



บทที่ 3

การวิเคราะห์สถานการณ์ของคู่กรณีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ

การเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า อนุสัญญาว่าด้วยวิธีการห้ามและป้องกันการนำเข้าการส่งออก การส่งออก และการโยกย้ายความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือที่เรียกว่า อนุสัญญายูเนสโก ปี ค.ศ. 1970 เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ได้มีบทบัญญัติ โดยตรงว่าด้วยการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนั้นสถานการณ์ของคู่กรณี ในการที่ได้เข้า เป็นภาคีอนุสัญญา และมีได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา จึงเป็นเรื่องที่ควรจะพิจารณา โดยแยกเป็น

- รัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติเอกชน
- รัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
- เอกชนผู้ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

1. สถานภาพของรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติ เอกชน

1.1 ในกรณีที่รัฐมิได้เป็นภาคีอนุสัญญา ยูเนสโก ปี 1970

1.1.1 นโยบาย และวิธีปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐในส่วนที่

เกี่ยวข้องกับการได้ทรัพย์สินมาโดยสุจริต ซึ่งถึงแม้ว่ารัฐจะมีได้เป็นภาคีอนุสัญญาปี 1970 แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการได้ทรัพย์สินมาโดยทุจริต เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องวางนโยบาย และวิธีปฏิบัติ เพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของผู้สุจริต อันเป็นสิทธิเหนือสิทธิอื่นใดตามหลักกฎหมายในเรื่องกรรมสิทธิ์ ในกรณีนี้จะขอยกตัวอย่างนโยบายและวิธีปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งมิได้ เป็นภาคีอนุสัญญา ยูเนสโก ปี 1970

ประเทศไทยมีนโยบายและวิธีปฏิบัติในลักษณะผสม คือ

จะใช้หลักนโยบายปกป้อง (Protectionism) กับการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ส่วนการ นำเข้านั้นจะเป็นไปโดยนโยบายเสรีนิยม (Liberalism) คดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นนโยบายและ วิธีปฏิบัติของประเทศไทยในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย และยังเป็น ข้อถกเถียงกันอยู่จนถึงทุกวันนี้ คือคดี Elgin Marbles.

คดี Elgin Marbles

Elgin Marbles เป็นหินอ่อนแกะสลักที่มีความยาว

247 ฟุต ได้ถูกสร้างขึ้น ราวศตวรรษที่ 5 ที่ได้แกะสลักเป็นภาพปูนสูงและปูนต่ำได้ชายคาวิหารพาเธนอน วิหารเอเธนา (Temple of Athena) บนเขา Athenian Acropolis รวมทั้งรูปปั้นอีกหลายรูป บรรดาหินอ่อนเหล่านี้ได้ถูกนำออกโดย Lord Elgin¹ เมื่อประมาณปี ค.ศ. 1779 โดยได้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ Acropolis และเป็นสัญลักษณ์ของประเทศกรีก เมื่อมีการนำเข้ามายังประเทศอังกฤษแล้ว แรกทีเดียว Lord Elgin ตั้งใจที่จะนำเอาโบราณวัตถุดังกล่าวไปตกแต่งคฤหาสน์ของตน แต่เนื่องด้วยประสบปัญหาส่วนตัวทางด้านเศรษฐกิจ ก็ได้เสนอขายให้แก่รัฐบาลอังกฤษ ซึ่งในที่สุดเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 1816 รัฐสภาอังกฤษ ก็ได้ออกกฎหมาย (Act of Parliament) ให้กรรมสิทธิ์ตกอยู่กับ Trustee ของ British Museum ซึ่งเป็นสถานที่ที่ Elgin Marbles ยังคงตั้งแสดงอยู่จนถึงทุกวันนี้

ในปี ค.ศ. 1832 ประเทศกรีกได้รับเอกราชจากการปกครองของประเทศตุรกี และได้เริ่มดำเนินการบูรณะปฏิสังขรณ์ Acropolis วิหารพาเธอนั้น ได้ถูกถือว่าเป็นสัญลักษณ์ของชาติ ได้มีการเรียกร้องให้คืน Elgin Marbles อีกหลายครั้ง เช่น ในปี ค.ศ. 1924 และในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2

ได้มีการถกเถียงระหว่างนักกฎหมายและนักโบราณคดี ในประเด็น การคืน Elgin Marbles ฝ่ายหนึ่งคือฝ่าย Elginism ซึ่งสรรเสริญการกระทำของ Lord Elgin ได้ถือว่าเป็นการช่วยอนุรักษ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ให้เกิดการทำลายโดยเก็บรักษาไว้ในพิพิธภัณฑ์ชั้นนำของโลก ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นการทำร้ายต่อมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศกรีก ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวนี้ มีความสำคัญในด้านประวัติศาสตร์โบราณคดี และแสดงถึงความเจริญรุ่งเรืองในอดีตของประเทศกรีก

Sir David Wilson ผู้อำนวยการของ British Museum ได้กล่าวว่า ถ้าหากมีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวแล้ว นั้นหมายความว่าความตั้งใจจะเป็นจุดจบ

¹ Report from the House of Commons Select Committee on the Earl of Elgin's Collection of Sculptured Marbles, 25 March 1816.

ของพิพิธภัณฑ์ในฐานะที่เป็นสถาบันทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งรับใช้สังคมระหว่างประเทศ เป็นการขัดแย้งกันระหว่างลักษณะของพิพิธภัณฑ์และลักษณะของวัตถุที่พิพิธภัณฑ์ได้สะสมไว้ และที่สำคัญคือ British Museum นั้น มีลักษณะเป็นพิพิธภัณฑ์แห่งชาติ มิใช่ของเอกชน ข้อคิดเห็นของผู้อำนวยการผู้อำนวยการ British Museum ได้ถูกคัดค้านโดย British Committee for the Restitution of the Parthenon Marbles ซึ่งมี Professor Robert Browning แห่งมหาวิทยาลัยลอนดอน เป็นประธานคณะกรรมการได้สนับสนุนความคิดเห็นที่ให้มีการคืน Elgin Marbles กลับสู่ประเทศกรีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการที่ได้จัดตั้งโดยการประชุมระดับโลกว่าด้วยนโยบายทางวัฒนธรรม ในความร่วมมือของ ยูเนสโก ซึ่งมีรัฐมนตรีทางด้านวัฒนธรรมจากประเทศสมาชิกเข้าร่วมประชุมที่เม็กซิโก ในปี ค.ศ. 1982 ได้มีข้อเสนอแนะพิเศษเกี่ยวกับการคืน Elgin Marbles ให้แก่ประเทศกรีก ในข้อเสนอแนะที่ 55² กล่าวว่า

"โดยพิจารณาว่า การเคลื่อนย้าย Elgin Marbles จากวิหารพาเธนอน เป็นการทำลายความเป็นเอกภาพของอนุสรณ์สถาน ซึ่งเป็นสัญลักษณ์บ่งบอกถึงความสำคัญของประชาชนชาวกรีกและของโลก

โดยพิจารณาถึงสิทธิโดยชอบธรรมแล้ว บรรดาหินอ่อนทั้งหมดควรจะได้กลับคืนไปยังประเทศกรีก ประเทศที่ผลงานเหล่านี้ได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้น เพื่อนำกลับคืนไปประกอบเป็นโครงสร้างสถาปัตยกรรมที่หินอ่อนเหล่านี้ได้เป็นส่วนหนึ่งอยู่จึง เห็นสมควร

- 1) เสนอแนะว่ารัฐสมาชิกควรจะตระหนักว่าการคืน Elgin Marbles จะเป็นตัวอย่างของการใช้หลักในเรื่อง ส่วนประกอบที่ถูกแยกออกมาจากอนุสรณ์สถานของชาติ ควรจะถูกนำกลับไปยังอนุสรณ์สถานนั้น
- 2) เสนอแนะว่า ผู้อำนวยการยูเนสโก ควรจะให้ความช่วยเหลืออย่างเต็มที่ ในการดำเนินการในเรื่องนี้อย่างเหมาะสม ให้เป็นไปตามหลักการในการพิทักษ์รักษามรดกทางวัฒนธรรมของมนุษยชาติ

²Final Report of World Conference on Cultural Policies, UNESCO, (Mexico City), 26 Jul. - 6 Aug. 1982, Paris, November 1982.

ในวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1983 รัฐบาลกรีกได้ยื่นข้อเรียกร้อง
 อย่างเป็นทางการ ในการเรียกคืน Elgin Marbles โดยในข้อเรียกร้องดังกล่าวนั้น ได้วาง
 อยู่บนพื้นฐานสำคัญดังนี้³

- 1) วิหารพาเธอนอนั้นถือเป็นส่วนสำคัญที่ไม่สามารถจะ
 แยกออกจากกันได้ และเป็นอาคารที่เป็นสัญลักษณ์ทางมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศกรีก
- 2) ในปัจจุบันนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันอย่าง เป็นสากลแล้วว่า งานศิลปะ
 เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมที่งานนั้นได้สร้างขึ้น
- 3) Elgin Marbles ได้ถูกเคลื่อนย้ายในระหว่างมีการ
 ยึดครองโดยชาวต่างชาติ ซึ่งประชาชนชาวกรีกต่างก็มิได้เห็นด้วยในเหตุการณ์ดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า ในประเด็นที่ 3 เป็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
 ไปถึงการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และการที่จะทำให้สถานภาพของ Elgin Marbles
 เปลี่ยนไปนั้น จะต้องชักจูงใจให้เสียส่วนใหญ่ของสมาชิกในรัฐบาลอังกฤษให้เชื่อว่าการคืน
 Elgin Marbles จะเป็นการธำรงไว้ซึ่งหลักการในการเก็บรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยการ
 อนุรักษ์ไว้ ณ ถิ่นกำเนิด แต่ก็ปรากฏว่า ยังคงมีสมาชิกรัฐสภาส่วนน้อย ที่เห็นด้วยกับการคืน
 Elgin Marbles แก่ประเทศกรีก

ในเดือนตุลาคม 1983 ได้มีข้อโต้แย้งใน House of Lords
 ในเรื่องการเสนอบทแก้ไข British Museum Act ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับกรณี Elgin
 Marbles แต่เป็นการแก้ไขเพื่อขยายอำนาจแก่ Trustee ให้กว้างขวางขึ้นในการปฏิบัติงาน
 แต่ในที่สุดการโต้แย้งก็ได้มีการกล่าวถึงประเด็นความเป็นไปได้ในการคืน Elgin Marbles
 อย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ โดยมีฝ่ายที่เห็นว่าหากมีการคืนแล้วจะกลายเป็น Precedent
 ที่เป็นหลักให้แก่คดีอื่น ๆ ภายหลังได้

ในต้นเดือนเมษายน 1984 รัฐบาลอังกฤษได้ปฏิเสธข้อเรียกร้อง
 อย่างเป็นทางการของประเทศกรีก โดยอ้างว่า Elgin Marbles นั้นได้มาโดยชอบธรรมโดย

³ Robert Browning, The case for the return of the Pathenon
 Marbles' Museum, Vol. 36, No. 1, 1984: pp. 38-41.

Lord Elgin โดยผลการซื้อขายที่ได้กระทำขึ้นโดยองค์กรผู้มีอำนาจและได้รับการรับรอง โดยชอบธรรมในขณะนั้น และไม่ว่ารัฐบาลกรีกจะได้รับความร่วมมือจากยูเนสโกในการช่วยเหลือ เพื่อเรียกคืน Elgin Marbles โดยวิธีใดก็ตาม หรือข้ออ้างใด ๆ ก็ตาม เช่นการอ้างอนุสัญญา กรุงเฮก ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในยามสงคราม ปี ค.ศ. 1954 อนุสัญญายุโรป ว่าด้วยการคุ้มครองมรดกทางโบราณคดี ปี ค.ศ. 1969 และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดก ทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติของโลก ปี ค.ศ. 1972 แต่ความพยายามดังกล่าวก็ยังไม่ บังเกิดผล เพราะประเทศอังกฤษเองก็ได้เป็นภาคีอนุสัญญา ปี ค.ศ. 1972 และได้ถอนตัวไป จากการเป็นสมาชิกยูเนสโก ดังนั้น การใช้ความช่วยเหลือโดยผ่านทางยูเนสโกของประเทศกรีก จึงไม่เป็นผลในการเรียกคืนอย่างที่คาดหวังไว้

ความเป็นไปได้ทางกฎหมายในการเรียกคืน Elgin Marbles

- การนำคดีขึ้นสู่ศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศ ถ้ามอง ในแง่ความเป็นรัฐสมาชิกของสหประชาชาติ โดยหลักแล้วจะถือว่าเป็นสมาชิกของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศโดยอัตโนมัติ รวมทั้งเป็นภาคีในกฎเกณฑ์ของศาลด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามอนุสัญญา กรุงเฮก ปี 1946 ศาลสถิตย์ยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจศาลเหนือกรณีพิพาทระหว่างรัฐ และในกรณีพิพาทดังกล่าว มาตรา 32 (2) ของธรรมนูญศาล (Referred to as the Optional Clause) บัญญัติว่า

รัฐภาคีธรรมนูญศาล อาจจะประกาศให้ทราบได้ในเวลาใด ก็ตามว่า รัฐเหล่านั้นจะยอมรับให้มีการบังคับโดยหลัก ipso facto และปราศจากข้อตกลง พิเศษในความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ในการยอมรับให้มีการบังคับตามคำพิพากษา และอำนาจศาล ให้ข้อพิพาททางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

- a) การตีความตามสนธิสัญญา
- b) ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- c) ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ซึ่งถ้าได้เกิดขึ้น จะเป็นการขัดต่อ ข้อบังคับระหว่างประเทศ

d) ลักษณะและการขยายขอบเขตของการชดใช้ค่าเสียหาย
ที่จะได้กำหนดขึ้นในการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริงคือว่า ประเทศอังกฤษได้ประกาศยอมรับอำนาจศาลไปแล้วภายใต้มาตรานี้ แต่ประเทศกรีกนั้นยังไม่ได้มีการประกาศดังกล่าว อย่างไรก็ตาม รัฐที่ไม่ได้มีการประกาศใน Optional Clause แต่เมื่อเป็นภาคีธรรมนูญศาลแล้วอาจจะทำการประกาศยอมรับอำนาจศาล อันจะมีผลเหนือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐคู่กรณีที่ได้ทำการประกาศเช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น ยังสามารถจะกำหนดระยะเวลาในการประกาศได้ โดยจะมีผลเป็นการยอมรับอำนาจศาลสำหรับข้อพิพาทในขณะนี้ และยกเว้นอำนาจศาลในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอนาคตได้ ดังนั้น การยอมรับอำนาจศาลของคู่กรณีจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น และเป็นสิ่งสำคัญเบื้องต้นที่อาจจะถูกยกขึ้นต่อสู้ได้ ก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี

ในกรณีความเห็นของศาล (Advisory Opinion) ในมาตรา 65 (1) ของธรรมนูญศาลได้บัญญัติว่า

"ศาลอาจให้ความเห็นในปัญหากฎหมาย เมื่อมีการร้องขอจากหน่วยหน่วยงานใดก็ตามที่มีอำนาจตามกฎหมายของประเทศชาติในการทำคำร้องขอเช่นนั้น"

ดังนั้นประเทศกรีก จึงควรจะหาหนทางเพื่อให้มีการให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยผ่านทางเสียงส่วนใหญ่ของสมาชิกสหประชาชาติ รวมทั้งคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งมาตรา 96 ได้ให้อำนาจในการร้องขอต่อศาลเพื่อขอความเห็นได้ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นทางกฎหมายของศาล ก็ไม่มีอำนาจบังคับให้คู่กรณีผู้ถูกตัดสินให้กระทำตามความเห็นดังกล่าวได้ เป็นแต่เพียงสร้างแรงกดดันในด้านศีลธรรม (Moral Force) เท่านั้น แตกต่างกันจากกรณีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีเขาพระวิหารระหว่างไทยและกัมพูชา ในปี ค.ศ. 1962 ที่มีการยอมรับอำนาจศาลและปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งคณะลูกขุนส่วนใหญ่ได้ลงความเห็นว่าเป็นที่ตั้งที่ตั้งของเขาวัดพระวิหารนั้นอยู่ในอาณาเขตของกัมพูชา และยังเห็นด้วยกับการที่กัมพูชาได้เรียกร้องให้ไทยคืนรูปสลัก และโบราณวัตถุอื่น ๆ ซึ่งถูกเคลื่อนย้ายไปจากเขาพระวิหาร โดยเจ้าหน้าที่ของไทยด้วย

- การนำคดีสู่ศาลอังกฤษ

ถ้าประเทศกรีกจะนำคดีฟ้องร้องยังศาลอังกฤษ ในกรณีนี้คู่กรณีของประเทศอังกฤษคือ ประเทศกรีก และในปัจจุบัน กรุงเอเธนส์ ซึ่งเป็นอาณาเขตที่ Elgin

Marbles ได้ถูกเคลื่อนย้ายไปนั้น ก็ขึ้นอยู่กับประเทศกรีก การฟ้องร้องของกรีก อาจมีผลตามกฎหมายและอาจมีผลบังคับย้อนหลัง แต่ประเด็นในเรื่องการมีผลย้อนหลัง อาจจะเป็นผลเสียต่อประเทศกรีกเองก็ได้ เพราะในขณะนั้น เอเธนส์มิได้เป็นของกรีกและศาลอังกฤษเองก็จะไม่บังคับใช้กฎหมายของรัฐต่างชาตินอกอาณาเขตประเทศอังกฤษ

หากจะพิจารณาในเรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ ในกรณีไม่ปรากฏว่ามีหลักฐานทางเอกสารที่แสดงให้เห็นว่า Lord Elgin ได้รับสิทธิในการเคลื่อนย้ายโบราณวัตถุเหล่านี้ และ Paliament Committee ในสมัยนั้น (ค.ศ. 1816) ก็ยังไม่สามารถพิสูจน์หลักฐานแห่งสิทธิได้เพียงพอ หากจะคิดย้อนหลังไป อาจจะมีกรณีที่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า Lord Elgin อาจได้หินอ่อนมาด้วยการซื้อขาย ซึ่งในเรื่องนี้ The Sale of Goods Act 1893 ของประเทศอังกฤษในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ ในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยการซื้อขายแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1979 ใน Section 23 หัวข้อ Sale Under Voidable Title (การขายภายใต้กรรมสิทธิ์ที่เป็นโมฆะ) ระบุว่า

"เมื่อผู้ขายไม่มีกรรมสิทธิ์ในวัตถุอย่างสมบูรณ์ (Voidable Title) แต่การครอบครองวัตถุของเขายังมิได้ถูกเพิกถอนในช่วงเวลาที่ทำการขายวัตถุนั้น ถือว่าผู้ซื้อได้รับสิทธิในการครอบครองวัตถุ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อสุจริต (Good Faith) และไม่ได้รับรู้ เรื่องที่ผู้ขายมิได้มีกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ในวัตถุนั้น"

แต่ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าวัตถุนั้นถูกขโมยมา มิได้เป็นการซื้อขายโดยปราศจากอำนาจและผู้ขายไม่มีกรรมสิทธิ์ในวัตถุนั้นเลย แม้แต่ผู้ซื้อที่สุจริต (Good Faith) และมิได้รับรู้ เรื่องที่ผู้ขายมิได้มีกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ในวัตถุนั้น ผู้ซื้อก็ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์เหนือผู้ที่ เป็นเจ้าของหรือผู้ที่มีกรรมสิทธิ์อย่างแท้จริงในวัตถุนั้นได้

ดังนั้น การสันนิษฐานว่า รัฐบาลอังกฤษได้ Elgin Marbles ด้วยการซื้อมาเป็นกรรมสิทธิ์ ก็อาจมีข้อโต้แย้งได้

1) รัฐบาลอังกฤษไม่สามารถยืนยันถึงที่มาของหนังสือมอบอำนาจที่ Lord Elgin ได้รับมาได้และไม่มีใครพบเอกสารเช่นว่านี้ในปี ค.ศ. 1816 สันนิษฐานว่า ได้หายไป และไม่สามารถจะแสดงให้เห็นถึงกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงได้

2) แม้ว่าหนังสือมอบอำนาจจะได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง แต่ก็เป็นที่แน่ชัดว่า Lord Elgin ได้ละเมิดเงื่อนไขที่ระบุไว้ว่าให้นำวัตถุจากบริเวณวิหารพาร์เธนอนไปเท่านั้น แต่ความจริงแล้ว สิ่งที่เขานำไปเป็นสิ่งนอกเหนือเงื่อนไขที่ระบุไว้ด้วย

3) Lord Elgin มิได้ซื้อหินอ่อนแกะสลักเหล่านี้ และมีได้มีการอนุญาตอย่างถูกต้องให้ซื้อได้ แม้แต่จากเจ้าหน้าที่ของตุรกี

4) วิหารพาร์เธนอน เป็นสาธารณสถานและเป็นศาสนสถาน แม้แต่พวกเตอร์กที่เข้าครอบครองอยู่ในขณะนี้ ก็ยังถือได้ว่าไม่มีสิทธิ์โดยสมบูรณ์ต่อสาธารณสมบัตินี้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้เป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองอาคารสถานในช่วงสงครามและสันติ

และถึงแม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งว่า Lord Elgin ได้กระทำในช่วงเวลาสันติ มิได้เป็นการกระทำในเวลาสงคราม จากความเห็นของ Henry Wheaton นักกฎหมายระหว่างประเทศได้กล่าวว่า⁴

จากกฎหมายในสมัยโบราณ สิ่งที่เราเรียกว่า Res Sacre (Sacred Property) จะไม่ถูกยกเว้นจากการยึดครองและการริบเป็นของตนเอง แต่จากธรรมเนียมปฏิบัติในสมัยปัจจุบันนี้ ที่ได้มีการยอมรับและบังคับใช้กฎหมาย วัดในทางศาสนาสาธารณที่เป็นสาธารณประโยชน์ อนุสรณ์สถานทางศิลปะ หรือสถานที่เก็บรวบรวมผลงานทางวิทยาศาสตร์ ต่างก็ได้รับการยกเว้นจากปฏิบัติการทางสงคราม

ข้อสังเกตบางประการในเรื่องนี้คือ Elgin Marbles นั้นควรจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของวิหารพาร์เธนอน และไม่สามารถจะแยกออกจากกันได้ มีความเป็นเอกภาพของทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ของชาติ ซึ่งถ้ามองในหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาต่าง ๆ ข้อตกลงระดับทวีภาคีและแนวทางปฏิบัติของรัฐ ซึ่งได้วางหลักในเรื่องข้อสันนิษฐาน Prima Facie ของนโยบายสาธารณะของรัฐที่ว่าด้วยสิทธิ

⁴Henry Wheaton, Elements of International Law: With a Sketch of the History of the Science, 2 vols. London: B.Fellows, 1836 edition p. 395.

ของอสังหาริมทรัพย์จะไม่เปลี่ยนมือไม่ว่าจะได้มาโดยวิธีใดก็ตาม ในกรณีนี้ Elgin Marbles จัดได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของอาคารหรืออนุสรณ์สถาน และเป็นส่วนหนึ่งของอภิปไตยของรัฐที่มีเหนือดินแดน การนำออกไปจึงเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายการครอบครอง Elgin Marbles จึงขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศอังกฤษต้องยอมรับและปฏิบัติตาม

กล่าวได้ว่า ประเทศอังกฤษนั้นเป็นประเทศที่มีผู้ครอบครองสมบัติทางวัฒนธรรมมากที่สุดประเทศหนึ่งของโลก เป็นเพราะการที่เคยเป็นประเทศที่มีอาณานิคมมาก และถึงแม้ว่าทรัพย์สินที่ได้มาจะไม่ได้อันเป็นเพราะเหตุผลดังกล่าวเสียทั้งหมด ส่วนหนึ่งก็ได้มาจากการขุดค้นทางโบราณคดีที่อาจจะไม่ได้กระทำโดยนักโบราณคดีเสมอไป ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้กระจัดกระจายไปสู่ความครอบครองทั้งภาคเอกชนและรัฐ หน่วยงานของรัฐที่ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมส่วนใหญ่จะเป็นพิพิธภัณฑ์ พิพิธภัณฑ์แห่งอังกฤษ หรือ British Museum ได้จัดตั้งขึ้นภายใต้ British Museum Act ค.ศ. 1953 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1963 ในช่วงเวลาที่ผ่านมา British Museum ได้รับการยอมรับว่าเป็นพิพิธภัณฑ์ที่ดีที่สุดและใหญ่ที่สุดในโลก

ในส่วนที่เกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น British Museum มีสถานะทางกฎหมายอย่างเป็นเอกเทศ และสามารถจะป้องกันตัวเองได้อย่างเต็มที่ภายใต้บทบัญญัติของ British Museum Act 1963 ที่ได้ให้อำนาจ Trustee ในการดำเนินการซื้อขายแลกเปลี่ยนวัตถุ⁵ และการให้ยืมโดยถาวร⁶ (Permanent Loan) ได้ถึงขนาดที่ Sir David Wilson ผู้อำนวยการพิพิธภัณฑ์ที่ได้ให้ความเห็นในการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ว่า

"British Museum นับได้ว่าเป็นส่วนสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมของโลก ที่ได้ก่อตั้งมาเป็นเวลา 225 ปี และได้กลายเป็นพิพิธภัณฑ์สากล ที่ได้สงวน

⁵Section 6 (Sub-section 3) Acquisition and disposal objects, British Museum Act 1963.

⁶Section 4, Lending of Objects, British Museum Act 1963.

รักษาวัตถุต่าง ๆ ซึ่งได้ถูกทำลายหรือกระจัดกระจายไว้อยู่ในที่แห่งเดียวกัน ดังนั้นการคืน Elgin Marbles จึงมีอาจทำได้ ถ้ามีใครทำลาย British Museum ย่อมถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ทำลายศูนย์รวมวัฒนธรรมของโลก และจะก่อให้เกิดการเรียกร้องขอคืนขึ้นมากมาย อันจะทำให้ไม่มีสถาบันสากล เช่นนี้ เลยในโลก"

คดีตัวอย่างอีกคดีหนึ่งที่ไม่ประสบความสำเร็จในการเรียกคืน คือคดี Taranaki panels and the Otiz case ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลอังกฤษไม่ใคร่จะมีการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ว่าด้วยการคุ้มครองของรัฐต่างชาติในการลงโทษ ผู้กระทำความผิดในกรณีส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายมหาชนและสามารถที่จะใช้บังคับนอกอาณาเขตของรัฐต่างชาติได้ก็ตาม เป็นเหตุให้รัฐต่างชาติที่ตรากฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสามารถสูญเสียทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของตนได้หากไม่หาทางสกัดกั้นเอาไว้ในประเทศของตนก่อน

คดี Taranaki panels and the Oitz case ⁷

Taranaki panels เป็นแผ่นไม้แกะสลักจำนวน 5 ชิ้น ที่ได้สร้างขึ้นก่อน ค.ศ. 1820 โดยชนเผ่า Atiawa ของเมารี ซึ่งได้อาศัยอยู่ในแถบ Taranaki ใกล้เมือง Waitara ประเทศนิวซีแลนด์ในปัจจุบัน เพื่อป้องกันทรัพย์สินสมบัติของเผ่าให้รอดพ้นจากการถูกโจมตีของชนเผ่า Waikato จากทางเหนือ ชนเผ่า Aitawa ได้ฝังสมบัติของตนเอาไว้ แต่ปรากฏว่าเผ่าของตนเองได้ถูกโจมตีจนแตกพ่ายและทรัพย์สินสมบัติได้ทิ้งลืมเป็นเวลานาน จนกระทั่งได้มีการขุดพบในปี ค.ศ. 1972 และส่งไปยังลอนดอนโดยผ่านนิวยอร์กและสวีตเซอร์แลนด์ในปี ค.ศ. 1978

ในราวปี 1908 รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้ออกกฎหมายคุ้มครอง การส่งออกโบราณวัตถุของชนเผ่าเมารี และพระราชบัญญัติโบราณวัตถุปี 1985 ก็ได้ให้สิทธิพิเศษของชาวเมารีที่พบในประเทศตกเป็นสมบัติของประเทศนิวซีแลนด์ ในกรณีที่วัตถุนั้นไม่ทราบ เจ้าของที่แท้จริง

⁷House of Lords: Attorney General of New Zealand V. Ortiz and others, All England Law Reports (1983) p. 93-101.

ในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้ทราบโดยบังเอิญว่า การประมูลที่จะได้จัดให้มีชิ้นที่ Sothby's ณ กรุงลอนดอน โบราณวัตถุในความครอบครองของ นาย George Otiz มีบางส่วนที่น่าจะเชื่อถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ Taranaki panels ที่ได้สูญหายไป ได้มีการตรวจสอบถึงหลักฐานต่าง ๆ จนเป็นที่ยอมรับว่าได้มีการขุดพบ Taranaki panels โดยนาย Meads ในปี ค.ศ. 1972 โดยแรกทีเดียวมีเจตนาที่ส่งมอบให้แก่พิพิธภัณฑ์ Taranaki แต่ก็ได้ถูกทาบถามให้ขายแก่นายหน้าค้าของเก่าในราคาที่สูง และยืนยันว่าไม้แกะสลัก 5 ชิ้น ที่มีสภาพอยู่ในแคตตาล็อกของ Sothby's เป็นส่วนหนึ่งที่เขาได้ขายไป ต่อมาได้มีการพิสูจน์โดยกระทรวงมหาดไทยของนิวซีแลนด์ว่าการส่งออกนั้นมิได้รับอนุญาต

ประเด็นที่ควรพิจารณาในเรื่องนี้ อยู่ที่ว่า

1. ผู้ขายคือ George Otiz เป็นชาวสวิส ซึ่งตามหลักกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ได้บัญญัติบุคคลที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่ได้ซื้อมาเป็นเวลา 5 ปี โดยสุจริตและสงบ และไม่ถูกการรบกวนสิทธิ ถือว่าเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นโดยการครอบครองปรักษ์

2. การได้ทรัพย์สินของ George Otiz ได้มาโดยการซื้อจากนาย Entswile ในนิวยอร์กเมื่อประมาณวันที่ 23 เมษายน 1973 หลังจากที่ฝ่ายหลังได้ซื้อมาจากประเทศนิวซีแลนด์ในเดือนมีนาคม สัญญาซื้อขายได้มีเงื่อนไขว่า Otiz จะไม่เปิดเผยผลงานแกะสลักชิ้นนี้รวมทั้งรูปภาพแก่นักวิชาการชาวนิวซีแลนด์เป็นเวลา 2 ปี และจะไม่ให้รูปภาพเหล่านี้ตกไปอยู่ในมือบุคคลที่สาม เป็นเหตุให้มีการปิดบังถึงที่มาของแผ่นไม้แกะสลักนี้ ในแคตตาล็อกของ Sothby's

ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1981 คดีได้ขึ้นสู่ Queen's Bench Division of the High Court ซึ่งโจทก์ได้ประสบความสำเร็จในการอ้าง New Zealand Historic Articles Act 1962 อย่างไรก็ตามก็ได้มีการอุทธรณ์คดีนี้ไปยัง Court of Appeal ซึ่งได้พิจารณาตามบทบัญญัติของ New Zealand Historic Act 1962 ว่าบทบัญญัติเหล่านี้ไม่มีผลในการคืนทรัพย์สินกลับไปยังรัฐบาลนิวซีแลนด์ โดยศาลได้กล่าวว่า

ประการแรก Section 12 (2)⁸ ของ New Zealand Historic Articles Act 1962 ที่บัญญัติว่า วัตถุทางประวัติศาสตร์ได้ถูกส่งออกโดยเจตนา หรือพยายามที่จะส่งออกโดยขัดต่อพระราชบัญญัติจะถูกริบเป็นของหลวง คำว่า "จะถูกริบ" นั้นมิได้หมายความว่า เป็นการริบโดยอัตโนมัติ แต่การริบจะเกิดขึ้นเมื่อมีทรัพย์สินได้ถูกยึดเสียก่อน ซึ่งจะทำให้สิทธิย้อนกลับไปในเวลาที่เหตุแห่งการริบนั้นเกิดขึ้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีได้มีการยึดแผ่นไม้แกะสลักนั้น การริบจึงไม่เกิดขึ้นและสิทธิดังกล่าวก็ไม่ตกเป็นของหลวง

ประการที่สอง ถึงแม้ว่า Section 12 (2) ของ New Zealand Historic Act 1962 จะให้มีการริบทรัพย์สินโดยอัตโนมัติได้ก็ตาม ก็ยังเป็นการขัดต่อหลักการที่ว่าศาลอังกฤษจะไม่ยอมบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายต่างชาติ ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษ หรือเป็นกฎหมายมหาชน และศาลอังกฤษจะไม่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายมหาชนของรัฐอธิปไตยต่างชาติ ซึ่งต้องการใช้อำนาจอธิปไตยเกินขอบเขตอำนาจของตน ซึ่งรวมทั้งกฎหมายที่ห้ามการส่งออกศิลปวัตถุ และในเรื่องของการริบทรัพย์สินในทันทีที่มีการส่งออกด้วย

รัฐบาลนิวซีแลนด์ได้ยื่นอุทธรณ์ไปยัง House of Lords ซึ่งได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 21 เมษายน 1983 โดยเห็นพ้องต้องกันให้ยกคำร้องอุทธรณ์ของรัฐบาลนิวซีแลนด์ ซึ่งเป็นผลงานทำให้โบราณวัตถุพื้นเมืองอันล้ำค่าของประเทศนิวซีแลนด์มิได้กลับคืนไปยังรัฐบาลนิวซีแลนด์ และ Mr. Otiz ยังคงเป็นเจ้าของใน Taranaki panels ที่ได้มีการส่งออกโดยผิดกฎหมายอันเป็นการขัดต่อ New Zealand Historic Act 1962

ผลของการตัดสินในกรณีการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมายในศาลอังกฤษนั้น ค่อนข้างจะขัดกับนโยบายของสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ซึ่งได้มีการพัฒนาบทบัญญัติตามกฎหมายภายใน นโยบายทางด้านศุลกากร และการเข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญายูเนสโก 1970 อย่างไรก็ตามมีคดีของประเทศอังกฤษ ที่การเรียกคืนประสบความสำเร็จโดยการกล่าวอ้างถึงสิทธิตามกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมของรัฐต่างชาติ

⁸ An historic knowingly exported or attempted to be exported in breach of this Act shall be forfeited by Her Majesty and subject to the provision of this Act: ...

ซึ่งประเทศอังกฤษเองทั้งที่มีได้ เป็นภาคอนุสัญญาเนสโก 1970 ก็ไม่ได้ตระหนักถึงความแตกต่างใน
ข้อนี้เท่าใดนัก

คดีที่การเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ประสบผลสำเร็จใน
ประเทศอังกฤษ ที่สำคัญก็คือ คดีคิระนาฏราช

คดีคิระนาฏราช (The London Sivapuram Nataraja Case)

ข้อพิพาทในสิทธิของคิระนาฏราช เกิดขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1984
และ ค.ศ. 1988 โดยคิระนาฏราชเป็นรูปปั้นพระคิระที่ทำด้วยสำริดแสดงท่าเต้นรำล้อมรอบ
ไปด้วยรัศมีแห่งเปลวไฟ ประดิษฐานอยู่ในวิหาร Pathur ในรัฐทมิฬนาฑู ซึ่งแสดงให้เห็นว่า
พระคิระมีความสำคัญเป็นพิเศษ ในฐานะที่เป็นเทพเจ้าของชาวอินเดียตอนใต้ โดยเรียกพระนาม
อีกอย่างหนึ่งว่า "นาฏราช" ไม่เพียงแต่คิระนาฏราชจะเป็นที่กราบไหว้และเคารพบูชาเท่านั้น
แต่ยังมีคุณค่าทางศิลปะ และเป็นโบราณวัตถุ เป็นที่ต้องการในตลาดค้าของเก่าโลกด้วย คดีนี้
เปิดโอกาสให้ศาลอังกฤษได้พิจารณาถึงรายละเอียดอันเกี่ยวข้องกับความสำเร็จทางศาสนาของ
รูปปั้นดังกล่าว โดยในศตวรรษที่ 14 ได้มีการรุกรานโดยพวก Mohammedan ทำให้วัดในศาสนา
ฮินดูถูกทำลายไปมาก มีหลักฐานที่น่าเชื่อถือว่าได้มีการฝังรูปปั้นนี้ไว้เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกยึดครอง
และรูปปั้นนี้ได้ถูกฝังไว้เป็นเวลานานกว่าศตวรรษ

ในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการขุดพบคิระนาฏราชพร้อมกับรูปสลักอื่น ๆ
อีกจำนวน 8 รูป และได้ผ่านมือไปยังผู้ซื้อชาวอินเดีย ตามหลักฐานปรากฏว่า ได้มีการนำรูปสลัก
ออกจากประเทศอินเดียในเดือนพฤศจิกายน ในปีเดียวกัน ส่วนรูปสลักจำนวน 8 รูป ที่ได้ขุดพบ
ในคราวเดียวกันนั้น ได้ถูกยึดโดยทางการตำรวจของชาวอินเดียก่อนที่จะทำการจำหน่ายจ่ายโอน
คงเหลือแต่คิระนาฏราช ซึ่งได้ผ่านมือไปยัง Mr. Michael Dolland ตัวแทนของบริษัทน้ำมัน
ในประเทศแคนาดา โดยได้ส่งคิระนาฏราชนี้มาให้ผู้เชี่ยวชาญทางด้านอนุรักษของ British
Museum เพื่อดำเนินการในการอนุรักษและจัดส่งไปยังประธานบริษัทน้ำมันในแคนาดา
ในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 1982 ทางการตำรวจอังกฤษได้ทำการอารักขาคิระนาฏราชไว้โดยไม่ได้
แจ้งเหตุผลถึงการอารักขา บริษัทน้ำมันในประเทศแคนาดาจึงยื่นฟ้องทางการตำรวจ เพื่อขอคืน
คิระนาฏราช ซึ่งฝ่ายตำรวจเองก็ได้อ้างถึงสิทธิโดยชอบในคิระนาฏราชระหว่างบริษัทน้ำมัน
และรัฐทมิฬนาฑู ว่าใครจะมีสิทธิในคิระนาฏราชดีกว่ากัน ในขณะที่เดียวกันที่รัฐทมิฬนาฑูและ
ผู้เกี่ยวข้องในคิระนาฏราชจึงได้ฟ้องบริษัทน้ำมัน เพื่ออ้างความเป็นเจ้าของของตน

คดีได้ขึ้นสู่ High Court ในปี ค.ศ. 1984 ปัญหาสำคัญ
 ในข้อเท็จจริงคือว่า ศิวะนาฏราชที่อยู่ในกรุงลอนดอน กับศิวะนาฏราชที่ประดิษฐานอยู่ใน ณ วิหาร
 Pathur ในรัฐทมิฬนาฑูเป็นองค์เดียวกันหรือไม่ ถ้าเป็นองค์เดียวกันปัญหาในเรื่องการใช้
 กฎหมายอินเดียและกฎหมายอังกฤษก็จะเกิดขึ้น คดีนี้จึงเป็นคดีที่ให้ความสำคัญในการตรวจสอบว่า
 โบราณวัตถุทางวัฒนธรรมที่เป็นปัญหานี้ เป็นวัตถุเดียวกันกับที่หายไป และการพิจารณาถึงสิทธิ
 โดยชอบธรรม ซึ่งปัญหาแรกเป็นปัญหาค่อนข้างยาก เพราะในปลายศตวรรษที่ 12 วัดต่าง ๆ
 ในรัฐทมิฬนาฑูมีเป็นนับพันแห่งและ วัดที่มีการประดิษฐานพระศิวะนาฏราชมีเป็นหลายร้อยวัด
 ส่วนในเรื่องการลักขโมยทรัพย์สินนั้น ในรอบ 10 ปี มีการขโมยเกิดขึ้นเกือบหนึ่งพันครั้ง ประมาณ
 20-25 ครั้งนั้น เกี่ยวข้องกับศิวะนาฏราช ได้มีการพิสูจน์ศิวะนาฏราชว่า เป็นองค์เดียวกันกับที่
 ประดิษฐานอยู่ ณ วิหาร Pathur ซึ่งได้ค้นพบและนำออกมาขายในเดือนกันยายน ค.ศ. 1976
 ไม่มีหลักฐานพิสูจน์อย่างเด่นชัด เพียงแต่ความจริงที่ว่าได้จัดสร้างขึ้นในราวศตวรรษที่ 12
 และไม่ได้ทำขึ้นหลายองค์ สิ่งที่ขุดขึ้นได้พร้อมกับองค์ศิวะนาฏราชนั้น สามารถชี้ให้เห็นว่ามี
 ความเป็นไปได้ที่จะเป็นสิ่งที่มาจากวัดเดียวกัน และเป็นของวิหาร Pathur

ศาลได้พิจารณาในปัญหากฎหมาย โดยได้พิจารณาว่าบริษัทน้ำมัน
 ในแคนาดา (โดยตัวแทนของบริษัท) ได้เป็นเจ้าของศิวะนาฏราชใน British Museum
 ในเวลาที่ตำรวจได้ยึดครองศิวะนาฏราชไว้ โจทก์คนใดคนหนึ่งจะต้องแสดงให้เห็นว่า ตนเอง
 มีสิทธิดีกว่าโจทก์คนอื่นในกรณีที่เป็นเจ้าของได้เสียไป ในกรณีนี้มีโจทก์ 5 คนด้วยกันคือ
 สหภาพอินเดีย (Union of India) โจทก์ที่ 1 รัฐทมิฬนาฑู โจทก์ที่ 2 เจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้แทน
 ของวิหาร Pathur โจทก์ที่ 3 วิหาร Pathur โจทก์ที่ 4 องค์พระศิวะ เป็นโจทก์ที่ 5
 (ซึ่งตามกฎหมายอินเดียถือว่า องค์พระศิวะเป็น Juristic Person)

ในการพิจารณาว่า ใครจะเป็นผู้มีสิทธิในศิวะนาฏราช ศาลได้
 พิจารณาถึงสิทธิของผู้ขุดพบว่า สิทธิในความเป็นเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ตามกฎหมาย
 ของรัฐทมิฬนาฑู เมื่อทรัพย์สินสมบัติได้ถูกฝังอยู่ในดิน โดยมีหลักฐานที่เชื่อได้ว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้น
 มิได้มีเจตนาที่จะละทิ้งทรัพย์สินโดยสถานที่ที่ได้ขุดพบเป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ และยังคงเป็นทรัพย์สิน
 ของวัดหรือวิหารอยู่ตลอดเวลา ภายใต้ Tamil Land Encroachment Act 1905 ได้กำหนด
 ในเรื่องการบุกรุกของเอกชนในที่ดินที่เป็นของรัฐไว้ ซึ่งจากหลักฐานที่ปรากฏแล้ว แสดงให้เห็นว่า
 ผู้ขุดมิได้เป็นเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมายในพื้นที่ที่มีการขุดพบนั้น ดังนั้นจึงไม่สามารถอ้างความเป็น

เจ้าของในทรัพย์สินที่ขุดพบได้ เพราะปราศจากสิทธิในการครอบครองพื้นที่ เจ้าของที่แท้จริงคือวิหาร Pathur ซึ่งถือว่าเป็นเจ้าของศิวนาฏราชและมีสิทธิเหนือจำเลย และจากหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ขุดนั้นมีเจตนาทุจริตที่จะลักเอาศิวนาฏราชไปโดยไม่มีสิทธิเช่นนั้น จึงต้องถูกลงโทษทางอาญาภายใต้กฎหมายอินเดีย โดยถือว่าเป็นการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ภายใต้ Indian Treasure Trove Act 1878

ถ้าผู้ขุดได้รับสิทธิในการขุดโดยชอบด้วยกฎหมาย ทรัพย์สินสมบัติที่ขุดได้จะต้องถูกแบ่งเป็นสองส่วนให้แก่ผู้ขุดหนึ่งส่วนและวิหาร Pathur หนึ่งส่วน และจากกฎหมายดังกล่าว (1878 Act) ก่อให้เกิดผลในคดีนี้สองประการคือ

(1) หลักกฎหมายที่ใช้ในคดี Taranaki panels and the Otiz case จะไม่ถูกนำมาใช้ในคดีนี้ เพราะการยึดหรือการได้มาได้เกิดขึ้นภายในอำนาจศาลของรัฐมิหนานาดู

(2) รัฐบาลของรัฐมิหนานาดูมีสิทธิดีกว่าจำเลยผู้ซึ่งความเป็นเจ้าของได้หมดสิ้นไปตามกฎหมายของรัฐที่เป็นต้นกำเนิดของทรัพย์สิน จำเลยได้อ้างเกี่ยวกับเรื่องอายุความในการฟ้องร้อง ตามข้อเท็จจริงที่ว่า การขุดพบและการลักขโมยศิวนาฏราชรวมทั้งการฟ้องร้องยังศาลได้กระทำเมื่อ 6 ปี หลังจากที่จำเลยได้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตแล้ว ซึ่งศาลได้พิจารณาว่าเจตนาและศรัทธาของขุนนางในศตวรรษที่ 12 ผู้ซึ่งได้บริจาคที่ดินและสร้างวิหาร Pathur อุทิศถวายนั้นยังคงมีอยู่และถูกยกให้อยู่ในฐานะของบุคคลโดยตัววิหารเอง สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของของศิวนาฏราช ซึ่งเป็นสิทธิที่เหนือกว่าสิทธิของจำเลย

กล่าวโดยสรุป อังกฤษได้ให้อำนาจแก่สถาบันทางตุลาการและให้ความคุ้มครององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในเรื่องการได้ทรัพย์สินมาโดยทุจริต โดยมีกฎหมายรับรองสิทธิในการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เป็นสมบัติของพิพิธภัณฑ์ และส่วนใหญ่จะไม่ยอมรับบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายของต่างชาติ เว้นแต่จะอยู่ในดุลพินิจของศาลในการพิจารณาเป็นกรณีไป

1.2 ในกรณีที่รัฐเป็นภาคีสัญญาอนุสัญญาเนสโก ปี 1970

1.2.1 หน้าที่ในการวางมาตรการทางกฎหมายของรัฐเพื่อป้องกันมิให้พิพัตภัณฑ์หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน การได้มาซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐอื่น ภายหลังจากที่ได้เข้าเป็นภาคีสัญญา (มาตรการ 7 (a))

สหรัฐอเมริกา

ก. การใช้หลัก Common Law Rule และ National Stolen Property Act

ในฐานะที่เป็นประเทศผู้นำเข้าโบราณวัตถุและศิลปวัตถุ รายใหญ่ อาจกล่าวได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้ยึดแนวความคิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) คือมีการส่งออกและนำเข้าโดยเสรีและกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็เอื้ออำนวยให้โบราณวัตถุและศิลปวัตถุที่ถูกขโมยมาเป็นอย่างดี และถึงแม้ว่าจะต้องมีการแจ้งให้ทราบ (Declare) เมื่อผ่านด่านศุลกากรของประเทศก็ตาม ก็สามารถนำเข้าประเทศได้โดยมิต้องเสียภาษี ยิ่งไปกว่านั้น ยังไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย⁹ เมื่อศิลปวัตถุและโบราณวัตถุถูกนำเข้ามาในประเทศนั้นจะถูกส่งออกโดยผิดกฎหมายจากประเทศต้นกำเนิด และสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ยอมรับการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายส่งออกของชาติอื่นอีกด้วย ดังนั้น ประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลายที่เป็นประเทศแหล่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ตระหนักถึงข้อเสียเปรียบเหล่านี้ และเห็นว่าการห้ามการซื้อขายเป็นการช่วยหยุดยั้งการค้าโบราณวัตถุและศิลปวัตถุ หลายประเทศจึงได้ออกกฎหมายที่มีข้อความครอบคลุมกำหนดอายุและความเก่าของโบราณวัตถุไว้เป็นที่แน่นอนไม่ว่าจะได้ค้นพบแล้ว หรือยังคงถูกฝังอยู่ หรือไม่ว่าจะเป็นของรัฐหรือเอกชนให้ถือว่าเป็นสมบัติของชาติทั้งหมด และยังคงกำหนดให้เอกชนที่เป็นเจ้าของโบราณวัตถุ ให้นำวัตถุนั้นมาขึ้นทะเบียนกับรัฐอีกด้วย การออกกฎหมายเช่นนี้ นับเป็นการเปลี่ยนสถานะของโบราณวัตถุ ที่ส่งผลกระทบไปถึงสหรัฐอเมริกา เพราะเมื่อมีการส่งออกโบราณวัตถุโดยผิดกฎหมายไปยังสหรัฐอเมริกาแล้ว จริงอยู่ที่สหรัฐอเมริกาจะไม่

⁹ Carol L. Morris, In Search of a Stolen Masterpiece: The Causes and Remedies of International Art Theft, Syracuse Journal of International Law and Commerce Vol.15, No.1 1988: p. 20.

คำนึงถึงการผิดกฎหมายส่งออกของประเทศอื่น แต่อาจจะไปเข้าในเรื่องของทรัพย์สินที่ถูกขโมยมา ซึ่งจะต้องบังคับให้เป็นไปตาม National Stolen Property Act และ U.S. Common Law Theft Rule ก็ได้

หลักกฎหมายในเรื่อง Common Law Theft Rule และ National Stolen Property Act หรือที่เรียกโดยย่อว่า NSPA ได้จำกัดในเรื่องการค้าทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาโดยชาวต่างชาติสามารถใช้หลักกฎหมายในเรื่อง Common Law ในศาลสหรัฐอเมริกา ต่อผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาได้¹⁰ ไม่ว่าผู้ซื้อนั้นจะสุจริตหรือไม่ก็ตาม หลักกฎหมายในเรื่อง Common Law Rule ที่บัญญัติไว้ใน Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. ว่าผู้ซื้อไม่สามารถได้รับสิทธิที่ดีกว่าผู้ที่ลักขโมย (ผู้รับโอนไม่มีสิทธิที่ดีกว่าผู้โอน) หลักนี้ได้กำหนดความรับผิดชอบทั้งหมดให้แก่บรรดาผู้ซื้อ โดยผู้ซื้ออาจจะต้องรับเคราะห์ถึงแม้ว่าจะไม่รู้ถึงการที่ทรัพย์สินนั้นถูกขโมยมาก็ตาม และจำต้องคืนทรัพย์สินนั้นไปยังเจ้าของเดิมอีกด้วย และในกรณีผู้ซื้อไม่สามารถจะชี้ตัวหรือหาตัวผู้ที่ขายทรัพย์สินที่ถูกขโมยมานี้ได้ ผู้ซื้อก็จะไม่ได้รับชดเชยค่าเสียหายนี้เลย กล่าวโดยสรุปก็คือ ถึงแม้ว่าผู้ซื้อจะสุจริตโดยไม่ทราบถึงทรัพย์สินถูกลักขโมยมาก็ตาม ก็อาจจะต้องถูกเรียกคืนทรัพย์สินนั้นก็ได้

คดีตัวอย่างที่มีการพิจารณาถึงสิทธิของผู้ซื้อ โดยสุจริต

และกรรมสิทธิ์ที่ได้สูญหายหรือถูกขโมยไปในระหว่างสงครามคือ คดี Menzel V. List¹¹ ที่ศาลสหรัฐอเมริกาจะต้องพิจารณาว่าตระกูล Menzels จะสามารถเรียกคืนภาพเขียนฝีมือของ Marc Chagall ซึ่งได้ทิ้งไว้ที่ Brussels ในช่วงที่นาซีเข้ายึดการครอบครองระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 หรือไม่ ภาพเขียนนี้ได้ถูกยึดโดยกลุ่มนาซี-เกอร์ริง-ไรเซนเบิร์ก และต่อมาได้ถูกนำมาขายในตลาดศิลปะระหว่างประเทศ โดยผู้ซื้อไปคือ Pearls Gallery ซึ่งมีได้ระมัดระวังหรือสนใจภาพเขียนชิ้นนี้มีประวัติความเป็นมาอย่างไร หรือได้มาโดยสุจริตหรือไม่

¹⁰ Jonathan S. Moore, Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market, The Yale Law Journal, Vol. 97 (1988), p. 471.

¹¹ Menzel V. List, 49 Misc. 2d 300, 267 NYS 2d 804 (Sup. Ct. 1966), aff'd per curiam, 28 AD 2d 516, 279 NYS 2d 608 (App. Div. 1967).

และผู้ซื้อรายสุดท้ายก็คือ List ซึ่งเมื่อตระกูล Manzels ได้ทราบถึงเรื่องนี้ได้ติดต่อขอคืนภาพ
ภาพเขียนแต่ไม่ประสบความสำเร็จ จึงได้ฟ้องร้องยังศาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งตกอยู่ในสถานะที่
จะต้องพิจารณาถึงสิทธิของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างก็สุดจริตทั้งคู่ว่าฝ่ายใดจะต้องเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง

จำเลยคือ List ได้ถูกตัดสินให้ส่งคืนภาพเขียนหรือไม่ก็
ชดใช้ราคาให้แก่เจ้าของที่แท้จริง และสามารถไล่เบี้ยเอาค่าเสียหายจาก Pearls Gallery
ได้ เพราะมีข้อความประกันความรับผิดชอบไว้ในสัญญาซื้อขายระหว่างกัน และศาลเองได้ปฏิเสธ
ค่าให้การของจำเลยในเรื่องที่ซื้อมาโดยสุจริต โดยให้ความเห็นว่าผู้ที่ได้ภาพเขียนนี้กระทำ
การขัดต่ออนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1907 จึงถือว่าเป็นการขโมยภาพเขียน การกระทำโดย
มิชอบของนาซีจึงถือว่าเป็นผู้ลักขโมย จึงเข้ากับหลักกฎหมายที่ว่าผู้ขโมยย่อมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้
เป็นเจ้าของแท้จริง

คดีตัวอย่างอีกคดีหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการใช้หลักกฎหมาย
ตาม Common Law ที่ได้ผลในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยรัฐบาลและประชาชน
ชาวต่างชาติ โดยอ้างถึงการที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกขโมยมา คือ คดี Kunstsammlungen Zu
Weimar V. Elicofon¹² ซึ่งภาพวาดของ Durer ได้ถูกขโมยมาจากประสาทในเยอรมันนี้
และขายต่อไปยังนักสะสมของเก่าชาวบริติช ภาพวาดนี้เป็นของ Kunstsammlungen Zu
Weimar ซึ่งเป็นพิพิธภัณฑ์ที่รัฐบาลเยอรมันตะวันออกเป็นเจ้าของและดำเนินงานอยู่ ศาลมลรัฐ
ที่เมืองนิวยอร์กได้มีคำสั่งให้คืนทรัพย์สินให้แก่เจ้าของเดิม โดยใช้หลักในเรื่องผู้รับโอนไม่มีสิทธิ
ดีกว่าผู้โอน และไม่คำนึงว่าการขโมยจะเกิดขึ้นที่ไหนก็ตาม

คดีที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ยืนยันถึงผลของกฎหมายภายใน
ของรัฐต่างชาติ ที่มีบทบัญญัติครอบคลุมในเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นสมบัติของแผ่นดิน
(Umbrella Owner Statue) ได้แก่คดี United States V. Hollinshead¹³
Hollinshead ได้ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดต่อ National Stolen Property
Act โดยได้ขโมย Machaquila Stela II มาจากประเทศกัวเตมาลา ซึ่งได้มีกฎหมาย

¹²Kunstsammlungen Zu Weimer V. Elicofon, 678 F 2d. 1150
(2d Cir. 1987).

¹³United States V. Hollinshead, 495 F.2d 1154 (9th Cir. 1974).

ภายในบัญญัติว่า ประเทศกัวเตมาลาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโบราณวัตถุที่อยู่ในประเทศ ศาลได้กล่าวไว้ว่า เพียงแต่จำเลยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้ถูกขโมยมา ก็มีความผิดตาม NSPA แล้ว ไม่จำเป็นที่จำเลยจะต้องทราบถึงกฎหมายภายในของประเทศกัวเตมาลาแต่อย่างใด เพราะตามความเป็นจริงแล้ว ประเทศกัวเตมาลาได้ขึ้นทะเบียน Machaquila Stela II ก่อนที่จะถูกขโมย เมื่อพิจารณาพร้อมกับบทบัญญัติตามกฎหมายภายในของประเทศกัวเตมาลา ก็ไม่เป็นที่น่าสงสัยว่าทรัพย์สินชิ้นนี้เป็นของประเทศกัวเตมาลา

ในคดี United States V. McClain ศาลได้พิจารณาถึงปัญหาในเรื่องการที่จะถือว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกขโมยหรือไม่¹⁴ ถ้าความเป็นเจ้าของขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐที่มีบทบัญญัติครอบคลุมในเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เป็นสมบัติของแผ่นดิน (Umbrella Owner Statue) แต่อย่างเดียว ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า McClain และพวกได้ถูกจับในข้อหาขนส่งและรับของโจร อันเป็นการขัดต่อ NSPA และได้พยายามขายศิลปวัตถุในยุค Pre-Columbian ให้แก่สถาบันวัฒนธรรมเม็กซิโกในซานอันโตนิโอ มลรัฐเท็กซัส ข้ออ้างในความเป็นเจ้าของของประเทศเม็กซิโก ก็คือการทำกฎหมายภายในบัญญัติไว้ในเรื่องนี้เท่านั้น

จำเลยทั้งหมดไม่ได้ปฏิเสธในข้อที่ว่า ศิลปวัตถุได้ถูกส่งออกโดยผิดกฎหมายจากประเทศเม็กซิโก ปัญหาสำคัญที่ศาลจะต้องพิจารณาก็คือ การส่งออกบรรดาวัตถุเหล่านี้โดยผิดกฎหมาย ควบคู่กับบทบัญญัติในเรื่อง Umbrella Owner Statue จะเป็นพยานหลักฐานเพียงพอที่จะกล่าวหาจำเลยในข้อหาลักทรัพย์ได้หรือไม่ ซึ่งต่างจากคดี Hollinshead ที่มีพยานหลักฐานแน่นอนหนาในเรื่องของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ถูกขึ้นทะเบียนไว้แล้วในขณะที่ตั้งอยู่ในประเทศกัวเตมาลา แต่ในคดีนี้ ศิลปวัตถุเหล่านี้มิได้ถูกขึ้นทะเบียนมาก่อนเลย ศาลกล่าวว่า การประกาศในเรื่องความเป็นเจ้าของของรัฐ (National Ownership) ที่ได้กระทำก่อนที่มีการส่งออกโดยผิดกฎหมายก็ถือได้ว่าเป็นการลักทรัพย์ และของที่ได้ส่งออกก็ถือว่าเป็นของโจรภายในความหมายของ NSPA และยังได้กล่าวอีกว่า บทบัญญัติ Umbrella Owner Statues ของเม็กซิโก รวมกับกฎหมายที่จำกัดการส่งออกศิลปวัตถุ เพียงพอที่จะให้อ่านาจอในการดำเนินคดีชั้นสู่ศาลและดำเนินคดีภายใต้ NSPA

¹⁴United States V. McClain, McClain I 545 F. 2d 988 (5th Cir.); F. 2d 52 (5th Cir. 1977); McClain II 593 F. 2d 658 (5th Cir.); 444 US 919 (1970)

จากคดี McInain แสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดในผลของ
 บทบัญญัติภายในที่ครอบคลุมในเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นสมบัติของแผ่นดิน¹⁵ ซึ่งจะทำให้
 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาเองทราบว่า โบราณวัตถุที่ขายอยู่ในสหรัฐอเมริกาจำนวนมากได้ถูกนำออก
 โดยผิดกฎหมาย รวมทั้งยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนอย่างถูกต้อง อันจะถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้ลักขโมย
 มาอีกด้วย และยังยืนยันในข้อที่ว่า ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐ หรือนอกอาณาเขต
 ของรัฐ ก็อาจจะถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาได้ จากการรับรองบทบัญญัติดังกล่าวนี้ รัฐบาล
 สหรัฐอเมริกาสามารถดำเนินคดีกับนายหน้าค้าของเก่าในข้อหาลักทรัพย์ภายใต้ NSPA ได้
 อันเป็นการยอมรับหลักในเรื่องกรรมสิทธิ์ของคนต่างชาติและลงโทษเอกชนผู้กระทำความผิด
 ในเรื่องรับของโจรโดยเจตนา ในส่วนเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รัฐต่างชาติ
 สามารถเรียกคืนจากผู้ซื้อได้ตามหลักในเรื่อง Common Law โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้ซื้อจะรู้ว่า
 ทรัพย์สินนั้นได้ถูกขโมยมาหรือไม่

นอกจากนั้น National Stolen Property Act
 หรือ NSPA ก็ได้ห้ามการขนส่ง การซุกซ่อนและการขายสินค้าที่มีมูลค่า ๕,๐๐๐ เหรียญสหรัฐ
 หรือนำขึ้น โดยรู้ว่าสินค้านั้นได้ถูกขโมยมา ทำให้เอกชนผู้กระทำการดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
 ถ้าเป็นโบราณวัตถุจะต้องรู้ว่าทรัพย์สินนั้น ได้ถูกขโมยมาเพื่อที่ผู้เสียหายจะเป็นข้ออ้างในการดำเนินคดี
 ในเรื่องการขัดต่อ NSPA ได้

NSPA ยังได้บัญญัติถึงวิธีการที่ได้ผลในการดำเนินคดีต่อ
 นายหน้าค้าของเก่าในเรื่องโบราณวัตถุที่ถูกขโมยมา และวิธีการในการที่จะส่งคืนทรัพย์สินนั้น
 ไปยังประเทศถิ่นกำเนิดด้วย กล่าวได้ว่า NSPA เป็นหนทางในการแก้ไขความเสียหายที่ได้ผล
 มากที่สุดสำหรับชาวต่างชาติ และผู้กระทำผิดกฎหมายฉบับนี้ จะถูกดำเนินคดีโดยศาลสหรัฐอเมริกา
 และในเรื่องการลงโทษทางอาญภายใต้ NSPA ในส่วนที่เป็นทรัพย์สินจะเป็นเรื่องของกระบวนการ
 ในการยึดทรัพย์ ซึ่งเมื่ออยู่ในความอารักขาของสหรัฐอเมริกาแล้ว ก็จะได้กระทำการเจรจาคืน
 ทรัพย์สินนั้น ให้แก่เอกชนหรือรัฐผู้เป็นเจ้าของต่อไป

¹⁵ Jonathan S. Moore, Enforcing Foreign Ownership Claims in
 the Antiquities Market, The Yale Law School, Vol. 97 (1988), P. 475.

จะเห็นได้ว่า การใช้หลักในเรื่อง Common Law และกฎหมาย NSPA ของสหรัฐอเมริกาใช้กับโบราณวัตถุที่ถูกเคลื่อนย้ายจากต่างประเทศ และถูกส่งเข้ามาในสหรัฐอเมริกา โดยโบราณวัตถุนั้นจะต้องเข้าตามคำจำกัดความในทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ว่า "ถูกลักขโมยมา" เท่านั้น จึงทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวที่จะมีผลหยุดยั้งการลักขโมยโบราณวัตถุ ยึดติดอยู่กับการตีความของคำจำกัดความนี้

ข. การอนุวรรตให้เป็นไปตามอนุสัญญาเนสโก ปี 1970

ในปี ค.ศ. 1972 สหรัฐอเมริกาได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา เนสโก 1970 โดยมีข้อสงวน 1 ข้อ และข้อกำหนด (Understandings) จำนวน 6 ข้อ ข้อกำหนดข้อหนึ่งได้กล่าวว่า สหรัฐอเมริกาจะสงวนสิทธิในการพิจารณาว่า จะควบคุมการส่งออก ให้เป็นไปตามอนุสัญญา โดยมีเงื่อนไขว่า อนุสัญญาจะไม่มีผลย้อนหลังหรือใช้บังคับโดยตรง (Self-executive) ภายหลังจากมีการโต้เถียงกันในเรื่องนี้เป็นเวลาจนถึง 10 ปี ก็ได้ออก อนุสัญญาเพื่ออนุวรรตการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเนสโก 1970 คือ Convention on Cultural Property Implementation Act หรือ Cultural Property Law ในปีค.ศ. 1982 โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งในมาตรา 9¹⁶ ของอนุสัญญาเนสโก 1970 ที่กำหนดให้รัฐซึ่งมรดกของชาติได้รับอันตรายจากการถูกโจรกรรมวัตถุทางโบราณคดีหรือชาติพันธุ์วิทยา อาจจะร้องขอให้รัฐภาคีอนุสัญญาอื่นร่วมมือให้ความช่วยเหลือในระดับระหว่างประเทศในการพิจารณาและดำเนินการตามมาตรการที่เหมาะสมรวมทั้งการควบคุมการส่งออก การนำเข้าและการค้าระหว่างประเทศในวัตถุที่เกี่ยวข้องเป็นพิเศษ ใน Section 303 ของ Cultural Property Law ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมีดุลพินิจในการตอบรับการให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 โดยการทำข้อตกลงในการกำหนดข้อจำกัดการนำเข้าในวัตถุทางโบราณคดีหรือชาติพันธุ์วิทยา¹⁷ เรียกได้ว่าได้มีกลไกในการจำกัดการบังคับใช้กฎหมายส่งออกของรัฐต่างชาติ โดยรัฐที่ต้องการให้ได้การคุ้มครองตามกฎหมายนี้ จะต้องร้องขอจากสหรัฐอเมริกา และแสดงให้เห็นว่า

¹⁶ Article 9, UNESCO Convention 1970:

Any state party to this Convention whose cultural patrimony is in jeopardy from pillage of archaeological or ethnological materials may call upon other States Parties who are affected. The States Parties to this Convention undertake, in these circumstances, to participate in a concerted international effort to determine and to carry out the necessary concrete measures, including the control of exports and imports and international commerce in the specific materials concerned Pending agreement each State concerned shall take provisional measure to the extent feasible to prevent irreparable injury to the cultural heritage of the requesting State.

¹⁷ Jeffrey L. Shanaberger, Struggling Against the tide: United States Participation in Efforts to Curtail the Illicit Flow of Cultural Properties, New York Law School Journal of International and Comparative Law 4, No.1 (1982), pp. 182-183.

- (1) วัตถุทางโบราณคดีและชาติพันธุ์วิทยา ได้รับอันตรายจากการโจรกรรม
- (2) รัฐนั้นได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่แล้ว ในการที่จะป้องกันการโจรกรรมเช่นว่านั้น
- (3) การกำหนดให้มีการจำกัดการนำเข้า เช่นว่านี้ ถ้านำไปใช้ร่วมกับข้อจำกัดที่คล้ายคลึงกันในช่วงเวลาอันเหมาะสมกับชาติอื่น ๆ ที่มีความสำคัญในการนำเข้าวัตถุ เช่นว่านั้นอย่าง เป็น เอกเทศแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์ในการหยุดยั้งสถานการณ์ที่ถูกโจรกรรมนั้น เช่น เดียวกัน
- (4) จะไม่มีการชดเชยความเสียหายที่มากกว่าการใช้ข้อจำกัดเช่นว่านี้
- (5) การใช้ข้อจำกัดเหล่านี้ จะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของสังคม ระหว่างประเทศในการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างชาติ เพื่อจุดประสงค์ทางวิทยาศาสตร์วัฒนธรรมและการศึกษา

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดในการร้องขอความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศใน Section 303 ของ Cultural Property Law ยังให้อำนาจประธานาธิบดี ในการปฏิเสธการทำความตกลงในการกำหนดข้อจำกัดการนำเข้าภายใต้ Section 303 ถ้าเงื่อนไขดังกล่าวมาข้างต้นไม่เป็นที่น่าพอใจ

มาตรการการให้ความร่วมมือในการป้องกันที่อนุวรรต ให้เป็นไปตามมาตรา 9 ของอนุสัญญายูเนสโก 1970 นอกจากจะมีเงื่อนไขมากมายและอยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีในการตัดสินใจให้ความร่วมมือแล้ว ยังกำหนดมาตรการฉุกเฉิน เพื่อยกเว้นไว้ใน Section 304 อีกด้วย ซึ่งประธานาธิบดีสามารถกำหนดข้อจำกัดในการนำเข้าวัตถุทางโบราณคดีและชาติพันธุ์ โดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศจากรัฐอื่นก็ได้

นอกจากนั้น ภายใต้ Cultural Property Law ยังมีบทบัญญัติที่รัฐภาคีสมาชิกอื่นอาจจะหมดโอกาสในการใช้สิทธิเรียกร้องได้ โดยกฎหมายจะไม่ใช้บังคับกับวัตถุที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาอย่างน้อย 10 ปีติดต่อกัน และ 5 ปีติดต่อกันสำหรับวัตถุที่ได้จัดแสดง

ในสาธารณะ หรือในกรณีที่รัฐต่างชาติควรจะรู้หรือรู้ถึงที่ตั้งของทรัพย์สินนั้นตามเวลาดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น Cultural Property Law ได้ตีความอนุสัญญาเฮลไก 1970 ในลักษณะที่ว่า การคืนหรือการนำกลับคืนมาซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จะมีผลก็แต่เฉพาะวัตถุที่ได้ขึ้นทะเบียนหรือได้รับการตรวจสอบอย่างเป็นทางการแล้วเท่านั้น

นโยบายในการวางมาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้น ดูเหมือนว่าจะให้ความสำคัญคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐอื่น ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้หลายฉบับด้วยกัน แต่ความเป็นจริงแล้ว สหรัฐอเมริกา ยังคงกำหนดสถานภาพของตนเองให้มีสิทธิเหนือกว่ารัฐอื่น โดยการกำหนดเงื่อนไข ข้อสงวน และกรณีฉุกเฉิน (Emergency condition) เพื่อยกเลิกมาตรการที่กำหนดไว้ โดยให้อยู่ในดุลพินิจของประธานาธิบดี ซึ่งมองโดยผิวเผินแล้วนโยบายระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา นั้นขัดกับนโยบายของประเทศอังกฤษ แต่มองในแง่บทบัญญัติของกฎหมายภายใน สหรัฐอเมริกา ยังคงวางเงื่อนไขที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของตนอยู่มาก

ประเทศแคนาดา

แคนาดาได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเฮลไก 1970 เมื่อปี ค.ศ. 1978 ในอดีตที่ผ่านมา ประเทศแคนาดาได้สูญเสียทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นจำนวนมาก ถึงกับรัฐบาลได้ดำเนินการจัดซื้อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมกลับคืน มาให้อยู่ในความดูแลของ พิพิธภัณฑ์ ในปี ค.ศ. 1922 พิพิธภัณฑ์แห่งชาติแคนาดา ได้มีนโยบายจัดตั้งเงินทุนเพื่อการจัดซื้อ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างเร่งด่วน โดยสามารถซื้องานศิลปะของพวก Indian Canadian มาจากเยอรมันตะวันตก ในระหว่างปี ค.ศ. 1973 และ 1974¹⁸ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลแคนาดา ก็ได้ตระหนักถึงความสำคัญในการวางมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการส่งออกมากกว่า มาตรการชั่วคราวที่ได้ดำเนินการตั้งที่กล่าวข้างต้น

¹⁸ Carol L. Morris, In Search of a Stolen Masterpiece: The Causes and Remedies of International Art Theft Syracuse Journal of International Law & Commerce 15, No.1 (Fall 1988).

ในปี ค.ศ. 1975 รัฐบาลแคนาดาได้ออก Cultural Property Export and Import Act เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญายูเนสโก 1970 ซึ่งกำหนดมาตรการในการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจากประเทศแคนาดา และมาตรการดังกล่าวเป็นการแสวงหาแนวทางที่เหมาะสม ในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ และวิทยาศาสตร์ของชาติไว้ในประเทศ¹⁹ นอกจากนี้ยังมีการคุ้มครองเป็นพิเศษ สำหรับวัตถุที่มีค่ามากกว่า 500 เหรียญแคนาดา ซึ่งได้ถูกสร้างหรือเกี่ยวเนื่องกับชนเผ่าออบริจินส์ในแคนาดา กฎหมายฉบับนี้ยังมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์โดยชอบธรรมของรัฐต่างชาติ ที่เกี่ยวเนื่องกับการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่เป็นสังหาริมทรัพย์ มรดกทางวัฒนธรรมของต่างชาติ ซึ่งหมายถึงวัตถุที่ได้ถูกกำหนดเป็นพิเศษโดยชาตินั้นว่า มีความสำคัญทางโบราณคดีหรือโบราณคดียุคก่อนประวัติศาสตร์ ศิลป วรรณกรรมและวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินใดที่เข้าตามรายการที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายหรือ Canadian Cultural Property Export Control List จะถูกควบคุม และการส่งออกทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกเลื่อนกำหนดออกไป ในกรณีที่บุคคลที่ถูกปฏิเสธการส่งออกจะยื่นอุทธรณ์ โดยมีคณะกรรมการตรวจสอบ (Canadian Cultural Property Export Review Board) ซึ่งจะเป็นผู้ตัดสินว่า มีเหตุผลอันสมควรที่จะเลื่อนการส่งออกหรือไม่ คณะกรรมการนี้ทำหน้าที่เสมือนองค์กรผู้ปกป้องทรัพย์สิน เป็นนายหน้า และเป็นผู้สะสมไปด้วยในคราวเดียวกัน และช่วงเวลา que เลื่อนการส่งออกนี้ ก็ให้สิทธิแก่องค์กรสาธารณะและสถาบันที่ทำหน้าที่พิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในประเทศแคนาดา จัดซื้อทรัพย์สินนั้นตามราคาท้องตลาด โดยอยู่ในการพิจารณาของคณะกรรมการ ถ้าหากไม่ได้มีการซื้อทรัพย์สินดังกล่าวภายในเวลาที่ได้ถูกเลื่อนกำหนดส่งออก ก็อนุญาตให้มีการส่งออกได้

¹⁹Ian C. Clark and Lewis E. Levy, National Legislation to Encourage International Cooperation. The Cultural Property Export and Import Act of Canada, The Challenge to our Cultural Heritage, UNESCO 1986, p. 213.

ในส่วนที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบ Cultural Property Export and Import Act ได้ห้ามการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากประเทศที่เป็นภาคีกับแคนาดา²⁰ ในข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ห้ามการกระทำเช่นนั้น (อนุสัญญายูเนสโก 1970) และโดยการร้องขอจากรัฐผู้กรณ Attorney General ของประเทศแคนาดาสามารถจะฟ้องร้องไปยังศาลแคนาดาเพื่อขอให้มีการคืนทรัพย์สินได้ การใช้บังคับอนุสัญญายูเนสโก 1970 โดยผ่านทางกระบวนการนิติบัญญัติของแคนาดาเป็นที่เด่นชัดกว่าแนวทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา เช่น คำร้องขออย่างธรรมดาโดยไม่ต้องมีรูปแบบ หรือเงื่อนไขพิเศษจากประเทศที่เป็นถิ่นกำเนิดทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ก็สามารถนำบทบัญญัติในอนุสัญญายูเนสโก 1970 มาใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศที่ร้องขอจะต้องจ่ายค่าทดแทน (Compensation) ให้แก่ผู้ซื้อโดยสุจริตหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นก่อนจะถูกริบหรือเรียกคืน

คดีที่แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายที่จำกัดการนำเข้าทรัพย์สินที่ได้มีการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐอื่น และผู้กรณี่ต่างก็เป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโก 1970 ก็ยังไม่สามารถจะเรียกคืนทรัพย์สินได้ เพราะไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญา

ในปี ค.ศ. 1983 รัฐบาลแคนาดาได้ยื่นฟ้องยังศาล Provincial Court of Calgary กรณีรูปปั้น Nok terracotta ของไนจีเรีย²¹ ที่เคยอยู่ในประเทศไนจีเรียระหว่าง 900 ปีก่อนคริสตกาล จนถึงปี ค.ศ. 200 จากการพิสูจน์พบว่ารูปปั้นมีอายุประมาณ 1,800 - 2,900 ปี และได้ปรากฏว่าอยู่ในตลาดงานศิลปะ

²⁰ Ian C. Clark, The Cultural Property Export and Import Act of Canada: Legislation to Encourage National Cooperation. Journal of International Law and Politics, Vol.15, No.4. New York University Summer 1983, pp. 771-787.

²¹ R.V. Heller, Zango and Kassum. Alberta Law Reports, 27 alta LR (2d), 346-55.

ของโลกในงานประมูล ณ กรุงปารีส ที่จัดให้มีขึ้นในปี ค.ศ. 1977 โดยเป็นส่วนหนึ่งของงาน
 สะสมโบราณวัตถุอาฟริกาของนาย Alfred Muller นักสะสมโบราณวัตถุ ซึ่งได้ตั้งราคาไว้
 25,000 แฟรงค์ ต่อมารูปปั้น Nok terracotta ได้ถูกนำเข้ามายังประเทศแคนาดาใน
 ปี ค.ศ. 1981 โดย Issaka Zango จำเลยในคดีนี้ ซึ่งได้รายงานแก่เจ้าหน้าที่ศุลกากรว่า
 ตนเองเป็นเจ้าของที่แท้จริง โดยได้แจ้งราคาของทรัพย์สินในการนำเข้าถึง 390,000 ปอนด์
 หลังจากพยายามที่จะขายรูปปั้นนี้ให้แก่ Glenbour Museum of Calgary Zango และ
 Heller รวมทั้งKassam ชาวแคนาดาเคยได้ถูกจับฐานนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดย
 ผิดกฎหมายมาในประเทศแคนาดา อันเป็นการขัดต่อ Cultural Property Export and
 Import Act และเป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าวด้วย

Nok terracotta ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นประติมากรรม
 ที่มีความสำคัญทางศาสนาและทางด้านการเมืองต่อวัฒนธรรมของชนชาว Nok ในไนจีเรีย
 ผู้เชี่ยวชาญทางโบราณคดีอาฟริกาได้พิสูจน์ว่า ประติมากรรมชิ้นนี้เป็นโบราณวัตถุของประเทศ
 ไนจีเรีย เข้าตามบทบัญญัติตามกฎหมายในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศ
 ไนจีเรีย ในการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอันจะทำให้เป็นองค์ประกอบความผิด รัฐบาลแคนาดา
 จะต้องอ้างพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่า

(1) ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมของชาวต่างชาติ
 (Foreign Cultural Property)

(2) มีข้อตกลงทางทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศ
 แคนาดา และประเทศไนจีเรียในวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1981 ซึ่งอยู่ในความหมายของ
 กฎหมายประเทศแคนาดาที่กล่าวว่า "ข้อตกลงเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (Cultural
 Property Agreement) มีความหมายตาม Section 31 (1) ของ Cultural
 Property Export and Import Act ที่ว่าข้อตกลงเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้อง
 กับรัฐต่างชาติ หมายถึงข้อตกลงระหว่างประเทศแคนาดาและรัฐต่างชาติ หรือข้อตกลงระหว่าง
 ประเทศ ซึ่งประเทศแคนาดาและรัฐต่างชาติได้เข้าเป็นภาคีร่วมกันอันเกี่ยวเนื่องด้วยการป้องกัน
 การเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(3) ตามข้อตกลงเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ที่ประเทศไนจีเรียได้กระทำเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 1981 ถือว่าประเทศไนจีเรีย เป็นรัฐคู่กรณีต่างตอบแทน (Reciprocating State) ในความหมายตามกฎหมายประเทศแคนาดา ซึ่งได้ให้ความหมายของรัฐคู่กรณีต่างตอบแทน (Reciprocating State) ไว้ใน Section 31 (1) ว่า "รัฐคู่กรณีต่างตอบแทน" หมายถึงรัฐต่างชาติที่เป็นภาคีของข้อตกลงเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

(4) ทรัพย์สินวัฒนธรรมต่างชาติ จะต้องถูกนำเข้ามายังประเทศแคนาดา ภายหลังจากการเข้ามาเป็นภาคีของข้อตกลงเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศแคนาดาและประเทศไนจีเรีย

(5) ประติมากรรม Nok Teracotta ได้ถูกส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากประเทศไนจีเรีย

ศาลเห็นด้วยกับผู้เชี่ยวชาญว่า ประติมากรรมดังกล่าว ตรงตามความหมายของ "ทรัพย์สินวัฒนธรรมต่างชาติ" (Foreign Cultural Property) ของ Cultural Property Export and Import Act ซึ่งได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า ทรัพย์สินวัฒนธรรมต่างชาติที่เกี่ยวข้องกับรัฐคู่กรณีต่างตอบแทน หมายความว่าวัตถุใด ๆ ที่ถูกกำหนดเป็นพิเศษโดยรัฐนั้นในฐานะที่มีความสำคัญทางโบราณคดี โบราณคดียุคก่อนประวัติศาสตร์ ประวัติศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์

ศาลยังได้เห็นด้วยกับหลักฐานที่มาสสนับสนุนข้ออ้างตามข้อ 2, 3 และ 4 ส่วนในประเด็นของการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้มีการประชุมโต้เถียงกันในคณะทนายเกี่ยวกับองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดความผิด รัฐบาลแคนาดาโต้แย้งว่า โดยหลักกฎหมายของประเทศไนจีเรีย ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการส่งออกศิลปวัตถุโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากประเทศไนจีเรีย

บรรดาทนายของจำเลยโต้แย้งว่า การส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิสูจน์ว่าได้เกิดขึ้น "ตั้งแต่และหลังจาก" ข้อตกลงเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม มีผลบังคับใช้ (ประเทศแคนาดาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 1978) และกล่าวว่าไม่มีหลักฐานใดที่จะพิสูจน์ว่า การส่งออกวัตถุดังกล่าวจากประเทศไนจีเรียได้เกิดขึ้นเมื่อไร

หลักฐานเท่าที่ปรากฏคือ ศิลปวัตถุชิ้นถูกเคลื่อนย้ายจากประเทศไนจีเรียก่อนปี ค.ศ. 1977 และได้มีการพิสูจน์ว่าวัตถุชิ้นนี้เป็นของจริงที่กรุงปารีสในปีเดียวกันนั้น

บทบัญญัติของกฎหมายในประเทศแคนาดาได้บังคับให้เป็นไปตามที่บัญญัติในอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970 ในมาตรา 7 (a) ในอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970 ซึ่งประเทศแคนาดาและประเทศไนจีเรียต่างก็เข้าร่วมเป็นภาคี ในมาตรา 7 (a) ของอนุสัญญาได้บัญญัติว่า อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้เฉพาะทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งถูกส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายหลังจากการเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาของรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งยังมีข้อความที่กล่าวว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่นว่านั้นจะต้องถูกเคลื่อนย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐนั้นภายหลังจากการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาของรัฐทั้งสองฝ่าย ข้อความเช่นเดียวกันนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 (a) เช่นเดียวกัน

ศาลได้พิจารณาสรุปว่า ความหมายของทรัพย์สินที่ถูก "ส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย" ต้องถูกจำกัดด้วยเวลาภายหลังจากการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาเฮนโก 1970 ของประเทศแคนาดาแล้ว และเนื่องด้วยการขาดหลักฐานที่เป็นองค์ประกอบของความผิดตามที่กล่าวหา จำเลยทั้งสามจึงไม่มีความผิด

ได้มีการอุทธรณ์คดีไปยังศาล Queen's Bench ซึ่งศาลก็ได้สนับสนุนและยืนหยัดตามคำตัดสินของศาลชั้นต้นที่ว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอในเรื่องเวลาการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินดังกล่าวออกจากประเทศไนจีเรีย และถึงแม้ว่า แคนาดาจะเป็นภาคีอนุสัญญาเฮนโก 1970 ก็ตาม แต่การคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่อาจกระทำได้ เพราะไม่สามารถจะพิสูจน์ให้เห็นว่า การส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้กระทำขึ้นภายหลังกฎหมายภายในของแคนาดา มีผลใช้บังคับ กรณีนี้นับเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นจุดเด่นในเรื่องข้อจำกัดอนุสัญญาเฮนโก 1970 โดยกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งอนุวรรตให้เป็นไปตามอนุสัญญาเฮนโกปี 1970 แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ควรจะกระทำขึ้นภายหลังที่ทั้งประเทศแคนาดาและประเทศไนจีเรียเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970 อันจะมีผลผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามกฎหมายเกณฑ์และข้อบังคับตามอนุสัญญา

1.2.2 หน้าที่ในการห้ามการนำเข้าซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้
ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์อนุสรณ์สถาน หรือศาสนสถานหรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกันของ
รัฐอื่นภายหลังที่ได้เข้ามาเป็นภาคีสัญญา ตามมาตรา 7 (b) (i)

การกำหนดหน้าที่ตามมาตรา 7 (b) (i)²² นี้ มีรัฐหลายรัฐ
ในกลุ่มประเทศยุโรปได้แสดงความไปถึงการที่จะต้องจัดตั้งสถาบันทางศุลกากร เพื่อควบคุมและ
ป้องกันการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกขโมยมา ณ บริเวณชายแดนของรัฐ อันจะก่อ
ให้เกิดปัญหาสองประการคือ

(ก) เป็นการขัดต่อหลักการบริหารงานศุลกากร ซึ่งเหตุผลนี้
ทำให้ประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่เข้าร่วมเป็นภาคีสัญญาอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 โดยให้เหตุผลว่า

โดยคำนึงถึงหน้าที่ในการป้องกันการนำเข้าสำหรับ
สังหาริมทรัพย์ที่²³ ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์และสถาบันของรัฐอื่นตามที่กล่าวไว้ในอนุสัญญานั้น
ได้ทำการตรวจสอบโดยทางการเจ้าหน้าที่แล้ว ปรากฏว่าไม่สามารถจะปฏิบัติได้ การควบคุม
ที่จะให้มีประสิทธิภาพนั้น ควรจะต้องมีการตรวจสอบความถูกต้องแก่บรรดาการขนส่งทุกชนิดที่ได้
มีการนำเข้าประเทศ โดยจุดประสงค์ที่จะตรวจสอบว่ามีการนำเข้าสินค้าหรือสิ่งของอันเป็น

²² มาตรา 7 (b) (i), UNESCO Convention 1970:

The States Parties to this Convention Undertake: to prohibit the import of cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution in another State Party to this Convention after the entry into force of this Convention for the States concerned, provided that such property is documented as appertaining to the inventory of that institution.

²³ Comments by the Netherlands Government to UNESCO, Study commissioned by UNESCO and submitted to a Consultation of Exports held at UNESCO headquarters in Paris Mar. 1-4, 1988.

การขัดต่อกฎเกณฑ์ที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้ เป็นทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาหรือไม่ ซึ่งความจริงแล้ว การตรวจสอบการขนส่งทางเรือ ซึ่งมีสินค้าเป็นจำนวนมากย่อมจะเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะเป็นไปได้ เพราะจะเป็นการขัดขวางต่อการพาณิชย์นาวิ ยิ่งไปกว่านั้น ความคิดที่จะเลิกล้มการกีดกันทางภาษีและการกีดกันทางการค้า (Tariff and Non-tariff Barriers) ระหว่างบรรดาประเทศในยุโรปตะวันตก ได้ดำเนินไปด้วยกันกับความคิดที่จะเปลี่ยนแปลง หรือเลิกล้มรูปแบบของการศุลกากรในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเหล่านั้นและ เนื่องจากเหตุผลดังกล่าวโดยความจริงแล้ว สินค้าในปัจจุบันนี้จะถูกตรวจสอบอย่างไม่เคร่งครัด เสียแทบทั้งสิ้น

(ข) เป็นการขัดต่อหลักการของตลาดร่วมยุโรป ปัญหาที่เกิดจากการตีความตามมาตรา 7 (b) (i) ก็คือบรรดารัฐยุโรปทั้ง 11 รัฐนั้นเป็นสมาชิกของตลาดร่วมยุโรป ทำให้อำนาจของรัฐที่เกี่ยวกับการควบคุมการศุลกากร ในบางส่วนได้มอบหมายให้อยู่ในการบริหารงานขององค์การ ซึ่งหมายความว่ารัฐที่เป็นสมาชิกตลาดร่วมยุโรปจะไม่สามารถควบคุมดูแลการนำเข้าได้อย่างสะดวกนัก เพราะจะเป็นการก้าวท้าวอำนาจกัน แต่ในทางตรงกันข้ามรัฐสมาชิกทุกรัฐมิได้มีความเห็นตรงกันในเรื่องนี้ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศอิตาลีได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาเนสโกไปแล้ว ส่วนประเทศฝรั่งเศสก็มีท่าทีที่เห็นได้ชัดว่า กำลังจะเข้าร่วมเป็นภาคีโดยได้ตรวจสอบบทบัญญัติตามกฎหมายภายในเพื่อจะพิจารณาว่า ควรจะแก้ไขตรงส่วนไหนเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ส่วนประเทศแคนาดานั้นไม่ได้รับรู้สึกว่า การตีความที่กลุ่มประเทศยุโรปได้เสนอมานั้นเป็นสิ่งสำคัญ²⁴ โดยได้โต้แย้งว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งหน่วยงานที่จะตรวจสอบการนำเข้าตามด่านต่าง ๆ เพื่อที่จะให้เป็นไปตามอนุสัญญานี้แต่อย่างใด โดยประการแรกขึ้นอยู่กับตัวผู้นำเข้าเอง จะต้องรู้ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้นำเข้านั้น ได้ออกจากประเทศที่เป็นถิ่นกำเนิดอย่างถูกกฎหมายหรือไม่ ประการที่สองก็คือ กฎหมายของประเทศแคนาดาบัญญัติถึงในกรณีที่รัฐคู่กรณีต่างตอบแทนได้ร้องขอเป็นหนังสือให้มีการนำทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มีการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายกลับคืนมาเท่านั้น

²⁴D.R.Comeron, An Introduction to the Cultural Property Export and Import Act (1980).

กล่าวโดยสรุปแล้ว ตามความเห็นของประเทศแคนาดานั้น บรรทัดฐานที่จะมากำหนดความผิดของการนำเข้าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การตรวจสอบสิ่งของที่ได้นำเข้าทุกทึบห่อเพื่อค้นหาว่า ได้มีการละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ เพราะเมื่อความผิดได้เกิดขึ้นและมีหลักฐานปรากฏในประเทศแคนาดา ผู้กระทำความผิดก็จะ ถูกดำเนินคดีภายใต้กฎหมายของแคนาดา ดังจะเห็นได้จากคดี Nigerian Nok Terracotta ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้ตีความตามมาตรา 7 (b) (i) โดยในบทบัญญัติของ Cultural Property Implementation Act ซึ่งได้อนุวรรตการ ให้เป็นไปตามอนุสัญญาเนสโก 1970 ว่าการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกส่งออก โดยมิชอบด้วยกฎหมาย จะกระทำเฉพาะเมื่อวัตถุเหล่านั้นได้ขึ้นทะเบียนไว้ในทะเบียนของ สถาบันที่ได้ถูกนำออกมาเท่านั้น ซึ่งอาจจะไม่รวมถึงวัตถุที่เป็นของโบสถ์หรือวัด ที่ไม่ได้ทำ การจดทะเบียนไว้ในประเทศถิ่นกำเนิดก็ได้ นับเป็นข้อบกพร่องของข้อจำกัดตามมาตรา 7 (b) (i) ของอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 เพราะว่าในบางประเทศนั้น มีวัตถุประเภทนี้อยู่ มากมายและเป็นภาระที่หนักหนาในการที่จะรวบรวมทำทะเบียนไว้ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศ เบลเยียม ได้พยายามดำเนินการในเรื่องขึ้นทะเบียนทรัพย์สินมาเป็นเวลาหลายปีแล้ว แต่ก็ยัง มีการสูญหายอยู่เป็นจำนวนมาก และหลายประเทศที่ไม่มีกำลังทรัพย์หรือกำลังบุคลากรใน การดำเนินการจัดทำทะเบียนให้เสร็จสิ้นภายในเวลาอันรวดเร็วได้ ในหลายกรณีจำเป็น จะต้องใช้หลักฐานในเรื่องแหล่งกำเนิดที่สามารถพิสูจน์ได้ เป็นเครื่องยืนยันถึงที่มาของ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

กล่าวโดยสรุป มาตรา 7 (b) (i) ของอนุสัญญาเนสโก 1970 มีเงื่อนไขที่กำหนดหน้าที่ไว้ว่า

(1) รัฐจะต้องห้ามการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ที่ถูกขโมย มาจากพิพิธภัณฑ์หรืออนุสรณ์สถาน หรือศาสนสถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน

(2) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมยมานั้น จะต้องเป็น ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐภาคีอื่น

(3) การนำเข้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมยนั้น จะต้องนำเข้าภายหลังจากการเข้าเป็นภาคีของรัฐที่เกี่ยวข้อง

(4) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมยนั้น จะต้องได้รับการขึ้นทะเบียนว่าเป็นของที่มีอยู่ในบัญชีรายการของสถาบันนั้น

1.2.3 หน้าที่ในการใช้มาตรการที่เหมาะสม เมื่อมีการร้องขอจากรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในการส่งคืนหรือนำกลับคืน ซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มีการนำเข้ามาภายหลังจากรัฐคู่กรณีทั้งสองได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเนสโก ปี 1970

²⁵
ตามมาตรา 7 (b) (ii)

เมื่อครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามมาตรา 7 (b) (i) รัฐที่ถูกร้องขอนั้นจะต้องมีหน้าที่ในการใช้มาตรการที่เหมาะสมในการส่งคืน หรือนำกลับคืน ซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ที่ได้มีการนำเข้ามาภายหลังจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้เข้าเป็นภาคี

²⁵ Article 7 (b) (ii), UNESCO Convention 1970,

The States Parties to the Convention Undertake: (ii) at the request of the State Party of origin, to take appropriate steps to recover and return any such cultural property imported after the entry into force of the Convention in both State concerned, provided, however, that the requesting State shall pay just compensation to an innocent purchaser or to a person who has valid title to that property, Requests recovery and return shall be made through diplomatic offices. The requesting party shall furnish at its expense, the documentation and other evidence necessary to establish its claim of recovery and return. The Parties shall impose no customs duties or other charges upon cultural property returned pursuant to this article. All expenses incident to the return and delivery of the cultural property shall be borne by the requesting Party.

อนุสัญญาแล้ว ในกรณีนี้ในอนุสัญญานี้มิได้กล่าวไว้ถึงมาตรการที่เหมาะสมที่รัฐมีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการในการส่งคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จึงอยู่ในดุลพินิจของรัฐในกรณีที่จะกำหนดมาตรการใดก็ตาม เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก่อนที่จะส่งมอบแก่รัฐผู้ร้องขอ

1.2.4 การไม่มีผลย้อนหลังของอนุสัญญาจะไม่ครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกนำเข้าก่อนที่รัฐจะเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญา

บทบัญญัติของอนุสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกขโมยมาหรือถูกส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จะไม่ใช่บังคับกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มีการนำเข้าก่อนที่รัฐคู่กรณีจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ซึ่งการไม่มีผลย้อนหลังของอนุสัญญานี้ เป็นเรื่องที่ได้ถกเถียงกันมาก สหภาพโซเวียต ประเทศเม็กซิโก ประเทศอิรักและประเทศจีนสนับสนุนให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้²⁶ นั่นคือ สามารถจะจัดการกับการนำเข้า การส่งออก และการโยกย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้ตกลงกันนี้ แต่ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี ไม่เห็นด้วยกับการมีผลบังคับใช้ย้อนหลัง แต่ในที่สุดในที่ประชุม UNESCO ได้มีมติให้แยกข้อความที่อ้างถึงการมีผลบังคับใช้ย้อนหลังออก แต่ก็ไม่ห้ามถ้าประเทศภาคีสมาชิกจะตกลงกันเองเพื่อบังคับใช้ย้อนหลัง โดยในมาตรา 15²⁷ ของอนุสัญญายูเนสโก 1970 ได้บัญญัติในเรื่องการทำข้อตกลงพิเศษนี้ว่า

²⁶ Raymond Goy, *Le Régime International de l'importation, de L'exportation et du transfert du propriété des biens culturels*, AFDI p. 619.

²⁷ Article 15, UNESCO Convention 1970:

Nothing in this Convention shall prevent States Parties from concluding special agreements among themselves or from continuing to implement agreement already the restitution of cultural property removed, whatever the reason, from its territory of origin, before the entry into force of this Convention for the States concerned.

"อนุสัญญาไม่ห้ามในการที่รัฐภาคีอนุสัญญา จะจัดให้มีข้อตกลงพิเศษระหว่างกัน หรือจะยังคงใช้ข้อตกลงที่ได้ทำไว้แล้วเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายในทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม จากดินแดนที่เป็นถิ่นกำเนิดก่อนการเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาของรัฐที่เกี่ยวข้อง"

ดังนั้น การไม่มีผลย้อนหลังของอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970 จึงไม่ครอบคลุมไปถึงคดีต่าง ๆ ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา ที่เกี่ยวกับการโยกย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และถึงแม้ว่าจะเป็คดีที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ก็ตาม ก็อาจจะเป็นปัญหาและไม่สามารถใช้บังคับได้ ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่งออกโดยผิดกฎหมาย ภายหลังที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ทั้งในรัฐที่มีการส่งออก และรัฐที่มีการนำเข้าจึง เป็นเรื่องที่รัฐทั้งสองนั้นจะต้อง เป็นภาคีอนุสัญญาเสียก่อน

2. สถานภาพของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

การที่จะพิสูจน์ว่า รัฐใดเป็นรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น บางครั้งก็เป็นเรื่องยากในการชี้ชัดลงไป เพราะสังหาริมทรัพย์นี้สามารถที่จะเปลี่ยนมืออยู่ได้ตลอดเวลา ต่างจากอสังหาริมทรัพย์ที่พิสูจน์ความเป็นเจ้าของได้ไม่ยากนัก ถ้อยคำที่ปรากฏในอนุสัญญาเฮนโก 1970 จะใช้คำว่า "ประเทศที่เป็นถิ่นกำเนิด" (Country of Origin) ซึ่งอาจจะมี ความหมายชัดเจน เฉพาะทรัพย์สินทางวัฒนธรรมบางชนิดเท่านั้น ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นก็คือว่า ประเทศที่เป็นถิ่นกำเนิดอาจจะมี ความหมายที่สามารถตีความได้ว่า เป็น

- ประเทศที่มีการสร้างสรรค์หรือผลิตผลงาน
- ประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้สร้างสรรค์
- ประเทศสุดท้ายที่ได้ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก่อนที่มีการ เคลื่อนย้าย
- ประเทศเจ้าของแหล่งขุดค้นทางโบราณคดี ในกรณีที่เป็น โบราณวัตถุ

และในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของรัฐ เนื่องด้วยเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ จะกำหนดบรรทัดฐานอย่างไร ในการจะพิจารณาว่า ประเทศใดเป็นประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในการประชุมคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลของ UNESCO ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า ประเทศถิ่นกำเนิด (Country of Origin) ไว้ว่า ประเทศที่วัตถุนั้นมี ; ความเกี่ยวข้องกับด้านวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี (The Country with the traditional culture to which the object was related) คำจำกัดความนี้ก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจนที่จะสามารถกำหนดเป็นบรรทัดฐานได้ และเป็นเรื่องยากที่จะพิจารณาเกี่ยวข้องไปถึงความสัมพันธ์ทางประวัติศาสตร์ เพราะทรัพย์สินบางอย่างอาจจะมีค่าสำคัญในทางประวัติศาสตร์ ในหลายประเทศ อันเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงการครอบครองในทรัพย์สิน คำจำกัดความดังกล่าวข้างต้น จึงไม่สามารถไปด้วยกันได้กับคำว่า "ประเทศถิ่นกำเนิด" การที่จะพิจารณาถึงประเทศถิ่นกำเนิดที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และมีสิทธิเรียกคืนได้นั้น คงจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป โดยแยกพิจารณาว่า

- (1) คุณค่าของทรัพย์สิน มีความสัมพันธ์กับคนในรัฐ ที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้น ซึ่งหมายความว่า ทรัพย์สินนั้นได้สร้างขึ้นเพื่อคนในรัฐ และมีความสัมพันธ์ทางจิตใจกับคนในรัฐนั้น
- (2) ทรัพย์สินนั้นได้สร้างขึ้นโดยคนของรัฐนั้น
- (3) ทรัพย์สินนั้นได้สร้างขึ้นในอาณาเขตของรัฐ
- (4) การได้มาของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐนั้น เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่

บรรทัดฐานนี้จะ เป็นตัวพิจารณาว่า รัฐนั้น เป็นรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือเป็นรัฐที่เป็นถิ่นกำเนิดได้ ซึ่งเป็นการมองความสัมพันธ์ของทรัพย์สินที่มีต่อรัฐตามแนวความคิดในเรื่องมรดกของชาติ (National Patrimony) ซึ่งรัฐเองจะต้องมีหน้าที่พิทักษ์รักษาทรัพย์สินที่มีความสำคัญนี้ไว้ ไม่ให้สูญหายโดยจะเป็นสมบัติของคนในชาติต่อไป โดยการออกกฎหมายภายใน เพื่อควบคุมการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งมีลักษณะพิเศษเช่นนี้ไว้

2.1 แนวความคิดและวิธีปฏิบัติของรัฐตามกฎหมายภายใน ในการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ได้กลายเป็นความรับผิดชอบในระดับระหว่างประเทศ ที่ได้ถูกรับรองโดยข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญากรุงเฮกปี 1954 และอนุสัญญา UNESCO ปี 1970 ส่วนการที่จะให้มีการบังคับใช้ให้เป็นไปตามอนุสัญญานั้น ก็ขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐเป็นสำคัญ เพราะถึงแม้ว่าจะอยู่ภายใต้อนุสัญญาดังกล่าว การบังคับใช้นั้นก็ขึ้นอยู่กับการตรากฎหมายควบคุมการนำเข้าและการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาโดยรัฐที่เป็นภาคี การกระทำเช่นนี้ ไม่เพียงแต่จะเป็นการส่งเสริมความร่วมมือ ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ในระดับระหว่างประเทศเท่านั้น ยังเป็นการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสม เพื่อประโยชน์แก่รัฐของตนอีกด้วย ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงนโยบาย และมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอิตาลี และประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นตัวแทนของบรรดาประเทศนำเข้าศิลปโบราณวัตถุ และเกี่ยวพันทั้งในระดับระหว่างประเทศ และภายในประเทศในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยถือว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เป็นมรดกทางวัฒนธรรมของโลก และเป็นมรดกของชาติ เช่นเดียวกัน

สหรัฐอเมริกา

นโยบายของสหรัฐอเมริกา ในเรื่องการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น เป็นเรื่องที่ไม่เปลี่ยนแปลงมากที่สุด กล่าวได้ว่าไม่มีกฎหมายใดที่ห้ามการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่ก็ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น Antiquities Act ปี ค.ศ. 1906 , Historic Sites Act ปี ค.ศ. 1935, National Historic Preservation Act ปี ค.ศ. 1966 และยังมีกฎหมายในเรื่องการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม คือ Act to Prevent Importation of Pre-Columbian Sculpture and Monuments นอกจากนี้ ยังเป็นคู่ภาคีกับประเทศเม็กซิโกเพื่อการตรากฎหมายจำกัดการนำเข้าอีกด้วย ซึ่งสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าวได้กำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหาย และมีการคืนทรัพย์สินทางโบราณคดี ประวัติศาสตร์ และวัฒนธรรมที่ได้ถูกขโมยมาอีกด้วย การที่ไม่มีกฎหมายห้ามการส่งออกหรือจำกัดการส่งออกงานศิลปโบราณวัตถุหรือทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ก็เพราะอาจจะเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นต้องมี (The possibility of anyone attempting to export the Liberty Bell or the Declaration of Independence is just too remote to warrant legislative action) ส่วนเหตุผลอื่นก็คือ ระบบ

ค่านิยมของสหรัฐอเมริกาที่ส่งเสริมให้มีการค้าเสรีระหว่างประชาชนในผลผลิตต่าง ๆ และในฐานะที่เป็นประเทศที่ร่ำรวยประเทศหนึ่งของโลก สหรัฐอเมริกาก็ยังได้รับผลประโยชน์จากนโยบายการค้างานศิลปะโดยเสรีที่ได้ให้แก่เอกชนและสถาบันต่าง ๆ ด้วย แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ความจริงก็ยังปรากฏอยู่ว่า สหรัฐอเมริกาก็ยังคงไม่มีการตรากฎหมายห้ามการส่งออกศิลปโบราณวัตถุไม่ว่าจะเพื่อเห็นแก่ประโยชน์ในทางประวัติศาสตร์ของชาติก็ตาม

อิตาลี

นโยบายของอิตาลีตรงข้ามกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งการส่งออกศิลปโบราณวัตถุออกนอกประเทศไปได้ยาก โดยอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองสิ่งที่มีคุณค่าทางศิลปะหรือประวัติศาสตร์ ซึ่งได้กำหนดทรัพย์สินที่จะคุ้มครองว่าจะต้อง เป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ โบราณคดี หรือชาติพันธุ์วิทยาซึ่งไม่ใช่ผลงานของศิลปินที่ยังมีชีวิตอยู่ และมีอายุอย่างน้อย 50 ปีขึ้นไป ถ้าผลงานใดตกอยู่ภายใต้บทกฎหมายนี้ ก็จะต้องมีการห้ามการส่งออกโดยถือว่าเป็นความเสียหายอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกของชาติ หน่วยงานที่จะพิจารณาตัดสินในเรื่องการส่งออกที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เช่นว่านั่นคือ กระทรวงศึกษาธิการ²⁸

ส่วนผลงานของศิลปินที่ยังมีชีวิตอยู่และผลงานที่มีอายุน้อยกว่า 50 ปีขึ้นไปนั้น อนุญาตให้มีการแลกเปลี่ยนโดยเสรี กฎหมายของประเทศอิตาลีมิได้กำหนดให้ศิลปโบราณวัตถุจะต้องเกี่ยวเนื่องอย่างสำคัญต่อประเทศแต่อย่างใด เพียงแต่อยู่ในอาณาเขตของประเทศอิตาลีและมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ โบราณคดีและชาติพันธุ์วิทยา ก็เข้าข่ายที่จะต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว

28

William P. Buranich, The Art Collecting Countries and Their Export Restrictions on Cultural Property: Who Owns Modern Art? California Western International Law Journal, Vol. 19. 1988, p. 166.

ในคดี Jeanneret V. Vichey, Anna Vichey²⁹ ได้รับมรดกภาพเขียน ชื่อ Portrait sur Fond Jaune ของ Henri Matisse จากบิดาซึ่งได้อาศัยอยู่ใน ประเทศอิตาลี ต่อมาได้นำภาพเขียนไปยังสหรัฐอเมริกาโดยปราศจากใบอนุญาตในการส่งออก จากรัฐบาลอิตาลี และได้ขายให้กับ Jeanneret นายหน้าค่างานศิลปะซึ่งได้นำคดีขึ้นสู่ศาล ในข้อหาผิดสัญญา (Breach of Implied Warranty of Title)

ในกรณีนี้ถ้าจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างภาพเขียนกับประเทศ ที่จำกัดการส่งออก ก็ออกจะเป็นเรื่องที่น่าแปลก เพราะว่าศิลปินผู้วาดคือ Henri Matisse เป็นชาวฝรั่งเศสและวาดภาพนี้ในประเทศฝรั่งเศส ถึงแม้ว่าจะไม่ทราบแน่นอนว่าภาพเขียนนี้ ได้อยู่ในประเทศอิตาลีนานเท่าใด รัฐบาลอิตาลีก็สามารถกล่าวอ้างถึงคุณค่า เฉพาะทางวัฒนธรรม (Specific Cultural Value) ของทรัพย์สินที่มีต่อประชาชนชาวอิตาลีได้

เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่รัฐบาลจะเก็บภาษีในงานที่ได้ส่งออก ซึ่งกฎหมาย ของประเทศอิตาลีก็บัญญัติไว้ เช่นนั้นเหมือนกัน จะว่าไปแล้วก็ไม่เกี่ยวข้องกับหลัก เรื่องมรดก ของชาติที่ได้กล่าวไปข้างต้นนี้ เพราะกฎหมายได้วางกฎเกณฑ์ เรื่องการพิจารณาถึงคุณค่าตาม ราคาท้องตลาดมากกว่าที่จะวางระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีความสำคัญต่อชาติ ส่วนในเรื่องของอนุญาตส่งออก ผู้ขอจะต้องแจ้งถึงราคาตามท้องตลาดของศิลปะโบราณวัตถุชิ้นนั้นด้วย ซึ่งเมื่อได้รับใบอนุญาตแล้ว การเก็บภาษีก็จะ เป็นไปตามราคาที่ได้กำหนดไว้ตามราคาที่แจ้งไว้ (ซึ่งต่อมากการเก็บภาษีเช่นนี้ ศาลประชาคม เศรษฐกิจยุโรปได้พิจารณาว่า เป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์ ของประชาคม เศรษฐกิจยุโรป และได้ล้มเลิกไป เมื่อประเทศอิตาลีได้ เข้าเป็นสมาชิกของ ประชาคม เศรษฐกิจยุโรป) ส่วนสิทธิพิเศษที่รัฐบาลยังได้สงวนไว้ก็คือ สิทธิในการซื้อคืนงาน ศิลปะโบราณวัตถุในราคาที่ได้แจ้งไว้ในขณะส่งออก ในกรณีนี้ผู้ส่งออกซึ่งตามปกติแล้วจะแจ้ง ราคาของทรัพย์สินที่ส่งออกไว้ในราคาต่ำ เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีในอัตราสูงนั้น ก็จะมีสิทธิ์ว่า จะต้องแจ้งราคาสูงกว่าที่เป็นจริง เพื่อหลีกเลี่ยงในกรณีที่รัฐบาลจะต้องซื้อคืน อันอาจจะเป็นผล ให้รัฐบาลสามารถซื้อคืนได้น้อยราย

²⁹ Jeanneret V. Vichey 541 F. Supp. 80 (S.D.N.Y), rev'd, 693 F. 2d 259 (2d Cir. 1982).

ประเทศอังกฤษ

การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศอังกฤษ ได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามอย่างจริงจังในการที่จะคุ้มครองในฐานะที่เป็นมรดกของชาติ³⁰ กฎหมายอังกฤษนั้นได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงศิลปวัตถุที่มีอายุเกินกว่า 100 ปี³¹ และไม่จำกัดการส่งออกงานศิลปะของศิลปินที่ยังมีชีวิตอยู่อีกด้วย และยังไปกว่านั้น ผลงานของศิลปินที่ยังมีชีวิตอยู่ที่จะมีการจำกัดการส่งออกจะต้องเป็นผลงานที่ได้ถูกนำเข้ามาในประเทศอังกฤษอย่างน้อย 50 ปีขึ้นไป ซึ่งต่างจากกฎหมายของประเทศอิตาลี เพราะเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของทรัพย์สินนั้นที่มีต่อชาติ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนี้ ปัญหาในคดี Jeanneret V. Vichey ที่กล่าวข้างต้น ก็จะไม่เกิดขึ้น ส่วนในเรื่องการขยายขอบเขตของชนิดของผลงาน ที่ได้รับการยกเว้นจากกฎเกณฑ์การส่งออก กฎหมายอังกฤษก็ได้วางรูปแบบแตกต่างไปจากกฎหมายของอิตาลี โดยภายใต้ข้อกำหนดเรื่องอายุของวัตถุที่เกินกว่า 100 ปีนั้น กฎหมายอังกฤษรับรองว่าการแลกเปลี่ยนผลงานที่เกิดขึ้นในสมัยปัจจุบันสามารถกระทำได้โดยปราศจากภาระในเรื่องภาษี ส่วนงานที่มีอายุเกิน 100 ปีขึ้นไปนั้นก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในเรื่องการจำกัดการส่งออก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะถูกปฏิเสธการส่งออกเสียเลยทีเดียว หากผู้ส่งออกได้ยื่นเรื่องราวขอใบอนุญาตการส่งออกตามกฎหมายเสียก่อน ก็จะมีการพิจารณาถึงความสำคัญของวัตถุนั้นมีต่อชาติว่ามีมากน้อยเพียงใด และถ้าวัตถุนั้นถูกพิจารณาว่าเป็นวัตถุที่มีความสำคัญต่อชาติ (National Significance) ก็ยังคงไม่ถือว่ามี การปฏิเสธการส่งออก จนกว่าจะได้เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการเพื่อพิจารณา โดยขึ้นอยู่กับบรรทัดฐานสามประการในการประเมินความสำคัญที่มีในฐานะที่เป็นมรดกของชาติ³² คือ

³⁰ J. Merryman and A. Elsen, 1 Law, Ethics, And The Visual Arts, pp. 1 - 43 (1979).

³¹ Notice to Exporters (Relating to Export of Works of Art and Antiques) 1969, C. Mnd, reprinted in F. Feldman and S. Weil, Art Works: Law Policy, Practice 645 (1974) p. 573.

³² Id., Paragraph 2 (b)

(a) เป็นวัตถุที่มีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด กับประวัติศาสตร์
ของประเทศอังกฤษและชีวิตของประชาชนในชาติ ซึ่งจะเป็นการเสื่อมเสียถ้าได้มีการ
ออกนอกประเทศ

(b) เป็นวัตถุที่มีความสำคัญในด้านความงดงามอย่างเป็นเลิศ

(c) เป็นวัตถุที่มีความสำคัญอย่างยิ่งทางการศึกษาในศิลปะ
สาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะ และมีความสำคัญอย่างยิ่งในการศึกษาหรือทางประวัติศาสตร์

กฎหมายยังได้กล่าวในเรื่อง ค่าตัดสินของคณะกรรมการ
ซึ่งจะขึ้นอยู่กับว่าวัตถุนั้นจะตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ข้อใดข้อหนึ่งหรือมากกว่านั้น
อย่างน้อยเพียงใด

บรรทัดฐานข้อแรกนั้น ถ้าจะพิจารณากันอย่างแจ่มชัดแล้ว
เห็นได้ว่าเป็นการกล่าวถึงคุณสมบัติของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในเรื่อง คุณค่าทางวัฒนธรรม
โดยเฉพาะ (Specific Cultural Value) ส่วนบรรทัดฐานในข้อที่ 2 ได้ให้ความหมาย
ที่กว้างมาก ซึ่งอาจจะกินความรวมไปถึงงานศิลปะทั้งหมดเลยก็ได้ ที่จะต้องถูกจำกัดการส่งออก
ส่วนบรรทัดฐานในข้อที่ 3 ก็ยังเป็นความหมายที่กว้างเช่นเดียวกัน ถ้าวัตถุที่มีความสำคัญทาง
ด้านการศึกษาเกี่ยวเนื่องกับประวัติศาสตร์ ก็อาจจะโยงไปเข้าบรรทัดฐานข้อที่ 1 ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี ผลการประเมินคุณค่าของวัตถุโดยคณะกรรมการนี้
ก็ยังไม่ถือว่าเป็นที่สุด ถึงแม้ว่าคณะกรรมการจะตัดสินว่า วัตถุนั้นมีความสำคัญต่อชาติจริง
ก็ยังคงไม่ถึงว่ามีการปฏิเสธการส่งออกอย่างทันทีทันใด หากมีองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องได้จัด
งบประมาณเพื่อซื้องานชิ้นนี้ ก็สามารถจะคงอยู่ในประเทศต่อไป ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า
ถึงแม้ว่าวัตถุดังกล่าวจะถือว่าเป็นมรดกของชาติที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะก็ตาม ก็ยังคง
สามารถส่งออกได้ หรือหากวัตถุมีความสำคัญในด้านความงดงามอย่างเป็นเลิศ หรือความสำคัญ
ในด้านการศึกษาหรือประวัติศาสตร์ ก็อาจจะเป็นข้ออ้างที่เพียงพอที่จะจำกัดการส่งออกได้เช่นกัน

2.1.1 สถานภาพของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณี
ที่มีได้เป็นภาคีสัญญาอนุสัญญาเนสโก ปี 1970

(ก) สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชน

จากแนวความคิดที่ว่า รัฐมีหน้าที่คุ้มครองและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินที่มีความสำคัญในฐานะที่เป็น "มรดกของชาติ" รัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจึงกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ภายในประเทศของตน เพื่อป้องกันการส่งออก ตามแนวความคิดแบบ Protectionism ซึ่งรัฐที่นิยมในแนวความคิดเช่นนี้ จะเป็นรัฐที่อุดมไปด้วยแหล่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น ในกลุ่มประเทศโลกที่สาม หรือประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศ เช่น อิตาลี สหราชอาณาจักร เป็นต้น

เมื่อทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญในฐานะที่เป็นมรดกของชาติ รัฐจึงเกิดสิทธิติดตามเอาคืน เมื่อมีการลักลอบนำทรัพย์สินออกนอกอาณาเขตของรัฐหรือมีการนำออกไปซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการส่งออก และเป็นสิทธิโดยถือว่าทรัพย์สินนั้น เป็นสมบัติของชนในชาติที่รัฐมีหน้าที่จะพิทักษ์รักษาไว้ให้ดำรงความเป็นเอกลักษณ์ของชาติ (National Identity) ต่อไป

(ข) ขอบเขตในการใช้สิทธิเรียกร้อง

ขอบเขตในการใช้สิทธิเรียกคืน ในกรณีที่มีรัฐมิได้เป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโกปี 1970 จะครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินอื่น ๆ นอกเหนือไปจากทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถานและศาสนสถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน หรือในกรณีที่มีการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ของอนุสัญญา เช่น อาจจะเป็นทรัพย์สินที่เพิ่งขุดพบจากแหล่งโบราณคดีในรัฐ หรือทรัพย์สินที่ซ่อนหรือฝังไว้ในดิน ซึ่งมีความสำคัญในทางโบราณคดี ชาติพันธุ์วิทยา และวัฒนธรรม เป็นต้น

ค. หน้าที่ในการพิสูจน์

รัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จะต้องมีหน้าที่พิสูจน์ให้เห็นว่า ทรัพย์สินของตนได้ถูกนำออกนอกประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือได้ถูกลักขโมยออกไปโดยจะต้องพิสูจน์ถึงการได้มาของทรัพย์สินของผู้ครอบครองทรัพย์สินในขณะนั้น ว่าเป็น

การได้มาโดยสุจริตหรือไม่ ถ้าหากผู้ครอบครองทรัพย์สินได้ทรัพย์สินมาโดยสุจริต (Good Faith) ก็ต้องคำนึงถึงว่ากฎหมายภายในของประเทศที่เป็นเจ้าของสัญชาติของ เอกชนให้การคุ้มครองผู้สุจริตหรือไม่ ถ้าผู้สุจริตได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จำเป็นจะต้องจ่ายค่าทดแทน ให้แก่เอกชนผู้สุจริต เพราะตามระบบดั้งเดิมว่าด้วยการพิทักษ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมยตามข้อปฏิบัติระหว่างประเทศนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาบริสุทธิ์ และเจตนาไม่บริสุทธิ์ของผู้ครอบครอง ในเรื่องนี้ได้มีผู้กล่าวว่า³³ ในด้านกฎหมายนั้น จะทำให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตกอยู่ในฐานะที่ลำบาก และเป็นผู้มีเจตนาไม่บริสุทธิ์ ดังที่สถาบันนานาชาติ เพื่อการใช้กฎหมายแห่งกล่าวว่า

"ทุกครั้งที่มิทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสูญหาย ถูกลักขโมย ถ้าเราสามารถแจ้งให้มติดินานานาชาติทราบ นั่นก็หมายความว่าเราสามารถทำให้ผู้ครอบครองหรือรับซื้อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ถูกสงสัยว่าเป็นผู้มีเจตนาไม่บริสุทธิ์ ไม่สามารถรอดพ้นเงื้อมมือของกฎหมาย และอาจถูกผู้เสียหายเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ ดังนั้นการประกาศแจ้งความจริงเป็นวิธีการที่ใช้ได้ดีในการเรียกร้องขอคืน

ดังนั้น การประกาศแจ้งความเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้สังคมระหว่างประเทศได้ทราบเรื่อง โดยหวังว่าจะเป็นการสะกดกัน มิให้มีการขายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นวิธีหนึ่งที่มีผลบังคับให้มีการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่อาจจะทำให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้มีเจตนาไม่บริสุทธิ์ก็ได้

ลักษณะของทรัพย์สิน รัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่า ทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญในฐานะที่เป็นมรดกของชาติ โดยพิจารณาถึง

³³ Raymond Goy, Le Regime International de L'importation, de L'exportation et du transfert de la propriété des biens culturels, AFDI 1970, p. 623.

(ก) ความสำคัญของทรัพย์สินในทางประวัติศาสตร์ โบราณคดี
ชาติพันธุ์วิทยา และวัฒนธรรม

- (ข) ความผูกพันของคนในชาติกับทรัพย์สินนั้น โดย
- ทรัพย์สินนั้นได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยคนในรัฐ
 - ทรัพย์สินนั้นได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้นในอาณาเขตของรัฐนั้น

รัฐที่มีได้เป็นภาคีสัญญาอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 จึงจำเป็นจะต้อง
พิสูจน์ในประเด็นสำคัญ 2 ประเด็น ดังได้กล่าวมาแล้ว เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นเจ้าของ
โดยชอบธรรมของรัฐที่มีต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

2.1.2 สถานภาพของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณี
ที่เป็นภาคีสัญญาอนุสัญญาเนสโก ปี 1970

แนวความคิด ในเรื่องชาตินิยมทางวัฒนธรรม (Cultural
Nationalism) และหลักกฎหมายในเรื่องเอกลักษณ์ของชาติ (National Identity)
ได้เป็นแนวความคิดและหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังอนุสัญญาอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 และได้กำหนด
มาตรการให้รัฐที่เป็นภาคีสัญญามีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยกำหนดสิทธิและ
หน้าที่ไว้ดังนี้

ก. สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐภาคี ดำเนินการตามมาตรการ
ที่จำเป็นและรวมทั้งการออกกฎหมายภายใน เพื่อห้ามทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกส่งออก
โดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชน ผู้นำเข้า ภายหลังจากที่ได้เข้ามา เป็นภาคีสัญญา

ตามมาตรา 7³⁴ (a) ซึ่งเมื่อรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติเอกชนได้พบว่า มีการนำ เข้าซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายของประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้ว ก็ควรจะแจ้งให้แก่รัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทราบ แต่ถ้ามิได้มีการแจ้งดังกล่าว รัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ก็สามารถร้องขอให้มีการส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นกลับคืนมายังรัฐตนได้ นอกจากนี้ มาตรา 7 (a) ยังได้กำหนดหน้าที่ของรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติเอกชน ในกรณีที่มีผู้เสนอทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกเคลื่อนย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายให้แก่รัฐนั้น เมื่อไรก็ตามที่รัฐผู้ถูกเสนอรู้ถึงความจริงนั้นก็จะต้องรีบแจ้งไปยังรัฐที่เป็นถิ่นกำเนิดของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ จะต้องภายหลังที่รัฐทั้งสองเจ้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาแล้ว ในกรณีนี้ ถ้าหากรัฐผู้เสนอไม่ทำการแจ้ง รัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็อาจจะร้องขอไปยังรัฐนั้น เพื่อให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีการเคลื่อนย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้

ข. สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญา

ยูเนสโก ปี 1970

³⁴Article 7 (a), UNESCO Convention "The States Parties to this Convention Undertake

(a) To take the necessary measures, consistent with national legislation, to prevent museums and similar institutions within their territories from acquiring cultural property origination in another State Party which has been illegally exported after entry into force of this convention, in the States concerned. Whenever possible, to inform a State of origin Party to this Convention of an offer such cultural property illegally removed from that State after the entry into force of this Convention in both States.

สิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ของรัฐที่เป็นภาคี
อนุสัญญาเนสโก ปี 1970 เป็นไปตามมาตรา 7 (b) (ii) ซึ่งจะมีเฉพาะ

- ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มีการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย
จากรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และเข้ามาอยู่ในความครอบครองของพิพิธภัณฑ์และสถาบันอื่น
ที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน

- ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกขโมยจากพิพิธภัณฑ์ หรือศาสนา
หรืออนุสรณ์สถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกันจากรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
และทรัพย์สินนั้นได้ถูกขึ้นทะเบียนไว้ในบัญชีรายการของสถาบัน

ค. หน้าที่ในการพิสูจน์ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ถูกส่งออกโดย
มิชอบด้วยกฎหมาย และได้ถูกขโมยภายหลังจากรัฐคู่กรณีได้เข้ามา เป็นภาคีอนุสัญญาแล้ว โดยจะ
ไม่มีผลย้อนหลังไปถึงกรณีที่เกิดขึ้นก่อนที่จะเข้ามา เป็นภาคีอนุสัญญา

ง. หน้าที่ในการจัดทำใบรับรองในการส่งออกซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
ตามมาตรา 6³⁵ ซึ่งได้ห้ามการส่งออกที่ปราศจากใบรับรองดังกล่าวโดยใบรับรองนี้ควรจะอยู่
กับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทุกชิ้นที่ได้มีการส่งออกที่เป็นไปตามกฎข้อบังคับ และถ้าไม่มีใบรับรอง
ดังกล่าวก็ไม่สามารถส่งออกได้ นอกจากนั้นรัฐจะต้องประกาศให้ทราบถึงข้อห้ามนั้นแก่บุคคล
ที่เกี่ยวข้องในการส่งออก หรือนำเข้าซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วย

³⁵ Article 6, UNESCO Convention 1970:

The Stated Parties to this Convention undertake:

(a) To introduce an appropriate certificate in which the
exporting State would specify that the export of the cultural property
in question is authorized. The certificate should accompany all items
of cultural property exported in accordance with the regulations:

(b) to prohibit the exportation of cultural property from
their territory unless accompanied by the above mentioned export
certificate:

(c) to publicize this prohibition by appropriate means,
particularly among person likely to export or import cultural property.

2.2 ความแตกต่างระหว่างรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญา และรัฐที่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาเนสโก ปี 1970

นอกจากความแตกต่างในด้านขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว รัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 ก็ยังมีสิทธิและหน้าที่ตามอนุสัญญากำหนดไว้ในการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การพิทักษ์รักษามรดกของชาติไว้ในดินแดนของตน เพื่อไม่ให้เกิดการลักขโมย การขุดค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การนำออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การปลุกสำนึกในการมีความเคารพต่อมรดกของชาติของตน เช่นเดียวกับที่มีต่อของผู้อื่น โดยวางมาตรการในการป้องกันในระดับชาติและในระดับสากลให้เป็นไปในแนวเดียวกัน เช่น

2.2.1 หน้าที่ในการจัดตั้งหน่วยงานในระดับชาติ (National Service) ตามมาตรา 5 ของอนุสัญญาเพื่อ

- ให้มีส่วนร่วมในการร่างกฎหมาย เพื่อพิทักษ์มรดกของชาติ
 - จัดทำบัญชีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทั้งที่เป็นของรัฐหรือเอกชน และเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถ้าได้นำออก จะเป็นการทำลายมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ บัญชีนี้จะต้องสำรวจเพิ่มเติมให้ทันสมัยทันความเป็นจริงเสมอ
 - ส่งเสริมให้มีการพัฒนาหรือการจัดตั้งสถาบันทางเทคนิค หรือ วิทยาศาสตร์ (อาทิ พิพิธภัณฑ์ หอสมุด หอจดหมายเหตุ ห้องทดลอง ...) เพื่อให้เกิดการอนุรักษ์ และการนำเสนอทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
 - วางรูปแบบการให้คำปรึกษาการขุดค้นทางโบราณคดี เพื่อให้เกิดการอนุรักษ์ถิ่นที่ตั้ง (in situ) ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น และการคุ้มครองพื้นที่ที่ได้สงวนไว้เพื่อการค้นคว้าและวิจัยทางโบราณคดีในอนาคต
 - วางกฎเกณฑ์สำหรับผู้เกี่ยวข้อง (ภัณฑารักษ์ นักสะสมของเก่า ผู้ค้าของเก่า ฯลฯ) ซึ่งสอดคล้องกับหลักการข้อตกลง
 - วางมาตรการทางการศึกษา เพื่อกระตุ้นและพัฒนาในเรื่องมรดกทางวัฒนธรรมของทุกรัฐและเผยแพร่ความรู้อันเกี่ยวกับบทบัญญัติของอนุสัญญานี้
 - ตรวจสอบว่าได้มีการแจ้งให้มหาชนทราบอย่างเหมาะสม
- ในเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้หายไป

2.2.2 หน้าที่ในการกำหนดบทลงโทษ ตามมาตรา 8 ของอนุสัญญาที่รัฐภาคีอนุสัญญาต้องกำหนดบทลงโทษ หรือมาตรการบังคับทางด้านการบริหารแก่บุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามที่กล่าวไว้ในมาตรา 6 (b) (ในเรื่องการส่งออกโดยไม่มีใบรับรอง) และมาตรา 7 (b) (การนำเข้าทรัพย์สินที่ถูกลักขโมย) ที่กล่าวมาข้างต้น

2.2.3 หน้าที่ในการดำเนินการป้องกันการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 10 ของอนุสัญญา โดย

(a) การจัดการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้เคลื่อนย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากรัฐภาคีอนุสัญญา โดยการให้การศึกษาข่าวสารและเอาใจใส่ตรวจตราการเคลื่อนย้าย รวมทั้งบังคับให้นายหน้าค้าของเก่าจัดทำบัญชีสินค้า และแจ้งแก่ลูกค้าว่าสินค้าใดห้ามการนำออก

ข้อปฏิบัตินี้ได้รับคำวิจารณ์จากกลุ่มประเทศนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เพราะก่อให้เกิดความยุ่งยากในการซื้อขายและการควบคุมการซื้อขายในประเทศ

(b) ดำเนินการให้การศึกษาเพื่อสรรค์สร้าง และพัฒนาจิตใจให้ประชาชนได้ตระหนักถึงคุณค่าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และการทำลายมรดกทางวัฒนธรรม โดยการโจรกรรม การลักลอบขุดค้นและการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

2.2.4 หน้าที่ในการป้องกันและจัดการกับการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 13 ของอนุสัญญา

(a) ป้องกันทุกวิถีทางที่ไม่ให้เกิดการเคลื่อนย้ายความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่จะเป็นการส่งเสริมให้มีการส่งออกหรือนำเข้าทรัพย์สิน เช่นว่านั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(b) รับรองว่าจะให้ความร่วมมือโดยองค์กรผู้มีอำนาจในการให้ความช่วยเหลืออย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายไปยังเจ้าของผู้มีสิทธิโดยแท้จริง

(c) ดำเนินการใด ๆ ในสิ่งกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้สูญหายหรือถูกลักขโมยที่กระทำใต้อินนามของเจ้าของผู้มีสิทธิโดยแท้จริง

(d) ครอบครองสิทธิ์อันไม่สามารถลบล้างได้ในแต่ละรัฐภาคีอนุสัญญาในการแบ่งแยกประเภทหรือการประกาศว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ไม่สามารถถูกครอบครองโดยคนต่างชาติได้ จึงไม่ควรจะถูกส่งออก (Ipso Facto) และอำนวยความสะดวกในการส่งคืนทรัพย์สิน เช่นว่านั้น ไปยังรัฐที่เกี่ยวข้องในกรณีทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่งออก

หน้าที่ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นหน้าที่ที่รัฐภาคีสมาชิกจักต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ที่วางหลักเกณฑ์ในการป้องกันการนำเข้าและการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นกฎหมายที่ใช้ร่วมกันในระดับระหว่างประเทศ สำหรับรัฐที่มีได้เป็นภาคีอนุสัญญานั้น นโยบายและวิธีปฏิบัติต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมายภายใน ซึ่งวางกฎเกณฑ์และข้อบังคับเกี่ยวกับการดำเนินการนำเข้า และการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และเป็นไปตามแนวความคิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) หรือนโยบายปกป้อง (Protectionism) ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

3. การคุ้มครองเอกชนผู้ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

อนุสัญญาเนสโก ปี 1970 ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเอกชนผู้สุจริตโดยไม่รู้ ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นได้ถูกขโมยหรือนำเข้าอย่างผิดกฎหมาย จากพิพิธภัณฑ์ ศาสนสถาน หรืออนุสรณ์สถาน หรือสถาบันอื่นที่คล้ายคลึงกันการคุ้มครองเอกชนผู้สุจริต (Good Faith) รัฐผู้เรียกร้องขอคืนจะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ครอบครองหรือนุคคลผู้มีสิทธิ (Valid Title) ในทรัพย์สินนั้น แต่ในกรณีที่รัฐมิได้เป็นภาคีอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 หลักการคุ้มครองผู้สุจริตก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่นานาประเทศยอมรับ โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ดังเช่นในมาตรา 1332 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้บัญญัติว่า

"บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาด หรือในท้องตลาดหรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ไม่จำต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะชดใช้ราคาที่ซื้อ"

ดังนั้นในกรณีที่กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของสัญชาติ เอกชนผู้ครอบครองทรัพย์สินได้ให้การคุ้มครองผู้สุจริต (Good Faith) รัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจำต้องเสียค่าทดแทน (Compensation) ในกรณีที่มีการเรียกคืนทรัพย์สินจากผู้ครอบครองโดยสุจริต³⁶ แต่ถ้าหากผู้ครอบครองรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้ถูกลักขโมยมา หรือเป็นการนำเข้าโดยขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการส่งออกของรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็ไม่จำต้องจ่ายค่าทดแทนให้

³⁶แต่ในบางรัฐ สิทธิเรียกคืนอาจครอบคลุมไปถึงผู้ครอบครองโดยสุจริต เช่น สหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมันนี เป็นต้น , Raymond Go , Le Regi e International de L'importation, de L'exportation et du Transfert de Propriete des Biens Culturels, AFDI 1970 p. 622.