



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Voor en na Mabo. Rechtsontwikkeling in Australië

Schreiner, A.

DOI

[10.5553/RdW/138064242013034003005](https://doi.org/10.5553/RdW/138064242013034003005)

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

Recht der Werkelijkheid

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Schreiner, A. (2013). Voor en na Mabo. Rechtsontwikkeling in Australië. *Recht der Werkelijkheid*, 34(3), 65-75. <https://doi.org/10.5553/RdW/138064242013034003005>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Voor en na *Mabo*. Rechtsontwikkeling in Australië*

Agnes Schreiner



Van rechts naar links: Bryan Keon-Cohen, Eddie (Koiki) Mabo, Ron Castan en Greg McIntyre

1 Inleiding

Gebeurtenissen waarover generaties lang gesproken wordt en waaraan gerefereerd wordt in termen van de tijd 'ervoor' en de tijd 'erna', hebben meestal iets schokkends betekend. Dat geldt voor 9/11 en voor de Tweede Wereldoorlog. Voor het Australische continent veroorzaakte *Mabo* een schokgolf. Voor de tijd van *Mabo* konden de Australiërs weggomen met de constructie dat Australië leeg was toen de Engelsen er aanmeerden (James Cook 1788). De Kroon kreeg er voet aan de grond door een simpele inbezitname. Men dacht de Union Jack te planten in wat in juridisch jargon *terra nullius* heet. De Aborigines werden vanaf die dag met de opalen en de slangen veroordeeld tot de natuurhistorische musea, collecties en wetenschappen. Na *Mabo* groeide de verontrusting onder de Australische grondeigenaren, mijnbouwbedrijven en (erf)pachters. Zij vreesden dat zij het land dat zij soms al zes generaties bezaten of exploiteerden aan de oorspronkelijke bewoners van het continent zouden moeten teruggeven.

Op 6 juni 1992, zo'n twintig jaar geleden, viel de legendarische beslissing van het High Court of Australia in de zaak *Mabo c.s. versus The State of Queensland*. Het was een half jaar na het overlijden van Eddie (Koiki) Mabo, met twee anderen eiser in de zaak. Mabo had wel weet gehad van een gunstige uitkomst, omdat het High Court al eerder, in 1988, in deze zaak beslist had dat de staat Queensland

* Deze bijdrage is tot stand gekomen mede dankzij de gesprekken met de andere auteurs van dit themanummer. Mijn dank gaat ook uit naar de referent, collega's van het Paul Scholten Centrum en mijn medelezers Gert-Jan van Dijk en Paul de Vries.

zijn oorspronkelijke bewoners geen recht had gedaan bij het claimen van het hele grondgebied voor de staat. Het duurde nog vier jaar voordat het gerecht kon uitmaken wat voor soort eigendomsrecht er door de staat Queensland geschonden was.¹ Het werd naar *common law* (het Australische rechtstelsel gaat terug op het Engelse): een *native title* die de Aborigines en Torres Strait Islanders toekwam.² De Australische regering vond dat ze de zaak niet op zijn beloop kon laten – ook dat is vergeleken met *civil law* tradities zoals ons rechtssysteem typisch voor de *common law* traditie.³ Zij kwam met een Act of Parliament om de zaak voor eens en altijd te regelen: Native Title Act 1993.

Het komt vaker voor dat een gestage rechtsontwikkeling stopt door een rechterlijke uitspraak. Rechtswetenschappers bestuderen de juridische *ins* en *outs* van de uitspraak en vinden vaak verborgen voorbodes in de voorafgaande jurisprudentie. Vervolgens onderstrepen zij de juridische argumenten waarmee de betreffende rechter ‘om’ ging. Met deze reconstructie krijgt de rechtsontwikkeling haar neerslag in een geselecteerde jurisprudentielijst. In deze bijdrage zal ik eerst op dezelfde wijze de rechtswetenschappelijke ontwikkeling naar aanleiding van de uitspraak van het Australische High Court analyseren (par. 2).

Het gebruik wil dat een rechterlijke uitspraak de naam draagt van eiser en gedaagde. De jurisprudentielijst bestaat dus voor een belangrijk deel uit namen. Rechtssociologisch onderzoek heeft aangetoond dat de dragers van de namen veelal geen weet hebben van hun rechtswetenschappelijke roem.⁴ De meeste eisers ondernamen de gang naar de rechter opdat hun persoonlijk recht werd gedaan en hun persoonlijke belang werd erkend. Opgenomen worden in de rechtsontwikkeling was niet hun zorg. Velen wensten dat hun naam niet zo’n rechtswetenschappelijke roem zou dragen. Zij wilden de zaak liever achter zich laten.⁵ Ik zal laten zien dat het voor de eiser in de Australische zaak anders ligt. Mabo was vanaf dag één intensief bij de zaak betrokken (par. 3).

Mabo en ook zijn mede-eisers en erfgenamen gingen voor meer dan het eigen belang. Dat betekent niet dat ik de *Mabo*-zaak als een politieke rechtszaak wil analyseren. Eisers in een politieke zaak zijn kinderen van de gevestigde maatschappij. Zij zetten zich in voor een maatschappijverandering.⁶ Maar Mabo’s zaak is er een die geboren wordt uit een andere maatschappij met een eigen rechts-

1 Mabo v. The State of Queensland. Omdat het High Court of Australia deze tijd nam, wordt er in de literatuur gerefereerd aan de Mabo II case, 1992, 175 CLR 1 [1992] HCA 23 naast de Mabo I case, 1988, 166 CLR 186 [1988] HCA 69 tegen. Ik kom hieronder op beide zaken terug.

2 Tot diep in de twintigste eeuw waren de rechtstelsels van Australië en Engeland nog direct met elkaar verbonden door de mogelijkheid van hoger beroep bij de Privy Council in Londen. Met de Australia Act 1986, aangenomen door beide parlementen, werd het High Court of Australia de hoogste en dus laatste beroepsinstantie.

3 In *common law* tradities is het de rechter die uitmaakt wat *common law* is: *justice*. Het parlement waakt over de bestuurbaarheid. *Statue law* moet juist verhinderen dat er vragen rijzen en de rechter ingeroepen wordt. Over het verschil tussen *civil law* en *common law* vanuit rechtsantropologisch gezichtspunt zie ook Schreiner 2010, p. 43-48.

4 Bruinsma 2010.

5 Bruinsma 2010, p. 7.

6 Zie voor een aantal bekende politieke rechtszaken hier in Nederland (en Duitsland) www.bs-foundation.nl/pieter-bakker-schut/.

cultuur. Deze cultuur heeft zich in heel wat meer eeuwen gevormd dan de twee eeuwen voor de Anglo-Australische maatschappij- en rechtsontwikkeling. Anders dan wat wel wordt gedacht, namelijk dat de Aborigines in de prehistorie zijn blijven steken, zijn de eigen maatschappij- en rechtsontwikkeling er verantwoordelijk voor dat de oorspronkelijke bewoners van Australië op eigen voorwaarden en met hun eigen *mindset* in de eenentwintigste eeuw zijn beland. *Mabo* is met het Aboriginal recht op de voorgrond getreden. Hij kan dat omdat naar Aboriginal recht er alleen recht of rechtsontwikkeling is op het moment dat mensen zoals hij daarover kunnen en mogen getuigen (par. 4).⁷

Het gegeven dat er meteen recht is wanneer Aborigines en Torres Strait Islanders daarvan kunnen en mogen getuigen, en de consequenties die dat gegeven heeft, worden door de Anglo-Australische rechtscultuur onvoldoende onderkend, zo zal ik concluderen (par. 5).

2 Voor *Mabo*

In de strijd om hun land zijn de Aborigines meerdere malen naar de Australische rechter gestapt. De eerste gedenkwaardige uitspraak kwam in 1971: de zaak *Gove*.⁸ In deze zaak moest de rechter tot zijn spijt concluderen dat het Australische recht geen ruimte bood voor de eigendomsopvattingen van de Aborigines. De eigenschappen die de Aborigines aan hun landrecht verbonden, betekenden elk op zichzelf juist een ontkenning van een naar Anglo-Australische begrippen gevormd eigendomsrecht. Het Anglo-Australisch recht geeft de landeigenaar het recht om iedereen te weren en om het land te verkopen als hij dat wil. Maar het Aboriginal recht staat daarentegen niemand toe om anderen de toegang te weigeren wanneer die het land – uit hoofde van een sociaal-economische of een ceremoniële verplichting – willen betreden. Laat staan dat het de eigenaren zou toestaan om het land van de hand te doen. Het Anglo-Australische recht trok zich met de rechterlijke beslissing in de zaak *Gove* noodzakelijkerwijs terug op eigen stellingen. Toch wenste het niet het alleenrecht te vestigen en elke andere vorm van recht naast zich uit te sluiten. Integendeel, direct na de uitspraak werd er een onderzoekscommissie ingesteld om een wet voor te bereiden die aan de Aboriginal opvatting ruimte biedt: de Aboriginal Land Rights Commission met als voorzitter de advocaat die de Aborigines in de *Gove Case* had bijgestaan.⁹

De eerste mijlpaal in de geschiedenis van de erkenning van Aboriginal recht wordt in 1976 behaald als voor Northern Territory de *Land Rights Act* wordt aangenomen. Op basis van toen geldende antropologische inzichten had men een formulering weten te vinden voor het 'traditionele' eigenaarschap van land en deze wet-

7 In het licht van de titel van dit themanummer 'de actor als factor in de rechtsontwikkeling' kunnen we stellen dat een Aboriginal actor geen factor is. Hij is of representeert de rechtsontwikkeling.

8 *Milirrpum v. Nabalco Pty & the Cth ofw of de Gove Land Rights Case* (1971) 17 FLR 141.

9 De onderzoekscommissie wordt ook naar de naam van de voorzitter de Woodward Royal Commission genoemd.

telijk vastgelegd.¹⁰ Deze Act diende als uitgangspunt voor de meeste staten om met betrekking tot Aboriginal landrechten eigen Acts in te richten.

Maar de eerste claims die daarop volgden, wezen uit dat de antropologische kennis van de Aboriginal cultuur van dat moment inadequaat was en dat de wettelijke formulering van het traditionele eigenaarschap daarom niet voldeed. De rechters die overeenkomstig de Act het traditioneel eigenaarschap wilden leggen bij een kleine rondtrekkende sociale unit die door een vader met zijn getrouwde zoons en kleinzons zou worden gevormd, zagen zich geconfronteerd met het feit dat naast het biologische ouderschap er belangrijke totemistische, niet-biologische ouderschappen bestaan. De rechter moest constateren dat de wetgever niet door had gehad dat ceremoniële verantwoordelijkheden cruciaal zijn en dat deze niet aan een eigen zoon maar aan die van een zuster worden overgedragen. Hierdoor liggen zeggenschap en verantwoordelijkheid voor heilige plaatsen en voor routes door het land die de verschillende plaatsen verbinden, in handen van zowel neven als adoptief zonen.¹¹ De rechters leerden ook dat Aboriginal vrouwen eigen heilige plaatsen en routes onderhouden en overdragen langs een soortgelijke lijn. Om meer recht te doen aan de Aboriginal kijk en praktijk zou het traditionele eigenaarschap, zoals dat in de wet geformuleerd staat, anders en vooral ruimer geïnterpreteerd moeten worden.¹² De Anglo-Australische rechter bleek bereid om de begrippen op juridieke wijze op te rekken en kende hier en daar een Aboriginal groepering landrechten toe.¹³

In de jaren tachtig had de Australische regering nog het voornemen om de verschillende regelingen die de staten voor Aboriginal zaken hadden opgesteld, te unificeren en de ervaringen opgedaan in de verschillende rechtszaken te integreren. Er werd op grote schaal onderzoek gedaan als voorbereiding op de totstandkoming van één landrechtenwet, een wet voor de hele Commonwealth. Maar door een regeringswisseling en verscheidene scherpe belangentegenstellingen bleef het voorontwerp liggen.¹⁴ Het leek wat de erkenning van de Aboriginal landrechten betreft een aflopende zaak. Totdat begin jaren negentig van de vorige eeuw de erkenning van Aboriginal recht op land onverwachts weer op de agenda kwam.

10 De wet spreekt van een 'local descent group of Aboriginals who – (a) have common spiritual affiliations to a site on the land, being affiliations that place the group under a primary spiritual responsibility for that site and for that land; and (b) are entitled by Aboriginal tradition to forage as of right over that land' (Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976- Part 1 section 3).

11 Deze niet-individualistische, dualistische en zelfs duelachtige kijk op eigenaarschap, zeggenschap en verantwoordelijkheid voor het land speelt vanzelf een rol tussen Mabo en zijn mede-eisers. Ik kom op dit duelachtige in paragraaf 3 terug. Mabo is zegsman voor en tegelijk zegsman met de andere eisers, David Passi en James Rice, die bij elkaar de Meriam people en hun onderlinge verwantschap vertegenwoordigen.

12 Voor een meer uitgebreide behandeling van deze episode rond de Aboriginal Land Rights Act en de claims die daarop volgden zie Schreiner 1997, p. 108-111 en de referenties aldaar.

13 Borsboom 2011, p. 43, meldt dat bijna 50 procent van Northern Territory 'Aboriginal land' is. Northern Territory beslaat nog geen 20 procent van het Australische continent.

14 In 1977 verliest de Labor Party, die toen onder leiding stond van Gough Whitlam (bekend als sociale hervormer), op nationaal niveau de verkiezingen. Bovendien hadden projectontwikkelaars en lobbyisten van de mijnbouw- en de veeteeltindustrie in de meeste staten, zoals in Western Australia en – zoals we zullen zien – in Queensland, vaste voet aan de grond bij de federale regeringen, zie Mardiros 1997, p. 147-148.

Het Anglo-Australische recht was opnieuw genoodzaakt om binnen zijn eigen gelederen orde op zaken stellen. Het High Court van Australië floot namelijk de regering van Queensland terug die gehoopt had in één klap al haar Aborigines en Torres Strait Islanders te onteigenen door bij wetgeving het hele grondgebied voor de staat Queensland te claimen. Door deze actie zou er een breuk in het continue gebruik van het land door Aborigines te forceren zijn. Queensland dacht deze juridische weg te kunnen afleiden uit eerder door de rechter gedane uitspraken en deze te kunnen benutten als mogelijkheid om het land uit handen van de Aborigines te houden. De hoogste rechter oordeelde deze actie echter in strijd met de *Racial Discrimination Act 1975*, een uitvloeisel van het internationale verdrag dat de eliminatie van alle vormen van discriminatie beoogt.¹⁵ De rechter kwam tot deze conclusie omdat de Aborigines door de regering van Queensland werden onteigend zonder het recht te hebben op compensatie, een recht dat ieder ander die onteigend wordt, vanzelfsprekend heeft. Nu met deze beslissing, *Mabo I case* (1988), is komen vast te staan dat Aborigines zonder compensatie onteigend waren, moest de vraag nog beantwoord worden wat voor een eigenaarschap de Aborigines dan wel zouden hebben of gehad zouden hebben. Na lang beraad – vier jaar – heeft de Australische hoge rechter uitgemaakt dat de Aborigines een zogenoemde *native title* tot het land hebben, die door de Kroon, ook al is deze in het bezit van de soevereiniteit van het land, dient te worden gerespecteerd.¹⁶ Eindelijk was daar de erkenning van officiële zijde dat het land niet leeg was toen de Engelsen in 1788 voet aan wal zetten, maar dat het land in handen van de Aborigines was. Met *Mabo II case* (1992) ging de rechter ‘om’.

3 Over Mabo

‘Eddie Mabo, the man who changed Australia’, schreef Duncan Kennedy op 6 juni 2012 ter herdenking van het twintigjarig bestaan van de Native Title. ‘He petitioned, campaigned, cajoled and questioned Terra Nullius for 18 years.’¹⁷ Koiki (Eddie) werd in 1936 geboren en groeide op op het eiland Murray, ten oosten van de noordkust van Queensland, dat ook zijn naam leent aan een eilandengroep, de Murray Islands. De inheemse bevolking, Torres Strait Islanders, noemt het eiland ‘Mer’. Zijzelf zijn de Meriam people. Koiki werd opgevoed door zijn oom, Benny Mabo, een broer van zijn moeder die tijdens zijn derde levensjaar gestorven was.¹⁸ Toen hij een jaar of zestien was, viel hij op het verkeerde meisje en omdat hij ook anderszins te eigenzinnig was naar de smaak van de eilandraad en de smaak van een van Queenslanders reders die het eiland in economische handen had, moest hij zijn geboortegrond verlaten. Koiki Mabo werd naar het vaste-

15 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965).

16 Vgl. Schreiner 1997, p. 112-114.

17 BBC News, zie www.bbc.co.uk/news/magazine-18291022.

18 Naar Anglo-Australisch recht zou Mabo's onderbrenging een adoptie betekenen, maar naar Aboriginal recht rust een van de belangrijkste opvoedende taken op de schouders van de broer van de moeder. Zijn onderbrenging bij familie is conform het Aboriginal familie- en erfrecht. Zie ook noot 12 over het belang van neven in het bepalen van landrechten.

land gestuurd om zijn wilde haren kwijt te raken.¹⁹ De aldaar onverminderde tegenwerking en de stelselmatige aantasting van zijn bestaansrecht met bijbehorende mensenrechten voedden zijn strijd tegen discriminatie. Eddie (Koiki) Mabo verzette zich tegen de achterstelling van de Aborigines die veel minder betaald kregen vergeleken bij de andere werkers in de havens, op de boten, aan de spoorwegen en op de suikerrietvelden. Hij zocht steun voor zijn strijd bij de vakbonden. Alleen de communistische vakbond had aandacht voor de oorspronkelijke bewoners van Australië.²⁰ Door de omgang met de communisten was hij in de gelegenheid om het Engels beter te leren lezen en schrijven; ook leerde hij goed spreken.²¹ De vakbond was zijn leerschool met betrekking tot de sociale, economische, juridische en politieke wereld van blank Australië. Hij raakte er beter in thuis dan de gemiddelde Australiër. Hij werd activist van de Aboriginal Advantage League en lobbyist in de campagne voor gelijke burgerrechten voor de oorspronkelijke bewoners van Australië.

Pas in 1967 werden de Aborigines bij referendum – wel met een grote meerderheid – voor de Grondwet gelijkgesteld. Eddie Mabo initieerde daaropvolgend in zijn woonplaats Townsville (Queensland) het seminar *We the Australians — What is to Follow the Referendum?* Het had succes, want blanke en zwarte toehoorders stroomden toe. Zelf zou hij aan het referendum gevolg geven door onder meer een zwarte school op te richten, opdat de Aboriginal taal en cultuur aan volgende generaties doorgegeven worden. Bovendien zette hij zich in voor een Treaty tussen de Indigenous People en de Australische regering.²²

Mabo werkte als tuinman op de campus van de James Cook University (Townsville, Qld). In de jaren zestig en zeventig was deze campus even roerig als die van de Europese en Amerikaanse universiteiten. Door zijn baan en zijn betrokkenheid was hij kind aan huis bij activistische professoren en rechtenstudenten.²³ Van hen moest hij horen dat het eiland waarvan hij dacht dat het van hem en de zij-

19 Deze verbanning is vanuit het perspectief van Aboriginal recht als een taboeïsering te begrijpen die niet als negatief beschouwd moet worden. Zie Schreiner 1997b.

20 Franklin 1976, p. 134.

21 Zijn omgang met communisten deed hem ook regelmatig in de politieel belanden. Om die reden ondervond Mabo naar eigen zeggen tegenwerking bij zijn wens om zijn Murray te bezoeken en kreeg hij per telegram te horen dat hij zijn eiland niet mocht bezoeken als hij politieke actie onderneemt (Loos 1996, p. 12), www.textqueensland.com.au/item/chapter/57401b446794f95be8da9f2ee6e9f458.

22 Uit die tijd stamt ook het tentencomplex op het grasveld voor het Parlementsgebouw in Canberra, dat de Aborigines en Torres Strait Islanders voor hun *Embassy* houden.

23 Een van de jonge professoren was Henry Reynolds, historicus gespecialiseerd in de eerste confrontaties van de Engelsen met de Aborigines. Mabo onderhield met hem een levenslange vriendschap. Reynolds heeft Mabo aangemoedigd.

nen was, enkel de Kroon toebehoorde.²⁴ Zo'n onbeschaamdheid kon er bij hem niet in. Het werd zijn missie om daartegen ten strijde te trekken.²⁵

In 1981 werd aan 'zijn' universiteit de conferentie *Land Rights and the Future of Australian Race Relations* gehouden. Mabo was als spreker uitgenodigd. Onder de deelnemers kwam het idee op om de *terra nullius* fictie eindelijk eens aan te kaarten door de staat Queensland aan te klagen bij het High Court van Australia.²⁶ Een onderzoeksteam van juristen en Torres Strait Islanders ging aan de slag.²⁷ Het zou een zaak met een internationaalrechtelijke insteek worden. In 1982 werd de claim ingediend waarop tien jaar later de legendarische uitspraak van het High Court of Australia volgde.

'He was, if you like, an Australian Nelson Mandela, someone who led his people in a struggle against incalculable odds, to what was rightfully theirs', aldus Duncan Kennedy.²⁸

4 Met Mabo

Zouden we het hier laten bij de presentatie van een rechtsontwikkeling aan de hand van de belangrijkste rechterlijke en wetgevende mijlpalen (I) en bij de schets van een biografie met de belangrijkste jaartallen van een mensenleven en van de belangrijke sociaal-politieke-juridische momenten binnen een activistisch bestaan (II), dan zou het niet meer zijn dan een bijzetting van de zaak *Mabo* en de man Mabo in Australische analen. Ook zou in dat geval de incorporatie in de westerse gedachtewereld van alles waarvoor Eddie Mabo in het geweer kwam, zo goed als compleet zijn: *native title* in het westerse *common law* systeem, Mabo als protagonist in de westerse sociale, politieke en economische wereld van blank Australië, de zaak en de man Mabo in de historische ontwikkelingslijn van de westerse geschiedenis van het Australische continent. Maar we weten dat die geschiedenis maar twee eeuwen geleden begonnen is. Analyseren we de zaak en het optreden van de man Mabo opnieuw maar nu binnen het gedachtegoed van de Australische Aborigines dan valt als bij *Gestalt Switch* de incorporatie in de westerse juridische wereld weg. Met precies dezelfde contouren verdwijnt de ene gestalte, Eddie Mabo, om meteen plaats te maken voor de andere gestalte, Koiki Mabo. Om deze

24 www.mabonativetitle.com/info/studentsWhoHadDoneRace.htm.

25 Naast de biografie van Loos & Mabo 1996, de archieven van de universiteit (zie noot 22) en het nationale archief met de Mabo Papers (gedeeltelijk openbaar <http://nla.gov.au/nla.ms-ms8822>) is er de documentaire 'Mabo. Life of an island man' uit 1997 gemaakt door Trevor Graham die begon met opnames maken in 1989 voor een filmdocumentaire met Koiki en de documentaire afrondde met Mabo's nabestaanden: Mabo's vrouw Benita en zijn kinderen Eddie, Gail, Mario, Celuia en Malita. In het jaar 2012, waarin het twintigjarig bestaan van de Mabo-uitspraak werd herdacht, kwam bovendien de tv-film 'Mabo. A Story of Love, Passion & Justice' uit, gemaakt door Rachel Perkins, oprichtster van Blackfella Films.

26 www.mabonativetitle.com/info/IRAndTheFutureOfRaceRel.htm.

27 Greg McIntyre (Aboriginal Legal Aid Service, Cairns), Barbara Hocking (barrister Melbourne), Ron Castan (QC) en Bryan Keon-Cohen (barrister Melbourne), die onlangs over zijn betrokkenheid publiceerde. Zie Keon-Cohen 2013.

28 Zie noot 18.

switch te laten slagen is een perspectiefwisseling nodig. De Aboriginal zaak en de Aboriginal man Mabo kunnen we zien als we van gezichtspunt ruilen. Met Koiki Mabo verdwijnt dan de inpassing van Eddie Mabo in de westerse wereld. Daarmee moet ook het idee overboord dat de westerse wereld zich ontwikkelt waar de Aboriginal wereld achterblijft in de voormoderne wereld met eeuwenoude (lees: versteende) tradities. Voor Aborigines is geschiedenis, geschiedenis als instituut, van geen belang. Met hetzelfde gemak als waarmee duizenden jaren oude Aboriginal rotstekeningen worden bijgekleurd en bijgetekend met moderne attributen als vliegtuigen en blanke Hollanders, wordt het Aboriginal recht bijgekleurd en bijgetekend met *native titles, claims* en *treaties*.²⁹ Dus als de *Gestalt Switch* lukt dan is nu de inpassing van manifestaties van de westerse wereld in de Aboriginal wereld op de voorgrond geschoven. In de Aboriginal wereld gaat het om 'dreamings', wat het weten is in het hier en nu. *Dreamings* worden ook 'songlines' genoemd omdat het verhalen zijn die worden gezongen, gedanst en verteld onder het lopen en scanderen. De verhalen gaan over alles wat de Aborigines weten en geleerd hebben van hun voorouders: de *dreamings*, het land, de ceremonies, het recht enzovoort.³⁰ Daarbij is alles even actueel of het nu gaat om het land dat er altijd ligt en verzorgd dient worden, om de ceremonies die alleen bestaan op het moment dat ze worden opgevoerd of om het recht dat volgt uit het gedrag dat gewogen of getest wordt door het gedrag van omstanders.³¹

Mabo is naar Aboriginal recht geïnitieerd door zijn oom.³² Hij heeft taboes doorbroken en daarmee moed bewezen. Hierdoor worden zijn talenten en initiatieven als positieve kanten gekwalificeerd.³³ Telkens als hij botst met mede-eisers, doorzet en overtuigt, bevestigt hij meer en meer zijn positie als 'lawman'. Een *lawman* is iemand die alle initiaties heeft doorlopen en dus op de hoogte is van alle *ins* en *outs* van de Aboriginal cultuur. Daaronder vallen alle *ins* and *outs* van het land, van het recht, van de ceremonies en van de 'dreamings'. Hij heeft bewezen zich verantwoordelijk te houden en was bereid voor de goede zaak en naar Aboriginal gebruik elk duel aan te gaan. Filmopnames van Mabo's aankomst op het eiland Murray met een gerechtelijk onderzoeksteam om zijn land aan te wijzen, getuigen van de omzichtige ontmoeting met zijn (verre) familieleden en andere eilandbewoners en van de tests die Mabo moet ondergaan om hun instemming te verwerven.³⁴ Het onderhandelen, palaveren met de rechterlijke en parlementaire instanties staat op dezelfde lijn als het onderhandelen, palaveren met de Murray eilandbewoners. De uitkomst hier en nu maakt dat het leven verdergaat.

29 Het feit dat niets bij het oude blijft, bemoeilijkt zonder meer de bewijsvoering in de Anglo-Australische landrechtzaken en *native title claims* waarbij immers om authentieke tradities en traditionele bindingen wordt gevraagd.

30 *Dreamings* worden ook geschilderd, Schreiner 2013.

31 Het gerechtelijk duel van onze voorouders komt erbij in de buurt. 'De waagschaal is de weegschaal der gerechtigheid (Huizinga).' Schreiner 1997b, p. 849; Williams 1987.

32 Door het Supreme Court of Queensland werd deze adoptie naar Aboriginal recht niet erkend. Eddie Mabo is naar de bevindingen van Justice Martin Moynihan geen Mabo. Zie www.nfsa.gov.au/digitallearning/mabo/thecase_25.shtml.

33 Zie Schreiner 1997b.

34 Zie Loos & Mabo 1996.

5 Na Mabo

Door de verrassende uitspraak van de Australische Hoge Raad kwam heel Australië op zijn kop te staan. Voor het Anglo-Australische recht betekende het dat de 'nieuwe' titel tot het land ingepast moest worden in het bestaande stelsel om als coherent stelsel te kunnen voortbestaan. Er moest dus bepaald gaan worden welke plaats *native title* vanaf dat moment ten opzichte van de andere titels – zoals eigendom, vruchtgebruik, huur en pacht – mocht innemen en met welke terugwerkende kracht.³⁵ In het parlementaire proces, de aanloop naar de 1993 *Native Title Act*, werd binnen de grenzen van wat als *common law* was komen vast te staan, zwaar onderhandeld. Maar met de Act begon de belangenstrijd opnieuw en ook de gang naar de rechter. De veehouders en de mijnbouwers waren en bleven bevreesd dat zij van het land verdreven zouden worden; de Aborigines op hun beurt dat hun *native title* als verloren zou worden beschouwd. Waar de eersten in hun vrees vasthouden aan de Anglo-Australische eigendomsvisie dat landeigenaren iedereen mogen weren of het land mogen vervreemden, daar houden de laatsten vast aan de eigendomsvisie dat de eigenaren om toestemming gevraagd moet worden waarbij de toegang niet geweigerd zal worden. Het toestemming vragen en verlenen verloopt – zoals hiervoor beschreven – volgens de duelachtige regels van de Aboriginal rechtspraktijk en zorgt voor een actuele, prompte uitkomst. Het maakt duidelijk waarom *negotiating* het sleutelwoord is van het Aboriginal recht. Maar door de Anglo-Australische rechtspraktijk wordt dit onvoldoende ingezien. Het Anglo-Australische recht ziet veel liever afhandeling in plaats van onderhandeling.

Het High Court of Australia nam in 1996 opnieuw een belangrijke beslissing. In *Wik peoples versus the State of Queensland* werd bepaald dat een *native title* naast een *pastoral lease* van de veehouders kon bestaan.³⁶ Wat de verontrusting naar aanleiding van deze *Wik*-uitspraak betreft, zouden we opnieuw over de periode voor *Wik* en na *Wik* kunnen spreken. De National Farmers Federation met als woordvoerder Donald McGauchie en CEO's van de mijnindustrie zette de regering onder druk om de *Native Title Act* te ammenderen.³⁷ Zij eisten dat de jarenlange pacht (*lease*) zou worden omgezet in eigendom (*freehold*). De vertegenwoordigers van de oorspronkelijke bewoners van Australië, *lawmen* en *lawwomen*, vinden dat de Staat, als hij toegeeft, uitverkoop houdt van dat wat een collectief publiek goed

35 Deze formulering is wellicht te veel gegoten in termen van de *civil law* tradities waarin de wet en dus de wetgever waakt over het systeem van de wet die de rechter slechts moet toepassen. In *common law* tradities is het de rechter die uitmaakt wat *common law* is: *justice*. Het parlement waakt over de bestuurbaarheid. *Statue law* wil verhinderen dat er vragen rijzen en de rechter ingeroepen wordt. Zie ook noot 4.

36 *Wik peoples v. the State of Queensland*, 1996, 187 CLR 1 [1996] HCA 40.

37 Zie de documentaire 'After Mabo' uit 1997 gemaakt door John Hughes.

is waarvan iedereen moet kunnen genieten.³⁸ Georganiseerd als National Indigenous Working Group brengen zij hun *position paper* 'Co-existence - Negotiation and Certainty' in stelling. Maar McGauchie van de Boerenfederatie brengt hier fel tegen in: 'Their point is that we don't need to do anything to secure our interest. We don't believe that, quite frankly we will need to have security of our position in legislation. We are not accepting anything on Trust. We want it all written down. We want the i dotted, the t crossed, the full stops in all right places.' Waar Aboriginal leiders pleiten voor onderhandeling en daarna weer onderhandeling, daar willen de Australische boeren en mijnbouwers de zaak voor eens en altijd, zwart-op-wit geregeld zien. De Australische regering, destijds onder John Howard, zag het als haar taak om de kwestie weer te regelen en bij wet vast te leggen. Na twee jaar onderhandeling neemt het Australische parlement de *Native Title Amendment Act 1998* aan. De staten, waaronder Queensland, mogen onder die Act de *leases* die ze aan veehouders of mijnbouwers verleenden, permanent maken.

Kortom, in de Anglo-Australische rechtsontwikkeling van de laatste vier decennia vinden de Aboriginal *lawmen* en *lawwomen* met hun karakteristieke kwaliteit van 'onderhandelen' en 'vaststellen voor het moment' soms gehoor bij de *common law* rechter die vaststelt wat in het gegeven geval 'justice' is. Ook in wetsvoorbereidingen is het Aboriginal recht dankzij de aanwezigheid en de krachtige getuigenissen van de Aboriginal vertegenwoordigers niet meer weg te denken. Maar het wordt keer op keer teruggezet of buitenspel geplaatst als met meerderheid van stemmen in het parlement wordt vastgesteld wat zwart-op-wit als Anglo-Australische wet moet gelden.³⁹

Literatuur

- Borsboom, A., 'Van uitsluiting tot acceptatie: koloniale geschiedenis van Australische Aborigines', *Leidschrift* 2011, 26/1, p. 33-47.
- Bruinsma, F. e.a., *De Hoge Raad van onderen*, Deventer: Kluwer 2010.
- Franklin, M., *Black and White Australians: An Inter-Racial History 1788-1975*, Melbourne: Heinemann 1976.
- Keon-Cohen, B., *A Mabo Memoir: Islan Kustom to Native Title*, Malvern, Vic.: Zemvic Press 2013.
- Loos, N. & K. Mabo, *Edward Koiki Mabo. His life and struggle for land rights*, St. Lucia: University of Queensland Press 1996.

38 Idem. Hughes brengt Micheal Dodson in beeld, die verbonden is aan het Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS) in Canberra en als eerste Aborigine afgestudeerd is als jurist. Hij verdedigt het 'Public Good' met zoveel woorden. Naast hem komen er vele Aboriginal leiders, mannen en vrouwen van de National Indigenous Working Group, aan het woord, onder wie Noel Pearson, een begenadigd spreker. Maar ik zou geen recht doen aan het Aboriginal leiderschap om onder de vele Aboriginal vertegenwoordigers de opvolger van Eddie Mabo aan te wijzen.

39 Native Title Amendment Act 1998 geldt tot op de dag van vandaag. Er wordt nog steeds uitvoering aan gegeven en er wachten nog vele *native title claims* op een beslissing ('*determination*').

- Mardiros, D., "Fighting for country": Aboriginal land aspirations and common law land claims in the Kimberley region of Western Australia', *Law & Anthropology* 1997, 9, p. 146-157.
- Schreiner, A., 'De film "Two Laws" in een twilight zone', *Recht der Werkelijkheid* 1997 (18) 2, p. 103-119. (Schreiner 1997a)
- Schreiner, A., 'Er is moed voor nodig', *Ars Aequi* 1997, 46/12, p. 844-849. (Schreiner 1997b)
- Schreiner, A., 'Geen "statute" maar een "code"! ', *Recht der Werkelijkheid* 2010 (31) 2, p. 43-48.
- Schreiner, A., 'How Law manifests itself in Aboriginal Art', *Erasmus Law Review* 2013, 12.
- Williams, N.M., *Two Laws. Managing disputes in a contemporary Aboriginal community*, Canberra: Australian Institute of Aboriginal Studies 1987.