistemlerde farklı şekilde belirlenmiştir.

a) Kültür varlıkları üzerinde özel mülkiyet tesisine izin veren sistem

Bu sistemde kültür varlıklarının özel kişilerin mülkiyetinde serbestçe tasarrufuna imkan verilmektedir. Bu arada bazı teşviklerle özel kişilerin ellerindeki kültür varlıklarını kamuya tahsis etmeleri amaçlanmaktadır. ABD'de uygulanan bu sistemle müze kuran yada müzelere bağışta bulunanlara vergi muafiyetleri getirilmektedir. Ancak kamu yararının çok ağır bastığı bazı eserler istisnai olarak kamulaştırılmaktadır.⁵

b) Özel mülkiyeti kabul etmekle birlikte mülkiyet hakkının kullanılmasına sınır koyan sistem

Bu sistemde devlet özel mülkiyetteki kültür varlıklarının tasarrufunu kısıtlayarak, malikin kültür varlığını yurt dışına çıkarmasını yada yurt dışına satışını engeller. Devlet böylece belirli kültür varlıklarını kendi hakimiyet bölgesinde tutmaktadır. Örneğin Ekvator'da kültür varlıklarının, maliki kim olursa olsun, devletin korunması altında oldukları kabul edilmekte ve devlet ihraç yada temik yasağı koyabilmektedir. Devletin bu yasağı temlik yada zamanaşımının ile de ortadan kalkmamaktadır.⁶ Kültür varlıklarının maliki kim olursa olsun üzerinde devlet hakimiyetini öngören Ekvator kanunları Republic of

3 Merryman kültür varlıklarının korunması kavramının, fiziksel anlamda iyi muhafazayı hedeflemesi gerektiğini, (bkz. Merryman, John: "The Retention of a Cultural Property" 21 UC DL Rev. 477 (1989), s. 489, 508) oysa uluslararası platformdaki çalışmalarda, bu kavramın kültür varlıklarının ülkede tutulması anlamına geldiğini, bunun da insanlığın ortak kültür mirası kavramıyla bağdaşmadığını öngörmektedir. Bkz. Merryman, J. Henry/Elsen, Albert: *Law, Ethics and Visual Arts*. v. 1-2 University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1987, s. 59. Bu düşünce "koruma" kavramını bu noktada sınırlı tutmakta ve kültür varlığı ticaretinin desteklenmesini savunmaktadır. Fakat bugün ulaşılan düzeyde kültür varlıklarının korunması kavramı sadece fiziksel korumayı kapsamamaktadır. Uluslararası kamuoyunun gösterdiği hassasiyet karşısında koruma kavramı kültür varlığının illegal ihraç, ithal ve mülkiyet naklini önlenmesini de içermektedir.

4 Goy, Raymond : "International Protection of Cultural Property and Domestic Public Law" in international legal protection of cultural property, Council of Europe, Proceedings of the Thirteenth Colloquy on European Law, Delphi, 20-22 September 1983, s. 22, Strasbourg 1984, s. 58.

5 Müncü, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" (1969) AÜHFD, c. 26, no. 3-4, s. 51. ABD'de kültür varlıkları yanında özel mülkiyete tabi sit alanları da bulunmaktadır. Bu sit alanları tamamen malikin tasarrufu altındadır. Bunun sonucu olarak Arkeolojik Koruma ve benzeri özel kuruluşlar teşekkül etmiş ve tipik bir Amerikan yaklaşımı ile önemli sit alanlarını satın almaya başlamışlardır. Herscher, Ellen, "International Control Efforts: Are There Any Good Solutions?" in *The Ethics of Collecting Cultural Property, Whose Culture? Whose Property?* Edited by Phyllis Maush Messenger, University of New Mexico Press, Albuquerque 1989, s. 118

6 Siehr, Kurt: "Nationaler und Internationaler Kulturgüterschutz Eingriffsnormen und der Internationale Kunsthandel" Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen, Mohr 1991 s. 528

Ecuador v. Danusso davasında Torino Bölge mahkemesi tarafından "kamu mülkiyeti ile özel mülkiyeti arasında orta bir kategori" olarak nitelendirilmiştir.⁷

c) Devlet mülkiyetinin kabul eden sistem

Bu sistemde kültür varlıklarının mülkiyeti devlete aittir. Devletin zaten mevcut olan nesnelere yada arkeolojik objeler dışındaki eserler üzerinde mülkiyet tesis etmesi bir anlamda kamulaştırma olmaktadır.⁸

Türkiye, Meksika, İtalya, İspanya Yunanistan gibi ülkeler bulunmuş yada ileride bulunacak kültür varlıklarını devlet mülkiyetine tabi tutmaktadırlar.

Kamu mülkiyetinin özel mülkiyetten farklı bir statüsü vardır. Böylece en geniş çapta kültür varlıklarının korunması sağlanmış olmaktadır. Zira kamu mülkiyetinin sağladığı iki imkan buna olanak tanımaktadır: Temlik edilmeme ve zamanaşımıyla iktisap edilememe özellikleri. Böylelikle kamu mülkiyetine dahil olan bir kültür varlığı zamanaşımının geçmesiyle iktisap edilemez ve iyi niyetli hamilden bile geri alınabilir.⁹

Kültür varlıkları üzerinde kamu mülkiyeti yada özel mülkiyetten hangisine izin verileceği her devletin kendi belirlediği bir husustur. Özellikle arkeolojik açıdan zengin ülkeler çıkardıkları geniş kapsamlı kanunlarla¹⁰ henüz keşfedilmemiş bile olsa bütün tarihi eserlerin devlet mülkiyetinde olduğunu kabul etmekte ve yurt dışına çıkışını yasaklamaktadır. Bu şekilde devlet mülkiyetini kabul eden bir ülkede yapılacak kaçak kazı sonucu elde edilen objeler yurt dışına çıkarıldığında, kaynak ülke, mülkiyet hakkına dayanarak eserin iadesini talep edecektir. Bu noktada kültür varlığının yabancı devlete aidiyetinin kabulü, söz konusu kanunların yerel mahkemede tanınmasına bağlıdır.

II. Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyetinin Tanınması

Devletin çıkardığı geniş kapsamlı kanunlarla henüz keşfedilmemiş bile olsa kültür varlıkları üzerinde mülkiyet iddia etmesi farklı görüşlere sebep olmuştur. Bir görüşe göre devletin zilyetliği ele geçirmeden bir kanun yardımıyla elde ettiği mülkiyet hakkı yabancı mahkemede tanınmaz. Mülkiyet hakkı henüz kazanılmamış objeler için geçerli

7 District Court of Turin, 4410/79; Court of Appeal of Turin 593/82 Nakleden Prott/O'keefe. s.628 vd; Prott (Collected Courses), s.309 vd.

8 Rodota, Stefano: "The Civil Law Aspects of The International Protection of Cultural Property". in international legal protection of cultural property, Proceedings of the Thirteenth Colloquy on European Law, Delphi, 20-22 September 1983, Council of Europe, Strasbourg 1984, s. 103.

9 Goy, s. 67. Ayrıca bkz. Onar, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, II. Cilt, 3. bası, s. 1319 vd; Eroğlu, Hamza: *İdare Hukuku*, 4. bası, İstanbul 1973, s. 302; Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev: *İdare Hukuku*, İstanbul 1973, s. 26; Gözübüyük, Şeref/ Akıllıoğlu, Tekin: *Yönetim Hukuku*, 5. bası, Ankara 1992, s. 208; Düren Akın: *İdare malları*, Ankara 1975, s. 76; Gülan, Aydın: *Kamu malları in Özay, İl Han: Günışığında Yönetim*, İstanbul 1996, s. 600 vd.

10 Bu tür kanunlar için genel olarak "şemsiye kanun" nitelmesi yapılmaktadır. Bator, Paul: "An Essay on the International Art Trade" 34 Stanford Law Review, 275 (1982), s. 351, 353; Moore, Jonathan: "Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market" 97 Yale Law Journal, 466 (1988), s. 467.

değildir.¹¹ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise zilyedlik mülkiyet hakkının kurucu unsuru değildir ve devlet fiziksel olarak ele geçirmese de çıkardığı kanunlar sayesinde kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkını elde edebilir.¹²

Amerikan içtihadları da geniş kapsamlı kanunlarla tesis edilen devlet mülkiyetini tanımaktadır. Ceza hukuku açısından, devlet mülkiyetini kabul eden bir ülkeden kaçırılan kültür varlıkları çalıntı eşya muamelesi görmektedir. Bu açıdan ABD mevzuatı National Stolen Property Act (NSPA)¹³ (değeri 5000'n, aşan ve "çalıntı yada hileyle alındığı bilinen eşyaların eyaletler arası yada yabancılarla yapılan ticaret sonucu taşınmasını para ve hapis cezasıyla yasaklamıştır.¹⁴ Kanuna göre cezai işlemin başlayabilmesi için "çalıntı eser" kavramının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Konuyla ilgili iki önemli karar kanunun yorumu açısından önemlidir.

Değineceğimiz ilk karar United States v. Hollinshead¹⁵ kararıdır. Olayda Hollinshead Orta Amerika'dan Kolomb öncesi sanat eserlerini illegal olarak ihraç etme anlaşması yapmakla suçlanmıştır. Bu eserlerden biri Guatemala'da bulunan Machaquila Stale 2¹⁶ idi ve California'ya "kişisel eşyalar" yazılı bir kutu içinde getirilmiştir. Machaquile Stale 2 Guatemala ormanında 1960'larda Arkeolog Ian Graham tarafından fotoğrafı çekilip kaydedilen nadir bir Maya eseridir. Hollinshead'in Stale'yi Brooklyn müzesine teklif etmesi üzerine, müze uzman olarak Ian Graham'a danışmıştır. Graham eseri tanıyarak yetkililere durumu ihbar etmiş ve bunun üzerine cezai prosedür başlamıştır. Yargılama sırasında NSPA'nın maksadı açısından çalıntı kelimesinin... izin almaksızın bir başkasına ait eşyayı isteyerek alıkoymak yada elde etmek... anlamına geldiği belirtilmiştir.¹⁷ Mahkeme sanıkları suçlu bulmuştur. Ceza davasından sonra Guatemala hukuk davası açarak Stale'yi geri almıştır.¹⁸ Bu davada Stale kaydedilmiş ve belgelenmiş olduğu için

11 Byrne-Sutton, Quentin: "The Goldberg Case: A Confirmation of the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Objects" 1 IJCP, 151, (1992), Dickson, Graham: "The Need For a National Registry of Cultural Objects" 11 Fordham International Law Journal, 839 (1988), s. 849 Upton, Richard: "Art Theft: National Stolen Property Act Applied to Nationalized Mexican Pre-Colombian Artifacts" 10 New York University Journal of International Law. & Politics, 569, (1978), s. 600.

12 Moore, s. 481; Potter / Zagaris: *Toward a Common US. Mexican Cultural Heritage: The Need for a Regional Americas Initiative in the Recovery and Return of Stolen Cultural Property*, 5 International Lawyer, 627 (1992), s.666; Pecoraro, Thomas: "Choice of law in Litigation to Recover National Cultural Property" 31 Virginia Journal of International Law, 1, (1990), s.37; Rosecrance, Barbara: "Harmonius Meeting: The Mc Clain Decision and the Cultural Property Implementation Act" 19 Cornell International Law Journal 311, (1986), s.327.

13 18 U.S.C. §§ 2314.

14 NSPA'nın eyaletlerarası araba hırsızlığı problemiyle uğraşmak için tasarlandığı ve yabancı mülkiyet kanunlarına göre çalınmış kabul edilen kültür varlıkları için uygulanmasının düşünülmeyeceği yönünde bkz. Fitzpatrick, James: "A Wayward Course: The Lawless Customs Policy Toward Cultural Properties" 15 New York Law Journal of Law and Politics, 857 (1983); Aksi görüş için bkz. Rosecrance, s.311

15 495 F.2d. 1154

16 Stale pramit yada tapınakların önüne dikilen anıt eserlerdir. Kireç taşından yapılan ve birkaç ton ağırlığında olan bu anıtlara rahip, kral, canavar figürleri ve hiyeroglifleri işlenmiştir. Rogers, William / Cohen, Rosalin: "Art Pillage- an International Solutions in Leonard D. Duboff: Art law - domestic and international s. 315 Williams, Sharon: *The International and National Protection of Movable Cultural Property A Comparative Study*, Ocena Publications, Inc. 1978, s.113

17 495 F.2d.1154,s.1156.

18 Church, Judith: "Evolving U.S. Case Law on Cultural Property Disputes" 2 International Journal of Cultural Property, 47 (1993), s.49. Stale Los Angeles Country museum'da Guatemala Hükümetinin izniyle bir yıl sergilenmiş ve restore edilmiştir. İbid, s.64, dn.30; Duboff, Leonard: Art Law, 1977, s.96; Prott / O'Keefe, s.623

Guatemala'nın devlet mülkiyetini öngören kanunlarının etkisi tartışılmamıştır. Bu açıdan asıl önemli olan karar Mc Clain kararıdır.

United States v. Mc Clain¹⁹ davasında Meksika kaynaklı yaklaşık 170 kolomb öncesi tarihi eser ABD'ye götürülmüş ve Mc Clain ve diğer davalıların yardımıyla ABD'deki satıcı ve koleksiyonculara satılmıştır. Eserlerden bazıları San Antonio'daki Meksika Kültür Enstitüsüne teklif edilmiştir. Meksika Hükümetinin resmi bir kolu olan enstitü FBI'ya haber vermiş ve davalılar gizli FBI ajanına eserleri satmışlardır. Yapılan yargılamada NSPA'yı ihlâl ve ihlâl yapmaktan suçlu bulunmuşlardır. Kararın temyizi üzerine temyiz mahkemesi kamu mülkiyetini ilan eden kanundan sonra yapılan ihracatın eserlerin çalıntı olduğunu ispatlamak için yeterli olduğunu belirtmiştir.²⁰ Mahkeme fiilen elde bulundurmanın mülkiyet hakkı için sine qua non olmadığını da vurgulamıştır²¹. Bununla birlikte Temyiz mahkemesi Meksika devletinin 1897'den beri Kolomb öncesi eserlere malik olup olmadığı kararının jüriye bırakılmasını bozma sebebi saymış ve 1972 yılına kadar Meksika'nın açık bir şekilde Kolomb öncesi eserler üzerinde mülkiyet hakkı tesis etmediğine karar vermiştir²².

Davalılar birkez daha yargılanmış ve suçlu bulunmuşlardır. Karar ikinci kez temyiz edilince, Temyiz Mahkemesi birkez daha bilfiil zilyet olmasa bile bir ülkenin çıkaracağı kanunlara binaen o eserin maliki olabileceğini ve ülkeden illegal yapılan ihracatın NSPA anlamında hırsızlık olduğunu vurgulamıştır²³. Mahkeme 1972'den önceki Meksika kanunlarının açık ve tartışmasız biçimde devlet mülkiyetini kabul etmediğini karara bağlayarak davalılar aleyhine NSPA'yı ihlal suçu hakkındaki hükmü bozmuş fakat ihlal anlaşması suçunu onaylamıştır²⁴.

Mc Clain kararı ABD'de çeşitli eleştirilere neden olmuş, hatta Kongrede Mc Clain kararını etkisiz bırakacak şekilde NSPA'yı değiştirme girişimleri olmuştur²⁵. Mc Clain kararına getirilen en önemli eleştiri yabancı devletlerin geniş kapsamlı kanunlarıyla tesis ettikleri mülkiyet hakkına dayanarak, Amerikan Ceza kanunlarını, kendi ihracat mevzuatlarını uygulamak amacıyla kullanmalarındadır²⁶. Yapılan eleştiriler Mc Clain kararlarının NSPA yorumun hırsızlıkla illegal ihracatı bir tuttuğu noktasında hataya düşmektedir. Oysa Mc Clain kararlarında açıkça, sadece ihracat yasaklarının ihlalinin hırsızlık anlamını taşımadığı²⁷, yabancı devletin açık ve tartışmaya meydan vermeyecek kanunlarla mülkiyet tesis etmesi halinde NSPA'nın uygulanabileceği²⁸ belirtilmiştir. Diğer yandan ya-

19 545 F.2d 988(1977) (*Mc Clain I*) rehearing denied 551. 2d 52 (5th Cir. 1977); 593 F.2d 658 (1979) (*Mc Clain II*) cert. denied 444 US 918 (1979).

20 545 F. 2d 988, s. 1003.

21 545 F.2d 988, s.992

22 545 F.2d 988, s. 1000-1001.

23 *Mc Clain II* 593 F.2d 658 (5 th cir. 1979).

24 593 F.2d 658, s.670 vd.

25 Bkz. Prott /O'keefe, s. 379; Fitzpatrick, s. 862 vd; Mc Alee, James: "The Mc Clain Case, Customs and Congress 15 New York University Journal of International Law and Politics, 813 (1983), s.827, dn.60; Moore. s.476 vd.

26 Bator, s.351; McAlee, s. 827.

27 *Mc Clain I*, 545 F.2d 988, s.996

28 *Mc Clain II*, 593, F.2d 658, s.671.

bancı devletin geniş kapsamlı mülkiyet kanunlarıyla ihracat mevzuatını ABD'de uygulaması eleştirisi de haklı değildir. Zira Mc Clain kararlarında yabancı ihracat mevzuatı değil, ABD Ceza kanunu olan NSPA uygulanmıştır. Mahkeme sadece yabancı devlet mülkiyetini tanıyarak devletin mülkiyet hakkını bilerek yapılan izinsiz ihracatı NSPA kapsamında hırsızlık olarak nitelendirmiştir²⁹.

Ceza Hukuku kararları olmasına rağmen Mc Clain kararlarında zilyetliğin mülkiyet hakkının bir önkoşulu olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla devlet fiziksel olarak nesnelere zilyedi olmasa da malik olabilir³⁰. Aynı şekilde ABD'de kabul edilen Arkeolojik Kaynakları Koruma Kanunu - Archaeological Resources Protection Act of 1979 (ARPA)- bütün kamu ve kıyıları arazilerinde (altında ve üstünde) bulunan eserleri ulusal eserler olarak kabul etmiş ve bunların naklini NSPA hükümleri uyarınca cezalandırmıştır. Dolayısıyla National Parktan çalınan bir eser üzerinde devletin mülkiyet iddiası yabancı ülkenin kendi arkeolojik eserleri üzerindeki mülkiyet hakkından farklı değildir³¹.

Devletin kanuni mülkiyet hakkına dayanarak kaçırılan kültür varlığını hukuk davası açarak geri alabilmesi için üç hususu ispat etmesi gerekmektedir:

- a) Devlet açık ve tereddüte mahal bırakmayacak şekilde henüz keşfedilmemiş de olsa kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyetini kanunla tesis etmiş olmalıdır.
- b) İade talebine konu olan eserler talepte bulunan ülke topraklarında bulunmuş ve kaçak olarak yurt dışına çıkarılmış olmalıdır.
- c) İade talebine konu olan eser devlet mülkiyetini tesis eden kanunun yürürlüğü esnasında bulunmuş ve yurt dışına çıkarılmış olmalıdır.

ABD'de karara bağlanan *Government of Peru v. Johnson* davasında³² davacı Peru bu şartları ispatlayamadığı için iade talebinde başarılı olamamıştır. Olayda Johnson tarafından iyi niyetle satın alınan Kolomb öncesi seksen parça altın, seramik ve dokuma eserler için Peru Hükümeti mülkiyet iddiasıyla Johnson aleyhine dava açmıştır. Mahkeme yaptığı tesbitte eserlerin Peru'dan geldiğine dair kesin delil bulunmadığını belirlemiştir. Kolomb öncesi Peru kültürü sadece bugünkü Peru'da değil, Bolivya, Ekvator, Kolombiya sınırları içinde de bulunmaktadır³³.

29 Aynı görüş Rosecrance, s.325.

30 Amerikan Hukukunda Louisiana Eyaleti vahşi kuşlar Quadrupedler, balıklar, su yaşamı, istiridye, kabuklu hayvanlar, tatlı su yatakları üzerinde, zilyedliğe sahip olmadığı halde devlet mülkiyeti tesis etmiştir. *United States v. Plott* kararına konu olan olayda Amerikan timsahı üzerindeki Louisiana devlet mülkiyeti tanınmış ve NSPA anlamında hırsızlık suçunun gerçekleştiğine karar verilmiştir. Bkz. Rosecrance, s.327; Moore, s.481

31 Moore, s.481; Pecararo, s.37, dn. 159 ve civarı; Potter /Zagaris, s.666.

32 720 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).

33 720 F.Supp. 810, s.812.

Mahkeme eserler Peru kaynaklı olsaydı bile davacının talebinde başarılı olamayacağını, iri Peru Kanunlarının açık, zira Peru kanunlarının açık bir şekilde devlet mülkiyeti tesis etmediğini hükme bağlamıştır³⁴. Mahkeme bir devletin özel kişiler ne şekilde malik oluyorsa o şekilde malik olacağını yada kendisini malik ilan etmek suretiyle bir eşyanın maliki olabileceğini belirterek³⁵ "şemsiye kanunların" mülkiyet hakkı tesis ettiğini kabul etmiştir. Ama devlet mülkiyet hakkını açıkca tesis etmeyip, sadece ihracat kısıtlamaları öngörmüşse bu durum iade talebi için yeterli olmayacaktır.

Kaçak kazı sonucu bulunan arkeolojik objelerde en büyük sorun menşe tespitindeki güçlüktür. Dolayısıyla devletler açık ve net olarak kanunlarıyla devlet mülkiyeti tesis etseler bile ayrıca dava konusu objelerin kendi topraklarından çıktığını da ispatlamak zorundadır. Sevso hazinesi davasında Macaristan ve Hırvatistan'ın talepleri eserlerin bu ülkeden çıktığının ispatlanamaması nedeniyle reddedilmiştir³⁶.

Türkiye Cumhuriyetinin Karun Hazinesinin iadesi talebiyle New York Metropolitan Museum aleyhine açtığı davada Türkiye hazinenin kaçak kazı sonucu yurt dışına çıkarıldığını ispatlamaktaydı³⁷.

34 720 F.Sup. 810, s.813.

35 720 F. Supp. 810, s.814.

36 Blake, Janet: "The Protection of Turkey's Underwater Archaeological Heritage - Legislative Measures and Other Approaches" 3 International Journal of Cultural Property 273 (1994), s.289.

37 1965-68 yılları arasında Uşak-Güre, Manisa-Salihli-Kırkağaç yöresindeki anıt mezarlardan kaçak kazı sonucu elde edilerek yurt dışına kaçırılan Karun hazinesi (Arkeoloji dünyasındaki ismi Lidya eserleri) 1966-70 yılları arasında 1.5 USD'a New York Metropolitan (MET) Müzesi tarafından satın alınmıştı. (Olayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, Özgen: Milliyet, 3 Nisan 1986; Rose, Mark / Acar, Özgen: "Turkey's War on the Illicit Antiquities Trade" Archaeology, March-April, 1995, s. 45 vd; Greenfield, Jeanette: *The Return of Cultural Treasures*, Cambridge University Press, 1989, s. 301 vd; Meyer, Karl: *The Plundered Past*, New York 1973, s. 64 vd.) Türk hükümeti anıtmezarların soyulduğunu 1966 yılında Uşak'ın Güre bucağındaki ikiztepe'deki anıtmezarıda (tümüls) yapılan kaçak kazıya katılan köylüler arasında anlaşmazlık çıkması neticesi öğrenmiştir. Bir muhbirin olayı jandarmaya bildirmesi üzerine bazı eserlere el konulmuş ancak önemli bir bölümü yurt dışına kaçırılmıştır. (Acar, Cumhuriyet, 18 Kasım 1993), Bu eşsiz eserlerin MET'e satımı büyük bir gizlilik içinde gerçekleşmiş ve eserlerin bir kısmının 1984 yılında "Doğu Yunan" başlığı altında sergilenmesine kadar 19 yıl MET deposundaki çelik kasalarda gizlenmiştir. (Acar, Cumhuriyet, 27 Eylül 1993, s.6) Bu arada Boston Globe'da MET'in Lidya hazinesini ele geçirdiğine dair bir yazı yayınlanınca Türk yetkilileri bu konuda bilgi istemişlerdir. Böylece hazinenin tamamı değil ancak beş parçası sergilenmiştir. 1973 yılında New York Post'da yayınlanan ikinci bir makale üzerine Türk yetkilileri tekrar müracaatta bulunmuşlar, fakat bir cevap alamamışlardır (Rose / Acar, s.46). MET'in eski müdürü Thomas Hoving 1993 de yayınlanan *Making the Mummies Dance* isimli anılarında müzenin hazinenin nereden geldiğini bildiğini açıkca belirtmektedir. (Rose / Acar, s.46). 1984 yılında MET kırkdan fazla eseri "Doğu Yunan Hazinesi" başlığı altında sergilemiş ve onları katalogta Yunan ve Roma Hazinesi başlığıyla tanımlamıştır. Böylece Türk yetkililer ilk kez müzedeki parçaların Lidya eseri olduğunu ve hırsızlardan geri alınan eserlere çok benzediğini tesbit edebilmişlerdir. Türkiye davayı ele alarak, anıt mezarları yeniden kontrol etmiş, yağmacıları sorguya çekmiş ve gümrük belgelerini ele geçirmiştir (Rose /Acar, s.46). Tüm bu araştırmalar MET'in elindeki hazinenin Türkiye'den geldiğini ispatlamaktadır. Diğer yandan *Karun Hazinesi* içinde yer alan duvar resimleri ölçülmüş ve mezar duvarlarındaki boşluklara tam olarak uyduğu görülmüştür. Araştırmada işbirliği yapan yağmacılar MET'deki parçaları tanımış ve onları çaldıklarını beyan etmişlerdir. Ayrıca müze kayıtları da yetkililerin eserlerin kaçak kazı sonucu Türkiye'den çıkarıldığını bildiklerini göstermektedir (Rose / Acar, s.47). Bunun üzerine müze 22 Eylül 1993 tarihinde hazinenin Türkiye'ye iadesi konusunda Türk Hükümeti ile anlaşma yapmak zorunda kalmıştır. Müze müdürü Philippe Montebello'nun basına yaptığı açıklamada Türk yetkililerin hazinenin kaçak kazı sonucu çıkarıldığını ispatladıklarını kendi kayıtlarına göre müze yetkililerinin 1960 larda hazineyi alırken onların nereden geldiğini bildiklerini söylemiştir (Rose / Acar, s.47-48).

Elmalı hazinesi davasında da sikkelerin Türkiye'den çıktığı hususu tartışılmazdır³⁸.

TC Devletinin Basel Kantonu ve Peter Ludwig aleyhine beş mezar taşının iadesi talebiyle açtığı davada³⁹ İsviçre hakimi mezar taşlarının ne zaman nerede çıkarıldığının kesinlik kazanmadığını belirtmiştir. Olayda Türkiye, beş mezar taşından ikisinin 1973 yılından kısa bir süre önce Prof. Drew -Bear tarafından Gökçeler köyünde görüldüğünü ve fotoğraflarının çekildiğini; TMK m. 697'ye göre, kültür varlıklarının bulunduğu andan itibaren devlet mülkü olduğunu, 1906 tarihli nizamname ve 1973 ve 1983 tarihli kanunlarla da aynı durumun güçlendirildiğini iddia etmektedir. Mahkeme maddi vakalarla ilgili değerlendirmesinde taşların ne zaman ve nerede bulunduğunun isbatının kesinlik kazanmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca Prof. Drew Bear tarafından görülerek fotoğrafları çekilen iki taşın da ne zaman çıkarıldığı konusunun kesinlik kazanmadığını belirtmiştir. Prof. taşların çıkarılışını görmemiştir. Her iki taş yığıntılar arasında bulunmakta ve şahide yeni çıkarılmış izlenimi uyandırmaktadır. Köylüler bunların kısa zaman önce traktörle tarladan çıkarıldığını söylemişlerdir. Taşlar üzerindeki küçük detaylar temizlenmemiştir. Drew-Bear taşların buldukları şekliyle daha çok inşaat malzemesi veya merdiven olarak kullanıldığını söylemektedir. Mahkeme bu beyandan taşların merdiven olarak kullanılırken kirlenmiş olabileceği, dolayısıyla detayların temizlenmemiş olmasının onların yeni bulunduğu anlamına gelmediği sonucunu çıkarmaktadır. Köylülerin açıklamalarını da şahidi yanıltmak amacıyla kötü niyetle söylenmiş sözler olarak değerlendiren mahkeme başka kanıtlarla desteklenmediği sürece Drew-Bear'ın tanıklığına dayanmanın söz konusu olmadığına hükmetmiştir.

Mahkemenin maddi vakıaları değerlendirme biçimi önyargılı ve yanlıştır. Prof. Drew Bear iki taşı görüp fotoğraflamış olmasına rağmen mahkeme bunların ne zaman çıkarıldıklarının kesin olmadığı gerekçesiyle şahit beyanını kabul etmemiştir. Kültür varlıklarının ne zaman çıkarıldıkları mülkiyet hakkı tesis eden kanunların yürürlüğü açısından önemlidir. Dolayısıyla TMK m. 697'nin etkisi 1926'dan sonra bulunan kültür varlıkları için geçerlidir. Mahkeme 1970'lerin başlarında görülen mezar taşlarının yeni çıkarılmış olmadığını savunmaktadır. Çok yeni çıkarılmasa bile taşların 1926 öncesinden beri orada olduğuna dair bir kanıt yoktur. Ayrıca 1926 öncesinde çıkarılmış dahi olsa 1906 tarihli Nizamname de açıkça devlet mülkiyetini kabul etmektedir. Taşların 1906 öncesinden beri orada bulunduğu ve üzerinde özel mülkiyet tesis edildiğine dair bir kanıt mevcut değildir. Bu açıdan en azından Türkiye'de yığıntılar arasında görülen ve fotoğra-

38 Nisan 1986'da Oxford Üniversitesinde yapılan ve Elmalı hazinesinin anlatıldığı toplantıda Sallie Fried konuşmasının 5. cümlesinde "buluntunun yeri herhalde Güney Anadolu'da bir yer" sözleriyle definenin Türkiye'den geldiğini ifade etmektedir (Acar, Özgen, Cumhuriyet 21.7.1988, s.8; Rose/Acar s. 52). Türkiye'nin müdahalesi üzerine 19 sikke Türkiye'ye iade edilmiştir.

39 Türkische Republik gegen kanton Basel-Stadt und Prof. Dr. Peter Ludwig mahalli mahkeme kararı 16 Ağustos 1993 ve istinaf mahkemesi kararı 18 Ağustos 1995 ve Federal mahkeme kararı 22 Mayıs 1996 tarihli. (Kararlar yayınlanmamıştır).

fı çekilen iki taşın Türkiye kaynaklı olduğunun kesinlik kazanması gerekirdi. Prof. Drew-Bear'ın taşları gördüğü tarihe de bir sonuç bağlanmalıydı⁴⁰.

Sonuç olarak geniş kapsamlı kanunlarla tesis edilen devlet mülkiyetinin yabancı mahkemelerde tanınması kültür varlıklarının korunması açısından çok önemli bir fonksiyon üstlenecektir. İlegal kültür varlığı ticaretinde transit ülke durumunda olan İsviçre'nin bu konuya gerekli hassasiyeti göstermesi, kültür varlıklarının kaynak ülkeye iadesini temin eden mahkeme kararlarının verilmesi kültür varlıklarının illegal ticaretinde caydırıcı bir rol oynayacaktır. Danusso davasında İtalyan Tarino mahkemesi kültür varlıklarının korunması konusunda ne kadar hassas olduğunu göstermiş ve Ekvator'un eminent domain karakterli koruyucu hükümleri tanımıştır⁴¹. Fakat gerçek anlamda kamu mülkiyeti sağlamayan bu kuralların bir başka ülkede de aynı şekilde tanınabileceğini söylemek güçtür⁴².

III- Türk Hukukundaki Durum

A- Genel Olarak

Tarih boyunca pek çok kültürün beşiği olan Türkiye de çıkardığı geniş kapsamlı kanunlarla bulunmuş yada bulunacak kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyetini kabul etmiştir. Böylece kaçak kazı sonucu çıkarılıp yurt dışına çıkarılan ve varlığından yıllar sonra haberdar olunan eşsiz kültür varlıkları yurt dışında gün ışığına çıktığında, TC, mülkiyet hakkına dayanarak iade davası açabilmektedir. Yukarıda da görüldüğü üzere bu tür bir talepte başarılı olmak için eserin Türkiye'den çıktığı ve TC devletinin net bir biçimde mülkiyet hakkını tesis ettiği gösterilmelidir.

TC devletinin kültür varlıkları ile ilgili mevzuatının mülkiyet hakkı tesis edip etmediği özellikle Elmalı hazinesi davasında tartışma konusu olmuştur. Dava konusu olan olayda yaklaşık 2000 antik Yunan ve Lidya sikkesi 1984 yılında Elmalı yakınlarındaki bir sit alanında kaçak kazı sonucu keşfedilmiş ve illegal olarak yurt dışına çıkarılmıştır⁴³. Davalı Oaks Partners (Jonathan Kagan, Jeffrey Spier, William Koch)⁴⁴ eline geçen sikkelerin iadesi için TC, ABD' nin, Massachusetts eyaletinde mülkiyet iddiasına dayanarak dava açmıştır. Davalı taraf Türk kanunlarına göre TC'nin mülkiyet hakkı olmadığını bu nedenle de dava hakkı bulunmadığını iddia etmiştir. Bu amaçta Azrak / Tar-

40 Bir ceza davası olmasına rağmen Hollinshead davasında Machaquila Stela 2'nin Guatemala ormanlarında 1960 larda arkeolog Ian Graham tarafından fotoğrafı çekilerek kaydedilmiş olması ABD mahkemesince yeterli görülmesi, Guatemala kanunlarının etkisi tartışılmamıştır.

41 Bkz. dn.7.

42 Ekvator da kanunlarını değiştirerek kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti tesis etmiştir. Prott / O'Keefe, s.615; Church, Judith: "Evaluating the Effectiveness of Foreign Laws on National Ownership of Cultural Property in U.S. Courts, 30 Columbia, Journal of Transnational Law, 179 (1992), s.211.

43 Yüzyılın hazinesi olarak kabul edilen Elmalı hazinesi davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Acar / Kaylan: "The Hoard of the Century" July 1988 Connoisseur, s.74 vd; Ayrıca bkz. Acar, Özgen: *Elmalı Definesi Yüzyılın Kaçakçılığı*, Cumhuriyet, 17.7.1988 - 23.7.1988; Rose / Acar, s.50 vd.

44 Davalılar konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, Cumhuriyet, 20.7.1988

hanlı' nın bilirkişi raporuna dayanmışlardır⁴⁵. Azrak / Tarhanlı idare hukukundaki özel mallar, hizmet malları, orta mallar ve sahipsiz mallar ayırımına girdikten sonra özel mallar dışındaki mallarda kamu hukuku anlamında mülkiyet hakkının olmadığını sadece kontrol, gözetme, koruma yetkisinin bulunduğunu belirtmişlerdir⁴⁶. Müellifler KTVKK m. 5'deki devlet malı teriminin mülkiyet hakkından farklı bir anlam taşıdığını zira devletin mülkiyet hakkının bünyesinde bulunan yetkileri kullanmadığını diğer bir ifadeyle devletin kültür varlığı üzerinde sınırsız ve mutlak bir hakkı olmadığını, onun üzerinde tasarrufta bulunamayacağını, zilyet olamayacağını, hakkı ihlal eden üçüncü kişilere müdahale edemeyeceğini belirtmişlerdir. Bu sonuç için tabii servetler ve kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altına sokan AY.m. 168 ile kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirten AY.m. 43'e kıyasen başvurmuşlardır⁴⁷.

Azrak / Tarhanlı KTVKK. m. 25'de devletin kültür varlıkları üzerindeki hakkının niteliğini belirleyecek anahtar sözcüklerin kullanıldığını belirtmektedir: "satın alınır" ve "sahiplerine iade edilir" sözcükleri. Müelliflere göre satın alma deyiminin kullanılmış olması devletin bu tür objeler üzerinde başlangıçtan itibaren bir mülkiyet hakkı olmadığını göstermektedir. Böyle bir hak ancak satın alma veya kamulaştırma işleminden sonra mümkün olacaktır⁴⁸.

Davacı Türkiye Cumhuriyeti ise bu iddialara karşı, 1984 yılında çıkarılan Elmalı hazinesinin Türk kanunlarına göre Devlete ait olduğunu, mülkiyet hakkının tereddüte yer vermeyecek şekilde tesis edildiğini savunmaktadır. Umar/ Özsunay/ Bilgen/ Akgüner/ Güren'in 1983 tarihli KTVKK'nu yorumlayan bilirkişi raporları da davalıların yorumlarının aksi yönündedir⁴⁹.

Türk hukukunda devletin kültür varlıkları üzerinde kanunen mülkiyet hakkını kazanıp kazanmadığı çeşitli açılardan incelenebilir. Davalıların da iddialarında esas aldıkları noktalar aşağıda değerlendirilmiştir.

B. İdare Hukuku Açısından Kamu Mülkiyeti Kavramı

İdarenin kamu hizmetlerini görebilmesi için taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyacı vardır. Doğrudan doğruya veya dolayısıyla kullanımı ve yararlanılması kamuya ait olan mallar⁵⁰ çeşitli açılardan farklı tasniflere ayrılmaktadır⁵¹ İstifade ve tahsis yönü batkı-

45 The Republic of Turkey v. Oaks Partners, Oxbow Corporation Jonathan Kagan, individually and as he is a partner of oaks partners, Jeffrey Spier individually and he is a partner of oaks partners, William Koch and Spring Creek Art Foundation inc. Civil Action No: 89-3061-5 Defendants' further supplementary answers to expert interrogatories

46 ibid. s.3-5

47 ibid. s.5 vd.

48 ibid. s.7 vd.

49 plaintiff's memorandum of in opposition to defendant's motions to dismiss; plaintiff's supplemental answer to defendant's expert interrogatories.

50 Düren, Akın: *İdare Malları*, Ankara 1975, s. 3. Kamu mallarını ifade etmek üzere pekçok farklı terim kullanılmaktadır: Amme emlâkı, idare malları, devlet malı, kamusal alan, kamusal mallar gibi. Kamu malı kavramının geçirdiği aşamalar konusunda bkz. Yayla, Yıldızhan: "*Kamu Malının Çağdaş Tanımı*" M. Ü. H. F. Hukuk Araştırmaları, (1992-1993), c. 7, s. 1-3, s.9 vd. idarenin kamu malları dışında özel malları da vardır. Hazine malları olarak adlandırılan özel mallar prensip olarak özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu mallar ancak kapital değeri ve yerimi ile dolaylı olarak kamusal amaçlara hizmet eden mallardır. DÜREN, s. 38; UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 64; KIRBAŞ, Sadık: *Devlet malları*, Ankara 1985, s. 20. Mu-

mından kamu malları, hizmet malları, orta malları ve sahihsiz mallar olarak üçe ayrılmaktadır⁵².

- a) Orta malları: Nitelikleri gereği veya tahsis suretiyle kamunun fiilen istifade ettiği mallardır. Yollar, meydanlar, köprüler vs gibi.
- b) Hizmet malları: Bir kamu hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış mallardır. Hastaneler, müzeler, cezaevleri vs gibi.
- c) Sahihsiz mallar: Üzerinde mülkiyet kurulmamış yada mülkiyet konusu olma niteliği taşımayan denizler, dağlar, göller vs'dir.

Dar anlamda kamu malları kategorisine giren bu mallar üzerinde devletin mülkiyet hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır: Kamu malları üzerinde devletin mülkiyet hakkı olmadığını kabul eden görüş devletin sadece bir denetim, gözetim ve koruma yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir⁵³. Kamu mallarını tabiat ve nitelikleri gereği özel mülkiyete girmeyen eşyalar olarak gören bu görüş devletin sözkonusu mallar üzerinde, mülkiyet hakkının üç unsuru olan jus utendi, jus fruendi ve jus abutendi yetkilerini kullanamayacağını öngörmektedir⁵⁴. Bu görüş günümüzde önemini kaybetmiştir⁵⁵.

Buna karşılık özellikle Fransa'da geçerli olan doktrine göre, idare özel nitelikte ve idare hukukuna mahsus bir mülkiyet hakkına sahiptir. Buna göre idarenin kamu malları üzerindeki yetkisi sadece bir denetim ve gözetimden ibaret değildir. İdare malların semelerinden yararlanmakta, zilyetlik, istihkak ve komşuluk hukuku gibi haklardan istifade etmektedir⁵⁶.

Türk hukukunda kamu mallarını düzenleyen MK. m. 641/c.1'de "sahihsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır" denilmiştir. Böylece devletin kamu malları üzerinde tasarruf yetkisi kabul edilmiştir. Fakat bu hüküm devletle kamu malları arasındaki mülkiyet ilişkisini açıklamamaktadır. Doktrinde kabul edilen baskın görüş devletin kamu malları üzerinde kamu mülkiyeti olarak adlan-

kayeseli hukukta, kamu malını özel mallardan ayıracak kıstaslar konusunda bkz. BILGEN, Pertev: *İdare Hukuku Ders Notları - İdare Malları*-İstanbul 1995, s. 151 vd.

51 Taşınfler için bkz. ONAR, s. 1313vd.; EROĞLU, s. 298 vd; GİRİTLİ, BILGEN, s.21 vd; GÖZÜBÜYÜK, AKILLIOĞLU, s. 206 vd; GÜLAN, s. 582 vd; KIRBAŞ, s. 5 vd.

52 Bkz. Onar, s. 1313 vd; Eroğlu, s. 298-299; Düren, s. 38-39; Giritli/Bilgen, s.21vd;Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 206; Umar/Çilingiroğlu, s. 64; Gülan, s. 583 vd; Kırbaş, s. 6 vd.

53 Azrak/Tarhanlı, Def. Futh. Supp, s. 5; Azrak/Tarhanlı, Def. Futh. Supp, s. 5; Umar/Çilingiroğlu, s. 70 vd. Bilgen,taşınmaz mallar konusunda devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz mallar-idarenin üzerinde mülkiyet hakkı olan taşınmaz mallar ayrımı getirmiş ve orta mallar ile sahihsiz mallar üzerinde devletin hüküm ve tasarrufu bulunduğunu, hizmet malları üzerinde ise mülkiyet hakkı olduğunu kabul etmiştir. Bilgen, Pertev; s. 24, 38-39.

54 Onar, s. 1322; Bilgen, (*Ders Notları*), s. 115.

55 Onar, s. 1323; Eroğlu, s. 305; Gülan, s.590.

56 Onar, s. 1323; Eroğlu, s. 306. Devletin mülkiyet hakkını kabul eden diğer bir görüş idare hukuku kararlarıyla sınırlandırılmış bir medeni hukuk mülkiyeti teorisidir. Buna göre devletin medeni hukuktan kaynaklanan bir mülkiyet hakkı vardır ama bunun kullanımı idare hukukuna tabi tutulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, s. 1324 vd; Danıştay 3. Dairesi, E. 1980/157, K. 1980/181, (1982) Danıştay Dergisi, s. 44-45, s. 56; Danıştay Genel Kurulu E. 1981/4, K. 1981/25, ibid, s. 63.

dırılan bir mülkiyet hakkına sahip olduğu şeklindedir⁵⁷. Bu görüşte kamu mülkiyeti, devlete özel mülkiyet haklarının bir çoğunu sağlayan dominium kavramı ve söz konusu malların devlet hakimiyetine tabi olduğunu belirten imperium kavramını bünyesinde barındırmaktadır.⁵⁸ Biz de devletin kamu malları üzerindeki yetkisinin mülkiyet kavramıyla ifade edilmesi gerektiğini ve bunun özel mülkiyetten farklı bir kamu mülkiyeti olduğunu savunmaktayız. Zira devletin mülkiyet hakkı olmadığını kabul eden görüş kamu mallarını tabiat ve nitelikleri gereği özel mülkiyete girmeyen eşyalar olarak görmekte ve söz konusu mallar üzerinde mülkiyet hakkının üç unsuru olan jus utendi, jus fruendi ve jus abudenti yetkilerinin kullanılmayacağını kabul etmektedir. Oysa dar anlamdaki kamu malları içinde yer alan orta malları ve hizmet malları mülkiyet hakkı konusu olabilen mallardır ve bunlar üzerinde mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler kullanılabilir. Sahipsiz mallar kategorisine gelince, bu mallar, üzerinde mülkiyet hakkı kurulmamış yada mülkiyet konusu olma niteliği taşımayan mallar olarak tanımlanmaktadır. Fakat bu niteliği belirleyen husus eşyanın tabiatı değil, o hukuk sistemidir. Dolayısıyla göller, ormanlar, kıyıları da mülkiyet konusu olabilir. Fakat bu nesnelere özellikleri üzerinde her türlü tasarrufun yapılmasına imkan tanımaz. Diğer bir ifadeyle yok etme hakkı mülkiyet kavramının ayırıcı kıstası değildir ve özel mülkiyette bile sosyal nedenlerle bu yetki kısıtlanmıştır. Dolayısıyla devlete o mal üzerinde egemenlik ve hakimiyet hakkı tanıyan bir yetkinin kamu mülkiyeti olarak isimlendirilmemesi için bir neden bulunmamaktadır.

Kamu mallarının tahsis işlemi kalkmadıkça devir ve ferağ edilememeleri; kanunen öngörülmedikçe üzerlerinde sınırlı ayni hak kurulamaması; haczedilememeleri; kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap edilememeleri; her türlü resim ve harçtan muaf tutulmaları; tapu siciline tabi olmamaları; kamulaştırılmamaları ve kamu malını tahrip edenlerin özel mülkü tahrip edenlerden daha ağır şekilde cezalandırılması⁵⁹, kamu mallarının hukuki karakteri itibarıyla mülkiyet hakkının malike sağladığı hak ve ödevlerin, özel mülkiyete kıyasla daha sıkı koşullarla belirlendiğini göstermektedir. Ayrıca idare kamu malları üzerinde medeni hukukun zilyetlik, istihkak, komşuluk hukuku gibi müesseselerinden yararlanmaktadır⁶⁰.

Çalışma konumuzu teşkil eden kültür varlıkları açısından devlet, özel hukukta malikin sahip olduğu pek çok hak ve ödevde sahiptir. Kamu mallarının karakteristik özel-

57 Düren, s. 60 vd; Giritli/Bilgen, s. 21 Onar, eski hukukumuzdaki arazi-i metruke ve mubah mallar üzerinde devlet mülkiyetinin olmadığını belirttikten sonra kamu tüzel kişilerin geniş manada zabıta kudretine sahip olduğunu ancak icabında zilyetlik, komşuluk hukuku vs gibi medeni hukuk yetkilerinden yararlanabileceğini kabul etmiştir (s. 1327-1328). Dolayısıyla Türk doktrininde kamu malları üzerinde denetim ve gözetim yetkisi, kamu mülkiyeti görüşü ile birlikte ve tek görüş olarak düşünülmektedir (Düren, s. 58 dn. 51). Danıştay genel Kurulu da bir kararında devletin nev'i şahsına münhasır bir nevi idare hukuku mülkiyeti olduğunu vurgulamıştır. Bkz. dn. 56.

58 Düren, s. 64.

59 Bkz. Onar, s. 1319 vd; Eroğlu, s. 302 vd; Giritli/Bilgen, s. 26 vd; Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 207 vd; Düren, s. 75 vd; Gülan, s. 600 vd.

60 Eroğlu, s. 303; Onar, s. 1321; Gülan, s. 596 dn. 129; Bilgen (Ders Notları), s. 56.

liklerinde görüldüğü üzere devlet TMK m. 618 ve 896 kapsamında zilyetliğin iadesi davası açabilir. Diğer yandan özel mülkiyetten farklı olarak kültür varlıkları devir ve ferağ edilemez, iyiniyetle ve zamanaşımı ile iktisap edilemez, elkonulamaz ve kamulaştırılmazlar. Devlet malı olan kültür varlıklarına verilen zararlar için daha ağır hükümler getirilmiştir⁶¹.

Bize göre idare hukuku anlamında kamu mallarının değerlendirilmesi, kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti olamayacağı sonucunu doğurmaz. Bu noktada kültür varlıklarının hangi kategori kamu malı sayılacağı konusu önemli değildir. Zira kamu malları için yapılan bu ayırım mutlak olmayıp, kamu mallarını istifade ve tahsis yönü bakımından ayırarak inceleme kolaylığı sağlama amacı gütmektedir. Kültür varlıklarının özel durumu farklı müelliflerce farklı değerlendirilmiştir. Onar⁶² ve Giritli/Bilgen⁶³ kültür varlıklarının dar anlamda kamu mülkiyeti içinde hangi kategoriye girdiğini belirtmişlerdir⁶⁴. Düren bu değerlendirmeyi eleştirmekte ve tabiat ve mahiyeti gereği kamu

61 Bu noktada belirtilmelidirki Azrak/Tarhanlı'nın mütalaasında yer alan KTVKK'da TCK'nın hiçbir maddesine atıf yapılmamıştır ifadesi gerçeği yansıtmamaktadır (Bkz. Def. Further Supp. Ans. s.9). Zira KTVKK m. 75 açık olarak Türk Ceza Kanununun ilgili hükümlerini kanun kapsamına dahil ederek, ceza artırımına gitmektedir.

62 s. 1339-1340.

63 s. 34.

64 Dar anlamda kamu mülkiyeti kategorilerini incelersek, kültür varlıklarının hiçbirine tam olarak girmediğini görürüz. Zira orta malları, nitelikleri gereği yada tahsis suretiyle kamunun fiilen istifade ettiği mallardır. Taşınır kültür varlıkları kamunun fiilen istifade ettiği mallardan değildir. Üzerinde mülkiyet kurulmamış yada mülkiyet konusu olma niteliği taşımayan mallar da sahipsiz mallar olarak adlandırılmaktadır. Kültür varlıkları üzerinde özel mülkiyet dahi kurulabildiğine göre sahipsiz mal olarak kabul edilmeleri de mümkün değildir. Bir kamu hizmetine tahsis edilmiş mallar olan hizmet malları tanımlaması da kültür varlıkları için geçerli olmadığı için, Onar ve Giritli/Bilgen bu ayrımlarla uğraşmak ve kültür varlıklarını zoraki olarak bu kategorilere sokmak istemedikleri için, onları tabiat ve mahiyetleri gereği kamu malı saymışlardır. Fakat bu durumda bütün kültür varlıklarının devlet malı olması ve özel mülkiyetin hiç kabul edilmemesi gerekir. Oysa Türkiye'de bazı kültür varlıkları üzerinde özel mülkiyet kabul edilmiştir. Kanatımızca devletin hangi koşullarla, hangi kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyetini öngördüğünü bir kanunla belirtmesi yeterlidir. Bu kanun devlet mülkiyetini öngörünce, artık kültür varlıklarını belirli bir kategoriye sokmak gereksizdir Zira pekçok kültür varlığı özel mülkiyet konusu olabileceken devletin tercihi sonucu kamu malı sayılmaktadır. Bu noktada Bilgen ilginç bir saptamada bulunarak, belge değeri olan "kırık sürahi parçası"ndan herkesin yararlanması gerektiğini, bunun da ancak "kırık sürahi parçasının" devlet malı olması ile mümkün olacağını; bu sebeble "kırık sürahi parçasının" doğal mahiyeti gereği kültür varlığı olduğunu ve bunu takiben de devlet malı olduğunu kabul etmektedir. Bilgen kültür varlığını devlet malı yapan olgunu kanun olmadığını, bazı ülkelerde benimsenen özel mülkiyet anlayışının ise yanlış bir gözleme dayandığını belirtmektedir. Bilgen (*Ders Notları*, s. 174-175). Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir mal mahiyeti gereği devlet malı olarak kabul edildiğinde, teknik anlamda, üzerinde özel mülkiyet kurulmaya elverişli olmayan mallar yani sahipsiz mallar kategorisine girmektedir. Oysa Bilgen sahipsiz mallar kategorisinde kültür varlıklarına yer vermediği gibi, devletin sahipsiz mallar üzerinde mülkiyet hakkı olmadığını, bunların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu kabul etmektedir (*Ders Notları*, s. 38/-39). Dolayısıyla kültür varlıklarının doğal mahiyetleri gereği kamu malı olması fakat sahipsiz mallar arasında yer almayarak mülkiyet hakkına konu olmaları bir çelişkidir. Ayrıca kültür varlığını devlet malı yapan olgunun "kanun" olmayıp, eşyanın mahiyeti olduğu belirlemesini de hukuki temelden yoksun buluyoruz. Arkeolojik objelerden elde edilecek bilgilerden bütün insanlığın yararlanması gerektiği ve bu nedenle tümüyle serbest ticaret konusu olmamaları gerektiği görüşünü benimsememize rağmen, bir devletin tercih ettiği sistem gereği bu objeler için özel mülkiyete ve özel müzeciliğe izin vermesi karşısında, artık bu eserlerin mahiyetleri gereği devlet malı olduğunu kabul etmenin güçlüğüne inanıyoruz. Zira kültür varlığının korunması meselesi kimin elinde daha iyi korunacağı meselesi ile doğrudan bağlantılıdır ve ülkeler tercih ettiği sisteme göre özel veya kamu mülkiyetini seçebilirler. Bu seçim kanunla gerçekleşir. Dolayısıyla kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti, bunu öngören bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olur. Aksi takdirde Türkiye'de 1884'den önce bulunarak üzerinde özel mülkiyet kurulmuş bir eski eser için de devlet malı nitelmesi yapılarak malikin elinden alınması gerekecekti. Aynı şekilde şu an yürürlükte bulunan KTVKK m. 25'e göre bir buluntu tasnif ve tescil dışı bırakılarak

malı sayılan malların sahipsiz mal sayılması gerektiğini⁶⁵, oysa eski eserlere eski eser niteliğinin kanunla verildiği için bunların sahipsiz mal olamayacağını vurgulamaktadır. Düren kültür varlıklarını orta malı olarak kabul etmektedir⁶⁶. Bu değerlendirmeleri eleştiren Umar/Çilingiroğlu eski eserlerin teknik anlamda mülkiyet hakkına konu olmadığını, dolayısıyla bunların devletin denetim, gözetim ve koruyuculuğunda sahipsiz mal durumunda bulunduğunu bizzat mülkiyet öğretisi çerçevesinde göstermeye çalışmaktadır⁶⁷. Müellifler mülkiyetin sağladığı yetkilerden bahsettikten sonra devletin eski eserleri kendi mülkiyetinden çıkarıp, özel mülkiyete geçirebilme yetkisinden kesin olarak yoksun olduğunu belirtmişlerdir⁶⁸. Fakat bunun neye dayandığı açık değildir. Zira kamu mallarının temlik edilememesi devletin bunları hiçbir surette satamayacağı anlamına gelmemektedir. Devlet kamu malı üzerindeki bu niteliği kaldırıp bunlar üzerinde özel mülkiyet kurulmasına izin verebilir. Devletin özel malları arasındaki bir arazinin satılması oradaki eski eserler üzerinde devletin mülkiyet hakkının yitirilmesine yol açmaz ifadesi de kamu mülkiyetinin olmadığı görüşünü desteklememektedir⁶⁹. Kamu mülkiyeti eski eserlerin bulunduğu arazinin maliki kim olursa olsun devam etmektedir. Arazide bulunan eski eser mütemmim cüz niteliğinde de olsa onun üzerindeki mülkiyet hakkı arazinin mülkiyetine bağlı olmamakta ve devletin mülkiyet hakkı devam etmektedir.

Devletin mülkiyet hakkı olmadığı görüşü devletin eski eserler üzerinde ius abundantinin bir parçası olan nesneyi kırma, bozma, parçalama yetkilerine sahip olmadığı görüşüyle desteklenmek istenmektedir⁷⁰. Oysa devlet bunları mülkiyet hakkına sahip olmadığı için değil, söz konusu obje kültür varlığı olduğu için yapamaz. Kültür varlığı üzerinde özel mülkiyet olsa bile malik sınırsız bir tasarruf yetkisine sahip değildir ve bazı kısıt-

müzelere alınmaya değer görülmezse, kanundaki yanlış tabirle "sahiplerine" iade edilir. Burada devlet, kanun kapsamında korunmaya değer görmediği kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkını çekerek onlar üzerinde özel mülkiyet tesisine imkan vermektedir. Dolayısıyla bir "kırık sürahi parçası" doğal niteliği gereği değil, kanun gereği devlet malı olmakta ve aynı kanun kapsamında korunmaya değer kültür varlığı olmadığının tespiti ile de devlet malı kapsamından çıkmaktadır.

65 Kırbaş da aynı mantıktan hareketle kültür varlıklarının doğal nitelikleri gereği kamu malı olduğunu bu yüzden sahipsiz mallar arasında incelenmesinin daha doğru olacağını belirtmektedir. (s.16). Aynı yönde bkz. Gülen, s. 586. Fakat müellif yapay kamu malları kavramıyla bazı malların doğaları veya niteliklerinin gereği herhangi bir hukuk normuna ihtiyaç duymadan zorunlu olarak değil; tahsis neticesi kamu malı haline geldiklerini de ortaya koymaktadır (s. 589-590).

66 s. 129-131. Aynı yönde Dönmez, Oğuz: "*Türkiye'de Eski Eserler Hukuku*" (1985) ABD.S. 3, s.441. Düren eski esere eski eser niteliğinin kanunla verildiği için bunların sahipsiz mal olamayacağını öne sürmektedir. Eski esere bu niteliği veren kanun değil, bizatihi eserin kendisidir. Kanun sadece onlar üzerinde devletin mülkiyet hakkını tesis etmektedir. Düren'in kültür varlıklarını orta malı olarak nitelendirmesi de bütün kültür varlıkları için geçerli değildir. Tarihi değeri olan köprüler, meydanlar orta malı olarak kabul edilebilir. Fakat müzelerde bulunan arkeolojik objeler, sanat eserleri, etnografik eserler için orta malı tanımlaması yapılamaz. Zira bu eserler mahiyetleri gereği veya tahsis suretiyle kamunun fiilen istifade ettiği eserler değildir. Kamuya kullanım amacıyla değil, görülüp incelenmesi amacıyla sunulmuşlardır. Bu eserlerin çok iyi koşullarda korunup gelecek kuşaklara aktarılması gerekmektedir. Bu açıdan orta malı nitelmesi bütün kültür varlıklarını kapsam dahiline almaktan uzaktır.

67 Bkz. s. 70 vd.

68 s. 71

69 s.71. Müellifler çelişkili ifadeler kullanmaktadırlar. Bir yandan kamu mülkiyeti kavramını reddetmekte diğer yandan ise devletin özel malları arasında yer alan bir arazide bulunan taşınmaz eski eser üzerinde devletin hakkı bulunduğunu, bunların devlet malı olduğunu kabul etmektedirler.

70 s.71

lamalara tabidir. Diğer yandan devletin eski eserler üzerindeki kullanım yetkisinin dar bir çerçeve ile sınırlandırıldığı belirtilmiştir⁷¹. Bu da kamu mülkiyeti kavramını reddetmek için bir neden değildir. Zira özel mülkiyete tabi kültür varlıkları da malik tarafından sınırlı bir kullanım imkanına sahiptir. Müellifler devletin eski eserler üzerinde başkalarını engelleme yetkisini kabul etmiş ancak bunun devletin koruma ve değerlendirme görevinin çerçevesinde olduğunu ileri sürmüşlerdir⁷². Dolayısıyla Umar/Çilingiroğlu mevcut devlet yetkilerinin mülkiyet hakkına bağlanmasını mülkiyet kavramına aykırı bulmaktadırlar⁷³. Bir kavram mülkiyetin sağladığı bütün yetkileri sağlamakta ve egemen güç tarafından devlet malı olarak adlandırılmakta ise buna hâlâ kamu mülkiyeti değildir demek bizce yerinde değildir. Kültür varlıkları tabii servetler ve kaynaklardan farklı objelerdir ve bunlar üzerinde mülkiyet kurulabilir. Söz konusu mülkiyet özel mülkiyet olduğu gibi, kamu hukuku anlamında bir devlet mülkiyeti de olabilir. Devletin, mülkiyetini sağladığı temel yetkilere sahip olması ve bir kanunla kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı tesisi yoluna gitmesi, kamu mülkiyeti kavramı için yeterlidir. Bütün bunlara rağmen hâlâ devletin mülkiyet hakkından değil de gözetim ve denetim hakkından bahsetmek yanlıştır.

3- Kültür Varlıkları Üzerindeki Mülkiyet Hakkıyla İlgili Türk Mevzuatının Tarihçesi

TC devletinden önce Osmanlı Devletinde de kültür varlıkları ile ilgili düzenlemeler yapılmış ve bulunan antikaların devlet malı olduğu kabul edilmiştir⁷⁴.

Bu konudaki ilk düzenleme 1869 tarihli Asar-ı Atika Nizamnamesidir⁷⁵. Nizamname Osmanlı topraklarında eski eser aramak için izin şartını getirmiş (m.1), bulunan eski eserlerin serbest ticaretini kabul etmiş fakat paralar dışında ihracatı yasaklamış ve devlete şuf'a hakkı tanımıştır (m.2). Arazisinde eski eser bulunanın buna sahip olacağı da belirtilmiştir (m.3). Dolayısıyla bu nizamname eski eserler üzerinde devlet mülkiyeti tesis etmemiş, özel mülkiyete izin vermiştir .

Daha sonra çıkarılan 1874 tarihli Asar-ı Atika Nizamnamesi⁷⁶ henüz keşfedilmemiş eski eserlerin devlete ait olduğunu belirtmiştir. İzin alarak usulüne uygun şekilde eski eser bulanlar, bulduklarının üçte birini almaya hak kazanırlar. Üçte biri arazi sahibine,

71 s. 71

72 s.

73 s. 71.

74 Konuyla ilgili düzenlemeler için bkz. Dönmez, s.442 vd; Bilgen (*Ders Notları*),s.160 vd.

75 (13.11.1869). *Takvim-i vakayi*, Tertip-i Evvel, Nr. 1053, 1Şubat 1284 - 1 Zilkade 1285. Söz konusu Nizamnamenin kültür varlığı konusunda yapılan ilk düzenleme olduğu konusunda bkz. Mumcu s.66, dn.25. Nizamnamenin Mukaddemesinde... şimdiye kadar ancak bir antika çift olarak bulunursa bir adeti devlete terk ettiriliyor ve antika taharrisine yalnız bu şartla izin veriliyordu... ifadelerinin kullanılması bu nizamnameden önce de konuyla ilgili hükümlerin bulunduğunu göstermektedir. Bi daha önceki düzenlemelere ulaşamadık. Bu açıdan Mumcu'nun tespitini esas alıyoruz.

76 26 Mart 1290/8 Nisan 1874, *Düstur*, I tertip cild 3. s.426-431.

kalan üçte biri ise devlete kalır (m. 3). Eski eseri bulan aynı zamanda arazinin sahibi ise üçte ikisi ona kalır (m.3). Bölüştürmenin değer bakımından mı yoksa aynen mi olacağına idare karar verir (m.5). Kazı yapanlara kalan eski eserler devletten izin alınarak ihraç edilebilir (m.32). İzinsiz ihraç edilmeye çalışılan eserler gümrükte tutulursa müsadere edilir (m.34).

1884'de çıkarılan Asar-ı Atika Nizamnamesi⁷⁷ açık olarak kültür varlıklarının devlete ait olduğunu kabul etmiştir. Madde 3'e göre Osmanlı topraklarında mevcut ve bundan böyle yapılacak kazılar ile meydana çıkarılacak veya deniz, göl ve akarsularda ortaya çıkacak olan hernevi eski eser devlete aittir. Osmanlı topraklarında bulunan eski eserlerin yabancı ülkelere ihracı kesin olarak yasaklanmıştır (m.8). İzin alınarak yapılan kazılarda bulunacak eski eserler tamamen devlet müzesine ait olup kazı yapanlar sadece fotoğraf ve kalıp alabileceklerdir (m.12). Özel mülkte temel kazısı, su yolları veya mecra inşası vs esnasında tesadüfen eski eser bulunursa bunların yarısı arazi sahibine bırakılır.Devlet istediği parçaları alabilir ve hatta arazi sahibine kalanları da satın alabilir (m.14).

1973 yılına kadar yürürlükte kalan ve kültür varlıkları konusunda önemli bir düzenleme olan 1906 Asar-ı Atika Nizamnamesi⁷⁸ de eski eserler üzerinde devlet mülkiyetini kabul etmiştir. 4. maddeye göre devlete, özel kişiler ve cemaatlara ait bulunan arazi de varlığı bilinen veya ileride bulunacak olan her nevi eski eser devletin malıdır. Eski eser bulan kişiler bunu bir hafta içinde idari makamlara haber vermek zorundadırlar. Haber verenlere bulunan eski eserin yarısına eşit bir ikramiye ödenir (m.9).

1906 Nizamnamesi Basel Mahkemesinde⁷⁹ inceleme konucu olmuş ve mahkeme m. 12 ve özellikle m.31'in yorumundan devletin ipso iure mülkiyet hakkı kazanmadığı sonucunu çıkarmıştır 12. madde Eski Eserler ve Müzeler idaresince muhafaza edilmeye değer bulunmayan eski eserlerin arazi sahibine verilebileceğini öngörmektedir. Bu durum söz konusu eski eser üzerinde devlet mülkiyetinin başından beri olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Devlet sadece müzelerde korunmasına gerek görmediği eserler üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçerek onları arazi sahibine geri vermektedir. Madde 31 ise müze koleksiyonları için eser satın alma ile ilgilidir. Satın alınan eserler, üzerinde özel mülkiyet tesis edilmiş eserlerdir. Dolayısıyla bu maddenin yeni bulunmuş bir eski eser üzerindeki mülkiyet hakkıyla yada devletin mülkiyet hakkının ipso iure mi yoksa bu konuda bir tasarrufla mı tesis edileceği konusuyla bir ilgisi yoktur.

77 21.2.1884, düstur I, T, Zeyl 4, s.89-97.

78 Nisan 1322/23.4.1906. Asar-ı Atika Nizamnamesine ilişkin bir davada Anayasa Mahkemesi bunun kanun hükmünde olduğunu belirtmiştir. Bkz. E.1965/16. K.1965/41, T. 6.7.1965. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 1966, c. 3, s. 142). Asar-ı Atika Nizamnamesinin taşınmaz eski eserlerle ilgili hükümlerinin yeterli olmaması gerekçesiyle 1912 yılında ayrıca "*Muhafaza-ı Abidat Nizamnamesi*" yürürlüğe girmiştir. Her iki Nizamname de 1973 yılında EEEk m.53 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

79 Bkz. dn. 39 da zikredilen karar.

Cumhuriyet döneminde kültür varlıklarının korunmasıyla ilgili olarak 1973 yılında 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu yürürlüğe girmiştir⁸⁰. Bu düzenlemede de "devlete ait arazi ve emlak ile, özel ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan emlak ve arazide, varlığı bilinen veyahut ileride meydana çıkacak olan her çeşit anıtlar, bütün taşınır ve taşınmaz eserler devletin malıdır" (m.3) denilerek geçmiş düzenlemelerde kabul edilen esas tekrar edilmiştir. Taşınır ve taşınmaz eski eserleri yeniden bulanlar, malik oldukları veya işgal ettikleri arazinin içinde eski eser bulunduğunu bilenler veya böyle bir eserin varlığından yeni haberdar olanlar bunu devlete haber vermek zorundadırlar (m.4). 20. madde, eski eserlerin tasnif ve tescil olunarak müzelere kaldırılmasını düzenlemektedir. Eski eser olmadıkları için tasnif ve tescil dışı kalanlar sahiplerine ve zilyedlerine iade olunurlar denilmektedir. Burada da devlet eski eser niteliğinde olmayan buluntular üzerinde devlet mülkiyetinin olmadığını belirterek bunların zilyedlerine iadesini öngörmektedir. Maddede yer alan "sahiplerine" ifadesi hatalıdır. Zira buluntu madde 3 gereği devlet malıdır. Ancak yetkili makamlarca yapılan inceleme neticesinde buluntu eski eser niteliğinde görülmezse devletin mülkiyet hakkı ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla ipso iure kazanılan mülkiyet hakkından bir tasarrufla vazgeçilmektedir. Basel mahkemesi bu maddeleri de yanlış yorumlayarak ipso iure devlet mülkiyeti tesis edilmediği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere 1884 yılından beri Türk topraklarında bulunan⁸¹ kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyetini kabul edilmiştir.

4- Halen Yürürlükte Bulunan Kurallar Açısından Değerlendirme

Şu an yürürlükte bulunan 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hakkındaki Kanun (KTVKK)⁸² 5. maddede "devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları devlet malı niteliğindedir" demektir.

Maddede yer alan "devlet malı niteliğindedir" ifadesi tartışmalara neden olmaktadır. Tartışmalı bir diğer madde de m.24(a)dır. Maddede "devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının devlet elinde ve müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmeleri devlete aittir. Bu gibi varlıklardan gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunanlar değeri ödenerək Bakanlık tarafından satın alınabilir. Satın alınmayanlar sahiplerinin mülkiyetinde bırakılır" denilmektedir⁸³. Bura-

80 RG. 6.5.1973, No:14527.

81 1884 tarihli düzenleme özel arazilerde tesadüfen bulunan eski eserlerin yarısının arazi sahibine bırakılacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla bu yarı üzerinde özel mülkiyet kurulmaktadır. Fakat devletin bu yarıyı satın alma hakkı vardır (m.14). Bkz. dn. 77 ve civarı Buna karşılık Osmanlı topraklarında kazı yapılarak çıkarılan eski eserler devlete aittir.

82 RG.23.7.1983 No 18113. 17.6.1987 tarihli 3386 sayılı değişiklik yasası ile (RG 24.6.1987, No.19497) kanunun bazı maddeleri değiştirilmiştir.

83 1987 yılında 3386 sayılı kanunla m.24 değişikliğe uğramış 2. bendindeki "satın alınmayanlar sahiplerinin mülkiyetinde bırakılır" cümlesi kaldırılmıştır. Olaylar o tarihte yürürlükte olan kanunlara tabi olduğu için Elmalı hazinesinin iadesi davasında 1984 yılında çıkarılıp yurt dışına kaçırılan sikkeler için söz konusu cümle etkisini sürdürmektedir.

da kanun sadece korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının ne şekilde bir değerlendirilmeye tabi tutulacağını belirtmektedir. Dolayısıyla üzerinde özel mülkiyet kurulmuş olan kültür varlıkları m.5 anlamında devlet malı olmadığı için m.24(2) bu tür nesnelere ne şekilde devlet malı niteliği kazanabileceklerini belirlemektedir. Diğer bir ifade ile madde 24(a) yeni bulunmuş kültür varlıkları ile ilgili bir düzenleme değildir. Özel kişilerin elinde bulunan korunması gerekli kültür varlıklarının devletçe satın alınabileceğini öngörmektedir. Bu kültür varlıkları 1884'den önce yurt içinde bulunmuş ve üzerinde mülkiyet tesis edilmiş antik eşyalar olabileceği gibi, özel mülkiyete tabi sanat eserleri, etnografik eserler vs. veya yurt dışında satın alınıp yurda getirilen kültür varlıkları yada m.23(b) kapsamındaki⁸⁴ eserler olabilir. Dolayısıyla m.24(a), üzerinde özel mülkiyet bulunan kültür varlıklarının Kültür Bakanlığı tarafından satın alınabileceğini öngörmektedir.

Tartışmalı diğer bir madde 25. maddedir. Bu maddenin 1. fıkrasında "4. maddeye göre Kültür Bakanlığına bildirilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile 23. maddede belirlenen korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları Kültür Bakanlığı tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabi tutulurlar. Bunlardan devlet müzelerinde bulunması gerekli görülenler usulüne uygun olarak müzelere alınırlar" denilmekte son fıkrada ise "tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyenler sahiplerine bir belge ile iade olunurlar" ifadesi bulunmaktadır.

Madde yeni bulunmuş antik eşyalar yanında 30. madde ve madde24(a) uyarınca devlete sunulan korunması gerekli kültür varlıklarının müzelere alınmasını düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile hem yeni bulunan kültür varlıklarından hem de mevcut ve üzerinde özel mülkiyet tesis edilmiş olan korunması gerekli kültür varlıklarından bahsedilmektedir. Madde usulüne uygun olarak "müzelere alınırlar" ifadesini kullanmaktadır⁸⁵.

Yukarıda belirttiğimiz iki madde kültür varlıklarını bulanlara verilecek ikramiye başlıklı m.64(a)'nın yaptığı yollamaylatartışmalara yol açmaktadır. Bu bentte "bulunan varlık bulanın mülkünde ise bu kanunun 24. ve 25. maddeleri uygulanır. Ayrıca ikramiye verilmez" denilmektedir. Böylelikle yeni bulunmuş kültür varlıkları hakkında bir düzenleme getirmeyen madde 24 bu atıf gereğince gündeme gelerek karışıklıklara yol açmaktadır. Madde 25 ise "satın alma" dan değil, "müzelere alınma" dan bahsetmektedir⁸⁶.

84 m.23(b) milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle milli mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar Mustafa Kemal Atatürk'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlardan bahsetmektedir.

85 Azrak/Tarhanlı bu maddede "satın alma" deyiminin kullanıldığını söylemektedir. Oysa madde "satın alınırlar" değil, "müzelere alınırlar" ifadesini kullanmaktadır. 1973 tarihli EEK m.20'de aynı konu "müzelere kaldırılırlar" ifadesiyle düzenlenmiştir.

86 Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile ilgili Yönetmelik (RG. 11.8.1984, No: 18486) m.3(a) "varlık bulanın mülkünde ise korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tasnifi, tescil ve müzelere alınmaları hakkında yönetmelik gereğince tesbit edilecek değeri usulüne göre ödenerek müzelerce satın alınır. Ayrıca ikramiye verilmez" demektedir. Kanunda satın alma deyimini geçmemesine rağmen yönetmelikte ikramiye esasları başlıklı düzenlemede satın alınır ifadesinin kullanılması yanlıştır. Yönetmelik söz konusu kanuna aykırı bir düzenleme getiremeyeceği için "satın alınır" ifadesinin değiştirilmesi gerekmektedir. Değişiklik yapıncaya kadar ifade amaca uygun olarak, KTVKK m. 25'de yer alan şekliyle "alınırlar" olarak yorumlanmalıdır.

Burada kanun koyucu madde 5'de belirlediği devlet malı niteliğini ortadan kaldırmayı amaçlamamıştır. Sadece kendi mülkünde kültür varlığı bulana kültür varlığının değeri kadar para vermektedir. Eğer kültür varlığı başkasının mülkünde bulunmuş ise madde 64(b) gereğince, kültür varlığının değerinin %80'i ikramiye olarak bulan ile mülk sahibi arasında yarı yarıya paylaşılır. Dolayısıyla böyle bir durumda mülkiyet tartışması yapılmamaktadır. Bir kimsenin kültür varlığını kendi mülkü içinde bulması halinde mülkiyet hakkının olduğu, başkasının bulması halinde ise ancak bir ikramiyeye hak kazandığı görüşü kanunun ruhu ile çelişmektedir. Zira madde 4 her iki durum için de üç gün içinde yetkililere haber verme zorunluluğu getirmiştir. İkramiye hakkı konusunda yapılan göndermeler maddelerin asıl düzenleme konuları için geçerli olan terminolojiye bakılarak yorumlanamaz. Kanunun lafzî yorumu yanında ruhî yorumu da esas alınmalıdır. Öte yandan madde 25/son'da yer alan "tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyenler sahiplerine bir belge ile iade olunurlar" cümlesinde geçen sahipleri ifadesi de bulunan kültür varlığı üzerindeki mülkiyet hakkının kime ait olduğu sorusunu cevaplamamaktadır. Madde çeşitli konumdaki kültür varlıkları için düzenleme getirmiştir. Tasnif ve tescile konu teşkil eden kültür varlığı TMK m. 696 kapsamında bir define olabilir. Bu define madde 697 anlamında ilmi kıymeti haiz bir eşya yada antika değil ise⁸⁷ mülk sahibinin malı olur (696/II). Diğer yandan bulunan antik eşya 2863 sayılı Kanunun kapsamında yer alan korunması gerekli kültür varlığı niteliği taşıyor olabilir. Bu durumda devlet bu tür objeleri müzelere alma gereği duymamakta ve objeler üzerindeki kamu mülkiyeti niteliğini geri çekmektedir. Öte yandan özel mülkiyete tabi olup da satın alınmak üzere müzelere getirilen kültür varlıkları müzeye alınmaya değer görülmezse sahiplerine iade olunurlar. Görüldüğü üzere maddedeki "sahiplerine" kelimesi de, madde 5'de belirlenen kuralla çeşitli durumların varlığı halinde bir istisna getirildiği şeklinde yorumlanamaz.

SONUÇ

Elmalı hazinesi davasında mahkeme davacı ve davalıların iddialarını değerlendirdikten sonra TC devletinin, topraklarında bulunan kültür varlıkları üzerinde kanunla tesis edilen mülkiyet hakkı olduğunu kabul ederek dava hakkını tanımıştır. Mahkeme "devlet malıdır" terimi ile "devlet malı niteliğindedir" terimi arasındaki farkın bu davada önemsiz olduğunu vurgulamıştır. KTVKK m. 4,24 ve 25'in yorumunu yapan mahkeme, Kültür Bakanlığının bulunan objelerin devlet tarafından korunmasının gerekli olduğuna karar verilmesi halinde, bunları muhafaza edip bulana ve arazi sahibine buluntunun de-

87 Elmalı hazinesi davasında davalı taraf TMK 697'nin 1983 tarihli KTVKK'a aykırı olması nedeniyle yürürlükten kalktığını ifade etmiştir (Def. Supp. Ans. s.12 vd). Oysa 1983 tarihli KTVKK TMK 696 ve 697'yi yürürlükten kaldırdığını açık yada örtülü hiçbir şekilde ifade etmediği gibi madde 5, TMK 697 ile aynı prensibi benimsemiştir. Bunun yanında Define Arama Yönetmeliği (RG. 27.1.1984, No: 18294) m.3 "bu Yönetmelik 2863 sayılı kanunun 6 ve 50. maddeleriyle Medeni Kanunun 696 ve 697. maddeleri uyarınca hazırlanmıştır" diyerek TMK 696 ve 697'nin halen yürürlükte olduğunu teyit etmektedir.

ğerini aşmamak üzere bir ikramiye verileceğini, bu ödemenin satış bedeli olmayıp ikramiye olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre davanın esas noktası TC'nin antik eserlerin bulunması üzerine derhal cereyan eden, şartsız bir zilyetlik hakkı olup olmadığıdır. KTVKK m. 4 ve 5'i değerlendiren mahkeme, yerinde bir kararla, TC'nin Elmalı hazinesi üzerinde en azından doğrudan, şartsız bir zilyetlik hakkı olduğunu kabul etmiştir. Bu noktada verilen ara kararında dava hakkı tanınarak, TC'nin doğrudan zilyetlik hakkı yoluyla yeterli mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir⁸⁸.

Basel kararlarında ise gerek bidayet mahkemesi, gerekse istinaf mahkemesi Türk kanunlarının ipso iure mülkiyet hakkı tesis edip etmediği meselesinden ziyade⁸⁹, TC devletinin uzun süre hareketsiz kalmasının talep hakkını düşürdüğüne karar vermiştir.

Sonuç olarak Basel kararlarında da kabul edildiği üzere, devletin çıkardığı geniş kapsamlı kanunlarla kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti tesisini yabancı ülkede tanımaktadır. Fakat en önemli sorun bu kanunların yabancı mahkemede doğru yorumlanıp yorumlanmamasında ortaya çıkmaktadır. Basel mahkemeleri ve İsviçre Federal Mahkemesi Türk kanunlarını yanlış yorumlamıştır. Kanunla tesis edilen mülkiyet bir objenin henüz keşfedilmeden de devlet mülkü olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla arkeolojik açıdan zengin ülkelerden kaçak olarak çıkarılan ve devletin yıllar sonra haberdar olduğu yada hiç olmadığı objeler üzerinde devletin mülkiyet hakkı zamanın geçmesiyle ortadan kalkmamaktadır. Kamu mülkiyeti kanunla kurulmuştur ve kalkması ancak bu yönde açık bir tasarrufla mümkündür.

Türkiye'nin yurt dışına kaçırılan eserlerin iadesi talebinde başarılı olması Türk kanunlarının yabancı mahkemede doğru yorumlanmasıyla yakından bağlantılıdır. Türkiye temel prensip olarak Türk topraklarında bulunan kültür varlıklarının ipso iure devlet mülkü olduğunu kabul etmiş ve prensipten vazgeçmeyi hiçbir zaman düşünmemiştir. Sadece her buluntu üzerinde devlet mülkiyeti tesis etmenin anlamsızlığı karşısında, korumaya değer görülmeyen buluntular üzerindeki devlet mülkiyetinden bir tasarrufi muamele ile vazgeçilmiştir. Bu arada kültür varlığı bulana ikramiye esasını getirmiştir. İşte mülkiyet hakkıyla ilgili olmayan bu düzenlemelerin, devletin mülkiyet hakkı gibi konunun temelini oluşturan bir hususu tanımlamak için ele alınması, hukuki temelden yoksun ve maksatlı bir yaklaşımı sergilemektedir.

Bu arada yabancı mahkemelerin de devlet mülkiyetini öngören kanunları tanınması ve iade taleplerinde kaynak ülke lehine hüküm vermesi illegal kültür varlığı ticaretinde caydırıcı bir etken olacak, bu işle ilgilenenlerin daha fazla dikkatli olmalarına yol açacaktır.

88 *Memorandum And Order On The Defendant's Motion For Summary Judgment On The Issue Of Standing To Sue*, Civil Action No. 89-3061-WJS, June 8, 1994

89 Bidayet mahkemesi Türk kanunlarının ipso iure mülkiyet tesis etmediği yorumunu yapmış, istinaf mahkemesi bu sorunun kesin bir anlamı olmadığına ve cevapsız kalabileceğine karar vermiş, Federal Mahkeme ise bunu onaylayarak, devletin mülkiyet edinme tarzının tartışmalı olduğuna hükmetmiştir.