



English



Vietnamese ✓



ÚCLII

Tạp chí Luật của Đại học Tasmania

Kune, Randall --- "Những thế hệ bị đánh cắp tại tòa án: Giải thích sự thiếu hụt các vụ kiện tụng thành công trên diện rộng của các thành viên của những thế hệ bị đánh cắp" [2011] UTasLawRw 2; (2011) 30(1) Tạp chí Luật của Đại học Tasmania 32

I GIỚI THIỆU

II NHỮNG BÍ QUYẾT CỦA WINDSCHUTTLE

III. CÁC TRỞ NGẠI VÀ HÌNH THỨC KHÔNG ÍCH THÚC ĐẾN VIỆC KIẾN TỤNG

Một trở ngại pháp lý

B Những trở ngại về bằng chứng

C Những trở ngại về thủ tục

D Những trở ngại về tâm lý, kinh tế xã hội và văn hóa

E Sự không đầy đủ của thiệt hại

IV KẾT LUẬN

Thế hệ bị đánh cắp tại tòa: Giải thích sự thiếu hụt các vụ kiện tụng thành công trên diện rộng của các thành viên thế hệ bị đánh cắp

RANDALL KUNE ^[*]

'Tôi muốn đứa trẻ được cứu nếu không phải tốn kém nhiều chi phí; nếu không, uy tín của Bộ có thể bị ảnh hưởng.' ^[1]

'Việc sở hữu trẻ em biểu thị quyền sở hữu tương lai.' ^[2]

I GIỚI THIỆU

Bài viết này xem xét các lý do khiến các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp không kiện tụng thành công trên diện rộng. Thuật ngữ 'Thế hệ bị đánh cắp' ám chỉ trẻ em thổ dân Úc bị chính phủ Úc cưỡng bức tách khỏi gia đình và nền văn hóa của mình vì lý do chủng tộc từ cuối những năm 1800 đến những năm 1970. ^[3] Mặc dù vẫn đang tiếp tục tranh luận về số lượng trẻ em thổ dân bị đưa đi, ^[4] không còn nghi ngờ gì nữa rằng các quan chức đã cưỡng bức tách hàng nghìn trẻ em thổ dân khỏi cha mẹ của chúng trong thời gian này. ^[5]

Trong báo cáo năm 1997 của Ủy ban điều tra quốc gia về việc tách trẻ em thổ dân và người dân đảo Torres Strait khỏi gia đình và đưa chúng về nhà, Ủy ban nhân quyền và cơ hội bình đẳng Úc (HEROC) tuyên bố những hành động trục xuất này là vô đạo đức và trong một số trường hợp là bất hợp pháp:

Thực hành của Úc về việc di dời trẻ em bản địa liên quan đến cả sự phân biệt chủng tộc có hệ thống và diệt chủng theo định nghĩa của luật pháp quốc tế. Tuy nhiên, nó vẫn tiếp tục được thực hiện như một chính sách chính thức trong thời gian dài sau khi bị cấm rõ ràng bởi các hiệp ước mà Úc đã tự nguyện ký kết. ^[6]

Ủy ban lưu ý thêm rằng, mặc dù việc tách trẻ em ra khỏi cha mẹ có thể được pháp luật cho phép, nhưng hành động này vẫn mang tính phân biệt đối xử và diệt chủng:

Cuộc điều tra đã phát hiện ra rằng việc bắt cóc trẻ em bản địa bằng cách ép buộc, cưỡng ép hoặc ảnh hưởng không đúng mực thường được luật pháp cho phép, nhưng những luật đó đã vi

phạm các quyền cơ bản của luật chung mà người Úc bản địa phải được hưởng bình đẳng như tất cả những người Úc khác. [7]

Keith Windschuttle có quan điểm trái ngược trong *The Fabrication of Aboriginal History Volume 3: The Stolen Generations 1881–2008* :

Kết luận của tôi là không chỉ cáo buộc diệt chủng là không có cơ sở, mà thuật ngữ 'Thế hệ bị đánh cắp' cũng vậy. Trẻ em thổ dân không bao giờ bị tách khỏi gia đình của chúng để chấm dứt chế độ thổ dân hoặc thực sự là để phục vụ bất kỳ chính sách hoặc chương trình không phù hợp nào của chính phủ. Số lượng nhỏ trẻ em thổ dân bị tách khỏi gia đình trong thế kỷ XX hầu như đều dựa trên cơ sở phúc lợi trẻ em theo truyền thống. [8]

Ông tuyên bố rằng việc thiếu các vụ kiện tụng thành công rộng rãi của các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp ủng hộ cho kết luận này. Nói một cách đơn giản, ông nói rằng '[nếu] câu chuyện Thế hệ bị đánh cắp là sự thật, thì các thành viên của nó hẳn đã có nhiều chiến thắng tại tòa án vào thời điểm này'. [9]

Mặc dù lập luận của Windschuttle là không thực tế và phi logic, bản chất và mức độ của nhiều trở ngại và sự ngăn cản mà những người kiện tụng *Stolen Generations* phải đối mặt chỉ mang tính suy đoán và cần được phân tích và nghiên cứu thực nghiệm thêm. Phân tích và nghiên cứu này rất cần thiết vì, xét đến tuổi thọ trung bình của người Úc bản địa thấp hơn so với người Úc không phải bản địa, nhiều người liên quan đang đến gần cuối cuộc đời.

Cuộc tranh luận về sự tồn tại và mức độ của Thế hệ bị đánh cắp nêu lên mối quan ngại rộng hơn về khả năng thiếu tiếp cận công lý đối với cả trẻ em nạn nhân của việc di dời trái phép và đối với người Úc bản địa nói chung. Cuộc tranh luận cũng nhấn mạnh đến sự bất lực của hệ thống pháp luật trong việc cung cấp công lý cho trẻ em bản địa và không phải người Úc bản địa, những người đã là nạn nhân của hành vi sai trái có hệ thống.

II NHỮNG BÍ QUYẾT CỦA WINDSCHUTTLE

Windschuttle lưu ý rằng những người ủng hộ Thế hệ bị đánh cắp cáo buộc rằng có từ 50.000 đến 100.000 trẻ em đã bị bắt đi. [10] Windschuttle cho biết, con số này là nhóm những người có thể bị kiện tụng Thế hệ bị đánh cắp. Sau đó, ông kết luận, trái ngược với con số này, rằng ước tính là 8.250. [11] Dù con số là bao nhiêu, Windschuttle cũng không nhận ra rằng không phải tất cả các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp đều là những người có khả năng bị kiện tụng. Một số đã chết. Một số sẽ mất khả năng lao động do tuổi tác, bệnh tật hoặc khuyết tật. Những người khác sẽ không biết rằng họ là thành viên của Thế hệ bị đánh cắp. [12] Họ có thể không biết mình đã bị bắt đi, hoặc tại sao, và có thể không nghi ngờ rằng họ có di sản thổ dân. Những người như vậy phải bị loại khỏi nhóm những người có khả năng bị kiện tụng.

Windschuttle chấp nhận rằng những người kiện tụng *Stolen Generations* phải đối mặt với một số sự ngăn cản và cản trở tiềm ẩn, nhưng lại không mấy quan tâm đến những điều này. Thay vào đó, ông đưa ra phán đoán giá trị mang tính suy đoán rằng động cơ tài chính để kiện tụng sẽ lớn hơn bất kỳ sự ngăn cản nào. Ông đề cập đến khoản bồi thường cho người kiện tụng *Stolen Generations* duy nhất thành công, Bruce Trevorrow, vào năm 2007 với số tiền là 525.000 đô la cộng với 250.000 đô la tiền lãi, [13] và viết rằng '[mặc dù] đúng là hành động pháp lý là một quá trình khó khăn và có thể mất nhiều năm để đưa ra kết quả, nhưng với khoản bồi thường tiềm năng như vậy, rõ ràng nỗ lực này sẽ đáng giá đối với các trường hợp thực sự'. [14] Ông tiếp tục, điều này đặc biệt đúng, xét đến nhóm người kiện tụng tiềm năng khổng lồ và thời gian (hơn 25 năm) mà những người kiện tụng tiềm năng và luật sư này 'đã có khiếu nại về vấn đề này'. [15] Windschuttle thừa nhận mối quan ngại về sự tồn tại của tư duy phân biệt chủng tộc và dân tộc trung tâm cố hữu trong hệ thống pháp

luật, nhưng kết luận rằng lập luận này 'khó tin' ^[16] xét theo các phán quyết có lợi cho người bản địa của Tòa án tối cao trong vụ *Mabo* ^[17] và *Wik* . ^[18]

Nhìn chung, lập luận của Windschuttle là phi logic và không thực tế. Ông cho rằng một sai trái về mặt đạo đức và xã hội (việc cưỡng ép tách trẻ em thổ dân khỏi gia đình vì lý do chủng tộc) đã không xảy ra vì chưa có sự công nhận rộng rãi thông qua các vụ kiện tụng thành công rằng những sai trái này cũng là những sai trái về *mặt pháp lý* có thể bồi thường . Lập luận của ông là phi logic vì nó tìm cách sử dụng việc thiếu bằng chứng về hành vi sai trái về mặt pháp lý làm bằng chứng để chứng minh rằng không có hành vi sai trái về mặt xã hội hoặc đạo đức nào xảy ra. *Bringing Them Home* ^[19] và cựu Thủ tướng Kevin Rudd trong lời xin lỗi của mình tới Thế hệ bị đánh cắp đã thừa nhận sai trái về mặt xã hội hoặc đạo đức. ^[20] Sai trái về mặt đạo đức nằm ở chủ nghĩa phân biệt chủng tộc của luật pháp, chính sách và thông lệ di dời, ở cách đối xử khác nhau giữa trẻ em thổ dân và trẻ em không phải thổ dân, ^[21] ở giả định rằng các phương pháp nuôi dạy trẻ của người da trắng vượt trội hơn so với người thổ dân, ^[22] và ở sự phá hủy bản sắc và văn hóa của những đứa trẻ bị đánh cắp được giao cho những người chăm sóc không phải là người bản địa. ^[23]

Lập luận của Windschuttle cũng không thực tế. Kiện tụng là một thẩm phán tồi về lịch sử. Việc không có kiện tụng thành công không nên được coi là bằng chứng của sự thật lịch sử rộng lớn. Cụ thể hơn, các quyết định của tòa án không phản ánh 'các mô hình chung, nguyên nhân và hậu quả' tạo nên lịch sử. ^[24] Các lý do cho điều này có liên quan nhiều đến bản chất của hệ thống xét xử đối đầu.

Những người kiện tụng đưa ra tố tụng có trách nhiệm chứng minh lời buộc tội của họ theo tiêu chuẩn chứng minh bắt buộc, trong các khu vực tài phán dân sự trên khắp nước Úc, điều này phụ thuộc vào cân cân xác suất. Đây không phải là 'một cuộc tìm kiếm sự thật bằng bất kỳ phương tiện nào'. ^[25] Các phiên tòa được tiến hành theo các quy tắc tố tụng và bằng chứng, trong bối cảnh thử nghiệm về tính liên quan được đóng khung bởi các nguyên nhân hành động được đưa ra. Nếu trường hợp của người nộp đơn không thành công, điều đó có thể có nghĩa là hành vi bị khiếu nại không vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, điều đó cũng có thể có nghĩa là họ không đáp ứng được tiêu chuẩn chứng minh.

Các vụ án được quyết định dựa trên bằng chứng do các bên trình bày (hoặc đồng ý). Các bên phải trình bày bằng chứng hỗ trợ cho vụ án của mình. Nếu một bên không trình bày đủ bằng chứng để chứng minh vụ án của mình một cách cân bằng, hoặc không tranh luận hiệu quả về các vấn đề có liên quan trong tranh chấp, thì họ sẽ thua. Điều này không có nghĩa là các sự kiện bị cáo buộc đã không xảy ra, mặc dù đó là hiệu lực pháp lý của phán quyết của tòa án. ^[26] Các sự kiện cần chứng minh phải là những sự kiện có liên quan đến nguyên nhân hành động được đưa ra, chứ không phải là bằng chứng có liên quan rộng hơn đến bối cảnh chính sách và thực tiễn của người bản địa Úc. ^[27]

III. CÁC TRỞ NGẠI VÀ HÌNH THỨC KHÔNG ÍCH THÚC ĐẾN VIỆC KIỆN TỤNG

Các lập luận của một số người ủng hộ và phản đối Stolen Generations đã bị phân cực, thường mất cân bằng, ^[28] và bằng chứng đôi khi bị che khuất bởi ngôn ngữ đạo đức và cảm xúc, và khái quát hóa rộng rãi. Trong phần sau, tác giả không có ý định chứng minh hoặc bác bỏ sự tồn tại của Stolen Generations, tham gia vào cuộc tranh luận ngôn ngữ về các từ 'bị đánh cắp' hoặc 'các thế hệ', ^[29] hoặc tham gia vào 'cuộc chiến lịch sử' ^[30] nhưng cố gắng có quan điểm cân bằng về cuộc tranh luận.

Một trở ngại pháp lý

Trong vụ *Kruger kiện The Commonwealth* , ^[31] chín người bản địa kiện tụng khẳng định tính vô hiệu về mặt hiến pháp của luật được cho là đã cho phép tách tám người trong số họ khỏi gia đình khi còn là trẻ em và tách con của một người trong số họ khỏi gia đình. ^[32] Họ cũng lập luận rằng có nguyên nhân hành động cho

phép họ được bồi thường thiệt hại do vi phạm các quyền hiến định rõ ràng và ngụ ý. Tuy nhiên, Tòa án cấp cao đã chấp nhận tính hợp hiến của *Sắc lệnh thổ dân năm 1918* của Lãnh thổ phía Bắc, ^[33] vì nó nằm trong thẩm quyền lập pháp của Khối thịnh vượng chung theo *Điều 122* của *Hiến pháp*; ^[34] nó không vi phạm học thuyết phân chia quyền lực; ^[35] nó không vi phạm quyền tự do tôn giáo theo *Điều 116* của *Hiến pháp*; ^[36] và nó không vi phạm bất kỳ quyền ngụ ý nào về tự do đi lại và lập hội ^[37] hoặc bình đẳng ^[38] có thể tồn tại. Tòa án cũng phán quyết rằng vi phạm quyền hiến định không dẫn đến nguyên nhân hành động mới về thiệt hại ngoài hành vi vi phạm pháp luật hoặc hợp đồng. ^[39]

Tòa án cấp cao cũng bác bỏ các khiếu nại rằng *Sắc lệnh* được ban hành nhằm mục đích diệt chủng hoặc nhằm mục đích tiêu diệt một nhóm chủng tộc, nhưng ngược lại cho rằng nó có lợi về mặt ý định. ^[40] Tuy nhiên, đa số không xem xét liệu *Hiến pháp* có hạn chế luật diệt chủng hay không, ^[41] để ngỏ khả năng này cho các vụ kiện tụng trong tương lai. Quyết định này cũng để ngỏ khả năng bồi thường thiệt hại do *sử dụng sai* quyền lực đó hoặc quyền lực tương tự. ^[42] Chánh án nhấn mạnh rằng việc sử dụng sai phải được đánh giá theo các tiêu chuẩn của thời đại chứ không phải các tiêu chuẩn đương thời. ^[43] Khó khăn trở thành việc chứng minh rằng việc bãi nhiệm là không có thẩm quyền vì lý do là vô lý theo các tiêu chuẩn của thời đại. ^[44] Điều đó đã được lập luận trong *Cubillo v The Commonwealth*. ^[45] Nó đã không thành công. ^[46]

Tòa án Liên bang trong *vụ Cubillo* đã xem xét cùng một luật như *vụ Kruger*, nhưng những người nộp đơn, Lorna Cubillo và Peter Gunner, đã tuyên bố rằng, bằng cách bãi nhiệm họ, Khối thịnh vượng chung (thông qua đại lý của mình, Giám đốc các vấn đề bản địa) đã phạm tội vô trách nhiệm, giam giữ trái phép và vi phạm nghĩa vụ theo luật định, cũng như vi phạm nghĩa vụ ủy thác của mình đối với những người nộp đơn. Quy định về thời hiệu là lý do chính khiến những người nộp đơn không thành công. Tòa án trong *vụ Cubillo* không hài lòng rằng việc gia hạn thời hiệu là công bằng và hợp lý, do sự định kiến mà bị đơn sẽ phải chịu do sự chậm trễ. ^[47] Tuy nhiên, Tòa án đã cho phép phiên tòa tiến hành trên cơ sở rằng một phán quyết chính thức về đơn xin gia hạn sẽ được đưa ra khi kết thúc phiên tòa. ^[48] Vì lý do này, Thẩm phán O'Loughlin đã có thể đưa ra phán quyết chính thức về việc nguyên nhân của hành động đã được chứng minh hay chưa. Khi làm như vậy, Ngài đã xác định rằng không có chính sách hoặc thông lệ nào về việc di dời bù đắp ^[49] và không có ý định diệt chủng ^[50] trong luật pháp hoặc trong việc quản lý của Giám đốc các vấn đề bản địa và những người khác:

Bằng chứng cho thấy có những người vào những năm 1940 và 1950 đã chăm sóc người thổ dân. Những người đó nghĩ rằng họ đang hành động vì lợi ích tốt nhất của đứa trẻ. Những sự kiện sau đó đã chứng minh rằng họ đã sai. Tuy nhiên, có thể họ đã hành động theo thẩm quyền theo luật định hoặc, có lẽ trong hai khiếu nại này, sẽ chính xác hơn khi nói rằng những người nộp đơn đã không chứng minh được rằng họ đã hành động vượt quá thẩm quyền của mình. ^[51]

Liên quan đến Lorna Cubillo, Tòa án thấy rằng bà có một vụ kiện sơ bộ chống lại Giám đốc các vấn đề bản địa về tội giam giữ trái phép, nhưng Khối thịnh vượng chung không phải chịu trách nhiệm thay thế. ^[52] Ngay cả khi được phép tiến hành ngoài thời hạn, hành động của bà vẫn sẽ thất bại vì bà đã không kiện bị đơn thích hợp. Mẹ của Peter Gunner là Topsy được phát hiện đã đồng ý với việc trục xuất ông, và do đó không có khiếu nại nào về hành vi xâm phạm hoặc giam giữ trái phép có thể thành công. ^[53] Cả Lorna Cubillo và Peter Gunner đều không thể chứng minh được hành vi vi phạm nghĩa vụ theo luật định. ^[54] Khối thịnh vượng chung không có nghĩa vụ chăm sóc theo luật chung nào đối với bất kỳ người nộp đơn nào do sơ suất. ^[55] Tòa án thấy rằng Giám đốc không có nghĩa vụ chăm sóc tại thời điểm trục xuất, trừ khi việc trục xuất nằm ngoài thẩm quyền (trong trường hợp này là không). ^[56] Tòa án quyết định rằng nghĩa vụ chăm sóc đã phát sinh sau khi thẩm quyền được thực hiện để đảm bảo an toàn và hạnh phúc của họ. ^[57] Trong trường hợp của Lorna

Cubillo, nghĩa vụ không bị vi phạm, nhưng trong trường hợp của Peter Gunner thì có. [58] Tuy nhiên, nhiệm vụ này thuộc về Giám đốc, người chưa bị kiện, và Khối thịnh vượng chung không phải chịu trách nhiệm thay thế. [59] Do đó, cả hai hành động sơ suất đều thất bại.

Ở New South Wales, Joy Williams được cấp phép tiếp tục sau thời hạn, [60] nhưng không thành công trong các khiếu nại về nội dung của mình vào năm 1999. [61] Quyền giám hộ không được chuyển từ mẹ cô sang Hội đồng Phúc lợi Thổ dân theo *Đạo luật Bảo vệ Thổ dân năm 1909* (NSW), mặc dù cô đã trở thành 'người được bảo vệ' theo Đạo luật. Khiếu nại về hành vi xâm phạm của cô đã không thành công, vì người ta thừa nhận rằng mẹ cô đã đồng ý cho cô được chăm sóc, [62] và điều đó được thực hiện theo các quyền hạn theo luật định của Hội đồng. [63] Không có nghĩa vụ theo luật định nào có thể hành động được nợ cô [64] vì '[c]ác' điều khoản của Đạo luật không nhằm mục đích trao quyền hành động trong hành vi vi phạm pháp luật có liên quan đến bản chất, phạm vi và các điều khoản của luật phúc lợi trẻ em'. [65] Ngài Thẩm phán cho rằng không có nghĩa vụ ủy thác nào phát sinh, nhưng nếu có, thì nghĩa vụ đó cũng không bị vi phạm trong các trường hợp đó, và tổn thất bị cáo buộc cũng sẽ không phải do hành vi vi phạm được cho là gây ra. [66] Không có nghĩa vụ chăm sóc nào tồn tại, [67] và do đó khiếu nại của nguyên đơn về hành vi bất cẩn đã không thành công. Trong trường hợp khác, Tòa án thấy rằng nếu có nghĩa vụ như vậy thì nghĩa vụ đó không bị vi phạm, [68] và trong mọi trường hợp, tổn thất không phải do bất kỳ hành vi vi phạm nào được cho là gây ra. [69] Một trong những lý do khiến Tòa án từ chối tạo ra một loại nghĩa vụ chăm sóc mới là rủi ro rằng khi làm như vậy, nó sẽ gây ra một loạt các vụ kiện tụng của những người bị tổn thương về mặt tâm lý trong khi được Chính phủ chăm sóc. [70] Một lý do chính sách khác là Nhà nước không nên ở vị trí khác biệt về nghĩa vụ của mình đối với trẻ em trong sự chăm sóc của mình so với cha mẹ. [71]

Yêu cầu bồi thường cho việc vi phạm nghĩa vụ ủy thác đã được đưa ra [72] và không thành công trong vụ Williams [73] *Cubillo* [74] và vụ *State of South Australia v Lampard-Trevorrow* [75], chủ yếu trên cơ sở việc đưa trẻ em vào sự chăm sóc của Nhà nước không tạo ra nghĩa vụ ủy thác theo kiểu mà việc vi phạm mang tính chất phi kinh tế có thể gây ra thiệt hại. [76]

Các khiếu nại về sự cưỡng ép không bị tịch thu, như Rolfe J đã kết luận trong đơn xin gia hạn thời gian trong vụ Johnston, [77] đặc biệt là do tình trạng mơ hồ của luật về sự cưỡng ép liên quan đến thời điểm nghĩa vụ chăm sóc mới sẽ được tạo ra. [78] Điều này được nhấn mạnh bởi *Tiểu bang Nam Úc v Lampard-Treverrow*, [79] trong đó Tòa án toàn thể Nam Úc cho phép trao giải thưởng bồi thường cho sự cưỡng ép và hành vi sai trái trong chức vụ công. Vụ án đó là kháng cáo của Tiểu bang Nam Úc đối với quyết định của Gray J trong vụ *Trevorrow v South Australia* (Số 5). [80] Vào khoảng Giáng sinh năm 1957, nguyên đơn, Bruce Trevorrow, 1 tuổi, đã được đưa đến bệnh viện vì viêm dạ dày ruột nhưng đã hồi phục nhanh chóng. Cậu bé được Sở thổ dân đưa ra khỏi bệnh viện vào ngày 6 tháng 1 năm 1958 và được nuôi dưỡng bởi ông bà Davies, những người là cha mẹ nuôi thiếu kinh nghiệm. Mẹ ruột của cậu bé không được thông báo và không đồng ý. Đạo luật thổ dân đã đưa ra một số quyền di dời nhưng vào năm 1949, Luật sư của Hoàng gia đã cung cấp lời khuyên chính thức cho Tổng chưởng lý rằng điều 7 của *Đạo luật thổ dân 1934–1939* không cho phép cưỡng bức di dời trẻ em thổ dân khỏi cha mẹ của chúng. [81] Lời khuyên này đã được phân phối cho các thành viên của Nội các và Ban Bảo vệ thổ dân (APB). Lời khuyên đã được xác nhận vào năm 1954. [82]

Nguyên đơn, như đã trình bày trước Tòa án, đã bị trầm cảm nghiêm trọng và lạm dụng rượu, dẫn đến mất khả năng kiếm tiền và bệnh tâm thần liên tục. Ông được thuê làm công việc được bảo vệ, cuộc hôn nhân của ông bị gián đoạn bởi bạo lực gia đình, ông không bao giờ cảm thấy gần gũi với con cái và ông không bao giờ đồng nhất với nền văn hóa bản địa của mình. [83]

Tòa án toàn thể của Tòa án tối cao Nam Úc đã xác nhận một số phát hiện của thẩm phán xét xử, nhưng đã bác bỏ những phát hiện khác. [84] Tòa án toàn thể khẳng định rằng APB hoặc thay vào đó là Bộ trưởng Bộ Thổ dân phải chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật khi cách chức Bruce mà không có sự đồng ý, vì họ biết rằng điều đó nằm ngoài thẩm quyền và có thể lường trước được tác hại. [85] Vương miện phải chịu trách nhiệm thay thế. [86] APB cũng có nghĩa vụ chăm sóc nguyên đơn để tránh gây thương tích bằng cách tách nguyên đơn khỏi sự chăm sóc và tiếp xúc với mẹ mình. [87] Không giống như quyết định trong *Cubillo*, Tòa án toàn thể phán quyết rằng nghĩa vụ này là có cho dù APB có thẩm quyền theo luật định để hành động hay không. [88] Tòa án phân biệt nghĩa vụ của cha mẹ thực tế với nghĩa vụ của các tổ chức như APB, [89] và bác bỏ các lập luận cho rằng nghĩa vụ như vậy sẽ tạo ra tác động có khả năng làm nản lòng đến việc ra quyết định bảo vệ trẻ em. [90]

Mặt khác, Tòa án toàn thể đã đảo ngược các phát hiện của thẩm phán xét xử ở hai khía cạnh chính. Thứ nhất, không có việc giam giữ sai trái trong hoàn cảnh của một gia đình chăm sóc một đứa trẻ. [91] Thứ hai, mặc dù có thể có nghĩa vụ ủy thác, nhưng không phải ở đây. [92] Đánh giá của thẩm phán xét xử về nguyên nhân và phán quyết bồi thường thiệt hại không bị phản đối, [93] nhưng giá trị tiền lệ của vụ án nằm ở việc mở rộng nghĩa vụ chăm sóc của APB và tuyên bố các nguyên tắc về hành vi sai trái trong chức vụ công. Trong các trường hợp tương tự, những người kiện tụng khác của *Stolen Generations* có thể phải đối mặt với thành công tương tự. Phần lớn phụ thuộc vào trạng thái hiểu biết về tác động của việc trục xuất tại thời điểm trục xuất. [94]

Một số tác giả xác định chủ nghĩa phân biệt chủng tộc vô thức trong quá trình tư pháp. [95] Robert Manne tuyên bố rằng Thẩm phán O'Loughlin đã không giải thích đúng dữ liệu lịch sử về chính sách di dời, do chủ nghĩa phân biệt chủng tộc vô thức của ông:

Thẩm phán O'Loughlin đã đúng khi ông lập luận rằng những người tách trẻ em khỏi mẹ, gia đình và cộng đồng của chúng nghĩ rằng họ đang hành động 'vì lợi ích tốt nhất của đứa trẻ'. Điều mà ông không thấy là quan niệm sâu sắc của họ về những gì là vì lợi ích tốt nhất của đứa trẻ 'lai' đã được xác định bởi những giả định phân biệt chủng tộc không thể nghi ngờ như thế nào. [96]

Các khiếu nại về hành vi vi phạm pháp luật và công bằng không thành công là một thách thức đối với ngành tư pháp nhằm 'phát triển các nguyên tắc về hành vi vi phạm pháp luật và công bằng theo cách có thể thừa nhận trách nhiệm đối với các tác hại cụ thể phát sinh do lịch sử đồng hóa của Úc'. [97] Có hy vọng rằng hệ thống tư pháp của Úc có thể tự giải phóng khỏi các giả định và khái niệm pháp lý bắt nguồn từ các khái niệm luật pháp Anh, vốn không có thực tế lịch sử đặc trưng cho bối cảnh định cư thuộc địa của Úc. [98]

Những người khác đã đặt câu hỏi về vai trò 'cứu chuộc' của hệ thống pháp luật. [99] Trong khi cáo buộc phân biệt chủng tộc có thể biện minh được, [100] hành vi, theo quan điểm đạo đức cũng như pháp lý, phải được đánh giá theo các tiêu chuẩn của thời đại. Vì những lý do tương tự, cáo buộc diệt chủng không thể được duy trì trên cơ sở rằng đó không phải là hành vi phạm tội theo luật chung tại thời điểm bãi nhiệm. [101] Ngay cả ở *Trevorrow*, nơi hành vi sai trái trong chức vụ công đã được chứng minh, Tòa án đã chấp nhận ý định có lợi của các nhà lập pháp và quản lý, mặc dù bị hiểu lầm khi đánh giá theo các tiêu chuẩn hiện hành.

B Những trở ngại về bằng chứng

Cuộc điều tra *Đưa họ về nhà* đã bị chỉ trích là thiên vị, vì lời khai đưa ra về việc trục xuất và điều trị trong sự chăm sóc không được phân tích và thử nghiệm kỹ lưỡng trong quá trình thẩm vấn chéo. [102] Nó cũng không phải là chủ đề phản bác hoặc tranh luận của những người bị buộc tội làm sai. Trên thực tế, không có lời khai

nào được tìm kiếm từ những người thiết lập hoặc thực hiện các luật và chính sách bị cáo buộc là diệt chủng và phân biệt đối xử, ^[103] mặc dù Ủy ban rõ ràng có quyền buộc nhân chứng tham dự và xuất trình tài liệu.

^[104] Không có khuyến nghị nào được đưa ra liên quan đến việc điều tra thêm hoặc truy tố bất kỳ nhà hoạch định chính sách, nhà lập pháp hoặc quản trị viên nào có cáo buộc hình sự. Cuộc điều tra được sử dụng như một cơ hội để những người bị trục xuất và ngược đãi lên tiếng về kinh nghiệm của họ, và do đó bày tỏ nỗi đau buồn và mất mát của họ. Việc tiến hành Cuộc điều tra theo cách này là một quyết định có chủ ý, dựa trên những gì các Ủy viên tin là cách sử dụng hiệu quả nhất các nguồn lực được phân bổ. ^[105] Bất chấp những thiếu sót được khẳng định này, có thể không có nhiều nghi ngờ rằng hậu quả của việc loại bỏ và những trải nghiệm của những nhân chứng đó đã xảy ra như đã mô tả. ^[106] Nỗi đau khổ của họ bao gồm mất bản sắc, mất văn hóa, bị lạm dụng về thể chất, tình dục và tình cảm, và những khó khăn về mặt tâm lý sau đó, chấn thương tâm thần và bệnh tâm thần lâu dài, với tổn thất cá nhân và tài chính sau đó. Trong nhiều trường hợp, sự lạm dụng là có hệ thống, và trẻ em không được chăm sóc tốt hơn ^[107] hoặc tệ hơn, như *Trevorrow* chứng minh.

Tuy nhiên, với sự chậm trễ giữa việc di dời, lạm dụng và kiện tụng, bất kỳ nguyên đơn nào cũng sẽ gặp khó khăn trong việc đáp ứng gánh nặng chứng minh. Một lý do là cái chết hoặc sự mất tích xen kẽ của các nhân chứng, hoặc sự mờ nhạt của trí nhớ của họ. Một lý do khác là thiếu bằng chứng tài liệu. Trong khi nhiều trẻ em thổ dân bị bắt đi mà không có tài liệu để hỗ trợ hoặc giải thích về việc di dời, ^[108] việc thiếu hồ sơ không chỉ xảy ra ở trẻ em thổ dân. ^[109]

Theo một quan điểm, nếu các chính sách và hoạt động của Chính phủ là phân biệt chủng tộc và diệt chủng một cách công khai, người ta sẽ mong đợi một số bằng chứng bằng văn bản. Nếu không, cáo buộc phân biệt chủng tộc sẽ chỉ là suy đoán. Quan điểm này đã bị O'Loughlin J gạt sang một bên khi ông tuyên bố:

[B]ằng chứng không phủ nhận sự tồn tại của thế hệ bị đánh cắp và có một số bằng chứng cho thấy một số trẻ em thổ dân đã bị đưa vào các cơ sở trái với mong muốn của cha mẹ chúng. Tuy nhiên, tôi chỉ giới hạn trong việc đưa ra các phát hiện về bằng chứng được trình lên Tòa án này trong các thủ tục này; rằng bằng chứng không hỗ trợ cho một phát hiện rằng có bất kỳ chính sách nào về việc đưa trẻ em thổ dân đi như những gì người nộp đơn cáo buộc; và nếu, trái với phát hiện đó, có một chính sách như vậy, thì bằng chứng trong các thủ tục này sẽ không biện minh cho một phát hiện rằng chính sách đó đã từng được thực hiện như một vấn đề tất nhiên đối với những người nộp đơn này. ^[110]

Bất kỳ hồ sơ nào thường sẽ ủng hộ quan điểm của tổ chức. Lý luận phân biệt chủng tộc thường không được nêu rõ ràng để ủng hộ việc ra quyết định phân biệt chủng tộc, ^[111] và hồ sơ của chính phủ rất có thể sẽ bao gồm các lý do 'lợi ích tốt nhất' để xóa bỏ thay thế. ^[112] Trên hết những khó khăn này là giả định về tính thường xuyên của các tài liệu chính thức, điều này đã gây tử vong cho nhiều khiếu nại trong *Cubillo*. ^[113] Giả định về bằng chứng này hoạt động để cho phép tòa án giả định tính chính xác của tài liệu chính thức khi không có bằng chứng ngược lại.

Trong các trường hợp của *Williams* và Peter Gunner ở *Cubillo*, phán quyết của Tòa án về tính hợp lệ của sự đồng ý của cha mẹ đã hủy bỏ một số nguyên nhân hành động tiềm ẩn, cụ thể là xâm phạm và giam giữ trái phép. Trong *Cubillo*, Thẩm phán O'Loughlin đã cho rằng, khi chấp nhận bằng chứng về dấu vân tay của mẹ Peter Gunner là sự đồng ý cho việc di dời anh ta, rằng 'không nằm ngoài phạm vi tưởng tượng khi thấy rằng một sĩ quan tuần tra tận tụy, có thiện chí có thể giải thích cho một người thổ dân bộ lạc như Topsy về ý nghĩa và tác động của tài liệu'. ^[114]

Những giả định như vậy ^[115] bỏ qua 'bối cảnh xã hội và lịch sử của việc di dời', rằng người Úc bản địa bị coi là những người ra quyết định không đủ năng lực:

Ở mỗi tiểu bang, các Đạo luật có liên quan đã tạo ra các hệ thống kiểm soát mọi khía cạnh trong cuộc sống của người Úc bản địa. Do đó, có một giả định rằng người Úc bản địa không có năng lực để đưa ra quyết định về cuộc sống của họ. Tuy nhiên, người ta cho rằng một người không có năng lực có thể đồng ý để Tiểu bang có quyền nuôi con của người đó. ^[116]

Truyền thống truyền miệng là phương pháp lịch sử chính trong các nền văn hóa bản địa. Trong khi một số nhà bình luận cho rằng tòa án đã thể hiện sự ưu tiên cho bằng chứng bằng văn bản, vốn là "một phần thiết yếu của văn hóa để quốc", ^[117] lời chỉ trích này bỏ qua bản chất truyền miệng của bằng chứng theo truyền thống được đưa ra tại các phiên tòa luật chung. ^[118] Một mối quan tâm chính đáng hơn là những hiểu lầm có thể xảy ra do sự khác biệt về ngôn ngữ, văn hóa và giao tiếp giữa các nhân chứng thổ dân và các thành viên của nền văn hóa thống trị và hệ thống pháp luật của nền văn hóa đó. ^[119] Đây là vấn đề về sự bất công tiềm tàng thực sự và phải được khám phá thêm bằng cách sử dụng phân tích ngôn ngữ học và xã hội học về bằng chứng được đưa ra trong các vụ án Thế hệ bị đánh cắp. ^[120]

C Những trở ngại về thủ tục

Rào cản thủ tục chính đối với việc kiện tụng thành công của các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp là luật về thời hiệu. ^[121] Khi thời hiệu đã hết và bên bào chữa dựa vào luật về thời hiệu, luật pháp cho phép gia hạn thời gian nếu việc gia hạn là công bằng và hợp lý. ^[122] Các yếu tố có liên quan sẽ bao gồm lý do chậm trễ (bao gồm mức độ bị đơn góp phần gây ra sự chậm trễ), định kiến mà bị đơn phải chịu do sự chậm trễ và bản chất của thương tích phải chịu và hành vi bị cáo buộc được cho là đã gây ra thương tích đó. Ngay cả một lời giải thích hợp lý và dễ hiểu cho sự chậm trễ cũng không thể khắc phục được định kiến bất công đối với bị đơn nếu sự chậm trễ đủ dài. ^[123]

Việc giải thích sự chậm trễ trong việc bắt đầu các thủ tục tố tụng tỏ ra khó khăn. Nếu đã có sự lạm dụng và hành vi sai trái có hệ thống đối với trẻ em thổ dân cho đến đầu những năm 1970, người ta sẽ mong đợi lệnh đầu tiên được ban hành trước năm 1994. ^[124] Sự chậm trễ này nên được xem xét trong bối cảnh lịch sử.

Dòng chảy của vụ kiện Thế hệ bị đánh cắp bắt đầu sau phán quyết mang tính đột phá trong vụ *Mabo*. ^[125] Không còn nghi ngờ gì nữa, sau phán quyết đó, đã có sự thay đổi trong nhận thức về cách hệ thống pháp luật xử lý các nguyên đơn thổ dân tại tòa án trong các khiếu nại về quyền sở hữu bản địa. Một sự kiện quan trọng khác là Hội nghị năm 1994 tại Darwin có tên là *Về nhà* ^[126], nơi hơn 600 trẻ em bị đưa đi đã cùng nhau thảo luận về kinh nghiệm và triển vọng công lý trong tương lai của chúng. Hội nghị này đã dẫn đến báo cáo Điều tra và *Đưa chúng về nhà* toàn quốc, sau đó dẫn đến lời xin lỗi của Thủ tướng. Động lực này có thể đã truyền cảm hứng cho những người có khả năng kiện tụng, những người cuối cùng đã có hành động pháp lý chống lại chính phủ.

D Những trở ngại về tâm lý, kinh tế xã hội và văn hóa

Việc tách trẻ em thổ dân khỏi gia đình của chúng diễn ra trong bối cảnh lịch sử của một bất công xã hội rộng lớn hơn. Hoàn cảnh dẫn đến, và trong nhiều trường hợp là nguyên nhân, các điều kiện kinh tế và xã hội tồi tệ của người Úc bản địa là sự thực dân hóa, và sự tước quyền của dân số thổ dân sau đó. ^[127] Sự bất công này gắn liền với bản sắc của Thế hệ bị đánh cắp là người bản địa, và mối quan hệ của họ với những người thực dân. Nó có thể đã ức chế khả năng hoặc mong muốn kiện tụng của một số người:

[T]húc di dời và những câu chuyện cuộc đời sau đó được trung gian bởi các chính sách, thông lệ và chính trị của cuộc sống trong ranh giới của một quốc gia-nhà nước được xây dựng trên sự

tức đoạt, bạo lực và chế độ pháp lý phủ nhận các quyền cơ bản mà người dân bản địa được hưởng mà người Úc không phải là người bản địa. Do đó, người Úc bản địa vẫn chịu bất lợi đáng kể theo tất cả các chỉ số kinh tế và xã hội chính bao gồm công lý hình sự, y tế, giáo dục, nhà ở và việc làm. ^[128]

Các yếu tố kinh tế xã hội, bao gồm tỷ lệ mắc bệnh tâm thần cao, lạm dụng chất gây nghiện, các vấn đề sức khỏe, tuổi thọ thấp và trình độ giáo dục kém, tiếp tục là mối quan tâm trong việc bảo vệ trẻ em trong cộng đồng người bản địa. ^[129]

Đối với một số người, việc kiện tụng với tư cách là thành viên của một dân tộc bị thực dân hóa cũng có tác động về mặt tâm lý, ^[130] điều này phần nào giải thích cho việc thiếu kiện tụng. ^[131] Có thể rút ra sự tương tự giữa lý do tại sao nạn nhân bị lạm dụng tình dục trì hoãn việc báo cáo các hành vi phạm tội tình dục và sự chậm trễ trong việc báo cáo hoặc không báo cáo việc bị chính phủ xâm hại thông qua hành vi phân biệt chủng tộc có hệ thống. Điều này không chỉ áp dụng cho các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp, những người bị lạm dụng tình dục, mà còn áp dụng cho tất cả mọi người, do mối quan hệ giữa họ và Chính phủ đã loại bỏ họ, cũng như chấn thương và sự xấu hổ sau đó. ^[132] Sự xấu hổ và nhục nhã mà nạn nhân cảm thấy có thể là động lực mạnh mẽ khiến họ không muốn kiện tụng. ^[133] Điều này trở nên trầm trọng hơn khi nạn nhân có những trải nghiệm tiêu cực trước đây với luật pháp. ^[134] Tất cả các tòa án trong vụ kiện Thế hệ bị đánh cắp đều thừa nhận tác động nghiêm trọng của việc loại bỏ đối với sức khỏe tâm thần nhưng cần phải nghiên cứu thêm.

Các thủ tục tố tụng pháp lý cũng diễn ra trong bối cảnh chấn thương có từ trước, cũng như cảm giác rộng hơn về sự mất cân bằng lịch sử và văn hóa và bất công thuộc địa, ^[135] và 'áp bức tinh thần'. ^[136] Tất cả những điều này có thể có tác động tiêu cực đến mong muốn và khả năng của người dân bản địa trong việc thực hiện hiệu quả các khiếu nại của họ, đến hòa giải và đến tố tụng. Nó cũng có thể tạo ra các giải quyết, mà không được công chúng chú ý. Ví dụ, trong báo cáo năm 2009 của Tổng chương lý Khối thịnh vượng chung, *Khung chiến lược để tiếp cận công lý trong Hệ thống tư pháp dân sự liên bang*, Lực lượng đặc nhiệm tiếp cận công lý đã lưu ý: 'Người Úc bản địa là nhóm có khả năng không hành động nhiều nhất để ứng phó với các sự kiện pháp lý, làm như vậy đối với 50,9 phần trăm các sự kiện pháp lý, so với 32 phần trăm đối với những người không phải là người bản địa'. ^[137]

Windschuttle suy đoán rằng có một đội quân luật sư nhân quyền đang chờ đợi trong các tòa án để đại diện miễn phí cho các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp. Từ gợi ý này, ông ngụ ý rằng chi phí kiện tụng không phải là rào cản đáng kể đối với Thế hệ bị đánh cắp tại tòa. Một số luật sư có thể đã tình nguyện dành thời gian của họ để chuẩn bị và xuất hiện trong các vụ án này. Mặt khác, các nhà bình luận đã lưu ý rằng 'các vụ án đã tiêu tốn đáng kể nguồn lực của các tổ chức bản địa trên khắp nước Úc'. ^[138] Tính khả dụng và chi phí hỗ trợ pháp lý cho các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp, cả trong quá khứ và tương lai, là một vấn đề cần được điều tra kỹ lưỡng, chứ không chỉ là suy đoán.

E Sự không đầy đủ của thiệt hại

Những người kiện tụng không bị thúc đẩy hoàn toàn hoặc chủ yếu bởi tiền bạc. Thẩm phán O'Loughlin tuyên bố rằng ông 'bác bỏ bất kỳ gợi ý nào cho rằng một trong hai người nộp đơn đang tìm kiếm một nồi vàng kiện tụng'. ^[139] Đôi khi nạn nhân không coi khoản bồi thường bằng tiền là khoản bồi thường thỏa đáng, với nhu cầu chữa lành chấn thương và lời xin lỗi cũng như sự thừa nhận về nỗi đau của họ là điều quan trọng nhất trong tâm trí họ. ^[140] Việc bồi thường và biện minh trước pháp luật về hành vi sai trái có thể giúp phục hồi sau chấn thương và bắt đầu đưa nạn nhân vào vị trí mà họ sẽ phải trải qua, nhưng như Thẩm phán Atkinson lưu ý, 'cuối cùng, không có cách nào để sửa chữa sự mất mát của tuổi thơ, mất kết nối gia đình và mất bản sắc

cá nhân'.^[141] Hơn nữa, không thể bồi thường cho những tác động liên thế hệ của việc di dời, thông qua việc đưa trẻ bị di dời không có khả năng liên hệ hiệu quả với chính con cái của mình.^[142]

Khó khăn về nguyên nhân cũng phát sinh, vì tòa án phải xem xét thiệt hại nào đã xảy ra và khi nào thiệt hại đó xảy ra. Thiệt hại có phải do chính việc di dời hay do bị ngược đãi trong quá trình chăm sóc hoặc sau khi được thả khỏi nơi chăm sóc không? Điều này đã được nhấn mạnh trong vụ *Williams*.^[143] Trong vụ *Cubillo*, Thẩm phán O'Loughlin đã quy kết mất mát và chấn thương mà người nộp đơn phải chịu là do việc di dời của họ — và mất mát liên quan đến văn hóa, ngôn ngữ, quan hệ gia đình và mối liên hệ với đất đai — mà Giám đốc các vấn đề thổ dân không phải chịu trách nhiệm, chứ không phải do cách đối xử của họ trong quá trình chăm sóc.^[144] Cách tiếp cận ngược lại đã được thực hiện trong vụ *Trevorrow*, trong đó Tòa án chấp nhận rằng việc di dời là nguyên nhân gây ra phần lớn tổn thất. Bruce Trevorrow đã được bồi thường 450.000 đô la cho thương tích cá nhân và mất mát, bao gồm mất mát về văn hóa thổ dân của mình.^[145] Ông cũng được bồi thường 75.000 đô la cho thiệt hại mang tính răn đe vì bị giam giữ trái phép và hành vi sai trái trong chức vụ công.^[146] Sau đó, ông được bồi thường 250.000 đô la tiền lãi.^[147] Điều này không bị phản đối khi kháng cáo. Phải đến năm 2007, tòa án mới chấp nhận con số cao như vậy.

Trong *Cubillo*, Thẩm phán O'Loughlin ước tính mức thiệt hại ước tính, bao gồm số tiền mất mát về văn hóa, nhưng đã giảm xuống do nguyên đơn không giảm thiểu thiệt hại,^[148] cấp cho Lorna Cubillo 110.000 đô la cộng với 16.800 đô la tiền lãi và Peter Gunner 125.000 đô la cộng với 19.800 đô la. Thẩm phán Abadee trong *Williams* ước tính mức thiệt hại 'có điều kiện',^[149] trong số đó chỉ một nửa là thiệt hại chung, một nửa còn lại là thiệt hại đặc biệt cho tổn thất kinh tế trong quá khứ, ở mức 100.000 đô la cộng với tiền lãi (không được tính toán). Những số tiền này đã bị chỉ trích là ít hơn đáng kể so với các lệnh dành cho những người yêu cầu bồi thường không phải là thổ dân trong những trường hợp tương tự^[150] và trước phán quyết *Trevorrow*, không nhất thiết sẽ cung cấp đủ động lực để kiện tụng.

IV KẾT LUẬN

Việc thiếu kiện tụng cho thấy ít về hành vi sai trái trong lịch sử. Nhiều yếu tố ảnh hưởng đến mong muốn hoặc khả năng của một bên, và đặc biệt là một thành viên của Thế hệ bị đánh cắp, để kiện tụng và trình bày bằng chứng trước tòa án. Báo cáo *Bringing Them Home* đã thừa nhận nhiều sự ngăn cản như vậy,^[151] và đề xuất bồi thường thông qua một hội đồng quỹ bồi thường. Cách tiếp cận của báo cáo này giải quyết toàn diện hơn các khoản bồi thường, bằng cách bao gồm các cam kết không lặp lại chẳng hạn.

Mặc dù cuộc tranh luận về nạn diệt chủng vẫn tiếp diễn,^[152] tòa án đã chấp nhận ý định có lợi của các nhà lập pháp và quản trị viên, mặc dù bị hiểu lầm khi đánh giá theo các tiêu chuẩn hiện hành. Mặc dù cáo buộc phân biệt chủng tộc có thể biện minh được,^[153] hành vi phải được đánh giá theo các tiêu chuẩn của thời đại. Cuộc cách mạng về đạo đức và pháp lý trong phân biệt chủng tộc không diễn ra ở Úc cho đến ít nhất là cuối những năm 1960 với Cuộc trưng cầu dân ý về Hiến pháp về Quyền của Người thổ dân năm 1967, và nhiều hơn nữa vào đầu những năm 1970 với thiết kế Cờ thổ dân năm 1971,^[154] sự ra đời của 'chủ nghĩa đa văn hóa', cải cách nhập cư không phân biệt đối xử, ban hành *Đạo luật Phân biệt chủng tộc năm 1975* (Cth),^[155] và sự phát triển của 'Nguyên tắc sắp xếp cho Trẻ em thổ dân' mới vào cuối những năm 1970.^[156] Việc đánh giá việc loại bỏ Thế hệ bị đánh cắp theo các tiêu chuẩn hiện hành là không công bằng với những người đã hành động vào thời điểm đó. Một cách tiếp cận như vậy sẽ mở ra mọi hành vi hiện đang được chấp nhận cho các khiếu nại dân sự trong tương lai không thể lường trước hoặc thậm chí là các cáo buộc hình sự nếu các tiêu chuẩn thay đổi. Ngay cả trong *Trevorrow*, trọng tâm vẫn là các tiêu chuẩn của thời điểm đó.^[157] Tuy nhiên, việc di dời càng gần đây thì chúng càng không được chấp nhận nếu được thực hiện mà không có lý do không liên quan đến chủng tộc đầy đủ.

Rõ ràng là có những trở ngại pháp lý đối với vụ kiện Stolen Generations, nhưng nhiều người kiện tụng vẫn gặp phải những trở ngại này. Có một lập luận đạo đức mạnh mẽ về việc bồi thường cho các thành viên của Stolen Generation.^[158] Tuy nhiên, những câu hỏi cần được đặt ra trong tương lai là liệu những trở ngại pháp lý để đạt được điều đó có mang tính hệ thống hay vốn có trong bản chất của các vụ kiện Stolen Generations, và liệu những trường hợp này có đảm bảo sự can thiệp của tư pháp hoặc lập pháp trong tương lai hay không. Chúng cần có câu trả lời khẩn cấp

[*] LLB(Hons) LLM; Luật sư Victoria và học giả theo học kỳ tại Trường Luật Đại học Monash. Ông hành nghề luật gia đình, luật hình sự và Tòa án Trẻ em, và hiện là ứng viên SJD tại Trung tâm Phát triển Luật pháp và Sức khỏe Tâm thần. Tác giả muốn cảm ơn Paula Gerber vì những bình luận của cô ấy về phiên bản trước của bài báo này.

[1] AO Neville, Trưởng ban bảo vệ thổ dân (WA) (21 tháng 10 năm 1931) được trích dẫn trong Dorris Pilkington, *Follow the Rabbit-Proof Fence* (Nhà xuất bản Đại học Queensland, 1996) 126.

[2] Anna Haebich, *Những vòng tròn tan vỡ: Phân mảnh các gia đình bản địa 1800–2000* (Nhà xuất bản Trung tâm nghệ thuật Fremantle, 2000) 130.

[3] Xem, ví dụ, Ủy ban Nhân quyền và Cơ hội Bình đẳng của Úc, Cuộc điều tra Quốc gia về việc Tách trẻ em thổ dân và dân đảo Torres Strait khỏi Gia đình, *Đưa chúng về nhà* (1997) 217, 'Hai giai đoạn rộng' ('*Đưa chúng về nhà*'). Các Ủy viên không bao giờ sử dụng thuật ngữ 'Thế hệ bị đánh cắp'. Thuật ngữ này được sử dụng bởi Peter Read đặt ra vào năm 1981, khi đề cập đến một nhóm trẻ em thổ dân Úc hạn chế hơn, trong *Thế hệ bị đánh cắp: Việc đưa trẻ em thổ dân đến New South Wales từ năm 1883 đến năm 1969* (Bộ Các vấn đề thổ dân (NSW), ấn bản lần thứ 6, năm 2007).

[4] Xem, ví dụ, cuộc thảo luận trong Keith Windschuttle. *The Fabrication of Aboriginal History Volume 3: The Stolen Generations 1881–2008* (Macleay Press, 2009) chương 13. Đối chiếu điều này với lời phê bình của Robert Manne, 'Bình luận' (2010) 53 *The Monthly* 8 và phản hồi của Keith Windschuttle, 'Manne tránh cuộc tranh luận thực sự' (2010) 54(5) *Quadrant* 60. Xem thêm Australian Broadcasting Corporation, 'Academics Debate Contents of Stolen Generations Report' 7:30 Report, 29 tháng 3 năm 2001, < <http://www.abc.net.au/7.30/stories/s268644.htm> > Ron Brunton, 'Betraying the Victims: The Stolen Generations Report' (1998) 10(1) *IPA Backgrounder* 4; Robert Manne, 'Phủ nhận: Thế hệ bị đánh cắp và quyền' *Bài luận hàng quý số 1* (Black Inc, 2001); D Perry, 'Phủ nhận cách diễn giải lịch sử nhân từ của Windschuttle' trên *Crikey* (ngày 12 tháng 2 năm 2008) < <http://www.crikey.com.au/2008/02/12/debunking-windschuttles-benign-interpretation-of-history/> > Peter Read, 'Đừng để sự thật làm hỏng chiến dịch này', *The Australian* (Sydney) ngày 18 tháng 2 năm 2008; Thẩm phán Roslyn Atkinson, 'Phủ nhận và mất mát: Việc tách trẻ em bản địa Úc khỏi gia đình' [2005] QUTLawJJI 4; (2005) 5(1) *Tạp chí Luật và Tư pháp của Đại học Công nghệ Queensland* 71, 73.

[5] Tranh chấp chính là ý định diệt chủng hoặc chủng tộc bị cáo buộc nhằm chấm dứt chế độ thổ dân. Ngài Ronald Wilson chấp nhận rằng ông không nên sử dụng từ 'diệt chủng' trong *Bringing Them Home*, vì nó tập trung quá nhiều sự chú ý vào ý định, thay vì hậu quả, của việc di dời: Patrick Carlyon, 'White Lies', *The Bulletin* (Sydney) ngày 12 tháng 6 năm 2001, 26–30, 27.

[6] *Đưa Họ Về Nhà*, trên n 3, 231.

[7] Như trên 241.

[8] Windschuttle, trên n 4, 17.

[9] Như trên 571.

[10] Ibid. Trong lời xin lỗi của mình đối với Thế hệ bị đánh cắp, cựu Thủ tướng Kevin Rudd đã trích dẫn 'lên đến 50 000' trong khoảng thời gian từ năm 1910 đến năm 1970: Khối thịnh vượng chung, *Tranh luận của Quốc hội*, Hạ viện, ngày 13 tháng 2 năm 2008, 169 (Kevin Rudd, Thủ tướng).

[11] Windschuttle, trên n 4, 617, Bảng 13.1. Có vẻ như ông ta không trung thực khi xác định phạm vi số liệu từ 50.000 đến 100.000 là nhóm người có khả năng kiện tụng, khi trong chương tiếp theo, ông ta ước tính số trẻ em thực sự bị bắt cóc ít hơn 10 phần trăm so với con số cao hơn.

[12] Colin Bourke và Bill Edwards, 'Gia đình và quan hệ họ hàng' trong Colin Bourke, Eleanor Bourke và Bill Edwards (biên tập), *Aboriginal Australia* (Nhà xuất bản Đại học Queensland, ấn bản lần 2, 1994) 100, 101–2.

[13] Trên thực tế, khoản thanh toán này thay cho lãi suất. Xem phán quyết về chi phí và lãi suất: *Trevorrow v State of South Australia* (Số 6) [2008] SASC 4 (ngày 1 tháng 2 năm 2008) (Thẩm phán Gray) ('*Trevorrow*').

[14] Windschuttle, trên n 4, 571.

[15] Như trên 572.

[16] Như trên.

[17] *Mabo v Queensland* (Số 2) [1992] HCA 23 ; (1992) 175 CLR 1 ('*Mabo*').

[18] *Wik Peoples kiện Queensland* (1996) 187 CLR 1.

[19] Xem ví dụ, trích dẫn nêu trên từ *Bringing Them Home* , ở trên n 3, 241.

[20] Khối thịnh vượng chung, *Tranh luận tại Quốc hội* , Hạ viện, ngày 13 tháng 2 năm 2008 (Kevin Rudd, Thủ tướng) 167. Đặc biệt tại 170, Thủ tướng đề cập đến các quyền hạn được trao bởi các điều luật và luật được ủy quyền khiến việc tách trẻ em dựa trên chủng tộc trở nên hợp pháp. Chính những luật này mà Thủ tướng nói rằng 'đã khiến những thế hệ bị đánh cắp trở nên khả thi'.

[21] Antonio Buti, 'Việc tách trẻ em bản địa khỏi gia đình: Con đường kiện tụng' (1998) *Tạp chí Luật của Đại học Tây Úc* 203 , 206.

[22] Bourke và Edwards, trên n 12, 114–16.

[23] Julie Cassidy, ' *Cubillo và Gunner v Khối thịnh vượng chung* : Một sự phủ nhận về thế hệ bị đánh cắp' [2003] *GriffLawRw* 5 ; (2003) 12(1) *Griffith Law Review* 114 , 124–5.

[24] Pam O'Connor, 'Lịch sử xét xử: *Cubillo và Gunner v Khối thịnh vượng chung Úc* ' [2001] *AltLawJl* 7 ; (2001) 26(1) *Tạp chí Luật thay thế* 27 , 30; Rosanne Kennedy, 'Lời khai của các thế hệ bị đánh cắp: Chấn thương, Lịch sử học và Câu hỏi về "Sự thật"' (2001) 25 *Lịch sử thổ dân* 116; Chris Cunneen và Julia Grix, *Những hạn chế của việc kiện tụng trong các vụ án thế hệ bị đánh cắp* (Viện nghiên cứu thổ dân Úc và người dân đảo Eo biển Torres, 2004) 26.

[25] *Whitehorn v R* [1983] HCA 42 ; (1983) 152 CLR 657 , [33] (Thẩm phán Dawson), được chấp thuận bởi đa số Tòa án cấp cao trong phán quyết chung của năm thẩm phán trong *vụ R v Apostilides* [1984] HCA 38 ; (1984) 154 CLR 563 , [15].

[26] Atkinson, trên n 4, 87.

[27] Điều này đã được Thẩm phán O'Loughlin công nhận trong vụ *Cubillo v The Commonwealth* (Số 2) [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 41. Xem thêm các bình luận của Thẩm phán Merkel trong vụ *Nulyarimma v Thompson* [1999] FCA 1192 ; (1999) 96 FCR 153 tại 173-174, được trích dẫn với sự chấp thuận trong vụ *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 34. Mặt khác, tòa án thường xuyên thực thi công lý bằng cách công nhận một nghĩa vụ mới trong một lĩnh vực gây tranh cãi hoặc thừa nhận sự phát triển của luật chung theo một hướng cụ thể. Việc lựa chọn công nhận một nghĩa vụ mới theo nghĩa này có thể được coi là một lựa chọn chính trị, lập pháp.

[28] Richard Broome, *Người Úc bản địa: Lịch sử kể từ năm 1788* (Allen và Unwin, ^{ấn bản lần thứ} 4 , 2010), 311.

[29] Như trên.

[30] Tương tự 316.

[31] *Kruger v Khối thịnh vượng chung* [1997] HCA 27 ; (1997) 190 CLR 1 (' *Kruger* ').

[32] Các cuộc di dời được thực hiện bởi Trưởng ban Bảo hộ thổ dân, sau này là Giám đốc các vấn đề bản địa, tại Lãnh thổ phía Bắc trong khoảng thời gian từ năm 1925 đến năm 1949, theo *Sắc lệnh thổ dân năm 1918* (NT). Sắc lệnh cho phép Trưởng ban Bảo hộ đảm nhiệm việc chăm sóc, giam giữ hoặc kiểm soát người thổ dân khi theo ý kiến của ông là vì lợi ích của họ (điều 6), khiến ông trở thành người giám hộ hợp pháp của, lúc đầu là mọi người thổ dân và mọi trẻ em 'lai đẳng cấp', và sau đó là tất cả người thổ dân (điều 7). Trưởng ban Bảo hộ được phép di dời bất kỳ người thổ dân hoặc 'lai đẳng cấp' nào đến khu bảo tồn hoặc tổ chức của thổ dân và giữ họ ở đó (điều 16). Theo các quy định được ban hành theo Sắc lệnh (điều 67), tất cả Người bảo hộ đều được trao quyền tương tự.

[33] Điều này đã được thay thế bằng *Sắc lệnh Phúc lợi 1953* (NT), mặc dù đã bị bãi bỏ vào tháng 5 năm 1957.

[34] *Kruger* [1997] HCA 27 ; (1997) 190 CLR 1 , 41 (Thẩm phán Brennan), 53 (Thẩm phán Dawson), 79 (Thẩm phán Toohey), 104 (Thẩm phán Gaudron), 141 (Thẩm phán McHugh), 161 (Thẩm phán Gummow).

[35] Ibid 45 (Thẩm phán Brennan), 62 (Thẩm phán Dawson), 85 (Thẩm phán Toohey), 111 (Thẩm phán Gaudron), 144 (Thẩm phán McHugh), 162 (Thẩm phán Gummow). Thẩm phán Brennan, Thẩm phán Dawson và Thẩm phán McHugh coi học thuyết này không áp dụng cho Lãnh thổ phía Bắc. Thẩm phán Toohey, Thẩm phán Gummow và Thẩm phán Gaudron coi học thuyết này áp dụng được nhưng không vi phạm vì luật không cung cấp quyền tư pháp mà là quyền hành chính vì phúc lợi của người dân bản địa.

[36] Ibid 40 (Brennan CJ), 87 (Toohey J), 176 (Gummow J). Dawson, McHugh và Gaudron JJ không quyết định câu hỏi, mặc dù Dawson J ở 60–1, người mà McHugh J đồng ý về điểm này, đã tuyên bố rằng nếu điều 116 được áp dụng, thì Ngài sẽ đồng ý với Gummow J rằng điều này không bị vi phạm trong các trường hợp đó.

[37] Ibid 45 (Thẩm phán Brennan), 70 (Thẩm phán Dawson), 142 (Thẩm phán McHugh) 157 (Thẩm phán Gummow). Thẩm phán Toohey tại 93 cho rằng luật pháp bị hạn chế bởi quyền như vậy, nhưng phán quyết như vậy không thể được đưa ra trước phiên tòa xét xử *Kruger* theo cách lập luận. Thẩm phán Gaudron tại 130 cho rằng một số phần của Sắc lệnh là không hợp lệ vì vi phạm quyền này.

[38] Ibid 44–5 (Brennan CJ), 68 (Dawson J), 114, (Gaudron J), 155 (Gummow J). Toohey J ở trang 97 để ngỏ câu hỏi này. McHugh J im lặng về điểm này.

[39] Ibid 46 (Brennan CJ), 93 (Toohey J), 125–126 (Gaudron J). Dawson và McHugh JJ không cần phải quyết định vấn đề. Gummow J ở 148 đã thấy những thách thức khi biện hộ cho một nguyên nhân hành động mới lạ

nhưng cũng từ chối quyết định vấn đề này. (Không có thẩm phán nào đề cập đến khả năng khiếu nại trong công bằng.)

[40] Ibid 70–1 (Thẩm phán Dawson), 88 (Thẩm phán Toohey), 107 (Thẩm phán Gaudron), 144 (Thẩm phán McHugh), 158–189 (Thẩm phán Gummow).

[41] Tuy nhiên, Thẩm phán Dawson cho rằng Lãnh thổ phía Bắc không có quyền tự do ngụ ý như vậy: ibid 72–3. Ngược lại, Thẩm phán Gaudron tại 107 đã xác định khả năng, mặc dù không quyết định vấn đề, rằng việc cấp quyền lập pháp trong [điều 122](#) của [Hiến pháp](#) không 'cho phép vi phạm nghiêm trọng nhân quyền và phẩm giá trái với các nguyên tắc đã được thiết lập của luật chung'.

[42] *Kruger* [1997] HCA 27 ; (1997) 190 CLR 1 , 36 (Thẩm phán Brennan).

[43] Ibid 36–7 (Brennan CJ). Xem thêm 52–3 (Dawson J).

[44] M Schaeffer, 'Những thế hệ bị đánh cắp sau Kruger và Bray' [1998] UNSWLJ 23 ; (1998) 21(1) *Tạp chí Luật Đại học New South Wales* 247.

[45] *Cubillo v The Commonwealth* [Số 2] [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 (' *Cubillo* '). Một số khía cạnh của quyết định có lợi cho người nộp đơn đã bị đảo ngược khi kháng cáo, nhưng tất cả các phát hiện bất lợi đều được khẳng định: *Cubillo v The Commonwealth* [2001] FCA 1213 ; (2001) 112 FCR 455 (*Toàn thể* Tòa án).

[46] Ibid 362–3. Vụ án này là một vụ án thử nghiệm đối với hơn 2000 ứng viên tiềm năng ở Lãnh thổ phía Bắc: Mark Champion, 'Hậu Kruger : Thế hệ bị đánh cắp sẽ đi về đâu?' [1998] IndigLawB 45 ; (1998) 4(12) *Bản tin Luật bản địa* 9.

[47] Tương tự 443–5.

[48] *Cubillo v The Commonwealth* [1999] FCA 518 ; (1999) 89 FCR 528 (Thẩm phán O'Loughlin, Đơn xin bác bỏ tóm tắt).

[49] Tương tự 103–8; 358.

[50] Ibid 408. Đó là hậu quả, nhưng không phải là mục đích liên quan đến người nộp đơn.

[51] Như trên 483.

[52] Tương tự 358–60.

[53] Xem bên dưới trong [Phần III B](#) (Những trở ngại về bằng chứng) liên quan đến sự đồng ý của cha mẹ.

[54] Tương tự 367–8.

[55] Như trên 369.

[56] Như trên 397.

[57] Như trên.

[58] Như trên.

[59] Như trên.

[60] Xem *Williams v Minister*, [Đạo luật về Quyền đất đai của thổ dân năm 1983](#) [Số 1] (1994) 35 NSWLR 497.

[61] *Williams v Minister, Đạo luật Quyền Đất đai của Người bản địa 1983* [Số 2] [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 ('Williams').

[62] Trong khi Tòa án kết luận rằng Williams không phải là thành viên của Thế hệ bị đánh cắp tại [5], do yêu cầu của mẹ cô ấy muốn cô ấy bị loại bỏ, thì các tình tiết của vụ án có liên quan đến các thành viên của Thế hệ bị đánh cắp.

[63] Tương tự [672]–[764].

[64] Tương tự [675]–[694].

[65] Cunneen và Grix, trên n 24, 15.

[66] *Williams* [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Gia đình LR 86 , [695]–[756].

[67] Tương tự [757]–[824].

[68] Tương tự [825]–[845].

[69] Tương tự [846]–[865].

[70] Ibid [786]. Tòa Phúc thẩm đã nhấn mạnh mối quan ngại này: *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* [Số 3] (2000) Aust Torts Reports 81-578 , [162].

[71] *Williams* [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Gia đình LR 86 , [820]–[823].

[72] Khả năng gây ra nguyên nhân hành động này đã được xác định từ sớm: Paul Batley, 'Nghĩa vụ ủy thác của Nhà nước đối với Trẻ em bị đánh cắp' [1996] AUJIHRights 3 ; (1996) 2(2) *Tạp chí Nhân quyền Úc* 177 ; Buti, trên n 21, 210–15; Melissa Abrahams, 'Quan điểm của Luật sư về việc Sử dụng Nghĩa vụ Ủy thác liên quan đến Thế hệ bị đánh cắp' [1998] UNSWLawJl 18 ; (1998) 21(1) *Tạp chí Luật của Đại học New South Wales* 213 ; Tim Hammond, "'Thế hệ bị đánh cắp' – Tìm kiếm Nghĩa vụ Ủy thác' (1998) 5(2) *Tạp chí Luật điện tử của Đại học Murdoch* 14 ; Amanda Jones 'The State and the Stolen Generation: Recognising a Fiduciary Duty' [2002] MonashULawRw 3 ; (2002) 28(1) *Monash University Law Review* 59. Trong đơn xin gia hạn thời gian, Rolfe J trong vụ *Johnston v Department of Community Services* [1999] NSWSC 1156 (ngày 2 tháng 12 năm 1999) [136] ('*Johnston*') đã phán quyết rằng các tình tiết của vụ án có thể dẫn đến bồi thường do vi phạm nghĩa vụ ủy thác trong tương lai. Tuy nhiên, quyết định của Gray J tại phiên tòa sơ thẩm trong vụ *Treverrow* [2008] SASC 4 (ngày 1 tháng 2 năm 2008) có lợi cho nguyên nhân hành động này đã bị đảo ngược khi kháng cáo.

[73] [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86 , [733] nhưng cũng tại [755], mặc dù lý luận ở đó dựa trên sự chậm trễ (do chậm trễ và định kiến) là một biện pháp bảo vệ tốt, bất kể có nghĩa vụ ủy thác hay không.

[74] [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 408–9.

[75] *Tiểu bang Nam Úc v Lampard-Treverrow* [2010] SASC 56 (22 tháng 3 năm 2010) [342].

[76] Liên quan đến vụ kiện Thế hệ bị đánh cắp là các cuộc điều tra và kiện tụng Tiền lương bị đánh cắp, trong đó các vi phạm nghĩa vụ ủy thác được cho là có bản chất tiền tệ: Ủy ban Thường trực Thượng viện về Các vấn đề Pháp lý và Hiến pháp, Quốc hội Úc, *Công việc chưa hoàn thành: Tiền lương bị đánh cắp của người bản xứ* , (2006) 123–6; Rosalind Kidd, *Người ủy thác đang bị xét xử: Thu hồi Tiền lương bị đánh cắp* (Nhà xuất bản Nghiên cứu Thổ dân, 2006); Sanushka Mudaliar, 'Tiền lương bị đánh cắp và Nghĩa vụ ủy thác – Phân tích pháp lý về Trách nhiệm giải trình của Chính phủ đối với Người lao động bản địa ở Queensland' [2003] AUIndigLawRpr 33 ; (2003) 8(3) *Phóng viên Luật bản địa Úc* 1.

[77] [1999] NSWSC 1156 , [200]. Tuy nhiên, vấn đề đó không đạt được quyết định cuối cùng.

[78] James Plunkett, 'Hãy cẩn thận với sự cầu thả' (2010) 86(5) *Tạp chí Viện Luật* 38.

[79] [2010] SASC 56 (22 tháng 3 năm 2010).

[80] [2007] SASC 285 ; (2007) 98 SASR 136.

[81] Tương tự [40].

[82] Như trên [47].

[83] Tương tự [572]–[582].

[84] *Tiểu bang Nam Úc v Lampard-Trevorrow* [2010] SASC 56 (22 tháng 3 năm 2010).

[85] Như trên [266].

[86] Tương tự [275].

[87] Tương tự [409].

[88] Như trên.

[89] Như trên [388].

[90] Tương tự [283].

[91] Tương tự [307].

[92] Tương tự [335]–[342].

[93] Tương tự [276].

[94] Ibid [401]. Xem thêm ở trên n 87.

[95] Robert Manne, 'Những gì Công lý O'Loughlin không thể thấy' trong Robert Manne, *Trái, Phải, Trái: Các bài luận chính trị 1977–2005* (Black Inc, 2005) 207, 215; Janet Ransley và Elena Marchetti, 'Sự trắng trợn ẩn giấu của luật pháp Úc' [2001] *GriffLawRw* 9 ; (2001) 10 *Griffith Law Review* 139 ; Trish Luker, 'Sự lãng quên “hậu thực dân hóa” trong Diễn ngôn về hòa giải: Sự trống rỗng trong phản ứng của luật pháp đối với các thể hệ bị đánh cắp' (2005) 22 *Tạp chí luật nữ quyền Úc* 67 ; Elena Marchetti và Janet Ransley, 'Chủ nghĩa phân biệt chủng tộc vô thức: Xem xét lý luận tư pháp trong các vụ án “Thể hệ bị đánh cắp”' (2005) 14(4) *Nghiên cứu xã hội và pháp lý* 533 , 542–547; Alisoun Neville, ' *Cubillo v Khố thịnh vượng chung* : Phân loại văn bản và bạo lực loại trừ' [2005] *MqLawJl* 3 ; (2005) 5 *Tạp chí luật Macquarie* 31.

[96] Manne, 'Những gì thẩm phán O'Loughlin không thể nhìn thấy', trên n 95, 207, 215.

[97] Cunneen và Grix, trên n 24, 5.

[98] Ann Curthoys, Ann Genovese và Alexander Reilly, *Quyền và sự cứu chuộc: Lịch sử, Luật pháp và Người bản địa* (Nhà xuất bản Đại học New South Wales, 2008) 135; Simon Young, 'Con đường dài trở về nhà' [1998] *UQLawJl* 4 ; (1998) 20(1) *Tạp chí Luật Đại học Queensland* 70 , 85. Sự phát triển hoặc chuyển đổi tương tự đã xảy ra trong quyền sở hữu bản địa trước *Mabo* , chẳng hạn như *Milirrpum v Nobalco* (1971) 17 FLR 141 và *Coe v Khố thịnh vượng chung* [1979] HCA 68 ; (1979) 53 ALJR 403.

[99] Heather McRae và cộng sự, *Các vấn đề pháp lý bản địa, Bình luận và Tài liệu* (Lawbook Co, 4, 2009) [11.390].

[100] Larissa Behrendt, Chris Cunneen và Terri Libesman, *Quan hệ pháp lý bản địa ở Úc* (Nhà xuất bản Đại học Oxford, 2009) 246–7.

[101] *Nulyarimma v Thompson* [1999] FCA 1192 ; (1999) 96 FCR 153 ; *Buzzacott v Hill* [1999] FCA 639 ; Douglas Guilfoyle ' *Nulyarimma v Thompson* : Diệt chủng có phải là tội phạm theo luật chung ở Úc không?' [2001] FedLawRw 1 ; (2001) 29 *Tạp chí Luật Liên bang* 1 ; David Markovich, 'Diệt chủng, một tội phạm mà không quốc gia Anglo-Saxon nào có thể phạm tội' (2003) 10(3) *Tạp chí Luật điện tử của Đại học Murdoch* 27.

[102] Carlyon, trên n 5.

[103] Như trên.

[104] *Đạo luật Ủy ban Nhân quyền và Cơ hội Bình đẳng năm 1986* (Cth) s 21. Luật này được đổi tên vào năm 2009 thành *Đạo luật Ủy ban Nhân quyền Úc năm 1986* (Cth). Một cuộc điều tra như vậy sẽ nằm trong phạm vi tham chiếu của Cuộc điều tra: *Đưa họ về nhà* , ở trên n 3, 2–3.

[105] Xem cuộc phỏng vấn của Sir Ronald Wilson trong Carlyon, trên n 5, 27. Những yêu cầu khiêm tốn về hỗ trợ và nguồn lực bổ sung đã bị từ chối: Manne, 'In Denial: The Stolen Generations and the Right', trên n 5, 74–5.

[106] Ngoài *Bringing Them Home* , một số cuộc điều tra và báo cáo ở Úc cũng đã điều tra cách đối xử với trẻ em bị tách khỏi gia đình: Xem Ủy ban Tham khảo về các vấn đề cộng đồng của Thượng viện, Quốc hội Úc, *Người Úc bị lãng quên: Báo cáo về người Úc đã trải qua Chăm sóc tại các cơ sở hoặc ngoài nhà khi còn là trẻ em* (2004); Leneen Forde, *Ủy ban Điều tra về Lạm dụng trẻ em tại các cơ sở ở Queensland* (1999) ('Cuộc điều tra của Forde'); Ủy ban Tham khảo về các vấn đề cộng đồng của Thượng viện, Quốc hội Úc, *Trẻ em vô tội bị mất tích. Chính sửa hồ sơ: Báo cáo về Di cư trẻ em* (2001) ; Rex Wild và Patricia Anderson, *Hội đồng Điều tra về Bảo vệ Trẻ em thổ dân khỏi Lạm dụng tình dục, Báo cáo Trẻ em nhỏ là thiêng liêng* , Chính quyền Lãnh thổ phía Bắc (2007); EP Mulligan, *Ủy ban Điều tra về Trẻ em được Nhà nước Chăm sóc: Các cáo buộc về Lạm dụng tình dục và Tử vong do Hành vi sai trái của Tội phạm* (2008); và gần đây nhất là Cuộc điều tra của Ombudsman Victoria về *Bảo vệ trẻ em – Chăm sóc ngoài gia đình* (2010); Ombudsman Tasmania, *Đánh giá 'Lắng nghe trẻ em' về các khiếu nại về lạm dụng từ người lớn trong Chăm sóc của Nhà nước khi còn là trẻ em* (2004).

[107] Atkinson, trên n 4, 81–3.

[108] Đọc ở trên n 3.

[109] Xem ví dụ, *Những mảnh ghép còn thiếu của Chính quyền Queensland: Thông tin hỗ trợ cư dân cũ của các cơ sở dành cho trẻ em tiếp cận hồ sơ* (2001).

[110] *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 358.

[111] Behrendt, Cunneen và Libesman, trên n 100, 246–7

[112] Cunneen và Grix, trên n 24, 24. Xem thêm *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 390, mặc dù nó gây tranh cãi ở một số khía cạnh: Cunneen và Grix, trên n 24, 18–19.

[113] *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 357.

[114] Tương tự 245–6.

[115] Mặc dù trong trường hợp của *Williams* [1999] NSWSC 843 ; (1999) 25 Fam LR 86, nguyên đơn đã thừa nhận.

[116] Atkinson, trên n 4, 81. Xem thêm Cunneen và Grix, trên n 24, 24. Luật này được liệt kê trong McRae, trên n 99, [1.310].

[117] Cunneen và Grix, trên n 24, 23.

[118] *Butera v Director of Public Prosecutions (Vic)* [1987] HCA 58 ; (1987) 164 CLR 180 ; *Gately v The Queen* [2007] HCA 55 ; (2007) 232 CLR 208. Xem thêm John Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Nhà xuất bản Đại học Oxford, 2003).

[119] Diana Eades, Bộ Tư pháp (Qld), *Tiếng Anh thổ dân trong phòng xử án: Sổ tay* , (2000).

[120] Xem ví dụ, những hiểu lầm và tác động của chúng được thảo luận trong Diana Eades, *Courtroom Talk and Neocolonial Control* (Mouton de Gruyter, 2008).

[121] Nguyên tắc công bằng của sự chậm trễ có ứng dụng tương tự đối với các khiếu nại về vi phạm nghĩa vụ ủy thác.

[122] Để thảo luận về các cân nhắc chính sách chung, hãy xem ví dụ Ủy ban Cải cách Luật Queensland, *Đánh giá Đạo luật Giới hạn Hành động 1974 (Qld)* , Báo cáo số 53 (1998) chương 2. Xem thêm 155, trong đó Ủy ban xem xét bất kỳ ngoại lệ hợp lý nào đối với các hạn chế dành riêng cho Thế hệ Bị đánh cắp và kết luận rằng những người kiện tụng như vậy phải ở cùng vị trí với những người khác.

[123] Joy Williams đã được Tòa Phúc thẩm New South Wales chấp thuận trong vụ *Williams v The Minister, Đạo luật về Quyền đất đai của thổ dân [Số 1]* (1994) 35 NSWLR 497 ; Christopher Johnson được Tòa án Tối cao New South Wales chấp thuận trong vụ *Johnson* [1999] NSWSC 1156 ; [2000]. Những người khác đã không thành công: Lorna Cubillo và Peter Gunner trong vụ *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 443–8, đặc biệt là do định kiến mà Khối thịnh vượng chung sẽ phải gánh chịu do không có nhân chứng và tài liệu.

[124] Lệnh đầu tiên là của Joy Williams, người đã xin phép bằng Thông báo về Động thái để nộp Lệnh của mình sau thời hạn vào năm 1993. Đơn của bà đã bị từ chối ở cấp sơ thẩm, nhưng được chấp thuận khi kháng cáo lên Tòa phúc thẩm New South Wales: *Williams v Minister Aboriginal Land Rights Act 1983* (Chưa báo cáo, Tòa án tối cao NSW, Studdert J, ngày 25 tháng 8 năm 1993); *Williams v Minister, Aboriginal Land Rights Act, 1983 [Số 1]* (1994) 35 NSWLR 497 (Tòa phúc thẩm NSW). Yêu cầu thực chất của bà sau đó đã bị bác bỏ. Xem thêm Phần I ở trên.

[125] *Mabo* [1992] HCA 23 ; (1992) 175 CLR 1.

[126] Jacqui Katona và Chips Mackinolty (biên tập), *Con đường dài trở về nhà: Hội nghị về nhà* (Cơ quan chăm sóc trẻ em thổ dân Karu, 1996).

[127] Broome, trên n 28, 51–3.

[128] Cunneen và Grix, trên n 24, 3.

[129] Janet Stanley, Adam Tomison và Julian Pocock, 'Lạm dụng và bỏ bê trẻ em trong cộng đồng thổ dân Úc' (Các vấn đề của Trung tâm bảo vệ trẻ em quốc gia, số 19, Viện nghiên cứu gia đình Úc, Mùa xuân năm 2003).

- [130] Xem ví dụ, cuộc thảo luận trong Albert Memmi, *The Colonizer and the Colonized* (Howard Greenfeld dịch, Beacon Press, 1967) 120–1, trong đó ông đề cập đến sự xấu hổ và lòng tự ghét của những người bị thực dân hóa.
- [131] Larissa Behrendt và Loretta Kelly, *Giải quyết tranh chấp bản địa: Xung đột đất đai và hơn thế nữa* (Federation Press, 2008) 97–100.
- [132] *Carter v Co of the Sisters of Mercy of Diocese Rockhampton & Ors* [2001] QCA 335 (28 tháng 8 năm 2001); *R v ERJ* [2010] VSCA 61 (29 tháng 3 năm 2010) [51]. Xem thêm Annette Marfording, 'Access to Justice for Child Sexual Abuse' (1997) 5(2) *Torts Law Journal* 221 ; Ủy ban Cải cách Luật Queensland, trên n 121, chương 14 'Survivors of Childhood Sexual Abuse'; Ben Mathews, 'Limitation Periods and Child Sexual Abuse Cases: Law, Psychology, Time and Justice' (2003) 11 *Torts Law Journal* 218 , 1.1.
- [133] Cunneen và Grix, trên n 24, 30.
- [134] Haebich, trên n 2, 601. Trên thực tế, việc trở thành thành viên của Thế hệ bị đánh cắp đã được thừa nhận là làm giảm tội lỗi về mặt đạo đức của người phạm tội trong một số trường hợp nhất định: Richard Edney, 'Thế hệ bị đánh cắp và việc tuyên án những người phạm tội bản địa' [2003] IndigLawB 16 ; (2003) 5(23) *Bản tin Luật bản địa* 10.
- [135] Behrendt và Kelly, trên n 130, 73–85. Xem thêm Hội đồng tư vấn giải quyết tranh chấp thay thế quốc gia (NADRAC), *Giải quyết tranh chấp bản địa và quản lý xung đột* (NADRAC, 2006), 16.
- [136] Stanley, Tomison và Pocock, trên n 128, 12–13.
- [137] Lực lượng đặc nhiệm tiếp cận công lý, Bộ Tổng chưởng lý (Cth), *Khung chiến lược tiếp cận công lý trong Hệ thống tư pháp dân sự liên bang* (Chính quyền Khối thịnh vượng chung, Canberra, 2009), 20.
- [138] Cunneen và Grix, trên n 24, 37.
- [139] *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 483.
- [140] Linda Popic, 'Bồi thường cho các thế hệ bị đánh cắp của Canada' [2008] IndigLawB 4 ; (2008) 7(2) *Bản tin Luật bản địa* 14.
- [141] Atkinson, trên n 4, 87.
- [142] JA De Maio, et al, *Khảo sát sức khỏe trẻ em thổ dân Tây Úc: Đo lường hạnh phúc xã hội và cảm xúc của trẻ em thổ dân và tác động liên thế hệ của việc tách khỏi gia đình bắt buộc* , (Đại học Công nghệ Curtin và Viện nghiên cứu sức khỏe trẻ em Telethon, 2005); Chis Cunneen và Terry Libesman, 'Bị loại bỏ và vứt bỏ: Di sản đương đại của các thế hệ bị đánh cắp' [2002] AUIndigLawRpr 55 ; (2002) 7(4) *Phóng viên luật thổ dân Úc* 1.
- [143] *Williams* (1999) 125 Fam LR 86 , [846]–[865]. Tòa Phúc thẩm cũng nhấn mạnh khó khăn này: *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* (2000) Aust Torts Reports 81-578, [157]–[158].
- [144] *Cubillo* [2000] FCA 1084 ; (2000) 103 FCR 1 , 388. Một kết quả tương tự đã xảy ra trong đơn ban đầu của Valerie Linow gửi tới Tòa án bồi thường cho nạn nhân tội phạm của New South Wales về tổn thất phải chịu trong một vụ tấn công tình dục sau khi cô bị tách khỏi gia đình và được đưa vào sự chăm sóc: xem Christine Forster, 'Thế hệ bị đánh cắp và Tòa án bồi thường cho nạn nhân: "Viết vào" của thổ dân để "Viết ra" Quyền được bồi thường cho vụ tấn công tình dục' [2002] UNSWLawJl 7 ; (2002) 25(1) *Tạp chí Luật của Đại học New*

South Wales 185 , 191–2; Alexis Goodstone, 'Chiến thắng của thể hệ bị đánh cắp trong Tòa án bồi thường cho nạn nhân' [2003] *IndigLawB* 6 ; (2003) 5(22) *Bản tin Luật bản địa* 10.

[145] *Trevorrow v Tiểu bang Nam Úc* (Số 5) [2007] *SASC* 285 ; (2007) 98 *SASR* 136 , 387, 393.

[146] Như trên 393.

[147] *Trevorrow* [2008] *SASC* 4 (ngày 1 tháng 2 năm 2008). Xem thêm ở trên n 13.

[148] *Cubillo* [2000] *FCA* 1084 ; [2000] 103 *FCR* 1 , 474–9.

[149] *Williams* (1999) 125 *Gia đình LR* 86 , [867]–[1038].

[150] Cunneen và Grix, trên n 24, 21.

[151] *Đưa Họ Về Nhà* , trên n 3, 264.

[152] *Nulyarimma v Thompson* [1999] *FCA* 1192 ; (1999) 96 *FCR* 153 ; *Buzzacott v Hill* [1999] *FCA* 639 (10 tháng 5 năm 1999); Guilfoyle, trên n 101; Robert van Krieken, 'Liệu sự đồng hóa có thể biện minh được không? *Lorna Cubillo và Peter Gunner v Khối thịnh vượng chung*' [2001] *SydLawRw* 10 ; (2001) 23 *Sydney Law Review* 239 ; Markovich, trên n 101; Shirleene Robinson và Jessica Paten, 'Câu hỏi về diệt chủng và việc di dời trẻ em bản địa: Bối cảnh thuộc địa Úc' (2008) 10(4) *Tạp chí nghiên cứu diệt chủng* 501 ; Robert van Krieken, 'Diệt chủng văn hóa được xem xét lại' (2008) 12 *Phóng viên luật bản địa Úc* 76 ; Julie Cassidy, 'Vô ích và không phù hợp?: Vấn đề diệt chủng và thể hệ bị đánh cắp' (2009) 13(1) *Phóng viên luật bản địa Úc* 114.

[153] Behrendt, Cunneen và Libesman, trên n 100, 246–7.

[154] Được thiết kế bởi Trưởng lão thổ dân Harold Thomas, và lần đầu tiên tung bay vào năm 1971, Cờ thổ dân Úc được chỉ định là Cờ Úc theo *Đạo luật Cờ năm 1953* (Cth), khi nó được Toàn quyền công bố như vậy vào tháng 7 năm 1995: Khối thịnh vượng chung Úc, *Công báo* , Số S259 (1995).

[155] Bộ luật này quy định trong một số trường hợp nhất định, việc phân biệt đối xử với một người trên cơ sở chủng tộc, màu da, dòng dõi hoặc nguồn gốc quốc gia hoặc dân tộc (điều 9) là bất hợp pháp và ràng buộc Khối thịnh vượng chung và các Tiểu bang (điều 6).

[156] Richard Chisholm, 'Việc sắp xếp trẻ em bản địa: Thay đổi luật' [1998] *UNSWLawJl* 19 ; (1998) 21(1) *Tạp chí Luật Đại học New South Wales* 208.

[157] *Nam Úc v Lampard-Trevorrow* [2010] *SASC* 56 (22 tháng 3 năm 2010), [389].

[158] Behrendt, Cunneen và Libesman, trên n 100, 44–46.