



บทที่ 4

มาตรการในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

อนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 เป็นอนุสัญญาที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยมีรัฐต่าง ๆ เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญา จำนวน 61 รัฐ¹ ในบรรดารัฐที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ประกอบไปด้วยรัฐที่เป็นผู้นำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมรายใหญ่ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา (ประเทศอังกฤษมิได้เข้าร่วมเป็นภาคี) ในส่วนมาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญา สามารถแยกพิจารณาได้ใน 2 กรณีคือ

1. ในกรณีที่รัฐคู่กรณีต่างก็เป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970
2. ในกรณีที่รัฐคู่กรณีมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 หรือ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว

1. การเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970

เมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 แล้ว ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามที่บทบัญญัติของอนุสัญญาได้กำหนดไว้ กรณีที่รัฐสามารถจะเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญา คือ

1.2 ลักษณะของทรัพย์สินที่ต้องการเรียกคืน ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่รัฐต้องการเรียกคืนจะต้องเป็นไปตามมาตรา 1 และมาตรา 4 ของอนุสัญญา กล่าวคือ

ก. จะต้องเป็นทรัพย์สินในทางศาสนาหรือในทางโลก ซึ่งถูกกำหนดเป็นพิเศษโดยแต่ละรัฐว่า มีความสำคัญในทางโบราณคดี โบราณคดียุคก่อนประวัติศาสตร์ ยุคประวัติศาสตร์ วรรณคดี หรือ วิทยาศาสตร์ และ

ข. จะต้องจัดอยู่ใน 11 ประเภทตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา

ค. ทรัพย์สินนั้นจะต้องประกอบเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของแต่ละรัฐ ตามมาตรา 4 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่รัฐมีต่อทรัพย์สินนั้นในฐานะที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรม เช่น

(a) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยเอกชน หรือกลุ่มนักปราชญ์ของชาติ (Collective Genius of Nationals) ของรัฐที่เกี่ยวข้องและทรัพย์สิน

ทางวัฒนธรรมที่มีความสำคัญต่อประเทศที่เกี่ยวข้องที่ได้ถูกสร้างขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐนั้น อาจจะโดยคนต่างชาติหรือบุคคลไร้สัญชาติที่ได้พักพิงอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้นก็ได้

(b) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ก่อตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐ

(c) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับมาโดยข้อตกลงทางโบราณคดี ชาติพันธุ์วิทยา หรือวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ โดยความเห็นชอบจากองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศ ถิ่นกำเนิดของทรัพย์สิน เช่นว่านั้น

(d) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งอยู่ในบังคับของข้อตกลงว่าด้วยการ การแลกเปลี่ยนโดยเสรี

(e) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับในฐานะที่เป็นของขวัญหรือซื้อ มาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยความเห็นชอบขององค์กรผู้มีอำนาจของประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพย์สิน เช่นว่านั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและทรัพย์สินตาม มาตรา 4 ของอนุสัญญา ในกรณีที่ทรัพย์สินได้ถูกสร้างขึ้นโดยคนชาติของรัฐ A แต่ได้สร้างในอาณาเขต อาณาเขตของรัฐ B ซึ่งถือว่าความเกี่ยวพันระหว่างทรัพย์สินที่มีต่อรัฐ A นั้น เป็นไปตามมาตรา 4 (A) และความเกี่ยวพันระหว่างทรัพย์สินที่มีต่อรัฐ B เป็นไปตาม มาตรา 4 (b) ทรัพย์สินจึงมี ความสำคัญในฐานะที่เป็นมรดกของชาติของทั้งสองรัฐ ในกรณีนี้ควรจะพิจารณาตามข้อ ก. ว่า ทรัพย์สินชิ้นนั้นมีความสำคัญในทางโบราณคดี โบราณคดียุคก่อนประวัติศาสตร์ ยุคประวัติศาสตร์ วรรณคดีหรือวิทยาศาสตร์ต่อรัฐใดมากที่สุด มีความเกี่ยวพันที่สามารถบ่งบอกถึงความเป็นมาของ คนในรัฐใดมากที่สุด และทรัพย์สินนั้นแสดงให้เห็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของรัฐใดมากที่สุด เช่นเดียวกัน

1.3 ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจะต้องเข้าตามองค์ประกอบในมาตรา 7 (b) (i)

คือ

(1) ทรัพย์สินนั้นจะต้องถูกลักขโมยออกไปจากรัฐ ภายหลังจากการเข้า มาเป็นภาคีของรัฐคู่กรณี

(2) เป็นทรัพย์สินที่อยู่ในพิพิธภัณฑสถาน อนุสรณ์สถานหรือศาสนสถาน หรือ สถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน

(3) ได้ทำการขึ้นทะเบียนไว้ในบัญชีรายการของพิพิธภัณฑสถาน อนุสรณ์สถาน หรือศาสนสถานนั้นแล้ว

จะเห็นได้ว่า อนุสัญญาได้บัญญัติถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สามารถเรียกคืนได้ เฉพาะทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถานหรือศาสนสถานหรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกันเท่านั้น การลักลอบนำทรัพย์สินอื่นออกนอกประเทศ โดยมิได้มีการลักขโมยจึงไม่เข้าตามบทบัญญัติมาตรา 7 ของอนุสัญญา

2. วิธีการในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 7 (b) (ii) คือ

2.1 รัฐที่เป็นถิ่นกำเนิดของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะต้องร้องขอไปยังรัฐที่มีการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมย โดยคำร้องขอนี้จะต้องกระทำโดยผ่านช่องทางทางการทูต (Diplomatic Offices) ซึ่งหมายความว่า คำร้องขอนั้นจะต้องกระทำโดยเจ้าของที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยตัวแทนในนามของเจ้าของที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่นเดียวกัน

2.2 รัฐผู้เรียกคืนจะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเรียกคืน อาทิ เอกสารต่าง ๆ หรือหลักฐานที่จำเป็นในการยืนยันถึงสิทธิของตนที่มีต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมคืนมายังรัฐผู้เรียกร้องด้วย

2.3 รัฐผู้เรียกคืนจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ซื้อที่มีเจตนาบริสุทธิ์ หรือบุคคลผู้มีสิทธิโดยชอบธรรมในทรัพย์สินนั้น ในข้อนี้ อนุสัญญามุ่งจะคุ้มครองบุคคลผู้สุจริต ตามหลักในเรื่อง Good faith โดยผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นได้ทรัพย์สินมาโดยไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงว่า ทรัพย์สินนั้นถูกขโมยมา ซึ่งการที่จะเรียกคืนทรัพย์สินโดยไม่จ่ายค่าชดเชยให้ นั้น ย่อมขัดต่อหลักการคุ้มครองผู้สุจริต ผลจากการที่อนุสัญญากำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยดังกล่าว เป็นผลทำให้รัฐหลายรัฐไม่ยอมเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาเฮนโก 1970 เนื่องจากต่างก็มีความเห็นว่า เป็นการไม่ยุติธรรมว่าประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทั้งหลาย จะต้องเสียค่าชดเชยในราคาที่มีผู้ซื้อได้ซื้อมาโดยสุจริต เพื่อที่จะได้ทรัพย์สินที่เป็นของตนเองกลับคืนมา

2.4 รัฐผู้ถูกเรียกคืนจะต้องกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการยึดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมคืน ในกรณีที่รัฐผู้เรียกคืนสามารถพิสูจน์ได้ว่า ทรัพย์สินนั้นได้ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถาน ศาสนสถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน โดยได้ทำการจดทะเบียนทรัพย์สินดังกล่าวไว้แล้ว

3. ข้อบกพร่องของการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญายูเนสโก 1970

ก็คือ

3.1 ข้อบกพร่องในการกำหนดประเภทของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้เฉพาะ

บางประเภท และไม่แจ้งชัด ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สามารถจะเรียกคืนได้นั้น จะต้องเข้าตามองค์ประกอบตามมาตรา 7 (b) (i) คือจะต้องถูกลักขโมยออกไปจากรัฐภายหลังจากการเข้ามาเป็นภาคีของรัฐคู่กรณีแล้ว และเป็นทรัพย์สินที่มาจากพิพิธภัณฑ์หรืออนุสรณ์สถาน หรือสถาบันที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกันรวมทั้งได้ทำการขึ้นทะเบียนไว้ในบัญชีรายการของพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถานหรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน จะเห็นได้ว่า ถ้าขาดข้อใดข้อหนึ่งขององค์ประกอบเหล่านี้ จะทำให้การนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่ารัฐที่เป็นถิ่นกำเนิดของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะปฏิเสธการให้ใบรับรองการส่งออกตามมาตรา 6 ก็ตาม และยิ่งไปกว่านั้น ถ้าทรัพย์สินดังกล่าวไม่เข้าตามองค์ประกอบ 3 ข้อข้างต้น รัฐภาคีก็ไม่มีหน้าที่ที่จะส่งคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐภาคีอื่นใดที่ได้นำเข้ามายังรัฐของตน การตีความตามมาตรา 7 นี้ เป็นเหตุให้การควบคุมการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม มีช่องว่างที่ทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมประเภทอื่น ๆ ที่ไม่เข้าตามองค์ประกอบมาตรานี้ สามารถนำเข้ามายังรัฐได้ เช่น ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้จากการลักลอบขุดค้นทางโบราณคดี หรือทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน ในกรณีนี้ จะใคร่ขอยกตัวอย่างที่จะแสดงให้เห็นข้อบกพร่องของระบบการควบคุมการนำเข้าตามมาตรา 7 ของอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 โดยขอเทียบเคียงกับคดี Taranaki Panels สมมติว่า ประเทศนิวซีแลนด์และประเทศอังกฤษเป็นภาคีอนุสัญญาทั้งคู่ อนุสัญญาดังกล่าวยังไม่ได้ช่วยให้ประเทศนิวซีแลนด์สามารถเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจากประเทศอังกฤษได้ ข้อเท็จจริงที่ว่าไม่แกะสลักชิ้นนั้นได้ถูกส่งออกโดยมีชอบด้วยกฎหมายจากประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งเข้าตามบทบัญญัติของอนุสัญญาคือ ได้มีการเคลื่อนย้ายโดยปราศจากใบอนุญาตการส่งออก แต่ไม่ได้ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน ประเทศอังกฤษจึงไม่ผูกมัดว่า จะต้องห้ามการนำเข้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชิ้นนั้น และเช่นเดียวกัน ก็ไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ตามคำร้องขอของประเทศนิวซีแลนด์ เพราะไม่เข้าตามบทบัญญัติในมาตรา 7

(b) (ii) ของอนุสัญญา

เมื่อเทียบเคียงกับคดีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า การใช้ระบบการควบคุมการนำเข้าและการส่งออก เพื่อเป็นกลไกพื้นฐานในการป้องกันและแก้ไขปัญหากรณีพิพาทเกี่ยวกับ

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่อนุสัญญาได้กำหนดไว้ บางครั้งก็ไม่เหมาะที่จะนำมาแก้ปัญหาเหล่านี้ได้ ถึงแม้ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชิ้นนั้น จะมีความสำคัญในฐานะ เป็นมรดกของชาติไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ปรากฏอยู่ในพิพิธภัณฑท์ก็ตาม อนุสัญญาก็ไม่ได้ให้ความคุ้มครอง เพราะว่าไม่ได้ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑท์ ซึ่งอาจสรุปได้ว่า การที่อนุสัญญาเยเนสโกปี 1970 ไม่ได้บัญญัติขอบเขตของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกควบคุมการนำเข้าและการส่งออกไว้อย่างกว้าง ๆ นั้น ย่อมทำให้ขัดกับแนวทางที่จะแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งในเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

3.2 บทบัญญัติของอนุสัญญาเป็นไปในลักษณะที่เคลือบคลุมไม่แจ่มชัด

ถึงแม้ว่าอนุสัญญาเยเนสโกปี 1970 จะมีข้อบกพร่องในเรื่องปัญหาข้อพิพาทในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมบางประเภทที่ไม่สามารถจะตกลงกันได้ แต่อนุสัญญาก็ยังได้วางรูปแบบของการแก้ไขปัญหาไว้ในวงแคบสำหรับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในบางกรณี คือ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑท์ อนุสรณ์สถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน แต่เนื่องจากการใช้ภาษาที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญานั้นมีข้อความที่ไม่ชัดเจน จึงทำให้มาตรการในการป้องกันไม่สามารถประสบความสำเร็จลงได้ ถึงแม้ว่าตามความจริงแล้วจะมีจุดมุ่งหมายที่จะห้ครอบคลุมไปถึงก็ตาม

ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาได้บัญญัติว่า "ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น จะต้องถูกกำหนด เป็นพิเศษโดยแต่ละรัฐในฐานะที่มีความสำคัญ " และทรัพย์สินนั้นจะต้อง เป็นทรัพย์สินที่เข้าตามประเภทที่อนุสัญญาได้แบ่งไว้ 11 ประเภทอีกด้วย การบัญญัติเช่นนี้เป็นการใช้ข้อความที่เคลือบคลุม ยกตัวอย่างเช่น เป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนว่า เมื่อไร ทรัพย์สินนั้นจะถือว่า "จะถูกกำหนด เป็นพิเศษ" โดยรัฐ (Specifically Designated) และอาจจะตีความไปได้ว่า การกำหนด เป็นพิเศษโดยรัฐนั้นอาจจะถูกกำหนด เฉพาะในเวลาทีวัตถุที่กำลังจะถูกส่งออก หรือจะถูกกำหนดไว้เรียบร้อยแล้วไว้ในบัญชีรายการของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐ เหตุผลก็คือว่า ศาลการ นั้นไม่สามารถที่จะควบคุมการนำเข้าและการส่งออกได้อย่างทั่วถึง ดังนั้นการกำหนดรายการไว้ในบัญชีหรือทะเบียนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจึง เป็นหนทางที่จะทำให้มีการควบคุมที่ได้ผลมากยิ่งขึ้น แต่ถ้ามองในอีกแง่หนึ่ง ก็คือ การขึ้นทะเบียนรายการทรัพย์สินทางวัฒนธรรมว่าเป็นของรัฐนั้น อาจจะ เป็นเรื่องที่ยากกว่าการออกใบรับรองการส่งออก จึงอาจจะ เป็นไปได้สองทางว่า การกำหนด เป็นพิเศษนั้น ย่อมหมายถึงการออกใบรับรองการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือ

เป็นการกระทำเพียงเพื่อที่จะให้รัฐภาคีทราบถึงว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกควบคุมไว้นั้นมีความสำคัญต่อรัฐมากเพียงใด โดยกำหนดไว้ในทะเบียนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐ

ปัญหาในเรื่องข้อความของอนุสัญญาที่บัญญัติไว้ไม่ชัดเจน ยังพบในบรรดาประเภทของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในมาตรา 1 (g) (i) ได้กำหนดว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น คือ รูปภาพ ภาพวาด และภาพร่างที่ทำขึ้นทั้งหมดด้วยมือไม่ว่าจะด้วยความช่วยเหลือใด ๆ หรือด้วยวัสดุใดก็ตาม ข้อความนี้ไม่ชัดเจนในกรณีที่ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมประเภทนี้ จะรวมถึงภาพถ่ายทางศิลปะด้วยหรือไม่ เพราะภาพถ่ายที่เป็นงานศิลปะชิ้นสำคัญนั้น จะต้องมีการอัดล้างด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์การถ่ายภาพ และจะต้องดำเนินการและควบคุมโดยศิลปินที่มีฝีมือหรือเชี่ยวชาญในเรื่องนี้โดยเฉพาะ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ภาพถ่ายทางศิลปะประเภทนี้จะเข้าตามมาตรา 1 (g) (i) หรือไม่ เพราะได้มีการใช้เทคโนโลยีเข้ามาช่วยเหลือ และผลที่ปรากฏมาในขั้นสุดท้ายก็ไม่ได้เป็นการที่ผลิตด้วยมือทั้งหมด

ปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไปก็คือ ถ้าจะพิจารณาถึงประเภทของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทั้ง 11 ประเภทแล้ว อาจพบว่า มีเจตนาที่จะให้ภาพถ่ายทางศิลปะรวมอยู่ในมาตรา 1 (j) ซึ่งบัญญัติถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เป็น "จดหมายเหตุ, รวมทั้ง ... ภาพถ่าย..." ก็ได้ แต่เมื่อพิจารณาแล้ว จุดมุ่งหมายจะครอบคลุมเฉพาะภาพถ่ายที่อยู่ในหอจดหมายเหตุแห่งชาติเท่านั้น ภาพถ่ายที่อยู่ในที่อื่น ๆ เช่น พิพิธภัณฑ์ ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้อนุสัญญานี้

ที่กล่าวมานี้เป็นเพียงตัวอย่างของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความข้อความอันมีลักษณะคลุมเครือของอนุสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 1 ที่ว่าด้วยคำจำกัดความของคำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งนับว่าเป็นมาตราสำคัญที่จะนำไปใช้กับขบขันธ์ตามมาตราอื่น ๆ ในอนุสัญญาก็ประสบปัญหาในเรื่องนี้เช่นเดียวกัน

ในมาตรา 4 ของอนุสัญญาได้กล่าวถึง ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ โดยได้ให้คำจำกัดความของมรดกทางวัฒนธรรมว่า เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เข้าตามข้อใดข้อหนึ่งใน 5 ข้อที่กำหนดไว้ อันจะมีลักษณะที่แสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับวัตถุนั้น ถ้าจะพิจารณามาตรา 1 ประกอบกับมาตรา 4 แล้ว ก็มีลักษณะที่ไม่ชัดเจนเช่นกัน โดยอาจจะเป็นไปได้ในลักษณะที่ว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตาม

มาตรา 1 จะต้องเป็นมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 4 เพื่อที่จะได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของอนุสัญญา ซึ่งถ้าเป็นเช่นนี้แล้ว บทบัญญัติมาตราต่อมาควรจะใช้คำว่า "มรดกทางวัฒนธรรม" (Cultural Heritage) ที่เป็นของรัฐ เพื่อแสดงให้เห็นความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับทรัพย์สินนั้น แต่ความจริงแล้ว คำว่า มรดกทางวัฒนธรรม ได้ถูกใช้เฉพาะแค่มาตรา 5, 9, 12 และ 14 เท่านั้น ในทางตรงกันข้าม คำว่า "ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม" กลับเป็นข้อความที่ใช้ในบทบัญญัติที่สำคัญของอนุสัญญามากกว่า คำว่า "มรดกทางวัฒนธรรม" และทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นไปตามคำจำกัดความของคำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ถึงจะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญามีใช้เป็น "มรดกทางวัฒนธรรม"

บทบัญญัติที่มีลักษณะ เคลือบคลุมดังที่กล่าวมานี้ จะมีผลกระทบต่อการแก้ไข ปัญหาขัดแย้งเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เพราะสามารถจะตีความไปได้หลายทาง ซึ่งจะ ทำให้วิธีในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่กรณีไม่ประสบผลสำเร็จได้ สรุปได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญา รัฐคู่กรณีอาจจะไม่เพียงแต่ขัดแย้งกันในประเด็นพื้นฐานที่ว่า ใครจะเป็น เจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชิ้นนั้น เท่านั้น แต่อาจจะขัดแย้งกันในประเด็นที่ว่า ทรัพย์สินนั้น เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 1 หรือไม่ และเป็นมรดกทางวัฒนธรรมตาม มาตรา 4 หรือไม่ ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 ทำให้เป็นการยากที่จะแก้ไขปัญหาแม้แต่ ข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการตีความตามบทบัญญัติของอนุสัญญาก็ตาม

3.3 บทบัญญัติที่เข้ามาเกี่ยวข้องโดยไม่จำเป็น

ความต้องการของบรรดาผู้ร่างอนุสัญญาในการพยายามป้องกันการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างเร่งด่วนนั้น ทำให้อนุสัญญามีข้อบกพร่องในเรื่องภาษาที่ไม่ชัดเจน รวมทั้ง การที่มีบทบัญญัติที่เข้ามาเกี่ยวข้องโดยไม่จำเป็นอีกด้วย บทบัญญัติเหล่านี้ เข้าไปยุ่งเกี่ยวในกิจการภายในของรัฐภาคีและดูเหมือนกับว่า ต้องการจะปรับเปลี่ยนนโยบายของรัฐบาลรวมทั้งกฎหมาย

ภายในประเทศของบรรดารัฐภาคีด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในมาตรา ๕² ได้แนะนำให้รัฐภาคีแต่ละรัฐจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า "National Service" เพื่อคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมขึ้น โดยในมาตรา 4³ ได้กำหนดให้รัฐภาคีจัดสรรงบประมาณเท่าที่จำเป็นแก่ National Service

² UNESCO Convention 1970, article 5:

To ensure the protection of there cultural property against illicit import, export and transfer of ownership, the States Parties to this Convention undertake, as appropriate for each country, to set up within their territories one or more national services, where such services do not already exist, for the protection of the cultural heritage with a qualified staff sufficient in number for the effective carrying out of the following functions :

(a) Contributing to the formation of draft laws and regulations designed to secure the protection of the cultural heritage and particularly prevention of the illicit import, export and transfer of ownership of important cultural property.

(b) establishing and keeping up to date, on the basis of a national inventory of protected property, a list of important public and private cultural property whose export would constitute and appreciable impoverishment of the national cultural heritage;

(c) promoting the development or the establishment of scientific and technical institutions (museums, libraries, archives, laboratories, workshios ...) required to ensure the preservation and presentation of cultural property,

(d) organizing the supervision of archaeological excavations, ensuring the preservation 'in situ' of certain cultural property, and protecting certain are as reserved for future archaeological research;

(e) establishing, for the benefit of those concerned (curators, collectors, antique dealers, etc.) rules in conformity with the ethical principles set forth in this convention; and taking steps to ensure the observance of those rules;

(f) taking educational measures to stimulate and develop respect for the cultural heritage of all States, and spreading knowledge of the provisions of this convention,

(g) seeing that appropriate publicity is given to the disappearance of any items of cultural property.

³Id. article 14:

In order to prevent illicit export and to meet the obligations arising from the implementation of this convention, each State Party to the convention should, as far as it is able, provide the national services responsible for the protection of its cultural heritage with an adequate budget and, if necessary, should set up a fund for this purpose.

อีกด้วย หน้าที่ที่อนุสัญญาได้มอบหมายให้ National Service ก็คือ หน้าที่ในการจัดทำ
 ร่างกฎหมาย จัดให้มีทะเบียนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมประจำชาติ ส่งเสริมให้มีการพัฒนาสถาบัน
 ทางวิทยาศาสตร์และทางเทคนิคในการช่วยอนุรักษ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การให้คำปรึกษา
 ในการขุดค้นทางโบราณคดี กำหนดให้มีหลักจริยธรรมแก่บรรดาภัณฑารักษ์ และนักสะสมของเก่า
 วางมาตรการทางการศึกษาที่มีส่วนกระตุ้นให้เกิดความรักและความภาคภูมิใจ รวมทั้งความเคารพ
 ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของตน และประกาศให้มหาชนทราบในกรณีที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้
 สูญหายไป

นอกจากนั้น ในมาตรา 10⁴ ของอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 ยังได้มี
 บทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดหน้าที่ในการจัดบันทึกถึงแหล่งที่มาและข้อมูลรายละเอียดของ
 ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมรวมทั้งมาตรการการลงโทษแก่บรรดานายหน้าค้าของเก่าที่ไม่ปฏิบัติตาม
 อีกด้วย จากการศึกษาที่บทบัญญัติตามมาตรา 5 และมาตรา 10 เป็นการกำหนดให้รัฐต้องมีภาระ
 หน้าที่ในการจัดทำกิจการภายในเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ทำให้หลายรัฐเกิด

⁴ UNESCO Convention 1970, article 10:

The States Parties to this Convention undertake;

(a) to restrict by education, information and vigilance,
 movement of cultural property illegally removed from any State Party to
 this Convention and as appropriate for each country, oblige antique
 dealers, subject to penal or administrative sanctions, to maintain a
 register recording the origin of each item of cultural property, names
 and addresses of the supplier, description and price of each item
 sold and to inform the purchaser of the cultural property of the export
 prohibition to which such property may be subject;

(b) to endeavour by educational means to create and develop
 in the public mind a realization of the value of cultural property
 and the threat to the cultural heritage created by theft, clandestine
 excavations and illicit exports.

ความไม่แน่ใจว่าตนเองจะมีศักยภาพในการจัดการให้เป็นไปตามนั้น รวมทั้งบางรัฐเห็นว่า มาตรา 5 และมาตรา 10 นั้นเป็นการเข้ามาท้าวท่ายในกิจการภายในของรัฐมากเกินไป จึงเป็นเหตุผลในการไม่เข้าร่วมเป็นภาคี หรือให้สัตยาบัน โดยมีข้อสงวน ยกตัวอย่างเช่น สภาซีเนทของสหรัฐอเมริกาให้สัตยาบันอนุสัญญา โดยมีข้อสงวน 1 ข้อ และข้อกำหนดจำนวน 6 ข้อ รวมทั้งข้อกำหนดที่ว่า สหรัฐอเมริกาจะสงวนสิทธิในการพิจารณากำหนดวิธีการควบคุม การส่งออกและอนุสัญญายูเนสโกไม่มีผลบังคับใช้โดยตรง (Self-executing) ต่อสหรัฐอเมริกา และไม่มีผลย้อนหลัง (Retroactive) จากการไม่เข้าร่วมเป็นภาคีดังกล่าว ทำให้จำนวนภาคี สมาชิกที่จะถูกควบคุมให้ใช้กลไกในการระงับข้อขัดแย้งตามอนุสัญญาลดน้อยถอยลงไป แต่กลับเป็นการเพิ่มจำนวนของรัฐที่จะแก้ไขปัญหาคือพิพาทนอกอนุสัญญา ซึ่งอาจจะไม่ประสบผลสำเร็จ เช่นเดียวกับคดี Elgin Marbles หรือคดี Taranaki panels แต่ก็อาจเป็นไปได้ที่ผู้ร่าง อนุสัญญาก็มีความเห็น เช่นเดียวกันว่า บทบัญญัติตามมาตรา 5 และมาตรา 10 จะเป็นการยุ่งเกี่ยว ในกิจการภายในของรัฐมากเกินไป จึงพยายามที่จะใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐน้อยที่สุด เช่น ในมาตรา 5 ได้กำหนดให้รัฐภาคีจัดตั้ง National Service "ตามความเหมาะสมของแต่ละรัฐ" (as appropriate for each country) ในมาตรา 14 ที่ได้กำหนดให้รัฐแต่ละรัฐ จัดสรรงบประมาณสำหรับ National Service เท่าที่สามารถจะทำได้ (as far as it is able) และมาตรา 10 ก็ได้มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันที่กำหนดให้เป็นไปตามความเหมาะสมของแต่ละรัฐ การกำหนดดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการยอมรับอนุสัญญาแก่รัฐภาคีให้เป็นไป ในทางเดียวกัน บางรัฐอาจจะตัดสินใจเองในการเลือกที่จะไม่ถูกผูกพันตามบทบัญญัติใดบทบัญญัติ หนึ่งของอนุสัญญาโดยอ้างว่า ยังไม่เหมาะสมหรือยังไม่พร้อมที่จะกระทำตามบทบัญญัตินั้นๆ ดังนั้น การที่จะทำให้อนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 มีผลในฐานะที่เป็นกลไกในการวางกฎเกณฑ์ให้รัฐปฏิบัติ เพื่อป้องกันข้อขัดแย้งอันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างแพร่หลาย จึงไม่ถ่วงนัก เมื่อรัฐแต่ละ รัฐยังคงมีโอกาสที่จะใช้พิจารณาอย่าง เป็นอิสระว่า เมื่อไรบทบัญญัติของอนุสัญญาจึงจะเหมาะสม ที่จะนำมาปฏิบัติในรัฐของตน

กล่าวโดยสรุปแล้ว อนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 ยังคงมีวิธีการที่ไม่น่าพึงพอใจ นักในการแก้ไขปัญหาคือขัดแย้งอันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม กล่าวคือ

1. อนุสัญญามีความหมายที่ครอบคลุม เฉพาะการขัดแย้งทางทรัพย์สินทาง วัฒนธรรมในบางประเภท คือทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถาน ศาสนสถานหรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน

2. การแก้ไขปัญหาคือพิพาทตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาค่อนข้างจะ
เป็นไปได้อย่างยากลำบาก เพราะข้อความหรือถ้อยคำที่บัญญัติไว้นั้นมีลักษณะ คลือบคลุมไม่ชัดเจน
และอาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความ

3. บทบัญญัติของอนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐสามารถตีความใน
ข้อความและในบทบัญญัติได้ตามความเหมาะสมนั้น ไม่เอื้อต่อการป้องกันการเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน
ทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และไม่เอื้อต่อการขจัดข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐคู่กรณี

อย่างไรก็ตาม มีคดีที่ได้รับการสำเร็จจากการที่รัฐ เข้า เป็นภาคี
อนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 คือคดีระหว่างประเทศเอกัวดอร์ และประเทศอิตาลี ซึ่งประเทศ
เอกัวดอร์ได้เรียกร้องให้มีการคืนโบราณวัตถุจำนวน 12,000 ชิ้น ซึ่งได้มีการส่งออกโดยมิชอบ
ด้วยกฎหมายในปี 1974 และเข้ามายังประเทศอิตาลี ในปี 1975 และได้ถูกอายัดโดยอัยการ
ในเมือง เยนิว ซึ่งได้จัดให้อยู่ในความอารักขาของพิพิธภัณฑ์ Federico Lunardi
โบราณวัตถุจำนวนนี้ยังคงอยู่ในความครอบครองของพิพิธภัณฑ์ดังกล่าว โดยความยินยอมของ
รัฐบาลเอกัวดอร์ เพื่อรอให้มีการตัดสินตามที่รัฐบาลเอกัวดอร์ได้ยื่นฟ้องยังศาลแห่งในเมือง
เยนิว เพื่อพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยในการประชุมคณะกรรมการ
ระหว่างรัฐบาลในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในเดือนกันยายน 1981 ผู้แทนของเอกัวดอร์
ก็ได้กล่าวถึงคดีดังกล่าว โดยร้องขอผ่านทางประธานคณะกรรมการให้คณะกรรมการได้มีมติ
สนับสนุนข้อเรียกร้องของเอกัวดอร์ไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของประเทศอิตาลี
และยังได้กล่าวย่ำว่า ประเทศเอกัวดอร์และประเทศอิตาลีต่างก็ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญายูเนสโก
ปี 1970 9 ปีหลังจากนั้น คือ ในปี พ.ศ. 1983 ศาลอิตาลีก็ได้ตัดสินให้โบราณวัตถุดังกล่าว
เป็นทรัพย์สินในความครอบครองของประเทศเอกัวดอร์ และสั่งให้มีการคืนทรัพย์สินนั้นไปยัง
ประเทศเอกัวดอร์ ในคดีนี้เป็นผลที่เกิดขึ้นด้วยความช่วยเหลือของ UNESCO และ เป็นการที่
ประเทศทั้งสองตระหนักถึงความสำคัญที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 ในการ
ป้องกันการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็ยังคงต้องดำเนินคดียัง
ศาลภายในประเทศอิตาลีเสียก่อน เพื่อพิสูจน์ ถึงความเป็นเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมาย
ไม่ได้เป็นการเรียกคืนทรัพย์สินที่ถูกขโมยตามบทบัญญัติของมาตรา 7 (b) (ii) แต่อย่างใด

4. การเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนอกอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970

ในกรณีที่รัฐใดรัฐหนึ่งมิได้เป็นภาคีอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970 การที่จะเรียกร้องให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่สำคัญใน 2 เรื่องคือ

4.1 ลักษณะของทรัพย์สิน

จากแนวความคิดที่ว่าทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญต่อรัฐในทางประวัติศาสตร์ โบราณคดี และชาติพันธุ์วิทยา โดยบ่งบอกถึงที่มาของความเป็นรัฐ และของคนในรัฐ ความพิเศษของทรัพย์สินนี้จึงก่อให้เกิดสิทธิทวงกันทรัพย์สินเพื่อดำรงไว้เป็นเอกลักษณ์ของชาติต่อไป ลักษณะของทรัพย์สินที่จะต้องพิจารณาจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ข้อคือ

4.1.1 ความสำคัญของทรัพย์สินในลักษณะที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรม

และแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาติ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Afo-A-Kom รูปแกะสลักของคาเมอรูนที่ได้ถูกขโมยออกนอกประเทศ ได้มีการกล่าวถึงคุณค่าของทรัพย์สินชิ้นนี้ว่า เป็นเรื่องที่น่าทึ่งเหนือจินตนาการ นอกเหนือคุณค่า แต่เป็นหัวใจของชนเผ่า Kom เป็นศูนย์รวมเผ่าและเป็นวิญญาณของชาติที่ได้หล่อหลอมคนในชาติเข้าด้วยกัน โดยไม่ได้เป็นศิลปวัตถุที่มีไว้เพื่อขายและไม่สามารถจะขายได้⁵

การที่จะพิจารณาว่า ทรัพย์สินใดมีคุณค่าทางวัฒนธรรมและเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาตินั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่า ทรัพย์สินนี้มีความสำคัญในฐานะที่เป็นที่เคารพนับถือ หรือสักการบูชาของคนในชาติ มีความสำคัญในทางประวัติศาสตร์มาพร้อมกับการก่อร่างสร้างชาติ เป็นต้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะ เป็นทรัพย์สิน

⁵ แต่ในที่สุด หลังจากที่ได้มีการคืนทรัพย์สินชิ้นนี้ไปยังประเทศคาเมอรูนแล้ว ปรากฏว่ารูปแกะสลักไม่ดังกล่าวดังกล่าวได้ถูกพบในตลาดค้าของเก่าระหว่างประเทศอีกครั้งหนึ่ง Jeanette Grunfield, *The Return of Cultural Treasures*, Cambridge University Press 1989, p. 274.

ชิ้นเดียวหรือเป็นกลุ่มของทรัพย์สิน (Collection) ถ้าหากว่ามีคุณค่าทางวัฒนธรรม และแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ก็ย่อมถือว่าเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น กลุ่มของเครื่องปั้นดินเผาที่ขุดได้จากแหล่งโบราณคดี ก็ย่อมเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติที่แสดงให้เห็นความเจริญรุ่งเรืองในทางประวัติศาสตร์ โบราณคดี และชาติพันธุ์วิทยา และที่สำคัญคือ รัฐเองจะต้องคำนึงถึงความสำคัญของทรัพย์สินที่มีต่อรัฐและคนในชาติ เช่นเดียวกัน

4.1.2 ความสำคัญของทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นมรดกของชาติ แนวความคิดในเรื่องมรดกของชาติ (National Patrimony) ที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นพิเศษของทรัพย์สินที่ต่างจากทรัพย์สินอื่น ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นแนวความคิดพื้นฐานในการออกกฎหมายป้องกันการนำเข้าและการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐ ความเป็นพิเศษของทรัพย์สินนี้ ก็คือความผูกพันระหว่างทรัพย์สินกับรัฐ ซึ่งนอกจากจะมีคุณค่าและเอกลักษณ์ตามข้อ 4.1.1 แล้ว ยังมีความผูกพันที่ว่าทรัพย์สินนั้น

- ได้ถูกสร้างขึ้นโดยคนชาติของรัฐ หรือ
- ได้ถูกสร้างขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ

ของผู้สร้าง

การที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกสร้างขึ้นโดยคนชาติของรัฐหรือได้ถูกสร้างขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐ ย่อมแสดงให้เห็นถึงความผูกพันของทรัพย์สินที่มีต่อรัฐในฐานะ เป็นมรดกของชาติ รัฐจึงต้องพิทักษ์รักษาและคุ้มครองทรัพย์สินนั้นไว้ในกรณีที่มีการนำออกไปโดยมิชอบ ยกตัวอย่างเช่น ทับหลังนารายณ์บรมสินธุ์ ถ้าจะพิจารณาตามข้อ 4.1.1 ทับหลังนารายณ์บรมสินธุ์นี้มีคุณค่าทางวัฒนธรรมทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีต่อประเทศไทย และเป็นส่วนหนึ่งของประสาทหินพนมรุ้ง ซึ่งเป็นโบราณสถานที่ได้ถูกสร้างขึ้นในอาณาเขตของประเทศไทยตามข้อ 4.1.2 ดังนั้น ลักษณะในเรื่องคุณค่าทางวัฒนธรรมของทับหลังนารายณ์บรมสินธุ์ และลักษณะในแง่ความเป็นมรดกของชาติ จึงทำให้ทับหลังนารายณ์บรมสินธุ์เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศไทย

4.2 การได้มาซึ่งทรัพย์สิน

องค์ประกอบที่นับว่าสำคัญ ในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอีก องค์ประกอบหนึ่งก็คือ การได้มาซึ่งทรัพย์สิน ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาที่ควรพิจารณาในแง่ที่ว่า ทรัพย์สินนั้น ถ้าแม้ว่าจะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตรงตามลักษณะ ข้อ 4.1 แต่ถ้าหากว่า เมื่อไรที่การเคลื่อนย้ายทรัพย์สินเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่สามารถจะเรียกคืนได้ ในกรณีนี้ จะขอพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องการได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

4.2.1 การได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยการลักลอบนำออกนอก

ประเทศ ทรัพย์สินนั้นได้ถูกลักลอบนำออกนอกประเทศ หรือมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการส่งออก ของประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น การส่งออกโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุจะต้องได้ ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรผู้มีอำนาจในประเทศเสียก่อน หรือจะต้องมีใบสำคัญรับรองการส่งออก ไปพร้อมกับวัตถุที่จะทำการส่งออกนั้น หรือได้มีการปลอมแปลงใบรับรองการส่งออก รวมทั้งการ ปกปิดข้อเท็จจริงอัน เป็นข้อมูลที่สำคัญอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น เช่น ได้แจ้งว่าเป็นของใหม่ที่ทำเลียนแบบ เป็นต้น

4.2.2 การได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยการลักขโมย กรณีนี้เห็น

ได้ชัดว่า เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งไม่ได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบจากเจ้าของ ที่แท้จริง ไม่ว่าจะเป็นการลักลอบขุดค้นแหล่งโบราณคดี แล้วนำเอาทรัพย์สินที่ขุดได้ออกนอกประเทศ การเข้าไปลักขโมยในศาสนสถาน อนุสรณ์สถาน ตลอดจนพิพิธภัณฑ์อันเป็นแหล่งรวบรวมศิลปวัตถุ และโบราณวัตถุ เป็นต้น ถึงแม้ว่าผู้ขโมยตั้งแต่เริ่มแรกจะได้ขายต่อให้แก่ผู้ซื้อคนที่ 1 ต่อมาจน หลายมือแล้ว จึงมีการนำออกนอกประเทศ ก็ถือว่าการได้มาโดยมิชอบเช่นเดียวกัน ซึ่งในกรณีนี้ ผู้กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์ถึงหลักฐานที่ยืนยันได้ว่า ทรัพย์สินนั้นได้ถูกขโมยออกไป

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ถ้าเป็นการที่ได้ทรัพย์สินมาโดยการแย่งชิง เอมามาจากการที่รัฐแพ้สงคราม เช่นนี้จะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

สงครามในยุคโบราณในขณะที่มนุษย์ยังไม่มีกฎหมายในสังคม ระหว่างประเทศนั้น การตีชิงเอาบ้านเอาเมืองโดยกวาดต้อนผู้คนมาเป็น เชลยรวมทั้งทรัพย์สิน อันมีค่า มักจะเป็นแนวทางปฏิบัติที่รัฐผู้ชนะจะกระทำแก่รัฐผู้แพ้เสมอมา ตราบจนกระทั่ง มนุษย์

ได้เล็งเห็นคุณค่าของกฎเกณฑ์แห่งมนุษยธรรมที่พัฒนามาเป็นแนวทางปฏิบัติในการสงคราม ในการที่จะไม่ทำร้ายเชลยศึกของรัฐผู้แพ้ สถานพยาบาล ตลอดจนสถานที่ที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ และการไม่แย่งชิงเอาจากรัฐผู้แพ้ จึงเป็นสิ่งที่ถือเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐผู้ชนะ ที่จะไม่ทำลายหรือซ้ำเติมรัฐผู้แพ้ ดังนั้น การแย่งชิงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมาโดยการชนะสงครามนั้น จึงเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาจึงเกิดขึ้นต่อไปว่า ถึงแม้ว่าสงครามนั้นจะผ่านมาเป็นเวลานานนับร้อยปีแล้ว สิทธิเรียกคืนในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะคงมีอยู่หรือไม่

ตามความเห็นของ Professor Merryman⁶ เกี่ยวกับคดี Elgin Marbles ได้พิจารณาถึงการสูญเสียสิทธิในการฟ้องร้อง (Litigation Rights) ในประเทศอังกฤษ ซึ่งอาจจะสิ้นสุดลงไปได้โดยผลของเวลา โดยได้กล่าวว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่มีสิ่งที่เรียกว่าอายุความ หรือข้อกำหนดอันเกี่ยวกับการจำกัดอายุความในการฟ้องร้อง แต่ก็เห็นได้ชัดว่า ประเทศกรีกเองก็ได้ใช้เวลาในการติดตามและเรียกร้องให้มีการชดใช้ความเสียหายเป็นเวลานานถึง 155 ปี จากความเห็นที่ว่า การฟ้องร้องให้มีการคืนทรัพย์สินที่ได้ถูกขโมยไปนั้น กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเทศกรีกก็ได้สูญเสียสิทธิในการฟ้องร้องในศาลอังกฤษภายใต้ The Limitation Act 1939 ซึ่งได้กำหนดเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องไว้เป็นจำนวน 6 ปี แต่อย่างไรก็ตาม Professor Merryman ก็ได้ให้ความเห็นว่า บทบัญญัติตามกฎหมายภายในไม่สามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขแห่งสิทธิใด ๆ ที่เกิดขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่มีผลกระทบต่อภาระกระทำละเมิดระหว่างประเทศในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา ประเทศกรีกจึงสามารถโต้แย้งเพื่อแก้ไขในรากฐานแห่งสิทธิที่ยังคงมีอยู่ และการเป็นโมฆะภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และในเวลาที่มีการเคลื่อนย้าย Elgin Marbles นั้น ยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่ครอบคลุมไปถึงการเคลื่อนย้ายหรือการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเลย ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายระหว่างประเทศก็ยินยอมรับสิทธิเรียกร้องถึงแม้ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเท่าใดก็ตาม และถึงแม้ว่าประเทศกรีกอาจจะถูกโต้แย้งโดยใช้หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) แต่ประเด็น

⁶ John H. Merryman, Thinking about the Elgin Marbles ; Michigan Law Reviews, vol. 83, No. 8, August 1985, pp. 1881-1923.

ในเรื่องนี้ก็อยู่ที่ว่า ได้มีการยึดถือทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นต่อไปโดยไม่คืน ดังนั้นจึงควรที่จะพิจารณาถึงหลักการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (The principle of the physical return of cultural property) เป็นสำคัญ ความเห็นของ Professor Merryman เป็นการยืนยันถึงสิทธิเรียกร้องให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่จะไม่สูญสิ้นไป ถึงแม้ว่ากาลเวลาจะผ่านไปนานเท่าใดก็ตาม แต่ปัญหาเหล่านี้จะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่รัฐคู่กรณีได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโกปี 1970 เพราะในกรณีนี้จะใช้บังคับเฉพาะทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกลักขโมยมาจากพิพิธภัณฑ์ อนุสรณ์สถาน ศาสนสถาน หรือสถาบันอื่นที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกัน ภายหลังจากที่รัฐคู่กรณีเข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาแล้ว

4.2.3 การได้มาโดยการเข้าครอบครองอาณานิคม ในกรณีที่รัฐได้เข้าครอบครองอาณานิคมและแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรในอาณานิคมนั้น รวมทั้งการนำเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นไปยังดินแดนของตนนั้น จะถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

โดยหลักแล้ว การที่รัฐได้เข้าครอบครองดินแดนอาณานิคม ย่อมถือว่าดินแดนที่เป็นอาณานิคมย่อมสูญเสียอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เทียบดินแดนให้แก่รัฐที่เข้าครอบครองทั้งในส่วนที่เป็นอำนาจอธิปไตยภายใน คือในด้านการปกครองประเทศ และอำนาจอธิปไตยภายนอกในส่วนที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยรัฐที่เข้าครอบครองจะดำเนินการเป็นตัวแทนในกิจการต่าง ๆ ทั้งภายในและภายนอกประเทศ ซึ่งถือว่ารัฐที่เป็นอาณานิคมมิได้มีฐานะใดเลยในสังคมนานาชาติ เมื่อเป็นเช่นนี้ หากรัฐที่เข้าครอบครองอาณานิคมได้มีการนำทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของอาณานิคมออกนอกอาณาเขต ซึ่งการกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยผู้มีอำนาจหน้าที่ของรัฐที่เป็นเจ้าของอาณานิคม หรือจากคนในสัญชาติของรัฐเจ้าของอาณานิคมที่ได้ดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมถือว่ากระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบัน แนวโน้มของประเทศอาณานิคมที่จะเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของตนเองที่ได้ตกไปอยู่ในประเทศอื่นย่อมมีมากขึ้น เนื่องด้วยประเทศเหล่านี้เมื่อได้รับเอกราช ก็เริ่มแสวงหาความเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาติ อันจะเป็นสิ่งรวมจิตใจของคนในชาติ แต่ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ประเทศโลกที่สามที่เพิ่งได้รับเอกราช พยายามที่จะกล่าวถึงการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยใช้หลักศีลธรรม คือ เพื่อเรียกร้องให้รัฐที่เคยปกครองตนอยู่นั้นเกิดความเห็นอกเห็นใจ มากกว่าที่จะอ้างถึงการนำออกไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ยกเว้นบาง

กรณีที่สูงจนได้ว่าการลักลอบนำออกไปโดยทุจริต ดังนั้น การเรียกร้องให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของบรรดาประเทศที่เคยเป็นอาณานิคม จึงเป็นแนวความคิดที่มีพื้นฐานมาจากหลักศีลธรรม และหลักจริยธรรม เพราะถ้าหากจะกล่าวถึงความชอบด้วยกฎหมาย (Legitimacy) แล้ว ก็อาจเป็นเรื่องที่สามารถโต้แย้งโดยอาศัยหลักอธิปไตยเหนือดินแดนได้

5. วิธีการในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนอกอนุสัญญาเฮนโก 1970

ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ที่รัฐคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้เป็นภาคีอนุสัญญาเฮนโก ปี 1970 จำเป็นจะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ทั้งนี้เป็นไปตามกฎบัตรของสหประชาชาติ ข้อ 2 อนุ 3 ซึ่งบัญญัติว่า

"3 สมาชิกทั้งปวงจะต้องระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศของตนโดยสันติวิธีในลักษณะการ เช่นที่จะไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม

ดังนั้น เพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว รัฐคู่กรณีจึงควรจะต้องดำเนินการโดยสันติวิธี กล่าวคือ

5.1 การเจรจาทางการทูต รวมถึงการจัดเจรจาและการไกล่เกลี่ย การได้ส่วน และการประนีประนอม ซึ่งในเรื่องการเจรจาทางการทูตนี้ นับเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ใช้กันมากที่สุด ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น อาจจะมีการเจรจาโดยผ่านสื่อกลางอันได้แก่คณะทูต หรือ การติดต่อโดยตรงระหว่างรัฐบาล หรือประมุขของรัฐคู่กรณี หรือ การตั้งตัวแทนพิเศษเพื่อเจรจาก็ได้ จากคดีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ผ่านมาในอดีต ได้ปรากฏว่า คดีบางคดีได้ประสบความสำเร็จจากผลของการเจรจาทางการทูต เช่น

คดี Afo-A-Kom ซึ่งได้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายหลังที่ได้มีการร้องขอโดยผ่านทางทูต ซึ่งคำร้องขออย่างเป็นทางการนี้ได้ทำขึ้นโดยรัฐบาลประเทศคาเมอรูน เพื่อเรียกคืนไม้แกะสลักที่มีความสำคัญต่อชนเผ่า Kom ซึ่งได้ถูกโจรกรรมออกนอกประเทศคาเมอรูน รัฐบาลคาเมอรูนได้เลือกใช้วิธีการเจรจาทางการทูตแทนที่จะฟ้องร้องยังศาลภายใน ทั้งนี้เนื่องจากว่า การฟ้องยังศาลภายในของสหรัฐอเมริกาจะเป็นผลได้ก็ต่อเมื่อรัฐบาลคาเมอรูนมีพยานหลักฐานที่แสดงว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชิ้นนั้นได้ถูกขโมยมา แต่ในที่สุด ภายหลังการเจรจาทางการทูตแล้ว ได้มีการคืนไม้แกะสลักชิ้นนั้นกลับมายังอาณาจักร Kom ในประเทศคาเมอรูน แต่ต่อมาได้มีรายงานแจ้งมาว่า รูปแกะสลักได้ปรากฏอีกครั้งหนึ่งในตลาดค้าศิลปะระหว่างประเทศ

ในบางครั้ง การที่รัฐบาลใช้ความกดดันทางการทูต (Diplomatic Pressure) ก็เป็นวิธีทางหนึ่งที่จะทำให้การเรียกคืนประสบผลสำเร็จ ยกตัวอย่างเช่น

คตศิวนาฏราช (อินเดีย - สหรัฐอเมริกา) Sivapuram Nataraja Statue⁷

รูปประติมากรรมคตศิวนาฏราช ได้ถูกเคลื่อนย้ายจากวัดแห่งหนึ่งในประเทศอินเดีย เพื่อนำออกมาซ่อมแซม และต่อมาได้ถูกครอบครองโดยเอกชนในกรุงบอมเบย์เป็นเวลา 2-3 ปี โดยการสับเปลี่ยนเอาของปลอมไปแทนที่ของจริง ในระหว่างปี ค.ศ. 1954 และ 1955 หลังจากนั้นคตศิวนาฏราชได้ถูกส่งไปยังสหรัฐอเมริกา โดยมีการปลอมแปลงใบรับรองการส่งออก และต่อมามูลนิธิ Norton Simon ได้ซื้อต่อมาจากนายหน้าค้าของเก่าในกรุงนิวยอร์ก ในปี ค.ศ. 1972 ในราคาตามที่ได้แจ้งไว้ว่าประมาณ 1 ล้านดอลลาร์ ในปี 1973 ได้มีการประกาศว่ารูปประติมากรรมนี้จะถูกนำมาจัดแสดงในพิพิธภัณฑศิลป์ Metropolitan จากการลงประกาศในบรรดาสื่อมวลชนต่าง ๆ ทำให้รัฐบาลอินเดียได้ทราบข่าวนี้ โดยได้พิจารณาถึงความเหมือนกันของประติมากรรมคตศิวนาฏราช ที่อยู่ในความครอบครองของมูลนิธิ Norton Simon กับประติมากรรมคตศิวนาฏราชของประเทศอินเดียที่หายไป รัฐบาลอินเดียได้ใช้ความกดดันทางการทูตไปยังพิพิธภัณฑศิลป์ Metropolitan ทำให้พิพิธภัณฑศิลป์ดังกล่าวจะยกเลิกการจัดแสดงดังกล่าว นอกจากนั้น รัฐบาลอินเดียยังได้ฟ้องเพื่อให้ได้มาซึ่งการครอบครองคตศิวนาฏราชในประเทศอังกฤษ ซึ่งได้มีการส่งรูปประติมากรรมนี้ไปทำการซ่อมแซมเพิ่มเติม ในกรุงนิวยอร์ก อันเป็นสถานที่นายหน้าค้าของเก่า ซึ่งได้ขายรูปประติมากรรมให้แก่ Mr. Norton Simon และในลอสแอนเจลิส ซึ่งเป็นที่ที่ Mr. Simon พำนักอาศัยอยู่ โดยหนึ่งในบรรดาโจทก์ที่ยื่นฟ้องก็คือ องค์คตศิวนาฏราช โดยเรื่องราวดังกล่าวไม่ได้นำไปสู่การตัดสินเมื่อได้มีการตกลงที่จะคืนคตศิวนาฏราชภายหลังมีการเจรจากันนานถึง 10 ปี และได้คืนมายังประเทศอินเดีย โดยถูกต้องตามสิทธิที่ควรได้รับในปี ค.ศ. 1986

⁷Union of India V. The Norton Simon Foundation, United States District Court, Southern District of New York, 74 Cir. 5331 (SDNY 1976); United States District Court, Central District of California, Case No. CV 74 CV 74-3581-RJK (CD Cal. 1976).

การเจรจาโดยรัฐบาลประเทศร้องขอกับรัฐบาลหรือสถาบันที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ตั้งอยู่ เป็นวิธีการหนึ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงการที่รัฐบาลได้เห็นความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชิ้นนั้น ว่ามีคุณค่าต่อคนในรัฐ และมีความสำคัญทางประวัติศาสตร์มากเพียงใด แต่ในบางครั้งรัฐหรือสถาบันที่ครอบครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ก็ยังคงมีอำนาจในการพิจารณา และทำข้อสงวน (Reservations) ในการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ และถึงแม้ว่าจะมีการตกลง ในหลักการว่าจะมีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่ผลสรุปที่ได้จากข้อตกลงจริง ๆ แล้ว อาจจะ ถูกทำให้ยืดเยื้อได้ เช่นในกรณีพิพิธภัณฑ์ Dumbarton Oaks ของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ได้เริ่มมีการเจรจากับประเทศตุรกีในปี ค.ศ. 1979 ในการเรียกร้องคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งเป็นเครื่องเงินของสงฆ์ในยุค Byzantine ที่ได้มาจากโบสถ์ Saint Nicholas ของ Myra แต่ปรากฏว่าจนถึงปลายปี ค.ศ. 1980 ข้อตกลงในการคืนทรัพย์สินดังกล่าวก็ยังไม่สามารถจะหาผลสรุปได้แน่นอน เพราะเกิดจากการไม่ยอมรับเงื่อนไขบางประการของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

ข้อสงวนที่มักจะมีเหตุมีผลที่น่าเชื่อถือก็คือ ภัยอันตรายอันอาจจะเกิดขึ้นกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ส่งกลับคืน ซึ่งอาจจะถูกทำลายหรือแตกหักได้ แต่ถ้าจะกล่าวกันตามความจริงแล้ว ไม่มีสถานที่ใดในโลกที่จะรับประกันความปลอดภัยของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงมีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอีกมากมายที่ยังคงถูกเก็บรักษาไว้ในรัฐที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้เคลื่อนย้ายเข้ามาสู่แต่เริ่มแรก ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือ การทำลายโครงสร้างทางวัฒนธรรม ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศจีนในช่วงปฏิวัติวัฒนธรรมในปี ค.ศ. 1960 ซึ่งทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของจีนกระจัดกระจายไปอยู่ตามส่วนต่าง ๆ ของโลก และก็ยังไม่มี การส่งคืนแต่อย่างใด ข้อที่ควรพิจารณาในประเด็นสำคัญอีกข้อหนึ่งก็คือ รัฐผู้เรียกร้องบางรัฐก็ยังขาดกำลังทรัพย์และกำลังบุคลากรในการเก็บรักษาทรัพย์สินที่สามารถแตกหักหรือเสื่อมสลายได้ ดังนั้น ข้อโต้แย้งในเรื่องที่เกี่ยวกับความสามารถของรัฐในการเก็บรักษาหรืออารักขาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จึงเป็นเรื่องที่มีเหตุผลอันควรแก่การพิจารณาในบางกรณี

เมื่อเทียบกับกรณีพิพาทหลังนารายณ์บรมสินธุ์ ประเทศไทยได้ใช้วิธีการเจรจาโดยผ่านทางองค์การผู้รับผิดชอบหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาโดยผ่านทางคณะกรรมการวิชาการวัฒนธรรมและการท่องเที่ยว สภาผู้แทนราษฎร กระทรวงศึกษาธิการ หรือกระทรวง

การต่างประเทศ โดยผ่านไปยังสถานทูตสหรัฐอเมริกา หรือแม้กระทั่งตัวสถาบันชิคาโก โดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นโยบายที่ได้แถลงโดยคณะกรรมการ ก็ได้เน้นความสำคัญถึงการเจรจา⁸ ว่าเป็นวิธีการแรกที่จะแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งนี้ได้ ส่วนในกรณีที่การเจรจา ไม่ได้ผล ขั้นตอนสุดท้ายก็คือ การดำเนินการทางกฎหมาย โดยจะตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อศึกษาข้อกฎหมายของไทยและของสหรัฐอเมริกาอย่างจริงจัง ซึ่งปรากฏว่า ทางสถาบันชิคาโก ได้ปฏิเสธข้อกล่าวหาในเรื่องการได้หีบหลังมาโดยมิชอบ และได้มีข้อสงวนในการคืนหีบหลัง โดยวิธีแลกเปลี่ยน รวมทั้งการเปียงเบนที่จะติดต่อกับตัวแทนผู้มีอำนาจที่แท้จริงจากรัฐบาลไทย เท่านั้น⁹ จึงกล่าวได้ว่า การเจรจาในขั้นต้นที่องค์กรหรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบได้กระทำไปนั้น ไม่ประสบผลสำเร็จในการเรียกคืนหีบหลังนารายณ์บรมสินธุ์

5.2 การใช้สิทธิทางการศาล การใช้สิทธิโดยการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ (International Court of Justice) หากจะพิจารณาแล้ว อาจเป็น ขั้นตอนสุดท้ายในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐด้วยกัน ซึ่งจะเป็นการนำเรื่องเข้าสู่ความเป็นระหว่างประเทศ โดยปัญหาที่จะตามมาจะเกี่ยวเนื่องในด้านความสัมพันธ์ทางการเมือง อันอาจจะ เป็นผลเสียในภายหลังได้ นอกจากนั้น การยอมรับอำนาจศาลก็เป็น เรื่องที่ควรจะต้อง กระทำก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ถ้าหากรัฐคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับอำนาจศาลแล้ว ศาลก็ไม่สามารถจะดำเนินคดีได้

อย่างไรก็ตาม มีคดีที่ได้มีการยอมรับอำนาจของศาลโลกระหว่างรัฐคู่กรณี ในการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม คือ คดีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศเขมร ในปี ค.ศ. 1962 โดยศาลโลกก็ได้ตัดสินโดยเสียงส่วนใหญ่ให้มีการคืนโบราณวัตถุทางวัฒนธรรมที่ หน่วยงานราชการของไทยได้เคลื่อนย้ายออกไปจาก เขาพระวิหารให้แก่ประเทศเขมร โดยเขา พระวิหารอันเป็นสถานที่สำคัญในทางประวัติศาสตร์ ศาลโลกได้ตัดสินว่าได้ตั้งอยู่ในอาณาเขตที่อยู่ ภายใต้อำนาจอธิปไตยของอาณาจักรเขมร ศาลได้ตัดสินว่าข้อเสนอของประเทศเขมรอันเกี่ยวกับ

⁸ สยามจดหมายเหตุ ปีที่ 14 ฉบับที่ 6, 3 กุมภาพันธ์ - 9 กุมภาพันธ์ 2532.
บริษัท สยามบรรณ จำกัด หน้า 146.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

การชดใช้ความเสียหายหรือการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น เป็นที่ยอมรับได้และก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของประเทศเขมร แต่ในทางตรงกันข้าม ก็ไม่มีหลักฐานที่น่ามาเสนอต่อศาลให้เชื่อได้ว่าบรรดาโบราณวัตถุที่ได้เรียกร้องนั้น ได้ถูกเคลื่อนย้ายโดยองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศไทยจากวัดหรือในบริเวณวัด ตั้งแต่เวลาที่ได้เข้าทำการครอบครอง (ปี ค.ศ. 1954) แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ได้ตัดสินว่า ในสถานการณ์เช่นนี้ ปัญหาในการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็เป็นข้อที่ควรพิจารณาโดยหลักการที่จะให้ประโยชน์แก่ประเทศเขมร แต่ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินชิ้นใดโดยเฉพาะเจาะจง จนกว่าจะได้มีการพิสูจน์ว่าทรัพย์สินนั้นได้มีการนำออกไปโดยองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศไทย

5.3 การฟ้องยังศาลภายใน (Domestic Legal Action) การฟ้องร้องยังศาลภายในรัฐที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกพบ เป็นวิธีการหนึ่งที่จะเป็นหนทางที่ได้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมคืนมา ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว รัฐที่ไม่ประสบผลสำเร็จในการเจรจา มักจะใช้วิธีการฟ้องยังศาลภายใน เพื่อเรียกคืนจากผู้ครอบครองทรัพย์สิน ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ กฎหมายภายในที่แตกต่างกันอันจะทำให้เกิดการขัดแย้งกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งในกรณีนี้ เช่น จะใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือจะใช้กฎหมายของประเทศที่ส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเข้าไป หรือใช้กฎหมายของประเทศที่ทำสัญญาซื้อขาย หรือใช้กฎหมายของประเทศที่พบทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งในเรื่องนี้ ได้มีแนวทางที่ปฏิบัติกันทั่วไปว่า¹⁰

ในกรณีที่ทรัพย์สินถูกเปลี่ยนมือซื้อขายกันในประเทศเจ้าของ และต่อมาถูกนำออกให้ใช้กฎหมายของประเทศเจ้าของและกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอันเป็นสาเหตุแห่งความขัดแย้งทางกฎหมายดำรงอยู่นั้นเป็นหลักในการพิจารณา

แต่ถ้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ถูกลักลอบนำออกนอกประเทศและต่อมาถูกเปลี่ยนมือซื้อขาย ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่พบทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น แต่ถ้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ถูกนำกลับมายังประเทศเดิมที่เป็นเจ้าของ ก็ให้ใช้กฎหมายของประเทศเจ้าของ

¹⁰ Raymond Goy, Le Régime International de L'importation, de L'exportation et du transfert du propriété des biens culturels, AFDI 1970, p. 610.

ปัญหาที่อาจเกิดจากการเรียกร้องทวงสิทธิ ซึ่งสามารถจะกระทำได้ โดยมีเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น เราสามารถเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขโมยหรือที่หายไป ได้โดยง่าย แต่กรณีที่จะยากขึ้นก็คือ ถ้าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกเปลี่ยนมือ หรือซื้อขายโดยสมัครใจ หรืออาจจะเป็นการได้มาโดยไม่ชอบธรรม หรือโดยการฉ้อโกง หรือในกรณีที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกยึด ถูกส่งออกหรือตกเป็นสมบัติของชาติ และต่อมาประเทศนั้นได้ขายให้กับประเทศอื่น ๆ ต่อไปอีก

แต่โดยหลักการแล้ว ศาลที่รับฟ้องจะพิจารณาถึงหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) ในกรณีที่เป็นกรณีการเรียกคืนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน กฎหมายขัดกันส่วนใหญ่จะยึดถือหลักกฎหมายภายในของประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (Lex Situs) เพื่อนำมาใช้ในการตัดสินในกรณีที่มีการให้คืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและค่าทดแทน (Compensation) ส่วนในทางอาญา หากมีการลักลอบนำออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยขัดต่อกฎหมายส่งออกของรัฐเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และผู้ซื้อก็ทราบถึงเหตุการณ์เช่นนั้น ผู้ซื้ออาจจะต้องรับโทษในทางอาญารฐานรับของโจรอีกด้วย การฟ้องร้องยังศาลภายในของรัฐ อาจจะทำให้รัฐคู่กรณีเสียเปรียบได้มาก เพราะกฎหมายภายในมักจะมีบทบัญญัติที่คุ้มครองผลประโยชน์ของคนในรัฐ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองคนอเมริกันในรูปแบบต่าง ๆ กัน

ตัวอย่างการฟ้องคดียังศาลภายในประเทศ

ในปี ค.ศ. 1982 ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติเยอรมันตะวันออกเป็นเจ้าของที่แท้จริงของภาพเขียนของ Albrecht Durer อันหาค่ามิได้ ที่ได้ถูกขโมยจากประเทศเยอรมันนี ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ภาพเขียนทั้ง 2 ภาพนั้นเป็นภาพ Portraits ของ Hans Tucher และภรรยา Felicitas ซึ่งได้วาดขึ้นในปี ค.ศ. 1489 ใน ค.ศ. 1824 ภาพเขียนเหล่านี้ ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของงานสะสมของแกรนด์ดยุกแห่ง Saxe Weimer และในปี ค.ศ. 1868 ภาพเขียนได้ถูกจัดแสดงไว้ในพิพิธภัณฑสถาน Weimer แต่เพื่อเป็นการป้องกันภาพเขียนให้รอดพ้นจากอันตรายจากระเบิดในช่วงสงคราม ได้มีการย้ายภาพไปยัง Schloss Schwarzburg หลังจากนั้นภาพเขียนได้ถูกขโมยในปี ค.ศ. 1945 และหายไปในช่วงเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงกองกำลังทางทหารของสหภาพโซเวียต ภายหลังจากสงคราม

Edward Elicofon ได้ซื้อภาพเขียนในกรุงนิวยอร์กเป็นจำนวนเงิน 450 เหรียญสหรัฐ ต่อมาภาพเขียนได้ปรากฏในพิพิธภัณฑ์ Metropolitan และเป็นส่วนหนึ่งของงานศิลปะที่ได้ถูกค้นพบในรอบศตวรรษ และได้ถูกฟ้องร้องให้เรียกคืน โดยแกรนด์ดัชเชสแห่ง Weimer และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเด็นที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ที่ค่อนข้างจะยุ่งยากก็คือ การเลือกใช้กฎหมาย อายุความการฟ้องร้องในข้อพิพาทระหว่างประเทศ และการสืบสิทธิของรัฐ (State Succession) คดีได้เริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1969 และได้รับการตัดสินในปี ค.ศ. 1982 โดยพิพากษาให้กรรมสิทธิในภาพเขียนตกอยู่กับพิพิธภัณฑ์แห่งชาติเยอรมัน โดยได้พิจารณาว่าภาพเขียนได้ถูกขายโดยเจ้าหน้าที่ชาวเยอรมันให้แก่ชาวเยอรมัน ณ กรุงนิวยอร์ก และได้กล่าวอีกว่า ผู้ขายไม่มีสิทธิครอบครองในการที่จะจำหน่ายโอนสิทธินั้นไปยังผู้ซื้อได้ และภายใต้กฎหมายนิวยอร์ก ผู้ซื้อไม่สามารถได้รับสิทธิดีกว่าผู้ขายโดยทุจริต ดังนั้น จึงได้มีการส่งภาพเขียนนี้กลับคืนไปยังประเทศเยอรมัน